

GACETA JUDICIAL

REPUBLICA DE COLOMBIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

T O M O X C



BOGOTÁ

"TALLERES GRAFICOS
MUNDO AL DIA"

1958

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

SALA PLENA

Dr. JOSE HERNANDEZ ARBELAEZ, Presidente.
Dr. LUIS EDUARDO MEJIA JIMENEZ, Vicepresidente.
Dr. JORGE SOTO SOTO, Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

Dr. HERNANDO MORALES M., Presidente.
Dr. JORGE SOTO SOTO, Secretario.

Magistrados: Doctores ENRIQUE CORAL VELASCO
IGNACIO ESCALLON
JOSE HERNANDEZ ARBELAEZ
HERNANDO MORALES M.
ARTURO C. POSADA
GUSTAVO SALAZAR TAPIERO

SALA DE CASACION PENAL

Dr. GABRIEL CARREÑO MALLARINO, Presidente.
Dr. PIOQUINTO LEON L., Secretario.

Magistrados: Doctores HUMBERTO BARRERA DOMINGUEZ
GABRIEL CARREÑO MALLARINO
LUIS EDUARDO MEJIA JIMENEZ
SIMON MONTERO TORRES
PEDRO PACHECO OSORIO
GUSTAVO RENDON GAVIRIA

SALA DE CASACION LABORAL

Dr. JORGE VELEZ GARCIA, Presidente.
Dr. VICENTE MEJIA OSORIO, Secretario.

Magistrados: Doctores LUIS ALBERTO BRAVO
ROBERTO DE ZUBIRIA C.
LUIS FERNANDO PAREDES A.
JORGE VELEZ GARCIA

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Dr. ANIBAL CARDOSO GAITAN, Presidente.
Dr. JORGE GARCIA MERLANO, Secretario.

Magistrados: Doctores RAMIRO ARAUJO GRAU
ANIBAL CARDOSO GAITAN
EFREN OSEJO PEÑA
LUIS CARLOS ZAMBRANO

Relator: Dr. ALBERTO MALO BAÑOS

Enero, febrero y marzo de 1959.

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: DOCTOR ALBERTO MALO BAÑOS

RELATOR DE LA CORTE

TOMO XC - BOGOTÁ, COLOMBIA. ENERO - FEBRERO Y MARZO DE 1959 Nos. 2207 - 2208 - 2209

LISTA DE CONJUECES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION CIVIL

Dr. Alejandro Bernate
" Manuel Cubides Romero
" Gustavo Fajardo Pinzón
" José J. Gómez R.
" Enrique J. González
" Ricardo Hinestrosa Daza
" Julio Pardo Dávila
" Antonio Rocha
" José Joaquín Rodríguez
" Manuel Antonio Suárez Hoyos
" Arturo Tapias Pilonieta
" Jorge Zamudio Aguirre

(Elegidos por Acuerdos números 3 de 22 de enero y 4 de 11 de febrero de 1959).

SALA DE CASACION PENAL

Dr. Antonio Vicente Arenas
" Miguel Bernal Medina
" Alejandro Camacho Latorre
" Carlos Arturo Díaz
" Agustín Gómez Prada
" Jorge Guerrero
" Ricardo Jordán Jiménez
" Octavio Laserna Villegas
" Jorge Ortega Torres
" Rafael Osorio
" Alfonso Uribe Maldonado
" Luis Zafra

(Elegidos por Acuerdo número 19 de 8 de febrero de 1959).

SALA DE CASACION LABORAL

Dr. Luis Córdoba Mariño
" Antonio del Castillo M.
" José Gregorio Díaz Granados
" Carlos Echeverri Herrera
" Crótatas Londoño
" Luis Javier Mariño
" Ignacio Reyes Posada
" Diógenes Sepúlveda Mejía

(Elegidos por Acuerdo número 1 de 13 de febrero de 1959).

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Dr. Carlos Holguín
" Carlos Jaramillo Latorre
" José Antonio León Rey
" Alvaro Pérez Vives
" Néstor Pineda
" Jorge Restrepo Hoyos
" Gualberto Rodríguez Peña
" Eustorgio Sarria

(Elegidos por Acuerdo número 36 de 18 de febrero de 1959).

S A L A P L E N A

LA CORTE SEÑALA EL CRITERIO SOBRE LA MANERA COMO DEBEN CUMPLIR SUS FUNCIONES LOS MAGISTRADOS Y JUECES DE LA REPUBLICA Y EXIGE ESTRICTA VIGILANCIA EN BENEFICIO DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA RECTA Y OPORTUNA

"La Corte Suprema de Justicia, al inaugurar las sesiones del período que hoy comienza, hace público el sentimiento que anima a todos y cada uno de sus miembros de cumplir, con celo y prontitud, la totalidad de sus funciones y deberes, en armonía con el juramento que acababan de prestar; expresamente pone de relieve su firme voluntad de ejercer, con especial diligencia, sus atribuciones de vigilancia administrativa sobre los funcionarios respectivos de la ra-

ma jurisdiccional; y, al mismo tiempo, exalta a los Tribunales Superiores a que, por su parte, satisfagan su obligación de vigilar la recta y oportuna administración de justicia por los Jueces de la República, imponiendo las sanciones, legales a que haya lugar, como se propone hacerlo esta Corporación".

(Proposición aprobada en Corte Plena, el día 12 de enero de 1959).

IMPEDIMENTOS DE MAGISTRADOS EN NEGOCIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD. BIEN CORRESPONDE DICTAR EL AUTO DE CALIFICACION. — TRAMITE DEPTO RENDIDO POR LOS HH. MAGISTRADOS DOCTORES HERNANDO MOSES, JORGE VELEZ GARCIA, LUIS EDUARDO MEJIA JIMENEZ Y HUMBERTO BARRERA DOMINGUEZ, APROBADO POR LA SALA PLENA DE LA CORTE EN SESION DE 5 DE FEBRERO DE 1959)

Comisionados para conceptuar sobre si en procesos de inconstitucionalidad de leyes corresponde a la Sala Plena o al Magistrado Penente decidir lo relativo a impedimentos de los Magistrados, una vez denunciados por éstos, y sobre cuáles de ellos proceden, rendimos el informe respectivo en los términos siguientes:

La Ley 96 de 1936 que establece el procedimiento para los juicios sobre inexecutable dice en su artículo 6º "En la tramitación de los asuntos a que se refiere el artículo 30 del Código Judicial no habrá más incidentes que los de impedimentos y recusaciones".

A su turno, el artículo 7º de la propia

norma expresa: "En los mismos asuntos no habrá más causales de impedimento y recusación que haber conceptuado el Magistrado sobre constitucionalidad de la disposición acusada, haber dictado dicha disposición, haber sido miembro del Congreso que la dictó o estar dentro del cuarto grado de parentesco de consanguinidad o segundo de afinidad con el demandante o con su apoderado".

Como la ley en cita no contiene disposiciones sobre el trámite de los incidentes de impedimento, debe actuar el artículo 204 del Código Judicial que expresa: "Las tramitaciones especiales que se hallen en otras leyes deben aplicarse de preferencia, y con

vacios que en ellas se noten se llenan con disposiciones del presente Código". Esta afirmación se hace sea porque se considere que la ley referida contiene el aludido vacío, sea porque se entienda que quiso remitirse a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil en materia de impedimentos, que serían las que más se le adaptan.

En estas circunstancias, se recuerda que el Código Judicial no contiene en el capítulo de impedimentos disposición alguna que le asigne competencia a la Sala, cuando el incidente se presenta en los Tribunales o en la Corte, como si ocurre tratándose de recusaciones, ya que el artículo 442 de la misma obra dispone que el conocimiento de la recusación radica en los demás Magistrados que forman la Sala.

Por consiguiente, debe darse aplicación al artículo 46 *ibidem* que reza: "El Ponente dicta por sí solo y bajo su responsabilidad, todos los autos de sustanciación o interlocutorios", lo cual indica que el que se pronuncia para declarar separado a un Magistrado o para calificar negativamente el impedimento, si la causal invocada no está contenida en el artículo 7º de la Ley 96 de 1936, debe dictarlo aquél.

Respecto a los motivos de impedimento,

debe seguirse textualmente el contenido del citado artículo 7º, o sea que fuera de los allí indicados, no proceden otros, pues dicha norma los enuncia en forma taxativa, e incluso destaca la limitación con el adverbio solo que equivale a únicamente, por lo cual excluye cualesquiera otras causales de las generales en esta materia. Además, el artículo 27 del Código Civil dice que cuando la ley es clara no se desatenderá su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu.

Desde luego, se advierte que tratándose de la causal consistente 'en haber conceptualizado el Magistrado sobre inconstitucionalidad de la disposición acusada' se ha admitido que basta que el concepto sea verbal y aún implícito, el último de los cuales se puede inferir de actos positivos del Magistrado que revelen su pensamiento respecto a la constitucionalidad del acto acusado.

Por último, es importante destacar que si bien los hechos que configuran el impedimento no pueden contradecirse por el ponente, pues dependen de la conciencia del Magistrado impedido, la calificación negativa debe sobrevenir cuando tales hechos no impliquen una causal de aquellas que la ley establece, o sea que no encajen dentro de ellas.



SANCIONES DISCIPLINARIAS CONTRA FUNCIONARIOS DEL ORGANO JUDICIAL Y DEL MINISTERIO PUBLICO. — LA INVESTIGACION DEBE PROSEGUIRSE AUNQUE EL INculpADO O ALGUNOS DE LOS INculpADOS HAYAN CESADO EN EL EJERCICIO DE SUS CARGOS: — LA DECISION POR FALTAS EN EL DESEMPEÑO DE SUS FUNCIONES, DEBE COMUNICARLA EL SUPERIOR AL DEPARTAMENTO DE VIGILANCIA JUDICIAL DEL MINISTERIO DE JUSTICIA PARA QUE SE ANOTE SU CONTENIDO EN LA HOJA DE VIDA DEL FUNCIONARIO RESPECTIVO

De la queja formulada contra los Magistrados de un Tribunal Superior de Distrito Judicial, la Corte ordenó que se les corriera traslado para que hicieran sus descargos, y comisionó para tal fin al Fiscal de la respectiva corporación. Empero como el comisionado advirtiera que en las diligencias aparece constancia de que dos de los funcionarios acusados ya no tienen aquella investidura, por haber cesado en el ejercicio de sus funciones, omitió correr a éstos el traslado que se le había encomendado, lo cual lleva a pensar que por haber dejado de ser funcionarios del Organó Judicial del Estado no podrían ser objeto de sanciones disciplinarias, en caso de un fallo condenatorio en el asunto; no es menos cierto que el Decreto Extraordinario número 3.665 de 1950, en su artículo 3º, dispone que sea comunicada la decisión que recaiga en esta clase de negocios al Departamento de Vigilancia Judicial del Ministerio de Justicia, para "... anotar el contenido del fallo en la hoja de vida del funcionario respectivo", constancia ésta que habría de dejarse, en tal evento, en las hojas de vida de todos los funcionarios acusados, así ocurra que las medidas disciplinarias de la multa, la suspensión o la destitución (artículo 3º del mismo Decreto citado) no resulten pertinentes sino con respecto a los acusados que continúan en el desempeño de sus funciones.

Y es natural que dicho informe al Departamento de Vigilancia Judicial del Ministerio de Justicia sea enviado, aún en relación con los ex-funcionarios acusados, así solamente frente a sus compañeros que continúan en el ejercicio de sus cargos puedan ser tomadas las medidas disciplinarias de la multa, la suspensión o la destitución (en caso de un fallo condenatorio), si se tiene en cuenta que el Decreto 3.665 de 1950, den-

tro de su finalidad de tutela del recto desempeño de las funciones jurisdiccionales y del Ministerio Público, estableció un sistema precautelativo de descargos en la designación de los respectivos funcionarios, al llevar, en la citada dependencia de Vigilancia Judicial, las hojas de vida de quienes son empleados del Organó Judicial o del Ministerio Público, en las que son anotadas las constancias sobre condenas por faltas en el desempeño de sus funciones. Y fallaría esa finalidad del citado Estatuto Disciplinario, si fuese suficiente para un funcionario acusado el ya no estar en ejercicio de sus funciones, para que en su hoja de vida no quedase la constancia que debiera quedar, si su falta fue comprobada, ya que más tarde podría ser nuevamente elegido para un cargo similar, sin que en el Departamento de Vigilancia Judicial aparezca información alguna sobre los cargos que le fueron hechos y que resultaron ciertos.

Y como el envío del informe correspondiente, en caso de un fallo condenatorio en las diligencias, afecta el interés de todos los funcionarios acusados, pues representaría dicha constancia en sus hojas de vida una medida que moralmente incide en su contra, no es jurídico, ni justo, que en el negocio se pueda llegar a un fallo condenatorio sin que sean oídos y vencidos en esta clase de juzgamiento dos de los acusados, sólo porque, habiendo dejado de ser funcionarios, no podrían ser objeto de las ya citadas sanciones de la multa, la suspensión o la destitución.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena.—Bogotá, febrero tres de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado sustanciador: Dr. Humberto Barrera Domínguez).

VUELVA este negocio en comisión al señor Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, a quien se remitirá el expediente, para que dentro del término señalado en el inciso 2º del artículo 5º del Decreto Extraordinario número 3.665 de 1950, corra traslado a los Drs. MARINO ABADIA VALENCIA y FRANCISCO VELASQUEZ E. de la queja formulada por el señor Nicomedes de la Cuesta y Becerra, a fin de que hagan sus descargos.

La acusación presentada por el citado señor de la Cuesta y Becerra está dirigida contra los Magistrados del referido Tribunal Superior de Quibdó, doctores Ricardo Echeverri Ferrer, Carlos Hernán Perea Gómez, Mardonio Salazar y los ya nombrados doctores Valencia y Velásquez. Y si bien aparece constancia en estas diligencias de que los doctores Valencia y Velásquez no desempeñan, en la actualidad, el cargo de Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó (cosa ésta que tuvo en cuenta el funcionario comisionado para no correr el traslado a que se ha hecho mención), lo cual lleva a pensar que por haber dejado de ser funcionarios del Organismo Judicial del Estado no podrían ser objeto de sanciones disciplinarias, en caso de un fallo condenatorio en este asunto; no es menos cierto que el Decreto Extraordinario número 3.665 de 1950, en su artículo 8º, dispone que sea comunicada la decisión que recaiga en esta clase de negocios al Departamento de Vigilancia Judicial del Ministerio de Justicia, para "... anotar el contenido del fallo en la hoja de vida del funcionario respectivo", constancia ésta que habría de dejarse, en tal evento, en las hojas de vida de todos los cinco funcionarios acusados en este caso, así ocurra que las medidas disciplinarias de la multa, la suspensión o la destitución (artículo 3º del mismo Decreto citado) no resulten pertinentes sino con respecto a los acusados que continúan en el desempeño de sus funciones.

Y es natural que dicho informe al Departamento de Vigilancia Judicial del Ministerio de Justicia sea enviado, aún en relación con los ex-funcionarios acusados, así solamente frente a sus

compañeros que continúan en el ejercicio de sus cargos puedan ser tomadas las medidas disciplinarias de la multa, la suspensión o la destitución (en caso de un fallo condenatorio), si se tiene en cuenta que el Decreto 3.665 de 1950, dentro de su finalidad de tutela del recto desempeño de las funciones jurisdiccionales y del Ministerio Público, estableció un sistema precautelativo de descargos en la designación de los respectivos funcionarios, al llevar, en la citada dependencia de Vigilancia Judicial, las hojas de vida de quienes son empleados del Organismo Judicial o del Ministerio Público, en las que son anotadas las constancias sobre condenas por faltas en el desempeño de sus funciones. Y fallaría esa finalidad del citado Estatuto Disciplinario, si fuese suficiente para un funcionario acusado el ya no estar en ejercicio de sus funciones, para que en su hoja de vida no quedase la constancia que debiera quedar, si su falta fue comprobada, ya que más tarde podría ser nuevamente elegido para un cargo similar, sin que en el Departamento de Vigilancia Judicial aparezca información alguna sobre los cargos que le fueron hechos y que resultaron ciertos.

Y como el envío del informe correspondiente, en caso de un fallo condenatorio en estas diligencias, afecta el interés de todos los funcionarios acusados, pues representaría dicha constancia en sus hojas de vida una medida que moralmente incide en su contra, no es jurídico, ni justo, que en este negocio se pudiese llegar a un fallo condenatorio sin que sean oídos y vencidos en esta clase de juzgamiento dos de los acusados, sólo porque, habiendo dejado de ser funcionarios, no podrían ser objeto de las ya citadas sanciones de la multa, la suspensión o la destitución.

CONCLUIDAS las diligencias de que se trata, el comisionado devolverá los autos originales para la decisión que corresponda.

Cúmplase.

HUMBERTO BARRERA DOMINGUEZ

Jorge Soto Soto, Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

RESCISION DE CONTRATO DE PERMUTA POR LESION ENORME. — MODO DE DETERMINAR EL PRECIO DE LA COSA RECIBIDA POR CADA PERMUTANTE, A EFECTO DE ESTABLECER SI EL COMPRADOR O VENDEDOR SUFRIERON LESION ENORME. — LAS COSAS DADAS POR EL QUE COMPARECE COMO PERMUTANTE COMPRADOR, LA LEY LAS REPUTA COMO PRECIO, SIN TENER EN CUENTA QUE SEAN MUEBLES O INMUEBLES. — CASO EN QUE NO PUEDE DARSE EN LA PERMUTA ACCION RESCISORIA POR LESION ENORME. — CUANDO ES CONDUCTENTE LA CAUSAL 2ª DE CASACION. — CAUSAL QUE DEBE INVOCARSE PARA RESPALDAR EL CARGO QUE SE FORMULE A LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA, CUANDO ESTA SE BASA EN LA INTERPRETACION DE LA DEMANDA

1.—La causal 2ª de casación, conforme al artículo 520 del Código Judicial, es conductente cuando el fallador por una inteligencia ligera de la demanda decide ultra, extra, plus o minima petita.

2.—Cuando el fallo de segunda instancia se basa en la interpretación de la demanda, la cual es una prueba sometida a la interpretación del sentenciador, el cargo de incongruencia no cabe hacérsele a la sentencia con respaldo en la causal 2ª del artículo 520 del Código Judicial; en tal evento, el fallo sólo es atacable formulando el cargo con apoyo en la causal 1ª por violación de la ley por apreciación errónea del libelo en cuanto el Tribunal incurrió en error de derecho o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos.

Sobre el particular esta Corte ha dicho: "... la interpretación de una demanda corresponde al fallador de instancia y sólo puede ser variada por la Corte en el caso de que ante ella se alegue y demuestre un error de hecho manifiesto". (G. J., Tomo LXXX, número 2.153, página 33.—Casación de 18 de abril de 1955. Tomo LXXXI, números 2.160-61, página 791.—Casación diciembre 15 de 1955).

3.—La rescisión del contrato de permuta por lesión enorme es el cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 1.958 del Código Civil, que manda aplicar a la permutación las disposiciones relativas a la compraventa

en todo lo que no se opongan a la naturaleza de aquella. Y mal puede darse tal oposición cuando la rescisión por lesión enorme halla su razón de ser en el carácter de comutativo que tiene el contrato de permuta y en la consecuencial equivalencia que han de tener las contraprestaciones a cargo de las partes. Ya la Corte, en fallos de 21 de septiembre de 1954, especialmente, y 13 de marzo del año pasado, ha aceptado que nuestra ley sustantiva consagra la rescisión de la permuta por lesión enorme con fundamento en el precitado artículo 1.958.

De conformidad con la segunda parte del mismo artículo, es indispensable tener de presente: 1º—Que cada permutante es comprador de la cosa que recibe y vendedor de la que da; y 2º—Que el justo precio de esta "a la fecha del contrato se mirará como el precio que paga por lo que recibe en cambio". Así la misma ley establece para la permuta las dos premisas que en la compraventa permiten configurar la lesión enorme, y, por ende, su rescisión. Son estas: la cosa que compra cada permutante, y el precio que paga por ella, el cual, según el legislador, es el que a la fecha del contrato tenían el bien o bienes dados por el que se reputa comprador.

En esta forma determinado el precio de la cosa recibida por cada permutante y el de aquella o aquellas que dio en cambio, es fácil establecer, al tenor del artículo

1.947 del Código Civil si el permutante como comprador ha sufrido lesión enorme, porque el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella, o si como vendedor el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende. Este justo precio, en uno y otro caso se establece determinando el valor que tenían los bienes, objeto de la permuta, en la fecha de la celebración del contrato.

4.—La circunstancia de figurar bienes muebles entre los que un permutante da al otro en precio del inmueble que adquiere, no envuelve violación del artículo 32 de la Ley 57 de 1887, que descarta la acción rescisoria por lesión enorme en las ventas de bienes muebles, porque, las cosas dadas por el que comparece como comprador, la ley las reputa precio sin tener en cuenta que sean muebles o inmuebles.

5.—El único caso en que no podría darse en la permuta acción rescisoria por lesión enorme sería aquél en que las prestaciones de ambas partes consistieran en bienes muebles.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, enero veintiocho de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo C. Posada).

ANTECEDENTES

Antonio Acevedo Díaz y Manuel Muñoz P. mediante la escritura pública 2.536, otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Bucaramanga el 30 de septiembre de 1954, perfeccionaron el contrato de permuta, por el cual el segundo transfirió al primero la casa con su solar y terreno ocupado por ella, situada en la carrera 13 con calles 31 y 33 de la ciudad de Bucaramanga, distinguida con los números 31-31 y 31-51, y Acevedo le traspasó a Muñoz P. un lote de terreno y un local en construcción ubicados en la misma ciudad. Al inmueble transferido por Muñoz se le fijó un precio de cuarenta mil pesos (\$ 40.000.00), y a los enajenados por Acevedo Díaz, la suma de veintinueve mil cuatrocientos pesos (\$ 29.400.00). Para pagar la diferencia de diez mil seiscientos pesos (\$ 10.600.00), Acevedo se hizo cargo de pagar el crédito a favor de Anunciación Sanmi-

guel garantizado con hipoteca sobre la casa que este permutante debía recibir.

En la misma fecha de otorgarse la escritura, Muñoz suscribió un documento en el cual declara que recibió de Antonio Acevedo Díaz nueve mil cuatrocientos pesos (\$ 9.400.00) en efectivo "por si llegamos a acuerdo en la permuta de una casa de mi propiedad estimada en setenta y cinco mil pesos (\$ 75.000.00), por un local, un lote y un automóvil, equivalente a la diferencia sobre el precio de lo que pienso transferir y lo que recibiría de Antonio Acevedo D."

Con base en estos antecedentes, Acevedo Díaz ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bucaramanga demandó a Manuel Muñoz para que se declarara:

1º—Que el actor sufrió lesión enorme en el contrato de permuta de que da cuenta la escritura 2.536 de 30 de septiembre de 1954, por cuanto entregó bienes por valor de \$ 75.000.00 para recibir la casa allí especificada que sólo vale \$ 25.000.

2º—Que, en consecuencia, se declare la rescisión de dicho contrato y se condene al demandado a devolver, libres de toda hipoteca o derecho real que se hubiere constituido sobre ellos, los bienes que le dio en pago, consistentes en el lote de terreno situado en la carrera 19 entre calles 11 y 12, el local ubicado en la calle 23 números 12-11-23, un vehículo marca Chevrolet, modelo 1950, motor HAM 398857, con capacidad para cinco pasajeros, y la suma de \$ 9.400.00 que recibió en efectivo.

3º—Que la hipoteca que grava la casa determinada en la primera súplica, corre a cargo del demandado conforme a lo estipulado en la escritura 2.404 de 15 de noviembre de 1954.

4º—Que la rescisión queda consentida por el demandado, si dentro de los seis días subsiguientes a la ejecutoria del fallo, no satisface la diferencia entre el justo precio de la casa recibida y el valor de cuanto se le dio en pago, con aumento de una décima parte (artículo 1.948 del Código Civil).

5º—Que si se consiente la rescisión, debe cancelarse la inscripción de la escritura de permuta, comunicándola a los funcionarios respectivos.

6º—Que se condene a Manuel Muñoz a pagar los frutos naturales y civiles que hayan producido los bienes materia de la restitución, desde la fecha de la demanda, lo mismo que el valor de los deterioros o pérdidas por culpa del demandado, en el caso de que no optare por restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte.

Los hechos fundamentales de la demanda son:

1º—Por la escritura pública número 2.536 del 30 de septiembre de 1954, los señores Antonio Acevedo Díaz y Manuel Muñoz, permutaron parte de los bienes objeto de este juicio.

2º—Con el documento del 30 de septiembre de 1954, suscrito por Manuel Muñoz, se complementa lo que éste recibió de manos de Antonio Acevedo Díaz, a cambio de una casa vieja que le entregó.

3º—El certificado de la Dirección de Circulación y Tránsito de Bucaramanga, “especifica otro de los bienes de la permuta”, y acredita que el actor fue el penúltimo dueño.

4º—Que los bienes permutados son los puntualizados en las peticiones primera y segunda, y según la escritura con bienes inmuebles.

5º—Lo que Antonio Acevedo Díaz recibió sólo vale \$ 25.000.00 y lo que entregó con la obligación hipotecaria a su cargo, asciende a \$ 75.000.00.

6º—El vehículo entregado por el demandante, produce líquido \$ 400.00; el inmueble del aparte b) de la petición segunda, \$ 200.00; los dineros en comercio corriente están al dos por ciento; y los intereses de la hipoteca constan en el instrumento público.

7º—El demandado se valió de la inexperiencia y falta de conocimientos en operación de finca raíz, para lograr la permuta con el demandante, a la vez que utilizó “su malicia y astucia y la de los intermediarios Alberto Serrano Layton y Luis Alfredo Gómez” para engañarlo dolosamente.

8º—Con la intención preconcebida de “engañar y dañar” al demandante, Muñoz hizo extender la escritura que perfeccionó el contrato de permuta, dejando por fuera el automóvil y los \$ 9.400.00 más que recibió, fuera del local y el lote; y,

9º—Muñoz tomó lo recibido así: por \$ 30.000.00 el local; \$ 18.000.00 el lote; \$ 7.000.00 el vehículo; \$ 9.400.00 en efectivo; y \$ 10.600.00 que le dejó el demandante para atender la satisfacción del crédito hipotecario que gravaba la casa.

* * *

Muñoz P. contrademandó a Antonio Acevedo Díaz para que se hicieran las siguientes declaraciones:

Primera.—Que Acevedo Díaz, o quien sus derechos represente, está obligado a efectuar la tradición y entrega material de unos inmuebles dados en permuta a Muñoz, que consta en la escritura pública número 2.536 de 30 de septiembre de 1954, cuya rescisión solicitó aquél.

Segunda.—Que Antonio Acevedo Díaz está obligado a pagar a Manuel Muñoz Pinto, por la mora en el cumplimiento del contrato de permuta, la cantidad de \$ 10.000.00 como indemnización por los perjuicios ocasionados con el no registro y entrega de los inmuebles.

Como hechos fundamentales alegó:

1º—La escritura 2.536 de 30 de septiembre de 1954 da cuenta de que entre Antonio Acevedo Díaz y Manuel Muñoz se celebró un contrato de permuta sobre los inmuebles allí relacionados.

2º—Antonio Acevedo Díaz, sin causa justificable, ha retardado el cumplimiento de sus obligaciones, impidiendo el registro de la escritura, condicionándolo al cumplimiento de una promesa de venta celebrada con Luis Alfredo Gómez, y luego oponiéndose definitivamente a su registro, con la inscripción de una demanda civil, causando con ello serios perjuicios a Muñoz, quien además se ha visto abocado a la paralización de sus actividades comerciales por la misma causa.

Agotada la tramitación de la primera instancia, el Juzgado, en sentencia fechada el siete de junio de mil novecientos cincuenta y seis, negó la rescisión por lesión enorme, y absolvió a Antonio Acevedo Díaz de los cargos de la demanda de reconvencción.

El Tribunal Superior de Bucaramanga, al resolver el recurso de apelación concedido a las partes, revocó el fallo, y en su lugar, resolvió:

“Primero.—Declarase que el contrato de permuta celebrado entre Antonio Acevedo Díaz y Manuel Muñoz Pinto, por medio de la escritura número dos mil quinientos treinta y seis (2.536) del treinta (30) de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954) de la Notaría Primera del Circuito de Bucaramanga, es simulado en cuanto a los bienes permutados, que real y verdaderamente fueron los siguientes: por parte del permutante Manuel Muñoz Pinto, la casa situada en la carrera trece (13) entre calles treinta y una (31) y treinta y tres (33), marcada con los números 31-37 y 31-51, del plano de esta ciudad; y por parte del permutante Antonio Acevedo Díaz: a) Un local situado en la calle veintitrés (23) entre carreras doce (12) y trece (13), marcado en sus puertas con los números 12-11 y 12-23, del plano de esta ciudad; b) Un lote situado en la carrera diecinueve (19) entre calles once (11) y doce (12), alinderado como consta en la precitada escritura, situado también en el perímetro urbano de esta ciudad; c) Un automóvil Chevrolet de Luxe; d) La suma de nueve mil cuatrocientos pesos (\$ 9.400.00) en dinero efectivo; e) El crédito

hipotecario que pesa sobre el inmueble transferido por Manuel Muñoz Pinto, por la cantidad de diez mil seiscientos (\$ 10.600.00), que tomó a su cargo Acevedo Díaz, según consta de la misma escritura de permuta.

"Segundo. — Declárase que Antonio Acevedo Díaz sufrió lesión enorme en el contrato de permuta celebrado con Manuel Muñoz Pinto por medio de la escritura pública mencionada en el punto anterior, cuyo registro no se ha hecho hasta el momento en la oficina competente de esta ciudad.

"Tercero. Declárase, en consecuencia, la rescisión de dicho contrato de permuta, sin que haya lugar a condenar a Manuel Muñoz Pinto a la restitución de otros bienes a favor del demandante Antonio Acevedo Díaz, que el automóvil Chevrolet De Luxe, o su respectivo valor de seis mil quinientos pesos (\$ 6.500.00), con sus intereses legales, para el caso de que se haya hecho imposible la devolución del vehículo, y la cantidad de nueve mil cuatrocientos pesos (\$ 9.400.) moneda corriente, que en efecto deberá restituír a Acevedo Díaz, también con sus intereses legales desde el dos (2) de diciembre de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954) en que se presentó la demanda, dentro del plazo de seis días siguientes a la ejecutoria del presente fallo.

"Cuarto.—Si no consintiere en la rescisión, el demandado Manuel Muñoz Pinto deberá completar, dentro del mismo plazo de seis días, el valor de la diferencia entre lo que efectivamente recibió Acevedo Díaz del primero y lo que efectivamente dio Acevedo Díaz a Muñoz Pinto, o sea la suma de treinta y siete mil seiscientos cincuenta y cinco pesos (\$ 37.655.00) que resulta a favor de Acevedo Díaz, aumentada en una décima parte, lo que arroja un total de cuarenta y un mil cuatrocientos veinte pesos (\$ 41.420.00) moneda corriente, más los intereses legales de esta suma a partir de la ejecutoria del presente fallo.

"Quinto.—Transcurrido el término señalado a Manuel Muñoz Pinto para hacer uso de la opción de que trata el punto anterior, o si consintiere expresamente en la rescisión, el Juzgado a quo ordenará al Notario del Circuito de Bucaramanga la cancelación de la escritura pública número dos mil quinientos treinta y seis (2.536) del treinta (30) de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954).

"Sexto.—Absuélvese a Antonio Acevedo Díaz de los cargos contenidos en la demanda de reconvencción que le formula Manuel Muñoz Pinto por medio de libelo fechado el ocho (8) de febrero de mil novecientos cincuenta y cinco (1955).

"Séptimo.—Las costas del litigio en sus instancias las pagará el demandado Manuel Muñoz Pinto. Liquidense por la Secretaría del Tribunal las correspondientes a la presente instancia".

Contra la sentencia del Tribunal, la parte demandada interpuso y le fue concedido recurso de casación, que la Corte entra a resolver, ya que ha recibido la tramitación que le es propia.

Dos cargos le hace el recurrente al fallo de segundo grado, los cuales se consideran en orden contrario al en que están presentados, por exigirlo así la naturaleza de ellos:

Basado en la causal segunda del artículo 520 del Código Judicial hace el cargo de no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones, oportunamente deducidas por los litigantes, y lo desarrolla así:

El demandante se limitó a pedir la rescisión por lesión enorme. "Sin que en ningún momento hubiera demandado la simulación del acto o contrato contenido en la escritura pública número 2.536 de 30 de septiembre de 1954, pasada en la Notaría Primera del Circuito de Bucaramanga".

"El Tribunal, empero, tras de permitir la simulación de una inspección ocular que no tenía otro objeto que aducir la escritura contentiva del contrato, "estropeando la lealtad procesal", se pronunció sobre la simulación del contrato "sin haber sido materia, en ningún momento, del juicio, mostrándose aún más acucioso que la misma parte demandante".

En esta forma, el fallo recurrido violó el numeral 1º del artículo 446 del Código Judicial que manda que las sentencias deben decidir sobre la controversia que constituye la materia del juicio, la cual debe ser claramente precisada en la demanda. "Al tenor del artículo 471 del Código Judicial también violado, las sentencias deben estar en consonancia con las demandas. El artículo 205 del Código Judicial exige al demandante expresar lo que se demanda, no pudiéndose entender como sobreentendido un pedimento tan importante como la simulación de un contrato".

El apoderado de la parte opositora replica a este cargo diciendo que no ha habido fallo ajeno a la controversia ni se ha condenado a más de lo pedido "sino que simplemente se resolvió sobre un punto que, aunque no demandado de manera expresa, fue objeto del litigio, sobreentendido en la propia naturaleza de la acción intentada".

Transcribe dos doctrinas de la Corte conforme a las cuales la demanda debe interpretarse en conjunto, porque la intención del actor no está solamente en la parte petitoria sino también en

los fundamentos de hecho y de derecho, y porque, si el derecho existe bajo otra denominación y las circunstancias de hecho necesarias para configurarlo han quedado planteadas en la demanda, ello obliga al juzgador a entrar en su examen con el fin de definirlo.

Se considera:

La sentencia en relación al cargo en consideración dice:

"El actor no solicita en su libelo, de manera explícita, la declaración de simulación relativa en el contrato de permuta. Sus pedimentos se enderezan a que se declare la rescisión por causa de lesión enorme de dicho contrato, pero fundando la lesión, no en los términos literales de la escritura de permuta, sino en el hecho fundamental de que el actor "entregó bienes por valor de setenta y cinco mil pesos (\$ 75.000.00), para recibir uno que sólo vale veinticinco mil pesos (\$ 25.000.00) libre y que está gravado con hipoteca", los cuales se especifican en la petición Segunda, consistiendo en un lote de terreno, un local, un vehículo marca Chevrolet y la suma de nueve mil cuatrocientos pesos (\$ 9.400.00) en efectivo. Más adelante, en la relación de hechos sustanciales de la acción, indica el actor que los bienes realmente comprendidos en la permuta no son los que aparecen mencionados solamente en la escritura, sino los que se expresan en el documento privado que ambas partes otorgaron el 30 de septiembre de 1954, el cual contiene la clave de la simulación, que el mismo demandante resume en el hecho 4º al decir que "los bienes permutados son los que acreditan los documentos anteriores y puntualizados en las peticiones Primera y Segunda".

"Las intenciones del actor, son, sin ninguna duda, que se establezcan previamente los verdaderos elementos patrimoniales que intervinieron en el contrato de permuta y que sobre el justo valor de dichos bienes, definido en el juicio, se declare la lesión enorme que sufrió el permutante Acevedo Díaz, pues los bienes que éste entregó a Muñoz Pinto, que son los señalados en el documento privado, valen más del doble del valor de la casa que recibió de Muñoz Pinto.

"La acción así entablada encubre en forma implícita la de simulación relativa o parcial del contrato de permuta, en cuanto a los bienes que fueron materia de esa convención. Puesta así en claro la intención del actor debe estarse más a ella que a la literalidad de las palabras, puesto que nuestro sistema procesal no reconoce fórmulas sacramentales, de tal suerte que carece de importancia que en el libelo no se califique como

simulado el contrato, ni se ejercite expresamente la acción de prevalencia como básica de la lesión enorme, si por otro lado puede conocerse el sentido y la finalidad de la demanda. En repetidas oportunidades nuestra jurisprudencia ha sostenido que una demanda puede y debe interpretarse con el objeto de buscarle alguna efectividad o realidad a lo pedido, siempre que no se modifiquen o alteren los factores de la litis; y que esa interpretación debe hacerse en conjunto, a fin de buscar la verdadera intención del actor, contenida no solamente en la parte petitoria, sino también en los fundamentos de hecho y de derecho en que la acción se apoya (Casación, 3 diciembre de 1945, LIX, 818, 28 noviembre 1946, LXI, 460).

"Precisamente en reciente fallo del 13 de abril de 1956, la Corte insiste en que en la estructuración de la acción lo que importa son los hechos, ya que son éstos los que tienen fuerza creadora de las situaciones jurídicas, y porque la ley, como ordenamiento abstracto, sólo la actualiza el hombre sobre situaciones concretas y palpitantes. Con este criterio, admite la Corte que ni siquiera la cita errada de los textos legales en que se apoya la acción o la equivocada denominación jurídica de ésta, tienen importancia ante los hechos reales que le sirven de fundamento (Véase GACETA JUDICIAL, números 2165-2166, página 282). Desde luego que el derecho procesal, en cuanto a su aspecto formalístico, tiende a exigir de los litigantes una correcta redacción jurídica, exenta de confusión, vaguedad o anfibología, de tal modo que el planteamiento de sus súplicas, así como de sus fundamentos en el hecho y el derecho, sea preciso y exacto; mas no siendo esto humanamente posible, la jurisprudencia le ha dado facultad al sentenciador de interpretar la demanda, con el objeto de hacerla operante, aunque sin permitir que esa interpretación llegue hasta la arbitrariedad o la adulteración de sus factores esenciales.

"Interpretada, pues, la demanda, en el sentido de que el actor ha ejercitado la acción de simulación relativa o parcial del contrato de permuta en cuanto a los bienes materia de la enajenación, debe examinarse si tal simulación está efectivamente demostrada en autos".

Lo transcrito pone de manifiesto que el Tribunal, en uso de una facultad que le es propia, interpretó esta demanda en el sentido de considerar interpuesta tácitamente la súplica sobre simulación parcial del contrato de permuta, en cuanto los bienes, objeto de él, no fueron solamente los inmuebles de que habla la escritura sino también el automóvil y el dinero de que

trata el recibo suscrito por Muñoz. Esta interpretación la fundó en que, si, por una parte, se suplica la declaración de rescisión del contrato sub lite, por otra, se pide también que se ordene consecuentemente la restitución no solamente de los bienes raíces especificados en el instrumento de permuta sino también el vehículo y el dinero que entregó Acevedo Díaz, que no aparecen en la escritura pública, pero sí en el recibo expedido por Muñoz; y en que el libelo en los hechos expone claramente que el convenio sub iudice no comprendió únicamente los inmuebles relacionados en él sino también los muebles aludidos.

Interpretada la demanda en esta forma, el cargo de incongruencia no cabía hacérselo a la sentencia con respaldo en la causal segunda del artículo 520 del Código Judicial que es conducente cuando el fallador por una inteligencia ligera de la demanda decide ultra, extra, plus o mínima petita.

Cuando el fallo de segunda instancia se basa en la interpretación de la demanda, la cual es una prueba sometida a la interpretación del sentenciador el cargo contra la sentencia cabía formularlo por la causal primera del artículo 520 del Código Judicial por violación de la ley por apreciación errónea del libelo en cuanto el Tribunal incurrió en error de derecho o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos.

Sobre el particular la Corte ha dicho: "... la interpretación de una demanda corresponde al fallador de instancia y sólo puede ser variada por la Corte en el caso de que ante ella se alegue y demuestre un error de hecho manifiesto" (G. J., tomó LXXX, número 2.153, página 33.—Casación de 18 de abril de 1955. Tomo 81 números 2160-61, página 791.—Casación diciembre 15 de 1955).

Como el fallo no se acusó por este extremo, el cargo no puede prosperar.

Con fundamento en la causal primera del mismo artículo 520, la acusa de haber violado directamente los artículos 32 de la Ley 57 de 1887 que reza: "No habrá lugar a la acción rescisoria por lesión enorme en las ventas de bienes muebles", y también del artículo 1.951 del Código Civil que dispone que perdida la cosa en poder del comprador no hay derecho por ninguna de las partes para la rescisión y "lo mismo será si el comprador hubiese enajenado la cosa". Lo funda así:

Está plenamente demostrado que uno de los bienes, materia del contrato de permuta fue el vehículo de marca Chevrolet.

Siendo este un bien mueble, es clara la violación del artículo 32 de la Ley 57 de 1887, que paladinamente dispone que no hay lugar a la ac-

ción rescisoria por lesión enorme en las ventas de bienes muebles "no hace ninguna excepción, sino que es terminante, perentorio y categórico en la prohibición o exclusión que hace. Y ni esto ni ningún otro texto legal, distinguen ni hablan de contratos mixtos, en tal forma que se puedan dividir o parcelar los hechos, —bienes materia del contrato— para poder también dividir o parcelar el derecho a aplicarles".

Considera que la exclusión de la lesión enorme en los contratos que versen sobre muebles envuelve una injusticia, dado el considerable valor que alcanzan muchos de ellos, pero que, como la ley es clara en excluir de la acción rescisoria las ventas de bienes muebles, el fallador debe someterse a sus mandatos.

Se refiere en seguida a que si, según el concepto pericial, la casa que transfirió Muñoz valía \$ 29.660.00, y si el local y el lote que traspasó Acevedo y la hipoteca de que se hizo cargo el mismo, ascendían a un total de \$ 51.490.00, manifiestamente resulta que no hay lesión enorme, por cuanto el 50% de lo transferido por Acevedo es inferior al precio de la casa que se le dio como contraprestación de la permuta.

El opositor para contestar a este cargo reproduce los apartes del fallo ya transcritos. Y observa que la compraventa y la permuta sólo se diferencian en que en la primera el precio se paga en dinero, y en cosas muebles e inmuebles en la segunda; y que la acción ejercitada aquí por Acevedo Díaz es la de comprador de un bien inmueble único por el cual dio "cuanto tenía en su haber después de toda una vida de trabajo honesto y entusiasta". Repite que "la acción la ejercita Acevedo Díaz, porque el justo precio de la casa que compró, un inmueble, es inferior a la mitad del precio que pagó por ella".

Considerandos:

El Tribunal, trae al caso la doctrina de la Corte conforme a la cual, tratándose de las ventas mixtas, fuera de la tesis de la aplicación rigurosa del artículo 32 de la Ley 57 de 1887, existen otras dos, a saber: "a) Se rescinde la venta en su totalidad, pero tomando en cuenta únicamente para la apreciación de la lesión el valor de los inmuebles; y b) Se rescinde parcialmente la venta en cuanto a los inmuebles, si el precio recibido por ellos es inferior a la mitad de su valor real a la época del contrato "para lo cual se debe fijar separadamente el valor de los muebles y de los inmuebles. Y prosigue el fallador: "Pero en el caso de una permuta como la examinada, piensa el Tribunal que no hay lugar a problema alguno,

pues se trata, por una parte, de que el demandante solamente recibió del demandado un solo inmueble cuyo valor a la época del contrato fijaron precisamente los peritos; a cambio de ese inmueble el demandante dio otros dos que valen en conjunto mucho más que la casa recibida del demandado; y no sería lícito, respetable, ni moral, y por el contrario, sería opuesto a los fines justicieros que inspiran la teoría de la lesión, que para apreciar el desequilibrio de las contraprestaciones mutuas se dejaran de tomar en cuenta los bienes muebles que dio el demandante y los gravámenes que tomó a su cargo, con el fin de alcanzar el precio leonino señalado a la enajenación.

"Verdad es que la Corte, de las soluciones antes enunciadas ha propiciado sólo la tercera, o sea la rescisión parcial de la venta en cuanto a los inmuebles, señalando que "para apreciar la cuantía de la lesión se hace necesario entonces, mediante tasación pericial, fijar separadamente el valor real de los muebles y de los inmuebles en el momento del contrato, y determinar después, en proporción con el precio global de la venta, el valor en que resultaron vendidos los inmuebles".

"Esta doctrina, como se dijo anteriormente, es oportuna para las ventas mixtas; no así para una permuta como la analizada en este pleito, ya que sería contrario a la naturaleza, al espíritu y a la finalidad de una institución jurídica como la lesión, llamada a regular el equilibrio conmutativo de los contratos, desatender para la estimación de la lesión el conjunto total de las prestaciones de los contratantes, pues si se toma, como es de rigor, el avalúo del único inmueble entregado por una de las partes, necesario es confrontar su valor con todos los demás bienes, muebles e inmuebles, entregados a cambio por la otra parte. Sólo esa confrontación total puede dar la medida de la desproporción en las prestaciones y por ende, de la lesión enorme que vicia el contrato".

La rescisión del contrato de permuta por lesión enorme es el cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 1.958 del Código Civil, que manda aplicar a la compraventa las disposiciones relativas a la naturaleza de aquélla. Y mal puede darse tal oposición, cuando la rescisión por lesión enorme halla su razón de ser en el carácter de conmutativo que tiene el contrato de permuta y en la consecuencial equivalencia que han de tener las contraprestaciones a cargo de las partes. Ya la Corte, en fallos de 21 de septiembre de 1954, especialmente, y 13 de marzo del año pasado, ha

aceptado que nuestra ley sustantiva consagra la rescisión de la permuta por lesión enorme con fundamento en el precitado artículo 1.958.

Para resolver el cargo que se estudia, es indispensable, de conformidad con la segunda parte del mismo artículo, tener de presente: 1º—Que cada permutante es comprador de la cosa que recibe y vendedor de la que da; y 2º—Que el justo precio de ésta "a la fecha del contrato se mirará como el precio que paga por lo que recibe en cambio". Así la misma ley establece para la permuta las dos premisas que en la compraventa permiten configurar la lesión enorme, y, por ende, su rescisión. Son estas: la cosa que compra cada permutante, y el precio que paga por ella, que, según el legislador, es el que a la fecha del contrato tenían el bien o bienes dados por el que se reputa comprador.

En esta forma determinado el precio de la cosa recibida por cada permutante y el de aquella o aquellas que dio en cambio, es fácil establecer, al tenor del artículo 1.947 del Código Civil si el permutante como comprador ha sufrido lesión enorme, porque el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella, o si como vendedor el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende. Este justo precio, en uno y otro caso se establece determinando el valor que tenían los bienes, objeto de la permuta, en la fecha de su celebración.

En el caso concreto, el demandante Acevedo Díaz comparece en su calidad de comprador de la casa que le transfirió el permutante Muñoz Pinto, cuyo precio en la fecha del contrato era de veintinueve mil setecientos treinta y cinco pesos (\$ 29.735.00) moneda legal, y dio por ella, dos inmuebles, un automóvil y la cantidad de nueve mil cuatrocientos pesos (\$ 9.400.00) en dinero, todo lo cual alcanzó a la suma de sesenta y siete mil trescientos noventa pesos (\$ 67.390.00), la cual, según el artículo 1.958 citado constituye el precio pagado por la casa adquirida por Acevedo Díaz. Estos hechos resultan comprobados de la escritura de permuta, del recibo suscrito por Muñoz, de las posiciones absueltas por éste (Folios 31 y siguientes, cuaderno número 2), de la diligencia de inspección ocular y del dictamen pericial (Folios 40 y 60 *ibidem*).

Significa esto que Acevedo Díaz sufrió lesión enorme, porque el precio del inmueble habido por él en la fecha del contrato era inferior a la mitad del valor de los bienes que dio como precio de él.

La circunstancia de figurar bienes muebles entre los que dio Acevedo Díaz a Muñoz Pinto en precio de la casa adquirida por aquél, no envuelve violación del artículo 32 de la Ley 57, que descarta la acción rescisoria por lesión enorme en las ventas de bienes muebles, porque, según queda expuesto ya, las cosas dadas por el que comparece como comprador, la ley las reputa precio sin tener en cuenta que sean muebles o inmuebles.

Y porque, como lógica consecuencia de lo anterior, el único caso en que no podría darse en la permuta acción rescisoria por lesión enorme sería aquél en que las prestaciones de ambas partes consistieran en bienes muebles. Es la manera de aplicar debidamente a la permutación las disposiciones relativas a la compraventa en todo lo que no se opongan a la naturaleza de aquélla.

El cargo de violación del artículo 1.951 del Código Civil por pérdida de la cosa en poder del comprador o por haberla enajenado, apenas lo

enunció el recurrente pero no lo fundó como lo ordena el artículo 531 del Código Judicial.

El cargo no puede prosperar.

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 veintisiete de marzo de mil novecientos cincuenta y siete en el juicio ordinario de Antonio Acevedo Díaz contra Manuel Muñoz Pinto, con costas a cargo del recurrente.

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

Hernando Morales—Enrique Coral Velasco—

Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Ar-

turo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge

Soto Soto, Secretario.

RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL HECHO AJENO. — QUIEN TIENE BAJO SU CUIDADO O DEPENDENCIA A UNA PERSONA QUE CAUSA UN DAÑO, EN EL FONDO NO RESPONDE POR EL HECHO DE ESTA, SINO POR EL SUYO PROPIO, CUAL ES LA FALTA DE VIGILANCIA QUE SOBRE EL AUTOR DEL DAÑO DEBIA EJERCER.—REQUISITO PARA QUE HAYA LUGAR A RESPONSABILIDAD POR EL HECHO AJENO. — RESPONSABILIDAD SIMPLE Y RESPONSABILIDAD COMPLEJA. — PARA QUE PROCEDA LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA ES NECESARIO QUE HAYA PLURALIDAD DE SUJETOS PERO UNIDAD DE HECHO. — CARGOS SUBSIDIARIOS EN CASACION

1.—Por regla general, sólo se responde del propio hecho ilícito, tal cual se deduce de los artículos 2.341 y 2.356 del Código Civil. Sin embargo, por excepción, se responde civilmente de actos ilícitos efectuados por otro, como ocurre en los casos en que el autor del daño se encuentra bajo el cuidado o dependencia de otra persona a quien debe subordinación u obediencia. Este es el principio consagrado en el primer inciso del artículo 2.347 del Código Civil cuando expresa que “toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquéllos que estuvieran a su cuidado”.

Los doctrinantes y la jurisprudencia han dado varios fundamentos a esta clase de responsabilidad, prevaleciendo la tesis de que quien tiene bajo su dependencia o cuidado a una persona que le debe subordinación, está obligado a vigilarla a fin de que no ocasione daños. Por eso puede decirse que se presume la culpabilidad de la persona que ejerce dicha vigilancia.

En cierto modo no sería del todo exacto hablar de responsabilidad por el hecho ajeno, pues quien tiene bajo su cuidado o dependencia a una persona que causa un daño, en el fondo no responde por el hecho de ésta, sino por el suyo propio, cual es la falta de vigilancia que sobre el autor del daño debía ejercer. Su responsabilidad proviene de su culpa personal, y por eso está obligado a indemnizar; si se habla de responsabilidad por el hecho ajeno es porque esa culpa constituye la causa mediata del daño, en tanto que el hecho dañoso implica la causa inmediata.

La responsabilidad por el hecho ajeno,

dentro de su carácter excepcional, es aplicable a todos los casos en que una persona natural o jurídica tenga bajo su cuidado o dependencia a otra, aunque no se trate de los casos previstos en el artículo 2.347 del Código Civil.—A diferencia de lo que ocurre en el Código Francés y en muchos otros, la enunciación de tales casos no es taxativa, según se desprende de la indicada norma en su primer inciso que hace referencia a toda persona, como del adverbio así con que comienzan los incisos que siguen. Este adverbio empleado en cada uno de ellos y después de haberse dictado un precepto de carácter general, constituye una simple enunciación de ejemplos. Lo mismo puede predicarse en relación con los artículos 2.348, 2.349 y 2.350 del C. C.

Para que haya lugar a la responsabilidad por el hecho ajeno se requiere que exista un vínculo de subordinación entre el autor del daño y la persona llamada a responder por ese hecho. Por eso la ley habla de que existe responsabilidad respecto de quien tiene a otro “a su cuidado”, es decir, bajo su vigilancia.

La doctrina contemporánea se ha orientado en el sentido de que es indiferente la causa o razón de dicha subordinación, la cual puede emanar de la ley, de una convención o de una mera situación de hecho. Mas si falta el vínculo mencionado no se presenta la responsabilidad de que se viene tratando, pues el hecho ilícito no podría atribuirse a carencia de vigilancia sobre su autor por persona que no estaba obligada a ejercerla.

Tanto los amos o patrones en relación con sus criados o sirvientes, expresiones que

trae el Código Civil, como el empresario respecto de sus dependientes, caso contemplado en la última parte del artículo 2.347 de la misma obra, se encuentran en la posibilidad de responder por los hechos culposos de sus subordinados. Las dos situaciones no sólo son análogas, sino que se complementan recíprocamente.

Al efecto, puede verse la sentencia de la Corte, —Sala de Casación Civil—, de fecha 12 de mayo de 1939, G. J., Tomo XLVIII, páginas 28 y 29.

Es indudable que las empresas de automóviles de servicio público quedan incursas en la responsabilidad por el hecho dañoso de sus dependientes, sea que se considere el caso a la luz del último inciso del artículo 2.347 o de lo previsto en el 2.349. Así la Corte ha admitido que de conformidad con la primera de tales normas una empresa de esta índole "es responsable del hecho del chofer que manejaba el auto que causó el accidente", pues tal precepto ordena que los empresarios responden por el hecho de sus dependientes (G. J., número 2001, página 322).

2.—La responsabilidad civil por el hecho ajeno no excluye la responsabilidad personal del autor directo del daño, pero sin que pueda dar margen a doble indemnización. La víctima tiene entonces ante sí dos responsables: el autor del daño que da pie a la responsabilidad simple, y quien responde del hecho ajeno, fenómeno que la doctrina denomina responsabilidad compleja. A cada uno de ellos puede demandar, separada o conjuntamente, la reparación del daño. Cuando el demandante opta por ejercer la acción de responsabilidad indirecta, —por demandar a la empresa a la cual se hallaba afiliado el vehículo que originó el accidente y al dueño de aquél, pero sin incluir en la demanda al conductor del vehículo—, la cuestión debe dilucidarse a la luz de lo previsto en los artículos 2.347, última parte, y 2.349, que se complementan, y no de los artículos 2.341, 2.343 y 2.345, que pueden ser pertinentes si se demanda al autor directo del perjuicio.

3.—La solidaridad prevista en el artículo 2.344 del Código Civil tiene lugar cuando el delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas. Por consiguiente, para que proceda dicho tipo de responsabilidad es

necesario que un mismo delito o culpa haya sido cometido por varias personas, es decir, que el hecho ilícito se haya ejecutado por todas ellas; en otras palabras: que haya pluralidad de sujetos pero unidad de hecho, lo cual se desprende de la propia disposición legal que habla de un delito o culpa cometido por dos o más personas y del perjuicio procedente del mismo delito o culpa.

Por esta causa, se ha aceptado que la responsabilidad indirecta puede ser solidaria "si son varias las personas que a un mismo tiempo tienen a su cuidado al autor del daño" (Alessandri Rodríguez—De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Chileno).

4.—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 ibidem.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, febrero dos de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Hernando Morales M.).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la "Sociedad Unica Automovilística Limitada" (Suatomóvil) respecto de la sentencia de 17 de mayo de 1957, proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio ordinario que promovió el Presbítero Adolfo Hoyos Ocampo contra la mencionada sociedad, representada por su gerente, el señor Tomás Robayo, y contra el señor Francisco Valencia, personalmente.

Antecedentes:

El Presbítero Adolfo Hoyos Ocampo demandó en juicio ordinario ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Manizales a la "Sociedad Unica

Automovilística Limitada" (Suautomóvil), representada en la forma dicha, y al señor Francisco Valencia, para que se declarara a los demandados civilmente responsables de los perjuicios recibidos por el demandante con ocasión del accidente sufrido por el automóvil de su propiedad, distinguido con placas del Departamento de Caldas número 00-11, marca Chevrolet, modelo 1953.

Como consecuencia, la demanda solicitó se condene a los demandados a pagar al actor, en forma solidaria, la suma de \$ 12.500.00 por concepto de daño emergente, más la cantidad que en el curso del juicio se demuestre como valor del lucro cesante proveniente del daño respectivo. Subsidiariamente pidió que los demandados sean condenados a pagar la suma de \$ 9.000.00 por el primer concepto y de \$ 800.00 mensuales, por el segundo, a partir de la fecha del accidente, o la que señalen peritos en el juicio.

Los hechos en que se apoyan las anteriores peticiones son los que a continuación se extractan, en lo pertinente:

1º—En las horas de la tarde del día 15 de agosto de 1955 el Presbítero Hoyos Ocampo dejó estacionado en el sitio que para el efecto tenía señalado la Dirección de Circulación y Tránsito de Manizales, el automóvil de su propiedad anteriormente especificado; 2º—Encontrándose el vehículo en el lugar referido, situado en la plaza de Bolívar de la mencionada ciudad, fue atropellado por el automóvil de propiedad de Francisco Valencia, afiliado a la empresa demandada y manejado por el conductor Germán Jiménez Vélez, causándole graves daños; 3º—El citado conductor actuaba al servicio de la empresa demandada, pues aunque no estaba inscrito como chofer de ella sí trabajaba en ese carácter.

Con la oposición de los demandados se tramitó la primera instancia, la cual fue terminada por fallo de 6 de diciembre de 1956 que absolvió a Francisco Valencia de todos los cargos de la demanda, pero condenó a la empresa a pagarle al actor la suma de \$ 9.000.00 a título de indemnización del daño emergente sufrido por éste. Las demás peticiones de la demanda fueron negadas. Contra esta sentencia interpusieron recurso de apelación ambas partes, por lo cual, cumplidos los trámites de la segunda instancia, el Tribunal le puso fin en providencia del 17 de mayo de 1957, la que confirmó la sentencia recurrida, menos en lo relativo a costas, parte que fue revocada para condenar en ellas a la "Sociedad Única Automovilística Limitada" en lo referente a la acción ejercitada frente a tal sociedad, y al demandante

en lo que concierne a la acción promovida contra Francisco Valencia.

La sentencia recurrida.

El Tribunal encontró demostrada la propiedad de los vehículos a que se refiere la demanda en cabeza del Presbítero Hoyos Ocampo y de Francisco Valencia, respectivamente; halló acreditado que el automóvil número 1502, de propiedad de Valencia, estaba afiliado el día del accidente a la empresa de transportes ya mencionada; igualmente encontró evidenciado que dicho accidente tuvo lugar en la madrugada del 16 de agosto de 1955 y era conducido por Germán Jiménez Vélez. Por último, de las pruebas aportadas dedujo que el hecho ocurrió en la forma descrita en la demanda y aparejó los daños invocados en ésta, en cuanto al daño emergente se refiere.

Con fundamento en que se trataba de una actividad peligrosa que hace presumir la existencia de una culpa en el autor del daño, y en que no aparece comprobado hecho alguno constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, el sentenciador concluye en la responsabilidad del conductor Jiménez Vélez. Luego advierte que no siendo éste demandado, debe enfocarse la cuestión dentro del sector de la responsabilidad civil "por el hecho ajeno que reglamenta y contempla el artículo 2.349 del Código Civil, y consecuentemente enjuiciarse a la luz de lo que tal disposición reza, en cuanto ella sienta la regla general de que "los amos responderán del daño causado por sus criados o sirvientes, con ocasión del servicio prestado por éstos a aquéllos...."

En consecuencia, el Tribunal estima que para comprometer la responsabilidad de la empresa debe existir una relación de autoridad o dependencia entre ella y el conductor del automóvil, la cual encuentra demostrada en el memorial dirigido a la Dirección de Circulación y Tránsito de Manizales por Tomás Robayo en su calidad de gerente de la sociedad demandada, que dice en lo pertinente que Germán Jiménez Vélez "trabaja de día en el taller de propiedad del señor Joaquín Moreno y de noche, en la empresa, en turnos que le dan los choferes titulares". Además, se refiere a las posiciones absueltas por Robayo durante la primera instancia, en las cuales el absolvente acepta que Jiménez Vélez prestó servicios a la empresa consistentes en la conducción del vehículo a la hora del accidente, pero que lo hizo sin permiso de ella. Hace referencia a las declaraciones de Octavio Castañeda, chofer

titular del automóvil, Enrique Londoño, Leonidas Bermúdez, Gustavo Parra Villa y Rogelio Londoño, a que luégo se hará mención, y concluye que la responsabilidad civil perseguida no puede recaer en Francisco Valencia, sino en la empresa "Suautomóvil" por virtud del vínculo de dependencia del autor del daño con la indicada sociedad, ya que el contrato por medio del cual afilió Valencia el automóvil número 1502 tuvo el alcance de atribuirle a la empresa la explotación y administración exclusivas del vehículo, lo cual excluía cualquier facultad de Valencia para dar órdenes relacionadas con tales actividades, siendo indiferente que quien designara el chofer titular fuera el propio Valencia, ya que la mera elección no crea relación de dependencia.

Con base en indicios que no es el caso de referir, porque son ajenos a la demanda de casación, reafirma su tesis central, o sea la responsabilidad de la sociedad demandada por el hecho del conductor Jiménez Vélez, y añade que la circunstancia de que Valencia fuera el propietario del vehículo carece de incidencia, pues entre nosotros, al contrario de lo que sucede en el derecho francés, la mera circunstancia de que una persona sea propietaria de la cosa que causa un daño, es indiferente para efectos de hacerla responsable de la indemnización, salvo hipótesis de excepción que no concurren en el caso litigioso.

El monto de los daños lo deriva el fallo de una prueba de inspección ocular practicada con citación de los presuntos demandados, con anuencia de peritos, previamente a la iniciación del juicio, en lo atinente al daño emergente, ya que lo relativo al lucro cesante no fue objeto de la apelación del demandante, porque éste circunscribió expresamente su recurso a la circunstancia de haber sido absuelto por el Juzgado el demandado Francisco Valencia, y a la de que no se hubiera condenado en costas de la primera instancia a la parte demandada.

El recurso.

El apoderado de la "Sociedad Unica Automovilística Limitada" propone tres cargos, el último de los cuales denomina "subsidiario", contra la sentencia recurrida, los cuales se pueden concretar así: 1º—La sentencia es violatoria de la ley sustantiva por "Aplicación indebida del artículo 2.349 del Código Civil, determinada por errónea apreciación de la prueba".

Considera el recurrente que el fallo aplica la disposición legal mencionada, pero que no se en-

cuentra demostrado que existiera vínculo de dependencia entre el autor material del daño y la empresa demandada, por falta del elemento subordinación. Expresa a este propósito lo siguiente: "El Tribunal cree encontrar configurado este primer elemento de la subordinación por el análisis parcial de las declaraciones rendidas por Tomás Robayo en memorial dirigido a la Dirección de Circulación y Tránsito....; Octavio Castañeda....; Enrique Londoño....; Leonidas Bermúdez....; Gustavo Parra Villa....; Rogelio Londoño....; y en la diligencia de inspección ocular visible al folio 8 vuelto cuaderno 1".

Según el recurrente los testimonios referidos prueban claramente que no existió contrato de trabajo entre Jiménez Vélez y la empresa, pues falta el elemento de la subordinación, y como el Tribunal desconoció esta prueba, incurrió en error que lo condujo a aplicar indebidamente el artículo 2.349 del C. C.

Además, estima que el chofer no estaba prestando servicio a la sociedad demandada en el momento del accidente, por lo cual falta otro elemento indispensable para comprometer la responsabilidad de ésta, o sea que el hecho culposo causante del daño (elementos que admite expresamente), se haya producido con ocasión del servicio. Finalmente, afirma que la empresa no tuvo capacidad para la elección y vigilancia de la persona y de los actos del dependiente, suponiendo que estuviera acreditada la relación de dependencia, por todo lo cual concluye que hubo error evidente de hecho en la apreciación de las pruebas, que llevó a la aplicación indebida de la norma mencionada.

Se considera:

Es evidente que la sentencia descansa sobre la aplicación del artículo 2.349 del Código Civil que dice, en lo pertinente, que los amos responderán del daño causado por sus criados o sirvientes, con ocasión del servicio prestado por éstos a aquéllos; pero no responderán si se probare que en tal ocasión los criados o sirvientes se han comportado de un modo impropio, que los amos no tenían medio de prever e impedir, empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente, pues en este caso toda la responsabilidad recae sobre el autor material del daño.

Por regla general, sólo se responde del propio hecho ilícito, tal cual se deduce de los artículos 2.341 y 2.356 del Código Civil. Sin embargo, por excepción, se responde civilmente de actos ilícitos efectuados por otro, como ocurre en los casos en que el autor del daño se encuentra bajo el

cuidado o dependencia de otra persona a quien debe subordinación u obediencia. Este el principio consagrado en el primer inciso del artículo 2.347 del Código Civil cuando expresa que "toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño sino del hecho de aquéllos que estuvieren a su cuidado".

Los doctrinantes y la jurisprudencia han dado varios fundamentos a esta clase de responsabilidad, prevaleciendo la tesis de que quien tiene bajo su dependencia o cuidado a una persona que le debe subordinación, está obligado a vigilarla a fin de que no ocasione daños. Por eso puede decirse que se presume la culpabilidad de la persona que ejerce dicha vigilancia.

En cierto modo no sería del todo exacto hablar de responsabilidad por el hecho ajeno, pues quien tiene bajo su cuidado o dependencia a una persona que causa un daño, en el fondo no responde por el hecho de ésta, sino por el suyo propio, cual es la falta de vigilancia que sobre el autor del daño debía ejercer. Su responsabilidad proviene de su culpa personal, y por eso está obligado a indemnizar; si se habla de responsabilidad por el hecho ajeno es porque esa culpa constituye la causa mediata del daño, en tanto que el hecho dañoso implica la causa inmediata.

La responsabilidad por el hecho ajeno, dentro de su carácter excepcional, es aplicable a todos los casos en que una persona natural o jurídica tenga bajo su cuidado o dependencia a otra, aunque no se trate de los casos previstos en el artículo 2.347 del C. C. A diferencia de lo que ocurre en el Código Francés y en muchos otros, la enunciación de tales casos no es taxativa, según se desprende de la indicada norma en su primer inciso que hace referencia a toda persona, como del adverbio así con que comienzan los incisos que siguen. Este adverbio empleado en cada uno de ellos y después de haberse dictado un precepto de carácter general, constituye una simple enunciación de ejemplos. Lo mismo puede predicarse en relación con los artículos 2.348, 2.349 y 2.350 del C. C.

Para que haya lugar a la responsabilidad por el hecho ajeno se requiere que exista un vínculo de subordinación entre el autor del daño y la persona llamada a responder por ese hecho. Por eso la ley habla de que existe responsabilidad respecto de quien tiene a otro "a su cuidado", es decir, bajo su vigilancia.

La doctrina contemporánea se ha orientado en el sentido de que es indiferente la causa o razón de dicha subordinación, la cual puede emanar de

la ley, de una convención o de una mera situación de hecho. Mas si falta el vínculo mencionado, no se presenta la responsabilidad de que se viene tratando, pues el hecho ilícito no podría atribuirse a carencia de vigilancia sobre su autor por persona que no estaba obligada a ejercerla.

Tanto los amos o patrones en relación con sus criados o sirvientes, expresiones que trae el Código Civil, como el empresario respecto de sus dependientes, caso contemplado en la última parte del artículo 2.347 de la misma obra, se encuentran en la posibilidad de responder por los hechos culposos de sus subordinados. Las dos situaciones no sólo son análogas, sino que se complementan recíprocamente.

En efecto, la Corte ha dicho: "El caso 4º del artículo 2.347 en cuanto a empresarios y dependientes se refiere, y el contemplado en el artículo 2.349, orientados ambos por la misma idea, se complementan entre sí. El primero hace responsable a los empresarios del hecho de sus dependientes, mientras estén bajo su cuidado; y el segundo a los amos del hecho de sus sirvientes, con ocasión del servicio que presten; pero empresarios y empleadores dejarán de ser responsables si probaren que no tuvieron medio de prevenir o impedir el hecho. Se llama empresario en el lenguaje usual el que toma por su cuenta algún negocio o actividad, poniendo su capital, con el objeto de explotarlo y derivarle alguna utilidad pecuniaria. Y quien coloca bajo su dirección y mando a otra persona, aprovechándose de sus servicios mediante remuneración, es amo con relación a esta persona, para emplear el lenguaje del artículo 2.349, lenguaje resentido de la tradición feudal. De consiguiente, en el sentido del artículo 2.349, el empresario también es amo de sus empleados y dependientes, por cuya razón responde no sólo del daño causado por éstos cuando trabajan bajo su cuidado, es decir, bajo su vigilancia inmediata y directa, ya que tal es el sentido que fluye del texto regulador del caso 4º del artículo 2.347, sino también cuando de cualquier manera que sea, el daño se infiere a terceros con ocasión del servicio prestado, es decir, aun lejos de la vista y la vigilancia inmediata del empleador. Basta, pues, que el empleado esté realizando su tarea en virtud de las órdenes del amo, patrón o empresario que las dicta por la existencia de un vínculo de subordinación, para que el segundo responda del daño causado con motivo del cumplimiento de esa tarea. En esas circunstancias, la culpa del empleado repercute en el empleador, quien es así el sujeto de una presunción de responsabilidad

fundada en mala elección o falta de vigilancia". (G. J., número 1.947, página 28).

En estas circunstancias, es indudable que las empresas de automóviles de servicio público quedan incursas en la responsabilidad por el hecho dañoso de sus dependientes, sea que se considere el caso a la luz del último inciso del artículo 2.347 o de lo previsto en el 2.349. Así la Corte ha admitido que de conformidad con la primera de tales normas una empresa de esta índole "es responsable del hecho del chofer que manejaba el auto que causó el accidente", pues, tal precepto ordena que los empresarios responden por el hecho de sus dependientes (G. J., número 2001, pág. 322).

Se han traído a este fallo los anteriores principios, a título doctrinario, ya que aunque el recurrente no ataca la sentencia del Tribunal por violación directa del artículo 2.349, en virtud de indebida aplicación, sino por violación indirecta derivada de falsa apreciación de pruebas, es evidente que para las dos disposiciones legales que se han comentado se necesitan requisitos análogos, en especial el relativo a la subordinación, que el Tribunal encontró probado primordialmente con la manifestación del gerente de la empresa demandada ante el Inspector Segundo de Permanencia de Manizales, cuyos apartes principales dicen: "Tomás Robayo..... obrando a nombre y representación de la empresa de transportes "Suautomóvil Limitada" de la cual soy gerente en propiedad, me permito solicitar a usted se me acepte el recurso de reposición que interpongo..... contra la providencia de esa Inspección... en la cual se declara responsable del choque de los vehículos números 0011 y 1502 al señor Germán Jiménez Vélez conductor del último vehículo y el cual estaba afiliado a la empresa que represento. Parece que lo ocurrido tuvo origen en el sueño del chofer, pues trabajaba de día en un taller de propiedad del señor Joaquín Moreno y de noche en la empresa en turnos que le dan los choferes titulares, lo cual también probaré".

Aparece con claridad que esta confesión del representante de la empresa demandada, que compromete a ésta de acuerdo con el artículo 607 del Código Judicial, es base suficiente para demostrar el vínculo en el momento del accidente.

Por consiguiente, no cometió error evidente de hecho el Tribunal al apreciar la confesión mencionada, que no es una simple deposición de testigo, sino una declaración de parte. Esta confesión lejos de comprobar que no existía el vínculo de subordinación entre el conductor del automóvil

y la empresa, demuestra lo contrario. Y si a lo anterior se agrega que aparece acreditado que Valencia había afiliado el automóvil que ocasionó el daño a la sociedad demandada, en virtud de un contrato que obra en autos, que se hallaba vigente en la fecha del accidente, pues su término de duración se acordó en un año a partir del 15 de julio de 1955, y del cual se desprende que la empresa tenía la administración exclusiva del vehículo, así como la elección libre del conductor, no hay duda de que el vínculo de dependencia entre la empresa y el conductor resulta comprobado.

Las declaraciones de Octavio Castañeda, Enrique Londoño, Leonidas Bermúdez, Gustavo Parra Villa y Rogelio Londoño, invocadas por el recurrente, no desvirtúan la dependencia de Jiménez Vélez respecto de la empresa, que el Tribunal encontró a través de la confesión del gerente, que consta en el memorial referido, completada con algún aparte de las posiciones absueltas por el mismo, que no es necesario destacar, pues no ha sido mencionado en la demanda de casación. En todo caso, se advierte que algunos de dichos testimonios se limitan a expresar que la empresa prohibía a los choferes titulares entregar los vehículos para ser manejados por otras personas y que Germán Jiménez Vélez no era trabajador permanente de ella, no obstante lo cual Castañeda acepta haberle entregado el automóvil el día del accidente y Enrique Londoño dice haber visto a Jiménez Vélez guiando el mencionado vehículo en dos ocasiones, punto que amplían Gustavo Peña y Parra Villa. Y en cuanto a la inspección ocular mencionada por el recurrente, se anota que de ella únicamente se deduce que en los libros de la Sociedad demandada no aparecía Jiménez Vélez como chofer titular, conclusión que por sí misma tampoco alcanza a contradecir las conclusiones sobre dependencia a que llegó la sentencia recurrida.

Por último, no puede ignorarse que otro requisito indispensable para que se configure la responsabilidad por el hecho ajeno, o sea que el acto culposo del agente se efectúe con ocasión del servicio, punto a que alude el recurrente, tampoco desaparece con las pruebas a que éste se refiere, ya que, aquellas en que el Tribunal se fundó demuestran que Jiménez Vélez hacía el viaje en el momento del accidente por cuenta de la empresa.

Por lo expuesto, no prospera el cargo.

2º— Infracción directa de los artículos 2.341, 2.343 y 2.345 del C. C.

Considera el recurrente que para llegar a la responsabilidad indirecta de la empresa, debía en

primer término tenerse en cuenta la propia responsabilidad del autor directo del daño. Según la demanda de casación, en el proceso aparece que la conducta del chofer Jiménez Vélez fue impropia e incluso sobrepasó los límites de la culpa civil para entrar en los predios del ilícito penal, por lo cual expresa: "Si esta comprobación existe en autos, como el Tribunal lo acepta, el fallo tenía que ser absolutorio para los demandados. Porque la norma pertinente era la consagrada en el artículo 2.341 y concordantes del Código Civil, que en esta forma dejaron de aplicarse a un caso que requería su aplicación y surge de allí la violación, en forma directa, de las disposiciones que se citan en el cargo".

Se considera:

La responsabilidad civil por el hecho ajeno no excluye la responsabilidad personal del autor directo del daño, pero sin que pueda dar margen a doble indemnización. La víctima tiene entonces ante sí dos responsables: el autor del daño que da pie a la responsabilidad simple y quien responde del hecho ajeno, fenómeno que la doctrina denomina responsabilidad compleja. A cada uno de ellos puede demandar, separada o conjuntamente, la reparación del daño. En este caso el demandante optó por ejercer la acción de responsabilidad indirecta, ya que demandó a la empresa a la cual se hallaba afiliado el vehículo que originó el accidente y al dueño de aquél, pero no incluyó en la demanda al conductor Jiménez Vélez. Por esta razón, la cuestión debía dilucidarse a la luz de lo previsto en los artículos 2.347, última parte, y 2.349, que se complementan, según se ha visto, y el segundo de los cuales fue aplicado por el Tribunal, y no de los artículos 2.341, 2.343, y 2.345 que podrían haber sido pertinentes si se hubiese demandado al autor directo del perjuicio. Se añade que el último de tales preceptos en este caso podría haber sido examinado, pero a través de la prueba sobre ebriedad del conductor, punto que no se planteó.

Sobra decir que el recurrente no invoca la infracción de las normas citadas por él en razón de que no se encuentre acreditada la culpa de Jiménez Vélez en el accidente, hecho que acepta expresamente.

En consecuencia se desecha el cargo.

3º.—Violación directa del artículo 2.344 del Código Civil.

Estima el recurrente que al mantenerse la condena de la empresa sobre la base de la responsabilidad indirecta, ha debido incluirse en la condena al demandado Valencia, como propietario del

vehículo, ya que en los casos de solidaridad establecidos en la norma mencionada es imposible dividir la responsabilidad para efectos de la condenación a pagar perjuicios. Por consiguiente, invoca la falta de aplicación de dicha disposición legal, que da lugar a su infracción directa.

Se considera:

El Tribunal estimó que de los demandados debía responder únicamente la empresa, en virtud de que ella tenía la administración exclusiva del vehículo y de que el chofer era su dependiente. Por consiguiente, confirmó el fallo del Juzgado que absolvió a Francisco Valencia de los cargos de la demanda. Es decir, que ante dos posibles responsables indirectos halló que la responsabilidad radicaba en la empresa y no en el propietario del automóvil.

La solidaridad prevista en el artículo 2.344 del Código Civil tiene lugar cuando el delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas. Por consiguiente para que proceda dicho tipo de responsabilidad es necesario que un mismo delito o culpa haya sido cometido por varias personas, es decir, que el hecho ilícito se haya ejecutado por todas ellas; en otras palabras: que haya pluralidad de sujetos pero unidad de hecho, lo cual se desprende de la propia disposición legal que habla de un delito o culpa cometido por dos o más personas y del perjuicio procedente del mismo delito o culpa.

Por esta causa, se ha aceptado que la responsabilidad indirecta puede ser solidaria "si son varias las personas que a un mismo tiempo tienen a su cuidado al autor del daño" (Alessandri Rodríguez. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Chileno).

Ante dos personas sindicadas de responsabilidad indirecta, el Tribunal consideró que la única que tenía relación de dependencia con el conductor era la sociedad "Suautomóvil".

Por consiguiente, no prospera el cargo.

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*.

Resolución.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Manizales en el presente asunto.

Sin costas, por no aparecer causadas.

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

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco.

Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Ar-

turo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge

Soto Soto, Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — CUANDO NO ES INDISPENSABLE LA PRUEBA PERICIAL PARA DETERMINAR LA CAUSA DE LA MUERTE DE UNA PERSONA. — PRESUNCION DE CULPABILIDAD CONSAGRADA EN EL ART. 2356 DEL C. CIVIL. — PRUEBA PARA DESTRUIRLA. — CAUSAL 2ª DE CASACION. — CULPA COMPENSADA. — DEMOSTRACION QUE DEBE HACERSE PARA QUE PUEDA OPERAR TAL FENOMENO. — REFORMATIO IN PEJUS. — UNA CONDENACION EN CONCRETO NO PUEDE DECIRSE, EN FORMA ABSOLUTA, QUE SEA MAS GRAVOSA QUE UNA CONDENACION EN ABSTRACTO, CUANDO ESTA HA SIDO HECHA SIN FIJAR NORMA, NI BASE NI LIMITE ALGUNO. — EN CUANTO LE SEA POSIBLE, TODO SENTENCIADOR DEBE RESOLVER EN FORMA CLARA Y DEFINITIVA EL ASUNTO SOMETIDO A SU DECISION, SIN DEJAR NINGUNA CUESTION PENDIENTE PARA VENTILARLA EN ULTERIORES LITIGIOS. — FORMA Y TERMINOS DE ACLARACION DE UNA SENTENCIA

1.—No hay disposición legal alguna que expresa o tácitamente exija prueba específica —como el dictamen pericial— para establecer procesalmente el hecho de la muerte de una persona por electrocución, el cual por su naturaleza, y según lo prescrito por el artículo 593 del Código Judicial es de aquellos que pueden ser establecidos por cualquiera de los medios probatorios mencionados en el Título XVIII, Capítulo I de la obra citada.

2.—Los artículos 2.341 y 2.356 del Código Civil, cuyo alcance jurídico ha fijado la Corte desde 1935 consagran los principios generales llamados a regir o a condicionar toda decisión en que esté de por medio la culpa extrancontractual.

Según el precitado artículo 2.356 del Código Civil, quien ha cometido algún delito o culpa con perjuicio de otro, debe reponerlo. La presunción de culpabilidad allí establecida, puede destruirse, como lo ha dicho la Corte, probando la fuerza mayor que opera en todo caso, o el caso fortuito, o la intervención de un elemento extraño cuando reúne determinados requisitos.

3.—La causal 2ª de casación, sólo puede prosperar cuando indebidamente se deja de fallar sobre algo de lo sometido a la decisión judicial, o cuando se resuelve sobre cuestiones extrañas al litigio, o cuando en una palabra, se falla con exceso o por defecto.

“No basta para que legalmente pueda decirse que una sentencia adolece de insufi-

ciencia, tratándose de excepciones propuestas, que se haya omitido decisión especial al respecto” (Casación 18 de mayo de 1946, G. J. número 2046, página 21). Además, sobre este particular ha dicho también esta Superioridad: “Lo natural es que el sentenciador las estudie (las excepciones) en la parte motiva y decida sobre ellas en la resolutive. Pero no puede afirmarse que el fallo carezca de consonancia, cuando luego de tomar en cuenta las excepciones se pronuncia de acuerdo con lo que sobre las defensas expuso”. (G. J. Tomo XLVIII, página 608).

4. Para que pueda operar el fenómeno de la culpa compensada, es preciso demostrar, como extremo de la litis, la imprudencia de la víctima en el accidente originario de los daños causados a ésta.

5.—El Superior, ante el cual se surte un recurso de apelación, interpuesto únicamente por uno de los litigantes, no puede emendar la providencia recurrida en el sentido de hacer más gravosa la situación jurídica para el recurrente.

6.—No puede decirse en forma absoluta que una condena en concreto sea más gravosa que una condenación en abstracto, máxime cuando ella ha sido hecha, sin fijar norma, ni base ni límite alguno.

7.—Todo sentenciador debe, en cuanto le sea posible, resolver en forma clara y definitiva el asunto sometido a su decisión, sin dejar pendientes cuestiones para que sean ventiladas en ulteriores litigios, como lo

prescribe el artículo 481 del Código Judicial.

8.—La aclaración de una sentencia no puede hacerse sino en la forma y términos prescritos en el artículo 482 del Código Judicial.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ignacio Escallón).

Ante el Juzgado del Circuito de Yarumal, María Palacio viuda de Palacio y otros formularon demanda contra el municipio de Yarumal para que previos los trámites del juicio civil ordinario de mayor cuantía se declare por sentencia:

"Primero.—Que el municipio de Yarumal es civilmente responsable del daño ocasionado a la esposa e hijos del señor Celiano Palacio Osorio, con la muerte de dicho señor ocurrida el 14 de noviembre de 1953 al ser electrocutado por alambres de alta tensión conductores de energía, provenientes de la planta eléctrica de propiedad del municipio demandado.

"Segundo.—Que en consecuencia de la declaración anterior, el municipio demandado debe pagar a la esposa e hijos del finado Celiano Palacio Osorio, ya mencionado, la cantidad de sesenta mil pesos (\$ 60.000.00) como indemnización de los daños morales y materiales sufridos por ellos como consecuencia de la muerte de su esposo y padre Celiano Palacio Osorio.

"Tercero.—En subsidio de la petición anterior, que se declare que el municipio demandado debe pagar a la esposa e hijos del señor Celiano Palacio Osorio, ya mencionado, por concepto de indemnización por los daños y perjuicios materiales y morales, la suma que sea fijada por peritos o por el señor Juez en este o en otro juicio especial regulatorio de dichos perjuicios.

"Cuarto.—Que el municipio demandado debe pagar así mismo a la esposa e hijos del señor Celiano Palacio Osorio, los intereses legales de la suma a que sea condenado en virtud de las peticiones anteriores hasta que se haga su cancelación".

Para fundar sus peticiones el demandante afirmó varios hechos que pueden resumirse así:

a) Que el 14 de noviembre de 1953 pereció electrocutado Celiano Palacio Osorio en un potrero en las afueras de la ciudad de Yarumal, por contacto con una canalización eléctrica que posee el Municipio, lo cual ocurrió en los momentos en que

Palacio Osorio se ocupaba en recoger y conducir unas bestias caballares y mulares, una de las cuales también pereció electrocutada.

b) Atribuye el actor la causa del accidente referido al mal estado de los postes sustentadores de los alambres, los cuales consistían en palos delgados de madera ordinaria, ruinosos y carcomidos, inadecuados para el objeto a que están destinados.

c) Ni las autoridades del municipio de Yarumal, ni el administrador de la planta eléctrica, ni sus celadores de líneas tuvieron el cuidado de reacondicionar dichos postes, no obstante las quejas y reclamos que sobre el particular habían hecho los vecinos.

d) La víctima del accidente, Palacio Osorio, era casado, hombre consagrado a su hogar y quien con su trabajo atendía a la subsistencia de su esposa e hijos, quienes exclusivamente dependían económicamente de la víctima.

* * *

Admitida la demanda se le corrió traslado legal de ella al Personero del Municipio de Yarumal quien al descorrerlo se opuso a las súplicas impetradas en el libelo, negó algunos de sus hechos fundamentales y manifestó que alegaría las excepciones que resultaren probadas ateniéndose a la necropsia y demás documentos aportados a los autos.

Cumplidos los trámites de la primera instancia, el Juzgado del Circuito de Yarumal, por sentencia de fecha 4 de mayo de 1956, desató la litis, declarando civilmente responsable al municipio del daño causado a la esposa e hijos de Celiano Palacio Osorio, con la muerte de dicho señor al ser electrocutado por alambres de alta tensión conductores de energía proveniente de la planta eléctrica de propiedad del citado municipio. Además, condenó a la nombrada entidad a pagar a la demandante como representante legal de sus menores hijos la suma de \$ 500.00 por concepto de perjuicios morales e igualmente fue condenado el municipio al pago de los perjuicios materiales, los cuales deberían ser regulados por el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial.

Ambas partes apelaron del anterior fallo, habiéndosele denegado el recurso al demandante por auto de fecha 21 de agosto de 1956, y el Tribunal Superior de Medellín por sentencia de fecha 3 de junio de 1957, confirmó la de primer grado con las siguientes modificaciones:

"El numeral 2º quedará así: Consecuencialmente

condénase a la misma entidad (municipio de Yarumal) a pagar a la demandante María Palacio viuda de Palacio representante legal de sus hijos menores ya citados y a ella misma por concepto de los perjuicios morales ocasionados con dicha muerte la cantidad de quinientos pesos (\$ 500.00) a cada uno.

"El numeral 3º quedará así: Condénase al mismo Municipio de Yarumal (A.) a pagar a la citada demandante en el carácter indicado la cantidad de treinta y ocho mil ochocientos ochenta pesos (\$ 38.880.00), por concepto de perjuicios materiales sufridos por los demandantes con la muerte de Celiano Palacio.

"Estos pagos los hará el municipio demandado dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

"No se condena al pago de perjuicios morales objetivados por no haberse probado.

"No se condena en costas al municipio por verlo la ley".

El apoderado del Municipio de Yarumal interpuso recurso extraordinario de casación contra la providencia del Tribunal de Medellín y ha llegado el momento de decidir tal recurso por hallarse debidamente tramitado.

LA DEMANDA

Varios cargos y por distintos conceptos formula el recurrente en su demanda ante la Corte, los cuales procede a examinar.

Primer cargo.

Alegando la causal primera del artículo 520, el recurrente acusa la sentencia por infracción de la ley sustantiva por distintos motivos que en resumen son los siguientes:

a) Haber sostenido el Tribunal que la muerte del señor Palacio provino por electrocución, lo cual no está claramente establecido en el proceso;

b) Haber dado por probado el hecho anterior con elementos probatorios inconducentes, cuando para estos casos es de rigor la prueba pericial, según lo prescribe el artículo 705 del Código Judicial en relación con los artículos 722 y 723 de la misma obra, cuyas disposiciones fueron infringidas por el sentenciador;

c) Que violando el principio, según el cual, la carga de la prueba incumbe al actor, la sentencia partió de la base de la presunción de culpabilidad del municipio demandado, infringiendo así el ar-

tículo 2.356 del Código Civil e incidiendo por errores en la estimación de las pruebas en violación del artículo 2.341 de la misma obra.

La Corte considera:

En el caso sub-lite la acción incoada ha tenido por objeto obtener el pago de los daños y perjuicios causados a los familiares de Celiano Palacio Osorio, quien murió electrocutado, siendo la causa de tal accidente el mal estado de los postes conductores de energía de la planta eléctrica de propiedad del Municipio de Yarumal.

El sentenciador contempló el problema litigioso a través de la teoría de la culpa extracontractual que se halla regulada en nuestro derecho civil por normas expresas.

Al estudiar la Corte, tanto la parte motiva como las conclusiones del fallo, encuentra que no sólo se atempera tal sentencia a las nuevas orientaciones del derecho contemporáneo sobre la responsabilidad del Estado en lo tocante a sus actividades, relacionadas con los servicios públicos, sino que allí se reafirma el principio general consagrado en normas expresas de nuestra jurisprudencia, según el cual, las entidades de derecho público deben responder de los perjuicios por culpas, negligencias o descuidos en el funcionamiento de aquellos servicios que están bajo su dirección técnica y directa responsabilidad.

En cuanto a la causa de la muerte de Palacio Osorio, cierto es que no obra como elemento probatorio el dictamen pericial que según el recurrente ha debido producirse, pero en cambio, existen además, de numerosas declaraciones, el acta de autopsia y una inspección ocular practicada en la segunda instancia, en cuyo conjunto de pruebas, y haciendo uso de su autonomía para la calificación probatoria se apoyó el Tribunal para formar su convicción sobre la causa determinante de la muerte del señor Palacio. Al efecto dijo el sentenciador:

"Ninguna persona vio o presenció la electrocución de Celiano Palacio, pero la escena que se presentó a los ojos de numerosas personas poco después de caído éste no deja la menor duda de que la causa de la muerte fue el contacto eléctrico. Esta escena estaba constituida por un poste de sostén de líneas primarias de la energía partido en dos, los hilos de las canalizaciones en el suelo, el cadáver de Palacio en las inmediaciones y el de una mula un poco más cerca del alambre homicida.

"Conforme el acta de autopsia no se encontró lesión orgánica en el cuerpo de Celiano que hubiera podido ocasionarle la muerte, luego no cabe

la menor duda de que fue producida por el contacto con la corriente eléctrica y en caso de que hubiera ocurrido por otra causa, debió probarlo el Municipio.

"En esta segunda instancia se practicó por la Sala una inspección ocular sobre el pedazo de poste partido de que se habló arriba, y se constató que había sido por un empate que mostraba la debilidad del sostén, aparte de estar en parte podrido, luego no cabe duda acerca del descuido o negligencia de los empleados del municipio encargados de la empresa de que se trata.

"En esa inspección que igualmente se hizo sobre el teatro de los acontecimientos, se trató de probar que no había caído Celiano por el golpe de la descarga eléctrica, debido a la posición en que quedó el cadáver y haber rodado varios metros de igual manera que por no presentar el cadáver quemaduras externas pero esto no tiene sentido para quien conozca el poder del fluido capaz de lanzar una persona o una cosa conductora a distancias apreciables y especialmente tratándose de un paraje en pendiente en que operó además de la fuerza del fluido la no menos poderosa de la gravedad; y no es el fuego que produce la muerte sino el poder energético.

"Además, ¿cómo explicar la coincidencia de la muerte de la bestia, del hombre, que no tenía lesiones orgánicas, o enfermedades y la presencia en el suelo donde cayeron los hilos de la energía eléctrica? Para la Sala no hay dudas sobre este asunto. Y si no que digan los empleados del municipio ¿de qué murieron Celiano y la bestia?

"La sola circunstancia de emplear tales sostenes de madera clavados directamente en tierra, sin firmeza alguna para las canalizaciones eléctricas es considerada en muchos países como descuido o negligencia y en todo caso como causal de responsabilidad por los daños que ocurren. En muchos lugares no se permiten canalizaciones eléctricas aéreas y donde están autorizadas se exigen postes o torres metálicas sobre fuertes e indestructibles bases de concreto. Nada que pueda caer, nada que pueda romperse y producir los daños que hoy se lamentan".

El pasaje anteriormente transcrito lo impugna el recurrente en los términos siguientes:

"Ahora bien: de conformidad con el artículo 705 del Código Judicial, en relación con los artículos 722 y 723 del mismo Código Judicial, para la plena comprobación en juicio de hechos que exijan conocimientos o prácticas especiales, se requiere el dictamen uniforme de peritos que expongan

sobre hechos sujetos a los sentidos y los que expongan según su arte, profesión u oficio.

"La ausencia del peritazgo en casos como el presente, que es uno de los que requieren la intervención de peritos, así como dictamen de los mismos presentado con los requisitos legales; y el hecho de la admisión, en su sustitución, de otras pruebas, como declaraciones de testigos sobre hechos circunstanciales, acta de autopsia, inspección ocular del Tribunal, constituye un error de derecho en la apreciación de tales pruebas, error de derecho que toca precisamente con las disposiciones antes citadas del Código Judicial".

No comparte la Corte la tesis expuesta por el recurrente, pues no hay disposición legal alguna que expresa o tácitamente exija prueba específica —como el dictamen pericial— para establecer procesalmente hechos como el que ha venido haciéndose referencia, el cual por su naturaleza, y según lo prescrito por el artículo 593 del Código Judicial es de aquellos que pueden ser establecidos por cualquiera de los medios probatorios mencionados en el Título XVII, Capítulo I de la citada obra. Y fue en cumplimiento de esta disposición y en ejercicio de la autonomía de que goza en lo tocante a la apreciación probatoria, como el sentenciador de Medellín, decidió reconocerle eficacia legal al conjunto de elementos probatorios aducidos por la parte demandante para comprobar que Palacio murió electrocutado, hecho éste que aún el mismo personero municipal de Yarumal, no rechazó al contestar el traslado de la demanda, pues confesó que "el deplorable acontecimiento causante de la muerte de Palacio lo determinó el choque violento de una mula contra el poste sustentador de los alambres conductores de energía eléctrica". De donde se deduce que el sentenciador al proceder en la forma como procedió en su tarea estimativa sobre pruebas y al dar por establecidos sobre ellas los hechos sobre los cuales se halla basada la sentencia recurrida, no incidió en violación de los artículos a que alude el recurrente, o sea, los artículos 705, 722 y 723 del Código Judicial.

Tampoco incidió el sentenciador en la violación de los artículos 2.341 y 2.356, al reconocer la culpabilidad del municipio en el infortunado suceso determinante de la muerte del señor Palacio. Estas normas cuyo alcance jurídico ha fijado la Corte desde 1935 consagran los principios generales llamados a regir o a condicionar toda decisión en que esté de por medio la culpa extracontractual, y no fueron indebidamente aplicadas por el sen-

tenciador al caso sub-lite, como lo afirma sin fundamento el recurrente. ○

Según el precitado artículo 2.356 del Código Civil, quien ha cometido algún delito o culpa con perjuicio de otro, debe repararlo. De autos aparece plenamente demostrado que la electrocución de que fue víctima el señor Palacio, se debió al deplorable estado de los postes sustentadores de los hilos conductores de la energía eléctrica procedente de la planta del Municipio de Yarumal, como lo dijo el Tribunal en el aparte de la sentencia ya transcrito, después de una cuidadosa apreciación del acervo probatorio la cual no le es dado modificar a la Corte en este recurso, por no hallarse afectada ni por error de derecho ni de hecho evidenciado en los autos.

En lo que dice relación al precitado artículo 2.356 del Código Civil, la presunción de culpabilidad allí establecida, no la hizo extensiva el sentenciador, como dice el recurrente, a la existencia de la causa misma del daño causado, sino que le dio una adecuada aplicación si se considera que la entidad demandada no produjo durante la secuela del juicio prueba alguna conducente para desvirtuar la presunción consagrada en el artículo citado y la cual puede destruirse, como lo ha dicho la Corte, probando la fuerza mayor que opera en todo caso, o el caso fortuito, o la intervención de un elemento extraño cuando reúne determinados requisitos.

Por las razones expuestas, no se acepta el cargo.

Segundo cargo.

Alegando la causal segunda del artículo 520 del Código Judicial se acusa de incongruente el fallo por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. Afirma el recurrente que habiéndose alegado a su debido tiempo por la parte demandada la excepción perentoria de culpa compensada ha debido decidirse en la sentencia y sin embargo no se hizo allí ninguna referencia a tal recurso exceptivo.

La Corte considera:

Efectivamente el artículo 520 del Código Judicial señala como segundo motivo de casación no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, pero esta causal como reiteradamente lo ha dicho esta Superioridad, sólo puede prosperar cuando indebidamente se deja de fallar sobre algo de lo sometido a la decisión judicial, o cuando se resuelve sobre cuestiones extrañas al litigio, o

cuando en una palabra, se falla con exceso o por defecto.

Pero el recurrente hace incidir la falta de consonancia en el hecho de no haberse fallado la excepción ya mencionada. Sobre el particular enseña la doctrina de la Corte:

"No basta para que legalmente pueda decirse que una sentencia adolece de insuficiencia, tratándose de excepciones propuestas, que se haya omitido decisión especial al respecto". (Casación 18 de mayo de 1946, G. J., número 2046, página 21). Además, sobre este particular ha dicho también esta Superioridad: "Lo natural es que el sentenciador las estudie (las excepciones) en la parte motiva y decida sobre ellas en la resolutive. Pero no puede afirmarse que el fallo carezca de consonancia, cuando luégo de tomar en cuenta las excepciones se pronuncia de acuerdo con lo que sobre las defensas expuso". (G. J., tomo XLIII, página 608).

En realidad, el Tribunal no se refirió en términos expresos a la susodicha excepción, pero tácitamente la despachó desfavorablemente al reconocer, como al efecto reconoció, la culpabilidad exclusiva del Municipio de Yarumal en el lamentable accidente debido al cual, perdió su vida el señor Palacio. El planteamiento jurídico que sobre el problema litigioso hizo el sentenciador en la motivación de su fallo excluyó la posibilidad de que en el caso de autos, existiera por imprudencia de Palacio el fenómeno de la culpa compensada, cuya teoría jurídica constituye una de las grandes conquistas del derecho contemporáneo hallándose consagrada actualmente como doctrina de la jurisprudencia nacional, según la cual, para que pueda operar el fenómeno de la culpa compensada, es preciso demostrar, como extremo de la litis, la imprudencia de la víctima en el accidente originario, de los daños causados a ésta.

Por las razones expuestas, no procede el cargo examinado.

Tercer cargo.

Subsidiariamente invocando la misma causal segunda del artículo 520 del Código Judicial se acusa la sentencia en el capítulo c) de la demanda por falta de consonancia entre lo resuelto por el Tribunal Superior de Medellín y lo pedido por el actor del juicio.

Para sustentar su acusación, dice el recurrente, que habiéndosele negado al demandante la apelación contra la sentencia de primer grado, la cual, ordenó regular los perjuicios por el proce-

dimiento ordenado en el artículo 553 del Código Judicial, el Tribunal no podía, por tratarse de un asunto procesal resuelto durante la secuela de la primera instancia, modificar aquella parte de la sentencia en forma desfavorable al demandado, como al efecto lo hizo, al señalar en concreto el monto de la indemnización, y al hacerlo así quebrantó el artículo 494 del Código Judicial, que tiene un carácter sustantivo, como también el artículo 473 de la citada obra, por cuanto el fallo de primera instancia quedó ejecutoriado para la parte que no apeló.

En desarrollo del cargo mencionado, dice el recurrente:

"Nótese, en efecto, que el aspecto favorable del fallo de primera instancia en cuanto que, para fines de la fijación del monto de la indemnización, remitió al artículo 553 del Código Judicial, es perfectamente obvio. Por cuanto habiendo desechado una fijación hecha por peritos que actuaron en la primera instancia, dejó sujeto el punto a la discusión y comprobaciones propias de los trámites que en tal precepto se constituyen; con la consecuencia peculiar, además, de que ese tema no tenía que ser debatido ya en la secuela ordinaria de la segunda instancia, como no se debatió en realidad en el presente caso. Lo cual no fue óbice a que el Tribunal, burlando esta situación creada a favor de la parte apelante, y con la cual, de buena fé, podía contar para efectos de su defensa procesal, hubiere resuelto, en concreto, sobre el monto del valor de los perjuicios".

Consideraciones de la Corte.

Como la Corte ha resuelto que puede también ser impugnado un fallo en casos como el presente, por la causal segunda, se procederá a considerarlo por este aspecto, no obstante que la forma como ha sido planteada por el recurrente desemboca en el motivo primero, desde luego que se citan como violadas disposiciones que tienen carácter sustantivo.

Es verdad, como lo afirma la parte recurrente, que a la parte demandante le fue denegado el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia a virtud del auto del Juez del Circuito de Yarumal de 21 de agosto de 1956 que está ejecutoriado. Como consecuencia de esta providencia es obvio, que la parte que apeló, o sea la demandada, no podía obtener en la segunda instancia una resolución que desmejorara su situación procesal lograda en la sentencia de primer grado por oponerse a ello el artículo 494 del Có-

digo Judicial, el cual opera, observa la Corte, y ésta ha sido su doctrina, que se ratifica en este fallo, en el sentido de que el Superior, ante el cual se surte un recurso de apelación, interpuesto únicamente por uno de los litigantes, no puede enmendar la providencia recurrida en el sentido de hacer más gravosa la situación jurídica para el recurrente.

Pero en el caso sub-lite no ocurrió tal cosa, si se considera lo siguiente:

Ciertamente el Juez A-QUO, en su sentencia de fondo profirió a cargo de la parte demandada una condena en abstracto por concepto de los perjuicios materiales ocasionados a la parte demandante, es decir, a los causahabientes de la víctima del accidente. Se hizo en esta forma la condena, debe anotarse, no obstante haberse producido durante la secuela del juicio en la primera instancia, un dictamen de peritos, quienes justipreciaron tales perjuicios en la suma total de \$ 42.377.28. Y no sólo prescindió el Juez de reconocerle toda eficacia probatoria al dictamen pericial que no fue objetado, sino que ni en la motivación ni en la parte resolutive de su fallo señaló las normas o bases sobre las cuales debería procederse como lo ordena el artículo 480 del Código Judicial.

El Tribunal de Medellín en vista de las deficiencias de que adolecía sobre el particular la sentencia del Juzgado del Circuito de Yarumal, resolvió fijar en concreto el valor de los perjuicios materiales, en una suma inferior a la fijada por los peritos y para hacer tal condena se ciñó el juzgador de segunda instancia al procedimiento técnico de las tablas de Garuffa, aceptadas hoy por la jurisprudencia nacional y tuvo en cuenta además, otros elementos probatorios aducidos al debate durante la primera instancia.

Bien podía el Tribunal apartarse, como se apartó del criterio del Juez para la fijación de los perjuicios materiales, sin que este cambio de criterio implicara un desmejoramiento de la situación procesal que había logrado la parte apelante a virtud del fallo de primera instancia, pues no puede decirse en forma absoluta, como lo afirma el recurrente, al sustentar su cargo en la demanda de casación, que una condena en concreto sea más gravosa que una condenación en abstracto, máxime cuando ella ha sido hecha, como en el presente caso, sin fijar norma, ni base, ni límite alguno, ya que se desconoce el monto del perjuicio y no hay por tanto punto de comparación con el que reconoce el Tribunal. Para que pudiera decirse que vino a crearse una situación procesal más desfavorable para el apelante, era mentester

que a éste se le hubiese impuesto una condena por una suma mayor a la fijada en el fallo apelado. A este propósito dice Leo Rosenberg, en su tratado de Derecho Procesal Civil. (Tomo 2º, pág. 394):

"Pero también que la sentencia no puede ser modificada en su perjuicio respecto de su contenido capaz de autoridad de cosa juzgada; es decir, no puede serle desconocido o impuesto nada de lo que le reconocía o no imponía la sentencia impugnada (llamada prohibición de "reformatio in pejus" o del empeoramiento de la posición del apelante), siempre que el apelado no pretenda también una modificación de la sentencia por vía de apelación por adhesión. La modificación del fundamento de la sentencia, en especial la condena del demandado desde otro punto de vista jurídico, no viola el 536. Así, el apelante no corre por lo regular otro peligro que el del rechazamiento de su apelación. Por ejemplo, si la demanda sólo ha tenido éxito en parte, no puede ser desestimada por entero con motivo de la apelación del actor; y, por la del demandado no puede serle reconocido más al primero. No ocurre lo último cuando dentro de una pretensión de indemnización unitaria se aumenta una partida a favor del actor sin que experimente cambio el importe total reconocido por la sentencia impugnada... Como únicamente interesa el contenido de la sentencia capaz de autoridad de cosa juzgada, no existe reformatio in pejus cuando, por ejemplo, en virtud de la apelación contra una sentencia sobre el fundamento se eliminan las excepciones sobre la cuantía de la pretensión, favorables al apelante; porque no pertenecen a la sentencia sobre el fundamento, ni tienen importancia para el procedimiento posterior sobre el importe".

Por último, todo sentenciador debe, en cuanto le sea posible, resolver en forma clara y definitiva el asunto sometido a su decisión, sin dejar pendientes cuestiones para que sean ventiladas en ulteriores litigios, como lo prescribe el artículo 481 del Código Judicial, y esto fue lo que hizo a la postre el Tribunal de Medellín, dándole a la vez cabal cumplimiento al principio de la economía procesal.

Por las consideraciones expuestas, el cargo no puede prosperar.

Cuarto cargo.

En el último capítulo de su demanda de casación, el recurrente, amparándose en la causal se-

gunda que instituye el artículo 520 del Código Judicial, impugna el fallo recurrido por no hallarse en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes.

Para fundamentarlo, dice que habiendo condeñado el Juez de primera instancia a la parte demandada al pago de la suma de \$ 500.00 a favor de la parte demandante, el Tribunal incurrió en una reformatio in pejus, haciendo más onerosa la situación para el apelante al haber ordenado se le pagase a cada uno de los herederos de la víctima y por razón de perjuicios morales, la suma de \$ 500.00, violándose así los artículos 473 y 494 del Código Judicial.

Consideraciones de la Corte.

En efecto, como lo asevera el recurrente, el Juzgado del Circuito de Yarumal ordenó en la parte resolutive de su sentencia que el demandado debería pagar a la demandante María Palacio viuda de Palacio, como representante de sus menores hijos, la suma de \$ 500.00 por razón de los perjuicios morales ocasionados con la muerte del padre de los menores.

Según se dijo al examinar el anterior cargo, contra la sentencia antes citada, le fue concedido el recurso de apelación a la parte demandada y en consecuencia, no podía empeorarse en el fallo de segunda instancia el emplazamiento legal de dicha parte.

A no dudarlo, como resultado de la enmienda hecha por el Tribunal a la sentencia del Juez de Instancia, resultó económicamente hablando más onerosa la condena para la parte demandada, a quien se obligó a pagar la suma de \$ 500.00 para cada uno de los perjudicados, en vez de \$ 500.00 que para el conjunto de ellos había ordenado pagar el Juzgado del Circuito de Yarumal. Al proceder en esta forma el sentenciador incurrió en la incongruencia de que habla el recurrente, a quien asiste razón por este aspecto, debiendo en consecuencia, infirmarse la sentencia recurrida, por hallar la Corte debidamente estructurado el motivo de casación alegado. Corresponde, pues, a la Corte en su función de instancia enmendar el agravio inferido a la ley por el aspecto dicho y así lo hará en la parte resolutive del fallo que le corresponde proferir en reemplazo de la sentencia del Tribunal.

Finalmente, el Tribunal para hacer la enmienda a que se ha hecho referencia, adujo como razón que su propósito fue aclarar los términos generales en que estaba concebida la parte resolu-

tiva de la providencia de primer grado. Para la Corte carece de eficacia legal la razón invocada, porque la aclaración de una sentencia no puede hacerse sino en la forma y términos prescritos en el artículo 482 del Código Judicial.

* * *

FALLO:

En mérito de las anteriores consideraciones, 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 tres (3) de junio de mil novecientos cincuenta y siete (1957), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio ordinario seguido por María Palacio viuda de Palacio y otros contra el Municipio de Yarumal y reformando la del Juzgado del Circuito de Yarumal, de fecha cuatro (4) de mayo de mil novecientos cincuenta y seis (1956).

RESUELVE:

PRIMERO.—El Municipio de Yarumal es civilmente responsable del daño ocasionado a la esposa de Celiano Palacio Osorio y a sus menores hijos, Sonia Amparo, María Mercedes, Elsy, Ovidio de Jesús y Celiano Palacio P., con la muerte del mencionado Celiano Palacio Osorio ocurrida el catorce (14) de noviembre de mil novecientos cincuenta y tres (1953), al ser electrocutado por alambres de alta tensión conductores de energía eléctrica de la planta de propiedad del municipio demandado.

SEGUNDO.—Consecuencialmente condénase a la misma entidad a pagar a la demandante María

Palacio viuda de Palacio personalmente y como representante legal de sus menores hijos ya citados, por concepto de los perjuicios morales ocasionados con dicha muerte, la cantidad de quinientos pesos (\$ 500.00) moneda corriente, pago que hará el municipio dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

TERCERO.—Condénase al citado Municipio de Yarumal a pagar a la demandante María Palacio viuda de Palacio personalmente y como representante de sus ya nombrados hijos, la cantidad de treinta y ocho mil ochocientos ochenta pesos (\$ 38.880.00) moneda corriente, por concepto de perjuicios materiales sufridos por los demandantes con la muerte de Celiano Palacio, y cuya expresada suma deberá ser pagada por la entidad demandada, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

CUARTO.—No se condena al pago de perjuicios morales objetivados, por no haberse probado, ni hay tampoco lugar a condenar al Municipio de Yarumal en costas ni en las instancias del juicio ni en el presente recurso.

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

Hernando Morales—Enrique Coral Velasco—

Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Ar-

turo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge

Soto Soto, Secretario

VIOLACION DIRECTA Y VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY. — CUANDO OCURREN. — DENTRO DE UN CARGO POR VIOLACION DIRECTA, POR CUALQUIERA DE SUS TRES FASES, ES AJENA LA CUESTION PROBATORIA, LA CUAL PUEDE DAR BASE SOLO A LA VIOLACION INDIRECTA. — REQUISITOS QUE DEBEN LLENARSE AL FORMULAR UN CARGO POR ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACION DE PRUEBAS. — PARA LA DEMOSTRACION DE LAS RELACIONES SEXUALES ESTABLES Y NOTORIAS NO PUEDE EXIGIRSE PRUEBA DIRECTA SINO QUE BASTA LA INDIRECTA.— LIMITE DE LA AUTONOMIA DE LOS TRIBUNALES EN LA APRECIACION DE PRUEBAS. — ERROR DE HECHO. — DENTRO DE UN CARGO POR ESTE EXTREMO, NO PROCEDE PLANTEAR LA VALORACION MANIFIESTAMENTE ERRADA DE DETERMINADOS TESTIMONIOS

1.—La aplicación indebida de una norma es una de las tres formas como puede llegarse a la violación directa, según el numeral 1º, primer inciso, del artículo 520 del Código Judicial. Es sabido que además de dicho tipo de violación existe la indirecta, esto es, la que se configura a través de errores de hecho o de derecho en la apreciación de determinada prueba.

La Corte ha dicho sobre el particular: "La infracción directa hiere la ley derechamente, sin rodeos, sin el medio o vehículo de los errores en el campo probatorio. No entra en juego el error de hecho ni el error de derecho, expresiones éstas que por lo demás deben reservarse en casación, contra una costumbre bastante generalizada, para designar exclusivamente equivocaciones sufridas por el Tribunal de instancia en la tarea investigativa en el campo probatorio, y no los errores en general en que pueda incurrir en la función de juzgar. Como se trata de agravio inferido a la ley por fuera de esa tarea, el juzgador trabaja con los textos legales sustantivos únicamente y ante ellos enjuicia el caso; ya sabe si los hechos están probados o no están probados, parte de la base de una o de otra cosa, y sólo le falta aplicar la ley a los hechos establecidos". "La violación indirecta de la ley ocurre siempre con motivo de la labor investigativa del Tribunal en el campo probatorio; fuera de éste no puede haber violación indirecta de la ley. Así, pues, sólo cuando trate de saber el juzgador de instancia si los hechos materiales del litigio, están o no probados, es cuando puede acaecer la violación

indirecta, esto es, por contragolpe, a causa de las equivocaciones que sufra el sentenciador en esa investigación" (G. J., Tomo LXXVIII, página 604).

De esta manera, es perfectamente claro que dentro de un cargo por violación directa, por cualquiera de sus tres fases, es ajena la cuestión probatoria, la cual puede dar base sólo a la violación indirecta, ya que la violación directa parte del supuesto de que la cuestión de hecho se admite tal cual la fijó el Tribunal.

2.—Es sabido que el cargo por error de derecho en la apreciación de una prueba debe señalar no sólo el medio probatorio al que se asignó un valor diferente del que la ley establece, sino que es menester indicar las normas probatorias transgredidas, que sirven de medio para llegar a la infracción de la ley sustancial.

3.—La doctrina y la jurisprudencia propugnan porque tratándose de relaciones sexuales estables no puede exigirse prueba directa sino que basta la indirecta. La Corte expresa que la Ley 45 de 1936 en este punto "establece una presunción sobre la cual es necesario que aparezcan probados los hechos que la producen: relaciones sexuales estables, mantenidas de manera notoria. No es verosímil que la ley haya querido exigir para la demostración de ellas que los testigos hayan presenciado la intimidad o la realización del hecho de las relaciones sexuales. Sobre esto no se puede dar testimonio sino por referencias resultantes de actos o demostraciones que los testigos hayan visto u oído a la pareja a quien se atribuyen

aquella clase de relaciones" (G. J., tomo LX, página 782).

4.—Si el Tribunal, al apreciar los testimonios, consideró más convincentes los encaminados a acreditar determinados hechos a los que tienden a establecer lo contrario, este aspecto escapa a la casación, pues es un punto en que la soberanía del sentenciador de instancia impide a la Corte variar la respectiva apreciación.

El artículo 702 del Código Judicial que autoriza al juzgador para conceder prevalencia al dicho de un grupo de declarantes sobre otro o aún para neutralizar los dos, es uno de los casos en que opera la soberanía del Tribunal, esto es, la autonomía en la apreciación probatoria de los diversos testimonios.

5.—La valoración manifiestamente errada de determinados testimonios, no procede dentro de un cargo por error de hecho. Si un testimonio no hace prueba porque no recae sobre los hechos que la ley exige, el ataque debe hacerse por error de derecho, es decir, porque se les asignó una fuerza probatoria que la ley no reconoce. En cambio, si se da por probado un hecho sin existir la prueba respectiva, o se da por no probado no obstante hallarse en el proceso tal prueba, sin consideración al valor del medio, el error es de hecho. Por eso la Corte ha dicho refiriéndose al error de hecho: "En todos estos casos, el error del juzgador no versa sobre la existencia del extremo que se trata de probar, sino sobre la existencia del medio con que trata de probarlo".

En otras palabras: los ataques por violación de la ley sustancial derivados de error de hecho no pueden referirse a la valoración probatoria del respectivo medio de convicción, sino a la existencia o inexistencia de éste, según fuere el caso.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, febrero once de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Hernando Morales M.).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 18 de marzo de 1957 dictada por el Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario promovido por Isabel Bejarano Victoria, en representación

de su menor hija natural Ana Milena Bejarano, frente a la sucesión de Hernando Montalvo, representada por la cónyuge sobreviviente, Mercedes Dorronsoro o Lemos viuda de Montalvo, y por los menores hijos legítimos Hernando, Myriam Stella y Yolanda Montalvo.

Antecedentes.

Isabel Bejarano Victoria en el carácter indicado demandó ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Palmira a la sucesión de Hernando Montalvo M., representada en la forma dicha, para que se declarara que el mencionado Montalvo fue el padre natural de la menor Ana Milena, nacida el 2 de mayo de 1953, y consecuentemente para que se le reconociera derecho a heredar al causante e intervenir en el respectivo juicio de sucesión, advirtiendo que acepta la herencia con beneficio de inventario. La demanda pide, además, que se ordene que al margen de la partida de nacimiento de la presunta hija natural se tome nota del estado civil que se reconozca.

Los hechos fundamentales se pueden resumir así:

El señor Hernando Montalvo M., fallecido el 25 de febrero de 1955, casado a la sazón con Mercedes Dorronsoro o Lemos, matrimonio del cual nacieron los menores demandados, tuvo relaciones sexuales estables con Isabel Bejarano Victoria desde el 6 de abril de 1952 hasta la fecha de la muerte de aquél. De esta unión es fruto la menor Ana Milena, nacida después de los 180 días siguientes a la iniciación de tales relaciones, y a quien siempre trató Montalvo como a su hija, la presentó como tal a sus relacionados y amigos y le próveyó lo necesario para su subsistencia, de modo que el vecindario la reputaba como hija natural del mencionado señor.

Tramitada la primera instancia, el Juzgado falló el proceso en el sentido adverso a las pretensiones de la parte demandante, en providencia del 22 de agosto de 1956. Apelada por la parte actora, el Tribunal la revocó, reconoció a la menor como hija natural de Hernando Montalvo e hizo las demás declaraciones a que se ha hecho mérito.

La sentencia recurrida.

Con fundamento en los testimonios de Efrén Rivera, Luis Angel González, Helmo Pizarro, Efraín Vega y Saulo Aponte, el Tribunal encuentra acreditadas las relaciones sexuales estables

entre Hernando Montalvo M. e Isabel Bejarano Victoria, en la época en que, según la ley, se presume la concepción de la menor Ana Milena, por lo cual aplica el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 para hacer la declaración de filiación pedida.

Y refiriéndose al comportamiento de Isabel Bejarano dice: "En cuanto a la conducta de la Bejarano en sus relaciones sexuales extralegales con Montalvo, hay discrepancia de opiniones entre los declarantes. Pero no prevalecen las que le son adversas, sino más bien las que le resultan favorables".

Por haberse acogido la declaración de filiación con base en la disposición legal citada, nada expresa la sentencia sobre el otro aspecto contenido en la demanda, o sea el relativo a la posesión notoria del estado de hija natural.

El recurso.

Cinco cargos se formulan contra la sentencia recurrida, los cuales se estudiarán en orden diverso, para dar cumplimiento a lo preceptuado por el artículo 537 del C. J.

El segundo de ellos consiste en la aplicación indebida del artículo 4º, numeral 4 de la Ley 45 de 1936, y se puede concretar así:

La norma mencionada "se refiere a situaciones que acusen de manera notoria relaciones sexuales estables y exclusivas y no a hechos simplemente amistosos o de sexualismo ocasional"; los hechos relatados en el expediente, (visitas frecuentes para tomar licor, con otros amigos) constituyen una situación que no es la contemplada en el texto citado; por consiguiente, "en la sentencia se infringió dicha disposición sustantiva, porque se aplicó a una situación no regulada por ella y se le hizo producir efectos distintos de los contemplados en la norma".

En seguida, analiza las declaraciones de Efrén Rivera y Saulo Aponte para concluir que de ellas no se infieren las relaciones sexuales estables invocadas por la parte demandante, sino situaciones ocasionales de otra índole; advierte que el Tribunal no tuvo en cuenta las declaraciones de Alejandro Monroy y Alba Marulanda de Monroy, personas que habitaron en la misma casa de Isabel Bejarano Victoria, y concluye así:

"Los hechos relatados, tomando las propias declaraciones que transcribe la sentencia acusada, indican que los deponentes relatan hechos que no tienen relación directa con las relaciones sexuales estables al tenor de lo previsto por la ley. En la

casa de la Bejarano concurren varios hombres. Ningún testigo dice que don Hernando Montalvo durmiera con ella. Todos se refieren a que libaba copas con ella y con otras personas. Estos no son los hechos constitutivos de las relaciones sexuales notorias y estables a que se refiere el ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936. Por lo tanto, al aplicar sobre tal situación objetiva aquella disposición, se hizo una aplicación indebida".

Se considera:

La aplicación indebida de una norma es una de las tres formas como puede llegarse a la violación directa, según el numeral primero, primer inciso, del artículo 520 del Código Judicial. Es sabido que además de dicho tipo de violación existe la indirecta, esto es, la que se configura a través de errores de hecho o de derecho en la apreciación de determinada prueba.

La Corte ha dicho sobre el particular: "La infracción directa hiere la ley derechamente, sin rodeos, sin el medio o vehículo de los errores en el campo probatorio. No entra en juego el error de hecho ni el error de derecho, expresiones éstas que por lo demás deben reservarse en casación, contra una costumbre bastante generalizada, para designar exclusivamente equivocaciones sufridas por el Tribunal de instancia en la tarea investigativa en el campo probatorio, y no los errores en general en que pueda incurrir en la función de juzgar. Como se trata de agravio inferido a la ley por fuera de esa tarea, el juzgador trabaja con los textos legales sustantivos únicamente y ante ellos enjuicia el caso; ya sabe si los hechos están probados o no están probados, parte de la base de una o de otra cosa, y sólo le falta aplicar la ley a los hechos establecidos". "La violación indirecta de la ley ocurre siempre con motivo de la labor investigativa del Tribunal en el campo probatorio; fuera de éste no puede haber violación indirecta de la ley. Así, pues, sólo cuando trate de saber el juzgador de instancia si los hechos materiales del litigio, están o no probados, es cuando puede acaecer la violación indirecta, esto es, por contragolpe, a causa de las equivocaciones que sufra el sentenciador en esa investigación". (G. J. Tomo LXXVIII, página 604).

De esta manera, es perfectamente claro que dentro de un cargo por violación directa, por cualquiera de sus tres fases, es ajena a la cuestión probatoria, la cual puede dar base sólo a la violación indirecta, ya que la violación directa parte del supuesto de que la cuestión de hecho se admite tal cual la fijó el Tribunal.

El cargo estudiado reposa en que los testimo-

nios que la sentencia tuvo en cuenta para demostrar las relaciones sexuales estables no acreditan éstas sino otra clase de hechos. Así las cosas, la aplicación indebida de la ley se hace depender no de que ésta se hubiera aplicado a una situación fáctica no prevista o regulada por ella, es decir, a que el juzgador hubiera errado sobre la relación entre el hecho específico legal y el hecho específico concreto sino que se pretende derivar de haberse hecho actuar la norma sobre una situación de hecho que según el recurrente no aparece demostrada.

En suma: la demanda plantea cuestiones que no serían propias de la violación directa, sino de la indirecta, ya que implican análisis de determinadas pruebas sobre las relaciones sexuales estables entre la Bejarano y Montalvo, lo cual no se ajusta a la técnica en cargos de esta naturaleza.

Por lo expuesto, se desecha el cargo.

* * *

El primer cargo consiste en la infracción directa del artículo 4º, último inciso, de la Ley 45 de 1936, y se desarrolla así:

La mencionada norma establece en lo pertinente que no se hará la declaración de paternidad natural apoyada en relaciones sexuales estables entre la madre y el presunto padre, si el demandado acredita que en el lapso en que la ley presume la concepción del hijo aquella tuvo relaciones carnales con otro hombre. De las declaraciones de Bernardo Valencia, Ortiz, Alba Marulanda de Monroy, Helmo Pizarro, Alejandro Monroy y María Quintero de Monroy que obran en el expediente, se deduce que la conducta de la Bejarano era relajada, e incluso, según el recurrente, "sirven estos indicios para establecer las relaciones carnales con otros hombres". Por lo cual, concluye la demanda: "Ante esos hechos que demuestran la relajación de la vida de la señora Bejarano, el Tribunal ha debido obrar en función del último inciso del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 y aplicar el texto que consagra la excepción **plurimum constupratorum**. Al no hacerlo así, violó directamente la ley sustantiva".

Se considera:

El cargo peca del mismo defecto del anterior, o sea que a través de la violación directa invocada, en este caso la infracción por falta de aplicación, se plantean cuestiones derivadas del análisis probatorio, es decir, propias de la violación indirecta. En efecto, el examen de las declaraciones citadas podría dar margen a la falta de

aplicación de la norma referida sólo a través de errores de hecho o de derecho en su apreciación, puntos que no proceden dentro de un cargo por violación directa, como quedó expuesto anteriormente.

Por lo dicho, el cargo no prospera.

* * *

El tercer cargo consiste en error de derecho en la apreciación de las declaraciones de testigos que luego se mencionan, el cual determinó la transgresión de los artículos 661, 662, 664, 665 y 666 del Código Judicial y condujo como consecuencia a la violación del artículo 4º, numeral 4º, de la Ley 45 de 1936, por indebida aplicación.

El recurrente considera que las declaraciones de Efrén Rivera y Luis Angel González son de carácter conceptual y que de ellas no surgen la estabilidad y la notoriedad de relaciones sexuales entre Montalvo y la Bejarano. En cuanto a la de Helmo Pizarro estima que contradice la de González, así como la de Efraín Vega recae sobre hechos posteriores a la época en que se presume la concepción de la menor, por lo cual carece de incidencia en la cuestión debatida.

Por estas razones expresa la demanda: "Se trata de probar el carácter notorio y estable de las relaciones sexuales dentro de la época presumible de la concepción. La prueba no ha tenido ese carácter y por lo tanto se ha cometido un error de derecho para apreciarla a la luz del artículo que exige unas condiciones distintas a las calidades de las declaraciones".

Afirma el recurrente que en materia de filiación natural "en cuanto a la demostración de relaciones sexuales estables y notorias se está en el campo de la prueba indiciaria, y más precisamente en un sistema de pruebas por presunciones e indicios. Y como este medio probatorio se halla regulado en las disposiciones legales antecitadas, tales textos los infringió el Tribunal al hacer una separación arbitraria entre las declaraciones que rechaza o pasa por alto y las que acepta, siendo las primeras las de Trinidad Trujillo de Bejarano, Marcial Arango y Rosa Elena Perlaza, quienes expresan no constarles que Hernando Montalvo e Isabel Bejarano hubieran hecho vida marital, ni que la menor Ana Milena sea hija de aquél.

Por eso, termina, no existe relación entre los hechos narrados por los declarantes, fuera de que "los indicios no son graves, precisos y conexos entre sí", por lo cual no concurren a demos-

trar, sin lugar a duda, la verdad del hecho controvertido.

Se considera:

Se repite que la sentencia hizo actuar el artículo 4º numeral 4º de la Ley 45 de 1936, pues encontró demostradas relaciones sexuales estables entre Hernando Montalvo e Isabel Bejarano para la época en que se presume la concepción de la demandante. Estas pruebas fueron las declaraciones de Efrén Rivera, Luis Angel González, Helmo Pizarro, Efraín Vega y Saulo Aponte.

Es sabido que el cargo por error de derecho en la apreciación de una prueba debe señalar no sólo el medio probatorio al que se asignó un valor diferente del que la ley establece, sino que es menester indicar las normas probatorias transgredidas, que sirven de medio para llegar a la infracción de la ley sustancial.

La Corte ha dicho: "En esta valoración puede equivocarse el Tribunal, bien otorgando a una prueba el valor de que carece, ora desconociéndole el que tiene, según el derecho probatorio; mas para saber esto en casación, es indispensable indicar la disposición legal precisa violada por haber atribuido a determinada prueba un valor que aquélla no le da a o por haberle negado el valor que le da. No hay, no puede haber, error de derecho en la estimación de las pruebas sin tal indicación exacta, porque el error tiene que resultar precisamente de enjuiciar la apreciación del Tribunal ante los textos de la ley que consagran los medios probatorios, su tarifa y su valor. Sin esta confrontación es imposible saber, primero si hay error en la estimación de una prueba, y luego si el error golpea sobre los textos objetivos que consagran el derecho sustancial cuya efectividad se persigue ante los jueces" (G. J., LXXVIII, página 609).

Es verdad que la doctrina y la jurisprudencia propugnan porque tratándose de relaciones sexuales estables no puede exigirse prueba directa sino que basta la indirecta. La Corte expresa que la Ley 45 de 1936 en este punto "establece una presunción sobre la cual es necesario que aparezcan probados los hechos que la producen: relaciones sexuales estables, mantenidas de manera notoria. No es verosímil que la ley haya querido exigir para la demostración de ellas que los testigos hayan presenciado la intimidad o la realización del hecho de las relaciones sexuales. Sobre esto no se puede dar testimonio sino por referencias resultantes de actos o demostraciones que los testigos hayan visto u oído a la pareja a quien se

atribuyen aquella clase de relaciones" (G. J., T. LX, página 782).

En este punto, no puede perderse de vista que si al apreciar los testimonios del Tribunal consideró más convincentes los encaminados a acreditar los hechos fundamentales de tales relaciones a los que tienden a establecer lo contrario, este aspecto escapa a la casación, pues es un punto en que la soberanía del sentenciador de instancia impide a la Corte variar la respectiva apreciación.

El artículo 702 del Código Judicial que autoriza al juzgador para ceder prevalencia al dicho de un grupo de declarantes sobre otro o aun para neutralizar los dos, es uno de los casos en que opera la soberanía del Tribunal, esto es, la autonomía en la apreciación probatoria de los diversos testimonios.

Lo dicho basta para que el cargo no tenga éxito.

o o o

El quinto cargo se denomina error evidente de hecho en la apreciación de determinadas pruebas, que llevó al Tribunal a violar, por aplicación indebida, el artículo 4º, ordinal 4º, de la Ley 45 de 1936.

El recurrente razona en la forma siguiente:

El Tribunal dio por establecidas, sin estarlo, relaciones sexuales estables y notorias entre Hernando Montalvo e Isabel Bejarano, "en virtud de una valoración manifiestamente equivocada de las declaraciones de Efrén Rivera Rodríguez, Luis Angel González, Helmo Pizarro, Efraín Vega y Saulo Aponte. Se tomaron apreciaciones conceptuales de los deponentes como si fueran descripciones de hechos indiciarios".

Además, no se tuvieron en cuenta las declaraciones de los "esposos Monroy, de la señora María Quintero de Monroy, de Bernardo Valencia Ortiz, de Trinidad Trujillo de Bejarano y Rosa Elena Perlaza", que en concepto del recurrente demuestran que no existieron tales relaciones.

Se considera:

El primer aspecto, o sea el relativo a una valoración manifiestamente errada de las declaraciones referidas, no procede dentro de un cargo por error de hecho. Si un testimonio no hace prueba porque no recae sobre los hechos que la ley exige, como en este caso los que configuren relaciones sexuales estables, el ataque debe hacerse por error de derecho, es decir, porque se les asignó una fuerza probatoria que la ley no reconoce. En cambio, si se da por probado un hecho sin existir la prueba respectiva, o se da por

no probado no obstante hallarse en el proceso tal prueba, sin consideración al valor del medio, el error es de hecho. Por eso la Corte ha dicho refiriéndose al error de hecho: "En todos estos casos, el error del juzgador no versa sobre la existencia del extremo que se trata de probar, sino sobre la existencia del medio con que trata de probarlo".

El segundo aspecto, o sea que no se tuvieron en cuenta las declaraciones allí citadas, si encaja dentro del concepto de error de hecho como se acaba de explicar y por eso se pasan a examinar.

A Alejandro Monroy quien vivió en casa de Isabel Bejarano "durante el año de mil novecientos cincuenta y cuatro", le consta que Hernando Montalvo visitaba dicha casa, lo que además, la Bejarano le advirtió al testigo cuando tomó la pieza respectiva; le consta que Montalvo ingería licor en esa casa, pero no le consta que tuviera relaciones sexuales con Isabel.

María Quintero de Monroy, quien en declaración extrajudicial dijo saber de tales relaciones sexuales por haber sido vecina de la Bejarano, fue llamada a ratificar el testimonio rendido y expresó que su contenido era falso. En seguida, a través del contrainterrogatorio del apoderado de la parte demandada, dijo que no le constaban las mencionadas relaciones.

A Alba Marulanda de Monroy, cónyuge de Alejandro Monroy, y quien igualmente vivió en casa de la Bejarano, no le constan las relaciones sexuales de ésta con Montalvo.

Rosa Elena Perlaza, Bernardo Valencia Ortiz y Trinidad Trujillo de Bejarano tampoco saben de tales relaciones.

Como se ve, las declaraciones de Alejandro Monroy y su cónyuge no se refieren a la época en que se presume la concepción de la menor Ana Milena, de acuerdo con el artículo 92 del Código Civil, pues habiendo nacido el 2 de mayo de 1953, las relaciones debieron existir por lo menos en los ciento ochenta días contados de la mencionada fecha hacia atrás, para cumplir lo preceptuado en el artículo 4º, numeral 4º, de la Ley 45 de 1936. Por otro lado, la declaración de María Quintero de Monroy no puede tenerse en cuenta, pues se contradice con la que rindió extrajudicial; y las demás se limitan a ignorar tales relaciones, de modo que no tienen siquiera la trascendencia de negarlas apoyándose en motivos razonables.

Pero es más: La sentencia descansa en las declaraciones mencionadas anteriormente y que en lo pertinente expresan:

a) Efrén Rivera Rodríguez, vecino que fue de

la Bejarano, dice que le constan las relaciones sexuales de ésta con Hernando Montalvo a partir del año de 1952, las cuales se prolongaron hasta la muerte de dicho señor en 1955; y añade que en ocasiones salió de paseo con las mencionadas personas, por lo cual pudo darse cuenta del trato que se prodigaban.

b) Luis Angel González, expresa que Isabel Bejarano se trasladó en junio de 1952 de Buga a Palmira, lo que recuerda, pues en esa época el testigo hizo un negocio con Hernando Montalvo; que por vivir en lugar cercano a la casa de dicha señora le vio traer en varias ocasiones por una señora Pachita, empleada de la finca de Montalvo, veinticinco o treinta pesos mensuales; que le consta que las relaciones entre Montalvo e Isabel principiaron en la finca Chinche, donde aquélla estuvo invitada por otros empleados de la misma.

c) Helmo Pizarro, dice saber de tales relaciones desde 1952 hasta el fallecimiento de Montalvo, pues tenía amistad con éste; que tales relaciones fueron un hecho público en el vecindario de la Bejarano, conocido con el nombre de barrio Loreto en Palmira; que le consta que Montalvo ayudaba económicamente a la Bejarano; que el testigo fue intermediario para que Montalvo comprara una casa destinada para la Bejarano, cuyo precio en parte fue pagada por el propio Montalvo al vendedor Luis M. González.

d) Efraín Vega, carpintero de profesión, afirma que Montalvo lo contrató para hacer unos trabajos en una casa que éste le dijo destinaría para traer una muchacha de Buga; que luego vio a la Bejarano habitando el inmueble; que seis meses después de este hecho "apareció" una niña que es Ana Milena; que Montalvo visitaba con inusitada frecuencia a la Bejarano y salía con ella en ocasiones; que cuando estaba cansado se acostaba en una "cama grande" dentro de dicha casa; y que el trato que se prodigaban Montalvo y la Bejarano era el propio de cónyuges, según pudo apreciarlo, el testigo.

e) Saulo Aponte declara que fue buen amigo de Montalvo desde 1917; que éste le contó de sus relaciones sexuales con Isabel Bejarano desde el año de 1952; que Montalvo prestaba ayuda económica a tal señora y el testigo le recibía dinero para comprar el mercado de ésta; que el vecindario de Isabel conocía la existencia de sus relaciones con Montalvo, quien visitaba con suma frecuencia la casa de la Bejarano. Además, relata detalles que complementan los puntos básicos que se sintetizan.

De estas declaraciones deduce el Tribunal la existencia de las relaciones sexuales estables para la época de la concepción de Ana Milena, ya que tres testigos dicen haber conocido dichas relaciones desde junio de 1952 época en la que Bejarano se trasladó a vivir a Palmira y la niña nació a comienzos de mayo de 1953.

Estos testimonios no han sido atacados técnicamente en casación conforme se ha visto; pero aunque los cargos contra ellos se hubieran formulado correctamente, la Corte no podría variar la apreciación del Tribunal, ya que no existe error de derecho, desde el momento en que no se advierte quebranto alguno de las normas que regulan la valoración de la prueba.

* * *

El cuarto cargo consiste en error evidente de hecho por falta de apreciación de algunas pruebas que llevó al Tribunal a violar el ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 en cuanto aplicó la parte que ordena hacer la declaración de paternidad frente a relaciones sexuales estables y comprobadas, y en cuanto manda no hacerla si aparece que la madre tuvo relaciones carnales con otro hombre en la época de la concepción del hijo.

La demanda estima que las declaraciones de Alejandro Monroy, Alba Marulanda de Monroy y Bernardo Valencia Ortiz fueron desestimadas por el Tribunal bajo sospecha de parcialidad, sin razones serias y "por capricho infundado"; y que de tales testimonios resulta que a casa de Isabel Bejarano Victoria, acudían Montalvo, Oscar Marino y otros amigos a ingerir licor; que la Bejarano salía de paseo con quien la invitaba, especialmente con un individuo de nombre Moisés, y llegaba entre la una y las dos de la mañana; que con una mujer llamada Marciana igualmente paseaba y eran compañeras de parranda; que de los hombres que iban a visitar a la Bejarano el único que mostraba preferencia por la niña Ana Milena era uno de nombre Oscar Marino, y que cuando Monroy tomó en arrendamiento una pieza en casa de Isabel, ésta le advirtió que a ella acudían Hernando Montalvo y Oscar Marino.

Añade que Bernardo Valencia Ortiz dice haber visto a la Bejarano en una ocasión acariciándose con Efrén Rivera, y finaliza en el sentido de sostener que la falta de apreciación de tales declaraciones determinó que el Tribunal no llegara a la conclusión de la inexistencia de las relaciones sexuales estables entre Montalvo e Isabel.

Se considera:

Se ha explicado al analizar el cargo anterior que los ataques por violación de ley sustancial derivados de error de hecho no pueden referirse a la valoración probatoria del respectivo medio de convicción, sino a la existencia o inexistencia de éste, según fuere el caso. Por esta razón, toda la crítica del recurrente en lo referente a que las declaraciones de Alejandro Monroy y Alba Marulanda de Monroy al ser estimadas habrían contradicho aquéllas que el Tribunal tuvo en cuenta para encontrar acreditadas relaciones sexuales estables entre Montalvo y la Bejarano, es materia que quedó analizada en el estudio de dicho cargo, en forma bastante amplia.

Y respecto a que las mismas declaraciones, si se hubieran apreciado, habrían demostrado la excepción de *plurium constupratorum*, o sea que la madre de Ana Milena tuviera relaciones carnales con hombres distintos a Hernando Montalvo en la época en que según el artículo 92 del Código Civil se presume la concepción, resulta claro que tales testimonios carecen de dicha fuerza.

En efecto: Alejandro Monroy y su cónyuge sólo habitaron la casa de Isabel Bejarano en el año de 1954, o sea después del nacimiento de la menor. De esta manera, los hechos que narran aún en el supuesto de que acreditaran dichas relaciones carnales, carecerían de incidencia en la cuestión central, puesto que tal clase de relaciones, en su caso, deberían haberse efectuado en los ciento ochenta días anteriores al nacimiento de la niña.

Fuera de esto se anota que los hechos relatados, aunque hubieran tenido lugar en la época indicada, tampoco acreditarían la relación carnal, que para este evento exige la Ley 45 de 1936. Monroy habla de que Isabel salía con quien la invitara y llegaba de la una a las dos de la mañana cuando aquello ocurría, pero no dice en este aparte quién era el invitante, ni le constan los hechos que pudieran realizarse durante el paseo, ni declara que los acompañantes siguieran a la casa, ni mucho menos penetraran a las habitaciones privadas de la Bejarano.

Y cuando se refiere a Oscar Marino y a Moisés N. tampoco narra hechos de los que pueda inferirse tal clase de relaciones. Lo mismo puede decirse de la declaración de Alba de Monroy, la cual es aún menos explícita y explicativa. Y respecto al dicho de Valencia Ortiz, el único hecho que pudiera repercutir en el asunto es haber visto que la Bejarano en una ocasión se acariciaba

con Efrén Rivera, pero ello por sí solo no acreditaría relaciones carnales, fuera de que el testigo no expresa la época en que el episodio sucedió, de modo que se ignora si coincidiría con el período de la concepción de la menor.

Por lo expuesto, no prospera el cargo.

* * *

La Corte llama la atención a Juzgado y Tribunal por la omisión en que incurrieron al no dar cumplimiento al artículo 11 del Código de Procedimiento Penal en lo relativo a las dos declaraciones bajo juramento de Rosa Quintero de Monroy, que como antes se dijo son enteramente contradictorias. Por esta falta de cumplimiento de la norma legal en cita la Corte ordenará lo procedente.

Igualmente deja testimonio de su extrañeza ante la forma como se recibieron algunas declaraciones extrajuicio por el Juzgado Segundo Municipal de Palmira, por lo cual está acorde con la crítica que a este respecto hace el Tribunal. No sobra decir, que mediante la ratificación se subsanaron las que sirvieron de fundamento al fallo de segundo grado, por lo cual sus defectos iniciales no alcanzaron a restarles valor.

Resolución:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia dictada en este asunto por el Tribunal Superior de Cali el diez y ocho de marzo de mil novecientos cincuenta y siete.

Por el Juzgado del conocimiento se dará cumplimiento a lo preceptuado por el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal respecto a las declaraciones de María Quintero de Monroy (C. 1º, folio 15 vuelto y siguientes y folio 38 y siguientes), para lo cual se remitirá copia de ellas a la autoridad correspondiente.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco.

—Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—

Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero.—

Jorge Soto Soto, Secretario.

DECLARACION JUDICIAL DE FILIACION NATURAL EN EL CASO DE SEDUCCION. REQUISITOS Y PRUEBA PARA ESTABLECERLA. — LA SUPERIORIDAD ECONOMICA Y SOCIAL DEL VARON FRENTE A LA MUJER QUE REQUIERE SEXUALMENTE, SON CIRCUNSTANCIAS QUE PUEDEN INFLUIR EN EL ANIMO DE ESTA PARA ACCEDER A LAS PRETENSIONES DE AQUEL, PERO TALES HECHOS NO SON DE LOS QUE LA LEY CALIFICA DE DOLOSOS PARA CONFIGURAR LA SEDUCCION. — EL ABUSO DEL DERECHO DA LUGAR A INDEMNIZACION DE PERJUICIOS CUANDO SE PROCEDE DOLOSA O CULPOSAMENTE, ESTA POR ACCION U OMISION. — LA TEORIA DEL RIESGO CREADO NO TIENE APLICACION EN ESTE CAMPO. — LA PERDIDA DE UNA ACCION JUDICIAL, POR SI SOLA, NO ACREDITA TEMERIDAD. — A QUIEN CORRESPONDE LA APRECIACION DE ESTA, NO PUEDE DEDUCIRSE RESPONSABILIDAD EXTRA-CONTRATO, SI FALTA UNO DE LOS TRES ELEMENTOS QUE LA CONFIGURAN

1.—Para que pueda declararse judicialmente la paternidad natural en el caso de seducción de que trata el ordinal 2º del artículo 4º de la Ley 45, de 1936 cuando se alega que la seducción se realizó mediante hechos dolosos o palabra de matrimonio, es necesario establecer plenamente en los autos que la mujer fue víctima de un engaño, ya que éste es el elemento constitutivo fundamental de la seducción, que de no haber mediado no se habría rendido a las exigencias carnales del seductor y siempre que exista un principio de prueba por escrito que emane del presunto padre que haga verosímil la seducción.

Además se debe probar la honestidad de la mujer antes de realizada la seducción y que el nacimiento del hijo cuya paternidad se indaga se realizó dentro de los ciento ochenta días siguientes a la fecha en que se consumó el acceso carnal como culminación de la seducción y antes de que expiren los trescientos días siguientes a aquélla fecha, de conformidad con la presunción legal establecida en el artículo 92 del Código Civil.

La superior posición económica y social de un hombre frente a una mujer, son circunstancias que pueden influir en el ánimo de ésta para acceder a los requerimientos sexuales de aquél, pero tales hechos no son los que la ley califica de dolosos para configurar la seducción, pues ellos solos no pueden crear engaño en la mujer en cuanto a las verdaderas pretensiones del varón, por

inexpertía que se le suponga en lides amorosas.

2.—La Corte ha aceptado en numerosos fallos que puede haber abuso en el derecho de litigar y, por lo mismo, responsabilidad de parte del agente que le acarrea la obligación de indemnizar los perjuicios causados, con apoyo en las normas del Título 34 del Libro 4º del Código Civil, haciendo la diferencia entre el acto intencional que sólo persigue causar un perjuicio y el simplemente culposo, que se debe a error de conducta, por imprudencia y negligencia del agente, pero que de todas maneras es necesario hacer el estudio de los factores subjetivos que la hicieron posible, ya que la teoría del riesgo creado no tiene aplicación en este campo (Sentencias del 30 de octubre de 1935, 19 de mayo de 1941 y 22 de mayo de 1956).

El hecho de no alcanzar éxito en una acción judicial, por sí solo no acredita temeridad y la apreciación de ésta corresponde al sentenciador de instancia.

3.—Los elementos que configuran la responsabilidad extra-contrato son la culpa del agente, el perjuicio de la víctima y la relación de causalidad entre una y otro. Si falta uno de tales elementos no puede deducirse responsabilidad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, febrero doce de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Gustavo Salazar T.).

Surtidos como están los trámites del recurso de casación doble en el presente negocio, la Corte procede a decidirlo, previa una reseña de los antecedentes, de la sentencia recurrida y de las demandas de casación.

I—ANTECEDENTES

1.—En ejercicio de la patria potestad que tiene sobre su hijo natural impúber llamado Fernando Félix, la señora Olga Angulo estableció el 12 de agosto de 1952 ante el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá juicio ordinario contra el señor Fernando Villegas Marulanda, a fin de que se declare que éste es el padre natural de aquél, y en consecuencia, se ordene al Notario sentar la correspondiente acta de estado civil.

2.—Como hechos sustentadores de la acción la señora Angulo relató los siguientes: a) Que siendo una joven de 17 años de edad y encontrándose al lado de su madre a quien ayudaba a trabajar en el establecimiento llamado Gran Panadería y Bizcochería Palace, de Fontibón, en el año de 1943 conoció al señor Fernando Villegas Marulanda, hombre de cuantiosos recursos económicos por lo que se le consideraba millonario, de edad madura, quien aprovechó su experiencia de la vida, su posición social y su fortuna para “hacerla caer en sus redes” y abusar así de su ingenuidad, “encubriéndole el carácter inmoral de las relaciones que se proponía anudar”. b) Que iniciadas las relaciones, el demandado la llevó a vivir junto con la madre de la actora a la casa número 11-31 de la carrera 10ª de Fontibón y luego, en 1944, a la casa número 12A-46 de la carrera 22 de Bogotá, haciendo vida marital, de la cual resultó el nacimiento de Fernando Félix, el día 9 de septiembre de 1945. y que, poco tiempo después, el señor Villegas Marulanda abandonó tanto a la madre como a su hijo. En derecho se fundó en la Ley 45 de 1936.

3.—El demandado se opuso a las pretensiones de la actora y negó los hechos sustentadores de la acción. A su turno propuso demanda de reconvencción para que le fueran pagados los perjuicios ocasionados con la demanda presentada el 29 de marzo de 1951 por la misma actora y ante el mismo Juzgado, en la que se solicitaba, además de las peticiones del presente juicio, que se declarara que Villegas Marulanda era civilmente responsable por el empleo de maniobras dolosas que indujeron a Olga Angulo a entregarse a él y

a pagar los gastos de crianza y educación de Fernando Félix, demanda que terminó por haber prosperado las excepciones dilatorias propuestas.

4.—El Juzgado del conocimiento puso fin a la primera instancia por sentencia de 17 de julio de 1954, que negó tanto las súplicas de la parte actora como las de la demanda de reconvencción, fallo que fue apelado por ambas partes.

II—LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal Superior de Bogotá, por sentencia de 3 de febrero de 1956, resolvió el recurso confirmando en todas sus partes el fallo de primera instancia y lo adicionó en el sentido de absolver de los cargos de la demanda de reconvencción al menor Fernando Félix Angulo.

En la sentencia se hace un extenso análisis de la prueba llevada a los autos con fines de establecer la seducción y las relaciones sexuales entre la señora Angulo y el señor Villegas, y después de admitir que está probado, aunque incidentalmente, que el demandado tiene una más alta posición social que la demandante, que goza de medios de fortuna bastantes para que se le considere rico y que existe una desproporción de edad grande entre él y ella, razona así el sentenciador por lo que hace a la seducción:

“El único hecho relativo a la seducción (en el sentido que a ésta palabra le da la Ley 45 de 1936 para los efectos de la declaración de paternidad) que aparece respaldado por una prueba, aunque incompleta, es la promesa de matrimonio que, según dice la testigo Isabel Páez, solía hacerle el demandado a doña Olga. Sin embargo, la depoñente habla de una época posterior, cuando ella trató a la pareja, ya viviendo los amantes en Bogotá en unión marital, según dice. La carta del demandado para la madre de la demandante, reconocida por aquél, podría darle apoyo inicial a ese testimonio sobre el hecho de la promesa. No obstante, no pasaría la declaración única de la señorita Páez, apoyada en el indicio de la carta, de configurar otro indicio que podría enunciarse así: Si en 1945, ya viviendo los amantes en íntimas relaciones y estando la mujer grávida la halagaba con una promesa de matrimonio —cuando ésta no podía ser sino un consuelo para la amante— con mayor razón esa promesa pudo existir para inducirla a iniciar las relaciones sexuales”.

Y agrega el fallo sobre este punto de la seducción, que, como adelante se verá, es motivo de ataque por parte del recurrente-demandante: “Na-

da hay en las pruebas de la parte actora sobre otros de los extremos a que condiciona el ordinal 2º citado (del artículo 4º de la Ley 45 de 1936) la seducción para los efectos de obtener la declaración de paternidad del seductor respecto del fruto de su culpa. Pero es humano presumir que un galanteador para rendir a la voluntad de la dama ha de poner en juego aquellas artes que en el lenguaje libre de la literatura se denomina seducción, las cuales pueden no configurar lo que por seducción debe entenderse para los efectos de la declaración de paternidad según nuestra ley. Aquí falta la prueba de estos hechos especiales y sólo hay un indicio de la promesa de matrimonio. No se configura, por tanto, la seducción”.

Respecto de las relaciones sexuales estables invocadas por la parte actora, la sentencia recurrida admite que ellas están probadas pero sólo a partir de fines del mes de mayo de 1945 y como Fernando Félix nació el 9 de septiembre de ese año, no se le puede atribuir al señor Villegas Marulanda la paternidad del niño, ya que entre el nacimiento y la fecha en que aparecen probadas esas relaciones hay un lapso menor de 180 días y por lo mismo no opera la presunción legal del artículo 92 del Código Civil.

Por lo que hace a la demanda de reconvencción, el Tribunal estimó que con afirmar la demandante en su primer libelo los hechos configurativos de la seducción, que envuelve el delito de estupro, no estaba haciendo la falsa imputación de un delito, pues ello se hacía en apoyo de una acción exclusivamente civil y, por lo mismo, se descarta la posibilidad de que la señora Angulo cometiera el delito de falsas imputaciones.

En cuanto a la acusación que le hace el reconviniente a la reconvenida, de que ha abusado del derecho de litigar, el sentenciador sostiene que no hay malicia ni mala fé en la demanda por perjuicios presentada en 1951 por la demandante, ni mucho menos en cuanto a la acción de filiación presentada en la misma demanda y en la actual por el menor Fernando Félix representado por su madre natural.

III—LA DEMANDA DE CASACION DEL DEMANDANTE

El demandante acusa la sentencia del Tribunal por la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, por considerar que violó el ordinal 2º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, al darle a la seducción un sentido distinto del que el legislador tuvo en cuenta.

Después de transcribir los párrafos de la sentencia acusada, razona así el recurrente

“La noción de seducción es la misma en materia de filiación que en materia de responsabilidad civil. Por lo tanto, la seducción puede consistir en un procedimiento desleal como el del abuso de un hombre sano mentalmente de la debilidad de espíritu de una muchacha inexperta, o en el abuso de autoridad de cualquier indole. Lo frecuente es que el seductor logre su objetivo mediante la promesa de matrimonio. Por último, la seducción puede brotar de cualesquiera manobras dolosas. Resulta de la diferencia de fortunas, de edad, de posición social, siempre que haya desigualdad en la experiencia del seductor con su víctima.

“El Tribunal muy jurídicamente conceptuó que, “el único hecho admitido en la contestación de la demanda es esta superioridad social del opositor” y que determinados hechos comprobados” no dejan duda sobre la gran ventaja económica del galán sobre la empleada en quien había puesto sus simpatías” y que “la desproporción de edades entre él y ella” está fuera de duda.

“Sin embargo, el Tribunal en vez de haber dado a esos hechos su significado jurídico que es igual al humano, conceptuó que desde este último punto de vista, o sea el humano, es lógico que todas esas circunstancias hubieran contribuido “decisivamente al buen éxito que en cuanto a la intinuidad —inductiva de relaciones sexuales posteriores— aparece probado también en el expediente.

“Los hechos dolosos a que se refiere la citada norma son exactamente los mismos que el Tribunal estimó acreditados y que, por lo demás, tampoco se oponen a la definición del dolo contenido en el artículo 63 del Código Civil, violado también por el Tribunal”.

Se considera:

Para que pueda declararse judicialmente la paternidad natural en el caso de seducción de que trata el ordinal 2º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 cuando se alega que la seducción se realizó mediante hecho doloso o palabra de matrimonio, es necesario establecer plenamente en los autos que la mujer fue víctima de un engaño, ya que éste es el elemento constitutivo fundamental de la seducción, que de no haber mediado no se habría rendido a las exigencias carnales del seductor y siempre que exista un principio de prueba por escrito que emane del presunto padre que haga verosímil la seducción.

Además se debe probar la honestidad de la

mujer antes de realizada la seducción y que el nacimiento del hijo cuya paternidad se indaga se realizó dentro de los cientos ochenta días siguientes a la fecha en que se consumó el acceso carnal como culminación de la seducción y antes de que expiren los trescientos días siguientes a aquella fecha, de conformidad con la presunción legal establecida en el artículo 92 del Código Civil.

Por ello no interpretó mal el Tribunal el texto legal que trata de la seducción invocada en este juicio, cuando sostiene que si bien se estableció que el señor Villegas Marulanda gozaba de una holgada posición económica y una social superior a la señorita Angulo y estas circunstancias pudieron influir en el ánimo de ésta para acceder a los requerimientos sexuales, tales hechos no son los que la ley califica de dolosos para configurar la seducción, pues ellos solos no pueden crear engaño en la mujer en cuanto a las verdaderas pretensiones del varón, por inexperta que se le suponga en lides amorosas.

Por lo demás, el sentenciador estima que no existe la prueba de la promesa de matrimonio, ni de otros medios que hubieran podido crear engaño en la madre del demandante y que la llevarán a entregarse al señor Villegas y esta apreciación no ha sido motivo de acusación.

Por lo expuesto, no prospera el único cargo formulado por la parte demandante.

IV—LA DEMANDA DE CASACION DEL DEMANDADO

El demandado acusa el fallo del Tribunal en su primer cargo por violación directa del artículo 2.341 de Código Civil por no haberlo aplicado al caso debatido en la demanda de reconvencción y lo sostiene así:

"El hecho de haber imputado al demandado el hecho del estupro o seducción, con promesa de enlace matrimonial, implica una culpa al menos, generadora de un perjuicio moral, que debe ser indemnizado.

"Probada la afirmación, consta la culpa; y, en consecuencia, la relación de causalidad entre tal hecho y el daño; y del mismo modo el perjuicio moral mismo, y en consecuencia, la infracción del artículo 2.341 del Código Civil.

"La afirmación aparece en el primer libelo incoado. Se formuló con imprudencia y temeridad. Y tan palmario es esto, que en la nueva demanda se suprimió: Surge, pues, la culpa de manera cierta. La culpa engendró un daño, moral, especialmente en este caso, por el pesar que el demandado

sufrió y sufre, al verse tratado como un hombre con aptitud de seducir a una mujer inocente, inexperta y honesta".

Se considera:

La demandante presentó antes de este juicio demanda contra el señor Villegas Marulanda en la que solicitaba, además de la declaración de paternidad natural, la de que se le condenara al pago de los perjuicios materiales y morales causados a la señora Angulo, por ser responsable del empleo de maniobras dolosas que la indujeron a entregarse a él, lo mismo que al pago de los gastos de crianza y educación del niño Fernando Félix y desde que ocasionaran su sostenimiento y educación.

Esta primera demanda fracasó por haber prosperado la excepción de inepta demanda, que se fundó en que no se podía tramitar por el procedimiento del juicio ordinario la acción de filiación natural y la de alimentos, habiéndose condenado en costas a la parte demandante.

En la demanda con que se inició el presente juicio, la parte actora se limitó a suplicar la declaración de paternidad natural, pero los hechos de los cuales pretende derivar el derecho son los mismos de la primera, aunque presentados en forma diferente. Esos hechos son, como ya se vio, los relacionados con la seducción y las relaciones sociales. No es, por tanto, evidente, como lo afirma el demandado en la demanda de casación que en el segundo libelo se suprimiera lo referente a la seducción, de lo cual hace surgir culpa al formular la primera demanda de parte de la demandante, pues con la afirmación del empleo de maniobras dolosas hecha en tal demanda y que se suprimió en la segunda, se causó perjuicio moral al señor Villegas Marulanda, ya que le acarrió dolor y pesar y disminución de su patrimonio moral, según lo afirma en la demanda de reconvencción, incurriendo así la actora en el abuso de litigar, esto es, en la culpa que define el artículo 2.341 del Código Civil, que el Tribunal violó al dejar de aplicarlo, según el recurrente.

La Corte ha aceptado en numerosos fallos que puede haber abuso en el derecho de litigar y, por lo mismo, responsabilidad de parte del agente que le acarrea la obligación de indemnizar los perjuicios causados, con apoyo en las normas del Título 34 del Libro Cuarto del Código Civil, haciendo la diferencia entre el acto intencional que sólo persigue causar un perjuicio y el simplemente culposo, que se debe a error de conducta, por imprudencia y negligencia del agente, pero que de todas maneras es necesario hacer el estu-

dio de los factores subjetivos que la hicieron posible, ya que la teoría del riesgo creado no tiene aplicación en este campo. (Sentencia del 30 de octubre de 1935, 19 de mayo de 1941 y 22 de mayo de 1956).

De la lectura del fallo acusado se desprende que la señora Olga Angulo sí tuvo motivos razonables para establecer el primer juicio, que se fundaba en los mismos hechos del presente, y si fracasó se debió a falta de técnica procesal en la formulación de las súplicas, sin que aparezca culpa, ni mucho menos mala intención de su parte, fuera de que el hecho de no alcanzar éxito, por sí solo no acredita temeridad y la apreciación de ésta corresponde al sentenciador y en tal caso sólo podría ser acusado el fallo por un cargo relativo a la prueba. No era, por tanto, el caso de dar aplicación al artículo 2.341 del Código Civil que se ha estimado violado por el recurrente.

Se rechaza, por lo mismo, el cargo.

El segundo cargo contra el fallo lo presenta el demandado en forma subsidiaria del primero y lo hace consistir en error de hecho en que incurrió el fallador "al considerar que no hay perjuicio en el presente caso si para afirmarlo así, dejó de considerar las pruebas pertinentes", error de hecho que llevó al Tribunal a violar el artículo 2.341 del Código Civil.

La prueba que dejó de estimar el Tribunal, según el recurrente, fue la primera demanda presentada por la señora Angulo contra el señor Villegas Marulanda, que en copia obra en los autos.

Se considera:

Los elementos que configuran la responsabilidad extra-contrato son la culpa del agente, el perjuicio de la víctima y la relación de causalidad entre una y otro. Si falta uno de tales elementos no puede deducirse responsabilidad.

Al estudiar el primer cargo del demandado recurrente contra el fallo del Tribunal, se dejó fijado que no aparece culpa de parte de la señora Angulo al establecer su primera demanda contra el señor Villegas Marulanda, y al no haberla cae toda argumentación que se haga para deducirle perjuicio a éste, con base en dicho documento.

Por ello, tampoco prospera el segundo cargo propuesto.

RESOLUCIÓN:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha tres de febrero de mil novecientos cincuenta y seis proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el presente juicio ordinario de Olga Angulo, en representación de su menor hijo natural Fernando Félix Angulo, contra Fernando Villegas Marulanda.

Sin costas en el recurso.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvanse los autos al Tribunal de origen.

Hernando Morales M.—Enrique Corral Velasco —

Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Ar-

turo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge

Soto Soto, Secretario.

EL ERROR EN LA DENOMINACION DE LA ACCION NO CAMBIA SU NATURALEZA JURIDICA. — AL FALLADOR DE INSTANCIA CORRESPONDE LA INTERPRETACION DE LA DEMANDA, BIEN CON BASE EN LA PARTE PETITORIA DE LA MISMA O EN LOS HECHOS DEL LIBELO. — CUANDO PUEDE SER VARIADA POR LA CORTE. — EL ERROR EN LA DENOMINACION DE LA ACCION ES BASE PARA ACUSAR LA SENTENCIA POR LA CAUSAL 1ª DEL ARTICULO 520 DEL C. J. Y NO POR LA 2ª — CUANDO ES OPERANTE ESTA ULTIMA. — ERROR DE HECHO EN LA APRECIACION DE LA DEMANDA. — INTERPRETACION Y ALCANCE DEL ARTICULO 1759 DEL C. C. — NORMAS APLICABLES, CUANDO SE TRATA DE LA Oponibilidad A UN TERCERO DEL ACUERDO SECRETO DE LAS PARTES, ENCUBIERTO POR EL APARENTE QUE RELATA LA ESCRITURA PUBLICA. — LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA HAN ENCONTRADO EN EL ARTICULO 1766 LA NORMA QUE EN NUESTRO CODIGO CIVIL ESTATUYE LA ACCION DE SIMULACION. — LA DECLARACION DE QUE ES SIMULADO UN CONTRATO NO PERJUDICA A TERCEROS ADQUIRENTES DE BUENA FE, CONTRA QUIENES NO PUEDE PROSPERAR ACCION REIVINDICATORIA DE LOS BIENES ENAJENADAS O INFORMADO DE QUE EL CONTRATO PACTADO NO ES VERDADERO, SI HAY ACCION CONTRA ELLOS EN SU CALIDAD DE POSEEDORES. — SE RATIFICA LA DOCTRINA SOBRE LA DIFERENCIA ESENCIAL QUE HAY ENTRE LA NULIDAD ABSOLUTA Y LA SIMULACION

1.—El error en la denominación jurídica de la acción no cambia su naturaleza jurídica “ya que una demanda debe interpretarse siempre en conjunto, debido a que la intención del actor está muchas veces contenida no sólo en la parte petitoria sino también en los fundamentos de hecho y de derecho”.

Pero esto no significa que el fallador de instancia, pueda decidir indistintamente una acción por otra, sino que con la facultad de interpretación de la demanda, si le es dado al mismo establecer cuál es la acción interpuesta.

Y es bien sabido que “la interpretación de la demanda que corresponde al fallador de instancia sólo puede ser variada por la Corte en el caso de que ante ella se alegue y demuestre un error de hecho manifiesto” (G. J., tomo LXXX, número 2.153, pág. 33).

2.—Si el Tribunal, basado en los hechos relatados en el libelo, interpretó la demanda en el sentido de considerar que la acción principal instaurada es la de simulación y no la de nulidad absoluta de un contrato de compraventa, la acusación de la sentencia no es procedente por el motivo de no estar

ésta en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas; con fundamento en el ordinal 2º del artículo 520 del Código Judicial sino por la causal 1ª de la misma norma, en cuanto el Tribunal en la interpretación de la demanda incurrió “en error de derecho o en error de hecho manifiesto en los autos.”

3.—Por muchos años a hoy la Corte ha sostenido en frecuentes fallos que la incongruencia de la sentencia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes debe buscarse en la parte resolutive de aquélla; y que “técnicamente considerada la causal 2ª de casación sólo es operante cuando el sentenciador deduce en su fallo conclusiones y resoluciones que no están en consonancia con la acción o acciones ejercitadas en el libelo de demanda, ora porque no decida sobre alguna de ellas, ya porque resuelva sobre alguna que no ha sido pedida, porque condene en más de lo demandado, y cuando deje de fallar sobre excepciones perentorias oportunamente propuestas en el juicio” (Tomo LXXVII, página 765 *ibidem*, T. LX, página 147). Solamente

cuando se ha incurrido en la sentencia en alguno de estos excesos u omisiones, puede decirse que hay incongruencia entre lo pedido en el juicio y lo resuelto en el fallo.

4.—El cargo de incongruencia por cuanto en la demanda no se le imputó mala fé al poseedor, y sin embargo el Tribunal tuvo en cuenta las pruebas que se adujeron para acreditar este extremo, no implica tacha de incongruencia sino de error de hecho en la apreciación de la demanda, o error de hecho proveniente de haber dado como probado un hecho, porque desconoció la demanda que, como prueba, indicaba que tal hecho no existió en virtud del principio de que *Quod non est in actis non est in mundo*.

5.—No es exacta la afirmación de que el significado del precepto contenido en el artículo 1.759 del Código Civil, es el de que "uno es el valor probatorio de las escrituras públicas entre las partes y otro bien distinto el valor probatorio de las mismas contra terceros". Los tratadistas distinguen en un instrumento público su fuerza probatoria y su fuerza obligatoria o eficacia del contrato contenido en él. En cuanto al otorgamiento, la fecha del instrumento y las manifestaciones de las partes, el instrumento hace plena prueba tanto respecto de las partes como de terceros, porque son hechos respaldados en la fé pública que la ley otorga al Notario. Pero en cuanto a la fuerza obligatoria o eficacia del contrato o la verdad de las declaraciones, si no hace plena fé sino contra las partes o sus causahabientes a título, universal o singular.

Esto no lleva al extremo de que las partes o sus sucesores no puedan probar contra lo expresado por ellas en el instrumento, de ahí la acción resolutoria de un contrato bilateral por incumplimiento de una de las partes, a pesar de haberse dicho en la escritura o instrumento que las prestaciones de ella estaban satisfechas. De ahí también la acción de simulación del acuerdo expresado en la escritura, en razón de las contraestipulaciones secretas u ocultas de las partes. Si bien la plena fe del instrumento público sobre la verdad de las declaraciones la otorga la ley respecto de las partes y causahabientes, no quiere decir que los terceros no puedan aceptarla o atenerse a ella.

A pesar de la presunción de verdad contra las partes que la ley reconoce a las decla-

raciones recogidas en un instrumento público, éstas pueden probar contra esa verdad. Y la resolución del Juez que reconoce que las declaraciones no fueron verdaderas no puede afectar a los terceros de buena fé, que confiados en lo que reza el instrumento adquirieron derechos sobre las cosas objeto del contrato. El Juez que con su fallo afectara a estos terceros indudablemente violaría el artículo 1.759 por interpretación errónea, ya que le atribuiría a esta disposición un alcance que no le corresponde, dado el pilar de protección a los poseedores de buena fé en que descansa nuestro Código Civil.

Tratándose de la oponibilidad a un tercero del acuerdo secreto de las partes, encubierto por el aparente que relata la escritura pública, las normas aplicables son los artículos 1.934 y 1.766 del Código Civil, no propiamente el artículo 1.759 del mismo.

El primero de estos preceptos, como lo ha interpretado siempre la Corte, consagra una garantía para los terceros de buena fé que, ateniéndose al contrato de compraventa estipulado en una escritura pública, en la cual consta que se pagó el precio, adquieren derechos de parte del comprador aparente sobre la cosa vendida.

A estos terceros los ampara la presunción de ser verdadera la venta y de haberse pagado el precio, en forma que solamente en virtud de la declaración de nulidad o de falsedad de la escritura puede haber acción contra ellos como poseedores. Lo que trae de consecuencia que, si el tercero no ha adquirido de buena fé sino a sabiendas o informando de que el contrato pactado no es verdadero, sí hay acción contra ellos en su calidad de poseedores.

Ha dicho la Corte "Si aparece celebrado un contrato por escritura pública, y sobre esta base adquiere un tercero de buena fé, toda prueba que tienda a alterar las estipulaciones contenidas en aquella escritura, no puede perjudicar a ese tercero" (G. J., tomo XXIX, páginas 350 y 351).

En el artículo 1.766 del Código Civil han encontrado la doctrina y la jurisprudencia la norma que estatuye la acción de simulación en razón de que se acepta el valor entre las partes de las contraestipulaciones a lo acordado en escritura pública, así se extiendan éstas en documento privado o en

contraescritura pública. Agrega, empero, el primer inciso que esa escritura privada no producirá efectos contra terceros, es decir que el acto, contrato o acuerdo oculto no puede perjudicar terceros. Es la protección a los terceros de buena fé, que, confiados en el contrato de que da cuenta la escritura pública, adquirieron derechos contra los cuales no puede producir efecto alguno el acto secretamente pactado por los contratantes para alterar el público.

Esta ha sido la interpretación que la Corte le ha dado al artículo que se analiza cuando dice: "Pero tanto la antigua como la nueva doctrina han estado siempre acordes en un punto, y es en que los terceros que adquirieron de buena fé del comprador aparente, no sufren las consecuencias de la nulidad por simulación, según aquella, y de la mera simulación, según ésta. A éstos cuando no tuvieren conocimiento de la simulación al tiempo de contratar, les es inoponible el acto o contrato simulado" (G. J., tomo LXXXIX, página 707).

"Así pues la jurisprudencia de la Corte, tanto bajo la antigua doctrina de la simulación nulidad como bajo la nueva de la simulación prevalencia, siempre ha reconocido el principio de la protección de la buena fé de los terceros respecto de los contratos simulados (G. J., tomo LXXIII, página 668).

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo C. Posada).

Por medio de la escritura pública número 638 de 2 de junio de 1951 de la Notaría Segunda de Palmira, Luis Estrada vendió a Argemiro Estrada Parra 13 inmuebles entre ellos la finca denominada "La Cristalina", y varios muebles, por un valor de sesenta y dos mil pesos (\$ 62.000.00) que el vendedor declaró recibidos en dinero efectivo, deduciendo de dicha suma, veinte mil pesos correspondientes a unas hipotecas de que se hizo cargo el comprador.

El 7 del mismo junio, Argemiro Estrada Parra transfirió a favor de Oscar Parra Terreros, la finca denominada "La Cristalina", determinada en el ordinal a) del primer hecho del libelo, como aparece de la escritura número 759 de la Notaría Primera de aquel lugar.

DEMANDA

Luis Estrada demandó a los señores Argemiro Estrada Parra y Oscar Parra Terreros, con el fin de que se declare:

- 1º Que es absolutamente nulo, de nulidad absoluta, el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 638, otorgada en la Notaría Segunda de Palmira, el 2 de junio de 1951;
- 2º Que, como consecuencia de la declaración anterior, los bienes de que trata el citado contrato no han salido del patrimonio del señor Luis Estrada Otero o Lotero, a quien le pertenecen;
- 3º Que los demandados están en la obligación de restituir los mencionados bienes al demandante, señor Luis Estrada Otero o Lotero, con la aclaración de que, en lo referente al demandado Oscar Parra Terreros, éste debe restituir es la finca denominada "La Cristalina", de que se trata en la letra a) del numeral 1º de esta demanda; y
- 4º Que se condene a los demandados al pago de los frutos naturales y civiles y a las costas del juicio, de acuerdo con la ley.

HECHOS

1º Por escritura número 638 de 2 de junio de 1951, Notaría Segunda de Palmira, Luis Estrada dijo vender a Argemiro Estrada Parra, los trece inmuebles y muebles reseñados en el libelo e instrumento citado.

2º Argemiro Estrada Parra por escritura otorgada el 7 de junio de 1951 en la Notaría Primera del mismo lugar, aparece vendiendo a Oscar Parra Terreros, la finca denominada "La Cristalina".

3º En el contrato de venta efectuado entre Luis Estrada Otero o Lotero y Argemiro Estrada Parra, se dijo que la transferencia se hacía por la suma de \$ 62.000.00 que el vendedor declaró recibidos en dinero efectivo, de manos del comprador, deducido de dicho precio la suma de \$ 20.000.00 valor correspondiente a unas hipotecas, de que se hizo cargo el comprador.

4º A pesar de esa aparente declaración, es lo cierto que realmente no hubo precio, pues el vendedor no tuvo intención alguna de recibir el precio, ni el comprador, la de pagarlo.

5º Por otra parte, se careció de causa real, pues ni el vendedor tuvo la intención de transferir en realidad el dominio, ni el comprador de adquirirlo.

6º Siendo en el contrato de compraventa el precio, requisito esencial, si no existió dicho precio, como realmente no lo hubo, "es nulo, de nulidad

absoluta, el contrato de compraventa que aparece celebrado entre los señores Luis Estrada Otero o Lotero y Argemiro Estrada Parra, y a que hace referencia la escritura pública número 638".

7º En estas condiciones, Luis Estrada Otero o Lotero tiene pleno derecho para que se le restituyan todos los bienes, inclusive la finca "La Cristalina", que aparece vendida por Argemiro Estrada Parra a Oscar Parra Terreros, contra la cual procede la acción reivindicatoria, en su calidad de tercer poseedor; y,

8º De conformidad con lo dispuesto en el artículo 209 del Código Judicial, por no ser incompatibles, son acumulables, en una misma demanda, las acciones de nulidad absoluta y de reivindicación, contra terceros.

El Juzgado, en sentencia del 17 de enero de 1953, declaró nulos de nulidad absoluta los contratos contenidos en las escrituras públicas números 638 de 2 de junio de 1951 y 759 de siete de los mismos, dispuso la restitución de los bienes a Luis Estrada, consideró a Oscar Parra Terreros poseedor de mala fé, lo condenó a restituir los frutos de la finca "La Cristalina", y a pagar el valor de los deterioros que haya sufrido el inmueble. Ordenó, además, la cancelación de los registros, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a los demandados.

Interpuesta apelación contra el fallo de primer grado por el procurador de Oscar Parra Terreros, el Tribunal Superior de Cali, en proveído del 14 de diciembre de 1954, lo revocó, y declaró "simulado el contrato de compraventa contenido en la escritura 638 de 2 de junio de 1951", y ordenó la restitución de los bienes, inclusive la finca "La Cristalina" que posee Parra Terreros, a quien se calificó "como de mala fé".

Este interpuso contra el fallo del Tribunal el recurso extraordinario de casación que, por haberse tramitado debidamente, entra a resolver la Corte.

DEMANDA DE CASACION

La demanda le hace al fallo de segunda instancia dos cargos:

En el primero, la acusa por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes (artículo 520—2º— del Código Judicial). Y lo plantea por dos aspectos: "a) En cuanto se refiere al demandado Argemiro Estrada Parra, por haber variado la acción incoada en la demanda; y b) En cuanto se refiere a los demandados Oscar Parra Terreros y Gonzalo Restrepo, mis representados, por haberse

apoyado la decisión en hechos no aducidos en el libelo de demanda".

Basado en la causal 1ª del mismo artículo 520, tacha la sentencia en el segundo cargo de haber aplicado indebidamente los artículos 1.759, 1.748, 1.944 y 1.766 del Código Civil y, además, por haber interpretado erróneamente la segunda de estas normas.

Sustenta el primer cargo en las siguientes consideraciones generales:

La demanda en juicio ordinario debe enunciar con claridad y precisión las peticiones que se hacen, los hechos en que ellas se apoyan, debidamente clasificados y enumerados, y los fundamentos de derecho (artículos 205 y 737 del Código Judicial). Según la técnica procesal, la demanda y su contestación forman la "relación jurídica o cuasi-contrato de litis contestación" que marca el límite de los poderes del Juez y de la actividad de las partes, pues es ella la piedra angular sobre la cual descansa todo el litigio, "la sentencia debe ser congruente con la demanda. Debe referirse a ella y nada más que a ella y tal como la formula el demandante. El fallo debe comprender todo y sólo lo pedido". Si no resuelve sobre todo, es incompleta la decisión; si se resuelve fuera o más allá de lo solicitado, se incurre en el vicio de extra petita o ultra petita.

Transcribe algunos apartes de la obra de Chiovenda, Derecho Procesal Civil, en los cuales desarrolla el principio de que el Juez debe juzgar según lo alegado y probado: "secundum allegata et probata iudicare esse debet", en virtud del cual debe abstenerse de tener en cuenta los hechos no alegados por las partes, si así no procede y "asume el papel de defensor de una parte, ofende el principio de la igualdad de las partes, que es uno de los principios fundamentales del proceso civil".

Considera que lo que censura el eminente tratadista, es lo ocurrido en este juicio. El Juez de primera instancia no solamente decretó la nulidad demandada sino que se fue al extremo de declarar también la nulidad de otro contrato no demandado, como fue el celebrado entre Argemiro Estrada Parra y Oscar Parra Terreros. Y el Tribunal, si bien consideró que el contrato Estrada Estrada no era nulo, llegó a la conclusión perseguida por el demandante, cambiando por sí y ante sí la acción.

Concretando el cargo por el primer aspecto, lo expone en resumen así:

La acción básica y sustancial demanda la nulidad absoluta del contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 638 de 2 de

junio de 1951, otorgada en la Notaría Segunda de Palmira. "Las restantes declaraciones son apegadas consecuencias de la nulidad".

El sentenciador no podía pronunciarse sino sobre esta súplica de la demanda. "Si el contrato era nulo, así ha debido declararlo, para proceder luego al estudio de las peticiones consecuenciales de la nulidad. Si no era nulo, en su concepto, la conclusión lógica e irrefragable indicaba la absolución del demandado". Sin embargo de reconocer el Tribunal que en el contrato no obra ninguna causal ni vicio alguno que lo hagan absolutamente nulo, en lugar de haber absuelto al demandado o de haber negado las peticiones, cambió la acción deducida en juicio por la de simulación, prevalido de la frase incidental que halló en el hecho cuarto de la demanda y que dice: "Es lo cierto que realmente no hubo precio, pues el vendedor no tuvo intención alguna de recibirlo ni el comprador de pagarlo". Y luego arguye: "Y como es esto lo que resulta establecido del conjunto de los autos, el curso del negocio cambia de orientación". "Precisamente Honorables Magistrados esto es lo que no es lícito al fallador. Cambiar la orientación del juicio. La orientación la da el demandante y el Juez no puede enmendarle la plana sin quebrantar el principio expuesto por Chiovenda, que es principio de nuestra legislación positiva, de que entre el oficio del abogado y el del Juez, hay una incompatibilidad psicológica. En parte alguna del libelo se solicita que el contrato Estrada Estrada se declare simulado. Se pide que se declare nulo de nulidad absoluta, que es cosa bien diferente, como lo reconoce el propio sentenciador".

Se refiere luego a que hasta el año de 1936 la jurisprudencia había confundido la simulación con la nulidad, pero en este año se cambió fundamentalmente la doctrina y desde entonces numerosos fallos de la Corte "hacen la necesaria y científica diferenciación entre lo que es la nulidad y lo que es la simulación. Estos conceptos no pueden confundirse científicamente en su comprensión ni en sus consecuencias". Si estas dos figuras son jurídicamente diferentes, las acciones que ellas engendran también son necesariamente diferentes, y "el sentenciador no puede, como lo hizo en el presente caso desechar la acción propuesta, para deducir otra distinta".

El Tribunal de Cali, prosigue, no sólo cambió el *petitum* de la demanda sino también la *causa petendi*, por lo cual incurrió en la causal 2ª del artículo 520 del Código Judicial. De donde concluye que la Corte debe infirmar el fallo para

absolver al demandado de los cargos de la demanda, o negar las súplicas de ella.

Observa, por último, que la declaración de simulación no puede afectar a Parra Terreros porque es un tercero, y pudiera argüirse que carece de personería para impugnar o solicitar la casación de esta parte del fallo. Empero él es codeemandado, parte demandada, y tiene amplio derecho para atacar el fallo en su integridad.

Aquí debe aclararse que la demanda de casación aparece presentada por el apoderado del codeemandado Oscar Parra Terreros y de Gonzalo Restrepo en virtud de que el primero por escritura pública 277 de 3 de marzo de 1954, otorgada en la Notaría Primera de Palmira, le cedió al segundo los derechos litigiosos que tiene en el presente juicio, sometiéndose Restrepo a las contingencias favorables o desfavorables del litigio. Y el Juzgado en providencia de veintitrés de abril de mil novecientos cincuenta y cuatro reconoció a Restrepo como subrogatario de Parra Terreros al tenor de la escritura mencionada. Esta providencia no puede tener efecto alguno en la ejecución del fallo que pone fin al juicio, ya que el único que tiene derechos litigiosos en un juicio, y puede, por consiguiente cederlos, es el demandante, no el demandado. En estas condiciones el Juez no debía haberle reconocido a Restrepo el carácter de cesionario o subrogatario de Parra Terreros.

El apoderado de la parte opositora, observa que el desacuerdo entre lo pedido en la demanda y lo sentenciado se halla solamente en la denominación "que debe darse a la pretensión que tiene por fin hacer prevalecer el verdadero negocio querido. El demandante emplea la palabra nulidad; la sentencia la de simulación".

Trae una doctrina de la Corte según la cual "los Jueces no deben reparar tanto en la denominación que se dé a la acción incoada para declarar que un negocio es simulado, sino en el sentido de la acción que se ejerce".

Alude a las etapas por las cuales ha pasado la jurisprudencia de la Corte sobre si la acción que compete para obtener la ineficacia de un acto simulado es la de nulidad o la de prevalencia.

Se refiere igualmente a la misma disparidad que reina en la doctrina moderna: así en la francesa la simulación no es causal de nulidad, en cambio sí lo es en la italiana, en la alemana y en la suiza.

Termina considerando que el Tribunal Superior de Cali "hizo una corrección lingüística y conceptual acorde con la orientación propia del derecho colombiano y no con la del derecho alemán y suizo

que sin duda fue la que tuvo en cuenta el apoderado del demandante”.

La Corte considera:

Para fijar el alcance de este cargo, es necesario tener en cuenta los razonamientos en que el Tribunal se funda para determinar que la acción principal incoada es la de simulación y no la de nulidad absoluta del contrato acusado.

En el aparte que se denomina “PROBLEMAS JURIDICOS POR RESOLVER”, el fallador enuncia en forma compendiada las súplicas sobre declaración de nulidad absoluta de la compraventa, y permanencia de los bienes en el patrimonio del actor, y condena a la restitución de ellos por los demandados. Y agrega: “Los hechos narrados como antecedentes de las soluciones jurídicas que se buscan por el juicio, dan, pues, lugar a los problemas jurídicos que se concretan en las súplicas de la parte petitoria del libelo que se dejan transcritas”.

Pregunta si es nulo de nulidad absoluta el contrato enjuiciado y si, siendo nulo, cabe la restitución impetrada. Para responder, se ocupa de las “causas de nulidad invocadas” en la parte que en seguida se transcribe, porque en ella se encuentra la motivación del Tribunal en la interpretación de la demanda:

“Se invoca por el apoderado del demandante como causales de nulidad la falta de consentimiento en el contrato referido que hace que no haya por parte del vendedor la voluntad de transmitir los bienes que aparecen vendidos, ni del lado del comprador, la voluntad de adquirir dichos bienes por efecto del convenio expresado.

“La carencia de precio, hace según el demandante, que el contrato de que se trata, no sea en realidad compraventa, pues carece de sus elementos esenciales, o sea de los que le estructuran como contrato de tal clase, para hacer que en el concepto jurídico correspondiente sea compraventa, y no donación o cualquier otro semejante.

“Pero dice la ley: la nulidad producida por un objeto o causa ilícita, o por la omisión de algún requisito o formalidad de los que la ley exige para el acto o contrato en atención a la naturaleza de éste, es absoluta. Como también lo es la que afecta los actos o contratos de personas absolutamente incapaces. Los demás vicios, como los del consentimiento, sólo engendran nulidades relativas y dan derecho a la rescisión (artículo 1.741 del Código Civil).

“En el contrato que se examina no opera ni un objeto ni una causa ilícita. Su motivo se halla claramente expresado por el demandante, y ha

sido aceptado de distintos modos por los demandados. Se trata por él, no de transferir los bienes que en él se indican, pero sí de radicarlos provisionalmente en persona distinta del dueño, valiéndose para ello de una venta ficticia en forma que la ley no considera ilícita para que resulte afectada de nulidad absoluta. Por el contrario, la estima válida entre las partes, y no oponible a terceros de buena fé.

“La circunstancia de que no haya un precio real sino ficticio, tampoco genera una nulidad absoluta, ni priva al convenio de su carácter jurídico de compraventa, pues hubo precio estipulado, aunque no real, y hubo intención de hacer aparecer, con determinado fin conocido, el traspaso de los bienes al comprador. Bien puede ser que este traspaso no fuera definitivo, como no lo es; ni que el precio fuera real, como efectivamente se halla establecido que no lo es; que es apenas un precio convenido para dar apariencia de compraventa al convenio que en el fondo no es sino un encargo de confianza, para fines conocidos del vendedor, que también aparecen como de familia, y tienden, aunque errada, ligera e inhonestamente, a mantener el patrimonio familiar en el dominio jurídico de su autor.

“No podrá, pues la Sala, reconocer en el contrato examinado una causal de nulidad absoluta, como se declara en la sentencia que se revisa, por no tener la convención referida los caracteres de una nulidad de esta clase, ni incurrir en vicios que lo hagan absolutamente nulo, como se ha pedido en la parteuplicatoria del libelo.

“Más sin embargo, del conjunto de éste, aparece que también se contempla otro aspecto de la cuestión, que se expresa de la manera siguiente:

“A pesar de la aparente declaración del precio que aparece convenido y se declara recibido en dinero efectivo por el vendedor, de manos del comprador, hechas determinadas deducciones, “es lo cierto —se dice en el hecho cuarto de la demanda— que realmente no hubo precio, pues el vendedor no tuvo intención alguna de recibirlo, ni el comprador de pagarlo”.

“Y como es esto lo que resulta efectivamente establecido del conjunto de los autos, el curso del negocio cambia de orientación. En lugar de encomendarse a obtener una declaración de nulidad absoluta que no halla asidero legal en el proceso, deberá obtener una declaración de simulación, pues la prueba producida no alcanza para más, y entonces en lugar de reconocer lo que se pretende, habrá que declarar lo que se prueba en sentido semejante al enunciado por el actor, o

comprendido dentro de la finalidad genérica de su intención, cuando además la contraparte conviene en ello, como en el presente caso, en que ambos demandados aceptan la existencia de un pacto simulado, en lugar de un convenio absolutamente nulo (artículo 210 del C. J.).

"Entonces la intención del actor, en lugar de hallar apoyo en los artículos 1.740 y 1.741 del Código Civil, en que ha querido acomodarla, tendrá que encajarse en el texto pertinente del Código que es el 1.766 que, aunque no invocado, lo reclaman como sustentador de la acción ejercitada algunos de los hechos del libelo y también el conjunto de las alegaciones formuladas para obtener el derecho reclamado".

La parte copiada indica con toda claridad que, no obstante impetrarse la declaratoria de nulidad absoluta del contrato *sub-judice*, la acción incoada es la de simulación absoluta. A esta conclusión llega basado en los hechos enunciados en el libelo y que son: el mismo contrato de compraventa en el cual aparece estipulado y pagado un precio (1º y 2º); a pesar de esta aparente declaración, "es lo cierto que realmente no hubo precio, pues el vendedor no tuvo intención alguna de recibir pago de precio, ni el comprador tuvo intención de pagarlo" (4º), y se careció de causa real "pues ni el vendedor tuvo intención de transferir en realidad el dominio, ni el comprador de adquirirlo" (5º).

Resulta, por tanto, que el fallador, con la facultad que tiene para interpretar la demanda con base en los hechos expuestos en el libelo, llegó a la conclusión de que la acción principal instaurada es la de simulación y no la de nulidad absoluta, en consideración a que la intención del actor, como lo ha dicho en repetidos fallos la Corte está muchas veces contenida no sólo en la parte petitoria sino también en los hechos de la demanda; a que el error en la denominación jurídica de la acción no cambia su naturaleza jurídica "ya que una demanda debe interpretarse siempre en conjunto, debido a que la intención del actor está muchas veces contenida no sólo en la parte petitoria sino también en los fundamentos de hecho y de derecho".

De otra parte el Juez en su fallo de primera instancia encontró también que los hechos de la demanda configuraban una simulación en el contrato de compraventa demandado, pero ante la jurisprudencia imperante por la época en que lo profirió, enero de mil novecientos cincuenta y tres, consideró que la simulación generaba una nulidad absoluta, al paso que el Tribunal estima

que ella da lugar a la acción de simulación o de prevalencia. Las oscilaciones entre la doctrina que sostuvo la llamada simulación-nulidad y la simulación prevalencia, se reflejan en los dos fallos que decidieron este juicio, y explican la razón que asiste al Tribunal para haber interpretado el libelo en el sentido de que la acción principal instaurada por Luis Estrada Otero o Lotero contra Argemiro Estrada Parra y Oscar Parra Terreros es la de simulación absoluta.

Esto no significa que la Corte no reitere la diferencia esencial que hay entre la nulidad absoluta y la simulación expuesta en los fallos de casación civil de primero de abril, ocho de junio y dos de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro que corren publicados en la GACETA JUDICIAL (Tomos LXXVI, página 353, LXXII página 792, LXXVIII, página 557). Tampoco significa que el fallador pueda decidir indistintamente una acción por otra, sino que con la facultad de interpretación de la demanda, si le es dado al mismo establecer cuál es la acción interpuesta que es lo ocurrido en este juicio, en que el Tribunal basado en los hechos relatados en el libelo, interpretó la demanda en el sentido de considerar que la acción principal instaurada es la de simulación y no la de nulidad absoluta del contrato de compraventa contenido en la escritura 638 de 2 de junio de 1951.

Siendo esto así, la acusación de la sentencia no era procedente por el motivo de no estar ésta en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas, invocado por el recurrente, con fundamento en el ordinal 2º del artículo 520 del Código Judicial sino por la causal 1ª de la misma norma, en cuanto el Tribunal en la interpretación de la demanda incurrió "en error de derecho o en error de hecho manifiesto en los autos".

Además la Corte sobre el particular ha dicho: "...la interpretación de la demanda corresponde al fallador de instancia y sólo puede ser variada por la Corte en el caso de que ante ella se alegue y demuestre un error de hecho manifiesto (G. J., T. LXXX número 2153, página 33. Casación de 18 de abril de 1953. T. LXXXI, números 2160/61. Casación de diciembre 15 de 1955. Casación de 28 de enero de 1959).

Dedúcese de lo expuesto que el cargo no puede prosperar.

La tacha al fallo en lo atinente al demandado Oscar Parra Terreros y Gonzalo Restrepo por "haberse apoyado la decisión en hechos no aducidos en el libelo de demanda", y con respaldo en el ordinal 2º del artículo 520 del Código Judi-

cial, la desarrolla el demandante en síntesis así:

Transcribe la parte de la sentencia en que el Tribunal estudia la reivindicación del inmueble "La Cristalina" del cual se halla en posesión el demandado Oscar Parra Terreros. Considera el sentenciador que, si bien la disposición aplicable deja a salvo los derechos de terceros, "la jurisprudencia ha completado el pensamiento del legislador sosteniendo que no se trata de cualquier tercero sino de los terceros de mala fé".

Observa el fallo que el demandado Parra Terreros no se encuentra en esta situación. Al respecto estudia los elementos traídos al proceso conforme a los cuales este demandado aconsejó la operación simulada que se llevó a cabo entre Luis Estrada Otero y Argemiro Estrada Parra; pues como leguleyo redactó la minuta y firmó como testigo el instrumento de venta simulada. Analiza algunos otros medios informativos para concluir que "no puede cobijarse la actuación del demandado Parra Terreros bajo el manto de la 'buena fé probidad' para detener los efectos de la declaración de simulación enunciada ante una situación creada con artificio, con ficción de situaciones y con provecho a que no abona la probidad profesional".

Estima así mismo que el título de Parra Terreros contenido en la escritura 759 no es justo ni que su adquisición fuera de buena fé.

Concluye que Parra Terreros no está "comprendido en la exclusión de los terceros a que se refiere el artículo 1.766 del Código Civil por lo cual le es oponible la contraestipulación contenida implícitamente en el contrato solemnizado por medio de la escritura 638, y la declaración de simulación que al respecto se hará tiene efectos contra el mismo, sin que sea óbice a cumplir dichos efectos restitutorios la enajenación de derechos litigiosos que el demandado Parra Terreros le ha hecho a Gonzalo Restrepó H. por escritura 277 de 3 de marzo de 1954 otorgada en la Notaría Primera de Palmira, pues para los efectos de este fallo y todo litigio posterior sobre el mismo asunto se identifican jurídicamente vendedor y comprador según lo dispuesto en el artículo 474 del Código Judicial.

Reproduce el recurrente otro aparte de la obra citada de Chiovenda referente a que el Juez no puede apartarse de la demanda principal no sólo en cuanto al petitum sino también respecto de los hechos, principio al cual obedecen los artículos 205 y 737 del Código Judicial al exigir que el demandante señale "expresa, clara y distintamente los hechos en que apoya su derecho".

Prosigue diciendo que en parte alguna de la demanda el actor le hace cargo alguno de mala fé a Oscar Parra Terreros. Se refiere a los hechos 1º, 3º, 4º, 5º, y 6º del libelo en los cuales éste solamente se refiere a Argemiro Estrada Parra. Encuentra que únicamente en el 7º habla de que la restitución procede también por la finca "La Cristalina" "que aparece vendida por Argemiro Estrada Parra a Oscar Parra Terreros, contra el cual procede la acción reivindicatoria en su calidad de tercer poseedor". Le observa empero que aquí se plantea una cuestión de derecho no de hecho, pero que no aparece cargo formulado contra Parra Terreros.

El demandante no dice la razón por la cual aquél debe restituir la finca "La Cristalina", si como consecuencia de la nulidad demandada o de la simulación decretada por el Tribunal. Contra Parra Terreros no hay demanda técnica de ninguna clase y mal puede condenarse como lo hace el Tribunal incurriendo flagrantemente en el vicio de fallar extra petita.

Si ni en los hechos de la demanda, ni en las disposiciones legales invocadas ni en la parte petitoria se hace cargo alguno de que Parra Terreros tuviera conocimiento de la simulación fraudada entre los Estradas, carece de razón el enjuiciamiento que se le hace en los apartes transcritos de la sentencia acusada de que aquél aconsejó la operación ficticia, intervino en ella redactando la minuta, firmó la escritura como testigo y demás cargos de los cuales deduce el fallador la mala fé de Parra Terreros.

Y concluye así la parte fundamental del cargo: "Todo esto está indicando paladinamente que el Tribunal se salió de la relación jurídico procesal, del cuasicontrato de la litis contestación y se lanzó por los caminos de la arbitrariedad sin sujeción a norma procesal alguna, incurriendo en la causal de casación consistente en dictar una sentencia que no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes".

El opositor advierte a este cargo que Parra Terreros es demandado en este juicio y por consiguiente está cobijado por la relación jurídica procesal que en manera alguna violó el Tribunal.

Sobre la cuestión relativa a la buena o mala fé de Parra Terreros "todo se reduciría a una cuestión de apreciación de pruebas, es decir, el Tribunal habría cometido un error de hecho al interpretar la demanda y las pruebas; y este error debe atacarse con la causal primera de casación (artículo 520 del Código Judicial) y no con la causal 2ª de casación".

Considerandos:

De muchos años a hoy la Corte ha sostenido en frecuentes fallos que la incongruencia de la sentencia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes debé buscarse en la parte resolutive de aquélla; y que "Técnicamente considerada la causal segunda de casación, sólo es operante cuando el sentenciador deduce en su fallo conclusiones y resoluciones que no están en consonancia con la acción o acciones ejercitadas en el libelo de demanda, ora porque no decida sobre alguna de ellas, ya porque resuelva sobre alguna que no le ha sido pedida, porque condene en más de lo demandado, y cuando deje de fallar sobre excepciones perentorias oportunamente propuestas en el juicio". (Tomo LXXVI, página 765 ibidem, T. LX, página 147). Solamente cuando se ha incurrido en la sentencia en alguno de estos excesos u omisiones, puede decirse que hay incongruencia entre lo pedido en el juicio y lo resuelto en el fallo.

Las súplicas de la demanda persiguen que se declare: 1º La nulidad del contrato contenido en la escritura 638; 2º Que, en consecuencia, los bienes de que éste trata no han salido del patrimonio de Luis Estrada Otero o Lotero "a quien pertenecen"; 3º Que los demandados están en la obligación de restituir dichos bienes al demandante, Otero o Lotero, aclarando que en lo referente al demandado Parra Terreros, la restitución a su cargo es la de la finca "La Cristalina"; y 4º La condenación de los demandados al pago de los frutos naturales y civiles.

La sentencia acusada declaró: Simulado el contrato enjuiciado, previa interpretación de la demanda; que los bienes sobre los cuales versó éste se han mantenido en cabeza de su verdadero dueño Estrada Otero o Lotero; que Argemiro Estrada Parra debe restituir los referidos bienes, y Osear Parra Terreros la finca "La Cristalina" con sus frutos civiles y naturales.

No aparece que el Tribunal haya decidido sobre puntos ajenos a la controversia, o que haya dejado de resolver sobre alguno de los que le fueron sometidos (extra petita) o haya condenado a más de lo pedido (plus petita) o haya dejado de resolver sobre alguna de las excepciones perentorias (minima petita) que debía reconocer el fallador en el juicio.

El cargo de incongruencia por cuanto en la demanda no se le imputó mala fé al poseedor, y sin embargo el Tribunal tuvo en cuenta las pruebas que se adujeron para acreditar este extremo, no implica tacha de incongruencia sino de error de

hecho en la apreciación de la demanda, o error de hecho proveniente de que dio como probado un hecho, porque desconoció la demanda que, como prueba, indicaba que tal hecho no existió en virtud del principio traído por el recurrente de que *Quod non est in actis non est in mundo*.

Se concluye que el cargo debe rechazarse.

En el capítulo segundo de la demanda, fundado en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial el demandante en casación acusa la sentencia por aplicación indebida de los artículos 1.748 y 1.766 del Código Civil, por la misma razón y además por interpretación errónea del artículo 1.759 y por infracción directa del artículo 1.934 de la misma obra.

En desarrollo de este cargo, expone el recurrente:

El artículo 1.748 que dice: "La nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales", lo aplicó indebidamente el sentenciador al decretar la reivindicación de "La Cristalina" contra Oscar Parra Terreros, "primero, porque la nulidad del contrato Estrada Estrada no ha sido judicialmente declarada", por medio de sentencia ejecutoriada. "Por el contrario, el propio Tribunal sentenciador sostiene que dicho contrato no es nulo. Segundo, porque siendo la nulidad y la simulación figuras jurídicas distintas, aplicó a la simulación que fue la acción deducida equivocadamente por el sentenciador, efectos que sólo corresponden a la nulidad".

El artículo 1.759, quiere decir "que uno es el valor probatorio de las escrituras públicas entre las partes" y otro bien distinto de las mismas contra terceros. En la simulación hay un convenio público ostensible, que es el relatado en la escritura, y otro oculto, privado, el cual contiene la verdadera intención de las partes. Estas se rigen por el oculto que puede constar en contra-escrituras privadas. Los terceros pueden regirse por el público o por el oculto si pueden demostrarlo. Sostiene el sentenciador que el contrato Estrada Estrada fue simulado, esto es, que públicamente se trata de una compraventa y privadamente hubo una simple ficción. "para disfrazar la verdadera intención de las partes". A Parra Terreros contrariando el precepto del artículo 1.759, se le aplica el acto oculto con todos sus efectos, "cuando él es evidentemente un tercero que no ha aceptado la simulación y que invoca la realidad del contrato a su favor".

La infracción directa del artículo 1.934, que no admite prueba en contrario sino la nulidad o

falsificación de una escritura de venta cuando en ella se expresa haberse pagado el precio, y sólo en virtud de la prueba de nulidad o falsificación admite acción contra terceros, la hace consistir el recurrente en que en la escritura 638, tantas veces mencionada, por la cual Luis Estrada Otero o Lotero le hizo venta a Argemiro Estrada Parra de los inmuebles y muebles relacionados en la demanda, consta que el precio fue pagado. "Esta manifestación expresa de los contratantes, aun cuando no sea verdadera, no puede afectar a terceros por razones que se explican de suyo". La única manera de afectar a terceros se deriva exclusivamente de la nulidad o falsificación de dicha escritura.

En el caso de autos ni siquiera se ha atacado de nula o falsa la precitada escritura 638, y mucho menos se ha declarado judicialmente esa nulidad o falsificación. Y concluye así la sustención del cargo: "Pues bien; el señor Oscar Parra Terreros es un tercero frente a la contratación de los señores Estrada y sin embargo se reconoció la acción reivindicatoria contra él, no obstante haberse dicho en la escritura que el precio está pagado y sin prueba alguna de la nulidad o falsificación de la escritura".

La aplicación indebida del artículo 1.766, que trata del valor o efecto de las contraescrituras privadas o públicas contra terceros, y entre las partes, la encuentra el recurrente, en cuanto de los dos actos que caracterizan la simulación, el público y el oculto, las partes se rigen por el segundo y los terceros por el que a bien tengan. Añade que Parra Terreros se ha acogido al contrato público, y "sin embargo el sentenciador, al decretar contra él la reivindicación de La Cristalina ha hecho prevalecer el contrato oculto contra terceros, con manifiesto quebranto del artículo en cita".

A la consideración de este cargo dice la parte opositora: El Tribunal funda su decisión en el artículo 1.766 del Código Civil; el 1.748 no fue aplicado.

Los terceros que directa o indirectamente mencionan los artículos 1.759 y 1.934 deben reunir la condición básica y esencial de estar de buena fé.

El artículo 1.766 se refiere también a los terceros de buena fé y Oscar Parra Terreros no es tercero de esta condición.

Considerandos:

El cargo, por lo que se refiere a violación directa de artículo 1.748 del Código Civil es perfectamente inane, pues el sentenciador como soporte de la acción de simulación aplicó el artículo

1.766, según aparece en la parte transcrita del fallo en la consideración del primer cargo. Y en la motivación de la acción reivindicatoria de la finca "La Cristalina" contra Parra Terreros, dice claramente: "De modo que no se halla el señor Parra Terreros comprendido en la exclusión de los terceros a que se refiere el artículo 1.766 del Código Civil por lo cual le es oponible la contraestipulación contenida implícitamente en el contrato solemnizado por medio de la escritura 638, y la declaración de simulación que al respecto se hará, tiene efectos contra el mismo". No habiendo aplicado el sentenciador la norma invocada como fundamento del cargo, mal podía violarla.

A propósito del alcance que hace el recurrente al precepto del artículo 1.759, del Código Civil conviene observar: no es exacta la afirmación de que el significado de este precepto es el de que "uno es el valor probatorio de las escrituras públicas entre las partes y otro bien distinto el valor probatorio de las mismas contra terceros". Los tratadistas distinguen en un instrumento público su fuerza probatoria y su fuerza obligatoria o eficacia del contrato contenido en él. En cuanto al otorgamiento, a la fecha del instrumento y las manifestaciones de las partes, el instrumento hace plena prueba tanto respecto de las partes como de terceros, porque son hechos respaldados en la fé pública que la ley otorga al Notario. Pero en cuanto a la fuerza obligatoria o eficacia del contrato o la verdad de las declaraciones sí no hace plena fe sino contra las partes o sus causahabientes a título universal o singular.

Esto no lleva al extremo de que las partes o sus sucesores no puedan probar contra lo expresado por ellas en el instrumento, de ahí la acción resolutoria de un contrato bilateral por incumplimiento de una de las partes, a pesar de haberse dicho en la escritura o instrumento que las prestaciones de ella estaban satisfechas. De ahí también la acción de simulación del acuerdo expresado en la escritura, en razón de las contraestipulaciones secretas u ocultas de las partes. Si bien la plena fé del instrumento público sobre la verdad de las declaraciones la otorga la ley respecto de las partes y causahabientes, no quiere decir que los terceros no puedan aceptarla o atenerse a ella. Que es el caso que no muy claramente pretende alegar el recurrente, cuando dice que a su representado Parra Terreros contrariando el artículo 1.759 se le aplica el acto oculto cuando él es un tercero.

Para mejor circunscribir el cargo se deduce de lo expuesto: a pesar de la presunción de verdad

contra las partes que la ley reconoce a las declaraciones recogidas en un instrumento público, estas pueden probar contra esa verdad. Y la resolución del Juez que reconozca que las declaraciones no fueron verdaderas no puede afectar a los terceros de buena fé, que confiados en lo que reza el instrumento adquirieron derechos sobre las cosas objeto del contrato. El Juez que con su fallo afectara a estos terceros indudablemente violaría el artículo 1.759 por interpretación errónea, ya que le atribuiría a esta disposición un alcance que no le corresponde, dado el pilar de protección a los poseedores de buena fé en que descansa nuestro Código Civil. Pero en razón de que el demandado Parra Terreros fue tenido por el Tribunal como poseedor de mala fé, no puede hablarse por este aspecto de violación del artículo citado.

De otra parte, tratándose de la oponibilidad a un tercero del acuerdo secreto de las partes, encubierto por el aparente que relata la escritura pública, las normas aplicables son los artículos 1.934 y 1.766 del Código Civil no propiamente el artículo 1.759 del mismo. El primero de estos preceptos, como lo ha interpretado siempre la Corte, consagra una garantía para los terceros de buena fé que, atendidos al contrato de compraventa estipulado en una escritura pública, en la cual consta que se pagó el precio, adquieren derechos de parte del comprador aparente sobre la cosa vendida.

A estos terceros los ampara la presunción de ser verdadera la venta y de haberse pagado el precio, en forma que solamente en virtud de la declaración de nulidad o de falsedad de la escritura puede haber acción contra ellos como poseedores. Lo que trae de consecuencia que, si el tercero no ha adquirido de buena fé sino a sabiendas o informado de que el contrato pactado no es verdadero, si hay acción contra ellos en su calidad de poseedores.

Ha dicho la Corte: "Si aparece celebrado un contrato por escritura pública, y sobre esta base adquiere un tercero de buena fé, toda prueba que tienda a alterar las estipulaciones contenidas en aquella escritura, no puede perjudicar a ese tercero" (G. J., tomo XXIX, página 350 y 351).

"La jurisprudencia de la Corte en numerosos fallos ha considerado que esta disposición tiende a la protección de legítimos intereses de terceros" (T. LXXXI, página 450).

"...por la fuerza corroborativa del artículo 1.934 respecto del 1.759, se ampara a los terceros poseedores que confiaron plenamente en las de-

claraciones de la escritura" (T. LXXVI págs. 306 y 307).

"Cuando aparece comprobado por medio de escritura pública un contrato, es preciso atender a la situación de los terceros adquirentes que han derivado derechos de ese contrato a título singular y que han pactado sobre la fé que la escritura merece respecto de lo que en ella han convenido las partes" (T. LXIV, página 119).

Ya está dicho que el demandado Parra Terreros fue condenado por el fallador de segunda instancia a restituir la finca de "La Cristalina" como poseedor de mala fé, por consiguiente, no está amparado por el artículo 1.934 del Código Civil. Y en tal situación la sentencia acusada no ha violado esta norma en forma alguna.

En el artículo 1.766 han encontrado la doctrina y la jurisprudencia la norma que en nuestro Código Civil estatuye la acción de simulación en razón de que se acepta el valor entre las partes de las contraestipulaciones a lo acordado en escritura pública, así se extiendan éstas en documento privado o en contraescritura pública. Agregamos, empero, el primer inciso que esa escritura privada no producirá efectos contra terceros, es decir que el acto, contrato o acuerdo oculto no puede perjudicar terceros. Es la protección a los terceros de buena fé, que, confiados en el contrato de que da cuenta la escritura pública, adquirieron derechos contra los cuales no puede producir efecto alguno el acto secretamente pactado por los contratantes para alterar el público.

Esta ha sido la interpretación que la Corte le ha dado al artículo que se analiza cuando dice: "Pero tanto la antigua como la nueva doctrina han estado siempre acordes en un punto, y es en que los terceros que adquirieron de buena fé del comprador aparente, no sufren las consecuencias de la nulidad por simulación, según aquélla, y de la mera simulación, según ésta. A estos cuando no tuvieron conocimiento de la simulación al tiempo de contratar, les es inoponible el acto o contrato simulado" (G. J. Tomo LXXIX, página 707).

"La simulación no afecta a terceros de buena fé y la ley y la doctrina los protegen cuando sin negligencia se han confiado de la apariencia, única norma de sus determinaciones.

Quiere esto decir que a los terceros de buena fé no les es oponible el acto simulado y así lo estatuye claramente el artículo 1.766 del Código Civil" (G. J., tomo LXIV, página 119).

"...la simulación no confiere acción contra terceros de buena fé que confiaron en la realidad

del acto ostensible o sea que para ellos es inoponible el contrato simulado" (T. LXIII, pág. 668).

"Así pues la jurisprudencia de la Corte, tanto bajo la antigua doctrina de la simulación nulidad como bajo la nueva de la simulación prevalencia, siempre ha reconocido el principio de la protección de la buena fé de los terceros respecto de los contratos simulados" (ibidem).

Ante tan invariable y sostenida doctrina de la Corte y mediante la prueba en que se basó el fallador para considerar al demandado Parra Terreros como poseedor de mala fé, es necesario concluir que el Tribunal tampoco violó el artículo 1.766 del Código Civil por aplicación indebida, y que los cargos de violación directa de la ley sustantiva que hace el recurrente en el capítulo segundo de su demanda no pueden prosperar.

Como consecuencia de todo lo expuesto, la Cor-

te Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley NO CASA la sentencia de fecha catorce de diciembre de mil novecientos cincuenta y cuatro pronunciada por el Tribunal de Cali, en el juicio ordinario adelantado por Luis Estrada Otero o Lotero contra Argemiro Estrada Parra y Oscar Parra Terreros.

Condénase en las costas al recurrente.

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

Hernando Morales—Enrique Coral Velasco—Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge Soto Soto, Secretario.

EL CONVENCIMIENTO JUDICIAL QUE ADQUIERA DE LAS PRUEBAS EL SENTENCIADOR CUANDO NO ADOLECE DE ERROR DE HECHO MANIFIESTO O DE ERROR DE DERECHO, ES CUESTION QUE NO QUEDA EN ORBITA DE CASACION COMO RECURSO EXTRAORDINARIO Y ESTRICTO. — POSESION NOTORIA DEL ESTADO DE HIJO NATURAL. — EL ELEMENTOS QUE LA CONSTITUYEN. — LA PRUEBA TESTIMONIAL EN RELACION CON ESTA CAUSAL

1.—La facultad de decisión sobre el mérito de la prueba de que gozan los falladores de instancia, se la reconocen expresas normas legales entre ellas el artículo 702 del Código Judicial, que es una de las disposiciones que en nuestro derecho probatorio adoptan el criterio de la persuasión moral, reservándole al Juez un amplio margen de libertad en la apreciación o fuerza de la prueba.

El convencimiento judicial que adquiera de las pruebas el sentenciador, cuando no adolece de error de hecho manifiesto o de error de derecho, es cuestión que no queda en órbita de casación como recurso extraordinario y estricto.

2.—Cuando se pretende obtener mediante fallo judicial la declaración de paternidad natural al amparo de la causal 5ª del artículo 4º del estatuto de hijos naturales, la jurisprudencia y la doctrina han sido generalmente estrictas y severas en la calificación de la prueba testimonial. Esto no sólo por interesar al orden público cuando dice relación al estado civil, sino por un imperativo legal, pues al exigir la ley para establecer la posesión notoria de estado civil una pluralidad de testimonios más numerosa que la ordinaria, es por considerar que una especial fuerza demostrativa debe tener la prueba en estos casos.

La ejecución en forma permanente, regular y constante, por un lapso mayor de diez años, como lo prescribe la ley de aquellos actos atinentes a la subsistencia, educación y sostenimiento del pretendido hijo natural, son los elementos constitutivos de la posesión notoria del estado civil, como lo enseña el artículo 397 del Código Civil, cuya norma sustantiva rige también para los hijos naturales.

Civil.—Bogotá, febrero diez y siete de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Ignacio Escallón).

Ante el Juez Segundo Civil del Circuito de Palmira, Auristella Vásquez, por medio de apoderado demandó en juicio ordinario a la sucesión de Rafael Sarmiento o Núñez, representada por César y Víctor Manuel González y Edgard Marino Ocampo, como representante de María del Carmen Sarmiento o Núñez, para que por sentencia definitiva se declarase que la demandante quien nació en Palmira (Valle) el 22 de noviembre de 1926, es hija natural de Rafael Sarmiento o Núñez, fallecido en la ciudad antes citada el día 15 de noviembre de 1949.

Se afirmó para sustentar la demanda que entre Rafael Sarmiento o Núñez y la señora Zoila Rosa Vásquez, existieron relaciones sexuales de manera estable y notoria, dando como consecuencia de ellas la concepción y nacimiento de la demandante, a quien siempre trató además, por un lapso mayor de diez años, Rafael Sarmiento o Núñez, como a su hija natural.

Los apoderados de los demandados que contestaron el respectivo libelo, negaron tanto los hechos fundamentales de la demanda, como el derecho invocado por la demandante para promover este juicio de filiación natural.

Cumplidos los trámites de rigor, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Palmira, por sentencia de fecha 8 de septiembre de 1954, declaró a la señorita Auristella Vásquez, como hija de Rafael Sarmiento o Núñez y como consecuencia de tal declaración con derecho a intervenir como heredera en la sucesión intestada del causante.

En recurso de alzada interpuesto por los apoderados de Víctor González y del menor Edgard Marino Ocampo, subió el presente negocio ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el cual por sentencia de fecha 15 de noviembre de

1956, revocó la sentencia de primer grado y declaró que no era el caso de reconocer la paternidad natural de Auristella Vásquez, como hija natural de Rafael Sarmiento o Núñez.

Contra esta sentencia interpuso recurso extraordinario de casación el apoderado de la parte demandante, el cual procede a resolverse, por hallarse cumplidos todos los trámites legales.

LA DEMANDA

Dos cargos han sido formulados contra la sentencia del Tribunal y en su orden procede a estudiarse.

Primer cargo.

Dentro de la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, el recurrente acusa la sentencia por violación indirecta de la norma sustantiva por error de hecho manifiesto y por error de derecho en la apreciación de la prueba. Como normas violadas a consecuencia de los mencionados errores se citan en la demanda el artículo 698 del Código Judicial, los artículos 1º y 42 de la Ley 45 de 1936 por su no aplicación al caso sub-lite; y además, se dice que fueron vulnerados los artículos 1.240 del Código Civil y 23 de la Ley 45 de 1936. En desarrollo del cargo expuesto, dice el recurrente:

"Afirma el Tribunal sin ningún estudio de las declaraciones testimoniales, transcribiendo acomodaticamente fragmentos de las mismas, que no son suficientes tales elementos de juicio para concluir que las relaciones entre Núñez o Sarmiento y la Vásquez ocurrieron en la época fijada para la concepción de Auristella, y que por tanto no se demostró esta causal de filiación.

"Este concepto es ligero, apresurado y manifiestamente erróneo. En efecto, de la lectura desapasionada del texto de las declaraciones se concluye de modo evidente que entre la madre de la actora y el presunto padre existieron relaciones permanentes, públicas y de carácter sexual a partir de 1925 o 1924, las cuales continuaban para la fecha del nacimiento de Auristella, e incluso se prolongaron tiempo después de ocurrido el parto".

La Corte considera:

Reiteradamente ha dicho la Corte que la errónea apreciación de pruebas no es por sí causal de casación, sino medio por el cual puede llegarse al motivo que es la violación de la ley sustantiva y así ha enfocado su acusación a la sentencia el recurrente, en el cargo anteriormente enunciado,

que ceñido como se halla a la técnica de casación debe ser considerado.

Dice el recurrente que el sentenciador transcribiendo acomodaticamente fragmentos de las declaraciones llevadas a los autos por la parte demandante para probar su filiación natural, como hija de Rafael Sarmiento o Núñez, no las halló suficientes para acceder a la declaración de filiación impetrada en la demanda, y agrega además, que el error de hecho en que incurrió el sentenciador en la apreciación de la prueba testimonial estriba en que extrajo de ella conclusiones contrarias a su texto mismo.

Como concretamente se afirma en la demanda que fueron las declaraciones de Roberto Hernández Díaz, Ricardo Díaz, José Vicente Díaz y Justiniano Varela, las que habiendo transcrito fragmentaria y parcialmente el Tribunal, dedujo de ellas conclusiones contrarias a la realidad procesal, juzga la Corte conveniente no con el ánimo de hacer una nueva calificación probatoria, que no procede sino para metodizar y darle una mayor amplitud al estudio del cargo, reproducir aquí lo esencial y conducente de dichos testimonios.

El declarante Roberto Hernández, dice: (Folios 11 y 12).

"Por el conocimiento personal y directo que tengo de la señorita Auristella Vásquez y de su madre Zoila Vásquez a quienes conozco desde hace cincuenta años más o menos, sé que Auristella es hija natural de quien en vida se llamó Rafael Sarmiento o Núñez, fallecido en esta ciudad de Palmira, por unión extramatrimonial con la citada Zoila Rosa Vásquez. Leída la aprobó. Al punto cuarto: "Es cierto que este conocimiento lo originó el sostenimiento notorio de las relaciones sexuales entre el nombrado señor Sarmiento y la señora Zoila Rosa Vásquez, dando como fruto de esas relaciones íntimas el nacimiento de Auristella Vásquez. Repreguntado: ¿Usted sabe cuántos años tiene Auristella? Contestó: "Yo no sé cuántos años tenga Auristella. Repreguntado: ¿Cómo le consta a usted que el señor Rafael Sarmiento hizo vida marital con Zoila Rosa Vásquez? Contestó: Porque nosotros éramos vecinos y luego iba a su casa, pues era amigo de Vásquez, el padre de Zoila Rosa y allí encontraba a don Rafael". Repreguntado: ¿Cómo le consta a usted y por qué le consta que don Rafael Sarmiento por el tiempo de diez años vistió, alimentó y educó a Auristella Vásquez permanentemente en más de diez años? Contestó: "Yo me daba cuenta de las relaciones entre don Rafael y doña Zoila Rosa y que auxiliaba a la

niña y la reconocía como rija suya". Repreguntado: ¿Usted conoce a Auristella como estudiante de alguna escuela? Contestó: "Yo supe que ella estaba en el Colegio y que era una muchacha muy aprovechada". Leída la aprobó.

El declarante Ricardo Díaz dice al folio 15 y 16 del cuaderno de pruebas de la parte demandante, al contestar el punto 2º. "Conozco a la señorita Auristella Vásquez desde hace poco más o menos veinticinco años. Leída la aprobó. Al punto 3) Por el conocimiento personal y directo que tengo, me consta que Auristella Vásquez era hija de quien en vida se llamó Rafael Núñez o Sarmiento, por unión extramatrimonial con la señora Zoila Rosa Vásquez. Leída la aprobó. Al punto cuarto: Por el conocimiento personal que digo tener de la familia de la señora Vásquez, sé que de las relaciones íntimas habidas entre el señor Rafael Núñez o Sarmiento y la señora Rosa Zoila Vásquez se concibió y nació la nombrada Auristella. Leída la aprobó. Al punto sexto: Es cierto que mi señora madre Fermina viuda de Díaz, fue buscada personalmente por el señor Rafael Núñez o Sarmiento para que, como obstetriz que era, le prestara sus servicios profesionales a la señora Zoila Rosa Vásquez, cuando ésta dio a luz a la niña Auristella Vásquez. Debo aclarar que días antes del nacimiento de la nombrada Auristella, el señor Núñez o Sarmiento me dijo que avisara a mi madre para que estuviera lista en el momento necesario para atender a doña Zoila Rosa en su parto, y después el señor Núñez o Sarmiento, pagó los honorarios que mi madre le cobró por asistir a la señora Zoila Rosa".

El declarante José Vicente Díaz a folio 9 del cuaderno de pruebas, dice:

"Al punto 2): Desde el año de 1925, más o menos, conozco personalmente a la familia de la señorita Auristella Vásquez y a ésta, desde su nacimiento". Leída la aprobó. Al punto 3): "Es cierto y lo puedo declarar por el conocimiento personal y directo que tengo de la familia de la señorita Auristella Vásquez, que ésta es hija natural de quien en vida se llamó Rafael Núñez o Sarmiento, muerto hace más o menos cuatro años, por unión extramatrimonial con la señora Zoila Rosa Vásquez". Leída la aprobó. Al punto 4): "Por el conocimiento que digo tener de la familia de la señora Vásquez, sé que de las relaciones íntimas habidas entre el señor Rafael Núñez o Sarmiento y la señora Zoila Rosa Vásquez, se concibió y nació la nombrada Auristella". Leída la aprobó. Al punto 6): Es cierto que mi señora madre Fermina viuda de Díaz, fue buscada per-

sonalmente por el señor Rafael Núñez o Sarmiento para que, como obstetriz que era, le prestara sus servicios profesionales a la señora Zoila Rosa Vásquez, cuando ésta dio a luz a la niña que fue bautizada con el nombre de Auristella Vásquez. Debo declarar que días antes del nacimiento de la nombrada Auristella, el señor Núñez o Sarmiento me dijo que avisara a mi madre que estuviera lista en el momento necesario para atender a doña Zoila Rosa en su parto, y después, el señor Núñez o Sarmiento pagó los honorarios que mi madre le cobró por asistir a doña Zoila Rosa. Leída la aprobó. Al punto 7): En este punto puedo declarar que mi madre tenía por costumbre anotar en un cuaderno todos los casos de parto para que era buscada y a mí en la mayoría de las veces, me correspondía hacerle esas anotaciones. Por este motivo, y lo tengo presente, me tocó hacer la anotación referente al nacimiento de Auristella, figurando en el cuaderno el nombre de sus padres, don Rafael Núñez o Sarmiento y doña Zoila Rosa Vásquez. Para afirmar mi dicho, buscaré entre los papeles que conservo el referido cuaderno a ver si es posible encontrarlo y lo presentaré a este Juzgado. Esto es todo cuanto sé y puedo declarar. Lo dicho es la verdad". Leída la aprobó".

El declarante Justiniano Varela (folio 8) en declaración extrajudicial posteriormente ratificada dice al folio 4 del cuaderno de pruebas:

"Al punto 2º—Desde que nació conozco en forma directa y personal a la señorita Auristella Vásquez. Al punto 3º: Me consta por el mismo conocimiento que la señorita Auristella Vásquez es hija natural de quien en vida se llamó Rafael Sarmiento o Núñez, quien falleció en esta ciudad el día 15 de noviembre de 1949, por unión extralegal con la señora Zoila Rosa Vásquez. Al punto 4º: Lo anterior me consta por el sostenimiento notorio de las relaciones que existían entre el señor Rafael Sarmiento o Núñez con la señora Zoila Rosa Vásquez dando como fruto de las relaciones el nacimiento de la señorita Auristella Vásquez".

Ciertamente, el sentenciador al acometer su tarea estimativa de la prueba testimonial no transcribió, como lo ha hecho ahora la Corte, el tenor literal de las declaraciones ya mencionadas, sino que hubo de concretarse a reproducir la síntesis que de ellas hizo en su alegato de bien probado, en la segunda instancia el mandatario de uno de los opositores, por esta circunstancia y dada la aseveración del recurrente, la Corte ha tenido que hacer una cuidadosa confrontación entre lo que transcribió el Tribunal y lo que sobre el particu-

lar afirmaron los testigos. Efectuado dicho cotejo no parece en realidad, alteración esencial en cuanto a lo dicho por aquéllos, y si se pasaron por alto algunas de sus expresiones circunstanciadas, ello ni le dá ni le resta eficacia a la prueba, así como tampoco aparece que se hubiesen desconocido ciertos hechos sobre cuya existencia dieron testimonio los declarantes. Siendo ello así, no aparece de manifiesto en los autos el error de hecho al cual hace referencia el recurrente.

Sencillamente, lo ocurrido fue que el Tribunal una vez hecha la correspondiente valoración probatoria de los testimonios aducidos al debate por la parte actora durante la secuela del juicio en la primera instancia los halló huérfanos de fuerza demostrativa para que pudiese prosperar la declaración de filiación natural de Auristella Vásquez por la causal cuarta del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 y al efecto dijo en la motivación de su providencia:

“En sentir de la Sala con la prueba testimonial traída no se ha conseguido acreditar ninguna de las causales alegadas para la prosperidad de la acción. No la primera, porque de ella no aparece que entre el presunto padre y la madre hayan existido de manera notoria y estable esas relaciones y que el hijo hubiese nacido en el lapso determinado por el texto legal invocado”.

Y si ésta fue la convicción del sentenciador, la cual como se ha dicho, no se halla afectada de error alguno, la Corte debe respetarla por cuanto que aquel convencimiento hubo de formularlo el juzgador después de haber justipreciado dentro de sus facultades legales los referidos testimonios. Y este convencimiento judicial cuando no adolece de error de hecho manifiesto o de error de derecho, ha dicho la Corte, es cuestión que no queda en órbita de casación como recurso extraordinario y estricto.

Dice además el recurrente que al errar el Tribunal en la apreciación de la prueba tantas veces citada quebrantó el artículo 698 del Código Judicial. En realidad, esta disposición fue equivocadamente citada por el recurrente, pues ella no tiene incidencia alguna en el fallo. Quizá la intención fue referirse al artículo 697, según el cual, el dicho de dos testigos hábiles concordantes en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, forman plena prueba. Pero sea una u otra la disposición, ninguna de ellas resulta haber sido infringida, porque ambas en resumen, dejan al buen juicio del sentenciador decidir sobre el mérito de la prueba. Esta facultad de decisión se la reconocen expresas normas legales entre ellas el

artículo 702 del Código Judicial, que es una de las disposiciones que en nuestro derecho probatorio adoptan el criterio de la persuasión moral, reservándole al Juez un amplio margen de libertad en la apreciación o fuerza de la prueba.

Tampoco asiste razón al recurrente en su queja de violación de la ley por no haberse aplicado al caso sub-judice los artículos 1º y 4º de la Ley 45 de 1936, pues si estas normas no operaron favorablemente a las pretensiones de la parte actora, fue por razón de no haber establecido ésta plena y debidamente aquellos hechos sin cuya comprobación procesal no es posible reconocer una filiación natural, cuando como en el caso sub-lite, ésta ha sido demandada al amparo de la presunción establecida en los preceptos legales citados por el recurrente.

Por las razones expuestas, no se acepta el cargo.

Segundo cargo.

Invocando la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, se acusa la sentencia por violación de la norma sustantiva, resultante de error de hecho manifiesto, y de derecho en la apreciación de la prueba. Como consecuencia de dichos errores fueron infringidos por su no aplicación, dice el recurrente, las siguientes normas: artículo 1º de la Ley 45 de 1936, artículo 4º ibídem, artículo 395, 398, 399, 1.240 del Código Civil y 23 de la Ley 45 de 1936.

En desarrollo del cargo antes expuesto, dice la demanda:

“Habiendo sido la segunda causal de filiación la posesión notoria del estado civil de hija con relación a Núñez o Sarmiento, nuestro a continuación el flagrante error de hecho en que incurrió el Tribunal al decir que no estaba acreditada dicha posesión.

“A este propósito rindieron declaración testimonial los señores: Luisa de Materón, Luis Eduardo Garrido, Roberto Hernández Díaz, Ofelia Materón de Roldán, Ricardo Díaz, José Vicente Díaz, Justiniano Varela y Juan de la Rosa Saldarriaga, de cuyo dicho se desprende en forma indiscutible que durante más de diez años continuos Rafael Núñez o Sarmiento trató a Auristella Vásquez como a su hija, proveyó a su subsistencia, la presentó a sus amigos, como hija suya, indicando su origen, pagó colegio, uniformes, vestidos, se ocupó por el desarrollo cultural, etc.”.

Expuesto lo anterior, el recurrente transcribe algunos apartes de las declaraciones antes citadas las cuales, según él, son suficientes para pro-

bar la posesión notoria del estado civil de Auristella Vásquez como hija natural de Rafael Sarmiento o Núñez.

La Corte considera:

Cuando se pretende obtener mediante fallo judicial la declaración de paternidad natural al amparo de la causal quinta del artículo 4º del estatuto de hijos naturales, la jurisprudencia y la doctrina han sido generalmente estrictas y severas en la calificación de la prueba testimonial. Esto no sólo por interesar al orden público cuando dice relación al estado civil, sino por un imperativo legal, pues al exigir la ley para establecer la posesión notoria de estado civil una pluralidad de testimonios más numerosa que la ordinaria, es por considerar que una especial fuerza demostrativa debe tener la prueba en estos casos.

Durante la primera instancia del juicio la parte actora adujo entre otras para comprobar su estado civil las declaraciones a que hace mención la demanda de casación, pero el sentenciador de segundo grado apartándose del criterio del Juez del Circuito de Palmira, no halló en resumen que aquellas constituyeran ese conjunto de testimonios fidedignos capaces de establecer de un modo irrefragable la posesión notoria del estado civil de la demandante. Al efecto la sentencia dice sobre el particular:

“Según el primero, para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba de ese estado, deberá haber durado diez (10) años continuos por lo menos; y de acuerdo con el otro, esa posesión se probará por un conjunto de testimonios fidedignos, que la establezcan de un modo irrefragable, requisitos que no resultan en forma nítida y concreta de los testimonios acompañados al plenario.

“Sobre el particular la entidad antes nombrada en sus sentencias de casación de 28 de abril de 1951 y 20 de mayo de 1952, se ha expresado en los términos que siguen:

“Es indiscutible que cuando se trata de estimar la prueba referente a la posesión notoria de un estado civil, el criterio que ha de guiar al Juez en la apreciación del ‘conjunto de testimonios’ que se aduzcan para demostrarla, ha de ser muy estricto, desde luego que la ley expresamente estatuye que se establezca ‘de un modo irrefragable’, es decir, que no se pueda contrarrestar”.

El anterior pasaje de la sentencia es el impugnado por el recurrente quien dice que por haber el Tribunal “transcrito y comentado acomodadamente con el ánimo de resolver el juicio adversamente a la parte actora”, las declaraciones de

las personas antes nombradas, fue lo que lo indujo a afirmar contra la evidencia de los hechos que Auristella Vásquez no tenía la posesión notoria del estado civil, como hija natural de Rafael Núñez o Sarmiento. En estos términos es como ha sido enunciado el error de hecho en este cargo, cuyo examen exige, como es obvio, la verificación y análisis de los testimonios a los cuales hace alusión concretamente el autor de la demanda. A ello se procede.

En efecto: al folio 14 vuelto del cuaderno de pruebas corre la declaración de Luisa Materón López y allí consta lo siguiente: “Repreguntada. ¿Usted cosoció a Auristella Vásquez en la escuela? Contestó: Sí señor la conocí en la escuela. Repreguntado. ¿Quién matriculaba y sostenía a esta niña en la escuela? Contestó: Ese detalle sí no lo sé porque yo no vivía allá con ellos”.

El señor Luis Eduardo Garrido, quien según declara, fue vice-rector del Colegio Cárdenas en 1941 en cuyo plantel estudió, Auristella Vásquez, dice al folio 13 vuelto (cuaderno de pruebas de la parte demandante) “Repreguntado. ¿Usted sabe si Auristella Vásquez es hija de don Rafael? Contestó: Lo aseguré porque él me encargó a mí de prepararle para la consecución de unas becas que se estaban sorteando; don Rafael siempre mostraba interés por los adelantos de Auristella en el Colegio y hasta proveerla de uniformes. Repreguntado: ¿Cuánto tiempo se interesó don Rafael por la niña? Contestó: Yo entré al Vice-rectorado del Colegio Cárdenas en el año de 1941 y lo que dije anteriormente sucedió un año antes quizá. Como a poco me retiré hacia Bogotá no me volví a dar cuenta de la educación de la niña. Leída la aprobó. Repreguntado. ¿Quién matriculaba a la niña Auristella Vásquez en los planteles de educación? De eso sí no me daba cuenta. Repreguntado. ¿Por cuánto tiempo tuvo usted conocimiento de que esa niña estaba en el colegio y por cuenta de quien? Contestó: De suponer que era la madre la que respondía por los gastos del colegio durante el término que corresponde de 1949 a 1952. Leída la aprobó”.

El declarante Roberto Hernández Díaz cuya declaración consta al folio 12 del cuaderno ya citado dice: Repreguntado. ¿Sabe usted quién sostenía a Auristella en el Colegio? Contestó: “La madre de Auristella decía que don Rafael la auxiliaba para su educación, pero no me consta personal y directamente”.

La declarante Ofelia Materón de Roldán, dice en su declaración que figura al folio 18 vuelto. “Al punto 5º: Me consta que el señor Rafael Nú-

ñez o Sarmiento trataba a Auristella como a su hija natural; cuando se abrió la Universidad Industrial de Cali, don Rafael llevó a matricular a Auristella a ese plantel, dejándola en mi casa recomendada a mi cuidado y aunque yo no le cobraba, él pasaba para su mantenimiento la suma de veinte pesos mensuales. Me consta también que ese tratamiento que don Rafael daba a Auristella como hija natural era conocido de sus deudos, amigos y vecindario de su domicilio que lo fue siempre en la calle 16 entre carreras 6ª y 7ª de esta ciudad. Repreguntada. ¿Cuánto tiempo estuvo Auristella en la Universidad Industrial? Contestó: Estuvo por dos años en ese plantel.

Ricardo Díaz Bermeo, (folio 16) dice así:

Al punto 5 "Es cierto que el señor Rafael Núñez o Sarmiento, por un tiempo mayor de diez años, trató a la señorita Auristella Vásquez como a su hija natural; yo me daba cuenta de que don Rafael le pasaba dineros a doña Zoila para su mantenimiento, y cuando estaban disgustados inclusive le dejaba éstos situados en el cerco, pero no me consta de que él proveyera para su educación y establecimiento; los deudos, amigos y vecinos del domicilio que lo fue siempre en la calle 16 entre carreras 6ª y 7ª de la antigua nomenclatura, también se daban cuenta del tratamiento que don Rafael le daba a la niña como hija natural suya".

En cuanto al declarante José Vicente Díaz, dice al ser preguntado si le constaba por razón del conocimiento personal y directo que el señor Rafael Sarmiento o Núñez trató siempre y por un tiempo mayor de diez años a la nombrada Auristella Vásquez como a su hija natural, atendiendo a su subsistencia, educación y establecimiento. Contestó así: "Es cierto y me consta que el señor Rafael Núñez o Sarmiento, trató siempre y por un tiempo mayor de diez años a Auristella Vásquez como a su hija natural, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, tratamiento sostenido en conocimiento de sus deudos, amigos y del vecindario del domicilio que lo fue siempre en esta ciudad en la calle 16 entre carreras 6ª y 7ª de la antigua nomenclatura".

Al folio 10 vuelto del mismo cuaderno aparece la declaración de Juan de la Rosa Saldarriaga y a ella pertenece el siguiente aparte: "Repreguntado: ¿Usted conoció a Auristella Vásquez yendo a un establecimiento educativo alguno? Contestó: Si la conocí como estudiante pero ignoro en qué establecimiento. Leída la aprobó. Repreguntado durante qué tanto tiempo la conoció usted como estudiante. Contestó: Desde el año de 1927 para acá en que comenzó a trabajar en la Compañía

Colombiana de Electricidad. Leída la aprobó. Repreguntado. ¿Desde cuándo trabajó ella en la Compañía Colombiana de Electricidad? Contestó: Auristella estuvo allá en el año de 1940 trabajando en mi oficina por dos meses, a instancias mías, sin poder dar la fecha en que ella entrara a trabajar a la Colombiana de Electricidad. Leída la aprobó. Repreguntado. ¿Usted puede decir si don Rafael Sarmiento le pasaba dinero a Auristella o a su madre y por cuánto tiempo? Contestó: Por varias veces y durante los diez años que ocupé el local correspondiente a la tienda en la casa del señor Sarmiento me consta que éste le pasaba dinero a la señora Vásquez. Leída la aprobó. Repreguntado. ¿A usted le consta quién le daba a Auristella para vestirse? A mí no me consta sino lo que yo he manifestado".

Alguna o algunas de las declaraciones antes transcritas en su parte pertinente, podrían conducir a probar cuando más, la esporádica generosidad de Rafael Sarmiento o Núñez en relación a Auristella Vásquez, como cuando en alguna oportunidad hubo de sufragar los gastos de su matrícula escolar, o cuando en determinadas ocasiones le dio dinero para su subsistencia por conducto de Zoila Rosa Vásquez, pero en ningún caso los mencionados testimonios alcanzan a demostrar irrefragablemente que el señor Núñez o Sarmiento hubiese ejecutado en forma permanente, regular y constante, por un lapso mayor de diez años, como lo prescribe la ley aquellos actos atinentes a la subsistencia, educación y sostenimiento de la pretendida hija natural, los cuales son los elementos constitutivos de la posesión notoria del estado civil, como lo enseña el artículo 397 del Código Civil, cuya norma sustantiva rige también para los hijos naturales. De lo expuesto se deduce que el sentenciador no incurrió en error de hecho al hacer la valoración de la prueba testimonial, pues no dedujo conclusiones contrarias a la evidencia y antecedentes del proceso, así como tampoco infringió las normas citadas por el recurrente, porque no habiendo probado la parte demandante el extremo de la litis, la intención de su demanda fundada en la causal 5ª, artículo 4º de la Ley 45 de 1936 no podía prosperar. No hallándose por tanto afectada ni de error de hecho evidente, ni de error de derecho la apreciación efectuada por el Tribunal, la Corte en este recurso no puede modificarla por las mismas razones expuestas al tratar en el cargo anterior lo relacionado con la soberanía del juzgador en lo relativo a la apreciación de las pruebas.

Pero dice además el recurrente que el senten-

ciador "pasó por alto la declaración de Justiniano Varela". A este respecto se observa:

El nombrado Varela rindió extrajuicio su declaración, el 21 de septiembre de 1953 en los términos transcritos en la demanda de casación, y posteriormente, el 20 de enero de 1954, la ratificó judicialmente en este negocio, pero concretándose el declarante a manifestar simplemente que se afirma y ratifica en su anterior declaración. El declarante Varela, debe observarse, se concretó a afirmar en síntesis que por el conocimiento personal y directo sabía que Rafael Núñez o Sarmiento, "trató por un tiempo mayor de diez años a Auristella Vásquez como a su hija natural, proveyendo a su subsistencia, educación y sostenimiento, además de haberse sostenido tal tratamiento en conocimiento de sus deudos, amigos y vecindario del domicilio".

La anterior declaración tampoco es apta para alcanzar el objetivo probatorio buscado, porque cuando se trata de probar la posesión notoria de estado civil, no basta como lo ha dicho la Corte, la estimación ni la expresión conceptual de los testigos, sino que es menester que ella esté respaldada por los hechos, educación, sostenimiento y establecimiento del pretendido hijo natural y esos hechos como se ha dicho, deben ser acreditados por medio de un conjunto de testimonios irrefragables, lo cual no se hizo en el caso sub-lite.

De todo lo expuesto resulta que no hay lugar a la casación por el motivo que se examina.

* * *

FALLO:

En mérito de las anteriores consideraciones, 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 quince (15) de octubre de mil novecientos cincuenta y seis (1956), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el juicio ordinario seguido por Auristella Vásquez contra la sucesión de Rafael Núñez o Sarmiento.

No hay costas, por no aparecer causadas.

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

Hernando Morales —Enrique Coral Velasco—

Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Ar-

turo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge

Soto Soto, Secretario.

ACCION RESOLUTORIA EN COMPRAVENTA DE BIENES MUEBLES. — RESPONSABILIDAD POR LA PERDIDA O DETERIORO DEL OBJETO: ANTES DE EFECTUARSE LA TRADICION, EN LA VENTA BAJO CONDICION SUSPENSIVA Y EN LA VENTA CON PACTO DE RESERVA DEL DOMINIO.—CAUSAL 2ª DE CASACION

1.—Cuando está organizada la causal segunda de casación para el evento de no hallarse “la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes”, busca la norma garantizar el límite invariable de los poderes del Juez por la correspondencia que debe existir entre lo pedido y lo resuelto como finalidad propia del debate jurisdiccional.

Se encuentra así el instrumento adecuado a corregir en casación el error judicial consistente en no desatar a cabalidad el vínculo jurídico surgido del proceso, para colocarse el juzgador por fuera de su recta inteligencia en modo absoluto o apenas relativo: sea porque el Juez entienda y resuelva sobre cuestiones no incluidas ni en la acción ni en la defensa (extra petita); ya porque recorte arbitrariamente el contenido de la pretensión prevaeciente de cualquiera de las partes (minus petita); o en fin, porque aumente o exagere lo pedido, sin apoyo en el planteamiento de las pretensiones recíprocas de las partes, como supuesto necesario de lealtad en el proceso (ultra petita).

No porque el recurrente aduzca críticas a la motivación habría de concluirse con la incongruencia del fallo, si aparece que acepta las súplicas del actor dentro de notoria coincidencia formal entre lo pedido y lo resuelto por el sentenciador.

2.—De acuerdo con las normas generales que regulan la compraventa como contrato conmutativo y sinalagnámico perfecto de ejecución simultánea, tanto la pérdida o deterioro como la mejora del cuerpo cierto que se vende, afecta el patrimonio del comprador desde el momento de perfeccionarse el negocio, aunque no se haya hecho la entrega (1876). Es el principio romano de que la especie vendida perece para el comprador: *res perit emptori*.

Parecería que la equidad natural y la buena fé como pauta de la contratación quedarán

de esa suerte profundamente lesionadas. Porque si es obvio que los bienes perecen para el dueño (*res perit domino*), desde luego que quien nada tiene, nada puede perder, no es menos claro que sin la tradición efectuada en cumplimiento de la compraventa es imposible la transferencia del dominio por la sola virtud del contrato, a pesar de que desde su perfeccionamiento tenga plena validez la promesa del vendedor en favor del comprador sobre la especie contemplada en el negocio jurídico. Soporta entonces la pérdida no el titular del derecho erga omnes, que no deja de ser dueño el vendedor hasta el momento de la tradición, sino que el riesgo pertenece a quien por virtud del contrato es apenas acreedor del objeto negociado: *res perit creditori*.

La dificultad se acrecienta al considerar que el cuerpo cierto vendido es susceptible de pérdida liberatoria para el deudor, mientras que el precio, en dinero para que haya compraventa, por pertenecer a un género nunca perece. De manera que si la pérdida por regla general está a cargo del comprador, ello significa la subsistencia de su obligación de pagar el precio a pesar de que jurídicamente desaparezca para el vendedor la suya, de transferir por tradición la especie prometida.

Reaparece sin embargo el plano de equidad sobre principios bastante claros para disipar la incertidumbre: que nunca el hombre está obligado a lo imposible; que todos y cada uno de los modos por los cuales se extinguen las obligaciones son idóneos para la liberación del deudor; y que la bilateralidad conmutativa de la compraventa quiere decir que las obligaciones correlativas nacidas a un mismo tiempo para las partes se explican recíprocamente y para extinguirse exigen que en derecho se cumpla al efecto alguno de los modos previstos por las normas, sin necesidad de que se trate exac-

tamente del mismo modo para todas las contraídas por cada una de las partes.

Si deja de existir el cuerpo cierto por causa que el vendedor no quiso, no estuvo en capacidad de prever, ni podía evitar, el vínculo obligatorio se extingue jurídicamente por cuanto sin responsabilidad ha llegado a ser imposible el objeto. Es entonces necesario que la obligación correlativa se extinga también por modo valedero en derecho y, primeramente, por pago cuyo objeto no es susceptible de pérdida liberatoria.

Así el problema queda planteado en el campo que concierne a graduar la responsabilidad surgida de los vínculos obligatorios con fuente en el contrato. Si es deber del vendedor conservar hasta el momento de la entrega el cuerpo cierto prometido al comprador y no le bastan ya los cuidados que en concreto acostumbra para manejar su propio patrimonio, sino que en abstracto se le exigen las precauciones de un buen padre de familia (63, 1.604), es seguramente por la imposibilidad de equiparar la posición de quien debe una cosa determinada y la de quien nada ha prometido; y porque quien vende una especie la sustrae virtualmente de sus bienes y se constituye en guardián para asegurar el bueno y fiel cumplimiento de aquello a que por obra de su voluntad se obligara en vista de otra contra prestación.

Si comparada la conducta del vendedor con la de que por derecho se atribuye a un buen padre de familia, apareciere que a pesar de su diligente vigilancia y previsión sobrevino la pérdida inevitable del cuerpo cierto vendido, la obligación viene a ser imposible, queda sin objeto y se extingue por modo tan completo como si el pago se hubiera hecho. De esta suerte, a consecuencia de la concatenación recíproca de las obligaciones originadas para las partes del mismo negocio bilateral, surge la razón necesaria de que el vínculo que liga al comprador se extinga también de modo eficaz en derecho, esta vez por pago efectivo del precio en dinero, puesto que los géneros no perecen.

3.—Si la venta está subordinada suspensivamente a un acontecer futuro e incierto los efectos del contrato varían, aunque en nada se modifican los principios concernientes a la responsabilidad.

En la venta bajo condición suspensiva el acuerdo de voluntades proclama que el vendedor no se desapodera de la especie y ni siquiera se obliga a entregarla sino cuando el evento previsto se realice, a tal punto que si la condición es fallida todo viene a ser como si no se hubiera contratado jamás. Si el evento se cumple, la pérdida del cuerpo cierto mientras pendía la condición pertenece al vendedor en conformidad con la regla res perit domino, y porque precisamente si el querer de las partes subordinó la formación del negocio al cumplimiento del hecho condicional, ninguna base objetiva habría para la obligación y el contrato mismo si al verificarse el evento no existiera ya la especie prevista, siempre que el insuceso no resulte imputable al vendedor en comparación de su conducta con la que habría observado un buen padre de familia. Por lo que la responsabilidad en la guarda del objeto no varía.

4.—Cuando se vende con reservación del dominio hasta el pago del precio, el arbitrio de las partes modifica la natural simultaneidad de ejecución de los contratos sinagmáticos perfectos. Porque si el comprador asume la obligación de pagar el precio en varios contados periódicos sin recibir todavía título y modo de dominio que el vendedor se reserva, es porque en el orden del tiempo debe preceder la satisfacción del precio a la entrega traslativa. Pero aún así la dinámica contractual fundada en la equidad hace saber que si por el cumplimiento de la obligación del comprador se realiza la modalidad suspensiva de la obligación del vendedor, simultáneamente con la cobertura del último contado se hace exigible la tradición o se verifica de manera automática si ya el objeto obraba en manos del comprador. Lo cual demuestra a la vez que la simple entrega hecha a este último cuando hay reserva de dominio para el vendedor, carece de efecto traslativo inmediato por encontrarse el título subordinado suspensivamente a la realización de un incierto futuro (750):

Si por lo común la tradición reviste carácter traslativo por ser modo hábil en derecho para adquirir el dominio, y si en general nada impide a la autonomía de la voluntad concertada de las partes expresar suspensiva o resolutoria una determinada condi-

ción que modifique el efecto traslativo de la entrega, hay sin embargo reglas típicas que configuran la cláusula de reserva del dominio para el vendedor.

Cuando la tradición se cumple en desarrollo del contrato de venta, el efecto traslativo del dominio no se encuentra invariablemente supeditado al pago del precio (750). Es necesario proteger el interés público anexo a terceros poseedores de buena fé, así como también salvaguardar la legitimidad contractual y la firmeza de las transacciones. Por ello se estatuye que de acuerdo con lo que comúnmente acontece el precio debe pagarse en el lugar y tiempo de la entrega o en el lugar y tiempo estipulados; por ello la manifestación de estar pagado el precio en la correspondiente escritura de venta no admite otra contraprueba que la nulidad o falsificación del instrumento, y sólo en esa virtud "habrá acción contra terceros poseedores" (1934); por ello, en fin, la voluntad modificadora del efecto traslativo de la tradición debe ser expresa antes que todo.

Si el comprador no cumple su obligación primordial de satisfacer el precio, surge para el vendedor la alternativa que le otorga el derecho para exigir el pago o la resolución de la venta a su albedrío, con facultad plena de obtener en ambos extremos el resarcimiento de perjuicios (1930). Esta regulación no es modificable en materia de inmuebles por la voluntad de las partes expresada en el pactum reservati dominii. Quedaría al capricho del comprador desligarse del contrato con sólo dejar de ejecutarlo cuando quiera que hallara el arrepentimiento en concordancia con sus intereses personales.

Pero en materia de bienes muebles la flexibilidad que el desarrollo de los negocios aconseja ha permitido recibir esta norma:

"La cláusula de no transferirse el dominio de los bienes muebles sino en virtud de la paga del precio, en las condiciones que el vendedor y el comprador tengan a bien estipular, será válida, sin perjuicio de los derechos de los terceros poseedores de buena fé" (1º, Ley 45 de 1930).

Si por virtud del pacto reservativo la especie continúa bajo el dominio del vendedor, es inadmisibles cualquier género de duda acerca de que los riesgos corren para quien no ha dejado de ser propietario, siempre que

el objeto se encuentre en su poder o atienda a su administración.

En la hipótesis de que el comprador haya recibido el cuerpo cierto a título provisional mientras se cumple la condición suspensiva del efecto traslativo, la responsabilidad por el objeto se medirá de acuerdo con las normas aplicables a la figura que en concreto las partes hayan querido organizar en respaldo de la tenencia otorgada al comprador, o simplemente en conformidad con la noción de culpa leve, según rige en los contratos interesados para ambas partes, si hubiere silencio al respecto.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, veinticinco (25) de febrero de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. José Hernández Arbeláez).

En la copia auténtica acompañada a la demanda inicial del presente proceso por consecuencia de acción exhibitoria dirigida por Néstor López de la Pava contra Clímaco Uribe Villa como representante de la firma Clímaco Uribe V y Compañía Limitada, aparece que por documento privado suscrito en Armenia el 31 de agosto de 1951 la sociedad en referencia expresó vender a López de la Pava un camión de estacas marca Mack EQ. modelo 1950, con motor EN 431- A-25-30 y placas de Caldas 37-42, de color verde, con carpa y herramientas usuales. El precio fue ajustado en \$ 23.500 pagadero así: \$ 10.000 por cesión de crédito hipotecario a favor del comprador, a cargo de Justo Pastor Hoyos y convencimiento en 8 de noviembre de 1951; y el saldo de \$ 13.500 en una serie de 14 letras escolanadas mensualmente a partir del 30 de septiembre del mismo año a razón de \$ 1.000.00 cada una, excepto la última por valor de \$ 500.00. Y dijeron las partes contratantes:

"Es entendido que la aceptación de tales letras, o su posterior descuento, endoso o negociación, no implican dación en pago, ni novación de la obligación, pues el valor de dichos instrumentos no se acreditará al comprador sino mediante su pago efectivo". Para añadir después en la cláusula.

"TERCERA. — El vendedor hace la venta del vehículo descrito en la cláusula primera, reservándose el dominio hasta el pago total del precio, de acuerdo con lo que disponen la Ley 45 de 1930 y el artículo 750 del Código Civil, siendo en-

tendido que la tradición del vehículo queda subordinada a la condición suspensiva del pago íntegro del precio en las fechas estipuladas, y que entre tanto el comprador no será poseedor, sino mero tenedor del vehículo a título de depositario por cuenta del vendedor". Y en la

"CUARTA.—Si hubiere mora o retardo del comprador en el pago de una cualquiera de las cuotas estipuladas en la cláusula o si el comprador dejare de cumplir alguna de las otras obligaciones que este contrato le impone, o si usare o empleare el vehículo en una forma perjudicial o peligrosa a juicio del vendedor para los intereses de éste, el vendedor tendrá derecho a exigir al comprador la inmediata entrega de lo vendido. Para obtener dicha entrega, en caso de que el comprador no la efectúe voluntariamente, el vendedor podrá tomar el vehículo de hecho en donde se encuentre sin necesidad de requerimiento, demanda o intervención judicial, u ocurrir a las autoridades de Policía o de tránsito, para que mediante la simple presentación de este documento y sin necesidad de acompañar ninguna otra prueba, se presten protección para tomar el vehículo inmediatamente, todo sin perjuicio de, si el vendedor lo estima conveniente, recurrir al poder judicial y establecer las acciones pertinentes, sin que para ello sean necesarios requerimientos previos, debido a que el comprador renuncia expresamente a ese derecho, como ya se dijo. El comprador autoriza expresamente al vendedor para tomar el vehículo de hecho y renuncia a reclamar perjuicios, por no ser poseedor, sino mero tenedor y depositario del mismo. El comprador será responsable por abuso de confianza si se negare a entregar el vehículo cuando se lo exija el vendedor. El comprador no podrá pedir ni alegar remuneración por el depósito, que será gratuito, ni tampoco oponerse a la entrega alegando mejoras, adiciones, reparaciones, etc., que haya hecho al vehículo pues todas ésa mejoras, adiciones o reparaciones, lo mismo que las herramientas nuevas o accesorios con que el comprador lo haya dotado, pertenecerán al vendedor mientras no haya sido pagado totalmente el precio acordado".

El comprador López de la Pava pagó la primera letra de \$ 1.000.00 e hizo a la segunda un abono de \$ 600.00, con lo cual alcanzó a cubrir \$ 11.600. sobre el precio estipulado de \$ 23.500.00.

La firma vendedora afilió el vehículo a la empresa del Ferrocarril del Pacífico para el transporte de carga entre las ciudades de Armenia e Ibagué y contrató los servicios de Luis Farfán e

Ignacio Guarnizo como conductor y ayudante respectivamente. Así viajaba con un cargamento de azúcar en dirección a Ibagué, cuando el 15 de febrero de 1952 se despeñó por una pendiente con el resultado de que en el siniestro perdió la vida el conductor Farfán, recibió lesiones el ayudante y el vehículo experimentó los daños consecuenciales.

El litigio.

Con estos antecedentes y por cuanto el comprador entendiera que el camión "quedó completamente inutilizado para poder continuar prestando cualquiera de los servicios a que ordinariamente se destina un vehículo de esta clase, "inició el proceso para demandar la resolución del contrato y que en consecuencia le sean devueltos los dineros pagados a buena cuenta del precio con sus intereses a la tasa comercial corriente, del propio modo que el resto de las letras aceptadas, "previa la declaración de que tales letras carecen de consideración de valor por tener origen en un contrato que se declara resuelto", dice la demanda, que, además, pide condenación en costas.

No sólo hubo oposición a estas súplicas sino que la parte citada a juicio contrademandó para pedir que el actor fuese condenado al pago de dinero por concepto de reparaciones y llantas para el vehículo que el litigio contempla.

Terminó la primera instancia con fallo del 25 de marzo de 1954 del Juzgado Civil del Circuito de Armenia, absolutorio cuanto al libelo principal, y declaratorio de la excepción de inepta demandante, cuanto a la de reconvencción. Y surtida la segunda instancia por alzada del demandante, con fecha 18 de julio de 1956 el Tribunal Superior de Pereira decidió así:

"A) Que queda resuelto el contrato de compraventa celebrado el 31 de agosto de 1951 entre la sociedad de Clímaco Uribe y Compañía Limitada y el señor Néstor López de la Pava, contrato por el cual la aludida sociedad le vendió al señor de la Pava, bajo la condición suspensiva de la reserva del dominio, el siguiente vehículo: Un camión de estacas marca Mack EQ., con capacidad para ocho toneladas, modelo 1950, con motor número EN—431-A25-30, con placas de Caldas número 37-42, de color verde, con carpa y herramientas necesarias.

"B) Que como consecuencia de la resolución del mencionado contrato de compraventa, la sociedad de Clímaco Uribe y Compañía Limitada debe restituir al señor Néstor López de la Pava, inmedia-

tamente después de la ejecutoria de la sentencia, la suma de ONCE MIL SEISCIENTOS PESOS (\$ 11.600.00) MONEDA LEGAL, dinero que el demandante entregó a la compañía demandada en cumplimiento del contrato cuya resolución se decreta.

“C) Que la misma sociedad de Clímaco Uribe y Compañía Limitada, debe pagar al señor Néstor López de la Pava los intereses corrientes comerciales de la suma de dinero antes indicada, devengados desde cuando esa compañía recibió tal cantidad hasta cuando se verifique el pago de la misma.

“Esta liquidación deberá hacerse de acuerdo con el artículo 553 del Código Judicial, deduciendo el valor de las sumas que recibió el actor de la Cooperativa Transportadora Armenia-Ibague Limitada y de Clímaco Uribe y Compañía Limitada y que no tengan relación directa en el contrato de compraventa del camión antes mencionado.

“D) Que la sociedad de Clímaco Uribe y Compañía Limitada debe entregar al señor Néstor López de la Pava las trece letras que éste, también en cumplimiento del contrato de compraventa cuya resolución se declara, suscribió a favor de la sociedad demandada, letras que tienen un valor actual de ONCE MIL NOVECIENTOS PESOS (\$ 11.900.00) MONEDA LEGAL, previa la declaración de que tales letras carecen de consideración de valor por tener origen en un contrato que se declara resuelto.

“En el caso de que el endoso de las letras hubiere sido hecho al cobro se entregarán originales, y si hubieren sido negociadas se devolverá por el demandado al actor el valor que el cedente hubiere recibido por ellas, sin intereses. Esta devolución será hecha tres días después de la ejecutoria de este fallo.

“E) Se condena en costas de primera y segunda instancia a la parte demandada”.

El recurso.

En casación la parte demandada acusa la sentencia del Tribunal por varios aspectos atinentes a la causal 1ª, e invoca en último término la causal 2ª, ambas organizadas por el artículo 520 del Código Judicial. Conviene al orden lógico que el estudio principie por la

Causal 2ª

Dice el recurrente:

“El hecho fundamental del presente litigio es el ejercicio de la acción resolutoria del contrato de compraventa de un mueble, con pacto de reserva de dominio, hasta el pago total del precio, por haber perecido el camión materia del contrato lo que colocó al vendedor en la imposibilidad de cumplir sus obligaciones. Este planteamiento no fue aceptado por el demandado y quedó configurado el cuasicontrato de litis contestatio en la forma indicada. En momento alguno pretendió el demandante que el contrato recogido en el documento privado de 31 de agosto de 1951, había sido en alguna forma modificado ni antes ni después de la contestación de la demanda. Pero a pesar de esto, el Tribunal sentenciador, aduce la existencia de un contrato modificativo del primero, o coexistente con él, ajustado entre las mismas partes, que no extendió (sic) por escrito, que carece de principio de prueba de esta naturaleza, en relación al cual se pretermitió la primera instancia, del que no se ha pedido resolución. No obstante lo anterior el Tribunal le dio existencia y prevalencia sobre el conocido y probado plenamente”.

Se considera:

Cuando está organizada la causal segunda de casación para el evento de no hallarse “la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes”, busca la norma garantizar el límite invariable de los poderes del Juez por la correspondencia que debe existir entre lo pedido y lo resuelto como finalidad propia del debate jurisdiccional.

Se encuentra así el instrumento adecuado a corregir en casación el error judicial consistente en no desatar a cabalidad el vínculo jurídico surgido del proceso, para colocarse el juzgador por fuera de su recta inteligencia en modo absoluto o apenas relativo: sea porque el Juez entienda y resuelva sobre cuestiones no incluídas ni en la acción ni en la defensa (*extra petita*); ya porque recorte arbitrariamente el contenido de la pretensión prevalenciente de cualquiera de las partes (*minus petita*); o en fin, porque aumente o exagere lo pedido, sin apoyo en el planteamiento de las pretensiones recíprocas de las partes, como supuesto necesario de lealtad en el proceso (*ultra petita*).

Pero cuando todo el debate judicial versa sobre un determinado contrato suscrito por las partes en 31 de agosto de 1951 y la acción incoada en la demanda ha tenido por mira obtener que la autoridad jurisdiccional declare resuelta la existencia de ese mismo negocio jurídico, no porque

el recurrente aduzca críticas a la motivación habría de concluirse con la incongruencia del fallo, si aparece que acepta las súplicas del actor dentro de notoria coincidencia formal entre lo pedido y lo resuelto por el sentenciador. Lo que excluye la causal segunda.

Causal Primera.

Está impugnada la sentencia "por ser violatoria de la ley sustantiva, tanto por infracción directa como por aplicación indebida e interpretación errónea de la ley sustantiva, violación, además, que depende en una parte, de falta de apreciación y también por apreciación indebida de determinadas pruebas a las cuales me referiré en el curso de esta demanda" —dice el recurrente— y señala como infringidos los artículos 750, 1.543, 1.606, 1.876 y 1.930 del Código Civil y 1º de la Ley 45 de 1930, por falta de aplicación, y los artículos 1.708, 1.767 del mismo Código y 91, 92 y 93 de la Ley 153 de 1887 por indebida aplicación al caso del pleito, a más de haber omitido el sentenciador los preceptos de los artículos 705, 722 y 723 por no tener en cuenta "el dictamen pericial respecto de los daños que sufrió el camión y la seguridad de repararlo y ponerlo en servicio".

El primer aspecto de la acusación aparece referido a la necesidad de que el fallo judicial no se salga de la relación jurídico procesal "porque corre el riesgo, como ha sucedido en este caso, de variar los términos e intenciones de la demanda, o de modificar los términos de la contestación de la misma, lo cual conduce a los fallos que los expositores denominan *ultra petite*.

"La litis, en el caso de autos, añade el recurrente, quedó planteada así: el demandante funda su petición de resolución del contrato en que habiendo sufrido una volcada el camión, quedó inutilizado para prestar servicios adecuados. La parte demandada no aceptó este hecho fundamental. El debate pues, no se planteó ni quedó planteado bajo el concepto de novación del contrato, ni bajo el concepto de interferencia de ningún otro pacto que hubiere modificado al primitivo. Siendo así las cosas, el juzgador no podía atenerse sino a los hechos invocados en la demanda, siempre que estuvieren comprobados, pero no podía aducir de oficio, ni por su propia cuenta, ningún nuevo hecho, porque esto equivaldría a modificar sustancialmente la demanda".

Considera que el Tribunal varió la relación jurídico-procesal cuando estimó que entre las partes había sobrevenido un nuevo pacto sobre la

manera de pagar el saldo adeudado del precio. Y alega la demanda que tal pacto sobreveniente, por ser modificación de contrato escrito de cuantía superior de \$ 500.00 "ha debido también constar por escrito", y esto no aparece, sino apenas las declaraciones más o menos vagas de unos testigos, que serían en todo caso inadmisibles ante lo previsto por el inciso 2º, artículo 91, Ley 153 de 1887.

El segundo aspecto presenta la alegación de que por el siniestro experimentado no se produjo la destrucción del vehículo; alude en general a los dictámenes de peritos producidos en ambas instancias, deduce violación de los preceptos invocados, y remata esta censura así:

"Es manifiesto pues el error de hecho, que lo condujo al error de derecho en la forma indicada.

"Por tanto el Tribunal erró por dos conceptos: Primero porque el camión no quedó inservible, no se destruyó totalmente, y es susceptible de seguir prestando sus servicios adecuadamente y en segundo lugar porque aún en la hipótesis de que se hubiera destruido totalmente la pérdida la sufría el comprador y no el vendedor, según lo demostraré en el capítulo siguiente:

Que es el tercer aspecto de la acusación. Después de aducir algunos conceptos referidos a la teoría de los riesgos en la compraventa, con enumeración de juristas muy distinguidos de todos los tiempos, sus divergencias y puntos de contacto, al par que las concepciones de los derechos latino y germano, entra el recurrente a sostener que los riesgos del cuerpo cierto vendido son para el comprador, aunque figure la cláusula reservativa del dominio para el vendedor en cuanto sería injusto atribuirle el riesgo sobre un objeto que ha pasado al poder y disfrute del comprador, aunque se trate de un negocio condicional. Y concluye así:

"El comprador a plazo, o a condición, es un acreedor y asume el riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se debe, salvo que se haya constituido en mora. Este es el principio y la regla fundamental consagrada en el artículo 1.607 del Código Civil colombiano, y su fundamento se halla en los orígenes históricos que he resumido anteriormente. Por tanto erró en derecho el Tribunal al no aplicar la citada disposición, y erró también en derecho al aplicar indebidamente el art. 1876 del Código Civil que se debe interpretar en concordancia con el artículo 1607, por las razones ya dichas".

El cuarto aspecto de la censura es concerniente a la *exceptio non adimpleti contractus*, por cuanto considera que el no cumplimiento del actor

a lo pactado, le vedaba el ejercicio de la acción resolutoria. Y dice:

"En primer término el camión fue afiliado a la empresa del Ferrocarril del Pacífico y es obvio y trivial que esta afiliación tuvo que hacerse con el asentimiento del demandante, quien de otra manera, y si no hubieran sido así las cosas, lo hubiera hecho resaltar en la demanda. Hay que concluir que la Compañía vendedora le entregó el camión al comprador y que éste lo afilió a dicha empresa, en cuyas diligencias es claro que tenía que intervenir la Compañía vendedora porque estaba en su cabeza aun el título del camión.

"Y que la afiliación era necesaria, es una cosa evidente pues es sabido que todos los vehículos destinados al transporte deben estar afiliados a una empresa, para poder trabajar, de donde se ve que tal afiliación al mismo tiempo que era necesaria era conveniente para el demandante y que éste tuvo necesariamente que intervenir y acceder en tal afiliación.

"Por este aspecto —agrega— resultan dos hechos fundamentales que tienen consecuencias jurídicas:

"a) Que la Compañía vendedora entregó el camión al comprador y que éste intervino y convino en la afiliación a la empresa del Ferrocarril del Pacífico; y

"b) Que hecha esa entrega y afiliado el camión con la aquiescencia del comprador el riesgo de la cosa vendida, o sea el camión lo corría el comprador, porque ya estaba en posesión de la cosa vendida". Y agrega:

"Si la Compañía pues cumplió con su obligación primordial, la entrega del camión al demandante, éste a su turno debía cumplir con el pago del precio en la forma pactada".

Para concluir así:

"De autos se viene en conocimiento que casi desde el primer momento el comprador estuvo en mora de cumplir con sus obligaciones y resalta hasta la evidencia que cuando entabló la demanda estaba en mora de pagar unas letras por cuenta del precio pactado".

El quinto aspecto planteado dice referencia al *pactum reservati dominii*. Después de aludir a las circunstancias económicas de la vida moderna, a la necesidad de las ventas a plazo y al problema de dotar de garantías al vendedor, expresa el recurrente que en ese camino los legisladores consagraron el pacto de reserva del dominio, como lo hizo el artículo 1º de la Ley 45 de 1930, "en virtud del cual —afirma— en las ventas a plazo, el vendedor queda teóricamente como titular del

derecho de dominio sobre la cosa vendida hasta el pago total, a pesar de que físicamente ha hecho entrega al comprador, quien usa, goza y disfruta de la cosa materia del contrato". Y añade más adelante:

"Ahora bien: respecto a los bienes muebles, el pacto de reserva ha resultado ineficaz, ya que el vendedor carece de acción reivindicatoria, es decir, no puede perseguir el bien cuando el comprador a su vez lo transfiere, porque probar la mala fé es un imposible en la casi totalidad de los casos; la acción penal emanada del depósito ha resultado inoperante puesto que los Tribunales de Colombia han dicho que el contrato de compraventa a plazo con reserva de propiedad genera únicamente acción de carácter civil.

"Entonces, si la Ley 45 de 1930, se interpreta y aplica en la forma en que lo ha hecho el Tribunal de Pereira, resulta que esa disposición consagrada en beneficio del vendedor produce el efecto contrario y lo perjudica, porque si vende sin pacto de reserva el riesgo lo asume el comprador de acuerdo con la norma general consagrada en los artículos 1.607 y concordantes, pero si lo vende con pacto de reserva, según el Tribunal de Pereira, se invierte la situación y es el vendedor quien asume el riesgo, o sea, que con esta interpretación la Ley 45 de 1930, ideada para beneficiar al vendedor, lo va a perjudicar, cosa que a todas luces es aberrante. Luégo el Tribunal de Pereira incurrió en error de derecho al aplicar el artículo 750 y la Ley 45 de 1930 y darle un alcance que jamás pretendió darle el legislador".

Se considera:

1.—De acuerdo con las normas generales que regulan la compraventa como contrato conmutativo y sinalagmático perfecto de ejecución simultánea, tanto la pérdida o deterioro como la mejora del cuerpo cierto que se vende, afecta el patrimonio del comprador desde el momento de perfeccionarse el negocio, aunque no se haya hecho la entrega (1876). Es el principio romano de que la especie vendida perece para el comprador: *res perit emptori*.

Parecería que la equidad natural y la buena fe como pauta de la contratación quedarán de esa suerte profundamente lesionadas. Porque si es obvio que los bienes perecen para el dueño (*res perit domino*), desde luego que quien nada tiene, nada puede perder; no es menos claro que sin la tradición efectuada en cumplimiento de la compraventa es imposible la transferencia del dominio por la sola virtud del contrato, a pesar de que desde su perfeccionamiento tenga plena validez la promesa del

vendedor en favor del comprador sobre la especie contemplada en el negocio jurídico. Soporta entonces la pérdida no el titular del derecho *erga omnes*, que no deja de ser dueño el vendedor hasta el momento de la tradición, sino que el riesgo pertenece a quien por virtud del contrato es apenas acreedor del objeto negociado: *res perit creditori*.

La dificultad se acrecienta al considerar que el cuerpo cierto vendido es susceptible de pérdida liberatoria para el deudor, mientras que el precio, en dinero para que haya compraventa, por pertenecer a un género nunca perece. De manera que si la pérdida por regla general está a cargo del comprador, ello significa la subsistencia de su obligación de pagar el precio a pesar de que jurídicamente desaparezca para el vendedor la suya, de transferir por tradición la especie prometida.

Reaparece sin embargo el plazo de equidad sobre principios bastante claros para disipar la incertidumbre: que nunca el hombre está obligado a lo imposible; que todos y cada uno de los modos por los cuales se extinguen las obligaciones son idóneos para la liberación del deudor; y que la bilateralidad conmutativa de la compraventa quiere decir que las obligaciones correlativas nacidas a un mismo tiempo para las partes se explican recíprocamente y para extinguirse exigen que en derecho se cumpla al efecto alguno de los modos previstos por las normas, sin necesidad de que se trate exactamente del mismo modo para todas las contraídas por cada una de las partes.

Si deja de existir el cuerpo cierto por causa que el vendedor no quiso, no estuvo en capacidad de prever, ni podía evitar, el vínculo obligatorio se extingue jurídicamente por cuanto sin responsabilidad ha llegado a ser imposible el objeto. Es entonces necesario que la obligación correlativa se extinga también por modo valedero en derecho y, primeramente, por pago cuyo objeto no es susceptible de pérdida liberatoria.

Así el problema queda planteado en el campo que concierne a graduar la responsabilidad surgida de los vínculos obligatorios con fuente en el contrato. Si es deber del vendedor conservar hasta el momento de la entrega el cuerpo cierto prometido al comprador y no le bastan ya los cuidados que en concreto acostumbre para manejar su propio patrimonio, sino que en abstracto se le exigen las precauciones de un buen padre de familia (63, 1.604), es seguramente por la imposibilidad de equiparar la posición de quien debe una cosa determinada y la de quien nada ha prometido; y porque quien vende una especie la sustrae virtualmente de sus bienes y se constituye en

guardián para asegurar el bueno y fiel cumplimiento de aquello a que por obra de su voluntad se obligara en vista de otra contraprestación.

Si comparada la conducta del vendedor con la que por el derecho se atribuye a un buen padre de familia, apareciere que a pesar de su diligente vigilancia y previsión sobrevino la pérdida inevitable del cuerpo cierto vendido, la obligación viene a ser imposible, queda sin objeto y se extingue por modo tan completo como si el pago se hubiera hecho. De esta suerte, a consecuencia de la concatenación recíproca de las obligaciones originadas para las partes del mismo negocio bilateral, surge la razón necesaria de que el vínculo que liga al comprador se extinga también de modo eficaz en derecho, esta vez por pago efectivo del precio en dinero, puesto que los géneros no perecen.

2.—Mas si la venta está subordinada suspensivamente a un acontecer futuro e incierto los efectos del contrato varían, aunque en nada se modifican los principios concernientes a la responsabilidad.

En la venta bajo condición suspensiva el acuerdo de voluntades proclama que el vendedor no se desapodera de la especie y ni siquiera se obliga a entregarla sino cuando el evento previsto se realice, a tal punto que si la condición es fallida todo viene a ser como si no se hubiera contratado jamás. Si el evento se cumple, la pérdida del cuerpo cierto mientras pendía la condición pertenece al vendedor en conformidad con la regla *res perit domino*, y porque precisamente si el querer de las partes subordinó la formación del negocio al cumplimiento del hecho condicional, ninguna base objetiva habra para la obligación y el contrato mismo si al verificarse el evento no existiera ya la especie prevista, siempre que el insuceso no resulte imputable al vendedor en comparación de su conducta con la que habría observado un buen padre de familia. Por lo que la responsabilidad en la guarda del objeto no varía.

3.—Cuando se vende con reservación del dominio hasta el pago del precio, el arbitrio de las partes modifica la natural simultaneidad de ejecución de los contratos sinalagmáticos perfectos. Porque si el comprador asume la obligación de pagar el precio en varios contados periódicos sin recibir todavía título y modo de dominio que el vendedor se reserva, es porque en el orden del tiempo debe preceder la satisfacción del precio a la entrega traslativa. Pero aún así la dinámica contractual fundada en la equidad hace saber que si por el cumplimiento de la obligación del com-

prador se realiza la modalidad suspensiva de la obligación del vendedor, simultáneamente con la cobertura del último contado se hace exigible la tradición o se verifica de manera automática si ya el objeto obraba en manos del comprador. Lo cual demuestra a la vez que la simple entrega hecha a este último cuando hay reserva de dominio para el vendedor, carece de efecto traslativo inmediato por encontrarse el título subordinado suspensivamente a la realización de un incierto futuro (750).

4.—Si por lo común la tradición reviste carácter traslativo por ser modo hábil en derecho para adquirir el dominio, y si en general nada impide a la autonomía de la voluntad concertada de las partes expresar suspensiva o resolutoriamente una determinada condición que modifique el efecto traslativo de la entrega, hay sin embargo reglas típicas que configuran la cláusula de reserva del dominio para el vendedor.

Cuando la tradición se cumple en desarrollo del contrato de venta, el efecto traslativo del dominio no se encuentra invariablemente supeditado al pago del precio (750). Es necesario proteger el interés público anexo a terceros poseedores de buena fe, así como también salvaguardar la legitimidad contractual y la firmeza de las transacciones. Por ello se estatuye que de acuerdo con lo que comúnmente acontece el precio debe pagarse en el lugar y tiempo de la entrega o en el lugar y tiempo estipulados; por ello la manifestación de estar pagado el precio en la correspondiente escritura de venta no admite otra contraprueba que la nulidad o falsificación de instrumentos, y sólo en esa virtud "habrá acción contra terceros poseedores" (1934); por ello, en fin, la voluntad modificadora del efecto traslativo de la tradición debe ser expresa antes que todo.

Si el comprador no cumple su obligación primordial de satisfacer el precio, surge para el vendedor la alternativa que le otorga el derecho para exigir el pago o la resolución de la venta a su albedrío, con facultad plena de obtener en ambos extremos el resarcimiento de perjuicios (1930). Esta regulación no es modificable en materia de inmuebles por la voluntad de las partes expresada en el *pactum reservati dominii*. Quedaría al capricho del comprador desligarse del contrato con sólo dejar de ejecutarlo cuando quiera que hallara el arrepentimiento en concordancia con sus intereses personales.

Pero en materia de bienes muebles la flexibilidad que el desarrollo de los negocios aconseja ha permitido recibir esta norma:

"La cláusula de no transferirse el dominio de

los bienes muebles sino en virtud de la paga del precio, en las condiciones que el vendedor y el comprador tengarr a bien estipular, será válida, sin perjuicio de los derechos de los terceros poseedores de buena fe". (1º Ley 45 de 1930).

5.—Si por virtud del pacto reservativo la especie continúa bajo el dominio del vendedor, es inadmisible cualquier género de duda acerca de que los riesgos corren para quien no ha dejado de ser propietario, siempre que el objeto se encuentre en su poder o atienda a su administración.

En la hipótesis de que el comprador haya recibido el cuerpo cierto a título provisional mientras se cumple la condición suspensiva del efecto traslativo, la responsabilidad por el objeto se medirá de acuerdo con las normas aplicables la figura que en concreto las partes hayan querido organizar en resguardo de la tenencia otorgada al comprador, o simplemente en conformidad con la noción de culpa leve, según rige en los contratos interesados para ambas partes, si hubiere silencio al respecto.

6.—El contrato celebrado por Néstor López de la Pava con Climaco Uribe V. y Compañía Limitada es típicamente de compraventa de un bien mueble determinado como cuerpo cierto, bajo pacto reservativo del dominio hasta el pago completo del precio y cláusulas adicionales complementarias del señorío absoluto del vendedor sobre el objeto, que habría de quedar a disposición de Climaco Uribe V. y Compañía Limitada, de acuerdo con lo transcrito anteriormente.

Bajo el número 14 la demanda inicial puntualiza el hecho de que la firma vendedora verificó la afiliación del vehículo a la empresa del Ferrocarril del Pacífico para el transporte de carga entre Armenia e Ibagué. A ese acto del vendedor no podía oponerse el comprador en razón de lo estipulado en el contrato. Por manera que la tenencia provisional que inicialmente tuviese López de la Pava había cesado ya por obra del vendedor cuando se consumó el accidente en que perdió la vida el conductor Farfán y el camión vino a experimentar los daños que motivan el litigio.

En las posiciones que obran a folios 11 y 12 del cuaderno tercero aparece nítido el reconocimiento hecho por la firma vendedora de haber ella afiliado el camión a la citada empresa; de que con su beneplácito Luis Farfán ejercía las funciones de conductor del vehículo y que en estas circunstancias se produjo el accidente.

Reviste especial importancia la posición 12ª, a saber:

"Diga el absolvente si es o no cierto que, al ser afiliado el camión a la empresa del Ferrocarril del Pacífico, el producto de los servicios de ese vehículo estaba destinado primero a atender los gastos de mismo camión, luego al pago de las letras suscritas por el señor Néstor López de la Pava a favor de la sociedad vendedora, y finalmente a entregar al señor López de la Pava lo que de ese producto sobrara después de cubrir las dos destinaciones anteriores? —Contestó: Es cierto".

Y también la décima tercera:

"Diga el absolvente ¿si es o no cierto que usted, como gerente de la sociedad de Climaco Uribe y Compañía Limitada no ha rendido cuentas de lo que liquidó y recibió de los productos derivados de los servicios prestados por el camión referido mientras éste estuvo afiliado al Ferrocarril del Pacífico? Contestó: Es cierto".

7.—Si, pues, trata el pleito de la acción resolutoria del contrato de compraventa de cierto vehículo de carga en que el vendedor además de reservarse el dominio le da a la tenencia del comprador características de precariedad tal que puede cesar en cualquier momento por la mera voluntad del vendedor, quien explícitamente confiesa que a tiempo del accidente ya había hecho uso de su poder para cancelar la tenencia del comprador mediante la afiliación del vehículo a la empresa del Ferrocarril del Pacífico, no puede remitirse a duda que el riesgo pertenece al vendedor y que la continencia del juicio comprende necesariamente todos los extremos referentes a la conducta de las partes en la ejecución o inexecución del contrato por caer de manera ostensible dentro del lazo jurídico procesal que el fallo de fondo está llamado a desatar.

8.—La confesión que viene transcrita deja sin apoyo el parecer de que el actor no está legitimado en la acción resolutoria por mora de su parte. Si en la ejecución sucesiva del contrato el vehículo fue afiliado por el vendedor a la dicha empresa transportadora de carga en la vía Armenia-Ibagué para cubrir con sus productos el saldo insoluto del precio, no habrá ciertamente mora del comprador sino más bien del vendedor que no devuelve aquellas letras que en lo sucesivo carecen de consideración de valor entre las partes inmediatas y que no rinde cuentas del producido del camión.

9.—No basta afirmar que el objeto puede ser reparado para fundar en casación la censura de sentencia que estudia con detenimiento cuidadoso todas y cada una de las cuestiones que el debate planteara y llega sobre ese punto a la conclusión

de que los daños sufridos equivalen a la pérdida del vehículo.

Establecidos por la tarifa los poderes de apreciación en la instancia sobre los fundamentos, significado y alcance del dictamen de peritos en punto como el discutido, no es dable generalmente supeditar en el recurso extraordinario la convicción del Tribunal, salvo que se demuestre el error craso en que hubiese incurrido. Lo que aquí no aparece.

Ni podría olvidarse que "todo lo que destruye la aptitud de la cosa para el objeto a que según su naturaleza o según la convención se destina, se entiende destruir la cosa", según la norma del inciso 3º, artículo 1.543 del Código Civil, que a su turno envuelve poderes discrecionales para el sentenciador.

Además, la motivación del fallo presenta con cita de los artículos 1.880 y 1.881 del Código Civil, este concepto de derecho no objetado en la censura:

"... cuando no se entrega la cosa por el vendedor, a quien le corresponde elegir entre si acepta el carro reparado, es decir persevera en el contrato o desiste de él es al comprador, y el vendedor carece de derecha para obligarlo a aceptar la entrega...."

10.—En consecuencia de todo lo cual estuvo el demandante legitimado en causa para obtener fallo favorable a las súplicas del libelo.

Resolución:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 18 de julio de 1956 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

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

José Hernández Arbeláez—Hernando Morales

M.—Enrique Coral Velasco—Arturo C. Posada—

Gustavo Salazar Tapiero—José J. Gómez R., Con-

juez.—Jorge Soto Soto, Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA O DE DOMINIO. — ELEMENTOS QUE LA CONFIGURAN. — CONFESION EN JUICIO. — VALOR PROBATORIO DE LA EFECTUADA POR EL APODERADO DE UNA DE LAS PARTES.—INTERPRETACION Y ALCANCE DEL ARTICULO 971 DEL C. CIVIL. — CAUSAL 1ª.—TECNICA DE CASACION.— EL ARTICULO 1115 DEL CODIGO JUDICIAL ES UNA NORMA DE CARACTER ADJETIVO O PROCEDIMENTAL. — EN CASACION NO TIENEN INCIDENCIA LOS REPAROS QUE SE HACEN A LA SENTENCIA POR CONCEPTO DE VIOLACION DE DISPOSICIONES ADJETIVAS. — LA ACCION PETITORIA DE CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO, CORRESPONDE EXCLUSIVAMENTE AL CONTRATANTE QUE HA CUMPLIDO POR SU PARTE CON SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES, PORQUE DE ESTE CUMPLIMIENTO SURGE EL DERECHO DE EXIGIR QUE LOS DEMAS CUMPLAN LAS SUYAS. — UNA DEMANDA DE RECONVENCION NO EQUIVALE A UN REQUERIMIENTO

1.—Los elementos configurativos de la acción reivindicatoria o de dominio, los cuales son esenciales para su viabilidad, son los siguientes: cosa singular reivindicable o cuota determinada en cosa singular; derecho de dominio del demandante; posesión material por parte del demandado e identidad de la cosa que se reivindica con la poseída por el reo.

2.—“La confesión en juicio, dice Fernando Alessandri, es un medio probatorio que consiste en el reconocimiento que hace en juicio una de las partes sobre un hecho que produzca en su contra consecuencias jurídicas. Por medio de esta prueba, la parte contraria (el confesante) reconoce y declara sobre la efectividad de un hecho que sirve de fundamento a las peticiones de la otra”. (Curso de Procedimiento Civil, tomo I, página 41).

La doctrina anteriormente expuesta se halla prácticamente consagrada como norma de nuestro derecho probatorio en el artículo 604 del Código Judicial y también en el 607 *ibidem*, que le reconoce el carácter de confesión judicial a la efectuada por el apoderado cuando se realiza en las condiciones allí mismo prescritas.

Si el demandado confesó judicialmente ser poseedor del inmueble en litigio con ánimo de señor y dueño y si esa confesión que está de acuerdo con lo afirmado por el actor del juicio en su libelo, tiene el carácter, de plena prueba, es obvio concluir que sobre la aceptación de tal hecho se trabó la *litis* viniendo en consecuencia a quedar descartada de ella

el extremo relativo a la condición jurídica del demandado.

3.—La norma del artículo 971 del Código Civil, como reiteradamente lo ha sostenido en numerosos fallos esta Superioridad, no puede considerarse como un principio exceptivo al general en el sentido de ser siempre persona responsable como sujeto pasivo de la acción de dominio sin discriminación alguna el tenedor.

Por lo demás, cuando nuestro Código Civil en el Título XIII relativo a la reivindicación hace alusión al mero tenedor en el artículo 953 no es en manera alguna para señalarlo como posible demandado, sino para obligarlo a declarar el nombre y residencia de la persona a cuyo nombre la tiene a fin de indicárselo al demandante. Así fijó el alcance del precitado artículo la Corte en su sentencia de fecha 5 de diciembre de 1944 (G. J., tomo LVIII, página 172). Este principio está consignado en el artículo 214 del Código Judicial.

4.—El error de interpretación de una norma legal no da margen para infirmar una sentencia, cuando no ha sido dicha norma la que reguló el litigio, sino otras las que lo rigieron.

5.—El carácter de ser sustantiva o adjetiva una disposición legal, no consiste ni depende de su colocación en tal o cual código, pues como lo ha declarado la Corte, disposiciones adjetivas se hallan incorporadas en el Código Civil, como sustantivas las hay en el Código de Procedimiento Civil.

El artículo 1.115 del Código Judicial, como lo dijo la Comisión Redactora de dicho estatuto, congruente con la rúbrica del Título XXVIII del mismo y en concordancia con el concepto jurídico de tenencia, establece que las disposiciones sobre lanzamiento de arrendatario se aplican también a la restitución de objetos dados en comodato, depósito, prenda, anticresis, o sobre los cuales se tenga un derecho de retención ya extinguido. Según lo expuesto, el citado artículo es de carácter meramente adjetivo o procedimental y como conforme a lo dispuesto en el ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial, el cargo de violación de la ley debe referirse a preceptos de carácter sustantivo, es decir, a normas creadoras o reguladoras de derechos de esa índole, es obvio, que no tienen incidencia en casación los reparos que se hacen a la sentencia por concepto de violación de disposiciones adjetivas.

6.—Cuando en un contrato de promesa de venta consta que el vendedor se obligó a “otorgar la correspondiente escritura apenas lo exigiera el comprador”, corresponde a éste requerir al vendedor para constituirlo en mora, sin que pueda decirse que una demanda de reconvencción equivale a un requerimiento, ya que éste es un acto judicial el cual debe surtirse en la forma prescrita por la ley.

Si la intención de una demanda de reconvencción fue la de obtener el cumplimiento del contrato de promesa de venta, la situación jurídica en que se colocó el autor de aquélla no pagando la totalidad del precio estipulado, no le daba margen legal al sentenciador para evacuar favorablemente las súplicas impetradas allí, porque la acción de cumplimiento de un contrato a que se refiere el artículo 1.546, inciso 2º del Código Civil, corresponde exclusivamente, como lo ha dicho la Corte en numerosos fallos, entre ellos el de 13 de junio de 1946, al contratante que ha cumplido por su parte con sus obligaciones contractuales, porque de este cumplimiento surge el derecho de exigir que los demás cumplan las suyas. Lo dicho anteriormente no afecta el derecho del promitente comprador, para obtener por las vías legales el reintegro de aquellas sumas de dinero que dio al promitente vendedor a buena cuenta del precio del inmueble prometido.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, febrero veintiocho de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Ignacio Escallón)

Ante le Juzgado Segundo del Circuito de Neiva, Darío Trujillo, por medio de apoderado demandó a Juan de la Cruz Montealegre, para que por sentencia definitiva se le condenase a restituir al actor del juicio la finca rural denominada “El Diamante”, situada en jurisdicción del Municipio de Algeciras y alinderada en la forma como se expresa en el respectivo libelo.

Igualmente suplicó se condenase al demandado a restituir los frutos naturales y civiles de la finca ya citada, o el valor de ellos a partir del mes de enero de 1939, así como al pago de las costas del juicio.

Afirmó el demandante como hechos básicos de su demanda ser propietario de la finca “El Diamante”, cuyo título de propiedad es la Resolución número 614 de 5 de noviembre de 1935, expedida por el Ministerio de Industrias y que confirmó la dictada por la Gobernación del Departamento del Huila, inscrita en la Oficina de Registro de Neiva, el 1º de mayo de 1936, en el libro número 1º, página 383, tomo 1º, número 470.

De la finca expresada se halla en posesión el demandado, según el demandante, desde el mes de enero de 1939 y se ha negado a restituirla.

En derecho fundó su acción el actor en los artículos 946, 947, 950, 952, 961 y demás concordantes del Código Civil.

Admitida la demanda al corrérsele traslado de ella al demandado, negó el derecho en que el actor fundó la acción promovida y negó al propio tiempo algunos de los hechos fundamentales de la demanda. Propuso además, la excepción perentoria de inpetada demanda y en escrito aparte presentó demanda de reconvencción contra el demandante, pidiendo fuera condenado éste a cumplir el contrato de promesa de venta celebrado con el contrademandante por documento privado de fecha 26 de enero de 1939, y al pago de la suma de \$ 100.00 con sus intereses a la rata del 6% anual por concepto del incumplimiento del contrato, ya mencionado.

Agotado el trámite en la primera instancia, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Neiva, por sentencia de fecha 10 de junio de 1957, desató la litis condenando a Juan de la Cruz Montealegre a restituir dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria del fallo, al señor Darío Trujillo R., la

finca rural denominada "El Diamante", cuyos linderos fueron debidamente expresados en el numeral 1º de la parte resolutive de la sentencia de primer grado y al propio tiempo fue condenado Montealegre a pagar al demandante los frutos naturales y civiles del inmueble desde la fecha de la notificación de la demanda.

No conforme con la anterior providencia el demandado apeló ante el Tribunal y esta entidad por sentencia de fecha 5 de diciembre de 1957, confirmó en todas sus partes la sentencia apelada.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso el recurso de casación el apoderado de la parte vencida y ha llegado el momento de decidirlo, por hallarse cumplidas todas las formalidades de rigor.

LA DEMANDA

Tres cargos contra la sentencia del Tribunal de Neiva contiene la demanda de casación y proceden en su orden a examinarse.

Primer cargo.

Acogiéndose a la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, lo formula el recurrente en los siguientes términos:

"Violación de los artículos 762, 775, 777, 946 y 952 del Código Civil por infracción directa y del artículo 971 por interpretación errónea".

Para sustentarlo dice:

"El Tribunal ha infringido los preceptos de nuestra legislación civil porque ha confundido la posesión con la mera tenencia. El señor Trujillo promitente vendedor ha seguido poseyendo corpore alieno de la finca de "El Diamante". El es el verdadero poseedor del fundo. Mas en ningún caso el señor Montealegre, promitente comprador porque la causa possessionis de éste, es un título precario, la tenencia que autorizó el contrato de promesa de venta. Y además el señor Montealegre no ha enajenado la finca lo cual sí constituiría el fenómeno que los tratadistas llaman la interversión del título y que está contemplada en el artículo 791 del Código Civil fenómeno que lo convertiría en usurpador por la negación franca que esto implicaría de la titularidad dominical de Trujillo".

Expuesto lo anterior deduce el recurrente que la acción incoada no es la procedente.

La Corte considera

La acción reivindicatoria o de dominio, dice el artículo 946 del Código Civil, es la que tiene el dueño de una cosa singular de que no está en

posesión para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla.

Fundándose en la precitada disposición y en los demás artículos concordantes del Código Civil, reguladores de la acción reivindicatoria, el actor promovió esta demanda y durante la secuela del juicio adujo pruebas con el propósito de acreditar los cuatro elementos configurativos de la acción reivindicatoria, los cuales son esenciales para su viabilidad. Como es sabido son los siguientes: cosa singular reivindicable o cuota determinada en cosa singular; derecho de dominio del demandante; posesión material por parte del demandado e identidad de la cosa que se reivindicada con la poseída por el reo.

No logró durante el proceso la parte demandada desvirtuar ni la legalidad ni la eficacia probatoria del título de dominio aducido por el demandante para comprobar su derecho de propiedad sobre el lote que pretende reivindicar. Y no hubo controversia en lo referente a la singularidad e identidad del inmueble en cuestión. El único extremo discutido es la improcedencia de la acción de dominio, ya que según lo dice el recurrente lo adecuado hubiera sido promover la de tenencia, pues el demandado, dice el recurrente, no es poseedor sino simple tenedor de la cosa a nombre del demandante.

Planteada en estos términos la acusación conviene por razones de método examinar previamente, cuál es en realidad la situación jurídica de la parte demandada y para ello es necesario tener en cuenta los siguientes antecedentes procesales:

Entre los hechos aducidos por el actor para fundar su demanda expuso como tercero el que dice así

"Desde enero de 1939, el demandante Juan de la Cruz Montealegre tomó la posesión de dicha finca y desde entonces hasta hoy, la posee materialmente, manteniendo animales en ella, cultivando sementeras y aprovechando los frutos o productos sin tener título legal alguno sobre tal finca".

El demandado al contestar la demanda respondió al anterior hecho en los siguientes términos:

"Desde el día 26 de enero de 1939, mi poderdante Juan de la Cruz Montealegre está en posesión material de la finca de que habla la demanda y ejercita en ella actos de señor y dueño, porque en esa fecha celebró con Darío Trujillo un contrato de promesa, concebido en estos términos: Trujillo prometió venderle la finca a Montealegre en la suma de \$ 1.200.00; Trujillo le dió

plazos para esos pagos; Trujillo le hizo entrega "real y material" de la finca al promitente comprador Montealegre; Trujillo recibió a cuenta del precio total de la finca la suma de \$ 975.00; y se obligó para con Montealegre a otorgarle la escritura de la finca "apenas lo exija el comprador" (es decir, cuando se lo solicite Montealegre). Así lo reza el documento privado de promesa, de fecha 26 de enero de 1939, suscrito en Algeciras por Darío Trujillo R. y Juan de la Cruz Montealegre, ante los testigos Silvestre Bautista y Hernando H. González, estampillado debidamente y reconocido por el promitente Darío Trujillo".

La anterior declaración dados los términos y circunstancias como aquella fue producida, genera consecuencias procesales que como es obvio, deben influir en la decisión de fondo de la presente controversia.

"La confesión en juicio, dice Fernando Alessandri, es un medio probatorio que consiste en el reconocimiento que hace en juicio una de las partes sobre un hecho que produzca en su contra consecuencias jurídicas. Por medio de esta prueba, la parte contraria (el confesante) reconoce y declara sobre la efectividad de un hecho que sirve de fundamento a las peticiones de la otra". (Curso de Procedimiento Civil, tomo I, página 41).

La doctrina anteriormente expuesta se halla prácticamente consagrada como norma de nuestro derecho probatorio en el artículo 604 del Código Judicial y también en el 607 *ibidem*, que le reconoce el carácter de confesión judicial a la efectuada por el apoderado cuando se realiza en las condiciones allí mismo prescritas; y cuya disposición es conducente al caso de autos.

Si el demandado, como se ha dicho, confesó judicialmente ser poseedor del inmueble en cuestión con ánimo de señor y dueño y si esa confesión que está de acuerdo con lo afirmado por el actor del juicio en su libelo, tiene el carácter de plena prueba, es obvio concluir que sobre la aceptación de tal hecho se trabó la litis viniendo en consecuencia a quedar descartada de ella el extremo relativo a la condición jurídica del demandado. Bien dijo por ello el Juez de primera instancia en la motivación de su fallo:

"Respecto de la posesión del demandado es suficiente la contestación que éste hace al momento de contestar la demanda".

Y el Tribunal de Neiva acorde con el anterior razonamiento, dijo en los considerandos de su fallo que con respecto a la situación del demandado, como poseedor del inmueble "era perfecta la prueba", de donde se deduce que la acción estuvo

bien enderezada, pues de conformidad con el artículo 952 del Código Civil debe ser dirigida contra el actual poseedor. Así hubo de reconocerlo el sentenciador, quien lejos de haber violado la citada norma, como lo afirma sin fundamento el recurrente, le dio a ella acertado y cabal cumplimiento. Tampoco resulta fundado el cargo de violación del artículo 946 del Código Civil que consagra la acción reivindicatoria de dominio, pues dada la naturaleza y propósitos de esta demanda, la acción promovida era la conducente y llamada a regirla las disposiciones que nuestro derecho civil consagran, encausan y regulan la acción reivindicatoria, las cuales invocó el demandante como los fundamentos de derecho de las súplicas impetradas.

En su demanda de casación el recurrente impugna la sentencia por haber sostenido el Tribunal en la motivación del fallo "que contra el tenedor puede ejercitarse la acción reivindicatoria". Errónea es esta tesis en la forma absoluta como ha sido expuesta por el sentenciador y la Corte por vía doctrinaria considera necesario rectificarla.

Ciertamente el artículo 971 del Código Civil dice expresamente que las reglas sobre reivindicación se aplicarán contra el que poseyendo a nombre ajeno retenga indebidamente una cosa raíz o mueble aunque lo haga sin ánimo de señor.

Más la norma sustantiva antes transcrita, como reiteradamente lo ha sostenido en numerosos fallos esta Superioridad, no puede considerarse como un principio exceptivo al general en el sentido de ser siempre persona responsable como sujeto pasivo de la acción de dominio sin discriminación alguna el tenedor.

Por lo demás, cuando nuestro Código Civil en el Título XII relativo a la reivindicación hace alusión al mero tenedor en el artículo 953 no es en manera alguna para señalarlo como posible demandado, sino para obligarlo a declarar el nombre y residencia de la persona a cuyo nombre la tiene a fin de indicárselo al demandante. Así fijó el alcance del precitado artículo la Corte en su sentencia de fecha 5 de diciembre de 1944 (tomo LVIII, página 172). Este principio está consignado en el artículo 214 del Código Judicial.

Finalmente, se acusa la sentencia por errónea interpretación del artículo 971 del Código Civil. Ya se dijo que esta disposición no fue adecuadamente interpretada por el Tribunal y su error fue rectificado por esta Sala en los términos ya expresados; pero tal error de interpretación no da margen para infirmar la sentencia recurrida, por no haber sido el Art. 971 el que reguló este litigio,

sino otras las normas sustantivas que lo rigieron, como se deduce del siguiente pasaje de la sentencia:

“Obligada consecuencia de lo anterior, es aceptar que en el caso materia de este fallo se han satisfecho los requisitos que el artículo 946 del Código Civil exige para el buen éxito de la acción intentada”.

Y si el precitado artículo 971 hubiese sido aplicado al caso sub-lite, entonces ha debido atacarse la sentencia por aplicación indebida de aquella norma, pero en ningún caso por su errónea interpretación, como lo hizo el recurrente, de donde resulta que por este aspecto es ineficaz el motivo de casación alegado.

En cuanto a los artículos 762, 775 y 777 que definen la posesión y la mera tenencia, no parece demostrado en la demanda de casación que aquellas normas hubiesen sido infringidas, ni tampoco tiene base la afirmación de que el sentenciador confundió aquellos dos conceptos jurídicos, pues expresamente se hizo la diferencia de ellos en la motivación del fallo. Pero aún suponiendo que el Tribunal hubiese incidido en la violación denunciada por el recurrente, esta circunstancia no justificaría casar su providencia, porque la razón principal que le sirve de soporte jurídico es la de haberse comprobado plenamente por parte del actor durante la secuela del juicio los cuatro extremos o elementos axiológicos de la acción reivindicatoria y por ello la intención de la demanda del reivindicante estaba llamada a prosperar, como al efecto prosperó.

Por todas las consideraciones anteriormente expuestas, no se acepta el cargo.

Segundo cargo.

Se halla formulado en los siguientes términos:

“Violación de los artículos 1.115, y demás disposiciones que integran el título XXXVII del Código Judicial, y del artículo 26 de la Constitución Nacional, por infracción indirecta proveniente de su no aplicación al caso controvertido, siendo así que los supuestos de hecho exigían la actuación de estas normas.

“Este cargo no es otra cosa que la presentación, por otra faz, del cargo anterior que doy por reproducido”.

Agrega el recurrente:

“Y apenas habrá para qué advertir que la unánime doctrina de la Corte proclamada por muchas de las normas del Código de Procedimiento, no obstante estar contenidas en él, tienen las características de disposiciones sustantivas, cuyo que-

branto es susceptible de enmendarse merced al recurso extraordinario de casación”.

Consideraciones de la Corte.

El carácter de ser sustantiva o adjetiva una disposición legal, no consiste ni depende de su colocación en tal o cual código, pues como lo anota con razón el recurrente, y lo ha declarado la Corte, disposiciones adjetivas se hallan incorporadas en el Código Civil, como sustantivas las hay en el Código de Procedimiento Civil.

El artículo 1.115 a que alude el recurrente, dice así:

“Las disposiciones de este Título se aplican, en lo pertinente, a la restitución de cosas dadas en tenencia a título distinto del de arrendamiento, que están en poder de alguno en ejercicio del derecho de retención, llegado que sea el tiempo de exigir que se restituyan”.

La disposición anteriormente transcrita, como lo dijo la Comisión Redactora del Código Judicial, congruente con la rúbrica del Título XXVII del Código Judicial y en concordancia con el concepto jurídico de tenencia, establece que las disposiciones sobre lanzamiento de arrendatario se aplican también a la restitución de objetos dados en comodato, depósito, prenda, anticresis, o sobre los cuales se tenga un derecho de retención ya extinguido. Según lo expuesto, el citado artículo es de carácter meramente adjetivo o procedimental y como conforme a lo dispuesto en el ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial, el cargo de violación de la ley debe referirse a preceptos de carácter sustantivo, es decir, a normas creadoras o reguladoras de derechos de esa índole, es obvio, que no tienen incidencia en casación los reparos que se hacen a la sentencia por concepto de violación de disposiciones adjetivas, de donde se deduce que el cargo por el motivo expuesto, no resulta procedente y por ello no se acepta.

Finalmente, en cuanto a la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional a que alude el recurrente, ninguna razón se adujo para fundar tal cargo, y por ello no es el caso de estudiar este aspecto de la demanda de casación. Por las razones expuestas, no se acepta el cargo.

Tercer cargo.

Se halla formulado así:

“Este tercero y último cargo lo formulo con carácter esencialmente subsidiario, para el evento,

que creo imposible, de que la H. Corte rechazare los dos cargos anteriores.

“Si llegare a considerarse que Montealegre es poseedor; y que es viable la acción procesal adelantada con el presente juicio contra él, pido que entonces se case la sentencia del Tribunal, por no haber decretado igualmente la prosperidad de la demanda de reconvencción.

“En efecto:

“El contrato de promesa de venta, como tal, es jurídicamente perfecto. En él se dijo que el promitente vendedor debería otorgar la escritura pública que solemnice la enajenación tan pronto lo exija el comprador’ (folio 2 vuelto, cuaderno número 2º). Y el promitente comprador lo exigió con la formulación de la demanda de reconvencción. Como falta el pago de parte del precio, y el demandado está dispuesto a realizarlo inmediatamente, la orden de otorgar la escritura pública estaría condicionada a ese pago, dentro de un término prudencial que la Corte en sabiduría habría de señalar”.

Expuesto lo anterior, dice el recurrente, que por no haberse decretado las súplicas de la demanda de reconvencción violó el Tribunal los artículos 1.494, 1.502, 1.602, 1.603, 1.605 del Código Civil y el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, en cuya infracción directa incurrió el sentenciador por error de derecho en la apreciación de la cláusula de la promesa que imponía el promitente vendedor la obligación de otorgar escritura de compraventa (que será apenas lo exige el comprador”).

Consideraciones de la Corte.

En verdad como lo afirma el recurrente, y consta además en el respectivo contrato de promesa de venta, que el vendedor se obligó a “otorgar la correspondiente escritura apenas lo exigiera el comprador”. Según el tenor literal de la expresada cláusula, correspondía al comprador requerir al vendedor para constituirlo en mora, cosa que no hizo, pues no aparece probada en el proceso, sin que pueda decirse, como lo afirma el recurrente, que la demanda de reconvencción equivale a un requerimiento, ya que éste es un acto judicial el cual debe surtirse en la forma prescrita por la ley.

Y además, de no hallarse en mora el promitente vendedor en lo que respecta a la obligación de otorgar la escritura de venta a Montealegre, debe observarse que Trujillo como lo ha confesado en el proceso, no pagó totalmente la suma

de \$ 1.200.00 que dentro del plazo de un año y medio se había comprometido a pagarle a Montealegre por concepto del bien prometido en venta.

Justamente el sentenciador en vista de la circunstancia que acaba de expresarse y ateniéndose a los términos de la convención y a lo dispuesto en el artículo 1.602 del Código Civil, según el cual, todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes contratantes, no accedió a los pedimentos formulados en la demanda de reconvencción, entre los cuales se solicitó fuera condenado Trujillo a otorgar a Montealegre la escritura pública de venta. Al proceder en la forma dicha el Tribunal ni incidió en error de interpretación de la cláusula contractual a que alude el recurrente, ni tampoco incurrió en la violación de las normas citadas en el cargo que se examina y oportuno resulta transcribir la siguiente doctrina de la Corte:

“A la Corte le está vedado en casación entrar a averiguar si el Tribunal erró o nó al interpretar las cláusulas del contrato objeto del pleito. Yerros de tal naturaleza tienen el carácter de errores de hecho y escapan a la casación si en virtud de ellos no se ha incurrido en una flagrante equivocación, en relación con la naturaleza específica del contrato, v. gr., tomando por arrendamiento una compraventa o viceversa”. (Casación 9 de diciembre de 1909. Tomo XIX, página 148).

Por último, si la intención de la demanda de reconvencción fue la de obtener el cumplimiento del contrato de promesa de venta, la situación jurídica en que se colocó el autor de aquella no pagando la totalidad del precio estipulado, no le daba margen legal al sentenciador para evacuar favorablemente las súplicas impetradas allí, porque la acción de cumplimiento de un contrato a que se refiere el art. 1.546, inciso 2º del Código Civil, corresponde exclusivamente, como lo ha dicho la Corte, en numerosos fallos, entre ellos el de 13 de junio de 1946, al contratante que ha cumplido por su parte con sus obligaciones contractuales, porque de este cumplimiento surge el derecho de exigir que los demás cumplan las suyas. Lo dicho anteriormente no afecta el derecho del promitente comprador, para obtener por las vías legales el reintegro de aquellas sumas de dinero que dio al promitente vendedor a buena cuenta del precio del inmueble prometido.

Por todas las razones expuestas, no se acepta el cargo.

FALLO:

Por las anteriores consideraciones, 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 cinco (5) de diciembre de mil novecientos cincuenta y siete (1957), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, en el juicio ordinario de Darío Trujillo contra Juan de la Cruz Montealegre.

Sin costas, por no aparecer causadas.

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

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco.
—Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez —
Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—
Jorge Soto Soto, Secretario.

CARACTERES GENERALES DE LA SEPARACION DE BIENES. — SENTIDO Y ALCANCE DEL TERMINO "ABSOLUTO" USADO POR EL CODIGO CIVIL, EN SU ART. 154, PARA PRECISAR EL ABANDONO DEL MARIDO EN EL CUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ESPOSO Y DE PADRE. — LA CRITICA DE DETALLES DE CARACTER SECUNDARIO QUE, SIN ARGUMENTO ALGUNO CAPAZ DE DESVIRTUAR SU EFICACIA PROBATORIA, SE FORMULEN A LAS PRUEBAS DEL JUICIO, RESULTAN IMPROCEDENTES EN CASACION. — ERROR DE HECHO. — CUANDO EXISTE LA AUTONOMIA DE QUE GOZAN LOS FALLADORES DE INSTANCIA EN MATERIA DE APRECIACION PROBATORIA, TIENE UN MAYOR MARCO DE AMPLITUD EN JUICIOS DE LA INDOLE DEL DE SEPARACION DE BIENES, POR LA NATURALEZA DE LOS HECHOS ALLI CONTROVERTIDOS. — A LA MUJER LE CORRESPONDE PROBAR EL ABANDONO ABSOLUTO DEL MARIDO Y A ESTE LA CAUSA JUSTA DEL MISMO. — APRECIACION DE LA PRUEBA AL RESPECTO. — LA INFRACCION DIRECTA DE LA LEY Y LA INTERPRETACION ERRONEA DE LA MISMA, SON EXPRESIONES QUE RESPONDEN A DOS CONCEPTOS DIFERENTES

1.—La separación de bienes es una institución jurídica de orden público establecida inicialmente en nuestro derecho civil en beneficio exclusivo de la mujer, siendo ésta, quien sólo podía demandarla, pero tal sistema vino a ser implícitamente modificado a virtud de la Ley 28 de 1932, a partir de cuya vigencia ha prevalecido la tesis de que puede ser pedida por cualquiera de los cónyuges.

Como causales de la separación proceden no sólo la insolvencia o administración fraudulenta del marido de que trata el artículo 200 del Código Civil, sino también como lo prescribe expresamente el artículo 2º de la Ley 8ª de 1922 las que autorizan el divorcio por hechos imputables al marido, de acuerdo con el artículo 154 íbidem, así como la disipación y el juego habitual a que hace mención el artículo 534 íbidem.

Decretada judicialmente la separación, declarada en estado de disolución la sociedad conyugal, y una vez llevada a cabo la correspondiente liquidación y partición de los bienes sociales en la forma prevista en el artículo 795 del Código Judicial, cada uno de los cónyuges administra exclusivamente para sí aquellos bienes que les hubiesen correspondido en la liquidación mencionada. Estos son, en resumen, los caracteres generales de la separación de bienes que en nuestro derecho civil se halla regulada en

el Capítulo III del Título IX del Libro I del Código Civil, en la Ley 8ª de 1922 y en el precitado artículo 795 del Código Judicial.

2.—En realidad, nuestro Código Civil no dice en qué consiste el abandono absoluto de los deberes de que trata la causal 4ª del artículo 154 del Código Civil, el cual, según algunos doctrinantes consiste en el desamparo grave e injustificado de sus deberes por parte del marido o de la mujer. Nuestra jurisprudencia, a su vez, al fijar el alcance del numeral 4º del artículo citado, dijo en su sentencia de 11 de julio de 1929 (G. J., número 1.849, página 26) que no consistía en un desamparo temporal del hogar por parte del esposo, ausentado de él por querellas domésticas, sino en el quebrantamiento del deber que los cónyuges tienen de observar la participación en la vida conyugal. Posteriormente con el fin de precisar más la noción jurídica del abandono absoluto, dijo la Corte que éste consistía en el "menosprecio de aquellos deberes que toma sobre sí el individuo a virtud del matrimonio ya por derecho natural, ya por leyes positivas, deberes que tienen una fuente moral común: el amor y la veneración recíproca de los esposos, del cónyuge para con su esposa y sus hijos: officia pietatis" (Casación, septiembre 27 de 1930, G. J., número 1.867, página 94).

3.—La crítica de detalles de carácter se-

cundario que se formulen a las pruebas del juicio, sin argumento alguno capaz de desvirtuar su eficacia probatoria, resultan impropcedentes ante la Corte cuya esfera de acción, en estos casos, está limitada a corregir los errores evidentes de hecho y los de derecho de que adolezca el fallo sometido a su juicio.

4.—El error de derecho en la apreciación probatoria no puede existir, como lo ha decidido la Corte en reiterada jurisprudencia, sino cuando se dá a una prueba un valor que legalmente no tiene, o al contrario, se desconoce el que al efecto le ha reconocido la ley.

5.—La Corte no puede modificar el criterio del Tribunal, porque tanto nuestro derecho probatorio, como la jurisprudencia nacional, consagran el principio de que el fallador goza de autonomía en materia de apreciación probatoria, que tiene un mayor marco de amplitud en juicios de esta índole (separación de bienes de sociedad conyugal), por la naturaleza de los hechos allí controvertidos, y es por ello que Planiol y Ripert refiriéndose a tales juicios, dice lo siguiente:

“En esta clase de juicios los Tribunales de casación no sólo dejan a los Jueces de instancia la libertad de apreciar la gravedad de los hechos alegados como motivos de la separación, sino que además abandonan todo control en la determinación de los hechos clasificados como tales”.

6.—Habiéndose enderezado todo el esfuerzo probatorio de la parte demandante, a establecer procesalmente, como causal de separación el abandono del marido en el cumplimiento de sus deberes de esposo, corresponde a éste demostrar durante la secuela del juicio que tal abandono no había sido determinado por culpa suya. “A la mujer, dijo la Corte en su sentencia de fecha 23 de noviembre de 1955 (G. J., número 2.161, página 634), le corresponde probar el abandono absoluto y nada más; y al marido la causa justa del mismo. Sería un absurdo que a la mujer que demandara a su esposo por haber dejado de cumplir con sus deberes sin causa alguna, se le obligara a demostrar que no tuvo razón legal para omitirlos, pues esto constituye una verdadera excepción para el marido”.

Si el Tribunal, por haber hallado concluyente la prueba testimonial aducida por

la parte demandante, para comprobar el abandono de los deberes conyugales, por parte de su marido, basó sobre dicha prueba su decisión de fondo, no sólo obró dentro de la órbita de sus funciones jurisdiccionales, sino que dio estricto cumplimiento al artículo 697 del Código Judicial, según el cual, el dicho de dos testigos hábiles que concuerden en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar forman plena prueba, así como también aplicó correctamente el artículo 702 *ibidem* que otorga al sentenciador la facultad, cuando sobre un mismo punto se presentan exposiciones de varios testigos contradictorias entre sí, de darle prelación a aquéllas declaraciones que a su juicio ofrezcan mayor garantía de credibilidad.

7.—La infracción directa de la ley y la interpretación errónea de la misma, son expresiones que dentro de la técnica de casación, responden a dos conceptos diferentes que no deben confundirse.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, marzo diez y siete de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Ignacio Escallón).

Cristian Muñoz y Otilia Torres contrajeron matrimonio por los ritos de la Iglesia Católica el día 5 de febrero de 1923 y de ese matrimonio procrearon los siguientes hijos: Luis Conrado, Jorge Helí, Graciela y Silvio Muñoz Torres.

Durante la existencia de la sociedad conyugal Muñoz-Torres fueron adquiridos a título oneroso algunos bienes que se hallan relacionados en la demanda. Posteriormente surgieron algunas diferencias en la vida conyugal que vinieron a la postre a deteminar a la cónyuge a formular la presente demanda de separación de bienes, invocando para ello como uno de los hechos justificativos de ella, el haber el cónyuge Cristian Muñoz abandonado su hogar y haber incurrido en el incumplimiento de sus deberes de esposo. Igualmente invocó la demandante las causales de separación previstas en los numerales 2º y 5º del artículo 154 del Código Civil, así como también la mencionada en el artículo 200 *ibidem*.

Opusóse el demandado al corrérsele traslado de la demanda a la mencionada separación y negó los hechos afirmados por la parte actora y una vez cumplidos los trámites de la primera instan-

cia, el Juzgado Civil del Circuito de Anserma por sentencia de fecha 5 de diciembre de 1956 negó las peticiones formuladas en la demanda absolviendo al demandado de los cargos contenidos en el respectivo libelo.

La anterior providencia subió en recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la actora ante el Tribunal Superior de Manizales y éste por sentencia de fecha 4 de junio de 1957 revocó la de primer grado y en su lugar resolvió:

"1º—Decrétase la separación de bienes de la sociedad conyugal formada por el hecho de su matrimonio entre Otilia Torres y Cristian Muñoz|

"2º—Como consecuencia de lo anterior, se declara a dicha sociedad en estado de disolución y se manda proceder a su liquidación y partición, en la forma prevista por el artículo 795 del Código Judicial.

"3º—Se declara no probada la excepción de cosa juzgada alegada por la parte demandada.

"4º—Se niegan las demás peticiones de la demanda.

"5º—Las costas causadas en ambas instancias son de cargo del demandado Cristian Muñoz. El Juzgado a-quo liquidará las de la primera instancia".

No satisfecha la parte demandada de la anterior providencia interpuso recurso extraordinario de casación, el cual una vez concedido y tramitado en debida forma ha llegado el momento de decidirlo.

EL RECURSO

Cuatro cargos han sido formulados contra la sentencia del Tribunal y procede en su orden a estudiarse.

Primer cargo.

En este cargo el recurrente invocando la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, impugna la sentencia por violación de la ley sustantiva, a través de errores de hecho y de derecho sufridos por el sentenciador en la estimación de las pruebas aducidas por la parte demandante. Como consecuencia de ellos dice el recurrente fueron violados los artículos 688 inciso 2º, 698 del Código Judicial; así como también los artículos 197 y 154 ordinal 4º del Código Civil y 2º de la Ley 8ª de 1922.

En desarrollo del cargo formulado en los términos antes expuestos, el recurrente hace un resumen de los distintos testimonios que sirvieron

de base a la sentencia recurrida y concluye afirmando que sin prestar aquéllos mérito probatorio suficiente, sin embargo el Tribunal les reconocía eficacia legal y sobre tal prueba decretó por la causal 4ª del artículo 154 del Código Civil, la separación de bienes demandada.

La Corte considera:

La separación de bienes es una institución jurídica de orden público establecida inicialmente en nuestro derecho civil en beneficio exclusivo de la mujer, siendo ésta, quien sólo podía demandarla, pero tal sistema vino a ser implícitamente modificado a virtud de la Ley 28 de 1932, a partir de cuya vigencia ha prevalecido la tesis de que puede ser pedida por cualquiera de los cónyuges.

Como causales de la separación proceden no sólo la insolvencia o administración fraudulenta del marido de que trata el artículo 200 del Código Civil, sino también como lo prescribe expresamente el artículo 2º de la Ley 8ª de 1922 las que autorizan el divorcio por hechos imputables al marido, de acuerdo con el artículo 154 ibídem, así como la disipación y el juego habitual a que hace mención el artículo 534 ibídem.

Decretada judicialmente la separación, declarada en estado de disolución la sociedad conyugal, y una vez llevada a cabo la correspondiente liquidación y partición de los bienes sociales en la forma prevista en el artículo 795 del Código Judicial cada uno de los cónyuges administra exclusivamente para sí aquellos bienes que les hubiese correspondido en la liquidación mencionada. Estos son, en resumen, los caracteres generales de la separación de bienes que en nuestro derecho civil se halla regulada en el Capítulo III del Título IX del Libro I del Código Civil, en la Ley 8ª de 1922 y en el precitado artículo 795 del Código Judicial, a cuyas disposiciones se acogió la parte demandante para fundar en derecho sus pretensiones.

Aunque como ya se dijo, fueron varios los motivos aducidos por la cónyuge para apoyar su demanda de separación de bienes, en definitiva sólo vino a prosperar el relativo al abandono absoluto de sus deberes de esposo por parte del demandado.

En realidad, no dice nuestro Código Civil en qué consiste aquel abandono absoluto, el cual, según algunos doctrinantes consiste en el desamparo grave e injustificado de sus deberes por parte del marido o de la mujer. Nuestra jurisprudencia, a su vez, al fijar el alcance del numeral 4º del artículo 154 del Código Civil dijo en su sentencia de 11 de julio de 1929 (G. J., número 1.849, página 26) que no consistía en un desamparo temporal del hogar por parte del esposo, ausentado de él

por querellas domésticas, sino en el quebrantamiento del deber que los cónyuges tienen de observar la participación en la vida conyugal. Posteriormente y con el fin de precisar más la noción jurídica de abandono absoluto, dijo la Corte que éste consistía en el "menosprecio de aquellos deberes que toma sobre sí el individuo a virtud del matrimonio ya por derecho natural, ya por leyes positivas, deberes que tienen una fuente moral común: el amor y la veneración recíproca de los esposos, del cónyuge para con su esposa y sus hijos: *officia pietatis*". (Casación septiembre 27, 1930, G. J. número 1.867, página 94).

Y por una parte, aquella inobservancia de la participación en la vida conyugal y aquel menosprecio en el cumplimiento de sus deberes u obligaciones conyugales por parte de Cristian Muñoz, y por otra, el no haber éste proporcionado a su esposa los recursos necesarios para su subsistencia, como lo prescribe el artículo 179 del Código Civil, y como además, lo había ordenado una providencia judicial fijando en la suma de \$ 200.00 mensuales la pensión que el citado Muñoz debía pasar a su cónyuge, fueron las consideraciones que tuvo en cuenta el sentenciador para decretar la separación de bienes solicitada, dándole en esta forma cumplimiento a lo prescrito al numeral 4º del artículo 154 del Código Civil, al artículo 197 íbidem y 2º de la Ley 8ª de 1922, cuyas normas lejos de haber sido infringidas, como lo afirma el recurrente, fueron cabal y correctamente aplicadas por el Tribunal al caso sub-lite.

Entre las pruebas que tuvo en cuenta el sentenciador para decretar la referida separación se hallan las declaraciones rendidas por María de Jesús Santa, Francisco Patiño, Juan Vanegas, Carmelina Hernández y Belisario Quintero, quienes unánimemente declaran constarles por conocimiento directo y personal que desde mediados del año de 1954 se produjo la separación entre los cónyuges y que desde entonces la señora Otilia Torres de Muñoz ha venido viviendo de posada en posada, careciendo de recursos para su subsistencia, pues su marido no le ha suministrado ningún auxilio ni suma alguna de dinero para atender a sus necesidades.

Y una vez hecho por el Tribunal el correspondiente análisis probatorio de las citadas declaraciones, llegó a la siguiente conclusión:

"Frente a las anteriores declaraciones, procedentes de personas que convivieron con la señora Torres, después del mes de julio de 1954, o que como amigas suyas la visitaron y tuvieron así oportunidad de conocer su situación, no puede

menos que llegarse a la conclusión plena de que el demandado Cristian Muñoz no cumplió con la obligación de atender a la satisfacción de las necesidades de subsistencia de su esposa, no obstante disponer, según se deduce de otras pruebas del expediente, de medios más que suficientes para ello".

El recurrente al referirse al anterior pasaje de la sentencia concretóse a comentar adversamente el contenido de las referidas declaraciones, pero sin exponer argumento alguno capaz de desvirtuar su eficacia probatoria. En resumen, se trata de una crítica de detalles o de carácter secundario, que resulta improcedente ante la Corte cuya esfera de acción, en estos casos, está limitada a corregir los errores evidentes de hecho y los de derecho de que adolezca el fallo sometido a su juicio, y en el caso sub-lite no aparece evidenciado ni demostrado por el recurrente que el sentenciador hubiese incurrido en alguno de dichos errores.

Y no se incurrió en error de hecho, pues el Tribunal no dio por establecidos en la sentencia hechos que claramente no hubiesen sido acreditados en la prueba testimonial a que alude el recurrente, ni aparece en forma alguna que se hubiese procedido contra la evidencia procesal. En cuanto al error de derecho en la apreciación probatoria, éste no puede existir, como lo ha decidido la Corte en reiterada jurisprudencia, sino cuando se dá a una prueba un valor que legalmente no tiene, o al contrario, se desconoce el que al efecto le ha reconocido la ley, y esto no ha ocurrido en el caso presente.

Siendo esto así, la Corte no puede modificar el criterio del Tribunal, porque tanto nuestro derecho probatorio, como la jurisprudencia nacional, consagran el principio de que el fallador goza de autonomía en materia de apreciación probatoria, que tiene un mayor marco de amplitud en juicios de esta índole por la naturaleza de los hechos allí controvertidos, y es por ello que Planiol y Ripert refiriéndose a los juicios de separación de bienes, dicen lo siguiente:

"En esta clase de juicios los Tribunales de casación no sólo dejan a los Jueces de instancia la libertad de apreciar la gravedad de los hechos alegados como motivos de la separación, sino que además abandonan todo control en la determinación de los hechos clasificados como tales".

Finalmente, tampoco hubo violación del inciso 2º del artículo 688 ni del 698 del Código Judicial, citados al efecto por el recurrente para fundar el pretendido error de derecho. No lo hubo con respecto al primero, pues no aparece demostrado que

en las declaraciones que sirvieron de soporte al fallo se hubiesen pretermitido las formalidades allí prescritas. En cuanto al segundo de los mencionados artículos, tampoco fue infringido, pues como ya se dijo, los declarantes aducidos por la parte demandante afirman haber tenido conocimiento en forma directa y personal de aquellos hechos sobre los cuales versó su declaración.

Por las consideraciones expuestas, no se acepta el cargo.

Segundo cargo.

Se acusa la sentencia "por errores de hecho y de derecho cometidos por el fallador en la apreciación del acervo probatorio aducido por el demandado, y como consecuencia de los cuales fue quebrantado el artículo 702 del Código Judicial, por una parte, y el 697 íbidem por otra, está infracción, según dice el recurrente, condujo al Tribunal a quebrantar la ley sustancial que estructura la acción incoada, es decir, los artículos 2º de la Ley 8ª de 1922, 197 y 154 ordinal 4º del Código Civil".

La Corte considera:

El recurrente impugna en forma concreta el siguiente pasaje de la sentencia:

"Los señores Luis Echeverri, Horacio Toro, Alfonso Escudero, Gerardo Escobar, Ramón Gómez Navarro, Ramón Hernández, Gabriel Salazar Colorado, Rafael Vélez, Arturo Ramírez Trejos, Luis Díaz, Antonio Piedrahita y Manuel Zapata Villa, quienes fueron llamados a declarar por la parte demandada, hablan de las excelencias del demandado Cristian Muñoz como esposo y padre de familia. Mas como sus declaraciones aparecen vinculadas a una época anterior a la separación de hecho de los cónyuges, o, más concretamente, se refieren a hechos que fueron objeto del juicio especial de separación, ninguna relevancia tienen en el presente juicio".

Según el recurrente, el error de hecho en que incurrió el Tribunal estriba en no haberle reconocido valor probatorio a las declaraciones a que hace referencia la parte motiva del fallo, por referirse ellas a hechos que fueron objeto del juicio especial de separación de bienes, el cual se tramitó con anterioridad al presente juicio.

Para la Corte no se halla configurado el error de hecho de que se queja el recurrente, y después de examinadas las referidas declaraciones ha llegado a la conclusión de que en realidad carecen de eficacia legal por referirse en su mayor parte

a sucesos ocurridos con anterioridad a este juicio de separación.

Además, los citados testigos dicen enfáticamente ignorar las intimidades del hogar Muñoz-Torres o que sólo las conocieron en parte o desconocen las causas que determinaron la separación de bienes entre los cónyuges, como lo hacen constar en sus deposiciones Arturo Ramírez Trejos y Antonio Piedrahita. Es decir, los declarantes no estaban capacitados para poder dar una razón fundamentada de sus dichos.

Los declarantes citados por el demandado coinciden si en afirmar que el señor Cristian Muñoz fue un excelente, cuidadoso y eficiente administrador de los bienes de la sociedad conyugal, pero esta circunstancia no dá margen para infirmar la sentencia recurrida, en la cual, como ya se dijo, el sentenciador para decretar la separación tuvo en cuenta el haberse comprobado la causal prescrita en el numeral 4º del artículo 154 del Código Civil, y en manera alguna influyó en su decisión la administración fraudulenta de los bienes de la sociedad conyugal, ni el mal estado de los negocios del marido a que se refiere el artículo 202 del Código Civil, cuyos motivos de separación no pasaron de haber sido enunciados en el respectivo libelo.

Y habiéndose enderezado todo el esfuerzo probatorio de la parte demandante, a establecer procesalmente, como causal de separación el abandono del marido en el cumplimiento de sus deberes de esposo, correspondía a éste demostrar durante la secuela del juicio que tal abandono no había sido determinado por culpa suya. "A la mujer, dijo, la Corte en su sentencia de fecha 23 de noviembre de 1955 (G. J., número 161, página 634), le corresponde probar el abandono absoluto y nada más; y al marido la causa justa del mismo. Sería un absurdo que a la mujer que demandara a su esposo por haber dejado de cumplir con sus deberes sin causa alguna, se le obligara a demostrar que no tuvo razón legal para omitirlos, pues esto constituye una verdadera excepción para el marido".

Por último, al haber hallado el Tribunal concluyente la prueba testimonial aducida por la parte demandante, para comprobar el abandono de sus deberes conyugales, por parte de su marido, y al haber basado sobre dicha prueba su decisión de fondo, no sólo obró dentro de la órbita de sus funciones jurisdiccionales, sino que dio estricto cumplimiento al artículo 697 del Código Judicial, según el cual, el dicho de dos testigos hábiles que concuerden en el hecho y sus circunstancias de

modo, tiempo y lugar forman plena prueba, así como también aplicó correctamente el artículo 702 *ibidem* que otorga al sentenciador la facultad, cuando sobre un mismo punto se presentan exposiciones de varios testigos contradictorias entre sí, de darle prelación a aquéllas declaraciones que a su juicio ofrezcan mayor garantía de credibilidad, que fue en síntesis, lo que en el caso sub-lite hizo el Tribunal, de donde se deduce que carece de fundamento la impugnación al fallo por la violación de las disposiciones anteriormente citadas.

Por lo expuesto, no se acepta el cargo.

Tercer cargo.

Este cargo, dice el recurrente, que es por violación directa a la ley lo desarrolla así:

"Al identificar el abandono absoluto de los deberes a cargo del cónyuge, de que trata el ordinal 4º del artículo 154 del Código Civil, con la falta de pago de la pensión a que se refiere el ordinal 4º del artículo 157 *ibidem*, y al preconizar, en consecuencia, que esta falta equivale a aquella infracción y da lugar a la causal de simple separación de bienes prescrita en el ordinal 4º, artículo 154, la sentencia interpreta erróneamente tanto el artículo 157 ordinal 4º, pues la falta de cumplimiento de la prestación que establece no es el abandono absoluto de que trata el artículo 154, ordinal 4º, por la misma razón de no comprender la simple falta de pago de la pensión".

Consideraciones de la Corte.

La infracción directa de la ley y la interpretación errónea de la misma, son expresiones que dentro de la técnica de casación, responden a dos conceptos diferentes que el recurrente ha confundido, no obstante esto, en sentir de la Corte no es exacto que el sentenciador hubiese identificado el abandono absoluto de sus deberes de esposo, por parte del demandado, con el hecho de no haber pagado la pensión a que se refiere el ordinal 4º del artículo 157 del C. C.

Por lo demás, aunque el abandono injustificado de cualquier deber indispensable para la vida matrimonial, incide en causal de separación de bienes, según lo ha dicho la Corte, en el caso sub-lite no sólo aparece probado que el demandado no cumplió para con su esposa con el deber de soco-

rro de que trata el artículo 179 del Código Civil, sino que la desamparó también en forma absoluta e injustificada habiendo llegado prácticamente a un estado de indigencia, y fue en virtud de todos estos hechos cuya gravedad incumbe calificar al sentenciador, como éste decretó la separación de bienes impetrada en la demanda.

Por las razones expuestas, no se acepta el cargo.

Cuarto cargo.

Con respecto a este último cargo el recurrente se limitó simplemente a enunciarlo sin expresar la causal para pedir la infirmación del fallo y sin indicar en forma clara y precisa, como lo prescribe el artículo 531 del Código Judicial, los fundamentos de la impugnación, así como tampoco se citaron las disposiciones legales infringidas, y por todas estas razones, no es el caso de estudiarlo.

* * *

FALLO:

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha cuatro (4) de junio de mil novecientos cincuenta y siete (1957), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en el juicio ordinario iniciado por Otilia Torres de Muñoz contra Cristian Muñoz.

Costas a cargo del recurrente.

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

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco—

Ignacio Escallon—José Hernández Arbeláez—

Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—

Jorge Soto Soto, Secretario.

LA TRANSACCION SOBRE LINDEROS QUE CELEBREN LOS DUEÑOS DE PREDIOS COLINDANTES, NO ES POR SI MISMA TRANSMISIVA DE LA PROPIEDAD SINO RECOGNOSCITIVA DE DERECHOS, DE MANERA QUE DEJA A CADA PARTE EN EJERCICIO DE LOS QUE TENGA SOBRE LOS RESPECTIVOS INMUEBLES. ES ANTITECNICO PROPONER SIMULTANEAMENTE EN CASACION, Y EN RELACION CON UN MISMO MEDIO PROBATORIO, EL ERROR DE HECHO Y DE DERECHO, PUESTO QUE ESTOS REVISTEN CARACTERISTICAS DIVERSAS. — CUANDO SE FORMULA UN CARGO POR ERROR EN LA APRECIACION DE UNA PRUEBA, DEBEN CITARSE O ENUNCIARSE LOS PRECEPTOS SUSTANTIVOS O SUSTANCIALES QUE HAN SIDO VIOLADOS COMO CONSECUENCIA DEL ERROR

1.—El acuerdo o transacción sobre linderos que celebren los dueños de predios colindantes, no encarna transferencia de la propiedad. Ella no es por sí misma transmisiva, sino reconocitiva de derechos, de manera que deja a cada parte en ejercicio de sus derechos sobre los respectivos inmuebles. Al reconocerse mutuamente los colindantes la ubicación del correspondiente lindero, por este solo hecho no se están haciendo cesiones de terreno, sino que cada cual deja al otro con los derechos respectivos en cuanto la nueva delimitación abarca sus pretensiones. Vale decir, que la transacción únicamente se dirige a declarar hasta donde las propias partes interpretan que llegan sus derechos en los bienes limítrofes.

2.—No se acomoda a la técnica de casación proponer simultáneamente y en relación con un mismo medio probatorio el error de hecho y de derecho, pues éstos revisten características diversas. En efecto, si bien ambos se originan en el campo de las pruebas y producen igual consecuencia, o sea la violación de una norma sustancial, por aplicación indebida o por falta de aplicación, el primero atañe a la prueba como elemento material del proceso, por creer el juzgador que cierto medio probatorio existe cuando no existe o viceversa, y el segundo implica que le asigne un mérito legal distinto, dándole el que no tiene o negándole el que tiene, según la ley.

No pueden entonces, en principio, presentarse al tiempo los dos errores, ya que para que aparezca el de derecho es necesario tener en cuenta la prueba existente, es decir, analizarla, y desde el momento en que dicha labor se efectúa, ya no ha habido lugar a

error de hecho que implica desconocer la prueba que obra en autos o reconocer la que en ellos no existe.

3.—La Corte ha dicho que en cargos por error, que en últimas versan sobre violación de ley sustancial, es menester, después de invocar determinado error en la apreciación de una prueba y señalar las normas probatorias infringidas (tratándose de error de derecho), citar o enunciar los preceptos sustantivos que han sido violados como consecuencia del error.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, marzo diecisiete de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Hernando Morales M.).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de fecha 29 de enero 1952, dictada en el juicio ordinario de deslinde promovido por Jesús Pinzón frente a Hernando Alvaro, José y Eustacio S. de Santamaría.

Antecedentes.

1.—Jesús Pinzón demandó por los trámites del juicio especial respectivo a los mencionados Santamaría, a fin de que se practicara el deslinde de los predios de propiedad del actor situados en el Municipio de Cogua, vereda de Casablanca, con la finca denominada "Aposentos", de propiedad de los demandados.

2.—Tramitado el proceso, el Juzgado de Circuito de Zipaquirá le puso fin en providencia de 25 de mayo de 1950, la cual señaló la línea de separación entre los mencionados inmuebles.

3.—Como el demandante no se conformara con tal línea, adujo oportunamente, ante el mismo Juzgado, demanda ordinaria (C. J. artículo 870) en la cual pide se declare:

a) “Que la línea que separa los predios de que trata la demanda del referido juicio especial de deslinde, no es la línea fijada por el Juez nombrado... con las siguientes palabras: “Se declara que la línea divisoria de los predios colindantes, ‘Aposentos’ de los señores S. de Santamaría y los predios de don Jesús Pinzón... es la siguiente en el punto materia de la presente diligencia: partiendo del mojon de piedra situado en la cañada, a que hacen referencia los títulos, vuelve a la derecha, línea recta, en dirección a una cruz pintada de barniz gris, y pasando a cinco metros hacia el occidente, de este punto, por todo el filo de la cuchilla, y por la senda recorrida por el Juzgado, hasta llegar al punto denominado Arbol Zancón, donde existe una piedra marcada con las letras M. P., donde estuvo parado el Juzgado, punto a que hace referencia el cuerpo de esta diligencia”.

b) “Que la línea que separa los predios de los señores S. de Santamaría por una parte, de los predios de propiedad de Jesús Pinzón M. por la otra parte, y a los cuales se refiere la súplica anterior de esta demanda, es la misma línea señalada como límite norte de la hacienda de ‘Aposentos’, de propiedad de los demandados, en la escritura pública número 1.112 de 28 de abril de 1938 de la Notaría Cuarta de Bogotá, por medio de la cual los demandados adquirieron la mencionada finca por compra al Banco Alemán Antioqueño, línea determinada así: “... hasta tocar con terrenos de Jesús Forero Moreno (hoy Jesús Pinzón M.), con quien continúa el lindero por la cañada de la peña arriba hasta el punto denominado Arbol Zancón”.

c) Que la manifestación hecha por el apoderado de los demandados, sobre los linderos de los predios a que se refiere el presente juicio y que figura en el acta de la diligencia de inspección ocular extrajuicio protocolizada por escritura número 139 del 19 de febrero de 1946 de la Notaría de Zipaquirá, no constituye “título atributivo ni declarativo de la propiedad sobre inmuebles, ni documento susceptible o capaz de ser tenido en cuenta para variar la alinderación de los predios de que trata este juicio, ni para modificar su cabida, ni para sostener como cierta, jurídica y justa la línea fijada por el señor Juez del Circuito de Zipaquirá, en la diligencia de deslinde practicada en el juicio especial de deslinde y amojonamiento

iniciado ante el Juez nombrado por Jesús Pinzón Méndez contra Hernando S. de Santamaría y hermanos”.

La demanda se funda en los hechos que en seguida se compendian:

1º—El demandante es dueño de dos fincas situadas en el Municipio de Cogua y alindadas en la forma que allí se expresa;

2º—La primera de ellas limita, según los títulos, por un costado, con terrenos de herederos de Eustacio Santamaría; la segunda, también limita con propiedades de los señores Santamaría. Advierte aquí, que el actor es cesionario de todos los derechos hereditarios en la sucesión de Eulogio Santana, quien falleció siendo titular de la primera de las fincas enunciadas.

3º.—Los demandados son dueños de la finca “Aposentos”, cuyos linderos transcribe, tomados de los títulos correspondientes, constituyendo uno de esos linderos el que a continuación se expresa así: “... siguiendo por el camino que conduce al monte, hasta tocar con terrenos de Jesús Forero Moreno (hoy Jesús Pinzón), con quien continúa el lindero por la cañada de la peña arriba hasta el punto denominado “Arbol Zancón”.

4º.—De esta manera, la colindancia de los predios del demandante con la finca de los demandados, aunque no se determina exactamente en los títulos de aquéllos, en cambio en los de la finca “Aposentos” sí aparecen precisados, lo que determina que los predios del actor “llegan hasta la cañada de la peña”.

5º.—La línea fijada en el juicio especial de deslinde se apartó de los títulos de propiedad mencionados, pues se fundó en declaraciones de testigos que eran dependientes de los demandados; en los dictámenes de los peritos Alberto Ríos Aponte y Manuel Arturo Rincón que son contradictorios e imprecisos; y en la manifestación contenida en un acta de inspección ocular extrajuicio, la cual carece de eficacia “para producir variación e interpretación de linderos de bienes raíces”, fuera de que tal diligencia no tuvo por fin la fijación de mojones, y de que el apoderado de Jesús Pinzón en dicho acto no tenía poder para confesar en contra de su cliente, como tampoco lo tenía el apoderado de los Santamarías.

6º.—En el señalamiento de la línea se tuvo en cuenta la escritura número 159 de 27 de febrero de 1945 de la Notaría de Zipaquirá, y la finca a que ella se refirió es extraña al juicio; en cambio, no se consideraron los títulos del demandante, que según el Juzgado carecían de incidencia especial sobre el lindero litigioso.

7º.—Al fijarse la línea se tuvo como límite ar-
cificio una cuchilla o prominencia del terreno y
no se reconoció dicho carácter a “la cañada de la
peña”, que también es o puede ser lindero de tal
naturaleza. Igualmente se tuvo como lindero una
piedra encontrada a la orilla de la cañada sin
muestras de ser lindero “y reconocida como tal
por unos esclavos de los señores S. de Santamaría”.

8º.—En síntesis, el Juez desconoció la letra de
los títulos que hablan de “cañada”, para fijar la
línea por la “cuchilla”, términos éstos que son
contradictorios. También erró el Juzgado al consi-
derar como una transacción la manifestación a
que antes se ha hecho referencia y que obra en
la inspección ocular extrajuicio mencionada, ya
que no reúne los requisitos legales correspon-
dientes.

9º.—Por consiguiente, la verdadera línea de se-
paración de los predios no puede ser otra que la
derivada de los títulos escriturarios, y al apartar-
se de ella el Juzgado perjudicó al demandante,
pues reconoció a los demandados que lleven su
dominio “hasta más allá de lo que contienen es-
pecialmente sus títulos de propiedad”.

Con la oposición de los demandados, se tramitó
la primera instancia, que culminó en sentencia de
16 de julio de 1951, la cual resolvió:

a) No acceder a las peticiones de la demanda
“ya que aparecen huérfanas de prueba”; b) Acla-
rar que el lindero a que hace referencia la escri-
tura número 1.112 de 28 de abril de 1938, venta del
Banco Alemán Antioqueño a los señores Santa-
maría “no debe tenerse en cuenta en su tenor lite-
ral, “con quien continúa el lindero por la cañada
de la Peña arriba hasta el punto denominado Ar-
bol Zancón, “sino que es, precisamente, el que
señalará la parte resolutive de esta sentencia”,
c) Se declara que la línea divisoria de los pre-
dios “Aposentos” de propiedad de los señores S.
de Santamaría con los de propiedad del señor Je-
sús Pinzón, predios situados en la vereda de Ca-
sablanca, jurisdicción de Cogua, en comprensión
de este Circuito Judicial de Zipaquirá, es la or-
denada en la diligencia de deslinde que tuvo su
culminación el día 25 de mayo de 1950...” (aquí
reproduce la mencionada línea). Agrega el fallo
que esta raya es la línea del punto litigioso, por-
que los títulos son claros “en las demás alinderaciones
y no son susceptibles de interpretación”.
Finalmente, condena en costas a Jesús Pinzón y
ordena que la sentencia se inscriba en la Oficina
de Registro correspondiente.

Contra esta sentencia interpuso apelación la
parte demandante, y el Tribunal dio término a

la segunda instancia por sentencia que confirmó
la anterior.

La sentencia recurrida.

El Tribunal como fundamentos de ella se limita
a decir que está acorde con las bases del fallo del
Juzgado, o sea con la apreciación de la escritura
número 1.112 de 28 de abril de 1938 de la Notaría
Cuarta de Bogotá, las observaciones directas rea-
lizadas durante la diligencia de deslinde, el dicta-
men acorde de los peritos ingenieros que en ella
intervinieron y la manifestación de las mismas
partes durante la diligencia de inspección ocular
extrajuicio efectuada el 20 de abril de 1945, “en
la cual dichos colindantes, en forma amigable,
interpretaron y señalaron los límites de sus pro-
piedades”.

Ante esta referencia del Tribunal, se destaca
que realmente el Juzgado resolvió la cuestión
especialmente con fundamento en lo que dice la
escritura aludida respecto al lindero en disputa,
así: “con quien continúa el lindero por la cañada
de la Peña arriba hasta el punto denominado “Ar-
bol Zancón””. Expresa luego la sentencia de pri-
mer grado que no hay necesidad de tener en
cuenta que las partes anteriormente habían fijado
el contenido especial de los títulos “en una tran-
sacción que tiene fecha 20 de abril de 1945”, y
que no es menester tampoco considerar “el cau-
dal testimonial llevado a la diligencia por los
señores S. de Santamaría, testimonio mediante
el cual se dice que estos caballeros vienen ocu-
pando la finca ‘Aposentos’ desde tiempo muy
largo, siendo límite de dicha hacienda en el punto
del litigio, el filo de la cuchilla de que trata el
cuerpo de la diligencia”. Pero, al hallar acertada
la decisión que señaló la línea de separación de
los predios en el juicio especial y reiterar la fuerza
definitiva del dictamen, manifiesta el Juzgado
que tal providencia “no hizo otra cosa que reco-
nocer el valor de la diligencia de 20 de abril de
1945, cuando los vecinos S. de Santamaría y Je-
sús Pinzón en forma amigable interpretaron y
fijaron los límites de sus predios con base en sus
respectivos títulos”.

El recurso.

Con base en la causal 1ª del artículo 520 del C.
J. se proponen cinco cargos contra la sentencia
recurrida, los cuales se estudian a continuación.

1º.—El Tribunal incurrió “en error de hecho y
de derecho en la apreciación de la diligencia de

inspección ocular extrajudicial practicada el día 20 de abril de 1945 por el señor Juez Civil del Circuito de Zipaquirá" cuya acta en copia se protocolizó por escritura número 139 de 19 de febrero de 1946 de la Notaría de dicho Circuito. La fuerza probatoria de tal pieza es la señalada por el artículo 730 del Código Judicial, y no adquirió carácter de escritura pública o de instrumento idóneo para demostrar el dominio de bienes raíces por el sólo hecho de su registro o de su incorporación en el protocolo. Erróneamente el Tribunal consideró la diligencia referida como contentiva de una transacción y como instrumento apto para demostrar la transferencia de un bien raíz "que no otra cosa es la extensa zona de terreno que va desde la "cañada de la peña" hasta el "filo o cresta del cerro o cordillera llamada del "Arbol Zancón"". Como la transacción requiere concesiones recíprocas y conforme al artículo 2.469 del Código Civil no es transacción un acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa, el Tribunal, como consecuencia, violó tal precepto, por indebida aplicación.

Igualmente violó el artículo 2.577 del Código Civil que exige escritura pública para todo acto que se relacione con bienes raíces; como también los artículos 745, 747, 749, 756, 1.500, 1.760, 1.758 de la misma obra y 593 del Código Judicial, ya que la sentencia aplicó estas normas "de manera diametralmente opuesta a su letra y a su sentido, interpretándolas erróneamente y aplicándolas cuando no era el caso, yendo contra ellas en forma flagrante".

Se considera:

En primer lugar, como ya se ha dicho, la sentencia se apoya principalmente en el dictámen de dos peritos, quienes de manera uniforme, concluyen que el lindero materia de la discusión no es otro que el que parte del mojón que se encuentra en la cañada y luego viene a la derecha para seguir por toda la cordillera denominada del "Arbol Zancón", hasta la piedra "M. P.". Igualmente, al acoger los fundamentos de la sentencia de primera instancia, el fallo acepta implícitamente que la escritura número 1.112 de 28 de abril de 1933, que contiene la compra que hicieron los Santamarías al Banco Alemán Antioqueño, es clara al hablar de este límite cuando dice: "con quien continúa el lindero por la cañada de la peña arriba hasta el punto denominado Arbol Zancón.

Con estos dos soportes se sustenta el fallo, sin necesidad de acudir al acta de inspección ocular extrajudicial a que se refiere el cargo; pero supo-

niendo que tal acta hubiera incidido definitivamente en aquél, sucede que no existe error de derecho en su apreciación por el Tribunal, como pasa a explicarse.

Jesús Pinzón solicitó una inspección ocular ante el Juzgado de Circuito de Zipaquirá con citación de Hernando, Alvaro, José María y Eustacio Sáenz de Santamaría, a fin de que se verificaran determinados hechos respecto a unos socavones para explotar carbón en la finca de "Aposentos" de propiedad de los Santamarías, así como su relación con un lote de terreno contiguo de propiedad de Pinzón, más en el punto primero se pidió que se identificaran los respectivos predios.

La diligencia se efectuó el 20 de abril de 1945, a ella concurrieron las partes mencionadas y sus apoderados judiciales, y en primer término el Juzgado identificó por sus linderos la hacienda de los señores Santamarías y el lote de terreno de propiedad del señor Pinzón. Luego expresó el Juzgado: "La alinderación anterior del lote del señor Jesús Pinzón y de los señores S. de Santamaría están en un todo de acuerdo con los expresados en la demanda".

Después de hechas las observaciones respecto a los socavones de carbón y de conceder plazo a los peritos que intervinieron para rendir su dictamen sobre el particular, termina el acta en esta forma:

"En este estado los doctores Carlos A. Romero y Hernando Medina apoderados de las partes, dejan la siguiente constancia, previa anuencia y aceptación de sus poderdantes: que el lindero que separa la hacienda de "Aposentos" de propiedad de los señores Sáenz de Santamaría del globo de terreno de propiedad del señor Jesús Pinzón, es todo el filo o cresta del cerro o cordillera llamada del "Arbol Zancón". Y que en esta forma y para el futuro dejan aclarada esta alinderación en forma definitiva". El acta aparec firmada, por el Juez, los peritos y el secretario, por los citados apoderados judiciales, y también por Jesús Pinzón M., José M. S. de Santamaría, Hernando S. de Santamaría y Alvaro S. de Santamaría.

De esta suerte, no puede afirmarse ni que la cuestión de linderos hubiera sido totalmente extraña a la diligencia, ni que el apoderado judicial de Pinzón al dejar el referido testimonio careciera de poder, ya que el propio poderdante al suscribirse el acta, está ratificando la manifestación de su abogado cuando dice que se halla debidamente autorizado para hacer tal declaración.

Realmente, dicha manifestación implica una interpretación que los colindantes dieron al lindero

que es materia del presente juicio y que por ende los obliga. La Corte ha entendido que las partes pueden válidamente hacer este tipo de declaraciones, aún entendiéndolas como transacción. Por ello ha expuesto: "Siendo el contrato de transacción simplemente consensual, basta el acuerdo de las partes para su perfeccionamiento aun cuando ellas transijan una disputa de linderos relativa a predios que posean con un lindero común. Ello porque, por su naturaleza la transacción no es transmisiva sino simplemente declarativa o reconocitiva de los derechos que forman el punto de discrepancia sobre la cual ha recaído. Es por lo mismo por lo que, quien renuncia, aún mediante precio, a sus pretensiones en el objeto litigioso que entraña la materia de la transacción, no cede en verdad el objeto mismo y deja simplemente a su contraparte con los derechos que pretende tener sobre la cosa. Se les reconoce de igual manera, cuando los propietarios de predios limítrofes transigen una disputa de linderos, señalando de mutuo acuerdo la línea divisoria que en lo sucesivo ha de separarlos, pues no se hacen por ellos cesiones recíprocas de terrenos, sino que cada uno deja a su contrario con los derechos que le pretendía en cuanto a la nueva delimitación abarca sus pretensiones. Lo que en definitiva sucede, es que las partes de mutuo acuerdo interpretan sus títulos y señalan la demarcación, pero cada una continúa poseyendo por el título de su propiedad, ya que la transacción sólo se encamina a declarar hasta donde llegan por convenio mutuo los derechos de cada uno de los contendientes. . . . Tal acuerdo sobre los linderos no entraña la transmisión de la propiedad de bienes raíces. Como consecuencia de lo acordado no se han violado las disposiciones que reglamentan la transmisión de la propiedad raíz, y en cuanto a la demarcación de la línea divisoria en los predios colindantes, tal apeo por vía de transacción bien puede hacerse por el simple consentimiento de las partes aún verbalmente o por escrito, como aparece en documento de primero de mayo. . ." (G. J. Tomo LXV, página 629, y siguientes).

De lo anterior se infiere que, sea que se entienda que la respectiva acta tenga el valor de confesión o de acuerdo de las partes respecto a la interpretación de un lindero obscuro, es lo cierto que posee valor probatorio suficiente para que su contenido haya sido acogido por el Tribunal a fin de determinar la línea de separación entre los predios materia del deslinde y que, por ende, no haya error de derecho en su apreciación, pues no

se le ha asignado un valor probatorio distinto al que por ley posee.

Igualmente, la doctrina transcrita de la Corte sirve para desechar la segunda parte del cargo, o sea la referente al error de derecho del Tribunal en cuanto consideró que la misma acta tiene fuerza para acreditar la propiedad de los demandados sobre determinada zona de terreno, o sea aquella que, según el recurrente, adquirieron los Santamarías por razón del deslinde fundado en la diligencia que contiene el acta. En efecto, ya se vio que desde el punto de vista de la transacción, en este evento ella no es por sí misma transmisiva, sino reconocitiva de derechos, de manera que deja a cada parte en ejercicio de sus derechos sobre los respectivos inmuebles. Que al reconocerse mutuamente los colindantes la ubicación del correspondiente lindero, por este sólo hecho no se están haciendo cesiones de terreno, sino que cada cual deja al otro con los derechos respectivos en cuanto la nueva delimitación abarca sus pretensiones. Vale decir, que la transacción únicamente se dirige a declarar hasta donde las propias partes interpretan que llegan sus derechos en los bienes limítrofes.

Y si tal acuerdo sobre linderos no encarna transferencia de propiedad sobre bienes inmuebles, es obvio que el Tribunal no incurrió en error de derecho que lo condujera a transgredir, por inaplicación, las disposiciones sustanciales citadas por la demanda de casación y que versan sobre la forma en que se hace la tradición de esta clase de bienes.

Sea el momento de recordar que en principio no se acomoda a la técnica de casación proponer simultáneamente y en relación con un mismo medio probatorio el error de hecho y de derecho, pues éstos revisten características diversas. En efecto, si bien ambos se originan en el campo de las pruebas y producen igual consecuencia, o sea la violación de una norma sustancial, por aplicación indebida o por falta de aplicación, el primero atañe a la prueba como elemento material del proceso, por creer el juzgador que cierto medio probatorio existe cuando no existe o viceversa, y el segundo implica que le asigne un mérito legal distinto, dándole el que no tiene o negándole el que tiene, según la ley.

No pueden entonces presentarse al tiempo los dos errores, ya que para que aparezca el de derecho es necesario tener en cuenta la prueba existente, es decir, analizarla, y desde el momento en que dicha labor se efectúa, ya no ha habido lugar a error de hecho que implica desconocer la

prueba que obra en autos o reconocer la que en ellos no existe.

Por los motivos dichos, se rechaza el cargo, el cual ha sido analizado, obrando la Corte con amplitud, ya que no procede proponer al mismo tiempo error de hecho y de derecho en la apreciación de determinada prueba, según, se ha visto. Desde luego, el orden lógico era analizar la cuestión por error de derecho, ya que la sentencia, a través de la del Juzgado, le asignó mérito a la manifestación de las partes en la inspección ocular, tantas veces nombrada.

2º.—El Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho al apreciar las declaraciones de Reynaldo Hernández, Carlos y Leocadia Primiciero, Edilberto León, Antonio Torres y Francisco Fandiño, recibidas en la diligencia de deslinde, porque los deponentes reconocieron ser dependientes de los demandados en el momento de rendir sus declaraciones, de modo que estaban imposibilitados para ser apreciados como testigos, por parcialidad que se presume, conforme a la ley, salvo Leocadia Primiciero, cuya declaración nada dijo sobre la cuestión debatida.

Esta apreciación errónea dio lugar a la violación de los artículos 762, 981 y 1.767 del Código Civil, así como de los artículos 669 y 593 del C. J.

Se considera:

Para rechazar este cargo basta recordar que la sentencia acoge en un todo la apreciación probatoria del Juzgado y que éste expresamente dijo que “no tuvo necesidad de tener en cuenta el caudal testimonial llevado a la diligencia por los señores S. de Santamaría...”, lo que indica que los testimonios aludidos no se tuvieron en cuenta como base del fallo.

3º.—El Tribunal incurrió en error de hecho o de derecho en la apreciación de los dictámenes rendidos por los doctores Víctor E. Ríos Aponte y Manuel Arturo Rincón Vargas producidos en la diligencia de deslinde, ya que designados como peritos “ingenieros” actuaron como peritos “abogados”, esto es, no produjeron dictámen con relación a su profesión u oficio, sino que interpretaron los títulos hasta el extremo de concluir que la línea de separación de los predios debía trazarse por la cresta del cerro y no por la cañada, solamente porque así lo habían determinando las partes en la diligencia de inspección ocular extrajuicio. Tampoco tiene valor el peritazgo, porque no es propio que la interpretación de los títulos la haga el perito, desde luego que esta es función propia del Juez, máxime cuando los expertos

no dan argumento técnico alguno para respaldar el dictámen.

Este error condujo a la violación de los artículos 705, 722, 723 y 593 del C. J.

Se considera:

El cargo no se aviene a la técnica de casación, ya que imputando el demandante un error de derecho en la apreciación del dictámen referido, no menciona las disposiciones sustanciales transgredidas. Muchas veces la Corte ha dicho que en cargos por error, que en últimas versan sobre violación de ley sustancial, es menester, después de invocar determinado error en la apreciación de una prueba y señalar las normas probatorias infringidas (tratándose de error de derecho), citar o enunciar los preceptos sustantivos que han sido violados como consecuencia del error.

“Dentro del mecanismo técnico de la causal primera de casación, cuando la violación de la ley proviene de apreciación errónea de pruebas, podría llamarse a la del correspondiente artículo que fija el mérito probatorio violación medido, porque de ella una vez demostrada, hay que deducir todavía el quebrantamiento de la que propiamente llama el artículo 520 del Código Judicial ley sustantiva, y que es único motivo que da acceso a la casación” (G. J., número 2089 a 2091, pág. 529).

Por lo tanto, se desecha el cargo.

4º.—El Tribunal incurrió en error de hecho o de derecho en la apreciación de la escritura número 1.112 de 28 de abril de 1938 de la Notaría Cuarta de Bogotá, por la cual los Santamarías compraron al Banco Alemán Antioqueño la finca “Aposentos”.

En efecto, dicho instrumento dice en lo pertinente que tal predio limita “con terrenos de Jesús Forero Moreno, con quien continúa el lindero por la cañada de la peña arriba hasta el punto denominado “Arbol Zancón”. Citando este título, el Tribunal admite que el lindero aludido es la cresta o el filo del cerro o cordillera, con lo cual cometió error flagrante, pues hizo decir a la escritura lo que ésta no expresa, ya que cañada equivale, según la academia a “Espacio de tierra entre dos alturas poco distantes entre sí” al paso que cresta es “Cumbre peñascosa de una montaña” y filo, “Arista o borde agudo de un instrumento cortante”.

Este error, lo indujo a la violación de los artículos 630 del Código Judicial, 1.759, 900, 2.594 y 1.889 del Código Civil.

Se considera:

La sentencia del Juzgado, íntegramente acep-

tada por el Tribunal, dice estar acorde con el lindero fijado en el juicio especial respectivo, y que anteriormente fue transcrito, con fundamento en la escritura referida, aunque realmente sólo la citó para interpretar lo que ella expresa sobre el lindero litigioso. La interpretación la hizo con base en "Las constancias objetivas verificadas por el Juzgado en la diligencia de inspección, que evidenciaron en forma clara y terminante que el lindero del costado norte es un lindero arcifinio, lindero que va por todo el filo de la cuchilla, por la senda recorrida por el Juzgado, hasta dar a un punto donde existe una piedra marcada con las letras M. P. al pie del Arbol Zancón", como también con apoyo en el dictamen de los peritos Rincón y Ríos Aponte, que puso de presente "que el lindero en cuestión necesariamente tiene que ir por "el filo de la cuchilla, ya que se trata de un lindero arcifinio, esto es, natural".

Por eso el Juzgado además expresó: "Si todo esto es así por estar probado, entonces se llega a la conclusión de que el alegato del señor apoderado de los propietarios señores S. de Santamaría es acertado: no es posible acceder a las peticiones del opositor señor Pinzón, el cual... solicita que se tenga como lindero entre los predios... en su tenor literal la parte conducente de la escritura 1.112 de 28 de abril de 1938... Es que como se ha dicho, precisamente el Juzgado ha tenido en cuenta la misma escritura en que se apoya el señor apoderado del señor Pinzón, para establecer que cuando la dicha escritura dice "por la cañada de la peña arriba hasta el punto denominado Arbol Zancón, el verdadero lindero, el límite arcifinio, no puede ser sino el filo de la cordillera por donde estuvo el Juzgado y constató el "Arbol Zancón" de que habla el mismo título".

Lo anterior implica que ante la duda o imprecisión sobre el terreno de la escritura por la cual los Santamarías compraron la finca "Aposentos", se señaló tal límite con ayuda de la prueba de peritos, de las observaciones del Juzgado en la diligencia de deslinde, e incluso con la manifestación de las partes en la inspección ocular extrajuicio que, según se dijo, constituye una interpretación auténtica que obliga a los interesados, o por lo menos implica una confesión de Pinzón respecto al sitio por donde pasa realmente el lindero materia de este proceso.

Por consiguiente, la interpretación del Juzgado no se ha hecho arbitrariamente, ni desconociendo lo que la escritura referida expresa; únicamente ha traducido, con fundamento en las pruebas dichas, por donde pasa el lindero en el propio te-

rreno, que es precisamente la función del Juez al deslindar, cuando los límites de los predios vecinos tuvieren puntos oscuros o dudosos respecto a su ubicación física.

El cargo, pues, carece de fundamento, ya que no hubo error de derecho en la apreciación de la escritura, la que solamente se ha tenido en cuenta para interpretarla en su incidencia territorial.

5º.— Este cargo que el recurrente denomina "Sexto consiste en que el Tribunal no apreció las escrituras números 76 de 27 de enero de 1949, 2.007 de 23 de junio de 1938, 2.335 de 16 de mayo de 1944, 2.364 de 23 de noviembre de 1923 y 1.189 de 17 de mayo de 1933, por lo cual incurrió en error de hecho o de derecho que lo condujo a violar los artículos 630 del Código Judicial, 1.759, 900, 2.594 y 1.889 del Código Civil.

Se considera:

La escritura primeramente citada contiene la compra de Jesús Pinzón a Pedro Pablo Tinjacá, y en ella se dice que el predio vendido limita por el sur, en parte, así: "Lindando en esta parte con terrenos del comprador y de allí cañada abajo hasta encontrar en la misma terrenos del comprador y con propiedad de los señores Sáenz de Santamaría".

El segundo y tercero de tales instrumentos contienen ratificaciones de la escritura número 1.112 de 28 de abril de 1938, varias veces citada, efectuadas por apoderados de dos de los señores Santamarías.

La cuarta contiene la venta de Luis Montoya S. de la finca "Aposentos" a Eustacio Santamaría, y en ella se expresa como lindero norte el que sigue: "Hasta tocar con terrenos de Jesús Forero Moreno, con quien continúa el lindero por la cañada de la peña arriba hasta el punto denominado "Arbol Zancón".

La última, contiene la transferencia a título de dación en pago hecha por Eustacio Santamaría al Banco Alemán Antioqueño de la finca "Aposentos", en la cual figura textualmente el mismo lindero anterior.

Los títulos indicados no fueron ignorados por las sentencias de instancia, sino que la del Juzgado, acogida por el Tribunal, se limitó a precisar sobre el terreno, el lindero de "Aposentos" con predios de Jesús Forero Moreno, hoy del actor, de acuerdo con las pruebas practicadas con dicho fin. Por lo mismo, encontró acertada la línea trazada en el juicio especial de deslinde, de modo que no la modificó.

Ya se estudió que la interpretación sobre el terreno de los linderos tiene bases que no han sido

destruidas en casación. Además, aunque algunas de tales escrituras no se mencionan expresamente, su apreciación explícita no habría variado el resultado del deslinde, y no habría incidido en la parte resolutive de la sentencia acusada, elemento indispensable para que el error en materia probatoria pueda repercutir en casación.

Por lo tanto, el cargo es ineficaz.

Resolución.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y

por autoridad de la ley, no casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá el veintinueve de enero de mil novecientos cincuenta y dos.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco—
Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Ar-
turo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge
Soto Soto, Secretario.

TECNICA DE LA DEMANDA DE CASACION. — INTERPRETACION DE ESTA. — LA CORTE NO PUEDE HACER EN CASACION UN NUEVO ANALISIS DE LOS ELEMENTOS DE CONVICCION APORTADOS AL JUICIO, SINO SOLO EN EL CASO DE QUE SE PRECISEN LOS ERRORES MANIFIESTOS DE HECHO O DE DERECHO EN QUE INCURRIO EL SENTENCIADOR. — PARA EJERCITAR CON EXITO LA ACCION DE DOMINIO, BASTA QUE EL ACTOR ACREDITE LA CALIDAD DE PROPIETARIO DE LOS BIENES SUB-LITE, SIN QUE SEA NECESARIA LA POSESION MATERIAL DE ESTOS POR PARTE DEL MISMO, PUES EL LEGISLADOR NO LA EXIGE. LA SINGULARIZACION DEL BIEN QUE SE TRATA DE REIVINDICAR Y LA IDENTIFICACION DEL MISMO SON ELEMENTOS DIFERENTES DE LA ACCION DE DOMINIO. — EN QUE CONSISTEN Y COMO SE CUMPLE UNA Y OTRA

1.—No debe confundirse la violación por infracción directa de norma sustancial con la proveniente de error de hecho o de derecho en la apreciación de determinados medios probatorios.

2.—En el recurso de casación no se puede reabrir el debate probatorio, haciendo la Corte por su cuenta un nuevo análisis de los elementos de convicción aportados al juicio para tratar de llegar a nuevas y diferentes conclusiones de las adoptadas por el Tribunal, sino sólo en el caso de que se precisen los errores manifiestos de hecho o de derecho en que incurrió el sentenciador, errores provenientes de apreciación equivocada o de falta de apreciación de determinada prueba, que llevaron al Juez de instancia a la violación de una norma sustancial que a su turno incide en la resolución del pleito. En tal caso la Corte sólo puede entrar a estudiar la prueba que el recurrente estima erróneamente valorada o desestimada, pero no las demás.

3.—Es conveniente recordar que el legislador no exige la posesión material de los bienes sub lite por parte del demandante, como condición para ejercitar con éxito la acción de dominio, siendo suficiente que acredite la condición de propietario del bien, que si es raíz la prueba debe ser un título debidamente inscrito en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados, según lo ordena el artículo 756 del Código Civil.

4.—Son elementos diferentes de la acción de dominio la singularización del bien que

se trata de reivindicar y la identificación del mismo, consistiendo el primero en que la cosa sea determinada, concreta, cuerpo cierto; en tanto que el segundo hace relación a que sea una misma la que reclama el reivindicante con la que posee el demandado.

Cuando de bienes raíces se trata la singularización se cumple fijándole al fundo linderos precisos, que no permitan su confusión con otros. La identificación puede hacerse por cualquiera de los medios probatorios establecidos en la ley, aun cuando el más adecuado es el de la inspección ocular, como lo ha dicho la Corte en repetidos fallos.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, marzo dieciocho de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Gustavo Salazar).

Surtidos como están los trámites del recurso de casación en el presente negocio, la Corte procede a decidirlo.

ANTECEDENTES

Félix Barreneche P., demandó a Bernardo Agudelo y Arturo Arboleda Pérez para que mediante el trámite del juicio ordinario de mayor cuantía se declarara que el demandante es dueño de dos lotes de terreno situados en el paraje llamado "Taparal", en jurisdicción del municipio de Angépolis, por los linderos que allí se relacionan y se condene a los demandados como poseedores

de mala fé a restituírselos, junto con los frutos naturales y civiles.

El actor fundó su carácter de dueño de los bienes objeto de la acción reivindicatoria en la hijuela que se le formó en la partición de los bienes sucesorales de su padre Eliseo Barreneche, que en copia debidamente registrada presentó, acompañada de los títulos de adquisición de los mismos lotes por el causante, que fueron el acta de remate verificado en el juicio de venta de bien hipotecado adelantado por el mismo Eliseo Barreneche contra Nicolás y Bernardo Agudelo, ante el Juzgado Cuarto del Circuito Civil de Medellín, por el que se le adjudicó la mitad proindiviso de una finca territorial, con casa de habitación, mejoras y anexidades, situada en el mismo paraje arriba mencionado; y la sentencia aprobatoria de la partición material del lote común antes referido, dictada por el Juzgado Quinto del Circuito Civil de Medellín, por la que se adjudicaron los dos lotes de terreno que reclama el demandante.

Los demandados se opusieron a los pedimentos, negaron los hechos sustentadores de la acción y propusieron varias excepciones, entre otras, la de prescripción adquisitiva de dominio de los lotes objeto de la demanda.

El Juez Cuarto del Circuito Civil de Medellín falló el juicio en primera instancia, por sentencia de seis de marzo de mil novecientos cincuenta y seis, reconociendo el dominio de Barreneche sobre los lotes de terreno, condenando a Agudelo a restituírselos junto con los frutos naturales y civiles producidos a partir del día primero de julio de mil novecientos cuarenta y dos, fecha en que se registró la diligencia de remate en la que se le adjudicó la mitad indivisa del predio a Eliseo Barreneche; y absolvió a Arboleda Pérez de todos los cargos.

Ambas partes interpusieron recurso de apelación, la que desató el Tribunal Superior de Medellín por sentencia de diez y siete de octubre de mil novecientos cincuenta y seis, así:

"1º.—Decláranse no probadas las excepciones propuestas por los demandados.

"2º.—Declárase que pertenecen a FELIX o FELIX ANTONIO BARRENECHE POSADA la propiedad de los lotes de terreno que se determinaron en la letra c) de la hijuela número 10ª formada para él en la sucesión de Eliseo Barreneche, ubicados en el paraje "Taparal", en jurisdicción del municipio de Angelópolis, y alinderados así: **PRIMER LOTE.**—Partiendo del desemboque de un amagamiento en la quebrada Amagá, ésta abajo hasta donde le desemboca la quebrada "Ma-

tasano", se sigue ésta hacia arriba hasta llegar cerca a la cuchilla, en lindero con propiedad de Rubén Arcila; dejando una faja de terreno de cincuenta varas de ancho, de pie a cabecera, la cual se adjudicará por los gastos; por la cabecera con propiedad de Leopoldo Sánchez, hasta encontrar una palma de Táparo; quedando este lote con 390 varas de ancho; de aquí se sigue hacia abajo en línea recta a un mojón de piedra que se encuentra en un árbol de Balso; de aquí en línea recta al nacimiento de un amagamiento, éste abajo hasta la quebrada Amagá, punto de partida, lindando por este costado con terrenos adjudicados a Bernardo Agudelo y otros. **SEGUNDO LOTE.**—Por el pie, con la quebrada "Matasano"; por un costado en línea recta deslindada con mojones clavados, lindando con otro lote, adjudicado a Eliseo Barreneche; por la cabecera con propiedad de Leopoldo Sánchez; por el otro costado con una cuchilla hacia abajo, es lindero con propiedad de Rubén Arcila, a llegar a la quebrada de Matasano, primer lindero".

"3º.—Los demandados Bernardo Agudelo C. y Arturo Arboleda Pérez deben restituír los lotes referidos, en la parte que cada uno posee, al señor Félix Antonio Barreneche, dentro del término de seis días después de ejecutoriada esta sentencia.

"4º.—Para fines de restituciones mutuas, de que tratan los artículos 964 y siguientes del Código Civil, se tendrá al demandado Bernardo Agudelo C. como poseedor de mala fe, y al codemandado Arturo Arboleda como poseedor de buena fé; y dichas prestaciones se liquidarán mediante trámites señalados en el artículo 553 del C. J.

"5º.—Se condena al demandado Bernardo Agudelo C. en la mitad de las costas. No se condena en costas al señor Arboleda Pérez, por habersele absuelto en la primera instancia y ser este fallo revocatorio de aquél.

"Queda en esta forma CONFIRMADA EN PARTE Y REVOCADA EN LO RESTANTE la sentencia apelada, de procedencia y fecha antedichas".

LA DEMANDA DE CASACION

Contra el fallo del Tribunal interpuso recurso de casación la parte vencida, que sustentó en demanda que se resiente de defectos de técnica, ya que confunde el recurrente la violación por infracción directa de norma sustancial con la proveniente de error de hecho o de derecho en la apreciación de determinados medios probatorios. Con todo, se estudiarán los dos cargos que presenta contra la sentencia, haciendo la Corte una

interpretación de la demanda, siguiendo así la práctica de no ser muy rigurosa con los recurrentes que no se ajustan estrictamente a los principios que gobiernan la casación, a fin de no sacrificar el derecho sustantivo a la forma, práctica que tiene su apoyo en el artículo 472 del Código Judicial.

PRIMER CARGO

Dice el recurrente

"a) La sentencia recurrida viola directamente los artículos 2.512, artículo 1º, Ley 50 de 1936, 2.531 y 2.532 del Código Civil, como consecuencia de los errores de derecho y de hecho en que incurrió el fallador como lo pondré en evidencia al singularizar la violación.

A continuación entra a afirmar que los demandados han tenido la posesión material de los dos lotes de terreno objeto de la demanda por tiempo suficiente para consumir la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, sin que jamás el actor hubiera tenido la posesión material de ellos.

Agrega el personero de los demandados que la posesión que han tenido sus mandantes no fue interrumpida ni por el nombramiento de administrador para la comunidad, ni por el juicio posesorio adelantado por el demandante, ni por la venta que en pública subasta hizo el propio demandado Bernardo Agudelo a Eliseo Barreneche de la mitad indivisa del predio, mitad que luégo —por el juicio divisorio— se concretó en los dos lotes de terreno materia de la reivindicación.

Y remata así el cargo el recurrente

"Los artículos 2.512, artículo 1º, Ley 50 de 1936, 2.531 y 2.532 del Código Civil fueron violados por la sentencia recurrida, por infracción directa".

Se considera:

De la lectura de todo este capítulo de la demanda de casación la Corte saca en conclusión que el recurrente acusa el fallo del Tribunal por error de hecho que condujo a la violación de las normas del Código Civil que consagran la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, error que consistió en haber dejado de apreciar el Tribunal las pruebas que demuestran que los demandados han poseído tranquila e ininterrumpidamente los dos lotes de terreno objeto del juicio por tiempo mayor de 30 años, aunque sin precisar cuáles fueron las pruebas aportadas al debate y dejadas de apreciar por el sentenciador.

Es bien sabido que en el recurso de casación no

se puede reabrir el debate probatorio, haciendo la Corte por su cuenta un nuevo análisis de los elementos de convicción aportados al juicio para tratar de llegar a nuevas y diferentes conclusiones de las adoptadas por el Tribunal, sino sólo en el caso de que se precisen los errores manifiestos de hecho o de derecho en que incurrió el sentenciador, errores provenientes de apreciación equivocada o de falta de apreciación de determinada prueba, que llevaron al Juez de instancia a la violación de una norma sustancial que a su turno incide en la resolución del pleito. En tal caso la Corte sólo puede entrar a estudiar la prueba que el recurrente estima erróneamente valorada o desestimada, pero no las demás.

En el presente caso no se trasluce el error de hecho del cual parece acusar el fallo el recurrente, por no haber apreciado las pruebas que estructuran a favor de los demandados la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, ya que de la sentencia del Tribunal de Medellín se desprende en forma nítida que si se tuvieron en cuenta los medios probatorios llevados al debate con tal finalidad; sólo que ellos no le sirvieron para que triunfaran sus aspiraciones, como se desprende de los siguientes apartes de la sentencia, que son concluyentes para desvirtuar el cargo:

"Tanto Agudelo como Arboleda propusieron la excepción de prescripción, que hacen consistir en que han estado en posesión continua y pacífica de aquella finca por un lapso de más de treinta y siete años. Por lo atrás analizado, ninguno de ambos demandados tiene título escriturado por el cual hayan adquirido alguna parte de los lotes de terreno debatidos. Agudelo fue por un tiempo solamente comunero en la finca global; y en 1942, por razón de un remate transfirió a don Eliseo Barreneche parte de los derechos que en ella le correspondían, transformados más tarde, por división, en los predios de la actual reivindicación. Arboleda sólo adujo escrituras públicas concernientes a transmisión de derechos herenciales, representados en un predio que parece ser diverso del delimitado en la demanda. Lo que quiere decir que, conforme a los artículos 2.528 y 2.529 del Código Civil, no da lugar a la prescripción ordinaria o de diez años, basada en justo título, sino a la extraordinaria normada por el artículo 2.531 *ibidem*; y así lo entendieron los demandados, según parece, al alegar ese medio adquisitivo a causa de una posesión continua y tranquila de más de treinta años, de acuerdo con lo que exponen en la contestación del libelo.

"Varios testigos, entre ellos PEDRO PABLO

GOMEZ Y ANDRES GOMEZ, aseveran que Bernardo Agudelo C. posee, desde hace más de treinta años, los predios en litigio, en forma pacífica y continua, ejecutando allí actos de dominio como sembrar, cercar, limpiar la finca, etc. Sin embargo, tales testimonios, que en otros eventos darían origen a la prescripción extraordinaria, en el presente carecen de eficacia, porque militan otras pruebas de mayor entidad jurídica que los desvirtúan y son naturalmente de aplicación preferente a saber:

“En primer término, el hecho de que por remate del 7 de mayo de 1942, Bernardo y Nicolás Agudelo transmitieron, mediante pública subasta y por intermedio del Juzgado Cuarto Civil de este Circuito, la mitad de la finca allí especificada, que en virtud de partición se concretó en el inmueble discutido. Desde tal fecha, por ende, Agudelo, a fuer de tradente jurídico, quedó privado del derecho que en ese bien raíz representaba, es decir, del dominio y posesión correspondiente. Sería absurdo que Agudelo, tras de enenjar legalmente por remate unos derechos reales de su pertenencia continuase como dueño y señor de ellos, ocupándolos y poseyéndolos, como si nada hubiera transmitido a Barreneche. De suerte que ese remate impidió al antedicho demandado alegar posesión y consiguientemente prescripción con relación al tiempo posterior, porque se ha repetido que así don Eliseo como don Félix Barreneche han venido verificando toda clase de gestiones judiciales y extrajudiciales tocantes a tales derechos, a fin de obtener primero el nombramiento de administrador y luego la partición de aquel inmueble, como lo lograron. Lo que indica que la posesión de Agudelo no ha sido continua y pacífica, ni por el término treintenario exigido por la ley.

“Deponen algunos declarantes que Arturo Arbolada ha estado ocupando o poseyendo una porción de los predios en reivindicación, pero sin determinar la fecha en que empezaron los actos posesorios, ni que hayan ocurrido desde hace más de diez o treinta años. De aquí que esos testimonios carezcan de eficacia para acreditar el medio adquisitivo de prescripción, alegado en la contestación de la demanda”.

* * *

Queda así claro que si bien el demandado Agudelo ha tenido la posesión material por más de treinta años no ha sido ni tranquilo, en virtud de diversas acciones judiciales intentadas por la parte demandante, ni ininterrumpida, ya que se desprendió del dominio de los dos lotes materia

de la reivindicación por la venta en pública subasta que de ellas verificó, venta que Agudelo no ha intentado desconocer en ningún momento.

Es realmente desconcertante que después de haberse desprendido el recurrente Agudelo del dominio de los lotes por la citada venta hecha a favor de Barreneche, se niegue a la entrega de lo enajenado y más desconcertante aún que alegue derechos de dueño sobre ellos.

En cuanto a la afirmación que hace el recurrente de que el demandante Barreneche no ha tenido la posesión material de los bienes sub-lite, es conveniente recordar que el legislador no exige esta condición para ejercitar con éxito la acción de dominio, siendo suficiente que acredite la condición de propietario del bien, que si es raíz la prueba debe ser un título debidamente inscrito en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados, según lo ordena el artículo 756 del Código Civil.

Es suficiente lo anterior para concluir que el Tribunal sí estudió las pruebas aportadas con fines a demostrar la excepción de prescripción; sólo que ellas no la evidenciaron, según análisis hecho por el sentenciador.

Por lo mismo, el cargo no prospera.

SEGUNDO CARGO

Acusa también el recurrente el fallo del Tribunal de haber violado “indirectamente el artículo 946 del Código Civil, como consecuencia de un evidente error de hecho originado por la indebida apreciación de algunas pruebas”, según las propias palabras de la demanda de casación.

El cargo lo hace consistir en que el Tribunal aceptó la singularización de los lotes con base en prueba testimonial, lo que es contrario —dice— a lo sostenido por la jurisprudencia que enseña que la prueba única en tal caso es la inspección ocular que debe hacer el Juez del conocimiento, y agrega textualmente:

“Por consiguiente, debióse identificar directamente los lotes materia del juicio y como ello no se hizo en forma que legalmente produzca plena certidumbre al fallador la acción iniciada no puede o no debe prosperar. Este error como es lógico, implicó una indebida aplicación de la ley civil sustantiva, por cuanto dando por demostrada la individualización de los lotes diéronle aplicación a los artículos 961 y ss. del C. C.”.

La Corte considera:

Son elementos diferentes de la acción de dominio la singularización del bien que se trata de reivindicar y la identificación del mismo, consistien-

do el primero en que la cosa sea determinada, concreta, cuerpo cierto; en tanto que el segundo hace relación a que sea una misma la que reclama el reivindicante con la que posee el demandado.

Cuando de bienes raíces se trata la singularización se cumple fijándole al fundo linderos precisos, que no permitan su confusión con otros. La identificación puede hacerse por cualquiera de los medios probatorios establecidos en la ley, aun cuando el más adecuado es el de la inspección ocular, como lo ha dicho la Corte en repetidos fallos (15 de mayo de 1931, 16 de marzo de 1951).

Estos presupuestos se cumplieron a cabalidad en el presente juicio, ya que el actor le fijó a los dos lotes objeto de la demanda linderos precisos, además de la ubicación, para diferenciarlos de otros. Y en cuanto a la identificación, no es exacto que el fallo acusado se hubiera fundado en la sola prueba testimonial, ya que en él se transcriben los conceptos de los peritos que intervinieron en dos inspecciones oculares, siendo enfáticos en sostener que los dos lotes que reclama Barreneche son los mismos que le fueron adjudicados en la partición judicial de los bienes sucesorales de su padre Eliseo Barreneche, según la hijuela que se le formó y que el actor presenta como base de su demanda.

Para mayor abundamiento se transcriben los siguientes párrafos del fallo del Tribunal, de Medellín que hacen relación con la identidad.

"Con inspecciones judiciales, peritazgos y testimonios se demostró fehacientemente que los dos lotes de terreno a que el juicio se refiere, son los mismos que el demandante adquirió en virtud de las hijuelas que se le formaron en la mortuoria de su finado padre, don Eliseo Barreneche; los mismos puntualizados en las hijuelas que se adjudicaron a dicho don Eliseo, en el juicio divisorio que adelantó contra Bernardo Agudelo y las sucesiones ilíquidas de Nicolás Agudelo y otros; que tales lotes son parte del inmueble rematado el 7 de mayo de 1942, en el Juzgado Cuarto Civil de este Circuito, subasta en que adquirió don Eliseo la mitad indivisa del inmueble global allí indicado, que habían adquirido los tradentes por escritura número 390 de 8 de septiembre de 1918, de la Notaría de Amagá, de que se trata en los apartes anteriores.

"En efecto, en la vista ocular y peritazgo practicado el 21 de agosto de 1953, dentro del proceso divisorio de Eliseo Barreneche contra Bernardo Agudelo y otros, dicen acordes los peritos: "Hemos identificado los lotes de que hablan las hi-

juelas números 1º, 2º y 3º del trabajo de partición, que tenemos a la vista, y pudimos constatar que tales lotes se encuentran debidamente demarcados y alinderados dentro de la finca a que se refiere la escritura número 390 de 1918. Pudimos constatar que los lotes de que hablan las aludidas hijuelas son parte integrante en su totalidad del inmueble a que hace referencia la diligencia de remate que también hemos leído. No está, en nuestro concepto ni aparece por parte alguna, que el doctor Cuesta Angel al verificar la partición, hubiera tomado terrenos distintos o traspasado linderos de los especificados en la mentada diligencia de remate".

"En la diligencia de inspección judicial y peritazgo decretados por este Tribunal y practicados por el Juez comisionado el 17 de julio postrero, se lee: "Se procedió a reconocer la identidad de la finca que fue adjudicada al señor Eliseo Barreneche, según las hijuelas números 1 y 2 del acta de partición elaborada por el doctor Héctor Cuesta Angel en 1952, y aprobada por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Medellín, se verificó su situación y linderos y se encontró que lo que está comprendido por los linderos de la hijuela está en posesión de esos terrenos, por una parte don Arturo Arboleda y en otra don Bernardo Agudelo".

Además, el cargo está mal propuesto pues si realmente se hubiera dado por probada la identificación con prueba legalmente ineficaz, el error habría sido de derecho, proveniente de haberle asignado al medio un valor de que carecía.

Por lo tanto, no prospera el cargo.

RESOLUCION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha diez y siete de octubre de mil novecientos cincuenta y seis dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio ordinario seguido por Félix Barreneche P., contra Bernardo Agudelo y Arturo Arboleda Pérez.

Costas a cargo de los recurrentes.

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

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco—Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge Soto Soto, Secretario.

SIMULACION DE NEGOCIOS JURIDICOS ENTRE CONCUBINOS. — VALORACION DE LA PRUEBA POR INDICIOS. — CASACION POR APRECIACION ERRONEA DE LOS INDICIOS. — CONFESION

1.—Salvo cuando es manifiesta la correspondencia necesaria entre el hecho índice y el indicado en cumplimiento de leyes elementales de la naturaleza, el mérito del indicio no es absoluto sino apenas probable y se pondera no objetiva sino subjetivamente por la certeza moral del sentenciador, quien por inferencias graves, precisas y conexas entre sí, puede llegar a la convicción íntima y firme de que el hecho litigioso se encuentra probado plenamente.

Por modo que si dentro del recinto de la certeza moral y la convicción íntima no cabe establecer en el recurso extraordinario ningún género de jerarquía, y puesto que presuntivamente el fallo de instancia se entiende ajustado a la tarifa en la valoración de las probanzas, ha de seguirse en casación que los poderes discrecionales del sentenciador al apreciar la prueba por indicios están llamados a prevalecer, a menos que se demuestre error de derecho o yerro evidente de hecho en el juicio del sentenciador, lo que es de todo punto excepcional.

No ocurre a menudo que escape a los ojos del juzgador el medio que evidencia en el proceso cómo determinado hecho se cumplió o no tuvo existencia, para que según esto se dé o no por probado el índice, con palmario error de hecho. O bien, que el nexo entre el índice y el indicado no armonice con los dictados del sentido común o esté en oposición con leyes elementales de la naturaleza, para que por el aspecto subjetivo pudiera predicarse error evidente de hecho.

Tampoco es común que por medios extraños al régimen legal de probanzas se tengan por acreditados los hechos indicativos o que se desconozca su prueba producida conforme a la tarifa. Ni sucede con frecuencia que sean recibidos los indicios por el juzgador cuando la ley rechaza esa prueba. Por todo lo cual es también de excepción en esta materia el error de derecho.

Así ha dicho la Corte (Casación, junio 12 de 1958, LXXXVIII, 176).

De donde emerge el principio general acerca de que la discusión sobre el mérito probatorio de los indicios termina en la instancia, y se destaca la razón por la cual ante la Corte prevalece casi siempre el convencimiento del sentenciador fundado en indicios.

2.—Es natural que cada hecho índice carezca por sí solo de fuerza capaz de integrar el convencimiento, a menos que el Juez esté en presencia de indicio necesario, pues que en esta hipótesis extraordinaria el vínculo indiscutible de causalidad con el hecho investigado hace inoficiosa cualquiera otra averiguación. Pero por lo común es la cadena de varios hechos índices, reunidos y apoyados unos en otros, el fundamento del criterio que permite llegar con firmeza a la convicción de que el hecho indicado hubo de realizarse. Por ello, todo indicio no necesario considerado en sí mismo exige tratamiento valorativo en relación con otros hechos que aisladamente nada probarían tampoco. Así, si se admitiera destruir cada hecho indicador por falta de relación necesaria con el hecho que se averigua, sería tanto como eliminar de la tarifa la prueba por indicios. Destruirla vendría a ser tarea tan fácil como que en su enunciado encuentra su propia demostración: desde luego que se parte del supuesto de que el indicio no es necesario, está admitido de antemano que por sí solo, aisladamente, nada prueba.

3.—El mero hecho de la separación entre consortes carece de vigor suficiente para demostrar simulación de negocios jurídicos celebrados por cualquiera de los cónyuges con terceras personas. Pero si el tercero no es propiamente un extraño sino la barragana del marido, se esfuerza ya el poder denunciativo de los hechos concurrentes a un tiempo con otros más que en proceso lógico han conducido al convencimiento del sentenciador.

Porque si la manceba dió al marido ausente de su hogar legítimo varios hijos naturales; si ellos fueron reconocidos voluntariamente por el padre y si, además, todos ellos son impúberes y sin recursos, no repugna al razonamiento lógico admitir que el traspaso de bienes inmuebles hecho por el concubinario a su manceba obedeció no a la causa onerosa aparente, sino a la causa liberal.

No que así se pruebe que todos los contratos entre concubinos sean a título gratuito, sino que algunos, y quizá no pocos, sí lo son. Ni que los móviles sean de imposible descubrimiento, aunque no aparezcan de prueba preconstituída.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, veinte (20) de marzo de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. José Hernández Arbeláez).

Aparece en la escritura pública número 10 otorgada el 7 de enero de 1948 en la Notaría de Montenegro que Angel María Gómez Correa declaró donar a Edelmira Arismendi Gómez el inmueble que allí se identifica por su situación y linderos, y cuyo valor se estimó en \$ 3.000.00. Además del usufructo vitalicio reservado para el donante, se estipuló para la donataria la restricción de no enajenar ni posesionarse mientras viviera Gómez Correa, con el ítem de que en el evento de supervivencia con relación a la donataria, revertería el dominio al donante.

El día 28 del mismo mes de enero de 1948, por escritura 49 de la mencionada Notaría, las partes dicen aclarar y corregir la escritura número 10 en el sentido de que la donación no tenía por objeto la totalidad del inmueble sino únicamente la porción que Gómez Correa había adquirido por escritura 415 de 30 de septiembre de 1944 a virtud de compra a Esteban Cadavid E. y Rosa Cadavid de Cadavid, bajo el nombre de "El Oriente", y por los linderos que se expresan. Que en cuanto al otro lote, adquirido por escritura 97 de 5 de marzo de 1945, Gómez Correa lo cedía a la Arismendi a título de venta por \$ 1.500.00 de precio y con las mismas reservas y condiciones pactadas para la donación, acerca de usufructo vitalicio, reversión del dominio, etc.

El mismo Gómez Correa en la escritura 83 de 16 de febrero de 1952 de la misma Notaría dijo

transferir a la misma Edelmira Arisemndi Gómez a título de venta y por \$ 6.000.00 el derecho de dominio sobre la mitad de un solar con casa de habitación de una planta en el área urbana de Montenegro, según allí se determina.

Como el susodicho Angel María Gómez Correa hubiese contraído matrimonio el 8 de febrero de 1915 con Pastora Ríos y los inmuebles sobre que versan las citadas escrituras 10, 49 y 83 se adquirieran a título oneroso por el marido durante la sociedad conyugal disuelta por muerte del mismo el 26 de marzo de 1952, la cónyuge sobreviviente, con petición para la dicha sociedad, y Mercedes y Pastora Gómez Ríos, para la herencia de Angel María Gómez Correa, como herederas en su condición de hijas legítimas, entablaron la demanda con que el presente juicio fue iniciado.

Las súplicas contemplan declaraciones sobre simulación relativa de los contratos que aparecen en las citadas escrituras, por ocultar donación entre vivos, y acerca de su nulidad por falta de insinuación, a tiempo en que, además, son atinentes a la condena consecuencial a restituir a la sociedad conyugal y la herencia, respectivamente, los bienes objeto de aquellas contrataciones, junto con frutos, aparte de las costas del litigio. En subsidio se ejerce la acción rescisoria del contrato sobre que versa la escritura 83, por causa de lesión enorme.

El fallo de primera instancia proferido por el Juez Civil del Circuito de Armenia con fecha 20 de agosto de 1956, resolvió:

1.—Que es relativamente simulado el contrato de compraventa contenido en la escritura 49 de 28 de enero de 1948, Notaría de Montenegro;

2.—Que es también relativamente simulado el contrato de compraventa sobre que versa la escritura 83 de 16 de febrero de 1952, Notaría de Montenegro;

3.—Que uno y otro contrato ocultan donaciones entre vivos;

4.—Que la donación, en lo tocante a las escrituras 10 y 49 de enero de 1948, Notaría de Montenegro, "es válida hasta la suma de \$ 2.000.00, y nula, de nulidad absoluta, en el exceso del valor del inmueble sobre esta suma, exceso equivalente a \$ 5.000.00 por falta de insinuación en los términos de la ley".

5.—Que la donación oculta por la escritura 83 de 16 de febrero de 1952 "es válida hasta la suma de \$ 2.000.00, y nula, de nulidad absoluta, en el exceso..... equivalente a \$ 4.000.00, por falta de insinuación...."

6.—Que, en consecuencia, se reconoce en favor de la sociedad conyugal Gómez Correa-Ríos una cuota por valor de \$ 5.000.00 sobre el avalúo de \$ 7.000.00 recibido por el inmueble a que se refieren las escrituras 10 y 49 de enero de 1948, y una cuota de \$ 2.000.00 a la demandada Edelmira Arismendi;

7.—Que a la misma sociedad conyugal se le reconoce una cuota por valor de \$ 4.000.00 sobre avalúo de \$ 6.000.00 dado a la mitad del inmueble sobre que versa la escritura 83 de 16 de febrero de 1952, y una cuota de \$ 2.000.00 a Edelmira Arismendi;

8.—Que la demandada debe restituir a la sociedad conyugal y a la herencia de Gómez Correa las cuotas de \$ 5.000.00 y de \$ 4.000.00 antedichas;

9.—Que la demandada Arismendi debe restituir también los frutos correspondientes, unos a partir del 26 de marzo de 1952, y otros desde el 16 de febrero de 1952, mediante liquidación practicada por el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial;

10.—Ordenó librar despachos al Notario de Montenegro y al Registrador de Instrumentos Públicos para las anotaciones consecuenciales; y

11.—Condenó en costas a la demandada.

Se tramitó la segunda instancia por apelación de ambas partes y el Tribunal Superior de Pereira con fecha 29 de noviembre de 1956, dijo:

"A.—Confirmase la sentencia de 20 de agosto de 1955 proferida en este juicio por el Juez Civil del Circuito de Armenia, en los siguientes puntos:

El numeral 1º de su parte resolutive que declara que es relativamente simulado y carece de efecto legal el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 49 de 28 de enero de 1948 de la Notaría de Montenegro, cuyas determinaciones y especificaciones se hacen en tal numeral.

"B)—El numeral 3º en cuanto declara que el contrato de compraventa singularizado en la escritura número 49 referida oculta una donación entre vivos, que fue el que las partes quisieron celebrar.

"C)—Confirmase el numeral 4º que declara que la donación entre vivos es irrevocable en parte oculta y en parte expresa, contenida en la escritura número 49 de 28 de enero de 1948 en armonía con la escritura número 10 de los mismos mes y año, ambas de la Notaría de Montenegro, es válida hasta la suma de dos mil pesos moneda legal y nula de nulidad absoluta en el exceso del

valor del inmueble, exceso que vale cinco mil pesos moneda legal.

"D)—Confirmase el numeral 6º en forma total.

"E)—Confirmase el numeral 8º en cuanto condena a la parte demandada a restituir a las entidades demandantes el derecho o cuota de cinco mil pesos moneda legal en los inmuebles relacionados en los numerales 1º y 4º de la resolutive de la sentencia.

"F)—Confirmase el numeral 9º de la sentencia en cuanto ordena a la demandada restituir a las entidades demandantes los frutos naturales y civiles producidos por los lotes de terreno y mejoras determinados en los numerales 1º y 4º y no sólo los percibidos sino también los que los demandantes hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo los bienes en su poder, restitución que obliga desde el 26 de marzo de 1952 y cuya liquidación se hará por el procedimiento que indica el artículo 553 del Código Judicial.

"G)—Confirmase el numeral 10º en cuanto ordena la cancelación de las escrituras números 10 y 49 otorgadas en la Notaría de Montenegro el 7 y el 28 de enero de 1948, respectivamente.

"H)—Revócanse los numerales 2º, en todas sus partes, el 3º en cuanto se expresa allí que la compraventa de la escritura número 83 de 16 de febrero de 1952 contiene oculta una donación; el 5º en todas sus partes; el 7º también en todas sus partes; el 8º en cuanto condena a la demandada a restituir a las entidades demandantes la cuota o derecho de cuatro mil pesos en la mitad o derecho de mitad del inmueble que fue objeto de la compraventa contenida en la escritura número 83 de 16 de febrero de 1952, de la Notaría de Montenegro; el 9º en cuanto allí se ordena a la parte demandada a restituir a las entidades demandantes los frutos naturales y civiles del derecho o cuota de mitad del inmueble a que se hace referencia en tal numeral; el 10º en cuanto se disponen las cancelaciones de la escritura número 83 aludida.

"I.—Se declara no probada la acción subsidiaria de rescisión por lesión enorme con respecto al contrato de compraventa de la escritura número 83.

"J)—Se declaran no probadas ninguna de las excepciones propuestas por la parte demandada, con respecto al contrato contenido en la escritura número 83.

"K)—Confirmase la condenación en costas de la primera instancia con la reforma de que la

condena se reduce a la mitad o sea al cincuenta por ciento.

"Sin costas en la segunda instancia".

El recurso.

Interpuesto por la parte demandada se funda en la causal 1ª y acusa la sentencia por violación de ley sustantiva "a través de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas".

"Toma el recurrente la serie de indicios valorada por el sentenciador para entender y decidir que la venta a que alude la escritura pública 49 de 28 de enero de 1948, Notaría de Montenegro, no es en realidad venta sino donación; examina y sintetiza las doctrinas de la Corte tocantes a la prueba por indicios y sobre la autonomía del sentenciador para valorar la gravedad, precisión y recíproca comexidad de los indicios no necesarios, y comenta:

"Pero tal autonomía no es absoluta, porque si bien en materia indiciaria el sentenciador goza de una independencia mayor, en razón de la naturaleza de la prueba, no por ello deja de estar sujeto a determinadas normas que ordenan racionalmente el ejercicio de esa autonomía...."

Agrega:

"Es susceptible —dice la doctrina— de ser atacado en casación el juicio del Tribunal sobre la prueba de indicios, por error de hecho, cuando: a) Se dan por probados los hechos indicadores o algunos de ellos, sin estarlo; b) Cuando no se dan por probados, hallándose probados; c) Cuando se niega que haya relación de causalidad entre los hechos indicadores y el que se investiga, existiendo realmente esa relación; y d) Cuando se les atribuye esa relación sin que exista.

"Los casos a) y b) pertenecen al campo general de la apreciación de pruebas: el juzgador estima que existe la prueba de un hecho en el juicio, siendo así que no existe, o que no existe cuando en verdad existe:

"Los casos c) y d) son propios de prueba de indicios. Los varios hechos no necesarios, tienen que engendrar, conjuntamente, la demostración, la presencia en el juicio, del hecho materia del debate. Todos ellos juntos no podrán menos de llevar a la mente del juzgador, de manera inexorable, la certeza de haber ocurrido el hecho; mas para ello se requiere primordialmente que haya comexidad entre los hechos antecedentes y el hecho cuya prueba se busca, es decir, que aquellos, por su propia existencia procesal hagan también brillar al último en el juicio:

"De tal modo que cuando el sentenciador niega a los hechos indicadores la relación o comexidad esencial con el que se trata de establecer, siendo así que realmente existe esa relación o comexidad incurrir en error de hecho, y que de la misma manera lo cometa al atribuirle a los hechos antecedentes la comexidad o relación de causalidad que no tienen con el que se trata de establecer".

Nuevamente se detiene la demanda en el comentario y cita de varias doctrinas de la Corte en el mismo tema de la prueba indicial, para respaldar su aserto de que es procedente la impugnación del fallo por error de hecho si considera "probados los antecedentes; cuando no hay prueba, o el contrario, o por presumir comexidad entre los antecedentes y el hecho desconocido, cuando no concurre, o al contrario".

Agrega que la doctrina acepta la posibilidad de error de derecho en la estimación de los indicios, "bien porque se reciba esa prueba cuando la ley no la admite, o viceversa, o bien porque se vea comexidad o causalidad donde no la hay, o viceversa". Y concluye por el aspecto doctrinal, así:

"La doctrina ha sostenido que los indicios no necesarios se estudian uno a uno, para saber si están probados los hechos en que consisten y si son graves, precisos y conexos entre sí; pero, ya en conjunto para saber, con certeza, si el hecho desconocido se halla probado plenamente, puesto que esta prueba, por ser indirecta, por componerse de fragmentos, siempre ha de ser plena.

"Así, casación de octubre 20 de 1942 (LIV, bis, página 186) enseña que 'cuando se trata de indicios se analizan uno a uno para ver si está comprobado cada cual satisfactoriamente (artículo 666 del Código Judicial); en seguida se establece la conexión que, en su caso, quepa lógicamente entre ellos, a fin de saber si, así relacionados, constituyen la prueba que pretende erigir quien los presenta'; y en sentencia de la Sala de Negocios Generales, de 21 de septiembre de 1953 (LXXIV, página 505) que 'cuando se trata de la prueba indiciaria, aunque cada indicio debe analizarse aisladamente para ver si está probada su existencia y si guarda relación con el hecho que se investiga, el convencimiento no puede surgir de cada indicio por separado....'".

Al examinar los indicios en que la sentencia del Tribunal encuentra apoyo, estima el recurrente que la separación de hecho entre Gómez Corpea y su esposa legítima Pastora Ríos durante lapso no menor de veinte años no está probada, pues el reconocimiento al respecto de la demandante

no puede perjudicar a la demandada Arismendi, "porque lo impide el artículo 669, ordinal 2º, del Código Judicial, ya que se supone parcialidad para declarar en quien es parte en el mismo pleito", de donde deduce error de derecho en el fallo acusado. Y por cuanto la censura niega el nexo entre el abandono conyugal y la simulación controvertida en el proceso, predica no sólo error de hecho sino también error de derecho cuando el Tribunal concede el valor de indicio a la dicha separación entre consortes, de que resultan violados los artículos 662 y 665 del Código Judicial, en sentir de recurrente.

Cuanto al afecto entre Gómez Correa y la Arismendi por razón del concubinato en que procrearon dos hijos, lo desestima la demanda por la consideración de que el sentenciador no lo entendió como indicio de donación irrevocable con respecto a la escritura 83 de 16 de febrero de 1952 y, por lo mismo, ha debido darle igual tratamiento para la compraventa que aparece en la escritura 49 del 28 de enero de 1948, y agrega:

"Peca contra la lógica suponer que los contratos entre concubinos han de ser gratuito y que si se celebran onerosos es que son simulados. El artículo 3º de la Ley 28 de 1932 autoriza la venta de muebles entre marido y mujer: ha de ser que pueden darse títulos onerosos entre cónyuges, sin que ello pugne a las relaciones conyugales ni al matrimonio.

"Por lo cual resulta absurdo presumir que no puede haber contratos onerosos entre concubinos, si los puede haber entre cónyuges, y que al admitir el fallo que la vida en común, en el caso de la escritura número 49 —no en el de la número 83— es indicio de la simulación de la venta, incurre también en error de hecho, puesto que la falta de conexidad equivale a la inexistencia de la prueba, que el fallo da por existente; y en error de derecho, además, por haberle asignado a tal hecho, sin sentido alguno como indicio, un valor que no tiene según los artículos 662 y 665 del Código Judicial, infringidos en consecuencia".

En lo que atañe al "estímulo o la intención de llevar a sus hijos naturales Heiner y Amparo, por intermedio de su madre Edelmira Arismendi algún patrimonio, siendo como eran tales niños impúberes e incapaces para proporcionarse por sí mismos los recursos necesarios para la subsistencia y educación", el recurrente formula el mismo reparo de que no sirvió para declarar la simulación de la escritura 83, lo que no fue óbice para valorarlo con respecto al instrumentó número 49, con diversidad de criterios que prueba

la no existencia del indicio. A lo cual añade que se trata de móvil no probado en el proceso y que por consiguiente el indicio no existe. Saca en consecuencia esta vez también los alegados errores de hecho y de derecho.

En referencia a la circunstancia del otorgamiento de la escritura 49 a los 21 días después de la escritura número 10 para subsanar vicios y eliminar la exigencia legal de la insinuación para la liberalidad respectiva; a la reseva de usufructo vitalicio para el vendedor; eliminación de la facultad de disponer y de poseer el objeto para la compradora; y a la reversión del dominio en caso de premuerte de la donataria, la demanda admite que están probados, pero que "por carecer de conexión o causalidad respecto del hecho desconocido, cual es la simulación, no existen en el proceso como indicios, y el fallo al recibirlos como tales, incurre, primeramente, en errores de hecho, puesto que el proceso no arroja esa prueba, y luego, en errores de derecho, porque valora esos hechos como indicios, en contra de lo que prescriben los artículos 662 y 665 del Código Judicial". Y aduce la demanda variados razonamientos para demostrar la inexistencia de nexo entre los índices y el hecho indicado.

A través de todo lo cual concreta el cargo en estos términos:

"Como repercusión de los errores sufridos en la estimación de los 'indicios' de la simulación, la sentencia viola la ley sustantiva, así:

"a) El artículo 1.849 del Código Civil que define la compraventa, cuyos elementos esenciales se reducen a la voluntad de las partes de transferir un derecho y de pagarlo;

"b) Los artículos 1.857 y 2.673 *ibidem* que prescriben, para el perfeccionamiento de la venta de los bienes raíces, la solemnidad de la escritura pública, y para presentarla en juicio, la solemnidad del registro;

"c) Los artículos 756 y 2.637, ordinal 1º, *ibidem*, según los cuales la inscripción del título en el registro público transfiere los derechos reales inmuebles.

"Estos textos sancionan y consagran la firmeza del contrato de venta perfeccionado mediante la escritura pública número 49 y la adquisición del dominio por la compradora Edelmira Arismendi, contrato y adquisición que la sentencia desconoce a causa de los errores en que incurre en la estimación de las probanzas.

"d) Los artículos 1.766, 1.443 y 1.457 del Código Civil, por indebida aplicación, porque ajeno el problema a la simulación no podía aplicarse el

primero, y en tratándose de venta sobran los textos sobre donación y la insinuación de la misma".

Se considera:

1.—Salvo cuando es manifiesta la correspondencia necesaria entre el hecho índice y el indicado en cumplimiento de leyes elementales de la naturaleza, el mérito del indicio no es absoluto sino apenas probable y se pondera no objetiva sino subjetivamente por la certeza moral del sentenciador, quien por inferencias graves, precisas y conexas entre sí, puede llegar a la convicción íntima y firme de que el hecho litigioso se encuentra probado plenamente.

Por modo que si dentro del recinto de la certeza moral y la convicción íntima no cabe establecer en el recurso extraordinario ningún género de jerarquía, y puesto que presuntivamente el fallo de instancia se entiende ajustado a la tarifa en la valoración de las probanzas, ha de seguirse en casación que los poderes discrecionales del sentenciador al apreciar la prueba por indicios están llamados a prevalecer, a menos que se demuestre error de derecho o yerro evidente de hecho en el juicio del sentenciador, lo que es de todo punto excepcional.

No ocurre a menudo que escape a los ojos del juzgador el medio que evidencia en el proceso cómo determinado hecho se cumplió o no tuvo existencia, para que según esto se dé o no por probado el índice, con palmario error de hecho. O bien, que el nexos entre el índice y el indicado no armonice con los dictados del sentido común o esté en oposición con leyes elementales de la naturaleza, para que por el aspecto subjetivo pudiera predicarse error evidente de hecho.

Tampoco es común que por medios extraños al régimen legal de probanzas se tengan por acreditados los hechos indicativos o que se desconozca su prueba producida conforme a la tarifa. Ni sucede con frecuencia que sean recibidos los indicios por el juzgador cuando la ley rechaza esa prueba. Por todo lo cual es también de excepción en esta materia el error de derecho.

2.—Así ha dicho la Corte:

"Si en la prueba por indicios se trata fundamentalmente de que el juzgador, por el hecho conocido, pase a descubrir el hecho que se controvierte, no existe duda alguna acerca de que por regla general el debate sobre su mérito queda cerrado definitivamente en la instancia, y que la crítica en casación se reduce a determinar si por

error evidente de hecho o por error de derecho estuvieron admitidos como probados o como no probados los hechos indicativos; si todas las conjeturas dependen exclusivamente de un indicio no necesario; y si la prueba por indicios es o no de recibo en el asunto debatido. Pero en lo que atañe a la gravedad, precisión, concordancia y nexos de los indicios con el hecho que se averigua, el sentenciador está llamado por ley a formar su íntima convicción, que prevalece mientras no se demuestre en el recurso que contraría los dictados del sentido común o desconoce el cumplimiento de elementales leyes de la naturaleza". (Casación, 12 de junio de 1958. LXXXVIII, 2198, 176, 2).

3.—De donde emerge el principio general acerca de que la discusión sobre el mérito probatorio de los indicios termina en la instancia, y se destaca la razón por la cual ante la Corte prevalece casi siempre el convencimiento del sentenciador fundado en indicios.

4.—Aunque el análisis del recurrente se encuentre inspirado en principios de sana crítica, es lo normal que ensaye soluciones más ajustadas a la pretensión de una de las partes que al equilibrio jurídico como soporte presunto del fallo acusado, mientras no haga quiebra en casación.

La prosperidad que obtuvo la acción de prevalencia en los términos del proveído sobre que versa el recurso, está apoyada en una serie de indicios que condujeron a la certeza moral del sentenciador acerca de la simulación declarada en negocios jurídicos entre Gómez Correa y Edelmira Arismendi.

La separación de hecho entre el enajenante y su legítima consorte Pastora Ríos durante largos años; el vínculo afectivo entre el propio Gómez Correa y su manceba Edelmira Arismendi, afianzado por la procreación de varios hijos comunes; la circunstancia de ser todavía impúberes y sin recursos los dichos hijos naturales; la reserva de usufructo por vida del enajenante; la no menos expresa de no enajenar y no adquirir la posesión Edelmira, y la cláusula sobre reversión del dominio en el evento de premuerte de la misma Edelmira, además de que la escritura número 10 fuese corregida pocos días después de otorgada, fueron hechos que el Tribunal consideró plenamente demostrativos de la simulación declarada en la sentencia.

5.—A pesar de que por el aspecto meramente humano pudiera verse en Pastora Ríos confesión cuando manifiesta el abandono en que la dejara su marido, en cuanto ello sugiera que la mujer

hubo de sobreponerse a no pocos sentimientos arraigados en las costumbres, lo cierto es que ante el derecho probatorio no puede encontrarse allí configurado el reconocimiento judicial, aunque se trate de respuesta en posiciones, por no referirse a hechos cuyo valor jurídico contradiga, aminore o en alguna forma enerve la pretensión deducida en juicio por quien declara.

Pero esto no significa que la declaración de Pastora Ríos esté privada de mérito. Antes bien, mayor plenitud probatoria tendría, si cupiese, que el reconocimiento judicial para probar la separación durante veinte años entre Gómez Correa y su mujer legítima. Porque se trata del hecho que una de las partes asevera solemnemente ante el Juez, con Dios por testigo, cuando ya su adversario lo ha confesado al formular la correspondiente pregunta en posiciones; por lo cual resplandece con claridad meridiana tanto el hecho mismo como la circunstancia de quedar por fuera del debate a virtud de la unánime aceptación de las partes. Bien pudo entonces el sentenciador tenerlo como elemento de juicio concurrente con otros varios hechos que, conjugados razonablemente, le permitieran llegar al estado de convicción judicial con base en inferencias ciertas.

Es natural que cada hecho índice carezca por sí solo de fuerza capaz de integrar el convencimiento, a menos que el Juez esté en presencia de indicio necesario, pues que en esta hipótesis extraordinaria el vínculo indiscutible de causalidad con el hecho investigado hace inoficiosa cualquiera otra averiguación. Pero por lo común es la cadena de varios hechos índices, reunidos y apoyados unos en otros, el fundamento del criterio que permite llegar con firmeza a la convicción de que el hecho indicado hubo de realizarse. Por ello, todo indicio no necesario considerado en sí mismo exige tratamiento valorativo en relación con otros hechos que aisladamente nada probarían tampoco. Así, si se admitiera destruir cada hecho indicador por falta de relación necesaria con el hecho que se averigua, sería tanto como eliminar de la tarifa la prueba por indicios. Destruirla vendría a ser tarea tan fácil como que en su enunciado encuentra su propia demostración: desde luego que se parte del supuesto de que el indicio no es necesario, está admitido de antemano que por sí solo, aisladamente, nada prueba.

6.—A la luz del proceso es innegable la separación de hecho en que vivieron durante largo tiempo los cónyuges Gómez Correa-Ríos, no sólo por el acuerdo de los litigantes al respecto sino tam-

bién por las relaciones extramatrimoniales Gómez Correa Arismendi, con permanencia y estabilidad tales que les permitieron la procreación de varios hijos comunes reconocidos voluntariamente por el padre.

El mero hecho de la separación entre consortes carece de vigor suficiente para demostrar simulación de negocios jurídicos celebrados por cualquiera de los cónyuges con terceras personas. Pero si el tercero no es propiamente un extraño sino la barragana del marido, se esfuerza ya el poder denunciativo de los hechos concurrentes a un tiempo con otros más que en proceso lógico han conducido al convencimiento del sentenciador.

Porque si la manceba dio al marido ausente de su hogar legítimo varios hijos naturales; si ellos fueron reconocidos voluntariamente por el padre y si, además, todos ellos son impúberes y sin recursos, no repugna al razonamiento lógico admitir que el traspaso de bienes inmuebles hecho por el concubinario a su manceba obedeció no a la causa onerosa aparente, sino a la causa liberal no bien oculta por cuanto a las reservas de usufructo vitalicio y de reversión del dominio en caso de premuerte, etc., que rematan la serie de indicios delatadores de la simulación.

No que así se pruebe que todos los contratos entre concubinos sean a título gratuito, sino que algunos, y quizá no pocos, sí lo son. Ni que los móviles sean de imposible descubrimiento, aunque no aparezcan de prueba preconstituida. Tampoco se demuestra así que toda corrección de escrituras envuelva un negocio ficticio, ni tampoco que la reserva de usufructo o el pacto de reversión del dominio hayan de ser siempre simulados.

La prueba de la simulación en la mente del sentenciador surgió del modo como hizo la ponderación de los hechos, no en abstracto sino en concreto para el asunto sub iudice y en forma que le condujo a legitimar la acción de prevalencia. Y si, por los motivos que el fallo anota, no llegó a convencerse también de la simulación por lo que hace a la escritura 83, su juicio sobre el particular priva en casación con el mismo vigor que su convencimiento respecto del negocio liberal encubierto por las escrituras 10 y 49, puesto que aparece formado dentro de los límites que enmarcan en derecho sus poderes de apreciación, según queda expuesto.

Ni error evidente de hecho, ni error de derecho afectan la valoración indicial efectuada por el fallo de instancia.

Resolución:

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, **NO CASA** la sentencia de fecha 29 de noviembre de 1956 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira.

No aparecen costas causadas.

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

Hernando Morales M. — Enrique Coral Velasco.

Ignacio Escallón. — José Hernández Arbeláez.

Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge Soto Soto, Secretario.

AL REQUERIMIENTO PARA QUE EL APODERADO DE UNA DE LAS PARTES CONTENDIENTES DEVUELVA EL EXPEDIENTE QUE RECIBIO EN TRASLADO PARA ALEGAR DE CONCLUSION, NO SE LE PUEDE DENOMINAR NI CONSIDERAR JUICIO. — EL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL EN PARTE ALGUNA TIENE ERIGIDA EN CAUSAL DE NULIDAD DEL JUICIO, EL NO HABERSE NOTIFICADO PERSONALMENTE EL AUTO QUE IMPONE LA MULTA A LA PARTE CONMINADA CON ELLA POR LA DEMORA EN LA DEVOLUCION DEL EXPEDIENTE. — DICHA MULTA REVISTE EL CARACTER DE SANCION DISCIPLINARIA PROCESAL, PERO NUNCA EL DE PENAL. — EL ARTICULO 381 DEL C. JUDICIAL NO TIENE EL CARACTER DE NORMA SUSTANTIVA O SUSTANCIAL, SINO DE ADJETIVA O PROCESAL

1.—Al requerimiento para que el apoderado de una de las partes contendientes devuelva el expediente que recibió en traslado para alegar en la segunda instancia, no se le puede denominar ni considerar juicio, porque éste se trabó desde la primera instancia, cuando se le notificó lo demanda al reo.

Este requerimiento constituye apenas una formalidad o acto procesal para que el renuente devuelva los autos a fin de proseguir la tramitación del segundo grado del juicio, o para proferir el fallo que disponen los artículos 381 y 383 del Código Judicial en caso de no hacerse la devolución oportunamente.

Por lo mismo, la nulidad por falta de citación y emplazamiento de la parte renuente, en razón de no habersele notificado personalmente el auto por el cual se le conminó con una multa para que devolviera el expediente, no puede considerarse como tal, al tenor del artículo 448 citado, que solamente eleva a nulidad la "falta de citación y emplazamiento en forma legal de las personas que han debido ser llamadas a juicio", y no la falta de notificación personal del auto que ordena el requerimiento de la parte que demora la devolución del expediente.

2.—La multa impuesta por el fallador al litigante que demora la devolución del expediente, reviste el carácter de sanción disciplinaria procesal, pero nunca el de penal, porque con ella no se sanciona ni podría sancionarse, en esa forma breve y sumaria y dentro del proceso civil, un delito propiamente dicho.

Esta multa no incide propiamente en el juicio civil, porque no es en razón de ella como se da aplicación al artículo 381 del

Código Judicial para fallar el negocio, sino como consecuencia de no haberse obedecido el requerimiento para devolver el expediente.

3.—El Código de Procedimiento Civil en parte alguna tiene erigida en causal de nulidad del juicio el no haberse notificado el auto que impone la multa a la parte conminada con ella, de conformidad con el artículo 380 del Código Judicial. Por tal razón, carece de todo fundamento el pretender que la falta de notificación del auto que impuso la multa y solicitó copia del fallo de primer grado, constituye una falta de citación y emplazamiento en forma legal de la parte renuente para hacerse presente en el juicio.

Podría darse una informalidad para los efectos de la multa, pero nunca sostenerse que la conminada no haya estado presente en el juicio, por no haberse notificado personalmente dicho auto.

4.—El artículo 381 del Código Judicial no tiene el carácter de norma sustantiva o sustancial, por cuanto no se consagra en ella un derecho, sino de adjetiva o procesal, dado que solamente se limita a indicar la manera como debe fallarse el juicio en los supuestos que contempla en sus cuatro ordinales.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo C. Posada).

Según documento suscrito en Medellín el 29 de mayo de 1954, Lucrecio Cárdenas Arango y

Luis Aristizábal Ospina celebraron un contrato de permuta, por el cual Cárdenas le transfirió a Aristizábal, un establecimiento conocido con el nombre de "Hotel Rosedal", quien le dio a Cárdenas, en cambio de lo que recibió, el establecimiento de confitería y salsamentaria conocido con el nombre de "Salsamentaria La Miel", y la cantidad de cinco mil pesos (\$ 5.000.), para completar la diferencia de precio de los bienes permutados, que fue de \$ 25.000.00 y \$ 20.000.00, respectivamente. El documento en cuestión fue suscrito por la señora Candelaria Amador, en señal de ratificación y de renuncia a todo derecho que pudiera tener en el Hotel Rosedal.

Luis Aristizábal Ospina mayor y vecino de Medellín demandó a Lucrecio Cárdenas Arango, de las mismas condiciones civiles ante el Juez Primero Civil de aquel Circuito, para que por la vía del juicio ordinario de mayor cuantía se decretase la resolución del contrato de permuta contenido en el documento de 29 de mayo de 1954 y se hagan las declaraciones consecuenciales.

Agotada la tramitación correspondiente, el Juzgado, en sentencia fechada el 6 de marzo de 1956, declaró probada la excepción de ilegitimidad en la personería de la parte demandada alegada por ésta, y, en consecuencia, negó las declaraciones impetradas en el libelo.

El personero del actor interpuso apelación contra esta providencia. En la situación, se le entregaron los autos en traslado para alegar y, en vista de que demoró su devolución más allá del término señalado, la parte demandada solicitó se le requiriera, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 380 y siguientes del Código Judicial. El Tribunal de Medellín, en auto de 22 de junio de 1956, dispuso el requerimiento, con conminación al pago de una multa de veinte pesos (\$ 20.00), el que se notificó por estado.

Con el informe Secretarial de que había vencido el término de tres días fijado para la devolución del expediente, sin que ésta se hubiera cumplido, el Tribunal en proveído de 2 de julio de 1956, condenó a la parte actora a pagar a la otra en el término de cinco días la multa prevenida, y solicitó del Juez del conocimiento copia de la providencia apelada.

Con vista en la copia y sin que se hubiera producido la devolución del expediente, el Tribunal, dando aplicación al artículo 381 del Código Judicial, dictó la sentencia de 17 de julio de 1956, por la cual confirmó la apelada en todas sus par-

tes, y condenó al demandante en las costas del juicio.

Contra esta providencia interpuso el personero del actor el recurso de casación que se resuelve ahora.

LA DEMANDA DE CASACION

El demandante acusa la sentencia fundada en las causales 1ª y 6ª del artículo 520 del Código Judicial, por cuanto se incurrió en la causal de nulidad proveniente de falta de citación y emplazamiento de la parte actora, al no habersele notificado personalmente los autos de veintidós de junio y dos de julio de mil novecientos cincuenta y seis, y también por haberse aplicado indebidamente el artículo 381 del Código Judicial. Esta acusación la desarrolla en tres cargos así:

Primer cargo.

"El requerimiento debió notificarse personalmente al requerido". El 22 de junio de 1956 el Tribunal sentenciador profirió un auto en que dispuso requerir a la parte actora para que dentro del término de tres días devolviera el expediente, bajo pena de multa de veinte pesos. Esta providencia se notificó solamente por estado, debiendo serlo personalmente al requerido, no solamente porque era el primer auto proferido en "la demanda de requerimiento", sino porque, tratándose de una pena, se condenaría al conminado con una multa sin haberse oído, con violación del principio de defensa reconocido en la Constitución y Leyes.

El ordinal 1º del artículo 312 del Código Judicial ordena notificar personalmente al demandado, "el auto que le confiere traslado de la demanda, y en general, la que tiene por objeto hacerle saber la primera providencia que se dicte en todo asunto judicial".

El Tribunal no cumplió este precepto, y su inobservancia constituye la causal 3ª de nulidad del artículo 448 del Código Judicial porque "ello equivale a falta de citación y emplazamiento en forma legal".

Tratándose de la violación de "un mandamiento tutelar del derecho procesal, erigido en nulidad" procede el recurso de casación en armonía con el ordinal 6º del artículo 520 del Código Judicial.

Considera la Corte:

El artículo 520 citado por el recurrente, establece como motivo de casación: "6º Haberse in-

currido en alguna de las causales de nulidad de que trata el artículo 448, siempre que la nulidad no haya sido saneada en conformidad con la ley.

Y el artículo 448 enuncia entre las causales de nulidad en todos los juicios: "3º. La falta de citación o emplazamiento en forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio".

Tratándose del demandante en este juicio ordinario, no puede decirse que no haya comparecido debidamente en él, ya que presentó personalmente el poder conferido al abogado que lo ha representado en las dos instancias del juicio y en el recurso de casación.

Al requerimiento para que el apoderado del actor devuelva el expediente que recibió en traslado para alegar en la segunda instancia, no se le puede denominar ni considerar juicio, porque éste se trabó desde la primera instancia cuando se le notificó la demanda al reo. En el Tribunal se encontraba recibiendo la segunda que el artículo 198 del Código Judicial estatuye para los juicios en general.

Este requerimiento constituye apenas una formalidad o acto procesal para que el renuente devuelva los autos a fin de proseguir la tramitación del segundo grado del juicio, o para proferir el fallo que disponen los artículos 381 y 383 del C. J. en caso de no hacerse la devolución oportunamente.

Por lo mismo, la nulidad por falta de citación y emplazamiento del demandante, en razón de no habersele notificado personalmente el auto por el cual se le conminó con una multa para que devolviera el expediente, no puede considerarse como tal, al tenor del artículo 448 citado, que solamente eleva a nulidad la "falta de citación y emplazamiento en forma legal de las personas que han debido ser llamadas a juicio", y no la falta de notificación personal del auto que ordena el requerimiento de la parte que demora la devolución del expediente.

No existiendo el motivo de casación invocado en este cargo, debe rechazarse.

..Segundo cargo.

Sintetizándolo lo expone el recurrente, así:

El Tribunal, "sin parar mientes en que el requerimiento estaba sin notificar, dictó el auto de dos de julio de mil novecientos cincuenta y seis", por el cual condenó al demandante a pagarle al demandado la multa de veinte pesos (\$ 20.00) con que había sido conminado, y dispuso solicitar co-

pia de la sentencia de primer grado al Juez 1º Civil del Circuito de Medellín.

Este proveído de carácter penal debía notificarse personalmente al reo; como no se hizo así, hay una nulidad de lo actuado posteriormente, como consecuencia de que el requerimiento no estaba notificado.

Con la falta de notificación a que se refiere este cargo "que es igual o semejante al anterior, como que tiene por fundamentos los preceptos de los artículos 307 y regla 1ª del artículo 312 del Código de Enjuiciamiento Civil, que no fueron cumplidos por el fallador, se incurrió también en la nulidad, por falta de citación y emplazamiento en forma legal, según la regla 3ª del artículo 448 del mismo Código. Así, se repite, es procedente el recurso de casación con fundamento en la causal 6ª del artículo 520".

Se considera:

La multa impuesta por el fallador al litigante que demora la devolución del expediente reviste el carácter de sanción disciplinaria procesal, pero nunca el de penal, porque con ella no se sanciona ni podría sancionarse, en esa forma breve y sumaria y dentro del proceso civil, un delito propiamente dicho.

Esta multa no incide propiamente en el juicio civil, porque no es en razón de ella como se da aplicación al artículo 381 del Código Judicial para fallar el negocio, sino como consecuencia de no haberse obedecido el requerimiento para devolver el expediente.

El Código de Procedimiento Civil en parte alguna tiene erigida en causal de nulidad del juicio el no haberse notificado el auto que impone la multa a la parte conminada con ella, de conformidad con el artículo 380 del Código Judicial. Por tal razón, carece de todo fundamento el pretender que la falta de notificación del auto que impuso la multa y solicitó copia del fallo de primer grado, constituye una falta de citación y emplazamiento en forma legal del demandante para hacerse presente en el juicio.

Podría darse una informalidad para los efectos de la multa, pero nunca sostenerse que el demandante no haya estado presente en el juicio, por no haberse notificado personalmente dicho auto.

El cargo no puede prosperar.

Tercer cargo.

Lo expone en síntesis así:

"La sentencia es violatoria de la ley sustantiva

por aplicación indebida del artículo 381 del Código Judicial”.

El Tribunal, al proferir el fallo recurrido aplicó indebidamente el artículo 381, porque si no se habían notificado legalmente los autos de requerimiento y de condena al pago de la multa, resultaba extemporáneo fallar, “como se falló en definitiva el proceso”.

El artículo 381 sanciona con la pérdida del litigio a la parte que demore o se niegue a devolver el expediente. “Es innegable que esta disposición es de carácter sustantivo puesto que fija posiciones y derechos de las partes contendientes; pero el fallador no podía aplicarla en el caso de autos, por estar pendiente otras sanciones menos graves, como son: pérdida del derecho a sacar el expediente, requerimiento con conminación, condenación a la multa conminada, la que estaba pendiente por no haberse notificado”.

El Tribunal violó la ley sustantiva en forma directa, por aplicación indebida del artículo 381 del Código Judicial dado que no era el caso de proferir la sentencia recurrida, lo que indica la procedencia del recurso de casación, fundado en la causal 1ª del artículo 520 del C. J.

La Corte considera:

La causal de casación invocada se refiere a que la sentencia sea violatoria de un precepto

sustantivo por aplicación indebida de él. Pero el artículo 381 del Código Judicial señalado por el recurrente como infringido por el fallador de instancia no tiene el carácter de norma sustantiva o sustancial, por cuanto no se consagra en ella un derecho, sino de adjetiva o procesal, dado que solamente se limita a indicar la manera como debe fallarse el juicio en los supuestos que contempla en sus cuatro ordinales. Esta sola consideración es suficiente para concluir que el cargo debe rechazarse.

La Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de diez y siete de julio de mil novecientos cincuenta y seis dictada por el Tribunal Superior de Medellín en este juicio de Luis Arístizábal Ospina contra Lucrecio Cárdenas Arango.

No se hace condenación en costas por no aparecer causadas.

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

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco—
Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—
Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge
Soto Soto, Secretario.

SALA DE CASACION PENAL

EL DOLO PENAL.—CRITERIO SOBRE EL DOLO EN GENERAL Y EL DOLO EVENTUAL, EN PARTICULAR. — RESUMEN DE LAS CARACTERISTICAS DE UNO Y OTRO Y FUNDAMENTO DE DICHO CRITERIO.—TEORIAS DE LA PROBABILIDAD; DEL ASENTIMIENTO-SENTIMIENTO; HIPOTETICA Y POSITIVA DEL CONSENTIMIENTO; ECLECTICA O SINTESIS DE MEZGER. — RESUMEN DE LAS PRINCIPALES DOCTRINAS SOBRE EL DOLO PENAL.—FRENTE AL DERECHO POSITIVO COLOMBIANO, UNA DOCTRINA SOBRE AQUEL FENOMENO NO PUEDE EDIFICARSE SINO SOBRE LAS BASES DE LA VOLUNTAD Y LA REPRESENTACION, COMO ELEMENTOS PSIQUICOS CONCURRENTES. — EL DOLO EVENTUAL, COMO SIMPLE ESPECIE DENTRO DEL GENERO, SUPONE TAMBIEN LA CONCURRENCIA DE LOS DOS ELEMENTOS. — UNA COSA ES EL DOLO O LOS FENOMENOS PSIQUICOS EN EL COMPRENDIDOS, Y OTRA, LA PRUEBA DE ESTOS. — PRETENSIONES DE LAS TEORIAS DEL INDIFERENTISMO, EN MATERIA DE DOLO, PARA DEDUCIR EL DOLO EVENTUAL. — LAS DOCTRINAS DEL INDIFERENTISMO, EN MATERIA DE DOLO, SON EN EL FONDO UNA VARIANTE DE LA VIEJA FORMULA DEL “VERSARI IN RE ILLICITA”, CUYA APLICABILIDAD DENTRO DEL SISTEMA PENAL COLOMBIANO REQUERIRIA UNA FORMULACION POSITIVA EXPRESA. — INTERPRETACION DEL ARTICULO 20 DEL C. P. — ESTA EN PLENA VIGENCIA LA DOCTRINA, YA SECULAR, DE QUE LA COMPLICIDAD BAJO TODAS SUS FORMAS, SUPONE Y EXIGE UN ACUERDO DE VOLUNTADES. — EL EVENTO CRIMINAL DEBE HABER SIDO QUERIDO POR EL COMPLICE, SEA DIRECTAMENTE, SEA, AL MENOS, BAJO LA FORMA DE REPRESENTACION Y CONSENTIMIENTO (DOLO EVENTUAL), PORQUE DE OTRA MANERA, NO PODRIA HABERSE DE ACUERDO DE VOLUNTADES, QUE ES PRESUPUESTO BASICO DE LA COMPLICIDAD. — EL CODIGO VIGENTE NO VARIO, EN LO SUSTANCIAL, LO REFERENTE AL ELEMENTO SUBJETIVO DE LA COMPLICIDAD. — ES INACEPTABLE QUE, PARA LA APLICACION DE LAS DOCTRINAS DE CARRARA SOBRE EL EXCESO, EN LOS CASOS DE PARTICIPACION CRIMINAL, SE PUEDA ASIMILAR EL DELITO ESPECIAL DE CONTRABANDO A UNO “CONTRA EL PATRIMONIO AJENO”. — ENCUBRIMIENTO. — PARTICIPACION. — FAVORECIMIENTO PERSONAL. — CONDICIONES PARA SU OCURRENCIA. — AYUDA POSTERIOR PROMETIDA DE ANTEMANO. — PARA QUE ESTA SEA REPROCHABLE A TITULO DE DOLO, DEBE REUNIR LOS MISMOS SUPUESTOS PSIQUICOS DE TODA PARTICIPACION: EL CONOCIMIENTO Y LA VOLUNTAD, SIQUIERA CONDICIONADA, DEL HECHO QUE CONSTITUYE EL NUCLEO DEL CONCURSO. — SE REITERA LA DOCTRINA DE LA CORTE REFERENTE AL ARTICULO 103 DEL C. DE P. P.

I.—I.—El dolo, como integrante del delito, no lo constituyen solamente elementos psicológicos. Según lo advierte, en afortunada síntesis, un fallo del Tribunal argentino de Santa Fé, “el derecho penal tiene en cuenta el fenómeno interno, psíquico; pero le da un tratamiento particular que lo convierte en

expresión técnico-jurídica, y no lo identifica ni con la voluntad ni con la representación”.

II.—Por lo mismo que no se trata de un factor exclusivamente psicológico, su presencia, en los casos particulares, no puede verificarse —para efectos del juicio de culpabilidad— sino refiriéndolo a la ley penal,

pues, como lo observa el aludido fallo, el dolo supone "la relación a un orden normativo frente al cual el hecho ha sido con anterioridad lógica calificado".

De parecer semejante es Marcelo Gallo, en su monografía sobre la materia, quien propugna por la elaboración del concepto de dolo sobre las bases que le dé la ley positiva, interpretada con especial criterio-sistemático.

III.—Estas bases se manifiestan en la legislación colombiana, con la generalísima del artículo 12 del Código Penal, según el cual "las infracciones cometidas por personas que no estén comprendidas en la disposición del artículo 29, son INTENCIONALES o culposas".

El legislador contrapone a lo culposo, lo intencional. Y no cabe duda de que esta última denominación corresponde a lo que otros códigos y la doctrina jurídica conocen como doloso.

IV.—No se parte, pues, de la base de una definición, como lo hacen los códigos que dan la del dolo. Se esboza, tan sólo, un deslinde entre dos grupos de infracciones: intencionales, las unas; culposas, las otras.

Pero estas últimas sí las define la ley colombiana, y su definición esclarece, en parte, el problema del dolo. Desde el punto de vista del derecho positivo, la culpa queda determinada como una falta de previsión de lo previsible, o bien como un confiar imprudente en que no se realizará lo previsto como posible. Con esta definición, quedan, en parte, establecidos los límites del llamado dolo eventual, como habrá de verse adelante.

Lo trascendente es que nuestro derecho penal positivo contempla hechos punibles cometidos sin intención, y otros, con intención o intencionales. Y el empleo de esta palabra por el Código Penal facilita, hasta cierto punto, la comprensión del significado legal del dolo, ya que, tanto en sentido etimológico como en el propio y usual del vocablo, intención es dirección voluntaria del agente hacia determinada meta prevista como posible, o mejor, como realizable.

V.—Por ello mismo, es decir, por causa del empleo legislativo de dicho término, en vez del de dolo, de orígenes un tanto confusos, la tradicional discusión de los doctrinantes, sobre si el dolo es sola voluntad o sola re-

presentación, o, a un tiempo, voluntad y representación del evento típico incriminado con pena, viene a quedar relegada a segundo término, ya que el vocablo "intencional" de vieja raigambre latino-castellana, lo comprende todo: representación y voluntad.

VI.—"La intención, dice Rocco, es voluntad en cuanto tiende interiormente a un objeto. No es posible concebir una voluntad sin objeto, porque no se puede querer simpliciter; se debe querer un quid, lo que es el objeto, el fin, el motivo de la voluntad. Entonces, la voluntad que tiende a un fin, se llama INTENCION" (Subrayas y mayúsculas de la Sala). En otras palabras, no puede hablarse de actos intencionales, allí donde no ha habido representación sobre cuyo contenido la voluntad se actuó o determinó; tampoco donde la sola representación haya carecido de la eficacia psicológica suficiente para proyectarse sobre la voluntad y envolverla en el dinamismo del querer o consentimiento.

Brillantemente expone Carnelutti el aspecto psicológico implicado en el dolo o la intención criminal, cuando expresa:

"Entre la caída y el lanzamiento de una piedra, existe, o por lo menos nosotros creemos que existe, esta diferencia: la piedra que cae va hacia cualquier parte, mientras que la piedra arrojada va hacia un blanco. Un hombre que se mueve, a diferencia de una cosa que se mueve, tiene una meta".

"La meta o el blanco son cosas tan reales como el movimiento. Pero su realidad es psicológica, no material. Está dentro de nosotros, no fuera. Añadamos que pertenece al campo intelectual. Es uno de los milagros que realiza nuestra inteligencia, capaz de representarse a sí misma una mutación del mundo externo antes de que ocurra. A este propósito hablamos de finalidad (scopo); y la etimología aclara el mecanismo del fenómeno, que consiste en una proyección anticipada de la realidad exterior sobre nuestra mente".

"Pero no basta el fin para determinar la forma. La representación mental de un evento es una condición necesaria a este respecto; pero no la condición suficiente. La finalidad no es más que la mitad del material psicológico del acto, y permanece, en efecto, en la esfera intelectual; PERO EL HOMBRE NO ACTUA, SI A LA INTELI-

GENCIA NO SE ASOCIA LA VOLUNTAD. Esta es la que llena el vacío entre el punto de partida y el de llegada, entre la piedra y el blanco”.

“Este segundo ingrediente o componente del acto jurídico es quizá el que hasta ahora ha llamado en mayor medida, tanto en el campo de los actos lícitos como en el de los ilícitos, la atención de los juristas; por su particular conformación, tal elemento toma aquí el nombre de CONSENTIMIENTO. Pero también para los actos ilícitos el elemento psicológico ha sido observado, en el campo civil, bajo las formas del DOLO y la CULPA, y en el campo penal, donde su existencia ha sido afirmada, no sólo por la doctrina, con las declaraciones más solemnes” (TEORIA GENERAL DEL DELITO).

VII.—Existe una rara uniformidad en las distintas legislaciones, en cuanto contemplan como necesaria y lógica la diferencia aludida entre grupos de delitos: intencionales o dolosos, de una parte, y culposos, de la otra.

La misma uniformidad se presenta, en relación con los diversos matices o grados de la intención criminal, lo cual conduce a distinguir varias clases o especies de dolo. Correlativamente, en los distintos tipos penales creados o reconocidos por los Códigos punitivos se refleja aquella diversidad de matices, mediante la incriminación de penas que van cambiando u oscilando, según sea la calidad de aquéllos.

El fundamento de todo ello, lo explica de esta suerte el mismo Carnelutti:

“RELEVANCIA DE LA INTENCION DEL AGENTE.

“...se plantea el problema en torno al valor de la intención para la valoración penal del acto. Tal problema sería resuelto en sentido negativo, si la valoración penal se hiciera según la forma y la causa, independientemente de la intención, de manera que el daño resultase castigado en la misma medida, tanto si ha sido producido con intención como si lo ha sido sin ella, lo mismo más acá como más allá de la intención. Pero se comprende fácilmente por qué esta solución negativa debe ser repudiada por el Derecho: en realidad, la solución contraria se impone por las mismas razones que inspiran la lucha contra el crimen mediante la pena; si ésta actúa influyendo en

las intenciones de los hombres, no es posible que la intención del que obra sea indiferente para la valoración penal del acto” (obra citada).

VIII.—Dolo eventual.

a)—Cuando el artículo 12 del Código Penal colombiano define la llamada “culpa con previsión” como un acto cuyos efectos nocivos —aunque previstos por el agente— confió éste, con imprudencia, en poder evitar, está señalando, en cierta forma, los límites del dolo eventual, muy semejante a aquella especie de culpa. Es por vía de ejemplo, el caso de quien dispara contra alguien un arma de fuego, con el sólo ánimo de quitarle el sombrero, confiando en que su destreza le ayudará a evitar la muerte o las lesiones de ese alguien. Estos resultados de la acción, previstos y comúnmente previsibles, no los quiso el agente. Se los representó, tan sólo, como posibles. Y, si se produce uno de ellos, no le es imputable a título de dolo, sino de simple culpa con previsión. En el caso, existe representación, pero no hay voluntad de concreción del resultado, como expresa WELZEL, al definir el dolo. Y ya se admitió que el dolo supone la presencia de ambos elementos psicológicos: voluntad y representación.

Supónganse, en cambio, que el sujeto del ejemplo anterior, al representarsele como resultado posible de su conducta que la persona contra quien dirige el disparo llegue a ser muerta o herida por éste, se hace la consideración de que estos resultados no importan; no piensa o espera que podrá evitarlos no hace ni intenta hacer nada por evadirlos, sino que razona de esta suerte: si ocurre uno de los dos (muerte o lesiones), me da lo mismo; corro con los riesgos, o los asumo. Por lo demás, la muerte se produce.

El caso es muy semejante al primero. Mas con una diferencia específica: que, en aquel, el agente no ha asumido los riesgos o resultados posibles, expresamente representados o previstos. Únicamente los ha tenido en cuenta como posibilidades, pero sobre la base psíquica de que logrará evitarlos. Y esta es una de las cosas que espera y busca: que, a pesar de todo, no se produzcan. El comportamiento es imprudente, pero la voluntad no aparece ligada a los resultados. En cambio, en la segunda hipótesis, psicológicamente ha aceptado aquellos eventos

dañosos, aunque condicionados. Fuera de la simple representación, ha habido, asimismo, voluntad, consentimiento. Bien es cierto que esta forma de voluntad no es directa, sino condicionada: disparo, y si, con ello, hiero o mato, no importa. Pero, condicionada y todo, esa voluntad no deja de serlo. Se está entonces, según lo enseñan la mayoría de los doctrinantes, en presencia del dolo EVENTUAL. Dolo que, justamente por esta forma hipotética como la voluntad asiente a los resultados no queridos directamente, llaman algunos autores "dolo condicionado"; y que, por la forma indirecta como la voluntad los acepta, clasifican algunos dentro de la especie denominada "dolo indirecto".

b). No existen en la legislación penal colombiana, ya se anotó, disposiciones como la del artículo 15 del Código Penal del Brasil, que define como doloso el delito (o crime), "cuando el agente quiso el resultado, o asumió el riesgo de producirlo". Este asumir el riesgo, que los intérpretes de dicha legislación entienden asumir voluntario, caracteriza, sin duda, lo que los tratadistas conocen como dolo eventual o condicionado. Distinto de la culpa con previsión, ya que, en ésta, el riesgo del resultado posible no se asume, no se ratifica, no se asiente a él, sino que, al contrario, se espera que no se producirá. Por lo demás, es evidente que, si un riesgo se asume por el agente, o mejor, el riesgo del resultado posible, existe en el acto psíquico respectivo no sólo voluntad sino también representación.

Pero no significa lo anterior que, frente a las disposiciones del estatuto penal colombiano, no pueda elaborarse un concepto del eventual. Sin duda que esta discutida forma o especie de dolo no es ajena a nuestro sistema punitivo. Y su existencia y características pueden y deben extraerse, por el proceso de interpretación sistemática preconizado, al efecto, por Marcelo Gallo, de elementos como los siguientes:

Primero.—De la orientación general del artículo II del Código Penal, conforme a la cual "Todo el que cometa una infracción prevista en la ley penal será responsable, salvo los casos expresamente exceptuados".

El segundo ejemplo del aparte a), número 8, implica, sin duda, un caso más grave, que no encaja dentro de la simple culpa con previsión. Y no está ni debe estar ex-

presamente exceptuado. Luego se asimila a los demás casos más graves.

Segundo.—De la denominación característica que da el artículo 12 del Código Penal a las infracciones no culposas. El término "intencionales" es comprensivo, como se ha venido observando, de acciones producidas mediante el doble mecanismo psicológico de la voluntad y la representación. Y el dolo eventual de los penalistas no deja de ser dolo o fenómeno "intencional"; ni desde el punto de vista del derecho positivo así interpretado, se presenta como excepción al doble requisito de la concurrencia de aquellos dos elementos psíquicos.

Tercero.—De la definición dada por el Código para la culpa. Porque si, previstos los efectos dañosos del acto, éstos sólo pueden imputarse a título de culposos, cuando se ha confiado imprudentemente en poder evitarlos, los demás deben integrarse dentro del otro grupo (intencionales), no sólo porque quedan excluidos, por definición, de los constitutivos de culpa con previsión, sino también porque éstos resultan ser "intencionales", desde el doble punto de vista de la voluntad y la representación que los acompaña, y sin que sea óbice para ello el carácter indirecto o condicionado de la volición.

Cuarto.—De lo dispuesto en normas positivas como las siguientes del Código Civil:

"Artículo 29.—Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso".

"Artículo 30.—El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto".

"Artículo 32.—En los casos a que no pudiesen aplicarse las reglas de interpretación anteriores, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural".

IX.—Queda, pues, esbozado el criterio de la Corte sobre el dolo en general y el dolo eventual, en particular; e, igualmente, resumidas las características de uno y otro, lo mismo que el fundamento de dicho criterio.

Pero no sobra, continuando el derrotero trazado, un intento de agotar dicho análisis y, para ello, conocer, en resumen, las opiniones "de los que profesan la misma ciencia" del derecho, o 'sea, de los doctrinantes o tratadistas de la materia. Ello contribuirá a aclarar conceptos.

DOLO EVENTUAL:

Jiménez de Asúa:

"Hay dolus eventualis cuando el sujeto se representa la posibilidad de un resultado que no desea, pero cuya producción consiente, en última instancia, corriendo el riesgo de causarlo con tal de obtener el efecto que quiere ante todo".

Von Hippel:

"Se da el dolus eventualis cuando la producción del resultado antijurídico que, juntamente con el deseado, se representa como posible, era preferible para el autor a la renuncia de su acto. Por el contrario, existe culpa cuando la esperanza en la no producción del resultado antijurídico fue decisiva para la ejecución del acto".

Prins:

"En el dolo eventual el autor es responsable de las consecuencias de su acción, porque él ha querido el resultado no ya como cierto (que es el caso del dolo determinado o indeterminado), sino como probable o posible. Ha aceptado anticipadamente la eventualidad para el caso de que se realizase y, por ende, esta realización, en la que ha consentido, ha de referirse a su voluntad y se pena como voluntaria".

Costa e Silva:

"Cuando el agente practica el acto teniendo en la mente cierto efecto, pero sabe que, concomitantemente con éste, o en vez de él, puede surgir otro, y lo aprueba. Si el agente cree poder evitar ese nuevo efecto, si espera que no se realice, no habrá dolo. Existirá, cuando mucho, culpa".

Teoría de la probabilidad.

El resultado debió ser previsto por el agente como probable o altamente posible. Si se cumplen estos requisitos, se supone que basta esta manera de representación, y el hecho se imputa al reo a título de dolo eventual, aunque la voluntad no haya asentido (Grossmann, W. Sauer, Alimena, Finzi,

Julio Klein. Citas de Jiménez de Asúa.—DE-RECHO PENAL, tomo V.).

Teorías del asentimiento-sentimiento.

Algunos autores han tratado de resolver el problema del dolo eventual, refiriéndolo a la posición afectiva que adopte el sujeto, bien ante la representación real del evento, bien ante la misma representación, hipotéticamente atribuida al mismo sujeto, a posteriori. Ya no se trata de la pura voluntad que asiente, sino de los sentimientos o afectos (deseos, aspiraciones, etc.) que dominan el ámbito del comportamiento y le comunican a este cierto carácter volitivo, con todo y la aparente pasividad del querer. "El Juez penal debe probar, con respecto al dolo, dice RICHARD SCHMIDT, además del saber de las consecuencias del delito (y ciertamente además de la previsión de la mera posibilidad del resultado antijurídico), incluso un elemento ulterior que se puede caracterizar como voluntad. Pero éste se limita a una aspiración al resultado, a un deseo del resultado. El autor debe haber concebido intrínsecamente la representación del daño posible, junto a aquellas posibilidades ulteriores que de su obrar se deduzcan, sintiéndolo como un obstáculo de su resolución, y sin embargo, DEBE HABER ACEPTADO, APROBADO el daño, en el supuesto de que se produjera. La comúnmente llamada "voluntad" de las consecuencias que yacen en el futuro, fuera de la resolución voluntaria, tienen por tanto su asiento, en verdad, psicológicamente considerado, en el sentimiento o sensibilidad. El dolo es la representación del resultado antijurídico, acentuada por un sentimiento de aprobación". (Cita de Jiménez de Asúa, obra citada).

Teorías hipotética y positiva del consentimiento.

Procede la primera de REINHARD FRANK, en sus comentarios a la legislación penal alemana. Su fórmula definitiva puede resumirse en los siguientes conceptos suyos:

"Si se llega a la conclusión de que el agente hubiera obrado incluso en el caso de conocimiento seguro, debe entonces afirmarse que hay dolo; si se llega a la consecuencia de que en caso de conocimiento seguro, hubiera omitido la acción, entonces el dolo debe rechazarse".

La segunda es la de quienes profesan que

el dolo eventual debe tener, como cualquier otra clase de dolo, todos y cada uno de los requisitos aludidos, o sea, voluntad y representación. Por tanto, sólo se da aquella especie, cuando, fuera de haber tenido el agente la representación o previsión del resultado, como probable o posible, consiente en él, eventualmente, es decir, en la hipótesis o bajo la condición de que se produzca. Se asocian, pues, en el caso, como se vio, en el ejemplo propuesto atrás, los dos elementos psíquicos.

Se reconoce como exponentes de las doctrinas anteriores, del consentimiento, bajo su forma llamada positiva, a Von Hippel y Adolfo Prins, el resumen de cuyos puntos de vista se transcribió anteriormente; a Cuello Calón, Soler y otros.

Luis Jiménez de Asúa, cuya erudita discriminación ha seguido de cerca la Sala, expresa, como seguidor que es de la teoría del asentimiento, o mejor, de la positiva del consentimiento:

"No podemos aceptar la probabilidad o posibilidad; es decir, la mera representación, como fundamento y esencia del dolus eventualis; porque, como hemos dicho varias veces, la representación de lo meramente probable (o posible) desnaturaliza el concepto del dolo, y el dolus eventualis, aunque se refiere a un resultado de acaecimiento eventual, no por eso deja de ser dolo" (Subrayas del texto original).

"En consecuencia, para nosotros, el dolo eventual, como dolo que es, necesita reunir, junto a las particularidades de las especies, los caracteres genéricos del dolo, lo mismo que la especie precisa tener las características del género. El elemento voluntad es esencial, y asentir es un acto volitivo. Por eso, no hay dolus eventualis donde no existe consentimiento del agente en la hipotética representación, que se ratifica para el supuesto de que lo posible se transforme en cierto. No insistamos más en este punto, puesto que demostrado quedó que se puede tener voluntad de un resultado que no se desea, que no se apetece; se puede, por ende, consentir incluso en efectos desagradables". (Subrayas del original).

"No nos cansaremos de insistir en dos puntos. La precaución con que es preciso manejar el dolo eventual y la necesidad de que exista el consentimiento. En verdad,

se trata de un mismo problema. Como hemos dicho —o mejor, como ha escrito Von Hippel— el dolo eventual no es otra cosa que UNA ESPECIE DE DOLO. No podemos hacer del dolus eventualis —como ocurre quiéranlo o no, con los partidarios de la fórmula de la probabilidad— una especie propia de lo culpable, intermedia entre el dolo y la culpa. Aunque el dolo esté en la frontera de uno y otra, es una especie del dolo, y no una especie de la culpabilidad. Como especie del dolo —reiterémoslo— ha de reunir los caracteres de éste. El asentimiento a lo representado como posible, entra en la amplia fórmula de la voluntad consciente que caracteriza el dolo común" (Subrayas y mayúsculas del original. Obra citada, tomo V.).

Teoría ecléctica o síntesis de Mezger.

Son bien conocidos los intentos de este notable penalista alemán por hacer una especie de fusión o síntesis de las teorías extremas de la probabilidad y el consentimiento. "... la mera representación, el simple grado de la probabilidad (pensada) del resultado antijurídico, anota él, nada nos dice sobre la posición personal del sujeto respecto a dicho resultado, y precisamente dicha posición es la que, en primer término, sólo decide respecto a la culpabilidad".

En cuanto al segundo extremo, advierte el mismo autor que "los hechos mismos de la vida no siempre permiten hablar de consentimiento o no consentimiento en el resultado. Pues el autor mismo puede concebir el resultado como dependiente e independiente de su voluntad".

Distingue, pues, dos aspectos en la cuestión, que resume así:

"a). EL AUTOR PIENSA EL POSIBLE RESULTADO COMO DEPENDIENTE DE SU VOLUNTAD: EN TAL SUPUESTO SOLO PUEDE DECIRSE QUE LO HA QUERIDO SI HA CONSENTIDO EN EL... Tal consentimiento aparece excluido cuando el sujeto interviene precisamente para evitar el posible resultado.... Pero la decisiva posición del agente respecto al resultado no debe ser tampoco una mera posición en la esfera del sentimiento. Lo determinante para la extensión de su culpabilidad no es el hecho de que esto o aquello sea deseado o no por el autor, sino más bien si HA QUERIDO O NO causarlo. En el QUERER com-

creto se manifiesta la personalidad del agente, y por ello sólo la denominada TEORÍA POSITIVA DEL CONSENTIMIENTO MUESTRA EL CORRECTO CAMINO" (Subrayas y mayúsculas del original, TRATADO DE DERECHO PENAL, tomo III).

"b). EL AUTOR PIENSA EL POSIBLE RESULTADO COMO INDEPENDIENTE DE SU VOLUNTAD: EN TAL SUPUESTO LO HA QUERIDO EN TANTO LO CONSIDERE PROBABLE, es decir, en tanto cuente con la posibilidad de que el resultado se produzca". Esta tesis la ilustra del modo siguiente:

"Si el autor hubiera pensado el resultado como unido necesariamente con el fin propuesto, entonces lo habría admitido en su voluntad. Pero no es esta la situación cuando sólo se piensa por el autor como posible. Aquí sólo pueden imputarse las consecuencias a título de dolo cuando el agente las considera como probables".

"De ordinario, el autor concibe como independiente de su voluntad las circunstancias de hecho ya existentes cuando realiza su conducta, ya presentes, y que, tal como se las representa, no puede modificar. Si el autor duda respecto a si la cosa que quiere sustraer es una cosa ajena, o si el niño del que quiere abusar aún no tiene catorce años, entonces an no puede decirse que con ello haya admitido en su voluntad el carácter ajeno de la cosa o la edad juvenil del sujeto pasivo, respectivamente. El autor quiere cometer la sustracción de esa cosa, quiere ejecutar la acción impúdica sobre ese niño, y sólo cabe preguntar si ha considerado las propiedades posiblemente existentes como probables o no. En el primer caso, le serán imputadas a su dolo, no en el segundo, aun cuando cometa la acción misma dolosamente. Lo mismo ocurre cuando se trate de circunstancias de hecho que sólo aparece en lo futuro y que sólo por la acción han sido causadas y logran realidad. También aquí procede distinguir de nuevo: el autor puede representarse la acción de manera que con ella ejerza influjo en la futura configuración de los hechos; entonces la decisión habrá de tomarse con arreglo al camino indicado sub a); pero también puede aquí representarse el sujeto la acción de manera que con ella no ejerza influjo alguno en la futura configuración de los acom-

tecimientos; entonces sólo queda el camino señalado sub b). Si en el caso concreto se trata de una situación o de la otra; no es siempre fácil decidir; pues también aquí se trata, de nuevo, de un trabajo de interpretación psicológico-valorativo en el caso concreto" (Obra citada, páginas 161 y ss.).

La Sala ha resumido, como acaba de verse, las principales doctrinas sobre el dolo penal, algunas de ellas a título meramente ilustrativo y para que se vean claramente las dificultades que suscita la elaboración de un concepto preciso sobre el llamado dolo eventual o condicionado. Pero insiste, de acuerdo con las anotaciones precedentes, en que una doctrina sobre aquel fenómeno, frente al derecho positivo colombiano, no puede edificarse sino sobre las bases de la voluntad y la representación como elementos psíquicos concurrentes; y en que el dolo eventual, como simple especie dentro del género, supone también la concurrencia de los dos elementos.

A tales conclusiones se llega, conforme se advirtió al principio del capítulo correspondiente, a través de un proceso de sistematización (interpretación sistemática) de normas positivas, sin que la hecha signifique, no obstante, que tal sistematización se considere agotada.

2.—Una cosa es el dolo o los fenómenos psíquicos en él comprendidos, y otra, la prueba de éstos. A este propósito, se cita comúnmente la advertencia de Max Ernst MAYER, según el cual "se precisa distinguir la posibilidad de tener la representación del resultado, de la representación de la posibilidad del resultado... Aquella posibilidad no basta... En la confusión de ambas relaciones, descansa la triste fama del dolus eventualis... Se debe no confundir el principio de prueba, con su resultado material".

Anotación semejante hace Jiménez de Asúa, al comentar, en su citada obra, que "quienes no están acostumbrados a mirar los problemas del Derecho material con cierta independencia del Derecho formal; o mejor dicho, de los problemas de prueba, alegan frente al dolus eventualis los evidentes obstáculos para la comprobación".

3.Las teorías del indiferentismo, en materia de dolo, pretenden que basta, para deducir el dolo eventual, que al agente o par-

ticipa le hayan sido indiferentes los resultados que se sigan de la acción, hayan sido o no previstos, y queridos o no. La fórmula del procesado sería de un tipo semejante a este: "Pase lo que pase, actúo, pues no me importan las contingencias".

Sobra advertir que tales doctrinas, criticadas ampliamente por los autores, no encajan dentro del sistema penal colombiano. En el fondo, son una variante de la vieja fórmula del "versari in re illicita", peligrosa por las exageraciones a que puede llevar, y que, para ser aplicable dentro de un sistema penal respetuoso de los derechos de la persona, requeriría una formulación positiva expresa.

4.—A). "Todo delito cometido por persona mayor de 18 años y no comprendido dentro del artículo 29 del Código Penal, para ser denominado tál, debe estar constituido por una acción dolosa o culposa; en ausencia del elemento subjetivo no es posible afirmar la existencia del delito. Vale decir que el elemento subjetivo de la acción es al mismo tiempo elemento constitutivo del delito en tal forma que su ausencia implica ausencia del delito".

B). De consiguiente, ha de entenderse el texto del artículo 20 del Código Penal como si dijera expresamente: "El que de cualquier otro modo coopere DOLOSA o INTENCIONALMENTE", sufrirá tal pena.

C). Referida la cooperación al requisito sine quo non del dolo, ha de aceptarse que ese fenómeno debe estar constituido por los dos elementos psíquicos a que se refieren los penalistas, o sea, la voluntad y la representación.

D). No existe fundamento alguno del orden doctrinal (de jure condendo), ni de derecho positivo (de jure condito), para profesar que la cooperación delictiva o la complicidad en general se sustraigan al orden o sistema común, que exige, en los delitos propiamente dichos, la concurrencia del dolo.

Está pues, en plena vigencia la doctrina, ya secular, de que la complicidad, bajo todas sus formas, supone y exige un acuerdo de voluntades, un ajuste o convenio que puede ser previo o no, pero en que la acción criminal conjunta va o debe ir orientada hacia la realización de un fin trascendente para los cómplices o partícipes (evento).

E). El evento criminal debe haber sido

querido por el cómplice, sea directamente, sea, al menos, bajo la forma de representación y consentimiento (dolo eventual), porque, de otra manera, no podría hablarse de acuerdo de voluntades, que es presupuesto básico de la complicidad. Si el ejecutor busca matar, y el cómplice violar una mujer, no puede decirse que hubo acuerdo y que el segundo deba responder de un homicidio que ni previó ni consintió.

F). En lo sustancial, el Código vigente no varió, pues, lo referente al elemento subjetivo de la complicidad que el Código Penal de 1890 incluía, expresamente, en sus definiciones de los artículos 23 y 24: "a sabiendas" "sabiendo".

G). Se amoldan a los principios por que se há venido propugnando, y los afianzan como argumentos de autoridad, las siguientes opiniones de HANS WELZEL, en su Derecho Penal:

"Complicidad es la prestación de ayuda dolosa a un hecho doloso (se exceptúan las contravenciones)..... La complicidad debe fomentar el hecho principal (objetivamente), y el cómplice debe quererlo (subjetivamente). Fomentar quiere decir: prestar una contribución causal a la comisión del hecho principal; por tanto, en los delitos de resultado, también una contribución al resultado: Quien presta al ladrón una ganzúa, con la cual éste vanamente trata de abrir la puerta si el ladrón después entra por una ventana, comete solamente complicidad en la tentativa en tanto no exista para todo el hecho una ayuda psíquica a través del cómplice. Por eso, no existe complicidad, si el "cómplice" no quiere fomentar el hecho... El suministro consciente de un abortivo completamente inidóneo no es complicidad".

Por lo demás, rigen, también aquí, los principios sobre instigación, en lo correspondiente (III, 2 a 5).

"3.—Como dolo de instigador es suficiente el dolus eventualis. De acuerdo con el RG., 15-172 el instigador debe haber querido también el resultado DEL HECHO PRINCIPAL..... 4. El instigador debe haber querido un hecho determinado; UN MEMRO IMPULSAR O ANIMAR A ACTIVIDADES DELICTUOSAS NO ES SUFICIENTE..... 5. El instigador responde solamente

EN CUANTO EL HECHO COINCIDE CON SU DOLO”.

Las doctrinas que anteceden construidas sobre las bases de la legislación y la jurisprudencia alemana, no son extrañas, conforme se ha visto, a las instituciones colombianas.

H). La acción criminal distribuida entre varias personas (delito concursual y delito en concurso, en las denominaciones de Carnelutti), puede desarrollarse de tal manera, que el evento criminal o “hecho principal” de que habla WELZEL, no coincida con lo querido o previsto por uno de los concurrentes o conjurados.

Dentro de las múltiples formas que puede adoptar esta desviación de la actividad criminal frente a la dirección psíquica (voluntad y representación), constituye una de las más notables, complejas y discutidas aquella en que el evento criminal último o hecho principal va más allá de lo querido o previsto por alguno de los concurrentes: Se quería robar solamente, y, fuera de ello, también se mató. Se quería un hurto, y el ejecutor empleó violencia, con lo cual el evento se convierte en robo. Surge, de esta suerte, la teoría del exceso.

5.—No acepta la Sala que, para la aplicación de las doctrinas de Carrara sobre el exceso, en los casos de participación criminal, se pueda asimilar el delito especial de contrabando a uno “contra el patrimonio ajeno”; ni que se pueda considerar como un mismo género de delincuencia uno y otro delito.

6.—a). El Código en vigencia no se separó, fundamentalmente, de la trayectoria que informaba el estatuto penal de 1890, en lo relativo a las varias y discutidas formas del encubrimiento. Y así como éste se había dividido, por la vieja legislación, en dos grandes grupos, según el acto encubridor hubiera sido pactado previamente o no, también la nueva conservó esta distinción. Y así, incriminó con la pena del cómplice, en el artículo 20, a quien preste una ayuda posterior, “cumpliendo promesas ANTERIORES” al hecho o evento criminal.

b). Efectivamente, esta manera de delincuencia, que los doctrinantes conocen con el nombre de “encubrimiento-participación”, la contemplaba el artículo 24 del Código Penal de 1890 como “fautoria”, pues desig-

naba con el nombre de “fautorès”, que vale tanto como FAVORECEDORES, a quienes, con concierto u ofrecimiento PREVIO, receptaban la persona del reo o del cómplice (favorecimiento personal o receptación lato sensu), o receptaban o expendían los efectos o instrumentos del delito (receptación strictu sensu), o defendían o protegían al autor o cómplice (favorecimiento) personal o simple favorecimiento (num. 5º y 6º del artículo 24 citado).

c) No mediando concierto o promesa previa, es decir, no tratándose de encubrimiento-participación, las actividades anteriores y otras afines se consideraban como simple encubrimiento, en el artículo 25 del citado Código de 1890. Ello a la manera que, bajo el actual sistema penal, se conocen con dicho nombre de encubrimiento, como delito autónomo “CONTRA LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA” (Título 4º, Libro 2º del Código Penal vigente) los casos de favorecimiento o fautoría del artículo 199, los de favorecimiento real o receptación del inciso 1º del artículo 200, y los de favorecimiento del inciso 2º del mismo texto.

d). Era condición esencial del encubrimiento-participación, en el Código derogado, que el fautor procediera A SABIENDAS, “sabiendo”, o previo “concierto”. Lo cual significa que no podía darse la fautoría sino con la condición del dolo, referida no sólo al resultado o resultados inmediatos y directos del favorecimiento, sino también al hecho de conocer y querer (voluntad y representación) el evento criminal en vías de realizarse por los autores o cómplices con quienes se pactaba o convenía el favorecimiento.

En resumen, el fautor (favorecimiento personal y real) debía saber, para hacerse culpable, en qué hecho consentido participaba, al favorecer a los autores o cómplices.

e). También el encubrimiento-participación contemplado en el artículo 20 del Código Penal de 1936 (antigua fautoría de la vieja legislación) requiere que la actividad del agente se cumpla “a sabiendas”, es decir, intencionalmente. No sólo en cuanto a la voluntad y la representación del evento inmediato buscado con la “ayuda posterior” (como favorecimiento al delincuente principal para eludir la acción de la justicia, em-

torpecimiento de la investigación, receptación de los efectos o instrumentos del delito, etc.), sino también en referencia al conocimiento y volición, condicionada o eventual siquiera, del hecho principal que ha de ejecutarse por los autores y cómplices. o

f). No es posible concebir, de lege lata o de jure condito una forma de concurso delictual, como lo designa el artículo 200 del Código Penal, en que se ignore el resultado que constituye el núcleo de la delincuencia y del concurso, o no se haya asentido a él, siquiera condicionalmente (dolo eventual). Ello valdría tanto como prometer ayuda, sin saberse a qué y para qué se ayuda, lo cual conduce, evidentemente, a la negación del dolo, de acuerdo con las doctrinas expuestas.

g). En resumen, el legislador de 1936 no creó, en el artículo 20 del Código Penal, una forma sui generis de concurso delictuoso desvinculada del sistema general que informa el estatuto y de los principios doctrinales que lo inspiran, en virtud de la cual sea posible hacer responsable a una persona de un evento no previsto o querido por ella, siquiera condicionalmente (dolo eventual). Puesto que, en el fondo, la ayuda POSTERIOR, prometida de antemano, viene a ser una manera de concurso o concurrencia proyectada sobre el hecho central, esta participación debe reunir —para que sea reprochable a título de dolo— los mismos supuestos psíquicos de toda participación, es decir: el conocimiento y la voluntad, siquiera condicionada, del hecho que constituye, por así decirlo, el núcleo del concurso.

h). Cuando este minimum de supuestos no se halla presente en un caso, tal circunstancia no significa que los hechos típicos intencionalmente realizados por el sujeto, queden fuera de la zona de la represión penal. Puesto que son típicos e intencionales, le son reprochables al agente, si llenan los demás requisitos de toda conducta delictuosa, como el ser antijurídicos; pero no ya bajo la forma del encubrimiento, participación, si no como hechos autónomos, a que corresponde la pena incriminada específicamente para ellos. En resumen, una cosa es el dolo con que se pacten y realicen los hechos típicos prometidos por el presunto fautor-partícipe, y otra, que ese dolo se comunique, al núcleo o hecho central sobre

que versa el concurso, sin saberse en qué consiste ese evento principal, ni consentirse en él. Sería extravagante, o inequitativo al menos, reprochar al presunto fautor una especie de dolo subsequens en que la intencionalidad de los actos inmediatos, prometidos de antemano, pero realizados con posterioridad a la ejecución del hecho principal por los autores y cómplices, se trasladara y comunicara a este hecho, supliéndose, de esta suerte, la falta de conocimiento del mismo y la ausencia de su volición, al momento de prometerse la "ayuda" futura.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, diez y ocho de diciembre de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez).

VISTOS:

Jaime Ossa Escallón, Alvaro Sáenz Ascuénaga y JAIME ANDRADE DEL CASTILLO fueron condenados por el delito de ROBO, bajo la calidad de coautores, los dos primeros, y bajo la de cómplice, el último; robo consistente en el cometido, el día 6 de octubre de 1953, en la población cundinamarquesa de Sopó, mediante una especie de asalto a las oficinas que tiene, en dicho lugar, la persona de derecho público reconocida con el nombre de Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero.

La sentencia, que lleva fecha del 16 de julio de 1954 y se dictó, en segunda instancia, por el Tribunal Superior de Bogotá, fue recurrida en casación por los procesados Ossa y Andrade del Castillo; pero al primero se le aceptó el, desistimiento de tal recurso, cuando ya se había declarado admisible por la Corte (folios 5 y siguientes, cuaderno 1º). Por esta causa, los trámites correlativos sólo se continuaron adelantando en relación con el otro recurrente, cuyo personero judicial formalizó en la debida oportunidad, la demanda de casación.

Conviene al mejor entendimiento del asunto referir ampliamente los hechos, a cuyo efecto prohija la Sala el relato hecho por el funcionario calificador del proceso (Juez Penal del Circuito de Zipaquirá), que dice así:

"Entre los señores Jaime Ossa Escallón, Alvaro Sáenz Ascuénaga y Jaime Andrade del Castillo existía una estrecha amistad que según parece da-

taba de varios años atrás. Con anterioridad de unos días al seis de octubre próximo pasado (1953), los Sres. Jaime Ossa Escallón y Alvaro Sánchez Ascuénaga experimentaron algunas dificultades de orden económico, y con tal motivo, en una de sus muy frecuentes entrevistas cotidianas, hablaron sobre la necesidad de obtener dinero por cualquier medio. Fue así como un día, como a mediados de la semana anterior al hecho que se investiga, Jaime Ossa Escallón le dijo a su amigo Sáenz Ascuénaga: "Hombre, yo soy capaz de cualquier locura; yo no sé qué hacer, pero tengo que hacer algo; ¿qué te parece un robo?", a lo cual Sáenz Ascuénaga contestó: "Prométeme que a nadie más le vas a prometer esto; yo estoy decidido a cualquier cosa". Así quedó sellado el pacto dirigido hacia una acción ilícita.

"El domingo, cuatro de octubre, volvieron a hablar sobre el mismo tema mientras se tomaban algunas copas, y en la mañana del lunes acordaron salir de Bogotá, "a cualquier parte". Jaime Ossa resolvió llevar, como de costumbre, un maletín con ropas de campo, una máquina de escribir portátil, una cartera con papeles y dos pistolas calibre 22 que usaba para entrenamientos de tiro al blanco. Oyeron misa y comulgaron en el "Veinte de Julio", luego resolvieron "dar vueltas" sin destino fijo dentro de la ciudad, y finalmente, comprendiendo que el automóvil que estaban usando podría ser reconocido en cualquier parte, optaron por valerse de Jaime Andrade para que éste les prestara su automóvil. En este momento a Jaime Ossa se le ocurrió una idea que pasó como un relámpago, consistente en usar un carro oficial "para algún robo o cualquier cosa que exigiera huir o salir rápido", según sus propias palabras. Jaime Andrade, en efecto, podía hacer uso del carro oficial número 691 que le había sido asignado a su padre doctor Roberto Andrade, en su condición de Sub-Gerente de la Caja de Crédito Agrario. Una vez que obtuvieron el préstamo de este vehículo, Ossa y Sáenz resolvieron ir al cine; luego, al devolverle el carro a Jaime Andrade en una de las calles del norte de Bogotá, le propusieron a éste que les dejara utilizar el vehículo al día siguiente, "para un negocio ilícito". No le explicaron concretamente de qué se trataba, pero como él les preguntara si el negocio ilícito consistía en algún contrabando, ellos le respondieron que se trataba de algo peor. Acordaron, pues, una cita para el día siguiente, martes seis de octubre, con el objeto de recibir el vehículo. El plan acordado con Jaime Andrade consistía en que éste les dejaría el vehículo estacionado en

la cercanías del "Tout Va Bien", carrera 7ª con calle 72, y que mientras Andrade entraba al establecimiento ellos se apoderarían del automóvil, ya que desde temprano habían mandado hacer un duplicado de llave del carro. Esa tarde se fueron Ossa y Sáenz a pasear a una finca llamada "Aguas Claras" en las inmediaciones de Bogotá, donde pasaron la noche, y al día siguiente regresaron antes de mediodía con el fin de perfeccionar los detalles del plan. Procedieron, pues, a ponerse en contacto con Andrade para llevar a cabo lo convenido y se dirigieron a la casa de dicho señor donde se afeitaron, cambiaron un tanto su aspecto, recibieron unos anteojos para disimular más el parecido físico y se encaminaron luego a una bomba de gasolina con el fin de dejar bien acondicionado el automóvil 691 que iba a servir para cometer el delito. Mientras Andrade se ocupaba de tales menesteres, gasolina, aceite, etc., Jaime Ossa y Alvaro Sáenz hicieron sus últimos preparativos: redactar una credencial en papel con membrete de la Caja Agraria, que los acreditaría como empleados visitantes de la misma; acordar los nombres que usarían en el simulacro de visita a la sucursal que pretendían asaltar; escogencia del lugar del asalto y algunos pormenores más. Entre tanto Andrade había estado borrando las huellas que hubieran podido quedar en el automóvil desde el día anterior, y una vez cumplido este detalle, como un individuo cualquiera estuviera tocando con las manos el vehículo, Andrade les hizo caer en la cuenta de que allí quedarían las huellas de dicho sujeto, dando a entender que con ello se crearía una pista falsa. Por todos estos servicios de Andrade, los jóvenes Ossa y Sáenz le prometieron alguna participación en dinero hasta una suma de mil pesos o más. Por último, Andrade convino en que una media hora después de que ellos partieran, pondría el denuncia por robo del automóvil para hacer más verosímil el hecho de que el vehículo fuera encontrado más tarde abandonado en algún lugar de la carretera central del norte. Para hacer aparecer más real el fingido robo del automóvil, Andrade les aconsejó romper el vidrio del vehículo y les indicó cuál debían romper. Perfeccionados estos detalles, Ossa y Sáenz tomaron la ruta de la autopista, salieron luego a la carretera central del norte y finalmente enrumbaron hacia Sopó, lugar escogido para el asalto. Ossa manejaba su carro particular, el número 42-18, y Sáenz conducía el número 691, de placas oficiales.

"Mientras estos detalles se cumplían, Andrade procedía como lo había prometido: dar la denun-

cia por el supuesto robo del automóvil, para lo cual se valió de su hermana doña Cecilia Andrade de Rodríguez.

“Llegados a Sopó, y después de haber dejado el carro particular de la familia Ossa estacionado frente a la finca “Hato Grande”, vereda del mismo nombre, jurisdicción de Sopó, dieron una vuelta a la población para conocer la salida y finalmente se presentaron a las oficinas de la Caja Agraria, donde presentaron sus falsas credenciales. Fueron atendidos por empleados, luego por el Gerente y procedieron a interrogar al personal de dicha oficina sobre temas de orden económico-social, examinaron los libros más importantes y, en fin, permanecieron en las dependencias de la Caja durante las horas de despacho para el público hasta eso de las cuatro y media de la tarde, hora en que resolvieron dar culminación a sus propósitos.

“Salieron, pues, a dejar prendido el automóvil; luego con cualquier disculpa enviaron a uno de los empleados a otra dependencia situada a pocos metros de la oficina principal de la Caja; con otro pretexto cualquiera, hicieron entrar a una oficina de archivo al Secretario de la Caja señor Bernardo Useche y, aprovechando un instante en que dicho señor se agachaba a recoger lo que parecía ser un rollo de cinta para máquina sumadora, Jaime Ossa le descargó un golpe en la cabeza; como este golpe no fuera suficiente para dejar sin sentido al empleado, Ossa le propinó un segundo golpe con las cachas de la pistola. Al grito proferido por Useche acudió el Gerente y al aproximarse éste, fue puesto, fue puesto (sic), como se dice en el argot del hampa “manos arriba”. Entre tanto, Sáenz se ocupaba de hacer otro tanto con la señorita Ana Isabel Arango S., empleada también de la Caja, y una vez que obtuvieron el dominio de la situación obligaron a dicha señorita a abrir la caja fuerte de donde sustrajeron una suma mayor de dos mil pesos. En estos momentos, y tal vez involuntariamente, según dice Ossa, se le disparó la pistola, que los obligó a apresurar la fuga. Salieron apresuradamente de las oficinas de la Caja, tomaron el vehículo 691, que habían dejado estacionado cerca de la puerta, y se dirigieron hacia el lugar donde habían dejado el automóvil 4118. Llegados allí tomaron el automóvil particular, habiendo roto previamente el vidrio del 691, tal como se lo había aconsejado Jaime Andrade, y partieron hacia Bogotá. En la capital se enteraron de que las autoridades de Sopó habían iniciado la investigación y de que se tenían algunas pistas más o menos

seguras, por lo cual resolvieron dirigirse a Puerto Berrío, luego a Medellín, y finalmente a Barranquilla, donde permanecieron varios días enterándose de la situación a través de la prensa y procurando un medio para salir del país. Como la salida del país les presentara algunas dificultades, resolvieron regresar y hacerse presentes ante las autoridades. Durante todo este tiempo Jaime Andrade se ocupó en hacer más real el simulado robo del automóvil, borró cuidadosamente las huellas digitales que hubieran podido quedar en el vehículo, amplió la denuncia formulada por su hermana se presentó a reconocer el carro, y finalmente, resolvió guardar el más absoluto silencio durante quince días, pese a que él más que nadie sabía quiénes eran los autores del asalto a la Caja Agraria y cuáles eran los preparativos que habían hecho para tal fin”.

EL FALLO DEL TRIBUNAL

Es este una meritoria pieza jurídica en que se analizan, a fondo, los distintos elementos de prueba que sostienen la imputación del cargo de robo a Jaime Andrade del Castillo, y donde se exponen, de manera ordenada y erudita, las teorías más notables sobre el problema del dolo, examinándose las opiniones de Carrara, Sebastián Soler, Frank y otros, al respecto.

Sostiene el Tribunal que, aunque Jaime Andrade del Castillo “no sabía concreta o específicamente que la víctima del ilícito iba a ser la Caja de Crédito Agrario de la cual era sub-gerente su padre”, y a pesar de que ignoraba, por otra parte, que sus amigos habían acordado la comisión de un robo, el cargo de complicidad en este delito le es, legal y jurídicamente, reprochable al mismo Andrade del Castillo, a título de dolo **EVENTUAL** o de dolo **INDETERMINADO**.

La Sala ha de referirse, con alguna extensión, a estos últimos aspectos de la sentencia acusada, que son de innegable trascendencia; pero sólo más adelante, al estudiar los cargos de la demanda de casación y las observaciones de la Procuraduría sobre el particular. En cuanto a las cuestiones de hecho, vale decir, a las relacionadas con las pruebas recogidas, en el proceso, como elementos de imputación de una concreta actividad material al procesado —la misma que el Tribunal valoró como constitutiva de complicidad no necesaria o simple cooperación en el robo— es importante, desde ahora, transcribir y comentar, sucintamente, los apartes que siguen:

“La participación de Andrade consistió en he-

chos, promesas previas e instrucciones que sirvieron eficazmente para la comisión de un hecho ilícito. Sabía Andrade de antemano, **CONCRETAMENTE**, ¿cuál sería ese hecho ilícito? **NO LO SABIA**. Se imaginó que se trataba de un contrabando, pero cuando sus compañeros le dijeron que no era eso, sino otro peor su propósito, Andrade, lejos de retirar su concurso, lo siguió prestando con hechos, promesas e instrucciones que nada tenían que ver con la introducción de un contrabando, sino con algo más grave... Para la Sala no existe la menor duda de que Jaime Andrade prestó su colaboración material para la ejecución de un hecho ilícito". (Mayúsculas y subrayas de la Sala de la Corte).

"Jaime Andrade, al prestar su concurso a Ossa Escallón y Sáenz Ascuénaga, obró con intención de cooperar concretamente en un robo que se iba a consumir en perjuicio de la Caja de Crédito Agrario y de la Caja Colombiana de Ahorros? La respuesta de Jaime Andrade es negativa. Más aún, dice que de haberlo sabido no les habría prestado su concurso por ninguna suma de dinero, pues primero estaba el honor de su padre, a la sazón sub-gerente de la Caja de Crédito Agrario. La respuesta de Ossa y Sáenz es también negativa. La Sala, a su vez, contesta también **EN FORMA NEGATIVA**, porque no está probado lo contrario y, en cambio, obran indicios que dejan en el ánimo la convicción de que Jaime Andrade no sabía concretamente o específicamente que la víctima del ilícito iba a ser la Caja de Crédito Agrario de la cual era sub-gerente su padre". (Mayúsculas y subrayas de la Corte).

Se aceptan, pues, por el Tribunal, como verdades inconcusas y presupuestos de valoración jurídico-penal, estos hechos:

a). Que Jaime Andrade del Castillo cooperó materialmente en el robo, aunque no en los momentos consumativos, labor que correspondió, exclusivamente, a Ossa Escallón y Sáenz, Ascuénaga.

b). Que el mismo Andrade del Castillo ignoraba, en absoluto, qué clase de delito iban a consumir sus compañeros, o a qué forma concreta de actividad ilícita se dedicarían los tales.

c). Que mucho menos sabía ni sospechaba el procesado que la Caja Agraria de Sopó tendría, en algún modo, qué ver con el "contrabando", o ser sujeto pasivo del "algo peor" de que le habían hablado los otros.

d). Que, finalmente, la cooperación de Andrade del Castillo no habría tenido vigencia, si éste hubiera sabido que iban a asaltarse, precisamente,

oficinas que, por razón del cargo del padre, dependían de éste en cierto sentido, como sub-Gerente de la Caja de Crédito Agrario.

Las observaciones que anteceden, son de gran importancia para la decisión del *petitum* de la demanda, como se verá en su lugar, y por esta causa, se ponen de relieve desde ahora.

* * *

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Correspondió llevar su voz al señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal. Advierte este acucioso funcionario que "la discusión versa sobre un problema de estricto derecho", como ocurre en realidad. Consecuente con este enfoque, expone, comenta y aplica al caso debatido las opiniones que la doctrina jurídica ha venido elaborando sobre el dolo y la complicidad, a través de fallos de la Corte y de las lucubraciones de Maggiore, Pessina, Soler, Manzini, Carrara y otros. Termina el señor Procurador solicitando se accede a la invalidación del fallo acusado y resumiendo sus conclusiones, en los siguientes puntos:

1.—CAUSAL 2ª

"1.—Reducidos los hechos a sus proporciones más simples, de acuerdo con lo admitido expresamente tanto en la sentencia como en la demanda, se sabe que dos jóvenes amigos en trance de aventuras por circunstancias diversas conectadas con su personal situación económica, resolvieron acudir a un tercer joven amigo para que les prestara el carro oficial que el padre de éste tenía a su servicio como sub-gerente de la Caja Agraria; y que para disimular la falta del vehículo acordaron simular una sustracción o un robo del mismo, mediante la presentación de un denuncia por tales hechos supuestos; o que se hizo en realidad una vez que lo hubo entregado el joven que así había convenido con sus amigos, esos y otros detalles anteriores y concomitantes de la entrega, además de la recompensa convenida, todo para facilitar el uso del automóvil por parte de los dos primeros jóvenes y para prever por parte del último los resultados de los reclamos o de la notoria falta de dicho objeto en su casa familiar".

"2.—Pero lo que resalta con caracteres inconfundibles a través de los detalles y episodios que relatan los autos, es precisamente el desconocimiento completo del uso que los solicitantes debían hacer del vehículo con placas oficiales, de

las intenciones definidas que tuvieran con él, del plan que deberían desarrollar una vez que lo recibieran de Andrade, en el sitio y a la hora convenidos previamente”.

“3. Hacen resaltar las piezas procesales y la sentencia y la demanda, la pregunta formulada por Andrade sobre los propósitos que persiguirían con el automóvil los otros jóvenes; y se hace relieves el contenido de la interrogación, y el carácter irónico de la misma, al inquirir Andrade si se trataba de un contrabando y la consiguiente e inmediata respuesta de uno de los solicitantes, de que se trataba o se podía tratar de algo peor, sin especificar en qué consistía exactamente ese algo peor y en un tono burlón manifiesto, o en una “chanza” de la cual se ha traído la comprobación requerida”. (Subrayas del original).

“4.—En todo caso existe un perfecto acuerdo en el sentido y en la manifestación humorística de la pregunta y de la respuesta, sin que ni una ni otra puedan tomarse en forma alguna como el conocimiento siquiera aproximado del delito que irían a cometer los jóvenes que pidieron prestado el automóvil, ni menos como una representación de los resultados que se irían a producir con el uso indebido y delictuoso del vehículo; ni siquiera como una posibilidad de representarse claramente tales efectos con relación al préstamo; y muchísimo menos como la intención manifiesta e inequívoca de cooperar a la acción delictuosa que debería realizarse horas después en Sopó con el robo a la Caja Agraria de esa población que llevarían a cabo los ocupantes del vehículo prestado por Andrade” (Subrayas del original).

“5. Es lo cierto que en este particular, solamente se está en presencia de una acción separada de la otra; que puede considerarse aisladamente como delictuosa, en cuanto se iba a simular un robo del automóvil con placas oficiales —que no se había verificado— y además se iba a presentar un denuncia temerario o falso ante las autoridades por ese, supuesto delito; pero en modo alguno puede encontrarse la relación de causa a efecto entre tales hechos —qué se repiten—, pueden considerarse como delictuosos, y los otros eminentemente delictuosos del asalto y robo a la Caja Agraria de Sopó, llevados a cabo por los jóvenes que consiguieron en préstamo el automóvil oficial”. (Subrayas del original).

“6. No se reúnen aquí, por mucho esfuerzo que se haga en enumeración de hechos preparativos, los presupuestos básicos del dolo eventual, ni aquellos elementos que caracterizan una participación o concurso efectivo en el delito de robo a

la Caja Agraria, como quiera que se carece de lo fundamental que es el conocimiento adecuado, la intención de participar en tales hechos delictuosos, la representación de los resultados y aun la posibilidad de representárselos y mucho menos la voluntad de cooperar en la producción de tales efectos o en la realización de tales actos ilícitos”. (Subrayas del original).

“7. El hecho de imaginarse Andrade —halagado con el préstamo del automóvil al servicio de su padre, con una suma que se le ofreció al efecto— que podría tratarse de un contrabando o de otra aventura peor, no coloca dicha hipótesis en el mismo género de delincuencia a que se refiere el maestro Carrara al hablar del exceso en el fin y a propósito de la falta de concordancia entre la acción y la voluntad; puesto que por una parte se contemplaría en el contrabando supuesto, un delito de carácter fiscal y por la otra, como oportunamente se advirtió, el medio contemplado de prestar el vehículo oficial y simular su robo, no venía a producir por su naturaleza “el resultado más atroz”, o sea para el caso que se contempla en este asunto, no venía a ser el único medio eficaz que por su naturaleza determinara la comisión del delito de robo a la institución de la Caja Agraria”. (Subrayas del original).

“8. Y como se ha hecho resaltar con toda la razón, menos podía estar en la mente y en la intención de Andrade el prestar el vehículo con la voluntad de que se produjera dicho robo, por cuanto como lo repitió en sus indagatorias, de haber conocido o sospechado siquiera que podía utilizarse el vehículo en los menesteres delictuosos de un robo a la institución donde trabajaba su padre, por ningún motivo habría consentido en prestarse a facilitar la aventura de sus amigos, que se la hubo de imaginar —según sus explicaciones— con finalidades profundamente diferentes a aquellas que vinieron a cumplirse, en desacuerdo total con su modo de pensar y de prever y con su voluntad perfectamente ajena a la intención de ocasionar tales resultados o de cometer un delito como el que se consumó”. (Subrayas del original).

“9. Esta es la realidad procesal y por ninguno de los aspectos desfavorables en grado sumo que se considere la actuación de Andrade pueden encontrarse los elementos que configuren el dolo en su actuación para el delito de robo por el cual se le condenó y tampoco se cumplen los presupuestos de la complicidad, ni en el grado de principal ni el de accesoria, pues ciertamente la ayuda que prestó en los actos preparatorios no pue-

de confundirse con el aporte de un verdadero cómplice, pues no sabía que era para la consumación de un delito contra la propiedad, ni menos que iba a ser precisamente para un asalto y robo a la Caja Agraria de Sopó, que fue el delito cometido por sus amigos sirviéndose entre otros muchos medios del uso del vehículo con placas oficiales". (Subrayas del original).

"10. Para que pueda sostenerse además que Andrade cumplió promesas anteriores al delito y que como tal debe considerarse como cómplice en las condiciones previstas en el artículo 20 del Código Penal, sería indispensable la demostración de que el sentenciado conocía o podía representarse inequívocamente el delito que irían a cometer sus amigos y sobre tal conocimiento e intención y con tales bases firmes hubiera cumplido sus promesas anteriores".

"Pero como ya se advirtió, si Andrade presentó el denuncia sobre un hecho falso, cumpliendo la promesa hecha al prestar el vehículo, lo hizo sobre la base y el convencimiento de que se trataba de coadyuvar a disimular la falta del vehículo en su casa y por otra parte para que la simulación del robo del carro, único asunto que conoció y consistió (sic) pudiera tener la viabilidad requerida".

II.—Causal 1ª.

a). "El cargo se encuentra suficiente (sic) demostrado ante todo por la explícita referencia a la argumentación empleada para fundamentar la causal segunda y encontrarse en consecuencia probada en grado satisfactorio la carencia de dolo en los hechos atribuidos a Jaime Andrade y en cuanto se refería al ilícito por el cual se le condenó. Pero sobre todo encuentra comprobación requerida el cargo con las consideraciones atinentes a las exigencias del artículo 20 del Código Penal para estructurar la complicidad en cualquiera de sus manifestaciones".

b). "Al estudiar la complicidad y los aspectos legales y doctrinarios fue preciso repasar todos aquellos elementos que la integran en sus varias clases y delimitar con toda precisión los elementos del conocimiento adecuado del hecho ilícito en el cual se participa y la intención cristalizada en una expresa manifestación de voluntad, para producir el hecho o para admitir sus consecuencias, así no se hubieran previsto en su totalidad y fuera en cierto modo tácito el concurso de la voluntad para tales efectos".

LA DEMANDA DE CASACION

Invoca el recurrente las causales 2ª y 1ª del artículo 567 del C. de P. P., la última como consecuencia y complemento de la primeramente alegada.

Causal 2ª.—Cree el recurrente que, en la sentencia acusada, se atribuyó a los hechos cometidos por Jaime Andrade del Castillo un valor probatorio que no tienen, negándoseles, en cambio, el valor que, de suyo, ostentan. Hechos que, "erróneamente interpretados, sirven en la sentencia para demostrar la existencia del dolo, como elemento constitutivo y fundamental del delito de robo y vincular como cómplice de tal delito" al mencionado Andrade del Castillo.

Gira, pues, el reparo fundamental de la demanda alrededor del significado que los hechos jurídicamente relevantes, establecidos en el proceso, puedan tener como manifestaciones de una actividad intencional o presidida por el dolo, cuya existencia, para el caso de Andrade, niegan de consuno el recurrente y el señor Procurador.

Causal 1ª.—Consecuente con este enfoque previo de la cuestión, sostiene el demandante que el fallo acusado viola la ley penal sustantiva, a través del mecanismo de una aplicación improcedente, ya que el artículo 20 del Código Penal supone, necesariamente, que el comportamiento allí previsto haya sido acompañado de dolo y que, con frases de Mezger, "el cómplice debe saber que presta el auxilio y para qué lo presta".

"Jaime Andrade del Castillo —anota la demanda— no sabía que se iba a cometer un atraco a la Caja Agraria, y no conoció el hecho que iba a cometerse. En tal forma, no puede entenderse responsable de haber cooperado, porque no puede atribuirse el hecho de simular el robo como acto doloso encaminado a la perpetración de otro delito. En la fórmula amplia del artículo 20 al decir: "El que de cualquier otro modo coopere a la ejecución del hecho", no puede entenderse que se elimina el elemento subjetivo de la intención; porque para cooperar de cualquier modo a la ejecución de un hecho es indispensable conocer el hecho. En cuanto el hecho se desconozca, cualquier colaboración que a él se presta, aun en el caso de que sea ilícita, no puede sumarse como fenómeno de la acción e involucrarse como grado de participación o de complicidad en el delito".

"En realidad de verdad, lo que ocurre es que no puede hablarse de complicidad por cooperación, sin conocimiento y más aún, sin dolo di-

rectó. La forma eventual no es admisible conforme a nuestro estatuto, sino en cuanto el que participa o presta la colaboración conoce el hecho y colabora en su ejecución; ratificando los hechos eventuales que de él puedan derivarse".

* * *

CONSIDERACIONES DE LA SALA

I

Análisis de los cargos relacionados con la causal 2ª

Aunque la cuestión probatoria se plantea siempre, cuando se alega esta causal, como asunto de previo examen, ya que la ley se refiere a "errada interpretación o apreciación de los hechos", por causa de la defectuosa valoración probatoria de los mismos, ello no requiere, en este caso, mayores análisis.

Respecto a la actividad puramente material de Jaime Andrade del Castillo, en relación con el hecho central del asalto y robo a la Caja Agraria de Sopó, no existe discrepancia entre los puntos de vista del fallo y los de las partes. Acordes se hallan todos en que Andrade del Castillo prestó, vountariamente, a sus compañeros de sindicación, el automóvil en que viajó uno de los asaltantes: en que prometió simular o ayudar a simular un robo de dicho vehículo; en que cooperó con estos en los actos preparatorios del viaje de Bogotá a Sopó; en que empeñó su palabra de denunciar el supuesto robo del mismo vehículo, como, en efecto, lo hizo, valiéndose primero de su hermana y compareciendo luégo, personalmente, a testificar con mentira ante la justicia; y, en fin, en todos los hechos principales a que se refieren las diversas transcripciones y comentarios que han venido haciéndose.

También están de acuerdo las partes y el Tribunal sentenciador en que Jaime Andrade del Castillo **ignoraba**, concretamente, al ejercer la actividad externa referida, que Jaime Ossa Escallón y Alvaro Sáenz iban a servirse del automóvil prestado, precisa y exclusivamente para cometer un ROBO; y en que, mucho menos, sabía que el robo habría de consumarse contra los intereses de la Caja Agraria, agencia de Sopó.

Avanzan, aún más, las partes y el fallo en este respecto, pues tácitamente admite el último la sinceridad y veracidad de Andrade del Castillo, cuando expresa que, de haber **sabido** que, con su conducta, iban a lesionarse los intereses económicos de una entidad a cuyas órdenes trabajaba su padre, de ninguna manera habría cooperado con

sus amigos y se habría abstenido en absoluto de prestarles ayuda.

Por manera que la actividad simplemente externa de Jaime Andrade del Castillo no se discute. Se acepta por todos como una realidad, admitiéndose por las partes (recurrente y Ministerio Público) que, desde tal punto de vista, no ha habido defectuosa valoración de las pruebas.

La discrepancia radica —como habrá podido observarse— en la **significación** última de dicha actividad, ya que, al paso que la sentencia acusada la interpreta como perfectamente **intencional**, al ménos a título del **dolo indirecto** o del **eventual**, el Ministerio Público y el demandante sostienen la ausencia de dicho elemento, y de consiguiente, el error de considerar al acusado culpable de complicidad, en el delito de robo por el cual se le condenó.

Basta, de consiguiente, dilucidar el acierto o desacierto de la **significación** atribuída a los hechos por el Tribunal. Así habrá de hacerse, con la advertencia de que, aunque sea forzoso extenderse más de lo común en dicho análisis, por causa de la gran importancia de los temas y lo variado de las opiniones de los doctrinantes, no se aludirá sino a algunas de éstas, en cuanto la Corte lo estime necesario o conveniente para mejor apoyar sus conclusiones.

Se plantea, pues, esta cuestión básica: son legal y jurídicamente expresivos de acción **dolosa** los hechos materiales imputados a Jaime Andrade del Castillo, es decir, las mudanzas físicas en que él actuó como agente y cooperador?

Esta cuestión es fundamental, porque de la manera como se absuelva dependen las conclusiones del juicio de culpabilidad, es decir, si tales hechos son penalmente reprochables a Jaime Andrade del Castillo. Es lo que se hará a continuación.

El problema del dolo.

1. El dolo, como integrante del delito, no lo constituyen solamente elementos psicológicos. Según lo advierte, en afortunada síntesis, un fallo del Tribunal argentino de Santa Fé, "el derecho penal tiene en cuenta el fenómeno interno, psíquico; pero le da un tratamiento particular que lo convierte en expresión técnico-jurídica, y no lo identifica ni con la voluntad ni con la representación".

2. Por lo mismo que no se trata de un factor exclusivamente psicológico, su presencia, en los casos particulares, no puede verificarse —para efectos del juicio de culpabilidad— sino refirién-

dolo a la ley penal, pues, como observa el aludido fallo, el dolo supone "la relación a un orden normativo frente al cual el hecho ha sido con anterioridad lógica calificado".

De parecer semejante es Marcelo Gallo, en su monografía sobre la materia, quien propugna por la elaboración del concepto de dolo sobre las bases que le dé la ley positiva, interpretada con especial criterio sistemático.

3. Estas bases se manifiestan, en la legislación colombiana, con la generalísima del Art. 12 del Código Penal, según el cual "las infracciones cometidas por personas que no estén comprendidas en la disposición del artículo 29, son INTENCIONALES o culposas".

El legislador contrapone a lo culposo, lo intencional. Y no cabe duda de que esta última denominación corresponde a lo que otros códigos y la doctrina jurídica conocen como doloso.

4. No se parte, pues, de la base de una definición, como lo hacen los códigos que dan la del dolo. Se esboza, tan sólo, un deslinde entre dos grupos de infracciones: intencionales, las unas; culposas, las otras.

Pero estas últimas si las define la ley colombiana, y su definición esclarece, en parte, el problema del dolo. Desde el punto de vista del derecho positivo, la culpa queda determinada como una falta de previsión de lo previsible, o bien como un confiar imprudente en que no se realizará lo previsto como posible. Con esta definición, quedan, en parte, establecidos los límites del llamado dolo eventual, como habrá de verse adelante.

Lo trascendente es que nuestro derecho penal positivo contempla hechos punibles cometidos sin intención, y otros, con intención o intencionales. Y el empleo de esta palabra por el Código Penal facilita, hasta cierto punto, la comprensión del significado legal del dolo, ya que, tanto en su sentido etimológico como en el propio y usual del vocablo, intención es dirección voluntaria del agente hacia determinada meta prevista como posible, o mejor, como realizable.

5. Por ello mismo, es decir, por causa del empleo legislativo de dicho término, en vez del de dolo, de orígenes un tanto confusos, la tradicional discusión de los doctrinantes sobre si el dolo es sola voluntad o sola representación, o, a un tiempo, voluntad y representación del evento típico incriminado con pena, viene a quedar relegada a segundo término, ya que el vocablo "intencional" de vieja raigambre latino-castellana, lo comprende todo: representación y voluntad.

6. "La intención, dice Rocco, es voluntad en

cuanto tiende interiormente a un objeto. No es posible concebir una voluntad sin objeto, porque no se puede querer simpliciter; se debe querer un quid, lo que es el objeto, el fin, el motivo de la voluntad. Entonces, la voluntad que tiende a un fin, se llama INTENCION". (Subrayas y mayúsculas de la Sala). En otras palabras, no puede hablarse de actos intencionales, allí donde no ha habido representación sobre cuyo contenido la voluntad se actuó o determinó; tampoco donde la sola representación haya carecido de la eficacia psicológica suficiente para proyectarse sobre la voluntad y envolverla en el dinamismo del querer o consentimiento.

Brillantemente expone Carnelutti el aspecto psicológico implicado en el dolo o la intención criminal, cuando expresa:

"Entre la caída y el lanzamiento de una piedra, existe, o por lo menos nosotros creemos que existe, esta diferencia: la piedra que cae va hacia cualquier parte, mientras que la piedra arrojada va hacia un blanco. Un hombre que se mueve, a diferencia de una cosa que se mueve, tiene una meta".

"La meta o el blanco son cosas tan reales como el movimiento. Pero su realidad es psicológica, no material. Está dentro de nosotros, no fuera. Añadamos que pertenece al campo intelectual. Es uno de los milagros que realiza nuestra inteligencia, capaz de representarse a sí misma una mutación del mundo externo antes de que ocurra. A este propósito hablamos de finalidad (scopo); y la etimología aclara el mecanismo del fenómeno, que consiste en una proyección anticipada de la realidad exterior sobre nuestra mente".

"Pero no basta el fin para determinar la forma. La representación mental de un evento es una condición necesaria a este respecto; pero no la condición suficiente. La finalidad no es más que la mitad del material psicológico del acto, y permanece, en efecto, en la espera intelectual; PERO EL HOMBRE NO ACTUA SI A LA INTELIGENCIA NO SE ASOCIA LA VOLUNTAD. Esta es la que llena el vacío entre el punto de partida y el de llegada, entre la piedra y el blanco".

"Este segundo ingrediente o componente del acto jurídico es quizá el que hasta ahora ha llamado en mayor medida, tanto en el campo de los actos lícitos como en el de los ilícitos, la atención de los juristas; por su particular conformación, tal elemento toma aquí el nombre de CONSENTIMIENTO. Pero también para los actos ilícitos el elemento psicológico ha sido observado, en el campo civil, bajo las formas del

DOLO y la CULPA, y en el campo penal, donde su existencia ha sido afirmada, no sólo por la doctrina, con las declaraciones más solemnes". (TEORIA GENERAL DEL DELITO).

8. Existe una rara uniformidad en las distintas legislaciones, en cuanto contemplan como necesaria y lógica la diferencia aludida entre grupos de delitos: **intencionales** o **dolosos**, de una parte, y **culposos**, de la otra.

La misma uniformidad se presenta, en relación con los diversos matices o grados de la intención criminal, lo cual conduce a distinguir varias clases o especies de dolo. Correlativamente, en los distintos tipos penales creados o reconocidos por los Códigos punitivos, se refleja aquella diversidad de matices, mediante la incriminación de penas que van cambiando u oscilando, según sea la calidad de aquellos.

El fundamento de todo ello, lo explica de esta suerte el mismo Carnelutti:

"RELEVANCIA DE LA INTENCION DEL AGENTE

"... se plantea el problema en torno al valor de la intención para la valoración penal del acto. Tal problema sería resuelto en sentido negativo, si la valoración penal se hiciera según la forma y la causa, independientemente de la intención, de manera que el daño resultase castigado en la misma medida, tanto si ha sido producido con intención como si lo ha sido sin ella, **lo mismo más acá como más allá de la intención**. Pero se comprende fácilmente por qué esta solución negativa debe ser repudiada por el Derecho: en realidad, la solución contraria se impone por las mismas razones que inspiran la lucha contra el crimen mediante la pena; si ésta actúa influyendo en las intenciones de los hombres, no es posible que la intención del que obra sea indiferente para la valoración penal del acto". (Obra citada).

9. Se haría demasiado extenso el fallo, si la Sala acometiese la obra de analizar todas y cada una de las especies y requisitos del dolo, frente a nuestra ley penal y la doctrina jurídica. Se ceñirá, pues el estudio del que considera directamente relacionado con el caso **sub-judice**, o sea el llamado **dolo eventual**.

a). Según se advirtió atrás, cuando el artículo 12 del Código Penal colombiano define la llamada "culpa con previsión" como un acto cuyos efectos nocivos —aunque previstos por el agente— **confió éste, con imprudencia, en poder evitar**, está señalando, en cierta forma, los límites del dolo

eventual, muy semejante a aquella especie de culpa. Es, por vía de ejemplo, el caso de quien dispara contra alguien un arma de fuego, con el sólo ánimo de quitarle el sombrero, confiando en que su destreza le ayudará a evitar la muerte o las lesiones de ese alguien. Estos resultados de la acción, previstos y comúnmente previsibles, no los quiso el agente. Se los **representó**, tan sólo, como posibles. Y, si se produce uno de ellos, no le es imputable a título de dolo, sino de simple **culpa con previsión**. En el caso, existe representación, pero no hay **voluntad** de concreción del resultado, como expresa WELZEL, al definir el dolo. Y ya se admitió que el dolo supone la presencia de ambos elementos psíquicos: **voluntad y representación**.

Supóngase, en cambio, que el sujeto del ejemplo anterior, al representársele como resultado posible de su conducta que la persona contra quien dirige el disparo llegue a ser muerta o herida por éste, se hace la consideración de que estos resultados no importan: no piensa o espera que podrá evitarlo; no hace ni intenta hacer nada por evadirlos, sino que razona de esta suerte: si ocurre uno de los dos (muerte o lesiones), me da lo mismo; corro con los riesgos, o los asumo. Por lo demás, la muerte se produce.

El caso es muy semejante al primero. Mas con una diferencia específica: que, en aquél, el agente no ha **asumido** los riesgos o resultados posibles, expresamente **representados** o previstos. Únicamente los ha tenido en cuenta como posibilidades, pero sobre la base **psíquica** de que logrará evitarlos. Y esta es una de las cosas que espera y busca: que, a pesar de todo, no se produzcan. El comportamiento es imprudente, pero la **voluntad** no aparece ligada a los resultados. En cambio, en la segunda hipótesis, psicológicamente ha aceptado aquellos eventos **dañosos**, aunque **condicionados**. Fuera de la simple **representación**, ha habido, asimismo, **voluntad**, consentimiento. Bien es cierto que esta forma de **voluntad** no es directa, sino **condicionada**: disparo, y si, con ello, hiero o mato, no importa. Pero, condicionada y todo, esa voluntad no deja de serlo. Se está entonces, según lo enseña la mayoría de las doctrinas, en presencia del dolo **EVENTUAL**. Dolo que, justamente por esta forma **hipotética** como la voluntad asiente a los resultados no queridos **directamente**, llaman algunos autores "**dolo condicionado**"; y que, por la forma **indirecta** como la voluntad los acepta, clasifican algunos dentro de la especie denominada "**dolo indirecto**".

b). No existen en la legislación penal colom-

biana, ya se anotó, disposiciones como la del artículo 15 del Código Penal del Brasil, que define como **doloso** el delito (o crime), "cuando el agente quiso el resultado, o **asumió el riesgo de producirlo**". Este asumir el riesgo, que los intérpretes de dicha legislación entienden asumir **voluntario**, caracteriza, sin duda, lo que los tratadistas conocen como **dolo eventual** o condicionado. Distinto de la culpa con **previsión**, ya que, en ésta, el riesgo del resultado posible no se **asume**, no se **rati**fica, no se **asiente** a él, sino que, al contrario, se **espera** que no se producirá. Por lo demás, es evidente que, si un riesgo se **asume** por el agente, o mejor, el riesgo del resultado posible, existe en el acto **psíquico** respectivo no sólo **voluntad**, sino también **representación**.

Pero no significa lo anterior que, frente a las disposiciones del estatuto penal colombiano, no pueda elaborarse un concepto del **dolo eventual**. Sin duda que esta discutida forma o especie de **dolo** no es ajena a nuestro sistema punitivo. Y su existencia y características pueden y deben extraerse, por el proceso de interpretación sistemática preconizado, al efecto, por Marcelo Gallo, de elementos como los siguientes:

I. De la orientación general del artículo 11 del Código Penal, conforme a la cual "Todo el que cometa una infracción prevista en la ley penal será responsable, salvo los casos expresamente exceptuados".

El segundo ejemplo del aparte a), número 9, implica, sin duda, un caso más grave, que no encaja dentro de la simple culpa con **previsión**. Y no está ni debe estar expresamente exceptuado. Luego se asimila a los demás casos más graves.

II.—De la denominación característica que da el artículo 12 del Código Penal a las infracciones no **culposas**. El término "intencionales" es comprensivo, como se ha venido observando, de acciones producidas mediante el doble mecanismo psicológico de la **voluntad** y la **representación**. Y el **dolo eventual** de los penalistas no deja de ser **dolo** o fenómeno "intencional"; ni desde el punto de vista del derecho positivo así interpretado, se presenta como excepción al doble requisito de la concurrencia de aquellos dos elementos psíquicos.

III.—De la definición dada por el Código para la **culpa**. Porque si, previstos los efectos dañosos del acto, éstos sólo pueden imputarse a título de **culposos**, cuando se ha confiado imprudentemente en poder evitarlos, los demás deben integrarse dentro del otro grupo (intencionales), no sólo porque quedan excluidos, por definición, de los constitutivos de culpa con **previsión**, sino tam-

bién porque estos resultan ser "intencionales", desde el doble punto de vista de la **voluntad** y la **representación** que los acompaña, y sin que sea óbice para ello el carácter indirecto o condicionado de la **volición**.

IV. De lo dispuesto en normas positivas como las siguientes del Código Civil:

"Artículo 29.—Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso".

"Artículo 30.—El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto".

"Artículo 32.—En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación anteriores, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural".

10. Queda, pues, esbozado el criterio de la Corte sobre el **dolo** en general y el **dolo eventual** en particular; e, igualmente, resumidas las características de uno y otro, lo mismo que el fundamento de dicho criterio. Pero no sobra continuando el derrotero trazado, un intento de agotar dicho análisis y, para ello conocer, en resumen, las opiniones "de los que profesan la misma ciencia" del derecho, o sea, de los doctrinantes o tratadistas de la materia. Ello contribuirá a aclarar conceptos.

DOLO EVENTUAL:

Jiménez de Asúa:

"Hay **dolus eventualis** cuando el sujeto se **representa** la **posibilidad** de un resultado que no desea, pero cuya producción consiente, en última instancia, corriendo el riesgo de causarlo con tal de obtener el efecto que quiere **ante todo**".

Von Hippel:

"Se da el **dolus eventualis** cuando la producción del resultado antijurídico que, juntamente con el deseado, se **representa** como **posible**, era preferible para el autor a la renuncia de su acto. Por el contrario, existe culpa cuando la esperanza en la no

producción del resultado antijurídico fue decisiva para la ejecución del acto”.

Prins:

“En el dolo eventual el autor es responsable de las consecuencias de su acción, porque él ha querido el resultado no ya como cierto (que es el caso del dolo determinado o indeterminado), sino como **probable** o **posible**. Ha aceptado anticipadamente la eventualidad para el caso de que se realizase y, por ende, esta realización, en la que ha consentido, ha de referirse a su **voluntad** y se pena como voluntaria”.

Costa e Silva:

“Cuando el agente practica el acto teniendo en la mente cierto efecto, pero sabe que, concomitantemente con éste, o en vez de él, puede surgir otro, y lo **aprueba**. Si el agente cree poder evitar ese nuevo efecto, si espera que no se realice, no habrá dolo. Existirá, cuando mucho, **culpa**”.

Teoría de la probabilidad.

El resultado debió ser previsto por el agente como **probable** o altamente **posible**. Si se cumplen estos requisitos, se supone que basta esta manera de **representación**, y el hecho se imputa al reo a título de **dolo eventual**, aunque la voluntad no haya asentido. (Grossmann, W. Sauer, Alimena, Finzi, Julio Klein. Citas de Jiménez de Asúa. DERECHO PENAL, tomo V.).

Teorías del asentimiento-sentimiento.

Algunos autores han tratado de resolver el problema del **dolo eventual**, refiriéndolo a la posición **afectiva** que adopte el sujeto, bien ante la representación real del evento, bien ante la misma representación, hipotéticamente atribuida al mismo sujeto, a **posteriori**. Ya no se trata de la pura voluntad que asiente, sino de los sentimientos o afectos (deseos, aspiraciones, etc.) que dominan el ámbito del comportamiento y le comunican a éste cierto carácter **volitivo**, con todo y la aparente **pasividad** del querer. “El Juez/penal debe probar, con respecto al dolo, dice RICHARD SCHMIDT, además del saber de las consecuencias del delito (y ciertamente además de la previsión de la mera posibilidad del resultado antijurídico), incluso un elemento ulterior que se puede caracterizar como **voluntad**. Pero éste se limita a una **aspiración** al resultado, a un **deseo** del resultado. El autor debe haber concebido intrínsecamente la representación

del daño posible, junto a aquellas posibilidades ulteriores que de su obrar se deduzcan, sintiéndolo como un obstáculo de su resolución, y sin embargo, **DEBE HABER ACEPTADO, APROBADO** el daño, en el supuesto de que se produjera. La comúnmente llamada ‘voluntad’ de las consecuencias que yacen en el futuro, fué de la resolución voluntaria, tienen por tanto su asiento, en verdad, psicológicamente considerado, en el **sentimiento o sensibilidad**. El dolo es la representación del resultado antijurídico, acentuada por un **sentimiento de aprobación**”. (Cita de Jiménez de Asúa, obra citada).

Teorías hipotética y positiva del consentimiento.

Procede la primera de REINHARD FRANK, en sus comentarios a la legislación penal alemana. Su fórmula definitiva puede resumirse en los siguientes conceptos suyos:

“Si se llega a la conclusión de que el agente hubiera obrado incluso en el caso de conocimiento seguro, debe entonces afirmarse que hay dolo; si se llega a la consecuencia de que en caso de conocimiento seguro, hubiera omitido la acción, entonces el dolo debe rechazarse”.

La segunda es la de quienes profesan que el **dolo eventual** debe tener, como cualquier otra clase de dolo, todos y cada uno de los requisitos aludidos, o sea, voluntad y representación. Por tanto, sólo se da aquella especie, cuando, fué de haber tenido el agente la **representación** o previsión del resultado, como **probable** o **posible**, **consiente** en él, eventualmente, es decir, en la hipótesis o bajo la condición de que se produzca. Se asocian, pues, en el caso, como se vio, en el ejemplo propuesto atrás, los dos elementos psíquicos.

Se reconoce como exponentes de las doctrinas anteriores, del **consentimiento**, bajo su forma llamada **positiva**, a Von Hippel y Adolfo Prins, el resumen de cuyos puntos de vista se transcribió anteriormente; a Cuello Calón, Soler y otros.

Luis Jiménez de Asúa, cuya erudita discriminación ha seguido de cerca la Sala, expresa, como seguidor que es de la teoría del asentimiento, o mejor, de la **positiva del consentimiento**:

“No podemos aceptar la **probabilidad** o **posibilidad**; es decir, la mera **representación**, como fundamento y esencia del **dolus eventualis**; porque, como hemos dicho varias veces, la **representación de lo meramente probable** (o posible) desnaturaliza el concepto del dolo, y el **dolus eventualis**, aunque se refiere a un resultado de acaecimiento eventual,

no por eso deja de ser dolo" (Subrayas del texto original)

"En consecuencia, para nosotros, el dolo eventual, como dolo que es, necesita reunir, junto a las particularidades de las especies, los caracteres genéricos del dolo, lo mismo que la especie precisa tener las características del género. El elemento voluntad es esencial, y asentir es un acto volitivo. Por eso, no hay *dolus eventualis* donde no existe consentimiento del agente en la hipotética representación, que se ratifica para el supuesto de que lo posible se transforme en cierto. No insistamos más en este punto, puesto que demostrado quedó que se puede tener voluntad de un resultado, que no se desea, que no se apetece; se puede, por ende, consentir incluso en efectos desagradables". (Subrayas del original).

"No nos cansaremos de insistir en dos puntos. La precaución con que es preciso manejar el dolo eventual y la necesidad de que exista el consentimiento. En verdad, se trata de un mismo problema. Como hemos dicho —o mejor, como ha escrito Von Hippel— el dolo eventual no es otra cosa que UNA ESPECIE DE DOLO. No podemos hacer del *dolus eventualis* —como ocurre, quiéranlo o nó, con los partidarios de la fórmula de la probabilidad— una especie propia de lo culpable, intermedia entre el dolo y la culpa. Aunque el dolo esté en la frontera de uno y otra, es una especie del dolo, y no una especie de la culpabilidad. Como especie del dolo —reiterémoslo— ha de reunir los caracteres de éste. El asentimiento a lo representado como posible, entra en la amplia fórmula de la voluntad consciente que caracteriza el dolo común" (Subrayas y mayúsculas del original. Obra citada, tomo V.).

Teoría ecléctica o síntesis de Mezger.

Son bien conocidos los intentos de este notable penalista alemán por hacer una especie de fusión o síntesis de las teorías extremas de la probabilidad y el consentimiento . . . "la mera representación, el simple grado de la probabilidad (pensada) del resultado antijurídico, anota él, nada nos dice sobre la posición personal del sujeto respecto a dicho resultado, y precisamente dicha posición es la que, en primer término, sólo decide respecto a la culpabilidad".

En cuanto al segundo extremo, advierte el mismo autor que "los hechos mismos de la vida no siempre permiten hablar de consentimiento o no consentimiento en el resultado. Pues el autor

mismo puede concebir el resultado como dependiente o independiente de su voluntad".

Distingue, pues, dos aspectos en la cuestión, que resume así:

"a). EL AUTOR PIENSA EL POSIBLE RESULTADO COMO DEPENDIENTE DE SU VOLUNTAD: EN TAL SUPUESTO SOLO PUEDE DECIRSE QUE LO HA QUERIDO SI HA CONSENTIDO EN EL. . . Tal consentimiento aparece excluido cuando el sujeto interviene precisamente para evitar el posible resultado. . . Pero la decisiva posición del agente respecto al resultado no debe ser tampoco una mera posición en la esfera del sentimiento. Lo determinante para la extensión de su culpabilidad no es el hecho de que esto o aquello sea deseado o no por el autor, sino más bien si HA QUERIDO O NO causarlo. En el QUERER concreto se manifiesta la personalidad del agente, y por ello sólo la denominada TEORIA POSITIVA DEL CONSENTIMIENTO muestra el correcto camino". (Subrayas y mayúsculas del original, TRATADO DE DERECHO PENAL, tomo II).

"b). EL AUTOR PIENSA EL POSIBLE RESULTADO COMO INDEPENDIENTE DE SU VOLUNTAD: EN TAL SUPUESTO LO HA QUERIDO EN TANTO LO CONSIDERE PROBABLE, es decir, en tanto cuente con la posibilidad de que el resultado se produzca". Esta tesis la ilustra del modo siguiente:

"Si el autor hubiera pensado el resultado como unido necesariamente con el fin propuesto, entonces lo habría admitido en su voluntad. Pero no es esta la situación cuando sólo se piensa por el autor como posible. Aquí sólo pueden imputarse las consecuencias a título de dolo cuando el agente las considera como probables".

"De ordinario, el autor concibe como independiente de su voluntad las circunstancias de hecho ya existentes cuando realiza su conducta, ya presentes, y que, tal como se las representa, no puede modificar. Si el autor duda respecto a si la cosa que quiere sustraer es una cosa ajena, o si el niño del que quiere abusar aún no tiene catorce años, entonces aún no puede decirse que con ello haya admitido en su voluntad el carácter ajeno de la cosa o la edad juvenil del sujeto pasivo, respectivamente. El autor quiere cometer la sustracción de esa cosa, quiere ejecutar la acción impúdica sobre ese niño, y sólo cabe preguntar si ha considerado las propiedades posiblemente existentes como probables o no. En el primer caso, le serán imputadas a su dolo, no en el segundo, aun cuando cometa la acción misma dolosamente. Lo mismo

ocurre cuando se trate de circunstancias de hecho que sólo aparecen en lo futuro y que sólo por la acción han sido causadas y logran realidad. También aquí procede distinguir de nuevo: el autor puede representarse la acción de manera que con ella ejerza influjo en la futura configuración de los hechos; entonces la decisión habrá de tomarse con arreglo al camino indicado sub a); pero también puede aquí representarse el sujeto la acción de manera que con ella no ejerza influjo alguno en la futura configuración de los acontecimientos; entonces sólo queda el camino señalado sub b). Si en el caso concreto se trata de una situación o de la otra, no es siempre fácil decidir; pues también aquí se trata, de nuevo, de un trabajo de interpretación psicológico-valorativo en el caso concreto". (Obra citada, págs. 161 y ss.).

II. La Sala ha resumido, como acaba de verse, las principales doctrinas sobre el **dolo penal**, algunas de ellas a título meramente ilustrativo y para que se vean claramente las dificultades que suscita la elaboración de un concepto preciso sobre el llamado **dolo eventual** o **condicionado**. Pero insistí, de acuerdo con las anotaciones precedentes, en que una doctrina sobre aquel fenómeno, frente al derecho positivo colombiano, no puede edificarse sino sobre las bases de la **voluntad** y la **representación**, como elementos psíquicos concurrentes; y en que el **dolo eventual**, como simple especie dentro del género, supone también la concurrencia de los dos elementos.

A tales conclusiones se llega, conforme se advirtió al principio del capítulo correspondiente, a través de un proceso de sistematización (interpretación sistemática) de normas positivas, sin que la hecha signifique, no obstante, que tal sistematización se considere agotada.

Aplicación del principio dicho al caso sub-judice.

En el capítulo titulado "EL FALLO DEL TRIBUNAL", la Sala resumió, agrupándolas en los apartes a), b), c) y d), las conclusiones del mismo Tribunal respecto a los hechos probados, a su imputabilidad material y a las características particulares que presidieron o acompañaron la actividad incriminada a Jaime Andrade del Castillo. Se razona, pues, sobre la base de dicho resumen y de los comentarios que se hicieron en la introducción al capítulo I, de la sección "CONSIDERACIONES DE LA SALA".

I.—Jaime Andrade del Castillo ignoraba, como lo admite expresamente el fallo acusado, que su auxilio o cooperación en los actos preparatorios

del asalto y robo en Sopó, se refería, concretamente, a este hecho delictuoso contra la propiedad. No hubo, pues, en su comportamiento, **intención** de producir el resultado (robo), ya que no se le **representó**, ni lo **quiso**. Por consiguiente, no puede decirse que hubiera participado, **dolosamente**, en la concreción del evento (robo), o que, empleándose los términos de la legislación colombiana, el robo a la Caja Agraria de Sopó sea, **respecto a él**, una actividad **intencional**.

II.—Si se aplicase al caso la teoría de la probabilidad, ya rechazada, se caería en el yerro de admitirse que Andrade previó, concretamente, el robo como **probable**, cuando él mismo afirma que no lo previó o no se le representó en forma alguna.

En este respecto, no sobraría observar, como lo hacen los tratadistas, que una cosa es el **dolo** o los fenómenos psíquicos en él comprendidos, y otra, la prueba de éstos. A este propósito, se cita comúnmente la advertencia de Max Ernst MAYER, según el cual "se precisa distinguir la **posibilidad** de tener la representación del resultado, de la **representación** de la **posibilidad** del resultado... Aquella posibilidad no basta... En la confusión de ambas relaciones, descansa la triste fama del **dolus eventualis**... Se debe no confundir el **principio de prueba**, con su resultado material".

Anotación semejante hace Jiménez de Asúa, al comentar, en su citada obra, que "quienes no están acostumbrados a mirar los problemas del Derecho **material** con cierta independencia del Derecho **formal**; o mejor dicho, de los problemas de prueba, alegan frente al **dolus eventualis** los evidentes obstáculos para la comprobación".

No se trataba, pues, en el caso de Jaime Andrade del Castillo, de saber si a éste se le **pudo representar** el robo como probable, sino si, en realidad, tuvo dicha representación.

En cierta forma, el fallo acusado se resiente de esta confusión entre hechos y prueba, desembocando, sin sostenerlo explícitamente, en la teoría pura de la **probabilidad**, a base de simple representación. En otros términos; se supone que, aunque el evento (robo) no se quiso por Andrade, ni se le representó explícita o nítidamente, **debió de tener** conocimiento o representación de la posibilidad de dicho resultado, porque, dadas las circunstancias, era fácilmente previsible. De esta suerte, el Tribunal salta, sin pretenderlo, la sutil, pero trascendental línea divisoria que separa el **dolo eventual** de la **culpa**, para incriminar como

intencional lo que sólo habría sido fruto de imprevisión de lo previsible.

Efectivamente, en el fallo se lee:

"En nuestro caso Jaime Andrade **sabía** que sus actos: préstamo de vehículo oficial, limpio de huellas dactilares de los verdaderos autores y con huellas dactilares de un desconocido inocente, en condiciones de aparecer como robado, previa la rotura de un vidrio y con la promesa que fue cumplida de denunciar ante la autoridad ese robo inexistente, además del préstamo de los anteojos para que cambiaran un poco la fisonomía y no fueran reconocidos fácilmente y el pacto de remuneración por su concurso, eran medios idóneos para que **alguien** (subraya el fallo) fuera despojado injustamente de su propiedad: un Banco, el Estado, una institución de beneficencia, etc. Ese **conocimiento** de que los actos realizados servían para lesionar el derecho de propiedad de **alguien** (subraya la misma sentencia), es lo fundamental".

En realidad, los autos no acreditan la existencia del mencionado saber o "conocimiento"; y la sola posibilidad o previsibilidad se predica como conocimiento o representación del resultado, sin prueba de ello.

III.—Aun prescindiendo de otras posiciones doctrinales y dejando, específicamente, de lado la mencionada "teoría positiva del consentimiento", la aplicación de la sustentada por REINHARD FRANK también favorecería al procesado. Este insiste en que, de haber **sabido** (representación) que sus compañeros iban, precisamente, a robar en una dependencia de la Caja Agraria, de ninguna manera habría prestado su concurso para los actos iniciales o preparatorios y posteriores en que actuó, porque le interesaba que no se afectase el honor de su padre, alto empleado de aquella entidad. Y la fórmula de Frank, ya mencionada, advierte que "si se llega a la consecuencia de que, en el caso de conocimiento seguro, hubiera (el agente) omitido la acción, **entonces el dolo debe rechazarse**".

El Tribunal cita de paso esta doctrina, pero la rechaza tácitamente, siguiendo las opiniones de Carrara, para quien, en los casos de **exceso**, "como consecuencia natural del hecho, o por simple culpa del ejecutor, la responsabilidad se comunica, porque aunque los partícipes no previeron ni quisieron el fin, a pesar de esto quisieron dolosamente aquellos medios que, por su **naturaleza**, produjeron el resultado más atroz".

Al ahijarse esta cita para justificar su posición, el fallador no reparó en la precisión de términos y de conceptos implicados en la misma, que supo-

nen requisitos esenciales; ni demostró que éstos se hubieran cumplido en el caso. Si el evento agotado por los compañeros de Jaime Andrade del Castillo, en el municipio de Sopó, pudiera tenerse, técnicamente, por un **exceso**, en relación con el mismo Andrade, quedaría por probar que dicho evento fue la "consecuencia natural" de los actos de intervención del acusado; o bien, que tales actos o "medios dolosamente queridos", como, en realidad lo fueron, estaban destinados a producir de suyo, y produjeron, **efectivamente**, "por su naturaleza", el resultado más "atroz" de un robo, y no de un contrabando, en que tampoco se sintió concretamente.

Esta crítica la esboza la Sala incidentalmente, pues, aunque se roza, en forma indirecta, con el problema del **dolo**, el tema debe ser objeto de más amplio análisis, al estudiarse lo relativo a la complicidad, dentro del examen de la causal primera de casación, también invocada.

IV.—En lo esencial, coinciden con las apreciaciones que se han venido haciendo, a través de este fallo, los siguientes conceptos de la demanda: "Precisamente, en su confesión (la de Andrade), que ha de admitirse como indivisible, afirma que de haber imaginado siquiera que se trataba de tan monstruoso delito, por ningún motivo habría facilitado el vehículo. Pero es que además, ni los propios autores del ilícito material, sabían hasta momentos antes, y ya después de haber tomado el carro de Andrade, qué era lo que iban exactamente a acometer; y entonces, debe preguntarse: hay posibilidad jurídica de hablar de dolo eventual en relación con una persona que no ha previsto un resultado, más allá de su acción, resultado que es obra de otros, que tampoco tienen, al conectarse con la acción del primero, certidumbre sobre los actos que han de realizar?"

"Si Juan, que tiene un revólver, lo presta a un amigo por la suma de cien pesos y solamente le interesa ganar esta suma, sin considerar para nada el uso que el amigo ha de hacer del arma y con ella éste da muerte a una persona, puede afirmarse que Juan es cómplice de un delito de homicidio? Es claro que no, y aun en el caso de que se encuentre en cosa ilícita (versari in re illicita), como por ejemplo si el arma no tiene licencia y le es prohibido portarla.

"Realmente, Jaime Andrade no tuvo intención de cometer acto ilícito; estaba en cosa ilícita (versari in re illicita) en cuanto simuló robo del automóvil. Pero su acción se limitó a éste y nada más; él no conoció la posibilidad, y al no conocerla, no puede ser llamado cómplice de un resultado que

no previó, ni consintió, y que si hubiera previsto mediante el conocimiento no hubiera consentido como él lo afirma terminantemente.

"No hay duda de que al interpretar los hechos, se les ha dado un valor probatorio que no tienen al querer significar que ellos son demostrativos de un dolo eventual. Pero también hubo un olvido total del problema causal, que brevemente quiero explicar: el resultado que pueda atribuirse a título de dolo eventual debió estar en la previsión del agente y debe depender directamente de la acción inicial el resultado realmente buscado por el agente; todas las demás variaciones no pueden jamás ser atribuidas a semejante título".

V.—El fallo del Tribunal resulta aplicando, en el fondo, las teorías del indiferentismo, en materia de dolo.

Pretenden estas que basta, para deducir el dolo eventual, que al agente o participe le hayan sido indiferentes los resultados que se sigan de la acción, hayan sido o no previstos, y queridos o no. La fórmula del procesado sería de un tipo semejante a este: "Pase lo que pase, actúo, pues no me importan las contingencias".

Sobra advertir que tales doctrinas, criticadas ampliamente por los autores, no encajan dentro del sistema penal colombiano. En el fondo, son una variante de la vieja fórmula del "versari in re illicita", peligrosa por las exageraciones a que puede llevar, y que, para ser aplicable dentro de un sistema penal respetuoso de los derechos de la persona, requeriría una formulación positiva expresa.

CONCLUSION:

Prospera la causal 2ª invocada, porque, según se ha visto, y como lo demuestran brillantemente la demanda y la contestación del señor Procurador, a los hechos relacionados con la actividad de Jaime Andrade del Castillo se les dio un valor probatorio que no tenían ni tienen; es decir, porque se interpretó que ellos eran jurídicamente significantes de DOLO respecto al evento criminal (robo), dolo que, como resulta obvio, implicaría "elemento constitutivo del delito" a que se refiere la condena.

II.—Análisis de los cargos relacionados con la causal primera.

Se sintetizaron atrás los cargos de la demanda,

que se refieren a la interpretación del artículo 20 del Código Penal, conforme al cual "el que de cualquier otro modo coopere a la ejecución del hecho o preste una ayuda posterior, cumpliendo promesas anteriores al mismo, incurrirá en la sanción correspondiente, disminuída de una sexta parte a la mitad".

Fue esta la norma penal básica deducida contra Jaime Andrade del Castillo, o que sirvió de fundamento para condenarlo como cómplice en el delito de robo.

Para decidir si dicho texto fue indebidamente aplicado, la Sala sienta las siguientes premisas:

1. Como observa el recurrente, "todo delito cometido por persona mayor de 18 años y no comprendido dentro del artículo 29 del Código Penal, para ser denominado tál, debe estar constituido por una acción dolosa o culposa; en ausencia del elemento subjetivo no es posible afirmar la existencia del delito. Vale decir que el elemento subjetivo de la acción es al mismo tiempo elemento constitutivo del delito, en tal forma que su ausencia implica ausencia del delito".

2. De consiguiente, ha de entenderse el texto del artículo 20 del Código Penal como si dijera expresamente: "El que de cualquier otro modo coopere DOLOSA o INTENCIONALMENTE", sufrirá tal pena".

3. Referida la cooperación al requisito sine quo non del dolo, ha de aceptarse, como se demostró y aceptó en el análisis del capítulo precedente, que ese fenómeno debe estar constituido por los dos elementos psíquicos a que se refieren los penalistas, o sea la voluntad y la representación.

4. No existe fundamento alguno del orden doctrinal (de jure condendo), ni de derecho positivo (de jure condito), para profesar que la cooperación delictiva o la complicidad en general se sustraigan al orden o sistema común, que exige, en los delitos propiamente dichos, la concurrencia del dolo.

Está, pues, en plena vigencia la doctrina, ya secular, de que la complicidad, bajo todas sus formas, supone y exige un acuerdo de voluntades; un ajuste o convenio, que puede ser previo o no, pero en que la acción criminal conjunta va o debe ir orientada hacia la realización de un fin trascendente para los cómplices o partícipes (evento).

5. El evento criminal debe haber sido querido por el cómplice, sea directamente, sea, al menos, bajo la forma de representación y consentimiento (dolo eventual), porque, de otra manera, no podría hablarse de acuerdo de voluntades, que es presupuesto básico de la complicidad. Si el eje-

cutor busca matar, y el cómplice violar una mujer, no puede decirse que hubo acuerdo y que el segundo deba responder de un homicidio que ni previó ni consintió.

6. En lo sustancial, el Código vigente no varió, pues, lo referente al elemento **subjetivo** de la complicidad, que el Código Penal de 1890 incluía, expresamente, en sus definiciones de los artículos 23 y 24: "a sabiendas", "sabiendo".

7. Se amoldan a los principios porque se ha venido propugnando, y los afianzan como argumentos de autoridad, las siguientes opiniones de HANS WELZEL, en su **Derecho Penal**:

"**Complicidad** es la prestación de ayuda **dolosa** a un hecho **doloso** (se exceptúan las contravenciones).... La complicidad debe fomentar el hecho principal (objetivamente), y el cómplice debe quererlo (subjetivamente). Fomentar quiere decir: prestar una contribución causal a la comisión del hecho principal; por tanto, en los delitos de resultado, también una contribución al resultado: Quien presta al ladrón una gonzúa, con la cual éste vanamente trata de abrir la puerta, si el ladrón después entra por una ventana, comete solamente complicidad en la tentativa, en tanto no existe para todo el hecho una ayuda psíquica a través del cómplice. Por eso, no existe complicidad, si el "cómplice" no quiere fomentar el hecho.... El suministro consciente de un abortivo completamente inidóneo no es complicidad".

"Por lo demás, rigen también aquí, los principios sobre instigación, en lo correspondiente (II, 2 a 5).

"3. Como dolo de instigador es suficiente el **dolo eventualis**. De acuerdo con el RG., 15-172, el instigador debe haber querido también el resultado **DEL HECHO PRINCIPAL**.... 4. El instigador debe haber querido un hecho determinado; **UN MERO IMPULSAR O ANIMAR A ACTIVIDADES DELICTUOSAS NO ES SUFICIENTE**.... 5. El instigador responde solamente **EN CUANTO EL HECHO COINCIDE CON SU DOLO**".

Las doctrinas que anteceden, construídas sobre las bases de la legislación y la jurisprudencia alemanas, no son extrañas, conforme se ha visto, a las instituciones colombianas.

8. La acción criminal distribuída entre varias personas (delito **concurso** y delito en **concurso**, en las denominaciones de Carnelutti), puede desarrollarse de tal manera, que el evento criminal o "hecho principal" de que habla WELZEL, no coincida con lo **querido** o **previsto** por uno de los concurrentes o conjurados.

Dentro de las múltiples formas que puede adop-

tar esta desviación de la actividad criminal frente a la dirección psíquica (voluntad y representación), constituye una de las más notables, complejas y discutidas aquella en que el evento criminal último o hecho principal va más allá de lo querido o previsto por alguno de los concurrentes. Se quería robar solamente, y, fuera de ello, también se mató. Se quería un hurto, y el ejecutor empleó violencia, con lo cual el evento se convierte en robo. Surge, de esta suerte, la teoría del **exceso**.

9. Sería labor interminable la que pretendiese agotar el examen de las diversas teorías expuestas por los autores o promulgadas en las legislaciones, para resolver tales casos. Para el presente, basta anotar, en concepto de la Sala, que la solución o tratamiento de aquellos no puede ni debe ser otra, que la atrás enunciada: primeramente, la que encaje dentro de las previsiones de la ley positiva, interpretada como un todo orgánico o sistemáticamente; y, en segundo lugar, como lógica retribución de lo analizado y sostenido al respecto, la que mantenga el principio jurídico-filosófico de que no hay delito doloso donde no se han conjugado, adecuadamente, en una u otra forma, los dos elementos psíquicos del dolo: **voluntad** y **representación**. Esto último no se opone, como es obvio, a una solución distinta, cuando el legislador haya manifestado, concretamente, una voluntad expresa en contrario.

10. De acuerdo con el criterio de sistematización enunciado, para la Corte no resulta extraño al caso lo dispuesto en el artículo 22 del Código Penal, conforme con el cual "las circunstancias materiales que agraven o atenúen el hecho, **aunque modifiquen la denominación del delito**, sólo se tendrán en cuenta para quien, **conociéndolas**, prestó su concurso".

Con una redacción más moderna y comprensiva de todos los casos, es el mismo criterio del a **sabiendas**, "sabiendo", a que aludía o que consagraban los artículos 23 y 24 del Código Penal de 1890.

Todo el grupo circunstancial de factores externos u objetivos (materiales) que rodeó la ejecución del hecho incriminado, de parte de los ejecutores de este y compañeros de Jaime Andrade del Castillo, lo vuelve el fallo acusado contra el mismo Andrade, para deducirle la imputación concreta de **cómplice en el delito de robo**.

Pero ocurre que el procesado no sólo no quiso, sino que ni siquiera previó dicho resultado concreto (robo), y menos en oficinas a las cuales estaba, en cierto modo, ligado el padre. Es decir,

no se prestó el concurso **conociéndolas**, como dice el Código vigente, o "a sabiendas", como expresaba el estatuto penal derogado. Las teorías del **indiferentismo** resultan, pues, evidentemente inaplicables.

Por ello, no resultan tampoco procedentes las opiniones de Carrara, aplicadas en el fallo. Hay obstáculos concretos, en el derecho positivo colombiano y frente al acervo probatorio (cuyo análisis agotó el recurrente en su alegato sobre la causal 2ª), para compartirlas en su totalidad.

De otra parte, ni siquiera aceptándolas, podría decirse que se acomoden, rigurosamente, al caso de Jaime Andrade del Castillo. En efecto, no puede decirse con exactitud, como ya se advirtió, que los actos puestos por Andrade del Castillo hubieran sido tales, que, **por su naturaleza**, habían de producir, en vez de un contrabando vagamente previsto o consentido, el resultado "más atroz" de un robo. Tales actos no fueron condiciones **necesarias o naturales del robo**; y resulta obvio en los autos que, aun sin ellos, el evento imputado podía realizarse por los otros.

Tampoco acepta la Sala que, para la aplicación de la doctrina de Carrara, se pueda asimilar, como lo hace el fallo, el delito especial de **contrabando** a uno "contra el patrimonio ajeno"; ni que se pueda considerar como **un mismo género de delincuencia** uno y otro delito.

12. También se desprende claramente de los autos (y bien lo demostró el demandante, en el capítulo 1º de su demanda) que Andrade del Castillo no realizó la forma típica de participación consistente en prestar una ayuda **posterior**, "cumpliendo promesas anteriores al mismo".

Porque, siguiendo el acervo probatorio, las promesas de Andrade no se hicieron sobre el supuesto de ayudarse al ocultamiento o eficacia de **un robo**, cuando estuviere consumado. Vuelven a jugar papel, en el caso, las teorías sobre dolo y complicidad, ya expuestas.

Por lo demás, la denuncia de Andrade, por el supuesto robo del carro de su padre, aunque convenida previamente, no fue **posterior** a la consumación del robo, ni puede calificarse como una de las formas de cooperación **post-factum** a que se refiere el artículo 20 del C. P.

A este respecto, debe tenerse en cuenta.

a) El Código en vigencia no se separó, fundamentalmente, de la trayectoria que informaba el estatuto penal de 1890, en lo relativo a las varias y discutidas formas del **encubrimiento**. Y así como éste se había dividido, por la vieja legislación, en dos grandes grupos, según el acto encubridor hu-

biera sido pactado **previamente** o no, también la nueva conservó esta distinción. Y así, **incriminó** con la pena del **cómplice**, en el artículo 20, a quien preste una ayuda **posterior**, "cumpliendo promesas **ANTERIORES**" al hecho o evento criminal.

b). Efectivamente, esta manera de delincuencia, que los doctrinantes conocen con el nombre de "encubrimiento-participación", la contemplaba el artículo 24 del Código Penal de 1890 como "fautoría", pues designaba con el nombre de "fautores", que vale tanto como **FAVORECEDORES**, a quienes, con **concierto** u **ofrecimiento PREVIO**, **receptaban** la persona del reo o del cómplice (favorecimiento **personal** o **receptación** latu sensu), o **receptaban** o **expendían** los efectos o instrumentos del delito (**receptación** strictu sensu), o **defendían** o **protegían** al autor o cómplice (**favorecimiento** personal o simple **favorecimiento**). (Numerales 5º y 6º del artículo 24 citado).

c) No mediando concierto o promesa **previa**, es decir, no tratándose de encubrimiento-participación, las actividades anteriores y otras afines se consideraban como simple **encubrimiento**, en el artículo 25 del citado Código de 1890. Ello a la manera que, bajo el actual sistema penal, se conocen con dicho nombre de **encubrimiento**, como delito autónomo "CONTRA LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA" (Título 4º, Libro 2º del Código Penal vigente) los casos de **favorecimiento** o **fautoría** del artículo 199, los de **favorecimiento real** o **receptación** del inciso 1º del artículo 200, y los de **favorecimiento** del inciso 2º del mismo texto.

d) Era condición esencial del encubrimiento-participación, en el Código derogado, que el **fautor** procediera A SABIENDAS, "sabiendo", o previo "concierto". Lo cual significa que no podía darse la **fautoría** sino con la condición del dolo, referido no sólo al resultado o resultados inmediatos y directos del favorecimiento, sino también al hecho de conocer y querer (voluntad y representación) el evento criminal en vías de realizarse por los autores o cómplices con quienes se pactaba o convenía el favorecimiento.

En resumen, el fautor (favorecimiento personal y real) debía saber, para hacerse culpable, en **qué hecho consentido participaba**, al favorecer a los autores o cómplices.

e) También el **encubrimiento-participación** contemplado en el artículo 20 del Código Penal de 1936 (antigua **fautoría** de la vieja legislación) requiere que la actividad del agente se cumpla "a sabiendas", es decir, **intencionalmente**. No sólo en cuanto a la voluntad y la representación del even-

to inmediato buscado con la "ayuda posterior" (como favorecimiento al delincuente principal para eludir la acción de la justicia, entorpecimiento de la investigación, receptación de los efectos o instrumentos del delito, etc.), sino también en referencia al conocimiento y volición, condicionada o eventual siquiera, del hecho principal que ha de ejecutarse por los autores y cómplices.

f) No es posible concebir, de lege lata o de jure condito, una forma de concurso delictual, como lo designa el artículo 200 del Código Penal, en que se ignore el resultado que constituye el núcleo de la delincuencia y del concurso, o no se haya asentido a él, siquiera condicionalmente (dolo eventual). Ello valdría tanto como prometer ayuda, sin saberse a qué y para qué se ayuda, lo cual conduce, evidentemente, a la negación del dolo, de acuerdo con las doctrinas expuestas.

g) En resumen, el legislador de 1936 no creó, en el artículo 20 del Código Penal, una forma sui generis de concurso delictuoso desvinculada del sistema general que informa el estatuto y de los principios doctrinales que lo inspiran, en virtud de la cual sea posible hacer responsable a una persona de un evento no previsto o querido por ella, siquiera condicionalmente (dolo eventual). Puesto que, en el fondo, la ayuda POSTERIOR, prometida de antemano, viene a ser una manera de concurso o concurrencia proyectada sobre el hecho central, esta participación debe reunir —para que sea reprochable a título de dolo— los mismos supuestos psíquicos de toda participación, es decir: el conocimiento y la voluntad, siquiera condicionada, del hecho que constituye, por así decirlo, el núcleo del concurso.

h). Cuando este minimum de supuestos no se halla presente en un caso, tal circunstancia no significa que los hechos típicos intencionalmente realizados por el sujeto, queden fuera de la zona de la represión penal. Puesto que son típicos e intencionales, le son reprochables al agente, si llenan los demás requisitos de toda conducta delictuosa, como el ser antijurídicos; pero no ya bajo la forma del encubrimiento-participación, sino como hechos autónomos, a que corresponde la pena incriminada específicamente para ellos. En resumen, una cosa es el dolo con que se pacten y realicen los hechos típicos prometidos por el presunto fautor-partícipe, y otra, que ese dolo se comunique al núcleo o hecho central sobre que versa el concurso, sin saberse en qué consiste ese evento principal, ni consentirse en él. Sería extravagante, o inequitativo al menos, reprochar al presunto fautor una especie de dolo subsequens

en que la intencionalidad de los actos inmediatos, prometidos de antemano, pero realizados con posterioridad a la ejecución del hecho principal por los autores y cómplices, se trasladara y comunicara a este hecho, supliéndose, de esta suerte, la falta de conocimiento del mismo y la ausencia de su volición, al momento de prometerse la "ayuda" futura.

I) Aplicando estos principios generales al caso de Jaime Andrade del Castillo, se tiene:

Que éste no sería "fautor" del asalto y robo en la Caja Agraria de Sopó, dentro de la legislación penal derogada, por no haber actuado "a sabiendas".

Que tampoco es reo del encubrimiento-participación mantenido en el artículo 20 del Código Penal en vigencia, porque ni conoció el hecho principal que iba a realizarse por sus compañeros (asalto y robo en la Caja), ni asintió a él, siquiera condicionalmente, es decir, con dolo eventual o condicionado. Este problema, que fuera de sustantivo, es del orden probatorio, quedó claramente analizado atrás: no existe prueba de dichos factores psicológicos.

Finalmente, que, no obstante ser Jaime Andrade del Castillo inculpable de encubrimiento-participación (como también de complicidad), su conducta al hacer denunciar un hecho, a sabiendas de que no se había cometido (robo del automóvil), al jurar falsamente ante la autoridad respecto al mismo asunto y al abstenerse de denunciar a sus compañeros de delincuencia, se presenta tipificada en el título 4º del Libro 2º del Código Penal como característica de "Delitos contra la Administración de Justicia", y, lógicamente, como ilícita o antijurídica.

CONCLUSIONES:

1ª. Prospera la causal primera alegada.

2ª. Como la invalidación consiguiente del fallo no obra, en este caso, por ministerio de lo dispuesto en el ordinal 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, se impone el cumplimiento estricto del artículo 103 del mismo Código, el cual dispone que "el procesado condenado o ABSUELTO mediante sentencia ejecutoriada de Juez colombiano, no será sometido a nuevo proceso por el mismo hecho, aun cuando a éste se le dé una denominación distinta".

Otra cosa sería, si el Ministerio Público hubiera interpuesto el recurso de casación y acusado el fallo por error en la denominación jurídica de la infracción, caso en el cual la invalidación del

mismo conduciría simplemente a la declaración de nulidad. Pero ello no ocurrió, quizá por la complejidad de los problemas jurídicos planteados en el negocio; y la Corte no puede entrar a considerar causales de casación distintas de las invocadas por las partes.

DECISION:

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, acorde en lo esencial con el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, INVALIDA la sentencia recurrida y, en su lugar, ABSUELVE a Jaime Andrade del Castillo de los cargos que se le formularon en el auto de proceder.

El funcionario o los funcionarios de instancia tendrán en cuenta lo dispuesto en el artículo 103 del C. de P. P.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Con salvamento de voto, **Gabriel Carreño Marinarino—Luis Eduardo Mejía Jiménez**—Con salvamento de voto, **Pedro Pacheco Osorio—Simón Montero Torres —Alejandro Camacho Latorre, Conjuez.—Jorge Ortega Torres, Conjuez—Pío Quinto León L., Secretario.**

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS PEDRO PACHECO OSORIO Y GABRIEL CARREÑO MALLARINO

No obstante el respeto que nos merece la indiscutible autoridad científica de los colegas que por mayoría aprobaron el fallo anterior, nos vemos en la penosa necesidad de salvar nuestros votos, por no compartir la tesis central en que se funda, a saber: que Jaime Andrade del Castillo procedió sin dolo al cooperar con los autores principales en la ejecución del robo materia del proceso. Y entramos en seguida a exponer, con la brevedad que nos sea posible, los motivos de nuestro disenti-

miento. No creemos necesario analizar las distintas teorías sobre el fenómeno jurídico del dolo que se esbozan en la erudita sentencia que impugnamos, pues a la luz de cualquiera de ellas, según nuestro entender, brilla la responsabilidad penal del recurrente absuelto, como intentaremos demostrarlo.

LOS HECHOS

Los actos constitutivos de la participación de Andrade del Castillo en el mencionado delito, pueden resumirse en este extracto, proveniente del propio relato que se hace en la sentencia:

1º.—Jaime Ossa Escallón y Alvaro Sáenz Ascuénaga, quienes habían resuelto salir por cualquier medio de apremiantes apuros económicos, luego de haber concebido la idea de "usar un carro oficial 'para algún robo o cualquier cosa que exigiera huir o salir rápido'" y de reparar en que "Jaime Andrade, en efecto, podía hacer uso del carro oficial número 691 que le había sido asignado a su padre doctor Roberto Andrade, en su condición de Sub-Gerente de la Caja de Crédito Agrario", "le propusieron a éste (Jaime) que les dejara usar el vehículo al día siguiente, 'para un negocio ilícito'".

2º.—No le explicaron concretamente los dos primeros al último de qué se trataba, "pero como él les preguntara si el negocio ilícito consistía en algún contrabando, ellos le respondieron que se trataba de algo peor".

3º.—Después de la pregunta y respuesta anteriores, los tres convinieron "una cita para el día siguiente, martes seis de octubre, con el objeto de recibir el vehículo" los proponentes. "El plan

acordado con Jaime Andrade consistía en que éste les dejaría el vehículo estacionado en las cercanías del 'Tout Va Bien'...., y que mientras Andrade entraba al establecimiento ellos se apoderarían del automóvil, ya que desde temprano habían mandado hacer un duplicado de llave del carro".

4º.—Al día siguiente Ossa y Sáenz concurren al sitio previsto, y procedieron "a ponerse en contacto con Andrade para llevar a cabo lo convenido y se dirigieron a la casa de dicho señor donde se afeitaron, cambiaron un tanto su aspecto, recibieron unos anteojos para disimular más el parecido físico y se encaminaron luego a una bomba de gasolina con el fin de dejar bien acondicionado el automóvil 691 que iba a servir para cometer el delito. Mientras Andrade se ocupaba en tales menesteres, gasolina, aceite, etc., Jaime Ossa y Alvaro Sáenz hicieron sus últimos preparativos" para asaltar una sucursal de la Caja Agraria.

5º.—"Entre tanto, Andrade había estado borrando las huellas que hubieran podido quedar en el automóvil desde el día anterior, y una vez cumplido este detalle, como un individuo cualquiera estuviera tocando con las manos el vehículo, Andrade les hizo caer en la cuenta de que allí quedarían las huellas de dicho sujeto, dando a entender que con ello se crearía una pista falsa".

6º.—"Por todos los servicios de Andrade, los jóvenes Ossa y Sáenz le prometieron alguna participación en dinero hasta una suma de un mil pesos o más".

7º.—"Por último, Andrade convino en que una media hora después de que ellos partieran, pondría el denuncia por robo del automóvil para hacer más verosímil el hecho de que el automóvil fuera encontrado más tarde abandonado en algún lugar de la carretera central del norte", como lo cumplió valiéndose de una hermana suya.

8º.—"Para hacer aparecer más real el fingido robo del automóvil, Andrade les aconsejó romper el vidrio del vehículo y les indicó cuál debían romper", como lo hicieron en su oportunidad.

9º.—Consumado el robo, los autores materiales estuvieron en varios sitios del país, eludiendo la

acción de las autoridades que inútilmente los buscaban. "Durante todo ese tiempo Jaime Andrade se ocupó en hacer más real el simulado robo del automóvil, borró cuidadosamente las huellas digitales que hubieran podido quedar en el vehículo, amplió la denuncia formulada por su hermana, se presentó a reconocer el carro, y finalmente, resolvió guardar el más absoluto silencio durante quince días, pese a que él más que nadie sabía quiénes eran los autores del asalto a la Caja Agraria y cuáles eran los preparativos que habían hecho para tal fin".

10.—En dos declaraciones juradas —agregamos nosotros— guardó el más escrupuloso silencio sobre el auxilio prestado por él a Ossa y Sáenz, y sólo después de haber confesado éstos, admitió los hechos constitutivos de su participación en el delito.

EL DOLO DEL RECURRENTE

Con lujo de argumentos sostiene la mayoría de la Sala en su documentado estudio que para la existencia del dolo se requieren en el agente la **representación y la voluntad del resultado**. Aceptamos esta premisa como verdad inconcusa. Y admitimos también que frente a los hechos enumerados por el fallo y reproducidos por nosotros, no puede afirmarse que Andrade del Castillo supo de antemano que sus amigos iban a perpetrar un robo precisamente en la Sucursal que en Sopó tiene la Caja Agraria, o en otra dependencia de ésta, de lo cual hay que deducir que él no se representó este resultado concreto, ni quiso su realización o asintió a ella. Pero la tesis que no podemos acoger es la de que por esta última circunstancia el proceder del recurrente no hubiera estado informado de dolo.

Se expresa, realmente, en la sentencia: "Jaime Andrade del Castillo **ignoraba**, como lo admite expresamente el fallo acusado, que su auxilio o cooperación en los actos preparatorios del asalto y robo en Sopó, se refería, concretamente, a este hecho delictuoso contra la propiedad. No hubo, pues, en su comportamiento, **intención** de producir el resultado (robo), ya que no se le **representó**, ni lo **quiso**. Por consiguiente, no puede decirse que hubiera participado, **dolosamente**, en la concreción del evento (robo), o que, empleándose los términos de la legislación colombiana, el robo a la Caja Agraria de Sopó sea, respecto a él, una actividad **intencional**".

Más adelante se afirma: "Este (Andrade del Castillo) insiste en que, de haber sabido (repre-

sentación) que sus compañeros iban, precisamente, a robar en una dependencia de la Caja Agraria, de ninguna manera habría prestado su concurso para los actos iniciales o preparativos y posteriores en que actuó, porque le interesaba que no se afectase el honor de su padre, alto empleado de aquella entidad".

Infiérese de lo transcrito que, para la mayoría de la Sala, el conocimiento o representación que es parte integrante del dolo del robo debe referirse a un hecho concreto e individualizado, con víctima determinada. Y es en esto en lo que disintimos de manera radical. Porque la ley reprime aquel delito, típicamente doloso, con prescindencia absoluta de la identidad del sujeto pasivo. El robo es una entidad delictiva dolosa, no porque se cometa contra la Caja Agraria, el Banco de la República o un particular cualquiera, sino porque, en la hipótesis que se estudia, el agente se apodera, mediante violencia, de una cosa mueble ajena. Basta, pues, que el responsable se represente (como cierto, probable o posible, según se verá luego) un hecho que entrañe apoderamiento violento de una cosa mueble ajena, y que quiera su realización o asienta a ella, para que pueda afirmarse que está en dolo, aunque el perjudicado sea inclusive desconocido para él. Porque lo que aquí interesa es el conocimiento de los elementos, requisitos o "circunstancias de hecho" que estructuran el **tipo delictuoso**, y no las consecuencias que de éste se deriven contra determinada persona.

Sobre este particular es prácticamente unánime la doctrina de los expositores, incluyendo la de muchos a cuya autoridad se apela para sustentar el fallo de mayoría. Tomemos algunos al azar.

Luis Jiménez de Asúa, por ejemplo, seguido tan de cerca por los autores de la sentencia, después de varias consideraciones resume así su pensamiento sobre el particular: "En suma, el conocimiento de las circunstancias fácticas se extiende y limita, al mismo tiempo, a las que han sido contempladas jurídicamente en la ley para tipificar la futura conducta; es decir, como Berling escribe, 'sólo es necesario el conocimiento de las 'circunstancias fácticas' que, vistas con ojo de jurista, dan la imagen representada del tipo legal'. Resulta, pues obvio que el conocimiento del autor no sólo ha de abarcar el núcleo del tipo, sino las circunstancias **accidentales**, si éstas son de **esencia EN LA DESCRIPCION TIPICA HECHA POR LA LEY**" (Tratado de Derecho Penal, T. V., página 428). Ya antes había dicho: "Ahora bien, la individualidad del objeto no tiene que ser exigida en orden al conoci-

miento del agente, cuando el tipo legal no lo reclama. Hay dolo aunque el homicida mate a Juan creyendo que era Pedro, pues basta que sea un hombre, ya que sólo lo exige así la ley". Y esto otro: "Esa indiferencia para el dolo, en orden al conocimiento del objeto, existe igualmente en cuanto a la pertenencia de la cosa robada o hurtada. La ley demanda que sea "ajena", pero nada dice si ha de ser de la propiedad de Cayo o de Ticio" (Página 427).

Carnelutti, otro de los tratadistas en que se funda el fallo, expresa la misma opinión en esta admirable síntesis: "Por estas razones hemos definido el dolo como intención de un evento previsto en la ley como delito, no del evento (concretamente) causado, esto es, de un evento que presenta los caracteres del delito, no que presente todos los caracteres del evento producido" (Teoría General del Delito, páginas 164 y 65).

Mezger, invocado igualmente por la mayoría de la Sala, expresa: "También es precisa la previsión de los hechos futuros que constituyen el resultado; esto es, de aquellos hechos-resultados que sólo han sido producidos por la acción del autor y que, en consecuencia, aparecen con ella en relación de causalidad. Aquí pertenece en primer término el producto último de estos efectos, por consiguiente el denominado resultado último de la acción. De la misma manera que hasta ahora, ha de entenderse bajo este término el resultado último PERTENECIENTE AL TIPO LEGAL, Y SOLO EL, mientras que las denominadas condiciones objetivas de penalidad quedan fuera, como en páginas anteriores se ha indicado. Por tanto, el autor debe prever que su disparo acarreará la muerte DE UN HOMBRE (parágrafo 211 del Código), que su acción engañosa MENOSABARA EL PATRIMONIO AJENO (parágrafo 263 del Código), que su acción impúdica (parágrafo 183) producirá escándalo, que su manifestación injuriosa (parágrafo 195 del Código) llevará en sí objetivamente, con arreglo a su sentido, la exteriorización del desprecio, etc." (Tratado de Derecho Penal, páginas 100 y 101).

Alimena, también mencionado en el fallo, escribe: "Por consiguiente, por hecho, tanto en el lenguaje común como en el del Código, debe entenderse tanto el obrar del agente como el efecto producido; es decir, TODOS LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO COMO LOS DEFINE LA LEY" (Principios de Derecho Penal, vol. I, pág. 374).

Soler, citado asimismo por la mayoría de la Sala, expone sobre la materia: "Lo que resta ana-

lizar no es el contenido normativo del dolo, sino los hechos que lo constituyen. Desde este punto de vista integra el dolo: la representación de aquellas circunstancias de hecho que correspondan a los elementos constitutivos esenciales de un delito". "Entiéndase bien —continúa— que ello no quiere decir que el sujeto deba conocer o representarse la figura delictiva, sino los hechos que a esa figura corresponden". Y, luego de algunas explicaciones, agrega: "La situación que se presenta con respecto a los llamados elementos normativos no es, pues, radicalmente distinta de la de los demás; el sujeto debe conocer los hechos en que esos elementos se traducen: debe saber que lo que destruye es un documento posible; que lo que se lleva es una cosa mueble que puede ser ajena" (Derecho Penal Argentino, tomo II, páginas 118 y 119)

Cuello Calón, también recordado por la Sala, manifiesta: "La representación o conocimiento del hecho comprende: A) El conocimiento de los elementos objetivos integrantes del hecho delictivo, así v. gr. en el hurto el delincuente debe saber que la cosa que toma es ajena (artículo 514, 1º, Código Penal), en el adulterio que la mujer con la que se tiene comercio carnal es casada (artículo 499)" (Derecho Penal, tomo I, página 397).

Von Liszt abunda en los mismos conceptos, así: "Pertenece, por consiguiente, al dolo no solamente el conocimiento (Kenntnis) de todas las circunstancias del hecho concreto, sino también el saber (Wissen) que estas 'circunstancias de hecho' pertenecen a la "definición legal del acto", es decir, que llenan los caracteres esenciales del concepto del delito. El dolo exige —dicho en otras palabras— la PRESUNCION EXACTA DE QUE LOS HECHOS ESTAN PREVISTOS POR LA LEY. El autor debe saber que la cosa sustraída por él es ajena, que el escrito falsificado es un documento, que el acto promovido por él es una inmoralidad. Pero éstos son todos elementos del delito, que no pertenecen ya al acto como acontecimiento sensible, sino a su significación jurídica" (Tratado de Derecho Penal, tomo II, pág. 403).

Y suspendamos las citas, para no hacernos interminables.

De lo anterior se concluye, a nuestro modo de ver con entera claridad, que para sostener que Jaime Andrade del Castillo procedió, con dolo, no es imprescindible que se hubiera representado o que hubiese previsto un robo precisamente en la Caja Agraria. A este respecto basta el haber previsto que sus amigos iban a apoderarse, me-

dian­te violencia, de una cosa mueble ajena, perteneciera ésta a quien perteneciese. Porque, se repite, lo que la ley penal sanciona como figura delictiva dolosa es el robo en general (cometido contra quien sea) y no un robo perpetrado contra la Caja Agraria.

No creémos, en pleno acuerdo con la mayoría de la Sala, que el recurrente hubiese previsto que sus amigos iban, a cometer exclusiva y concretamente los hechos integrantes de un robo, y no de otro delito. De ahí que por no haberse representado tales hechos como ciertos, su participación en el robo no le sea imputable a título de dolo directo. Pero ¿tampoco actuó con dolo eventual? Veámoslo.

Este existe, según lo sostiene y explican con brillo la mayoría de la Sala y los expositores por ella citados, cuando el resultado delictuoso (los elementos constitutivos del delito-tipo) no es previsto como cierto, sino como posible o probable, por el agente, pero éste actúa asumiendo el riesgo de producirlo. Su acto debe producir uno entre varios efectos previstos o representados, y si no abriga el propósito de evitar ninguno de ellos, cualquiera que resulte le es atribuible a título de dolo eventual.

En el fallo se presenta un ejemplo por demás ilustrativo a este respecto: un sujeto dispara contra alguien un arma de fuego, "con el sólo ánimo de quitarle el sombrero", representándose "como resultado posible de su conducta que la persona contra quien dirige el disparo llegue a ser muerta o herida por éste", y "se hace la consideración de que estos resultados no importan; no piensa o espera que podrá evitarlos; no hace ni intenta hacer nada por evitarlos, sino que razona de esta suerte: si ocurre uno de los dos (muerte o lesiones), me da lo mismo; corro con los riesgos, o los asumo. Por lo demás, la muerte se produce". En tal hipótesis —continúa el fallo— "fué­ra de la simple representación, ha habido, asimismo, voluntad, consentimiento. Bien es cierto que esta forma de voluntad no es directa, sino condicionada: disparo, y si, con ello, hiere o mato, no importa. Pero, condicionada y todo, esa voluntad no deja de serlo. Se está entonces, según lo enseñan la mayoría de los doctrinantes, en presencia del dolo EVENTUAL. Dolo que, justamente por esta forma hipotética como la voluntad asiente a los resultados no queridos directamente, llaman algunos autores 'dolo condicionado'; y que, por la forma indirecta como la voluntad los acepta, clasifican algunos otros dentro de la especie denominada 'dolo indirecto'".

Dejemos de lado el problema que el artículo 362 de nuestro Código Penal plantea el exigir como elemento del homicidio intencional "el propósito de matar" y admitamos que, frente al derecho universal, en el ejemplo propuesto hay un delito doloso, con dolo eventual. Pero observemos que el agente no previó como posibles sólo dos resultados: lesiones y muerte. El se representó, como evento mucho más probable que los anteriores, el que realmente quería llevar a término: quitarle el sombrero al otro sin herirlo ni matarlo, el cual era, al menos conforme a nuestra ley, no delictuoso. De donde es preciso colegir que, aunque entre los eventos que el agente se representa como posibles o probables unos sean criminosos y otros penalmente indiferentes, responde por uno de los primeros, a título de dolo eventual, si lo realiza.

Aplicando estos principios al caso de Andrade del Castillo no puede menos de concluirse que él también es responsable, con dolo eventual, como participe en el delito de Ossa y Sáenz, aunque jamás se hubiera cruzado por su mente la sospecha de que ellos se proponían asaltar una dependencia de la Caja Agraria.

El pudo representarse, en verdad, como resultados posibles de los actos a los cuales prestó tan eficaz cooperación, algunos que no fueran delictuosos y otros que sí lo fuesen. Pudo suponer, por ejemplo, que sus compinches se proponían asistir a una aventura amorosa con mujer casada y consentidora (hipótesis improbableísima presentada en la discusión del proyecto), cometer un rapto violento, un secuestro, un homicidio, un hurto, etc. Ninguno de estos supuestos puede descartarse, porque él no confesó que hubiera previsto ningún resultado ilícito en particular. Y es exactamente por ello por lo que no puede imputársele dolo directo.

° Pero es intuitivo que entre los muchos resultados que tuvo que representarse el recurrente como posibles, el que tiene a su favor un máximo coeficiente de probabilidad es el que consiste en el apoderamiento, mediante violencia, de una cosa ajena. Esto salta a los ojos, precisamente de los hechos aceptados como ciertos por la Sala. Andrade del Castillo sabía: a) Que sus camaradas iban a realizar "un negocio ilícito"; b) Que éste consistía en algo más grave que un contrabando; c) Que era una hazaña peligrosa y audaz, la cual requería que sus autores materiales disimularan su verdadera identidad, mediante una especie de disfraz, para no ser fácilmente reconocibles; d) Que la arriesgada empresa exigía rápidos, expedidos y bien dotados medios de movilización, por

lo cual era necesario emplear un automóvil con placas oficiales y suficientes gasolina y aceite; e) Que la acción sería de tal magnitud que una vez consumada debía intervenir la autoridad, por lo cual podía engañársela con una pista falsa, consistente en las huellas dactilares dejadas por un inocente en el vehículo que iba a utilizarse; f) Que la cosa era tan grave, y tan comprometedora la actividad de Andrade del Castillo, que era preciso simular un robo del vehículo voluntariamente facilitado por él, y dar al hecho fingido los mayores visos de realidad; y g) Que la temeraria acción produciría jugosos provechos económicos, de los cuales recibiría el partícipe una suma superior a un mil pesos (\$ 1.000.00). ¿Quién que no sea un mentecato (y Andrade del Castillo ha demostrado en el expediente que está muy lejos de serlo) no prevé al rorape, en presencia de tantos y tan elocuentes detalles, que lo casi seguro es que todos esos preparativos condujeran al violento apoderamiento de cosas muebles ajenas? Para nosotros resulta evidente, ante estos datos, que el acusado absuelto no pudo menos de prever, como el resultado más probable entre los posibles, que Ossa y Sáenz tenían el designio de cometer un robo. Y si no obstante esta segura previsión, consciente y voluntaria o intencionalmente cooperó con ellos al éxito de la empresa, debe responder como partícipe, con dolo eventual, aunque hubiese ignorado cuál era la víctima elegida. Porque él asumió el riesgo —como el sujeto del disparo al sombrero— de lo que hicieran sus compinches, así cometieran un robo u otro de los hechos ilícitos que pudo haber previsto.

Esta conclusión es ineludible frente a cualquiera de las definiciones del dolo eventual que reproduce el fallo, como es fácil establecerlo. Realmente, Andrade del Castillo cooperó en la empresa de Ossa y Sáenz: a) Habiéndose representado “la posibilidad de un resultado” que tal vez no quiso, pero cuya producción consintió, en última instancia, corriendo el riesgo de causarlo con tal de obtener el efecto que quiso ante todo (Jiménez de Asúa); b) Prefiriendo, a la renuncia de su acto, la producción del resultado antijurídico que, juntamente con el que hubiera deseado, se representó como posible (Von Hippel); c) Habiendo “querido el resultado no ya como cierto, sino como probable o posible” (Prins); d) Habiendo tenido en mente cualquier efecto, pero sabiendo que, “concomitantemente con éste, o en vez de él, podía surgir” un robo, y lo aprobó (Costa e Silva); e) Habiendo previsto el resultado “como probable o altamente posible” (Grossmann, W. Sauer,

Alimena, Finzi, Julio Klein); f) Habiendo tenido “la representación del resultado antijurídico, acentuada por un sentimiento de aprobación” (Richard Schmidt), y g) Habiendo pensado “el posible resultado como independiente de su voluntad”, y habiéndolo querido por cuanto lo consideró probable, es decir, por cuanto contó “con la posibilidad de que el resultado” se produjese (Mezger).

Al mismo desenlace obliga la fórmula de Frank, según la cual “si se llega a la conclusión de que el agente hubiera obrado incluso en el caso de conocimiento seguro, debe entonces afirmarse que hay dolo; si se llega a la consecuencia de que en caso de conocimiento seguro, hubiera omitido la acción, entonces el dolo debe rechazarse”. Porque viene establecido que la participación de Andrade del Castillo, para asegurar la consumación del delito y el provecho de los delincuentes, se inició antes de que él supiera que el sujeto pasivo era la Caja Agraria, pero prosiguió cuando ya tenía pleno conocimiento de que el robo se había perpetrado en la sucursal de ésta en Sopó. Teniendo, pues, “conocimiento seguro” de que la infracción en que participaba era un robo y de quién era la víctima, continuó en su posición de partícipe, por lo cual respecto de él debe “afirmarse que hay dolo”.

Pruebas del conocimiento.

Se sugiere, con todo, en un aparte de la demanda, al parecer prohijado por la mayoría de la Sala, que viene probada la ausencia de conocimiento o previsión por parte de Andrade del Castillo, porque en su confesión “que ha de admitirse como indivisible, afirma que de haber imaginado siquiera que se trataba de tan monstruoso delito, por ningún motivo habría facilitado el vehículo”.

Más debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que tal confesión no es presumiblemente verídica, conforme a lo dispuesto por el artículo 255 del Código de Procedimiento Penal, por dos razones igualmente poderosas, a saber: 1ª.—Porque no fue “espontánea”, sino obligada por las circunstancias, pues en dos ocasiones en que el recurrente fue llamado a deponer ante la justicia guardó el más cauteloso silencio, y sólo después de quince días de su participación, y cuando ya los autores principales habían confesado, se allanó a aceptar como cierto lo dicho por éstos; y 2ª.—Porque en relación con ella existe “prueba en contrario”, pues mientras el acusado absuelto garantiza, respecto de lo que se proponían hacer sus amigos que “no pensé que fuera para algo ilícito”, en la

sentencia se da como demostrado, con fundamento en el dicho de los otros reos, que la propuesta del préstamo del automóvil fue hecha por éstos expresamente, y aceptada por aquél, "para un negocio ilícito". En tales condiciones, según la doctrina de los expositores y la reiterada y constante jurisprudencia de la Corte, la referida confesión debe dividirse, para aceptar como verídico lo que perjudica al confesante y echar sobre éste la carga de la prueba en cuanto lo que le es favorable.

Por lo demás, los fenómenos psíquicos no son susceptibles de acreditarse con prueba directa, por la razón potísima de que los sentidos no pueden percibirlos. Así, pues, la previsión o el conocimiento y la voluntad o la intención no pueden sino deducirse, cuando no son confesados como en el presente caso, de los actos o manifestaciones del agente en el mundo exterior. Y, como ya se dijo, de la conducta inicial de Andrade del Casti-

llo se desprende con entera nitidez que él no pudo menos de prever como posible, y aun como probabilísimo, que los amigos con quienes colaboraba se proponían perpetrar un robo. Esta conclusión es todavía más indiscutible si se repara en que después de haber tenido conocimiento inequívoco de la comisión de este delito, continuó prestando su cooperación a sus autores principales.

* * *

No estimamos pertinente detenernos en el análisis de la forma de participación que consiste en prestar una ayuda posterior al delito, "cumpliendo promesas anteriores al mismo", por cuanto ella es subsidiaria de la anterior, que en nuestro concepto es perfectamente imputable al procesado absuelto, como esperamos haberlo demostrado.

Gabriel Carreno Malvarino—Pedro Pacheco Osorio.

QUIEN TIENE ATRIBUCION CONSTITUCIONAL PARA CORREGIR LOS ERRORES DE LAS LEYES, ES EL LEGISLADOR; PERO LOS INEVITABLES VACIOS DE LOS CODIGOS Y DEMAS REGLAS DE DERECHO POSITIVO, DEBEN Y PUEDEN LLENARSE ATENDIENDO A LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA LEY NATURAL Y LA EQUIDAD. — EN LOS JUICIOS EN QUE INTERVIENE EL JURADO ES IMPROCEDENTE ALEGAR LA CAUSAL 2ª DE CASACION.—CAUSAL 1ª

1.—No es exacto partir de la base de que el legislador humano es omnisciente; pero, por un lado, es el legislador mismo quien tiene atribución constitucional para corregir los errores de las leyes y no cualquier hermenéutica espontáneo y sin investidura. Por otro lado, los inevitables vacíos de los códigos y demás reglas de derecho positivo, deben y pueden llenarse atendiendo a los principios generales de la ley natural y la equidad.

No puede haber leyes que se resistan a esta forma de interpretación, porque el derecho natural es base esencial inmutable e insustituible de todo orden verdaderamente jurídico.

El hecho de que haya principios fijos e inconcusos sobre los cuales han de apoyarse las reglas jurídicas positivas, no las petrifica ni las convierte en muertas representaciones de buda, aunque, por otra parte, les preste, como es de rigor la estabilidad que debe acompañar a todo ordenamiento eficaz de la razón.

No hay ciencia alguna sin principios estables. Cuando éstos faltan por completo la resultante no pasa de ser una pseudociencia.

2.—El artículo 480 del Código de Procedimiento Penal ordena que “en los procesos cuya competencia concierne a los Jueces Superiores, 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 sobre los cuales ha versado el debate”.

Si a pesar de no declararse, en su oportunidad legal, la contraevidencia del veredicto, el Juez o Tribunal lo desestima o se aparta de él, la sentencia carece de base y da lugar a la segunda parte de la causal 3ª del artículo 567 de la Ley 94 de 1938. El Jurado procede a calificar los hechos, no con

sujeción a trabas de escuelas o sistemas sino atendiendo exclusivamente a la voz de la propia conciencia.

La Sala reitera, pues, su doctrina sobre improcedencia de la causal 2ª en los juicios en que interviene el Jurado.

3.—Ni de la escuela exegética ni de la científica, se pueden extraer argumentos válidos para destruir la eficacia de un veredicto no declarado contraevidente.

4.—La causal 1ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal sirve de fundamento a la Corte para corregir errores de derecho procedentes de mal o indebida aplicación de la ley; pero no para enmendar lo resuelto por los juzgadores de instancia en materia de pruebas.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, enero veinticuatro de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino).

VISTOS:

El 6 de junio de 1957 el señor Juez Segundo Superior de Cúcuta, en fallo de primera instancia, condenó a FELIX ROZO PABON, natural de Ragonvalia, hijo de Hipólito Rozo y Tránsito Pabón, “a la pena principal de 21 años de presidio” ... y a las accesorias de rigor, como responsable de la muerte violenta “de su hermano Hipólito Rozo Pabón” ocurrida “en el punto denominado “La Victoria”, fracción de San. Isidro (Ragonvalia)”... en Santander del Norte.

Apelada por el reo y su defensor la referida sentencia y cumplidos los trámites del segundo grado, el Tribunal Superior de Pamplona, en fallo de 30 de octubre de 1957, la confirmó con una reducción de dos años en la cuantía de la supra-dicha pena principal.

El apoderado del reo interpuso recurso de casación contra lo resuelto por el Tribunal y presentó oportunamente en la Corte la correspondiente demanda.

Agotado el procedimiento propio de este recurso extraordinario la Sala procede a resolverlo mediante las siguientes consideraciones.

HECHOS:

En las primeras horas de la mañana, el 9 de mayo de 1956 en el sitio de "La Victoria", fracción de San Isidro, municipio de Ragonvalia, Félix Rozo Pabón mató a su hermano Hipólito a tiros de revólver.

El procesado en su indagatoria (folio 54, cuaderno 1) se confesó autor del fratricidio y, en medio de expresiones confusas unas e ininteligibles otras, pretendió explicarlo diciendo que lo había cometido "en defensa" porque el occiso y sus hijos lo habían atacado.

En autos hay testimonios incompatibles con esta explicación del procesado.

El 26 de enero de 1957 el Juez Segundo Superior de Cúcuta (folio 69 a 93 ibidem) llamó a responder en juicio al victimario "por el delito de homicidio en la persona de su hermano, con arreglo al Código Penal, Libro II, título XV, capítulo I". La parte motiva de dicha providencia contiene un análisis de la prueba testimonial que milita contra el procesado; y concluye afirmando categóricamente "que la legítima defensa invocada, no tiene el menor asidero jurídico, como quiera que en ningún momento estuvo (el reo) en grave e inminente peligro de muerte, ya que no afirma siquiera . . . haber sido agredido con arma idónea, y si ello es así, la actualidad e inminencia de la agresión, requisito esencial, no tiene comprobación alguna" (numeral 2º, artículo 25 del Código Penal).

El señor defensor en la audiencia celebrada en Cúcuta el 17 de mayo de 1957, criticó severamente la prueba adversa a su defendido tachándola de parcial e interesada, y pidió, por último, al Tribunal Popular que al dar respuesta a la pregunta lo hiciera diciendo: "NO ES RESPONSABLE, o, NO ES RESPONSABLE PORQUE OBRO EN LEGITIMA DEFENSA".

La pregunta hecha al *juri* fue ésta:

"El acusado Félix Rozo Pabón ¿es responsable SI o NO, conforme se analiza en el auto de proceder, de haber dado muerte a Hipólito Rozo Pabón . . . el día 9 de mayo de 1956, en el punto denominado "La Victoria", fracción de San Isidro,

jurisdicción municipal de Ragonvalia, y en la ejecución de ese hecho obró el acusado con el propósito de matar y ejecutándolo en la persona de su hermano?"

Los Jurados, enfáticos y unánimes respondieron: "SI ES RESPONSABLE".

EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El señor Juez Segundo Superior de Cúcuta fundándose en el expresado veredicto condenó al procesado como autor de homicidio con características de asesinato, por haber sido perpetrado en las condiciones previstas en el numeral 1º del artículo 363 del C. P.

Para graduar el quantum de la pena el señor Juez tuvo en cuenta, como de mayor peligrosidad al tenor del artículo 37 de la Ley 95 de 1936 las siguientes circunstancias:

"a) El haber obrado por motivos innobles o bajos.

"Evidentemente obran en el proceso establecidos los motivos que impulsaron a delinquir: el rencor la envidia que se fue incubando en el homicida contra su hermano, debido a que éste había comprado algunos derechos en la sucesión paterna; con ello en nada vulneraba sus intereses, pero si fue suficiente, para desatar en él, el odio tremendo, manifestado inclusive contra sus sobrinos a quienes insultaba en forma soez, contumeliosa y procaz. De ello hay plena prueba. Sus sentimientos, en vez de ser los afectuosos que implica el nexo poderoso de la sangre, se tornaron hostiles, ofensivos, dando lugar a la envidia, el más bajo e innoble de los sentimientos que causó el primer homicidio en el mundo, precisamente, por idénticas razones.

"Sobre el particular ha dicho la Corte Suprema:

"Los motivos determinantes del delito constituyen una circunstancia atenuante cuando obedecen a una causa noble o altruista. Y constituyen circunstancia agravante cuando el motivo es desconocido, fútil o innoble". "Lo innoble, en el sentido que le atribuye la ley a esta circunstancia, es lo vil y abyecto del motivo determinante del delito. Es decir, lo bajo, lo despreciable, lo indigno o torpe —como razón de ser— para llevar a efecto la consumación de un delito y estos motivos generalmente se aplican respecto de la persona que falta voluntariamente al cumplimiento de sus deberes".

"Tiene pues, como se vio, plena aplicación la causal 3ª del artículo 37 por lo innoble del motivo venganza y envidia.

"En cuanto a los deberes especiales que las relaciones de parentesco imponían al delincuente respecto de su hermano-víctima, causal de mayor peligrosidad, contemplada en el numeral 4º aun cuando es evidente que se demostró, no puede tomarse como agravante de la pena porque precisamente el homicidio fue elevado a asesinato, con base en ese vínculo de consanguinidad y entonces se violaría flagrantemente el equitativo principio de "non bis in idem".

"b) El modo de ejecución del delito, en cuanto dificultó la defensa del ofendido y reveló una mayor insensibilidad moral en el delincuente. Efectivamente, la circunstancia de decirle al hermano, "espéreme aquí", ir a su casa y regresar armado de un revólver para dispararlo por cinco veces, dos de los cuales fueron hechos cuando yacía en el suelo, como quedó explicado en el auto de proceder, así como las razones que se tienen en cuenta para no reconocer ese hecho como alevosía.

"En todo caso, es innegable que el modo como se ejecutó el ilícito, dificultó la defensa del ofendido y demostró un alto coeficiente de insensibilidad moral en el procesado, quien disparó cinco veces su revólver en forma sorpresiva e inútil contra su hermano inerte e indefenso". . . .

"....Ante la concurrencia plural de circunstancias de mayor peligrosidad en contraste con una sola de menor entidad atenuante, y en presencia de un delito de los más graves, considerado así, por todas las legislaciones y desde los comienzos mismos en que el derecho tuvo su primitiva manifestación —(fratricidio)— (sic) cometido por una persona de excepcionales condiciones temperamentales, propicias al delito, no es ciertamente carente de equidad, decretar una dosimetría punitiva de veintiún años de presidio.

"La norma penal violada fue el artículo 363 del Código Penal en su numeral 1º en concordancia con el artículo 362 *ibidem*, y condicionado por el artículo 39 de la misma obra".

LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

En ella se asevera con sobrada razón que el Jurado "no está sujeto a tarifa legal alguna" para estimar las pruebas, y que sus miembros proceden en conciencia y "no tienen que dar explicaciones" sobre su íntimo convencimiento.

Con todo, el Tribunal analizó los testimonios que obran en el proceso y llegó a la conclusión de que el veredicto "cuenta con un respaldo racional en los autos".

Para prescindir del veredicto hubiera sido ne-

cesaria la correspondiente declaración judicial de contraevidencia, cosa que no ocurrió desde luego en ninguna de las instancias del juicio.

El Tribunal prohija los razonamientos del inferior sobre las circunstancias de mayor y menor peligrosidad que hay que tener en cuenta para graduar el tiempo de la condena; pero estima que partiendo del mínimo de quince años de que trata el artículo 363 del Código Penal no es necesario fijar el monto definitivo en 21 años sino en 19, es decir dos años más sobre aquellos 15 en atención a los motivos innobles o fútiles que influyeron en la comisión del delito, y otros dos en vista de la insensibilidad moral del victimario y la forma cuasi súbita de la ejecución del mismo hecho criminoso. (Numerales 3º y 6º, artículo 37 del C. P.).

Para proceder así la sentencia recurrida en casación no dejó de apreciar en este caso la circunstancia de menor peligrosidad contemplada en el numeral 9º del artículo 38 *ibidem*.

LA DEMANDA DE CASACION

El apoderado del reo invoca en su demanda de folios 3 a 12 cuaderno 3, las causales 2ª y 1ª, en su orden, del artículo 567 del C. de P. P.

Causal Segunda.—Para fundarla el recurrente impugna la reiterada doctrina de la Corte según la cual en los juicios en que interviene el Jurado, cuando ni el Juez ni el Tribunal declararon contraevidente el veredicto, queda, para más adelante, sin base jurídica, dicha causal de casación.

Las razones que con tal fin alega el distinguido abogado de la defensa pueden resumirse así:

a) La doctrina de la Corte sobre improcedencia de la causal 2ª en los juicios en que interviene el Jurado, es producto de la escuela exegética en la interpretación y aplicación de la ley. La intención del legislador hay que descubrirla en la historia fidedigna del establecimiento de la regla jurídica "partiendo naturalmente del principio de que el legislador es . . . sabio" y "ha podido encerrar en el precepto todos los casos innumerables. . . ." Para el recurrente es ahí donde reside el error de la escuela exegética, porque "es imposible suponer esa sabiduría en el legislador ante la modificación incesante que van sufriendo las cosas y hechos sociales al paso que la ley y la voluntad de quien la dictó permanecen estacionarias. Se trata —agrega— de una especie de budismo jurídico, en que así como el creyente . . . permanece mirando el ombligo de su dios, el jurista de la exégesis mira el del

legislador aunque los aspectos sociales estén adelante a mucha distancia”.

b) La Corte debe aplicar en estos casos la escuela que el recurrente llama científica y que, según él, nació en Francia, presentada por Geny, Bonnacase y otros expositores muy eminentes. Dicha escuela de hermenéutica consiste —son palabras del recurrente— “en despojar a la ley de todo lo que tenía en cuenta la exégesis, como los antecedentes, la intención del legislador, el concepto de que el derecho estaba todo modelado en el precepto escrito, con el objeto de considerarla en sí misma, en su propio contenido independiente para que pueda ir adaptándose a la cambiante realidad social”.

A todo lo anterior se contesta:

No es exacto partir de la base de que el legislador humano es omnisapiente; pero, por un lado, es el legislador mismo quien tiene atribución constitucional para corregir los errores de las leyes y no cualquier hermenéuta espontáneo y sin investidura. Por otro lado, los inevitables vacíos de los códigos y demás reglas de derecho positivo, deben y pueden llenarse atendiendo a los principios generales de la ley natural y la equidad.

No puede haber leyes que se resistan a esta forma de interpretación, porque el derecho natural es base esencial inmutable e insustituible de todo orden verdaderamente jurídico.

El hecho de que haya principios fijos e inconcusos sobre los cuales han de apoyarse las reglas jurídicas positivas, no las petrifica ni las convierte en muertas representaciones de buda, aunque, por otra parte, les preste, como es de rigor la estabilidad que debe acompañar a todo ordenamiento eficaz de la razón.

No hay ciencia alguna sin principios estables. Cuando estos faltan por completo la resultante no pasa de ser una pseudociencia.

El artículo 480 del Código de Procedimiento Penal ordena que “en los procesos cuya competencia concierne a los Jueces Superiores, 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 sobre los cuales ha versado el debate”.

Si a pesar de no declararse, en su oportunidad legal, la contraevidencia del veredicto, el Juez o Tribunal lo desestima o se aparta de él, la sentencia carece de base y da lugar a la segunda parte de la causal tercera del artículo 567 de la Ley 94 de 1938. El Jurado procede a calificar los hechos, no con sujeción a trabas de escuelas o

sistemas sino atendiendo exclusivamente a la voz de la propia conciencia.

Por tanto resulta aquí fuera de propósito el ataque del recurrente a la escuela exegética lo mismo que su apología de la “científica”.

A la verdad, de ninguna de esas dos escuelas de hermenéutica, se pueden extraer argumentos valideros para destruir la eficacia de un veredicto no declarado contraevidente.

La Sala reitera, pues, su doctrina y considera que la causal 2ª no puede prosperar.

El Ministerio Público abunda en este mismo criterio, y transcribe, en su respuesta a la demanda (folio 19, cuaderno 3), entre otras decisiones de la Corte, la publicada en la GACETA JUDICIAL año 1958, tomo LXXXVII, números 2192-93, página 228.

Causal Primera.—El recurrente la funda en que la sentencia acusada quebrantó los numerales 1º, 3º y 6º del artículo 37 y el artículo 363, inciso 1º, del Código Penal, por indebida aplicación al caso de autos.

Explica el cargo así:

“A) En la sentencia se hizo mérito en antecedentes de mala conducta, depravación y libertinaje imputados al procesado, sólo porque todos sus familiares hablaron de insultos, de expresiones groseras que dirigía a los hermanos o a las hijas de la víctima. Pero esas declaraciones no tienen ningún valor para demostrar esos antecedentes, ni ellos, en sí mismos, indican depravación o libertinaje”.

“B) También dedujo el Tribunal esos malos antecedentes de que Hernando Roza Pabón declaró que el procesado lo había herido en ocasión anterior. Y eso sí que no sirve para cuajar una circunstancia de mayor peligrosidad, de una parte, por la doctrina de la H. Corte que he copiado; y porque, de otra parte, el artículo 226 del procedimiento prohíbe recibir declaraciones contra un hermano. Además, es evidente que la mera sindicación de un delito no implica la responsabilidad de un hecho que no se considera delito”.

Al llegar a este punto en el examen de la causal primera, la Procuraduría recuerda con toda razón que el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, aducido por el recurrente, fue declarado inexecutable por la Corte en fallo de Sala Plena el 6 de diciembre de 1951 (G. J., tomo LXX, pág. 742).

El recurrente expresa que los motivos innobles o fútiles de que trata el numeral 3º del artículo 37 de la Ley 95 de 1936, no aparecen en el pro-

ceso, "puesto que apenas asoma en las declaraciones de los parientes de la víctima la insinuación de que el hecho se originó en cuestiones de herencia. . . . Finalmente el Tribunal estimó la circunstancia del numeral 6º del artículo 37 ya citado, no se ve con cuál razón. Pues, ¿qué de particular tiene el hecho de las siete u ocho de la mañana, hora en que se dice que se sucedió el homicidio? ¿O el lugar que fue una huerta . . . ? Y los instrumentos o modos de ejecución . . . ¿qué de particular ofrecieron, como para que facilitarían la ejecución, tanto más cuanto . . . la víctima golpeó al procesado, lo echó al suelo, lo prendió por el cuello y lo arrastró? . . .".

Ante todo, obsérvese que la circunstancia a que se refiere el numeral 1º del artículo 37 del Código Penal no fué ciertamente de las que se le cargaron al reo en el fallo recurrido. Por tanto, el examen de la Sala se contraerá a las de los numerales 3º y 6º *ibídem*.

El recurrente, como se acaba de ver, quiere entrar en un debate de índole probatoria acerca de los hechos constitutivos de esas dos circunstancias de mayor peligrosidad; y olvida que tal debate no puede técnica y jurídicamente adelantarse por la vía de la causal 1ª de casación sino por la de la 2ª.

De ahí que tampoco resulte fundado el segundo cargo contra la sentencia en estudio.

La causal 1ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal sirve de fundamento a la Corte para corregir errores de derecho procedentes de mala o indebida aplicación de la ley; pero no para enmendar lo resuelto por los juzgadores de instancia en materia de pruebas.

En este estado, conviene recordar que los ad-

ministradores de justicia en las instancias tienen la autonomía suficiente para graduar el quantum que haya de agregarse a la base mínima de la condena, en vista de las diversas circunstancias de mayor peligrosidad. La ley no los ha sometido a tabla alguna precisa para computar aumentos o disminuciones de dicho quantum.

Desde luego, en el presente caso se llegó a un aumento de cuatro años sobre los quince del *mínimum*, lo que da un total de 19 y un monto igual de año y fracción por cada una de las dos agravantes del ilícito, y un año o fracción de rebaja por haberse presentado el reo espontáneamente a las autoridades. Este criterio de suma y resta de factores heterogéneos, no es recomendable ni se compadece con el de gran amplitud que se contempla en el artículo 36 de la Ley 95 de 1936.

Lo anterior no quiere decir que haya lugar a modificar el total de diecinueve años deducido por el Tribunal sentenciador.

DECISION

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo en parte con la Procuraduría y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera Domínguez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Gustavo Rendón Gaviria—Píoquinto León L., Secretario.

PARA DEMOSTRAR LA VIOLACION DE LA LEY PENAL, DENTRO DE LA CAUSAL 1ª, NO PUEDE PRESENTARSE COMO CONDICION PREVIA EL EXAMEN DE LAS PRUEBAS, PORQUE SE DESNATURALIZA LA TECNICA DEL RECURSO Y SE INVADIE EL CAMPO DE LA CAUSAL 2ª—CUANDO PROSPERA ESTA ULTIMA. EN TRATANDOSE DE JUICIOS CON INTERVENCION DE JURADO, REITERADAMENTE LA DOCTRINA HA NEGADO A LA REFERIDA CAUSAL 2ª VIRTUD EFICAZ. — EXCEPCION A ESTA NORMA.—CAUSAL 4ª

1.—Si para demostrar la violación de la ley penal, que es el marco propio de la causal 1ª de casación, se presenta como condición previa el examen de las pruebas, se desnaturaliza la técnica del recurso y se invade el campo de otra causal, que sería, en el caso, la 2ª. Dentro de ésta sí cabe tal postura crítica, ya que prospera “cuando por errada interpretación de los hechos, en la sentencia se les haya atribuido un valor probatorio que no tienen, o se les haya negado el que sí tienen, o no se les haya tomado en cuenta a pesar de estar acreditadas en el proceso, o cuando resulte manifiesta contradicción entre ellos”.

2.—Es ya vieja, pero no menos actual, la doctrina de esta Corporación, que niega a la referida causal 2ª virtud eficaz, en tratándose de juicio con intervención del Jurado. Inncesario resulta volver sobre los fundamentos de tal doctrina, ampliamente expuestos en otras oportunidades, y cuya única excepción se refiere al caso de las “circunstancias que hayan influido en la determinación de la sanción”, cuando se trata de las que corresponde apreciar al Juez de derecho y no a los Jurados (artículo 499 del Código de Procedimiento Penal).

3.—Cuando se ataca la sentencia, de conformidad con el ordinal 4º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, alegando que los sindicados fueron juzgados sin el lleno de las fórmulas procesales, y que por tal razón su derecho de defensa no estuvo bien protegido, el recurrente está obligado a dar un detalle completo de las formas y garantías que pudieran estimarse omitidas y violadas.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez).

VISTOS:

Mediante auto del 6 de noviembre de 1956, el Tribunal Superior de Bucaramanga revocó el de sobreseimiento temporal dictado por el Juez Segundo Superior del mismo Distrito Judicial, en favor de Rubén Ramírez Rincón y Demetrio Ramírez Maldonado, y, en su lugar, los llamó a responder en juicio, ante Jurado, por “los delitos de homicidio, en los señores doctor Ciro Duarte Guarín y don Custodio Caicedo, lesiones personales en Horacio Caicedo y daño en bienes ajenos de propiedad del primero de los nombrados” (Fos. 16 y ss., C. 6º).

“El episodio criminal en referencia, anota dicho Tribunal, se cumplió de la manera que pasa a relatarese:

“Aquella mañana del veintiséis de abril, los ciudadanos antes mencionados, junto con Julio Monsalve, emprendieron la marcha, por la carretera central del norte, desde Málaga hacia Concepción, en una camioneta de propiedad del doctor Duarte Guarín, distinguida con las placas número 3249, de la matrícula de Santander, y que viajó manejada por su mismo dueño. Al llegar el vehículo al punto denominado “Carrasquilla” entre los kilómetros 403 y 404, fue repentinamente asaltada con disparos que, con armas de fuego de largo alcance, le hicieron individuos apostados a ambos lados de la vía. Por desgracia, uno de los proyectiles cortó el cable que llevaba la corriente al motor de la camioneta, deteniendo inmediatamente su marcha y restando así a las víctimas toda posibilidad de una rápida escapada. El doctor Duarte Guarín se bajó inmediatamente de la máquina, posiblemente en busca de protegerse con el terreno, pero fue alcanzado por la bala que le dejó sin vida, en pocos segundos.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, veintisiete de enero de mil novecientos cincuenta y nueve.

Otra bala hizo blanco en el cuerpo de Custodio Caicedo, quien, a consecuencia de los destrozos padecidos, aunque no falleció allí mismo, sí dejó de existir días más tarde. Y los impactos sufridos por Horacio Caicedo, sin quitarle la vida, le produjeron la incapacidad laboral y las consecuencias corporales que a su tiempo se determinaron científicamente. Julio Monsalve resultó ileso del asalto.

“Los asaltantes no pudieron ser reconocidos inicialmente, pues ni los Caicedos, ni Julio Monsalve se dieron cuenta siquiera de dónde les habían disparado; y Angel María Mora, que llegó al sitio de los acontecimientos, manejando un camión, cuando los delitos acababan de perpetrarse, y que, inclusive, fue encañonado por uno de los asesinos, apenas pudo dar del sujeto una filiación muy vaga e insuficiente. Se tiene tan sólo conocimiento de que aquellos hombres, una vez consumada su criminal hazaña, se perdieron por un camino de vereda, dirigiéndose a la región de “Pueblo Viejo”.

Ninguna de las partes hizo uso de su derecho de pedir reposición del auto de llamamiento a juicio. Oportunidad que se presentaba expedita a la defensa para poner de presente sus reparos, debatir lo relacionado con el mérito de las pruebas recogidas y ahondar en el análisis y crítica de los nuevos aspectos jurídicos que la providencia del Tribunal planteaba. Esta advertencia previa es importante, como habrá de verse en su lugar.

Se ejecutorió, pues, el auto de vocación a juicio; y, agotados los trámites de ley, culminaron éstos con el veredicto “Sí, por graves indicios”, que fue la respuesta del Jurado para cada una de las ocho cuestiones formuladas.

Negóse el juzgador de primer grado a declarar contraevidente aquel veredicto, como lo solicitó el defensor, en extenso alegato (folios 78 y siguientes, cuaderno 6°); condenó a Ramírez Rincón y Ramírez Maldonado a las penas principales de veintitrés y veintidós años de presidio, respectivamente, fuera de las accesorias; y, apelado este fallo por el mismo defensor y por los procesados, el Tribunal de Bucaramanga lo confirmó, por medio de su sentencia del 11 de marzo de 1958 (folios 8 y siguientes, cuaderno 7°), respecto de la cual la Corte declaró admisible el recurso de casación que se interpuso oportunamente (folios 16 y 17, cuaderno 8°).

En escrito del 19 de noviembre de 1958 (folios 20 y siguiente), el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal contestó la demanda de casación, y a él pertenecen los siguientes apartes:

“CAUSAL PRIMERA.—Al relacionar la demanda se tuvo el cuidado especialísimo por este Despacho de hacer resaltar de una vez la inoperancia de involucrar dos causales perfectamente distintas con la apariencia de estar sustentando una y con argumentos estrechamente vinculados con la otra. En efecto, todo lo relacionado con hechos y pruebas, es objeto exclusivo y propio de la causal segunda de casación. Y por tanto, con el pretexto de sustentar la primera, no se puede exhibir una argumentación totalmente relacionada con la causal segunda, como ha ocurrido en la demanda que se viene analizando.

“Aparte de la explícita advertencia del mismo libelo, basta recorrer los diferentes motivos —a excepción de uno cuya falta de demostración quedó consignada— para comprender que en el afán posiblemente de evitar que se desechara de plano la segunda causal por ser improcedente en forma absoluta en los juicios con intervención del Jurado, se trajo bajo el enunciado de la causal primera una motivación totalmente vinculada a los elementos probatorios que se han debido tener en cuenta en la apreciación de hechos y pruebas; y con lo cual se pretendió luégo sustentar el cargo de violación de la ley por errónea interpretación que no por indebida aplicación, según lo advierte la demanda y lo cual quedó sin la aclaración anunciada.

“Como resultado del principio elemental de que es preciso demostrar previamente cargos que se refieren a otras causales para deducir la violación de la ley penal por cualquiera de los dos aspectos, interpretación errónea o indebida aplicación de la misma, casi siempre la causal primera se invoca como subsidiaria; y cuando no se hace así, como en el presente caso, inevitablemente se llega al extremo de tener que aducir argumentos relacionados con otras causales, como cuando se pretende partir de que no se estructuraron determinados elementos, bien objetivos o relativos a la imputabilidad y consiguiente responsabilidad penal, como en el caso de autos.

“Por tal razón al demostrar la violación de los artículos del Código Penal que allí se especifican y separan, la demanda incurre en la petición de principio de dar por demostrado lo que precisamente se trata de comprobar. O bien, como también ocurre, el libelo tiene que entrar a analizar

hechos y pruebas que por su conexión con la causal segunda, no es posible entrar a debatir nuevamente agotadas las etapas de las instancias, para haber logrado declarar el veredicto contrario a la evidencia de los hechos, o por otro medio fehaciente, haber logrado demostrar nulidad del proceso. Ninguno de estos eventos se ha cumplido en la demanda cuestionada y por esto adolece de ese fundamental error de enfoque.

"En cuanto a la involucración de argumentos propios de la causal segunda, sería entrar en la redundancia de recordar lo que la jurisprudencia de la Corte tiene por plenamente demostrado a través de la más variada argumentación: Que en los juicios con intervención del Jurado, no es posible admitir la causal segunda, pues el análisis de hechos y pruebas resulta absolutamente inconducente, ya que la sentencia debe fundamentarse en el veredicto, cuando éste no se ha declarado contrario a la evidencia procesal.

"La demanda de que se viene tratando se fundamenta en el fondo en la causal segunda, aunque se haya invocado la primera, con el objeto de impugnar las pruebas que apreció el Jurado y, a pesar, como ya se advirtió, de que los argumentos se dirijan contra la sentencia con la pretendida violación de las disposiciones penales, aduciendo errónea interpretación de las mismas, pero a través de la indebida o errónea apreciación o interpretación de los hechos y pruebas que se analizan en el libelo".

* * *

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Respecto a la causal primera de casación, invocada primeramente por el demandante, tiene toda la razón la Procuraduría en oponerse a que prospere.

En efecto, el libelo comienza, en lo pertinente, por esta introducción:

"Con el objeto de analizar mejor la violación de la ley, quiero insistir en que la debilidad de la prueba que ha servido para condenar a Rubén y Demetrio Ramírez, es inservible para fundar tal acusación... Veamos una síntesis de las dos pruebas que han convertido el Jurado, el Juzgado Superior y el Tribunal en indicios incontrovertibles de la responsabilidad de los Ramírez"

Consecuente con esta posición inicial, se engolfa la demanda en un extenso análisis de la prueba, tendiente a demostrar la sin razón de los cargos

y "a fin de que más resalte la injusticia del veredicto".

Es obvio, frente a las reiteradas doctrinas de la Corte en este respecto, que este procedimiento de alegación o crítica resulta vicioso para el caso. Porque, si para demostrar la violación de la ley penal, que es el marco propio de la causal primera de casación, se presenta como codición previa el examen de las pruebas, se desnaturaliza la técnica del recurso y se invade el campo de otra causal, que sería, en el caso, la segunda. Dentro de ésta sí cabe tal postura crítica, ya que prospera, "cuando por errada interpretación de los hechos, en la sentencia se les haya atribuido un **valor probatorio** que no tienen, o se les haya negado el que sí tienen, o no se les haya tomado en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso, o cuando resulte manifiesta contradicción entre ellos".

En el caso del recurrente, no sólo se involucraron los dos sistemas de alegación o desarrollo de los cargos, como advierte el Ministerio Público, sino que, igualmente, aun en el supuesto de que la causal segunda se hubiera invocado, también sería del todo improcedente. En efecto, es ya vieja, pero no menos actual, la doctrina de esta Corporación, que niega a la referida causal segunda virtud eficaz, en tratándose de juicios con intervención del Jurado. Innecesario resulta volver sobre los fundamentos de tal doctrina, ampliamente expuestos en otras oportunidades, y cuya única excepción se refiere al caso de las "circunstancias que hayan influido en la determinación de la sanción", cuando se trata de las que corresponde apreciar al Juez de derecho y no a los Jurados (artículo 499 del C. de P. P.).

En la segunda parte de su alegación, ya entra el demandante a estudiar, en concreto, las normas que considera violadas; pero, al hacerlo, vuelve sobre la cuestión de los defectos probatorios, incurriendo así en los mismos sistemas de involucración a que se ha aludido. Un sucinto análisis sobre el particular, demostrará la razón de esta crítica:

a). Violación del artículo 11 del C. P.

"Es evidente, observar la demanda, que **NO EXISTIENDO PLENA PRUEBA** sobre quiénes fueron los autores materiales del homicidio... y de las lesiones...., la sentencia.... viola los más sagrados y elementales y natos derechos de los ciudadanos.... Se debe condenar al que cometa una infracción prevista en la ley penal, pero no a aquel contra el cual **no existe PRUEBA** de su responsabilidad".

De manera parecida se sigue desarrollando el cargo, refiriéndolo expresamente a cuestiones probatorias o de hecho.

b). Violación del artículo 14 del C. P.

Igual que en el caso anterior, se razona sobre la base de la prueba: "Ya hice notar... que no se llegó a la conclusión cierta e indubitable de que el ataque de que fue víctima el doctor Ciro Duarte Guarín, hubiera sido, dirigido contra él... Todo parece indicar que el ataque fue dirigido contra el señor Luis Flórez..."

c). Violación de los artículos 19, 20, 21 y 22 del Código Penal.

"Las pruebas contra los Ramírez —expresa el apoderado— dicen que éstos estuvieron en el lugar de los hechos después de cometido el crimen. Pero nadie los vio actuar... Por este aspecto, la investigación no presentó ningún dato ni ningún testigo presencial".

Salta a la vista que, al razonarse de esta manera, se está haciendo una crítica de la prueba, y no una demostración de que la ley penal haya sido violada.

d). Violación de los artículos 31, 36 y 37 del Código Penal.

Parece ser que, en lugar del artículo 31, que se refiere al concurso ideal o formal de delitos, se quiso aludir al 33 del Código Penal, sobre concurso real o material. ¿De qué manera fue violada esta norma? El demandante no lo demuestra. Se trataba, en realidad, de un concurso de delitos cometidos "conjuntamente", como lo prevé el mencionado artículo 33, y éste fue el que invocó el Tribunal en su fallo. Debía aplicarse "la sanción establecida para el más grave, aumentada hasta otro tanto", y eso hizo el mismo Tribunal.

En cuanto al artículo 36, que señala el derrotero para la individualización de las condenas, el recurrente no demuestra cómo haya sido violado. Se limita a citarlo.

Respecto al artículo 37, los reparos de la acusación no versan sobre el recto entendimiento de la norma en sí, cuestión de puro derecho, sino que los refiere a la manera como los hechos correlativos han debido interpretarse, frente a la prueba. Ha debido, pues, invocarse la causal segunda, para que el estudio a fondo del cargo fuera procedente y pudiera llegar a prosperar, sin perjuicio de que, para el caso, se invocara, asimismo, la causal primera, en calidad de complementaria de la otra. En este respecto, ya se advirtió que, aun tratándose de juicios con intervención del Jurado, la causal segunda puede alegarse, en refe-

rencia a las circunstancias que toca apreciar al Juez de derecho (artículo 499 del Código de Procedimiento Penal).

e). Violación de los artículos 362 y 363 del Código Penal.

La demanda anota que no puede aceptarse "que dos ciudadanos sean condenados..., cuando no se sabe ni siquiera que participaran en la comisión del ilícito. Es claro —continúa— que el hecho de que haya indicios acerca de la responsabilidad de dos personas, no es suficiente para hacer recaer contra ellas el peso de una condenación por asesinato... no se sabe que Rubén o Demetrio Ramírez hubiesen obrado aprovechando la indefensión de las víctimas, ni con premeditación... o con otra modalidad que eleve el homicidio a la categoría de asesinato..."

Las breves transcripciones muestran, claramente, que los cargos volvieron a derivarse hacia problemas de hecho o probatorios, en forma que no corresponde ni a la técnica propia de la causal primera, ni podría aceptarse dentro de la segunda, por las razones ya expuestas: tratarse de un proceso en que intervino el Jurado. Y la excepción aludida no es la de este caso.

f). Violación del artículo 385 del C. P.

La llamada "complicidad correlativa", que contempla el texto, ha debido ser aplicada subsidiariamente a los procesados, según el recurrente. Y "tal figura jurídica" no se tuvo en cuenta o "se descartó".

El problema planteado es el mismo: una cuestión probatoria, no una de puro derecho, tal como el cargo se presenta. Son, pues, aplicables, *mutatis mutandis*, las razones expuestas acerca de lo defectuoso o improcedente de este medio de acusación, dentro de la causal 1ª.

Causal 4ª del artículo 567 del C. de P. P.

En el capítulo II de la demanda, invoca el recurrente esta causal, sobre las siguientes bases:

"Ataco la sentencia, de conformidad con el ordinal 4º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto se dictó en un juicio viciado de nulidad, al cual faltaron las garantías que se debían haber otorgado a los procesados, por lo cual se violó el artículo constitucional codificado bajo el número 26, en relación con los artículos 107 y 109 del Código de Procedimiento Penal. Afirmo, pues, que los sindicados fueron juzgados sin el lleno de las fórmulas procesales, y que por tal razón su derecho de defensa no estuvo bien protegido".

El cargo es grave y explícito. Y autorizaba a esperar, al desarrollarse por el acusador, un detalle muy completo de las formas y garantías que pudieran estimarse omitidas y violadas, en concordancia con los reparos y vehementes calificativos hechos contra la sentencia, en el capítulo primero de la demanda.

Por desgracia para el buen suceso del recurso, el demandante limitó su acusación a un punto de vista único, sin conato alguno por demostrarlo adecuadamente. Todo lo que expresa como desarrollo del cargo, es lo que sigue:

".....Rubén y Demetrio Ramírez tuvieron un solo defensor, el suscrito. Sin embargo, he caído en la cuenta, aunque ya tarde, de que sus intereses eran opuestos, ya que de las indagatorias de los dos se desprende su oposición, pues Demetrio dice que pasó días antes del delito por la casa de Rubén, y éste lo niega. Por otra parte, es entendido que uno de los procesados —Rubén— fue reconocido por la testigo Agueda Jaimes, y el otro no, de suerte que es muy posible que Rubén no participara en el delito. En esta virtud, se les ha debido nombrar sendos defensores, para que, en plena libertad de ejercer su derecho de defensa, se hubieran despojado de cualquier reato a fin de proceder cada cual aplicando sus fuerzas en la defensa de cada uno de sus representados. En tal virtud, entiendo que el juicio se adelantó viciado de nulidad, y que a los procesados no se les garantizó debidamente el derecho de defensa".

Puede contestarse, con palabras del Ministerio Público, que "El motivo aducido para demostrar el cargo, ciertamente carece de consistencia, pues aparte de que cabe recordar el aforismo, de que "a nadie le es permitido alegar su propia culpa", en el presente caso no es argumento que pueda demostrar el cargo el hecho de la afirmación de Demetrio de haber pasado días antes por la casa de Rubén, para deducir de ahí que se estaban defendiendo intereses opuestos, sin presentar hechos y pruebas verdaderamente convincentes y de consecuencias efectivas. El otro hecho relativo al re-

conocimiento de uno de los dos, no se aprecia qué consecuencias pueda tener para la nulidad del proceso".

No se demostró, pues, el cargo único formulado bajo la causal cuarta de casación. Y no sobra advertir, de paso, que, para ser totalmente lógico, el señor defensor ha debido proceder a renunciar su investidura, en el momento mismo en que cayó en la cuenta, acordándose con sus mandantes, ya que, por otra parte, los autos no muestran que hubiese actuado de oficio o como defensor de esta clase.

Conclusiones:

No prosperan, por lo visto, los cargos formulados contra la sentencia recurrida. No es que ésta se presente como intachable, pues son muchas las objeciones que pudieran hacerse, y graves sin duda: Lo que ocurre es que el recurrente no aprovechó la amplitud que le brindaba la ley procesal (artículo 567 del Código de Procedimiento Penal) para ponerlas de relieve y obtener las enmiendas conducentes; y que la Corte está ligada necesariamente a lo ordenado en el artículo 568 del estatuto procesal penal, cuando expresa que "no podrá tomar en cuenta causales de casación distintas de aquellas que hayan sido expresamente alegadas por las partes".

DECISION:

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal acorde con el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO CASA el fallo recurrido.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera Domínguez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Gustavo Rendón G.—Píoquinto León L., Secretario.

CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO. — PRIMORDIAL FUNDAMENTO DE ESTE

Es primordial fundamento del cambio de radicación de un proceso penal el de la recta administración de justicia. Pero ésta no podría impartirse así, sin la remoción de cualquier causa perturbadora del sereno y libre trámite de un proceso, así ese motivo perturbador sea sólo el que subjetivamente resulte del temor a represalias que se estima pueden tomar las personas interesadas en torcidos resultados del juzgamiento.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, enero veintiocho de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez)

El Ministerio de Justicia ha enviado a esta Corte las presentes diligencias para que, de conformidad con lo previsto en el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, emita concepto sobre el cambio de radicación del proceso que cursa en el Juzgado Quinto Superior, del Distrito Judicial de Medellín, contra Rafael Orrego Arteaga y otros por los delitos de Homicidio y Lesiones Personales, proceso al cual fue acumulado otro por Delitos contra el Sentimiento Religioso y el Respeto a los Difuntos adelantado contra el mismo Orrego Arteaga y León Alvaro García Medina, cambio de radicación solicitado por el señor Fiscal del citado Juzgado Quinto Superior de Medellín.

ANTECEDENTES

Expresa el peticionario, en su condición de Agente del Ministerio Público, que los sindicatos en los procesos referidos han dado lugar a una delicada situación de hostilidad y de amenaza en contra de los funcionarios del Juzgado Quinto Superior de Medellín, del apoderado de la parte civil en dichos negocios penales y de uno de los Jueces de conciencia sorteado para integrar el Jurado en dicha causa.

Dice, además, el solicitante que habiendo sido

señalada la fecha para la celebración de la audiencia pública en dicho juicio, se tuvo información de que individuos allegados a los sindicatos preparaban una asonada contra las autoridades judiciales que debían ocuparse del juzgamiento de los encausados, lo cual, comunicado al señor Gobernador de Antioquia y examinada por este funcionario la situación creada, le hizo estimar conveniente suspender la vista pública y coadyuvar al cambio de radicación de los procesos.

* * *

CAMBIO DE RADICACION

Expresa el señor Fiscal del Juzgado Quinto Superior de Medellín que "en la ventilación del negocio en referencia existe un ambiente pesado y aun de peligro, que podría incidir en una reposada y serena administración de justicia", por lo que considera "prudente su radicación en otro Distrito Judicial".

* * *

PRUEBAS

Se deben tomar en cuenta las siguientes:

a).—Informe del peticionario.

Dada en el solicitante su condición de Agente del Ministerio Público y de parte en los procesos cuyo cambio de radicación se examina, no siendo otra su misión que la de buscar una recta y serena declaración de justicia en el juzgamiento de los sindicatos, los hechos de que da cuenta ofrecen toda credibilidad.

En su demanda dice el señor Fiscal lo siguiente:

1º.—Que "el doctor Carlos Vélez Platín, Juez Segundo Superior en Medellín, me informó que hace bastante tiempo, un detenido de apellido Zapata, a órdenes del mismo, le dijo que le informara al doctor Herrera, Juez Quinto Superior, que había oído, en la cárcel, cierta conversación de los procesados en el negocio que nos ocupa, amenazante contra el citado Juez Quinto Superior, pero que el informante pedía que su nombre no se divulgara porque temía la represalia de aquéllos";

2º.—Que el mismo Juez Quinto Superior de Medellín le refirió “haber sido informado por el escribiente de dicho Juzgado que, al notificar a uno de los señores Jurados la fijación de la fecha para iniciar la audiencia pública, aquél le expresó su temor para actuar en tal carácter”;

3º.—Que “el doctor Fabio Arbeláez Cifuentes se constituyó apoderado de la parte civil y en tal sentido actuó en el sumario, y estando en el ejercicio de ese mandato recibió muerte violenta”; que “las causas de su muerte no lograron establecerse claramente, pero ha existido la sospecha de que ella tuvo su origen en su intervención en el referido sumario”, y

4º.—Que pocos días antes de la fecha señalada para celebrar la audiencia pública en esos procesos “se creó un ambiente de temor ante la proximidad de aquel evento judicial, del cual participaba el público en general, especialmente el allegado a las esferas judiciales, de que algo grave podría ocurrir, todo como reflejo de la conocida peligrosidad de varios de los procesados”.

b).—Comunicación del doctor Federico Estrada Vélez,

Manifiesta el peticionario que acompaña a su solicitud un memorial del actual representante de la parte civil en los procesos, cuyo cambio de radicación solicita, doctor Federico Estrada Vélez, memorial en el cual este abogado dice lo siguiente:

1º.—Que “de unos tres meses a esta parte...”, (el memorial tiene fecha del 8 de octubre de 1958).... “he sabido, por diversas fuentes, que existe el propósito de ejecutar algún atentado contra mi vida, debido exclusivamente a mi intervención en el mencionado proceso...”;

2º.—Que “posteriormente y cuando se acercaba la fecha de la audiencia, otro detenido me informó, sin yo preguntárselo (no lo conocía) que había oído, personalmente, decir a Rafael Orrego que de todas maneras tenía que eliminarme; y que el trabajo estaba muy difícil porque el suscrito estaba muy arisco. Me contó este detenido que el señor Orrego sabía cuáles eran los establecimientos de cantina o bares que yo visitaba actualmente, y los lugares más propicios para la ejecución de los fatídicos designios”;

3º.—Que “en la semana pasada se me informó, por otro de los detenidos, que los procesados por la muerte de los hermanos Muñoz tenían preparado un plan para, en connivencia con elementos extraños, ejecutar hechos criminosos en las sesiones de la audiencia pública. Se dijo que las armas

serían introducidas al recinto de la audiencia a través de mujeres que se encargarían de pasarlas a los conjurados”; y

4º.—Que también fue informado “de que el señor Orrego manifestó de viva voz, ante varias personas, que si salía condenado, él pagaría para que se diera muerte a varias personas de las que intervienen en la audiencia pública”.

Y concluye su informe el doctor Estrada Vélez expresando su convencimiento en las condiciones de peligro en que dichos procesos se adelantan en la ciudad de Medellín.

* * *

SE CONSIDERA:

Es primordial fundamento del cambio de radicación de un proceso penal el de la recta administración de justicia. Pero ésta no podría impartirse así, sin la remoción de cualquier causa perturbadora del sereno y libre trámite de un proceso, así ese motivo perturbador sea sólo el que subjetivamente resulte del temor a represalias que se estiman puedan tomar las personas interesadas en torcidos resultados del juzgamiento.

Y de las informaciones del peticionario y del señor representante de la parte civil en los procesos aludidos, se desprende que la tramitación del juicio en que han sido encausados Rafael Orrego Arteaga y otros, radicado en el Juzgado Quinto Superior del Distrito Judicial de Medellín, se ha visto rodeada de una situación de temor por las amenazas, no tan veladas, de los enjuiciados a los funcionarios y personas que intervienen en esa causa.

Es, por consiguiente, procedente el cambio de radicación de los citados procesos, con fundamento en lo previsto en el artículo 58 del C. de P. P.

* * *

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— emite CONCEPTO FAVORABLE al cambio de radicación de los procesos (acumulación) que en el Juzgado Quinto Superior del Distrito Judicial de Medellín, se adelantan contra RAFAEL ORREGO ARTEAGA, LEON ALVARO GARCIA MEDINA y otros, por los delitos de Homicidio, Lesiones Personales y atentados contra el Sentimiento Religioso y el Respeto a los Difuntos.

Cópiese y devuélvanse las diligencias al Ministerio de Justicia.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera Domínguez—Luis Eduardo Mejía—Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Gustavo Rendón Gaviria.—Pioquinto León L., Secretario.

CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO. — LA SINDICACION QUE, CON RAZON O SIN ELLA, HAGA LA OPINION PUBLICA AL ACUSADO, DE SER EL AUTOR INTELLECTUAL DE DETERMINADO DELITO, NO JUSTIFICA POR SI SOLA AQUELLA MEDIDA. — NO PUEDE DESPRENDERSE PREVENCION ALGUNA CONTRA EL ACUSADO POR PARTE DEL FUNCIONARIO QUE CONOCE DEL NEGOCIO, POR EL SOLO HECHO DE HABER ESTE REVOCADO EL BENEFICIO DE LIBERTAD INCONDICIONAL QUE SE LE HABIA OTORGADO. — ES EXTRAVAGANTE PRETENDER QUE CON LAS PRUEBAS QUE EL INTERESADO PRESENTE AL SOLICITAR EL CAMBIO DE RADICACION, LA CORTE ENTRE A REVISAR LOS PUNTOS DE VISTA DE LOS JUECES, COMO SI SE TRATASE DE UNA INSTANCIA

1.—La creencia del procesado de que la OPINION PUBLICA lo sindique como AUTOR INTELLECTUAL de determinado delito y de que tal animadversión perjudica gravemente el proceso que se le adelanta, no puede ser por sí sola, suficiente fundamento para justificar el cambio de radicación del expediente. La "opinión pública" puede sindicarse a una persona, con razón o sin ella; y en este último evento, no se sigue, necesariamente, la existencia de animadversión. Y mucho menos se justifica el cambio de radicación, si de las pruebas acompañadas a la solicitud, rectamente entendidas, se deduce que no es la "opinión pública" la que le hace el cargo de homicidio al procesado, sino que son las autoridades del lugar las que lo han señalado bajo este calificativo, dentro de un proceso normalmente adelantado.

De las providencias desfavorables para el acusado que profiera el Juez que conoce del negocio, tampoco puede desprenderse prevención alguna contra aquél, sino la expresión de puntos de vista que pueden y deben ser debatidos, mediante el ejercicio de los recursos legales contemplados, al efecto, en el estatuto procesal, si es que se considera abusiva e ilegítima la actitud del funcionario.

2.—Con las pruebas que libremente y en forma incompleta haya escogido el interesado para fundamentar su solicitud de cambio de radicación, es improcedente pretender que la Corte entre en la crítica del acervo probatorio procesal y revise los puntos de vista de los Jueces, como si se tratase de una instancia. Ello es del todo extravagante para tales fines.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, veintinueve de enero de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez).

Para que la Corte emita el concepto que, legalmente, le incumbe, el Ministerio de Justicia le ha enviado la solicitud del 13 de los corrientes, por medio de la cual ALBERTO GASCA LOSADA, procesado por homicidio en el Distrito Judicial de Neiva, solicita el cambio de radicación del proceso respectivo, dentro del cual se le acusa como autor intelectual de la muerte violenta de Fidel Trujillo.

Los motivos por los cuales cree el interesado que es procedente aquella medida extraordinaria, los expresa de esta suerte:

"La razón para solicitar este cambio de radicación es la de considerar que la OPINION PUBLICA en la ciudad de Neiva y en el Departamento del Huila me sindica como AUTOR INTELLECTUAL del mencionado delito, y esta animadversión perjudica gravemente el proceso que desde hace dos años implacablemente se me ha perseguido y he sufrido las consecuencias de este errado criterio".

Agrega que presenta, para el efecto, "algunos documentos de gran importancia y que le demuestran al señor Ministro cómo existen por parte de las gentes del Huila como del Juzgado Superior de Neiva esa animadversión".

Ocurre, sin embargo, que el fundamento principal invocado no puede ser, por sí solo, suficiente para justificar el cambio que se solicita. La "opinión pública" puede sindicarse a una persona, con razón o sin ella; y, en este último evento, no se sigue, necesariamente, la existencia de animadversión. De otra parte, lo que demuestran las

pruebas allegadas a la documentación, rectamente entendidas, no es que haya sido y sea la "opinión pública" la que le hace el cargo de homicidio al procesado, sino que son las autoridades del lugar las que lo han señalado bajo esta calidad, dentro de un proceso normalmente adelantado.

Se recalca sobre esto de la normalidad, porque tales son las conclusiones del informe del 12 de noviembre de 1957, suscrito por el Visitador de la Procuraduría General de la Nación, doctor Eduardo Pachón Padilla, de las cuales conclusiones conviene poner de relieve estas:

"1). Dentro de los 1.099 folios del sumario hasta el momento la mayoría de las pruebas desfavorecen al sindicado Alberto Gasca, como autor intelectual del homicidio, con caracteres de asesinato, en la persona de Fidel Trujillo Perdomo, hecho ocurrido el 9 de octubre de 1956, en jurisdicción del municipio de Carnicerías (Huila)".

"5). los cargos del memorialista Alberto Gasca son infundados".

Tampoco se desprende, de las pruebas que acompaña el interesado, la supuesta "animadversión" del Juzgado Superior de Neiva contra el mismo, factor que, en el supuesto de que existiera, podía y debía superarse por medios distintos del cambio de radicación. Se ha acompañado una copia del del auto del Juez Superior de dicho Distrito, fechado el 12 de junio de 1958, por medio del cual se revoca "el beneficio de liberación incondicional otorgado al señor Alberto Gasca Losada por el señor Juez Segundo Departamental de Policía"; pero de él no se desprende prevención alguna contra el acusado, sino la expresión de puntos de vista que han podido y debido ser debatidos,

mediante el ejercicio de los recursos legales contemplados, al efecto, en el estatuto procesal, si es que se consideraba abusiva o ilegítima la actitud del Juez. En este respecto, es conveniente observar que se ignora si tal providencia fue apelada, y, en caso afirmativo, cómo resolvió el recurso el Tribunal Superior del Distrito.

Las demás pruebas allegadas, en especial, la copia de un dictamen grafológico, tampoco acreditan nada que favorezca las pretensiones del acusado. Es un elemento que mal podría la Sala interpretar aisladamente, como fragmento de un todo que no tiene a su estudio, y que, por sí mismo, nada arguye en pro o en contra de la posición del juzgador.

Al parecer, lo que se pretende con las pruebas que, libremente y en forma incompleta, escogió el interesado para fundamento de su petición, es que se entre en la crítica del acervo probatorio procesal y se revisen los puntos de vista de los Jueces, como si se tratase de una instancia. Y ello es del todo extravagante para tales fines.

No aparece, pues, acreditada razón alguna que justifique o haga aconsejable el cambio de radicación solicitado; y, por esta causa, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, emite concepto adverso a dicho cambio.

Cópiese y devuélvase.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera Domínguez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Gustavo Rendón Gaviria—Píoquinto León L., Secretario.



CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO PENAL. — LA VIOLENCIA EJERCIDA CONTRA LAS PARTES, EN EL MOMENTO DE LA AUDIENCIA PUBLICA, ES SUFICIENTE PARA ADOPTAR AQUELLA MEDIDA EXTRAORDINARIA.

El ambiente del tumulto y de las injurias de la muchedumbre contra las partes en el momento de la audiencia pública, no sólo resta al debate judicial parte de la necesaria serenidad del ánimo, de su objetividad y de su independencia, sino que convierte sus resultados en inseguros y sospechosos. En un caso tal, es difícil saber hasta dónde la bochornosa presión de una multitud irresponsable pudo afectar la autonomía del Jurado, desviar su criterio de los cauces normales e influir en la estructuración mental de su veredicto. Pero precisamente esta inseguridad para la valoración de un elemento vicioso y capaz, por sí mismo, de alterar la zona de sosiego en que debe moverse la conciencia de los jurados, es uno de los malos frutos de la violencia ejercida contra una de las partes, suficiente para adoptar, en concepto de la Corte, la medida extraordinaria del cambio de radicación.

La justicia colombiana requiere la seguridad, siquiera en el grado en que ésta es posible, de que, en sus decisiones, no ha influido ni influirá la odiosa coacción de las masas, factor sobre cuya eficacia es fácil llamarse a engaño, por ignorancia de los fenómenos de la vida profunda, estudiados por la moderna psicología.

Pudiera objetarse que el vicioso ambiente en que se movió el debate judicial dicho, es cosa superada. Pero ello no es rigurosamente exacto, o se presenta, al menos, como inseguro, cuando el proceso no ha terminado y son múltiples las contingencias a que, naturalmente, queda sujeto. Y, en todas ellas, puede gravitar sobre las mentes de los Jueces y las partes la influencia nefasta de ese ambiente, bien bajo la forma de ecos de lo pasado, bien como posibilidades de repetición, bien con nueva realización efectiva. Existiendo el remedio del cambio de radicación, la justicia no tiene por qué correr los riesgos que, vistas las circunstancias anotadas, acompañan a tales contingencias.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, veintinueve de enero de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez).

GONZALO ARANGO SOCOTA ha solicitado al Gobierno el cambio de radicación del proceso que, por el cargo de homicidio, se le ha venido adelantando en el Distrito Judicial de Manizales.

Para efectos de la intervención que, legalmente, corresponde a la Corte, en estos casos, le han sido enviadas las presentes diligencias, de las cuales se extractan estos significativos apartes:

1) "Al terminar el señor Fiscal la descripción de las distintas escenas hasta concluir con el disparo fatal para Trujillo, las barras prorrumpen en vociferaciones contra el procesado, voces de franca hostilidad contra Arango Socotá. Entonces el doctor Libardo Palacios, vocero de la defensa, solicita del señor Presidente de la audiencia, con la venia del orador (el señor Fiscal) que se dejen (sic) las barras hacer su retoso (sic) democrático, y que conste sí que él no es partidario del despeje. Esto por cuanto al prorrumpir la barra el señor Juez llamó al orden amonestando para que cesen las vociferaciones y los aplausos y rechiflas". (Folio 4 vuelto, Acta de la audiencia ante Jurado, del 20 de mayo de 1958).

2). "En este momento del comentario se oye nuevamente la gritería de las barras con palabras de protesta contra el procesado y se oyen gritos de "PAJARO", etc., etc. Por tanto el señor Juez Presidente de la audiencia llama en alta voz la atención a las barras manifestando que los gritos, los aplausos y vociferaciones están prohibidos (lee la disposición legal pertinente), motivo por el cual les requiere para que cesen en sus actitudes o de lo contrario se verá obligado a despejarlas... El señor Vocero de la defensa, doctor Libardo Palacios, con la venia siempre del orador, dice al señor Juez que por ningún motivo se vaya a despejar las barras, pues que no es partidario de tal actitud contra ellas. Silenciado UN POCO

el ambiente, continúa el señor Fiscal su exposición...". (Acta de la misma sesión, folio 7 vto.).

3). "En este estado ocurre nuevo revuelo de las barras prorrumpiendo voces contra el sindicado. Se calma un poco y el señor Fiscal solicita un receso para continuar luego su exposición. Pero el señor Juez, observando que son las siete y media de la noche, concede el receso pero manifestando que suspende la sesión para ir al descanso y convoca para continuar mañana a las ocho de la mañana en punto". (Acta citada, fl. 9).

4). "Da así por terminada su intervención (el Fiscal), en medio de atronadores aplausos de las nutridas brras" (Acta, 2ª sesión, folio, 12).

5). "Como se forma bullas y rechiflas en las barras, se trata de poner orden, pero el orador impide que se vayan a despejar, y pide que se les deje, pues que seguramente aún no han entendido las tesis de la defensa". (Fol. 19, Acta de la sesión del 21 de mayo, en que se relatan la intervención del apoderado de la parte civil y del vocero. La nota sobre desorden, se refiere a la intervención del último).

6). "ADICIONES AL ACTA ANTERIOR.—Señor Juez Tercero Superior.—Presente.—JORGE PINZON URDANETA, hablando como defensor de GONZALO ARANGO SOCOTA, procesado por homicidio, atentamente manifiesto:— De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 149 y 475 del Código de Procedimiento Penal, antes de firmar el acta de audiencia pública, quiero hacer constar para que hagan parte de tal acta, las siguientes observaciones:—a). Al folio 20 del acta, existe una deficiencia, pues no se explica cuál fue el motivo para que el día miércoles 21 de mayo de 1958, siendo las seis de la tarde, el señor Presidente de la audiencia suspende (sic) y convoca (sic) para continuarla al día siguiente a las nueve de la mañana. La Sala de audiencias estaba totalmente colmada de espectadores, lo mismo que los corredores del Palacio Nacional, cercanos al salón de audiencias. Este público estaba compuesto por no menos de quinientas personas, en su gran mayoría de las bajas esferas sociales. Cuando estaba hablando el vocero de la defensa, doctor Libardo Palacios, el público interrumpió su exposición con demostraciones hostiles, contra éste, el sindicado y su defensor. El señor Juez tocó la campanilla varias veces y le pidió al público respeto para el orador. El público no obedeció y continuó con sus gritos injuriosos, y el señor Juez le (sic) ordenó a los pocos Policías que guardaban el orden en el salón de audiencias, que despejaran las barras, pero la Policía no pudo cum-

plir la orden por incapacidad física, ya que el público era muy numeroso y los Agentes muy pocos. Varios de los Magistrados de la Sala Penal del H. Tribunal Superior, alarmados por el hecho bochornoso, le pidieron al señor Juez que pusiera orden o suspendiera la audiencia. Ante esta situación, el señor Juez dió (sic) en alta voz que se suspendía la audiencia y que se convocaba para continuarla al día siguiente a las nueve de la mañana.... Al día siguiente jueves veintidós de mayo a las nueve de la mañana, llegó al salón de audiencias un grupo numeroso de Policías uniformados, el cual controló por orden del Juez, la entrada al salón mediante boletas. Luego que la Sala de audiencias se colmó, la Policía custodió los corredores adyacentes a la Sala de audiencias, donde un numerosísimo público aguardó la decisión de los señores Jueces de conciencia" (Fs. 27 vuelto y 28).

7). "A solicitud del señor doctor Jorge Pinzón Urdaneta, defensor de Gonzalo Arango Socotá, me permito certificar sobre la constancia dejada por él en relación con el acta de audiencia pública verificada en la causa que se sigue contra su defendido.—Por haber intervenido directamente en todas las sesiones de esta vista pública, puedo afirmar que los conceptos del señor defensor, en relación con lo sucedido el día 21 de mayo de 1958 y con el día siguiente, están sometidos a la verdad.... Considero necesario aclarar que, una vez el señor Juez tomó la medida de distribuir boletas para la entrada al salón de la audiencia, el debate se desarrolló en un ambiente de absoluta tranquilidad y respeto para las partes hasta su terminación.—HUMBERTO ARANGO JIMENEZ, Fiscal 3º Superior.... Manizales, junio 25 de 1958". (Fls. 28 y v.).

8). "SEÑOR JUEZ TERCERO SUPERIOR DE MANIZALES,—E. S. D.—Señor Juez.... me permito presentarle las siguientes observaciones:....

c). En el folio 20 del acta, se lee: "En este estado y siendo las seis de la tarde, el señor Presidente de la audiencia suspende la sesión (sic) y convoca para continuarla mañana JUEVES veintidós de los corrientes a las NUEVE DE LA MAÑANA EN PUNTO.—Lo ocurrido fue bien diferente, señor Juez: Fue tal la grosería, el irrespeto y los improprios contra el suscrito, que su señoría tuvo que suspender la sesión y pedir un refuerzo de Policía para proteger nuestros derechos.... Esta resulta ser la verdadera causa de la suspensión de la sesión a que me he venido refiriendo.... Señor Juez,—LIBARDO A. PALACIOS R.". (Fs. 28 v.).

Sobre hechos como los aludidos en las transcripciones anteriores, se basa la solicitud del procesado, ya que, según el mismo, fue condenado "bajo estas circunstancias, sin que se oyeran las razones expuestas por la defensa y bajo la presión de las barras".

Agrega el mismo procesado que los hechos de la imputación ocurrieron, con motivo del desempeño de sus funciones de agente secreto del Servicio de Inteligencia Colombiano (SIC); que, "por razón de los dolorosos sucesos acaecidos en la ciudad de Manizales, el 10 de mayo de 1957" y no obstante hallarse él ausente en tal oportunidad, "el Servicio de Inteligencia y quienes pertenecemos a él somos mirados, como enemigos de Manizales y de la ciudadanía"; y termina observando:

"Llegó a tanto esta animadversión que el desarrollo de las audiencias en las cuales fui juzgado y condenado, se presentaron hechos tan graves, como las públicas amenazas que el numeroso público componente de las barras, profirió no sólo contra mis defensores si no (sic) contra los señores miembros del Jurado de conciencia. En el expediente existe constancia de que fue necesario pedir refuerzos al Ejército, la intervención de varios Magistrados del Tribunal Superior de Manizales y la suspensión de la misma audiencia para garantizar el orden".

Tiene razón el acusado al calificar de graves las ocurrencias descritas. El ambiente del tumulto y de las injurias de la muchedumbre contra las partes, no sólo resta al debate judicial parte de la necesaria serenidad del ánimo, de su objetividad y de su independencia, sino que convierte sus resultados en inseguros y sospechosos. En el caso que se comenta, es difícil saber hasta dónde la bochornosa presión de una multitud irresponsable pudo afectar la autonomía del Jurado, desviar su criterio de los cauces normales e influir en la estructuración mental de su veredicto. Pero precisamente esta inseguridad para la valoración de un elemento vicioso y capaz, por sí mismo, de alterar la zona de sosiego en que debe moverse la conciencia de los Jurados, es uno de los malos frutos de la violencia ejercida contra una de las partes, suficiente para adoptar, en concepto de la

Corte, la medida extraordinaria del cambio de radicación".

Sin duda que la probidad del Jurado que calificó los cargos incriminados es íntegra y quedó a salvo; también la del Juez de la causa y de su fiscal, que actuaron con sujeción a la ley y reposada prudencia. Nada hay, en concreto, en estas diligencias, que pueda reprochárseles. Y nada les ha reprochado la parte lesionada con la insólita intervención de las barras deliberantes.

Pero no se trata de ello. Se trata de que, entre otras muchas más, la justicia colombiana requiere la seguridad, siquiera en el grado en que ésta es posible, de que, en sus decisiones, no ha influido ni influirá la odiosa coacción de las masas, factor sobre cuya eficacia es fácil llamarse a engaño, por ignorancia de los fenómenos de la vida profunda, estudiados por la moderna psicología.

Pudiera pensarse que el vicioso ambiente en que se movió el debate judicial dicho, es cosa superada. Pero ello no es rigurosamente exacto, o se presenta, al menos, como inseguro. El proceso no ha terminado, y son múltiples las contingencias a que, naturalmente, queda sujeto. Y, en todas ellas, puede gravitar sobre las mentes de los Jueces y las partes la influencia nefasta de ese ambiente, bien bajo la forma de ecos de lo pasado, bien como posibilidades de repetición, bien como nueva realización efectiva. Existiendo el remedio del cambio de radicación, la justicia no tiene por qué correr los riesgos que, vistas las circunstancias anotadas, acompañan a tales contingencias.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, conceptúa favorablemente al cambio de radicación solicitado ante el Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia.

Cópiese y devuélvase.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera

Dominguez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón

Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Gustavo

Rendón Gaviria.—Pioquinto León L., Secretario.

LAS "CAUSAS DE RESPONSABILIDAD" SON LAS ORIGINADAS EN DELITOS (O FALTAS), QUE SOLO PUEDEN COMETER MIEMBROS DE LA ADMINISTRACION PUBLICA EN SU CARACTER DE TALES.-SE REITERA LA DOCTRINA ANTERIOR

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, veintinueve de enero de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez).

VISTOS:

Esta Corte había revocado, en providencia del 6 de noviembre del año último, el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Ibagué en favor del doctor Luis Enrique Lis, ordenando, al mismo tiempo, que se oyera al Ministerio Público, en relación con la aplicabilidad del artículo 153 del C. de P. P. para el caso.

Al referido doctor Lis se le hicieron en el sumario varias imputaciones, que la Procuraduría resume de esta suerte:

"1º. Haber prometido y realizado un movimiento revolucionario en la ciudad de su domicilio, el 9 de abril de 1948".

"2º. Haber encabezado, después de esa fecha y antes del 15 de julio del mismo año, la oposición contra el Alcalde del lugar".

"3º. Haber hecho públicas protestas de desacato y rebeldía contra una orden impartida por este funcionario el 2 de julio de 1948, para que se diera el toque de queda".

"4º. Haber cometido atropello contra un cabo del Ejército el 22 de los mismos, y mantener agitada la ciudadanía".

No obstante que la Corte, desde mayo de 1953, dio pautas claras y precisas para que la investigación se perfeccionase con técnica, nada hizo el Tribunal de Ibagué por cumplirlas, habiéndose limitado, al cabo de los años, a dictar el sobreseimiento definitivo dicho, sobre la deleznable base de la "carencia de medios informativos", e insinuando dudas sobre si los hechos podían referirse a las llamadas por la ley "causas de responsabilidad".

En este respecto, es conveniente repetir lo que se había dicho, dentro del auto del 6 de noviem-

bre de 1958, aludido al comienzo de esta providencia:

"No define la ley colombiana la expresión "causas de responsabilidad", empleada por el artículo 44 y otras disposiciones del Código de Procedimiento Penal. Pero como ella es referida siempre a infracciones penales de personas investidas de funciones públicas, debe entenderse que dichas causas son las originadas en delitos (o faltas) que sólo pueden cometer los miembros de la administración pública en su carácter de tales, esto es, los llamados por Merkel "delitos puros de los funcionarios", los cuales consisten, al decir de González Roura, en "omisión de sus deberes, extralimitación de funciones, o casos de inconducta notoria".

"Es cierto, como lo insinúa la Procuraduría, que las referidas infracciones deben realizarse, por lo general, a causa o con ocasión del ejercicio de las funciones del agente. Ello no es, empero, absoluto. Cuando el hecho imputado asume carácter delictuoso sólo por haberlo cometido un servidor de la administración pública, pues sería penalmente indiferente si lo ejecutara un particular, como ocurre con la **intervención en política** y las **negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas**, se trata también de un delito propio de los funcionarios, vale decir, de un delito **oficial** o de **responsabilidad**, según la terminología de la jurisprudencia colombiana, aunque no exista nexo alguna entre su realización y el ejercicio de las funciones del culpable. Y si este es un Juez Superior o de Circuito, su juzgamiento corresponde en primera instancia al respectivo Tribunal Superior (artículo 44 del C. de P. P.), y a la Corte en segunda (artículo 42, ib.).

Queda, pues, claro el problema de la competencia.

Ha pedido el señor Procurador que se declare la prescripción de la acción penal, que es lo procedente. En efecto, los cargos incriminados corresponden a hechos que se contemplan en el capítulo VI, título 3º del libro 2º del Código Penal, como "delitos contra la administración pública" o bien como "abusos de autoridad y otras infrac-

ciones", penados con arresto hasta de dos años, o con pérdida del empleo y multa. O sea, prescribe la acción en cinco años, en armonía con lo prescrito en el artículo 105 del C. P.

Por lo demás, la declaración de prescripción es precedente, "sin que pueda ser obstáculo —como advierte la Procuraduría— la aparente pretermisión de la instancia, si se tiene en cuenta que la Corte no ha perdido jurisdicción en el presente negocio, que por economía procesal y por tratarse algo tan objetivo como el transcurso del tiempo que ha determinado el fenómeno jurídico operado, debe en verdad, procederse en el sentido indicado".

DECISION:

La Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República

y por autoridad de la ley, DECLARA prescrita la acción penal en favor del procesado doctor Luis Enrique Lis y ordena la cesación del procedimiento.

Es entendido que la anterior declaración no cobija los cargos por delitos "contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado", que fueron o debieron ser objeto de otro proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera

Domínguez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón

Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Gustavo

Rendón Gaviria—Píoquinto León L., Secretario.

NULIDAD POR INCOMPETENCIA DE JURISDICCION Y POR ERROR RELATIVO A LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION. — EN LAS CAUSAS EN QUE INTERVIENE EL JURADO, ES A ESTE Y NO AL JUEZ DE DERECHO A QUIEN CORRESPONDE CALIFICAR LOS HECHOS Y DEFINIR LA RESPONSABILIDAD. — DIVISIBILIDAD DE LA CONFESION CUANDO EN AUTOS HAY ELEMENTOS QUE SIQUIERA EN PARTE LA INFIRMAN; EL REO DEBE RESPONDER POR LO QUE HA ADMITIDO Y LE PERJUDICA, AL PASO QUE HA DE PROBAR LO QUE HA NEGADO Y LE FAVORECE

La presunción de veracidad que ampara en principio toda indagatoria (artículo 255 del C. de P. P.) desaparece cuando resulta ostensible la falta de espontaneidad del confesante, o cuando, al proceso, se alleguen pruebas valederas que infirmen, en todo o en parte, la confesión.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, febrero tres de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino).

VISTOS:

Con oficio de 3 de mayo del año pasado, la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira remitió a esta Superioridad la causa seguida a LEOPOLDO MUÑOZ CARTAGENA y otro, por homicidio agravado en la persona de Emilio Posada.

El negocio llegó a la Corte en virtud del recurso de casación interpuesto por el reo contra el fallo de segunda instancia en el cual, el 24 de marzo de 1958 se le condenó a la pena principal de veinte años de presidio y a las accesorias de rigor.

El señor Juez Primero Superior de Pereira lo había condenado en primera instancia el 22 de octubre de 1957 a dieciséis años de presidio.

En la Corte se cumplieron los trámites propios del recurso de casación.

La Sala procede a resolverlo mediante las siguientes consideraciones:

HECHOS:

A eso de las nueve de la noche del 28 de enero

de 1956 hallábanse en el café de Carlos Hincapié G., en la calle de Mata de Caña, esquina de la plaza de Apía (Caldas), los señores Emilio Posada, Ignacio Bermúdez, Rafael Hincapié, Luis Angel González “y uno que llaman el Guasco” de-partiendo cordialmente en la misma mesa. A poco llegaron a otra del mismo establecimiento el ex-guardián Climaco Ospina apodado “Peligro” y el preso Leopoldo Muñoz Cartagena, el cual estaba de permiso.

Bermúdez, que como queda dicho, estaba en la mesa de Posada vio que Muñoz tenía “un revólver al lado izquierdo”.

Posada pagó la cuenta de su mesa salió del café y se dirigió a su casa acompañado de Bermúdez hasta la cantina de Samuel Muñetón. Bermúdez observó que Posada seguía para la casa de Víctor Bedoya y que “Peligro” y Muñoz Cartagena iban detrás de él en la misma dirección. Entróse Bermúdez a la cantina de Muñetón y cuando bebía una cerveza en el mostrador, oyó un tiro hacia el sitio a donde se encaminaba Posada. Todos los que estaban en el café se asomaron a la puerta a ver qué ocurría, y distinguieron a Emilio Posada en el suelo y como a quince varas a Muñoz y “Peligro” que venían a paso largo y embozados con las ruanas. Ni Bermúdez ni los otros testigos vieron que hubiese otras personas en aquel paraje.

Muñoz en su indagatoria quiso establecer una coartada, afirmando que en la noche de la tragedia había permanecido en la cárcel con otros presos; pero en ulterior ampliación de dicha diligencia admitió que había estado libre en compañía del ex-guardián en el lugar del crimen.

Bermúdez y otro testigo de apellido Acevedo identificaron a Muñoz Cartagena.

La necropsia reveló que el disparo siguió una trayectoria de atrás hacia adelante entrando en la cabeza del occiso por la región occipital.

LA SENTENCIA RECURRIDA

Conviene transcribir de ella los siguientes apartes:

"Por auto de 26 de noviembre de 1956 el señor Juez a-quo dispuso lo que sigue, según se lee a folio 138 fte:

"De oficio y por los trámites en que interviene el Jurado, se abre causa criminal a los señores LEOPOLDO MUÑOZ CARTAGENA y CLIMACO OSPINA VALENCIA (apodado "Peligro"), por el genérico delito "del homicidio" que define y sanciona el Código Penal en su libro 2º, título 15, capítulo 1º, consistente en haber dado muerte, con intención de matar y mediante disparo de arma de fuego (revólver) al señor Emilio Posada, la noche del sábado 28 de enero del año actual (1956), en la calle denominada "Matecaña", de la cabecera de Apía de esta comprensión municipal, habiendo muerto el señor Posada casi inmediatamente".

"A folio 138 fte. dijo el señor Juez que "debe llamarse a juicio por homicidio agravado ya que obraron cuando la víctima se hallaba en condiciones de indefensión o inferioridad o sea en forma alevosa".

"Cuando el caso vino a esta Sala, se confirmó el auto de primer grado, y hasta se incurrió en la redundancia de decir que el homicidio no sólo tenía la calidad de alevoso sino, además, la del abuso de las condiciones de inferioridad del ofendido, (5º del a 363 del Código Penal). Se advirtió que se confirmaba lo resuelto por el señor funcionario a-quo "con las reformas que se leen en la parte motiva de este proveído". De ese modo, Climaco Ospina y Leopoldo Muñoz Cartagena concurren a Estrados pesando sobre ellos el cargo de homicidio con carácter de asesinato en la persona de Emilio Posada.

"Los documentos que van a copiarse, folios 176 y 177, fueron el resultado de la Vista Pública que, por lo demás, se cumplió con la plenitud de las formas procesales y una vez que con posterioridad al auto de proceder se había dado trámite correcto a la causa:

"CUESTION PRIMERA.— El procesado LEOPOLDO MUÑOZ CARTAGENA, de la naturaleza y condiciones civiles determinadas en el auto de proceder, es responsable, sí o nó, de haber dado muerte, con intención de matar y mediante disparo de arma de fuego (revólver) al señor Emilio Posada, la noche del sábado 28 de enero de 1956, en la calle denominada "Matecaña" de la cabe-

cera de Apía, habiendo muerto el señor Posada casi inmediatamente a consecuencia de la herida recibida; y ese hecho lo cometió con alevosía y abusando de las condiciones de inferioridad del ofendido?—Pereira, octubre 8 de 1957.—El Juez, (Fdo.) Manuel Escobar Ospina. (Fdo.) El Secretario, Jesús Marín M.

"RESPUESTA: Sí es responsable. El Presidente del Jurado, nombre ilegible Díaz O.—El Jurado (Fdo.) Jesús M. Parra B.—El Jurado (Fdo.) J. A. Guzmán". "....."

"El veredicto del Jurado, salvo que sea contradictorio o claramente enfrentado a la verdad procesal, es la base de la sentencia y al contenido del primero debe ceñirse el fallador. Como el señor Juez, la Sala también considera que la responsabilización de los reos fue acertada, correcta y justa, y por eso habrá de sancionarse a los convictos con base en la respuesta del Juri.

"Se probó que los dos reos dieron muerte a la víctima, como se deduce de la declaración de Ignacio Bermúdez y de la indagatoria, ampliación, de Leopoldo Muñoz Cartagena". "....."

"No valió, como tenía que ser, la versión que de sus actos reprobables dio Leopoldo Muñoz Cartagena. Trató él de esconder su propia responsabilidad aceptando una intervención venial en el crimen.

"Violaron los reos el artículo 362 en consonancia con el 363 del Código Penal numeral 5º, que sanciona con una pena de quince a veinticuatro años de presidio al autor de homicidio agravado. El señor Juez, medido y apreciado lo serio del hecho y la peligrosidad de los justiciables encontró que la pena condigna era la de diez y seis años. La Sala considera que agravan la responsabilidad de los reos, las circunstancias 3ª, 6ª y 9ª, del artículo 37 del Código Penal y que concurren otras de menor, también. Teniendo en cuenta unas y otras, el Tribunal fija la pena en veinte años por cada uno de los convictos".

LA DEMANDA DE CASACION

En extenso escrito de 20 de mayo de 1958, el apoderado del reo invoca únicamente contra la sentencia recién transcrita la causal 4ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal; y la apoya "en dos nulidades" de las llamadas por él insubsanales; a saber: incompetencia de jurisdicción (numeral 1º del artículo 198 íbidem), nulidad "que, en este proceso vicia toda la actuación desde el auto de proceder inclusive, en lo tocante al

procesado Clímaco Ospina, como guardián o audiencero de la Cárcel del Circuito de Apía, pues que como tal obraba durante la noche del 28 de enero de 1956".

La segunda nulidad la hace consistir el demandante en haber incurrido el sentenciador "en error relativo a la denominación jurídica de la infracción" (ordinal 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal).

El recurrente trata de fundar el primer cargo de nulidades, o sea el de incompetencia de jurisdicción, en diversos elementos del expediente en los cuales consta que el mentado Ospina desempeñó, a la verdad, aquellas funciones.

Pero hay dos documentos que destruyen por su base el referido cargo de nulidades. Es el primero la declaración de folios 59 y siguientes del cuaderno 1, en la cual el Director de la Cárcel del Circuito de Apía, bajo la gravedad del juramento y con las demás solemnidades legales, asevera que el señor Clímaco Ospina "desempeñó las funciones de Guardián nacional precisamente hasta el 28 de enero antes de las cuatro de la tarde". A esa hora —continúa el señor Director— "lo desacuartelé porque ese guardián era de muy mala conducta, pues sacaba los presos de la Cárcel en mi ausencia y andaba por allí con ellos tomando trago" lo cual era incompatible con la buena marcha de establecimiento".

El segundo documento no es otro que la certificación del señor Alcalde municipal de Apía, visible a folios 97 y vuelto, ibidem, donde se hace constar "que en las horas de la mañana del 28 de enero del año en curso (1956), según comunicación verbal del Director del establecimiento carcelario de esta ciudad, fue desacuartelado el guardián nacional Clímaco Ospina Valencia por lo cual en las horas de la noche del citado día el señor Ospina Valencia no se encontraba en ejercicio de sus funciones".

El Ministerio Público aprecia con todo rigor estas dos pruebas y llega al convencimiento, que la Sala comparte, de que el cargo de incompetencia de jurisdicción no puede prosperar.

El segundo cargo o sea el de la nulidad contemplada en el ordinal 8º del artículo 198 de Código de Procedimiento Penal (error en la denominación jurídica del delito) pretende respaldarlo el apoderado del reo, reabriendo el debate probatorio como si no se tratase de un juicio con intervención del Jurado y como si la Corte no hubiese

reiterado en numerosas ocasiones la doctrina sobre la autonomía del Tribunal Popular para apreciar los hechos en esta clase de juicios.

Esta forma de argumentar podría, sin embargo, ser eficaz para rebatir el fallo por conducto de la causal cuarta, siempre que, por otra parte el recurrente hubiera probado el error en la denominación jurídica de la infracción, o sea que Muñoz Cartagena no fue un homicida sino un encubridor.

Pero, en realidad, lo que hay a este respecto en los autos se contrae a meras aseveraciones del demandante, más o menos enfáticas, sin respaldo en las pruebas.

La indagatoria de Muñoz Cartagena no contiene una confesión de las llamadas indivisibles, puesto que es notorio que al rendirla en la primera diligencia negó haber estado en el lugar del crimen cuando éste se cometió; y al ampliarla admitió que había incurrido en mentira, y fue entonces cuando verdaderamente hubo de confesar una parte de la verdad.

Estas circunstancias, evidentes en el proceso, acarrearán la divisibilidad de la confesión y, por tanto, el reo debe responder por lo que ha admitido y le perjudica, al paso que ha de probar lo que ha negado y le favorece.

La presunción de veracidad que ampara en principio toda indagatoria (artículo 255 del Código de Procedimiento Penal) desaparece cuando resulta ostensible la falta de espontaneidad del confesante, o cuando, al proceso, se alleguen pruebas valederas que infirmen, en todo o en parte, la confesión.

DECISION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo en parte con la Procuraduría y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia materia del recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera

Dominguez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón

Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Gustavo

Rendón Gaviria—Pío Quinto León L., Secretario.

EN LOS JUICIOS POSESORIOS SOBRE BIENES RAICES RURALES, HASTA TANTO EL RESPECTIVO JUEZ DE CIRCUITO NO HAYA PRACTICADO PERSONALMENTE UNA INSPECCION OCULAR EN LA FINCA MATERIA DE LA LITIS (ART. 20 DE LA LEY 200 DE 1936), TIENE SUSPENDIDA LA JURISDICCION PARA FALLAR, Y ES NULA, POR INCOMPETENCIA DE JURISDICCION, LA SENTENCIA QUE SE DICTE SIN CUMPLIR TAL REQUISITO PREVIAMENTE. — EL AUTO MEDIANTE EL CUAL SE ORDENA LA PRACTICA DE UNA PRUEBA, PUEDE CUMPLIRSE ANTES DE ESTAR EN FIRME.—CONDICION RESOLUTORIA A QUE QUEDA SUJETA LA VALIDEZ DE AQUELLA. — TECNICA PROCEDIMENTAL.

1.—El artículo 31 de la Ley 4ª de 1943, al suprimir los Jueces de Tierras y adscribirles sus funciones a los de Circuito, dijo expresamente que éstos “conocerán adoptando el criterio y la tramitación señalados por la Ley 200 de 1936”. Y de las disposiciones de ésta que aún permanecen en vigor se desprende una clara prohibición de dictar sentencia de primera instancia en los juicios posesorios sobre bienes raíces rurales, mientras el respectivo Juez de Circuito no haya practicado personalmente una inspección ocular en la finca materia de la litis. En efecto, el artículo 20 dispone que el funcionario que de ellos conozca en primer grado “no podrá fallar sin haber practicado previamente una inspección ocular que le permita adquirir un conocimiento directo de la situación de hecho que debe resolver. . . .”, y el artículo 31, que en su tramitación “los Jueces de Tierras, cuando lo estimen oportuno, podrán comisionar a los Jueces de Circuito, a los Jueces Municipales o a los Alcaldes para la práctica de pruebas **DISTINTAS DE LA INSPECCION OCULAR, LA CUAL LLEVARAN A TERMINO PERSONALMENTE**”.

Coligese de lo anterior que hasta tanto no se cumpla el indicado requisito en la forma allí prevista, el Juez tiene suspendida la jurisdicción para fallar, y que es nula, de consiguiente, por incompetencia de jurisdicción (artículo 448 del Código Judicial), la sentencia que se dicte contraviniendo aquellas disposiciones.

2.—De lo establecido por el artículo 327 del Código Judicial se infiere que, por regla general, las resoluciones de los Jueces producen efectos tan pronto como se han notificado legalmente a las partes. De donde se sigue que el auto mediante el cual se orde-

na la práctica de una prueba puede cumplirse antes de estar en firme, pero la validez de ésta queda sujeta a una condición resolutoria: si contra aquél prospera un recurso ya interpuesto o que se proponga en tiempo oportuno, la prueba carece de valor, por cuanto se originó en un acto que tampoco lo tenía. En el supuesto contrario, al ejecutoriarse la orden se vuelve también firme lo que en su virtud se hizo, porque o aquella era sustancialmente legal o la parte afectada, con su conformidad expresa o tácita, subsanó los vicios de que pudiera adolecer.

3.—Procede correctamente un Tribunal cuando, al revisar el fallo de primer grado proferido en un juicio posesorio sobre bienes raíces rurales, no toma en cuenta la diligencia de inspección ocular practicada en la finca materia de la litis, por no estar aún definida su validez, aunque en rigurosa técnica procedimental, en vez de revocarlo lo que debe es decretar su nulidad por incompetencia de jurisdicción, previos los trámites correspondientes.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, febrero tres de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio).

VISTOS:

Para resolver la solicitud de que se aplique a favor del procesado, doctor ABEL M. CABRALES, el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal “por no haber existido el hecho que con el carácter de delictuoso se le imputó”, introducida por su mandatario judicial doctor Edmundo López Gómez y corroborada por el señor Procurador

Segundo Delegado en lo Penal, se tiene en cuenta lo que a continuación se expresa:

Hechos.

En el juicio posesorio por despojo promovido en el Juzgado Promiscuo del Circuito de Lorica (Distrito Judicial de Montería) por Ana Josefa Pestana de Salas contra Donatila H. viuda de Díaz, ocurrió lo siguiente:

1º. El 26 de julio de 1955, el Juez del conocimiento, "en atención a lo que dispone el artículo 20 de la Ley 200 de 1936" decretó "una inspección ocular al predio ocupado por el demandado", que debía practicarse el 3 de agosto siguiente, y agregó que para ello "el personal del Juzgado se trasladará ese mismo día al lugar de ubicación del predio. .";

2º. El apoderado de la demandada, doctor Francisco Prado Villanueva, oportunamente interpuso reposición contra la providencia anterior, y apeló en subsidio;

3º. Sin haber negado ni concedido estos recursos, el Juez llevó a cabo la inspección ocular en la fecha previamente señalada;

4º. El 9 de septiembre el mismo funcionario debió dictar sentencia, favorable a la parte actora, contra la cual interpuso apelación la demandada, pues el Tribunal de Montería, con ponencia del Magistrado acusado, la revocó el 9 de febrero de 1956, luego de algunas consideraciones sobre lo establecido por el artículo 20 de la Ley 200 de 1936 y de expresar lo que sigue: "Si oficiosamente podía el inferior dictar el proveído de 26 de julio, ha debido esperar su ejecutoria para cumplirlo, a efecto de que no desapareciera la facultad procesal de las partes, para pedir su revocatoria (sic) por algún defecto que se le encontrase, o para alzarse, contra él ante el superior, ya que es de naturaleza interlocutoria, puesto que ordena la práctica de una prueba. Entonces, cumplida la inspección ocular sin que estuviera en firme la providencia que la ordenó porque estaba pendiente la reposición del doctor Prado y la apelación en subsidio, recurso legal que no era justo echar de lado, en realidad la inspección no tiene ningún valor, y, no teniéndolo, el fallo de primera instancia no podía producirse porque quedaba violada aquella norma imperativa del artículo 20 de la Ley 200. Es bien sabido que el artículo 26 de la Carta establece que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de ca-

da juicio. La violación de este precepto, como en el caso presente acarrea una nulidad constitucional que debe acogerse de plano. Como consecuencia de lo anterior la sentencia de primera instancia es prematura y por eso debe ser revocada a efecto de que el inferior enderece el procedimiento como es debido";

5º. El 24 de octubre de 1956 el Juez negó el recurso de reposición pendiente y concedió el de apelación, en el efecto suspensivo y el 7 de noviembre del mismo año admitió el desistimiento de la alzada presentado por el doctor Prado Villanueva;

6º. El 14 de septiembre de 1957 sin haber efectuado personalmente otra inspección, ocular el Juez profirió nueva sentencia de primera instancia también favorable a la demandante teniendo en cuenta la inspección ocular de 3 de agosto como lo hizo constar en forma explícita en aclaración solicitada por el doctor Marcelino González T. apoderado de la actora. Contra ella interpuso la parte demandada apelación que le fue concedida;

7º. Al desatar este recurso el Tribunal, siendo ponente el mismo Magistrado, repitió las razones que sirvieron de fundamento a su providencia anterior, advirtiendo respecto del auto de 26 de julio que "si se revocaba la inspección practicada menos podía tenerse en cuenta, y si se confirmaba era ineludible fijar fecha para llevar a cabo otra inspección", lo cual no se hizo. Agregó que "sin que se cumpla esta diligencia en una forma legal y adecuada, con todas las reglas del procedimiento, la sentencia de primera instancia que se revisa no tiene fundamentos, lo que impone su revocatoria (sic), como se hizo en pasada ocasión, para que se llene ese vacío probatorio". Y en virtud de lo expuesto la revocó, para que "el inferior ordene la práctica de una nueva inspección ocular con intervención de peritos para constatar (sic) los hechos concretados en el escrito de pruebas de las parte (sic) actora. . .".

El doctor González T. estimó que el proceder del Magistrado doctor Cabrales configura el delito de prevaricato, y presentó, en consecuencia, la correspondiente denuncia ante la Corte.

Durante la investigación quedó establecido el carácter de Magistrado del Tribunal Superior de Montería con que actuó el procesado.

Consideraciones de la Corte.

1º.—El artículo 31 de la Ley 4ª de 1943, al suprimir los Jueces de Tierras y adscribirles sus

funciones a los de Circuito, dijo expresamente que éstos "conocerán adoptando el criterio y la tramitación señalados por la Ley 200 de 1936". Y de las disposiciones de ésta que aun permanecen en vigor se desprende una clara prohibición de dictar sentencia de primera instancia en los juicios posesorios sobre bienes raíces rurales, mientras el respectivo Juez de Circuito no haya practicado personalmente una inspección ocular en la finca materia de la litis. En efecto, el artículo 20 dispone que el funcionario que de ellos conozca en primer grado "no podrá fallar sin haber practicado previamente una inspección ocular que le permita adquirir un conocimiento directo de la situación de hecho que debe resolver...", y el artículo 31, que en su tramitación "los Jueces de Tierras, cuando lo estimen oportuno, podrán comisionar a los Jueces de Circuito, a los Jueces Municipales o a los Alcaldes para la práctica de pruebas DISTINTAS DE LA INSPECCION OCULAR, LA CUAL LLEVARAN A TERMINO PERSONALMENTE".

Colíjese de lo anterior que hasta tanto no se cumpla el indicado requisito en la forma allí prevista, el Juez tiene suspendida la jurisdicción para fallar, y que es nula, de consiguiente, por incompetencia de jurisdicción (artículo 448 del Código Judicial), la sentencia que se dicte contraviniendo aquellas disposiciones.

2º. De lo establecido por el artículo 327 del mismo Código Judicial se infiere que, por regla general, las resoluciones de los Jueces producen efectos tan pronto como se han notificado legalmente a las partes. De donde se sigue que el auto mediante el cual se ordena la práctica de una prueba puede cumplirse antes de estar en firme, pero la validez de ésta quedará sujeta a una condición resolutoria: si contra aquél prospera un recurso ya interpuesto o que se proponga en tiempo oportuno, la prueba carece de valor, por cuanto se originó en un acto que tampoco lo tenía. En el supuesto contrario, al ejecutoriarse la orden se vuelve también firme lo que en su virtud se hizo, porque o aquella era sustancialmente legal o la parte afectada, con su conformidad expresa o tácita, subsanó los vicios de que pudiera adolecer.

3º. Despréndese de lo dicho que en el caso de estudio el Tribunal procedió correctamente al no tomar en cuenta, cuando revisó el primer fallo, la inspección ocular, porque su validez aún no estaba definida, aunque, en rigurosa técnica procedimental, en vez de revocarlo ha debido decretar su nulidad, previos los trámites correspondientes y por incompetencia de jurisdicción. Y que incurrió en error al desestimar dicha diligencia en la segunda oportunidad, por cuanto al no reponerse el proveído que la ordenó y al desistir la parte demandada del recurso subsidiario, desapareció la condición resolutoria a que la legalidad de la prueba estaba sometida.

Mas aunque la sentencia impugnada es contraria a la ley, no puede decirse que sea expresa o manifiestamente injusta, por no violar ninguna norma que disponga de manera explícita admitir una prueba practicada en las circunstancias que se han visto, y porque la equivocada interpretación del Tribunal se explica por un exceso de formalismo exento de dolo. De donde es preciso concluir que el Magistrado acusado no incurrió en prevaricato ni en abuso de autoridad.

* * *

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 su colaborador Fiscal ordena cesar todo procedimiento contra el doctor Abel M. Cabrales por los cargos que se le hicieron en este proceso, pues los hechos imputados no son constitutivos de delito.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera
Dominguez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón
Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Gustavo
Rendón Gaviria—Píoquinto León L., Secretario.

LA DEMANDA DE REVISION DEBE ELABORARLA UN ABOGADO TITULADO E INSCRITO EN LA CORTE

“La revisión, según doctrina invariable de esta Corte, es técnicamente una acción promovida contra la autoridad de la cosa juzgada, y “por eso, el escrito en que se intenta es una verdadera demanda” que debe ser elaborada por abogado titulado e inscrito en la Corporación.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, once de febrero de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez).

VISTOS:

Desde la Penitenciaría de Tunja, donde purgan una pena privativa de la libertad por los delitos de robo y asociación para delinquir, los reos Wenceslao Villamil y Salvador Rocha se dirigieron a la extinguida Corte Militar de Casación y Revisión, por medio de escrito del mes noviembre de 1957, en solicitud de revisión del fallo respectivo, dictado, en segunda instancia, por el Comandante General de las Fuerzas Militares, con fecha del 3 de julio de 1951.

Cumplidos los trámites de rigor, entró el negocio al despacho, para su decisión definitiva, el día 5 de los corrientes, habiéndose obtenido, previamente, el concepto del Ministerio Público, cuya voz lleva en el negocio el doctor Alfredo del Castillo, Procurador Militar Delegado.

Este funcionario se opone, con toda razón, a que el recurso sea tenido en cuenta, pues observa que ha sido doctrina invariable de esta Corte la que sostiene que “la revisión es técnicamente una

acción promovida contra la autoridad de la cosa juzgada” y, “Por eso, el escrito en que se intenta es una verdadera demanda”, que debe ser elaborada por abogado titulado e inscrito en la misma Corporación. Advierte, asimismo, que, cuando se interpuso el mencionado recurso extraordinario, existía disposición expresa respecto a la fuerza obligatoria de este último requisito, que lo es el artículo 67 del Decreto Ejecutivo 2.900 de 1953.

Las razones expuestas por el Ministerio Público son suficientes para resolver desfavorablemente el mencionado recurso, ya que no existe razón alguna para variar las doctrinas de la Corte respecto a la materia enunciada. Existe otra razón más, y es que las pruebas que los interesados acompañaron a su escrito, no fueron ratificadas, pues nadie lo solicitó dentro del término probatorio, y no correspondía a esta entidad decretar que ello se cumpliera de oficio.

DECISION

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, acorde con el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, deniega la revisión solicitada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera

Dominguez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón

Montero Torres — Pedro Pacheco Osorio—Gustavo

Rendón Gaviria—Pioquinto León L., Secretario.

LA OCASION, QUE EQUIVALE A "OPORTUNIDAD O COMODIDAD DE TIEMPO O LUGAR, QUE SE OFRECE PARA EJECUTAR O CONSEGUIR UNA COSA", NO ES LA CAUSA EFICIENTE, SINO, APENAS, LA FAVORABILIDAD PARA QUE PUEDA OPERAR ESA CAUSA DETERMINANTE O EFICIENTE DE UN SUCESO. — LA COMPETENCIA PARA CONOCER DE UN DELITO DE HOMICIDIO COMETIDO CON OCASION DEL SERVICIO MILITAR ACTIVO, CORRESPONDE A LA JUSTICIA PENAL CASTRENSE. — CALIFICACION PROVISIONAL

El diccionario de la Real Academia expresa, con respecto al significado de la palabra OCASION, que ella equivale a "oportunidad o comodidad de tiempo o lugar, que se ofrece para ejecutar o conseguir una cosa". No es, por tanto, la ocasión la causa eficiente, sino, apenas, la favorabilidad para que pueda operar esa causa determinante o eficiente de un suceso.

Los preceptos del lenguaje deben tomarse en cuenta para interpretar las disposiciones legales, vale decir, que las palabras de la ley, han de entenderse en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas.

De consiguiente, siendo las circunstancias dentro de las cuales tuvieron lugar los acontecimientos, —(muerte de un soldado que, estando de centinela en el mismo lugar de alojamiento de la tropa, se trabó en forcejeos y chanzas amistosas con un compañero de armas, en servicio activo, que a la postre dieron ocasión al disparo fatal hecho imprudentemente por el último)—, todas relacionadas con el servicio militar que prestaban víctima y victimario y que fueron una "oportunidad o comodidad de tiempo o lugar" para que lo acaecido sucediera, permiten calificar el delito como ocurrido con ocasión de ese servicio militar que prestaba el procesado, correspondiéndole, por tanto, la competencia a la justicia penal castrense.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, febrero doce de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Con oficio N.º....., del..... de....., el Comando del Batallón de Infantería....., obrando como Juez de la Instancia dentro de la Jurisdicción Penal Militar, remitió de..... a ésta Corte el proceso que se adelanta contra A. B., por el delito de HOMICIDIO, a fin de que se dirima la colisión de competencias surgida entre el..... Juzgado Superior del Distrito Judicial de..... y el citado Comando, con sede en la misma ciudad.

La Corte ha de dirimir esa colisión en virtud de lo previsto en el ordinal 4º del artículo 42 del C. de P. P., en concordancia con la atribución 7ª del artículo 320 del Decreto Extraordinario número 0250 de 1958 (Código de Justicia Penal Militar).

ANTECEDENTES DEL CASO

El Juzgado..... de Instrucción Penal Militar adelantó las primeras diligencias sumarias en relación con la muerte sufrida por el soldado X. Y., en momentos en que "se chanceaba y jugaba con su compañero", el soldado A. B. y cuando éste prestaba el servicio militar en comisión de orden público en el municipio de....., encontrándose los dos en la casa que ocupaba ese grupo militar al cual pertenecían el occiso y el sindicado.

Estos hechos ocurrieron el siete de septiembre de mil novecientos cincuenta y ocho y, de conformidad con el informativo, pueden resumirse, así:

En la fecha citada y cuando dentro del lugar de alojamiento de la tropa; en..... prestaba servicio de centinela el soldado X. Y., en franca contravención a las normas del servicio se trabó en forcejeos y chanzas amistosas con su compañero de armas, el soldado A. B., quien portaba el fusil correspondiente a su servicio militar. En el desarrollo de estos juegos, el procesado, dirigiendo su arma contra X. Y. y mientras le decía "ma-

nos arriba, viejo", en acción imprudente la disparó, infiriéndole una herida mortal a X. Y., quien falleció poco después.

Provisionalmente y para ordenar la detención preventiva del sindicado, el funcionario de instrucción calificó la conducta de A. B. como constitutiva de un homicidio culposo.

Enviado el negocio al Comando del Batallón de Infantería, como juzgador militar de primera instancia, ese Comando, acogiendo el concepto emitido por el funcionario de instrucción militar, dispuso enviar el proceso a los Jueces Superiores de, por estimar que eran los competentes para seguir conociendo de los hechos averiguados. En el reparto verificado, le correspondió, en suerte, al Juzgado . . . Superior de . . .

Este último funcionario, en auto de fecha . . . de de 1958, estima que corresponde a la justicia penal castrense el conocimiento de este proceso, pues estima que el delito investigado es de carácter militar, pues se consumó dentro de las circunstancias previstas en el artículo 200 del Decreto Extraordinario 0250 de 1958; y, en consecuencia, devolvió el informativo al citado Comando del Batallón de Infantería

El Juez Militar de primera instancia, que lo es, se repite, el citado Comando, aceptó la colisión negativa de competencia propuesta por el Juzgado . . . Superior de y dispuso, en consecuencia, remitir el proceso a esta Corte, para resolver lo pertinente.

SE CONSIDERA:

La calificación provisional de homicidio culposo dada en estas diligencias, por haberse realizado el hecho "con ocasión del servicio" militar que prestaba el procesado, (artículo 200 del C. P. Militar), constituye delito militar y determina, por tanto, en la jurisdicción penal castrense la competencia para investigarlo y fallar lo que corresponda.

En efecto, no puede perderse de vista que el ilícito tuvo ocurrencia en momentos en que tanto la víctima como el victimario se encontraban en comisión de orden público dispuesta por el Comando del Batallón a que dichos soldados pertenecían y cuando uno y otro se hallaban dentro de la casa que les servía de cuartel en la población de Asimismo, es necesario tomar en cuenta que el occiso, al abandonar sus deberes militares correspondientes a la función de centinela, que estaba prestando cuando los hechos sucedieron, incurría en contravención a

las normas del servicio, contravención de la cual era, lógicamente, también causante el soldado A. B., como que ambos se trabaron en forcejeos y chanzas que, a la postre, dieron ocasión al disparo fatal que terminó con la vida de X. Y. Igualmente, es del caso considerar que solamente por el servicio militar que prestaba el procesado, al encontrarse dentro del cuartel y por el desempeño de la comisión de orden público que implicó su traslado a, se explica que portáse el fusil que, al dispararlo imprudentemente, ocasionó la muerte de su compañero de armas.

Todo esto, sin lugar a dudas, constituye un factor de oportunidad o de favorecimiento para que los hechos hubieran podido caer. Y como ellos se refieren al servicio militar que el procesado venía prestando, es natural concluir en que el homicidio de que se sindicó a A. B. tuvo lugar "con ocasión del servicio", en la forma que se exige en el citado artículo 200 del Código Penal castrense, para que el delito imputado pueda calificarse de militar.

El diccionario de la Real Academia expresa, con respecto al significado de la palabra OCA-SION, que ella equivale a "oportunidad o comodidad de tiempo o lugar, que se ofrece para ejecutar o conseguir una cosa". No es, por tanto, la ocasión la causa eficiente, sino, apenas, la favorabilidad para que pueda operar esa causa determinante o eficiente de un suceso.

Y si son los preceptos del lenguaje los que deben tomarse en cuenta para interpretar las disposiciones legales, vale decir, que las palabras de la ley han de entenderse en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras, no se encuentra cómo esas circunstancias dentro de las cuales tuvieron lugar los acontecimientos, todas relacionadas con el servicio militar que prestaban víctima y victimario y que fueron una "oportunidad o comodidad de tiempo o lugar" para que lo sucedido sucediera, no permitan calificar el delito investigado como ocurrido con ocasión de ese servicio militar que prestaba el procesado.

En consecuencia, es aplicable lo previsto en el ordinal 1º del artículo 308 del Decreto Extraordinario 0250 de 1958, donde se dice que los delitos definidos y sancionados en dicho decreto, son de la competencia de la justicia penal castrense.

Y el citado artículo 200 del Código Penal Militar define el homicidio culposo, precisando las siguientes condiciones tipificadoras

a) Que el sujeto activo del ilícito sea un militar;

b) Que ocasione la muerte a otra persona, por culpa, y

c) Que el hecho ocurra con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo.

Todas estas condiciones, provisionalmente calificadas, se dan en los hechos investigados y, por consiguiente, se trata de un delito militar, cuya competencia corresponde, como se dijo ya, a la Justicia Penal Castrense.

o o o

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DIRIME de plano la supradicha colisión de compe-

tencias resolviendo, como en efecto resuelve, que el conocimiento y decisión de este proceso corresponde a la justicia castrense y no a la ordinaria.

Cópiese, notifíquese y devuélvase este proceso al Juzgado Penal Militar de Primera Instancia (Comando del Batallón de Infantería”), de, para lo de su cargo.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera

Dominguez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón

Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Gustavo

Rendón Gaviria—Píoquinto León L., Secretario.

COMO LOS AGENTES DEL MINISTERIO PUBLICO NO GOZAN DE NINGUN PRIVILEGIO RESPECTO A TERMINOS JUDICIALES, DEBE DECLARARSELES DESIERTA LA AMPLIACION DE LA DEMANDA DE CASACION QUE NO PRESENTAN EN LA OPORTUNIDAD LEGAL. — EL JURADO NO ESTA OBLIGADO A EXPRESAR SU PENSAMIENTO MEDIANTE FORMULAS SACRAMENTALES, NI CON LAS PALABRAS USADAS POR LA LEY PARA DESCRIBIR LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS O LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICADORAS DE UN DELITO. — LOS JUECES DE HECHO NO PUEDEN OTORGAR EL PERDON JUDICIAL, PERO NO SE SALEN DE SU ORBITA LEGAL AL AFIRMAR QUE EL AUTOR DE UN HOMICIDIO, COMETIDO EN EL ESTADO Y POR LOS MOVILES DE QUE TRATA EL ARTICULO 382 DEL CODIGO PENAL, LO MERECE. — REQUISITOS Y FUNCIONARIO A QUIEN CORRESPONDE SU OTORGAMIENTO

1.—El Procurador General de la Nación (o su Delegado correspondiente) es quien representa a la sociedad, como parte, en los recursos de casación (artículos 160 y 178, 1º, del Código Judicial). Y cuando el artículo 3º del Decreto 1.154 de 1954 dispone que el Fiscal de Tribunal Superior que interpusiere uno de ellos "debe tenerse como parte recurrente para los efectos de presentar la respectiva demanda dentro del término señalado por el artículo 563 del Código de Procedimiento Penal, demanda que podrá ampliar el Procurador General de la Nación", consagra, para tal supuesto, la existencia de dos reales recurrentes, cuando este funcionario hace uso de dicha facultad. De aquí se sigue que, conforme a la última de las disposiciones citadas, cada uno de ellos tiene un término de quince días para cumplir su cometido, y que "si el recurso no se fundare dentro" de él, debe ser declarado desierto (artículo 565 *ibidem*).

Estima la Corte necesario ponerle fin al vicio, desventuradamente ya tradicional, de permitirles a los Agentes del Ministerio Público, sin consecuencia alguna, ampliar o contestar las demandas de casación después de vencido con creces el plazo que la ley les fija para ello. Tales funcionarios están colocados en un mismo pie de igualdad con las demás partes respecto a estas materias, y no pueden invocar el privilegio de no respetar los términos judiciales, porque uno de sus deberes específicos es precisamente el de procurar que ellos se cumplan (ar-

tículos 175 del Código Judicial y 99 del C. de P. P.).

Consecuente con lo anterior, la ampliación de la demanda de casación que no presente en la oportunidad legal el señor Agente del Ministerio Público, debe declararse desierta.

2.—El Jurado no está obligado a expresar su pensamiento mediante fórmulas sacramentales, ni con las palabras usadas por la ley para describir los elementos constitutivos o las circunstancias modificadoras de un delito. De ahí que el Juez de derecho tenga que adelantar, en ocasiones, una labor de hermenéutica, a fin de acomodar el veredicto a los textos legales, sin que le sea permitido, desde luego, hacer agregados o supresiones que varíen su sentido, como el consistente en decir que fue grave e injusta la provocación no calificada en forma alguna por el Tribunal de conciencia. Y es claro que el criterio interpretativo no debe descartar antecedentes tan importantes como los hechos probados en el proceso y sobre los cuales versó el debate público, ni las consecuencias de índole jurídica que los falladores de hecho quisieron producir en su respuesta.

3.—No se sale el Jurado de su órbita legal cuando afirma que el autor de un homicidio, cometido en el estado y por los móviles de que trata el artículo 382 del Código Penal, merece el perdón judicial, por cuanto ello equivale a reconocer que "las circunstancias especiales del hecho demuestran una menor peligrosidad en el responsable", lo

cual está erigido por tal disposición en circunstancia modificadora de dicho delito, por cuanto lo atenúa en forma excepcional.

Más no pueden los Jueces Populares otorgar el perdón judicial, porque según lo dispuesto por el artículo 91 del Código Penal, él sólo puede concederse "previos los trámites de procedimiento para proferir sentencia definitiva", y es necesario, para que proceda en el supuesto que se estudia, además de las circunstancias de hecho previstas por el referido artículo 382, "que se reuman los requisitos de que trata el artículo 80".

Y como entre las exigencias de esta norma figura la de "que sobre el procesado no haya recaído ninguna condenación por delitos", sin especificar que éstos sean graves, es claro que si al momento de fallar existe una sentencia condenatoria firme, dictada contra el reo por la comisión de algún delito, por leve que sea, no puede otorgarse el perdón judicial sin violar el mencionado artículo 91.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, febrero doce de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio).

VISTOS:

El 14 de junio de 1950 contrajeron matrimonio Joaquín María Lasprilla Lasprilla y Odilia Bueno Soto. Unos cinco años más tarde, por diferencias conyugales que no es el caso de precisar, los esposos se separaron y se establecieron en lugares distintos. Sin embargo, sus relaciones continuaron más o menos cordiales, principalmente porque una hija de ambos era atendida en sus gastos por el primero y vivía con la segunda, y cuando tenían oportunidad de entrevistarse el marido aconsejaba a la mujer llevar una existencia ordenada y en todo sentido ejemplar para la niña.

El 12 de enero de 1957, previa invitación que le hiciera su cónyuge, fue Odilia Bueno Soto a casa de él. Durante la conversación que sostuvieron, aquél le propuso a ésta unirse de nuevo, a lo cual contestó ella con una negativa, que recalcó así, ante la insistencia del otro: "Ve Joaquín hace dos años que me separé de vos y eso hace que vivo bueno, porque me pongo lo que me provoca, salgo a donde me provoca, duermo hasta la hora que me dé la gana, nadie me dice nada,

porque si mi mamá me viene a joder que le ayude atender su obligación y yo no tengo porque, apesar de eso que fuera para hacer vida marital con vos no es sino para vainas porque mi mamá se opone a ello ya vos perdiste los folios con ella". En el curso del diálogo, Lasprilla siguió insistiendo en su idea de la unión, que fue rechazada por la esposa con las siguientes frases: "Es que no hay más mujeres consígame otra, que yo me consigo el mío"; que se lo iba a conseguir y se lo iba a pasar por la cara; "y es que lo tengo para que no se embobe más". Lasprilla reaccionó ante esta última expresión infiriéndole a su mujer una cuchillada que le produjo la muerte.

El victimario había sido condenado como responsable de lesiones personales en sentencia de 11 de septiembre de 1956, la cual fue confirmada en segunda instancia el 15 de enero de 1957, mediante fallo que se notificó el 18 de los mismos.

El juicio.

El señor Juez Primero Superior de Buga dictó contra el acusado auto de proceder, confirmado después por el Tribunal Superior respectivo, en el cual se le hizo la imputación genérica de homicidio, pero haciendo constar en la parte motiva la concurrencia de las circunstancias modificadoras del delito previstas en los artículos 28 y 363, 1º, del C. P.

Al Jurado se le sometió esta única cuestión: "El acusado JOAQUIN MARIA LASPRILLA LASPRILLA, de las condiciones civiles y personales anotadas en el respectivo auto de proceder, es responsable conforme a éste, de haber dado muerte a su legítima esposa Odilia Bueno de Lasprilla, con el propósito de matar, mediante una herida producida con arma corto-punzante, hecho cometido de once a doce de la mañana, del día doce (12) de enero de mil novecientos cincuenta y siete (1957), en el caserío de San José, municipio de La Victoria, en este Distrito Judicial, en estado de ira o intenso dolor causado por grave e injusta provocación?".

Durante la audiencia, el Fiscal pidió a los Jueces populares contestar de modo afirmativo la pregunta formulada, alegando, entre otras cosas, que el acto del procesado no encaja en el artículo 382 del Código Penal, porque "sólo cuando el victimario sorprenda a su víctima en ilegítimo acceso carnal, y mata por ello, se podrá dar aplicación a tal disposición penal, caso contrario no, y así en el caso de Lasprilla no se puede tener en cuenta para nada tal disposición". El defensor arguyó

contra la tesis anterior que "no es necesario siempre que el cónyuge, padres o hermanos, sorprendan al cónyuge, hija o hermana en flagrante concubito, pues también está en las circunstancias del Código el que proceda determinado por la ira o el dolor que le produce la certeza de la ofensa contra el honor", y que para llegar a tal certeza no es necesario "que el esposo presencie el acto del acceso carnal, puede llegarse a esa certeza por otros medios, pero ninguno mejor que la confesión de la víctima (sic), como en el caso de autos lo hiciera Odilia Bueno de Lasprilla...". Pidió, en consecuencia, el siguiente veredicto, que fue pronunciado por el Tribunal Popular: "Sí, pero habiéndose provocado la ira por la infidelidad de la esposa legítima, merece el perdón judicial".

Para interpretar esta respuesta hace el Juez varias observaciones que lo llevan a aceptar que el Jurado "reconoció en contra del procesado Lasprilla estructurado legalmente un delito que jurídicamente debe ser punible, por sus elementos, sus móviles y las circunstancias que rodearon su consumación, pero al mismo tiempo considera por sus modalidades, que tal hecho se debe tener en cuenta como atenuante de la sanción por su peligrosidad mínima evidente, llegando su generosidad, como se desprende del texto mismo del veredicto, a recomendar para Lasprilla, la máxima atenuación del perdón judicial, posiblemente en consideración a su mínima peligrosidad deducida de las especiales circunstancias del hecho que tiende a ser vindicado por el conglomerado social".

Luégo de un análisis de los artículos 382 del Código Penal, 29 de la Ley 4ª, de 1943 y 499 del Código de Procedimiento Penal, afirma que el veredicto admitió "una circunstancia modificadora de la responsabilidad del procesado, distinta a aquélla que se había reconocido en el auto de proceder, y para ello el Jurado tenía plena autonomía". Más adelante agrega "que el Jurado al analizar las circunstancias que rodearon la comisión del ilícito de que es responsable Joaquín María Lasprilla L., estimó que debería otorgársele el perdón judicial, no lo otorgó, porque ésta es una gracia que sólo puede concederse en sentencia motivada proferida por el Juez de derecho. Y entonces es a éste a quien le corresponde analizar, si se reúnen o no los requisitos exigidos por la ley para conceder esa gracia".

Y concluye así: "El artículo 382 del Código Penal es uno de los de la parte especial del citado Código, en los cuales puede ser viable el perdón judicial, y analizando el caso de autos, según las circunstancias que rodearon los hechos, en con-

cepto del Jurado era procedente conceder esa gracia. Pero como existe el artículo 91 del mismo Código que es el que reglamenta o fija las condiciones mínimas para poderse otorgar el perdón judicial, el Juez debe someterse a ellas. Y ese artículo exige, que no solamente sea viable la gracia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos de la parte especial del Código sino que también deben reunirse los requisitos fijados en el artículo 80 del Código Penal. Y uno de ellos es el de que, sobre el procesado no haya recaído ninguna condena por delitos. El señor Joaquín María Lasprilla L., fue condenado por el delito de lesiones personales, según constancia que aparece en el sumario, luego el Juez no puede por mandato de la misma ley concederle el perdón judicial".

Como consecuencia de todo lo anterior impuso al reo la pena mínima de tres (3) años y nueve (9) meses de presidio, más las accesorias de rigor.

El Tribunal Superior de Buga no encontró repro que hacerle a la sentencia de primer grado "por el aspecto que entraña el reconocimiento de circunstancias de agravación o atenuativas", pero por estimar que el delito de lesiones personales por el cual había sido condenado Lasprilla fue bastante leve y cometido en estado de embriaguez, y que, según lo manifestó el Juez respectivo "este hombre ha sido siempre un excelente ciudadano", la modificó en el sentido de conceder al reo el perdón judicial.

Demanda de casación.

El señor Fiscal del mencionado Tribunal Superior recurrió en casación contra esta última sentencia, y al sustentar oportunamente el recurso invocó, en su orden, las causales 3ª y 1ª del artículo 567 del C de P. P.

Funda el recurrente su cargo basado en aquella causal, con las siguientes razones: "La sentencia se encuentra en desacuerdo con el veredicto del Jurado, por cuanto la respuesta dada por éste al cuestionario... no puede interpretarse... en el sentido de que el Jurado reconoció la responsabilidad de Lasprilla Lasprilla con la atenuante prevista en el artículo 382 del Código Penal, descartando la atenuante del artículo 28 del mismo Código, que fue la reconocida en el auto de proceder e incluida, expresamente, en el cuestionario, al cual el Jurado dio una respuesta afirmativa. La sola frase adicional o explicativa '...pero habiéndose provocado la ira por la infidelidad de la esposa legítima...', no puede interpretarse en el sentido de que el propósito del jury (sic) fue

reconocer la atenuante de que trata el artículo 382 del Código Penal... , por cuanto dicha frase explicativa perfectamente puede referirse a la provocación de que trata la atenuante del artículo 28 del citado Código, y por cuanto la atenuante del artículo 382 del Código Penal, no contempla exclusivamente el caso de uxoricidio. Por mandato expreso de la ley, quien ha de calificar los hechos es el Tribunal Popular, y la sentencia tiene que acomodarse a su veredicto, y el Juez, en ningún caso, puede completar el pensamiento del Jurado haciéndole decir lo que expresamente no ha dicho, porque una interpretación caprichosa, fundada en meras deducciones o conjeturas, no está autorizada por la ley y al contrario debe considerarse prohibida porque equivale a desconocer el veredicto”.

El mismo funcionario impugna el fallo con fundamento en la causal primera alegando que viola “lo dispuesto en los artículos 91 y 80 del Código Penal, al otorgarle al reo Lasprilla Lasprilla el perdón judicial, pues, el primer artículo dispone que en los casos que se señalan en la parte especial, siempre que se reúnan los requisitos de que trata el artículo 80 ‘...podrá el Juez, mediante providencia motivada, otorgar al responsable de un delito, el perdón judicial, que consiste en prescindir de aplicarle la sanción correspondiente’. Ahora, uno de los requisitos exigidos por el artículo 80 del Código Penal, al que hace referencia el artículo 91 del mismo Código, es que sobre el procesado no haya recaído ninguna condenación por delitos anteriores; pero es el caso que el reo Lasprilla Lasprilla fue condenado anteriormente por el delito de ‘lesiones personales’, según constancia que aparece en esta causa”.

Al señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal se le dio el proceso en traslado el 20 de agosto de 1958 —por el término de quince días— para los efectos indicados en el artículo 3º del Decreto 1.154 de 1954, esto es, para que pudiera ampliar la demanda, lo que efectivamente hizo en escrito de 17 de octubre del mismo año (casi dos meses después de recibido el negocio). La Sala no tendrá en cuenta tal ampliación, por las razones que se darán en seguida.

Para decidir, se considera:

1º.—El Procurador General de la Nación (o su delegado correspondiente) es quien representa a la sociedad, como parte en los recursos de casación (artículos 160 y 178, 1º, del Código Judicial). Y cuando el artículo 3º del Decreto 1.154 de 1954 dispone que el Fiscal del Tribunal Superior que interpusiere uno de ellos “debe tenerse como par-

te recurrente para los efectos de presentar la respectiva demanda dentro del término señalado por el artículo 563 del Código de Procedimiento Penal, demanda que podrá ampliar el Procurador General de la Nación”, consagra, para tal supuesto, la existencia de dos reales recurrentes, cuando este funcionario hace uso de dicha facultad. De aquí se sigue que, conforme a la última de las disposiciones citadas, cada uno de ellos tiene un término de quince días para cumplir su cometido, y que “si el recurso no se fundare dentro” de él, debe ser declarado desierto (artículo 565 *ibidem*).

En vista de lo anterior, estima la Corte necesario ponerle fin al vicio, desventuradamente ya tradicional, de permitirles a los Agentes del Ministerio Público, sin consecuencia alguna, ampliar o contestar las demandas de casación después de vencido con creces el plazo que la ley les fija para ello. Tales funcionarios están colocados en un mismo pie de igualdad con las demás partes respecto a estas materias, y no pueden invocar el privilegio de no respetar los términos judiciales, porque uno de sus deberes específicos es precisamente el de procurar que ellos se cumplan (artículos 175 del Código Judicial y 99 del Código de Procedimiento Penal)

Es pues, el caso de declarar desierta la ampliación de la demanda, por no haber sido presentada en la oportunidad legal.

2º.—El Jurado no está obligado a expresar su pensamiento mediante fórmulas sacramentales, ni con las palabras usadas por la ley para describir los elementos constitutivos o las circunstancias modificadoras de un delito. De ahí que el Juez de Derecho tenga que adelantar, en ocasiones, una labor de hereménutica, a fin de acomodar el veredicto a los textos legales, sin que le sea permitido, desde luego, hacer agregados o supresiones que varían su sentido, como el consistente en decir que fue grave e injusta la provocación no calificada en forma alguna por el Tribunal de Conciencia. Y es claro que el criterio interpretativo no debe descartar antecedentes tan importantes como los hechos probados en el proceso y sobre los cuales versó el debate público, ni las consecuencias de índole jurídica que los falladores de hecho quisieron producir con su respuesta.

En el caso de autos, al contestar el jurí afirmativamente la pregunta que le fue sometida, aceptó sin duda que el reo es responsable del homicidio cometido en la persona de su cónyuge, “en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación”. Al agregar, sin embargo, “pero habiéndose provocado la ira por la infideli-

dad de la esposa legítima", reconoció expresamente un elemento que, sin estructurar por sí solo ninguna de las circunstancias del artículo 382 del Código Penal, por lo amplio y genérico que es el término infidelidad, especifica la provocación. Y si se relaciona tal infidelidad con la expresión de la occisa "es que lo tengo" (otro hombre), admitida por todos, como pronunciada por ella, a lo largo del proceso y en la audiencia pública, debe concluirse que la provocación determinante de la ira fue el hecho, confesado por la interfecta, de realizar accesos carnales ilegítimos con un tercero.

Esta conclusión se hace todavía más sólida si se repara en que el Jurado dijo también que, por ello, el responsable "merece el perdón judicial"; lo cual pone de manifiesto su propósito de reconocer una de las circunstancias modificadoras previstas por dicho precepto (la consistente en que la ira sea grave e injustamente provocada por el conocimiento adquirido por el sujeto activo de que la esposa practica "ilegítimo acceso carnal"), pues sólo él autoriza la concesión de tal beneficio al responsable de homicidio cometido en estado de ira.

De lo anterior se concluye que el veredicto fue correctamente interpretado por los Jueces de Instancia, y que la sentencia acusada fue dictada en consonancia con él. No prospera, pues, la causal 3ª.

3ª.—No se sale el Jurado de su órbita legal cuando afirma que el autor de un homicidio, cometido en el estado y por los móviles de que trata el artículo 382 del Código Penal, merece el perdón judicial, por cuanto ello equivale a reconocer que "las circunstancias especiales del hecho demuestran una menor peligrosidad en el responsable", lo cual está erigido por tal disposición en circunstancia modificadora de dicho delito, por cuanto lo atenúa en forma excepcional.

Mas no pueden los Jueces Populares otorgar el perdón judicial, porque según lo dispuesto por el artículo 91 del Código Penal, él sólo puede concederse "previos los trámites de procedimiento para proferir sentencia definitiva", y es necesario, para que proceda en el supuesto que se estudia,

además de las circunstancias de hecho previstas por el referido artículo 382, "que se reúnan los requisitos de que trata el artículo 80".

Y como entre las exigencias de esta norma figura la de "que sobre el procesado no haya recaído ninguna condenación por delitos", sin especificar que éstos sean graves, es claro que si al momento de fallar existe una sentencia condenatoria firme, dictada contra el reo por la comisión de algún delito, por leve que sea, no puede otorgarse el perdón judicial sin violar el mencionado artículo 91, como ocurrió en el caso de autos.

Procede, por lo tanto, el cargo formulado con fundamento en la causal 1ª.

Decisión.

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, resuelve:

1º.—Invalidase la sentencia dictada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga;

2º.—Confírmase en todas sus partes la sentencia de primera instancia proferida en el presente juicio por el señor Juez Primero Superior del mismo Distrito Judicial, y

3º.—Declárase desierta la ampliación de la demanda de casación que en el término legal podía hacer el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera
Dominguez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Si-

món Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—

Gustavo Rondón Gaviria—Pioquinto León L., Se-

cretario.

TACHA DE DOCUMENTOS. — A QUIEN CORRESPONDE FORMALIZARLA. — PRINCIPIO DISPOSITIVO PARA CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO. — NO ES DESACERTADO NI ABSURDO INTERPRETAR EL ARTICULO 1106 DEL C. CIVIL, COMO IMPERATIVO PARA EL SUPERIOR QUE DECRETA UN LANZAMIENTO DE ARRENDATARIO, DENEGADO POR EL INFERIOR. — REQUISITOS PARA QUE TAL HECHO ADQUIERA CONTORNOS DELICTIVOS. — NO HABIENDO SIDO RECONOCIDO REGULARMENTE POR LA PARTE INTERESADA UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO, Y POR EL CONTRARIO, REDARGUIDO DE FALSO POR AQUELLA, EL RECONOCERLE “FUERZA DE CONFESION JUDICIAL”, EQUIVALE A IMPONER UN GRAVE ERROR COMO FUNDAMENTO DE LA SENTENCIA, EN PERJUICIO DE DICHA PARTE.—LA SIMPLE AFIRMACION DE PARTE INTERESADA SOBRE FALSEDADE DE UN DOCUMENTO PRIVADO, NO OBLIGA A LA EXPEDICION DE COPIAS PARA PROMOVER LA INVESTIGACION RESPECTIVA (ART. 11 DEL C. DE P. P.)

1.—Por la simple afirmación hecha por la parte interesada, en la primera instancia, al contestar la demanda de lanzamiento, sobre que “es falso el contrato de arrendamiento” o documento correlativo, no corresponde al Juez ad-quem disponer nada al respecto, mientras aquélla no le haya dado el necesario impulso. En materia civil rige el llamado principio dispositivo, para cuestiones de procedimiento; las partes disponen del proceso, salvo las excepciones legales; y si los Jueces interfirieren, de oficio, esta órbita privada, desvian su función e incurrerán en abuso. Es ante el Juez de primera instancia ante quien debe formalizarse, en tal caso, la referida tacha, o a quien debe reclamársele por la parte interesada; y si ésta nada dijo o en nada insistió al respecto, hay que presumir que desistió del incidente, o que no le interesaba que el debate surgido de la litis contestatio se orientase hacia la discusión de la presunta falsedad.

2.—Si el Juez de segundo grado, al revocar el fallo del inferior, dictó sentencia de lanzamiento y procedió a ejecutarla o haría ejecutar, a esto último se le podría tener como un delito de abuso de autoridad por acción, es decir, por la ejecución de un acto arbitrario contra una persona, realizando excediéndose en el ejercicio de las funciones propias de su condición de Juez de segunda instancia. La arbitrariedad o injusticia de tal acto estaría determinada por el artículo 550 del Código de Procedimiento Civil, que dispone que las sentencias se eje-

cuten por el Juez de primera instancia. Pero ocurre que en el capítulo del mismo Código que reglamenta el lanzamiento de arrendatario, existe el artículo 1.106 que dice: “Si la decisión del Juez es de lanzamiento, éste debe hacerse por él mismo, o por medio de la Policía, dentro de los dos días siguientes”. Ante el texto de esta norma —así su sentido sea el de que hace referencia al Juez de primera instancia— no es desacertado ni absurdo que se le haya también interpretado como imperativa para el superior que decretó el lanzamiento, pues el inferior precisamente se había abstenido de hacerlo. Si a esto se agrega el perentorio término de dos días que esta misma disposición establece, la interpretación del funcionario de segunda instancia se hace aún más probablemente cierta.

En estas condiciones, tal hecho resulta ser apenas un criterio interpretativo, en el que, para que adquiriera contornos delictivos, debe aparecer el elemento doloso, el motivo, el interés que hubiera podido dar nacimiento a un propósito de violar la ley o de forzar su sentido para perjudicar a la persona del demandado o a su propiedad.

3.—Es un error afirmar que un documento sobre contrato de arrendamiento, no reconocido y expresamente rechazado por la parte interesada, sirve de base a un lanzamiento, por tener carácter de prueba sumaria frente al hecho de estar firmado por dos testigos y ser dicho juicio sumarísimo; aún suponiendo que el referido documento tu-

viera dicho valor probatorio, no sirve como plena prueba para los efectos del fallo definitivo (artículo 593 del Código Judicial), por no autorizarlo expresamente la ley. No habiendo sido reconocido regularmente por la parte interesada (artículos 673, 642 y concordantes del Código Judicial), y, por el contrario, redarguido de falso por aquélla, e l reconocerle, a pesar de tales defectos, "fuerza de confesión judicial" (artículos 606, 637 ibídem y concordantes), equivale a imponer un grave error como fundamento de la sentencia, en perjuicio de dicha parte.

4.—La simple afirmación de una parte interesada, respecto a la falsedad de un documento privado, no basta o no arguye por sí sola el conocimiento serio que va implícito en la norma del artículo 11 del Código de Procedimiento Penal; por consiguiente no incurre en responsabilidad el funcionario que omite ordenar la expedición de las copias a que se refiere dicho artículo.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, veintiséis de febrero de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez).

VISTOS:

Revisa la Corte, por concepto de consulta, el auto de sobreseimiento definitivo dictado por el Tribunal Superior de Cartagena, con fecha del 11 de octubre de 1958, en favor del doctor Eduardo Pareja Vélez. Con anterioridad, la Corte había revocado providencia semejante del mismo Tribunal, dictando sobreseimiento temporal, con el objeto de que la investigación se mejorase.

Al doctor Pareja Vélez se le imputaron, como Juez del Circuito de El Carmen, Departamento de Bolívar, hechos estimados delictuosos por el denunciante, que la Sala analizará sucintamente. La calidad oficial del primero se acreditó en debida forma.

I.—Omisión en tramitarse la tacha de falsedad formulada contra un documento privado.

En el juicio de lanzamiento promovido, medianamente apoderado, por Isabel María Yepes viuda de Sánchez y Carmelina Sánchez de Zapata, ante el Juez Municipal de San Juan Nepomuceno, se ad-

mitió la demanda y se dispuso darle traslado al señor Federico de Oro Salgado. El personero de éste contestó la demanda, sugiriendo que era falso el documento que servía de base al juicio, pues "No hay arrendamiento sin la existencia de un contrato legítimo de procedencia autorizada por mi mandante, quien jamás ha solicitado favores de que firmen a sus ruegos ningún contrato de esa especie...". Al final, agregaba: "Acompaño cinco pesos (\$ 5.00) para el lleno de una formalidad legal, ya que el falso contrato de arrendamiento fija cánón por esa suma". Se sugería, pues, la falsedad del documento. Pero ella no se presentó, en forma expresa, como tacha. Y, quizá por ello, no se tramitó el incidente que de ello habría surgido, de haberse formulado expresamente. En cambio, el juicio se abrió a pruebas, como era lo regular, por existir oposición del demandado. Se dictó fallo contra las pretensiones del actor, y apelado por éste el doctor Pareja Vélez, como Juez del Circuito aludido, lo revocó y ordenó el lanzamiento solicitado.

Tampoco, en esta segunda instancia del negocio, se tramitó la tacha de falsedad, en la forma prevista por el artículo 649 y concordantes del Código Judicial. El cargo se hace consistir en esta omisión.

Pero él es totalmente infundado. Porque es cosa obvia que no correspondía al Juez *ad-quem* disponer nada respecto al asunto, mientras la parte interesada no le diese el necesario impulso. En materia civil rige el llamado principio dispositivo, para cuestiones de procedimiento; las partes disponen del proceso, salvo las excepciones legales; y si los Jueces interfieren, de oficio, esta órbita privada, desvían su función e incurrir en abuso. Es ante el Juez de primera instancia ante quien ha debido formalizarse la referida tacha, o a quien ha debido reclamársele por la parte interesada; y si esta nada dijo o en nada insistió al respecto, había que presumir que había desistido del incidente, o que no le interesaba que el debate surgido de la litis contestatio se orientase hacia la discusión de la presunta falsedad.

II.—Usurpación de jurisdicción.

El cargo se resume en que el doctor Pareja Vélez procedió a ejecutar o hacer ejecutar su fallo, sin tener en cuenta que ello incumbía al Juez inferior, conforme a lo previsto en el artículo 550 del Código Judicial.

En lo sustancial, la Corte prohija lo dicho por

la Procuraduría al respecto, que es del tenor siguiente:

"En cuanto al segundo cargo —y es cierto que el Juez Pareja Vélez procedió a ejecutar el fallo dictado— se le podría tener como un delito de abuso de autoridad por acción, es decir, por la ejecución de un acto arbitrario contra una persona, realizado excediéndose en el ejercicio de las funciones propias de su condición de Juez de segunda instancia. La arbitrariedad o injusticia del acto del Juez Pareja Vélez estaría determinada por el artículo 550 del Código de Procedimiento Civil, que dispone que las sentencias se ejecuten por el Juez de primera instancia. Pero ocurre que en capítulo del mismo Código que reglamenta el "lanzamiento de arrendamiento" (sic), existe (sic) el artículo 1.106 que dice "Si la decisión del Juez es de lanzamiento, éste debe hacerse por él mismo, o por medio de la Policía, dentro de los dos días siguientes." Ante el texto de esta norma —así su sentido sea el de que hace referencia al Juez de primera instancia— no es desacertado ni absurdo que se la haya también interpretado como lo hizo el Juez Pareja Vélez, como imperativa para él que era quien decretaba el lanzamiento, pues el inferior precisamente se había abstenido de hacerlo. Si a esto se agrega el perentorio término de dos días que esta misma disposición establece, la interpretación del Juez Pareja se hace aún más probablemente certera".

"En estas condiciones, el hecho que se le imputa no adquiere contornos delictivos, porque resulta ser un criterio interpretativo en el que no aparece el elemento doloso, pues por ninguna parte aflora la razón, el motivo, el interés que hubiera podido dar nacimiento a un propósito de violar la ley o de forzar su sentido para perjudicar a la persona del demandado o a su propiedad".

III.—Omisión en ordenarse o promoverse la investigación del presunto delito de falsedad.

Si el asunto se hubiera llevado hasta sus últimas consecuencias, la oportunidad para promoverse dicha investigación era el momento en que el Juez decidiese sobre la tacha, declarándola probada. Es lo lógico.

Pero ya se sabe que, precisamente la parte a quien interesaba, se abstuvo de dar a su punto de vista el impulso necesario para que, conforme al mencionado principio dispositivo, pudiera o debiera tramitarse y fallarse el incidente. Lo que quedaba entonces en los autos era una simple afirmación de una parte interesada, que no se sus-

tentó con prueba alguna. Y ese no es el conocimiento serio que va implícito en la norma del artículo 11 del Código de Procedimiento Penal. Sobre ello, existen doctrinas claras de esta Corte, que es innecesario transcribir. Por lo demás, a salvo le quedaba a la parte que sí debía de tener conocimiento cierto del asunto, su derecho y aun su deber (artículos 201 del Código Penal y 12 del Código de Procedimiento Penal) de presentar la denuncia del caso.

No se cometió, pues, abuso de autoridad, bajo ninguna de las formas de los artículos 172 o 174 del Código Penal; tampoco bajo otra alguna.

IV.—Orden ilegal de entrega del inmueble.

Es una realidad que el Juez acusado libró oficio al Alcalde de San Juan Nepomuceno, ordenándole la entrega de la casa objeto del litigio, "sin tener jurisdicción, sin auto previo ni vista del expediente", como lo anota el señor Procurador.

A primera vista, el cargo es grave. Pero, como observa el mismo funcionario, "su aspecto arbitrario e injusto es apenas formal y no real. En efecto, el lanzamiento ya estaba ejecutado y cumplido. Su secuela legal é inevitable era que el bien desocupado por el arrendatario volviera a poder del arrendador. Y como el Alcalde comisionado había dejado sellada la casa en cuestión, era necesario que se permitiera a quienes habían sido favorecidos con el lanzamiento, su ocupación. Tal fue la finalidad del oficio del Juez para el Alcalde. No iba a modificar la situación creada por el fallo, sino a completarla. Que se haya podido expedir sin el lleno de las formalidades previas, puede ser irregular, pero no delictuoso. Por otra parte, el acto ejecutado por el Juez Pareja Vélez al escribir y enviar ese oficio, no produjo perjuicio alguno a persona o propiedad, elemento éste indispensable también para configurar el delito de abuso de autoridad por acción. Y no lo podía producir, porque buscaba llevar a su fin racional la acción de lanzamiento y porque además, el Alcalde no hizo la entrega que se le pedía en el oficio aludido".

Consideraciones finales.

La Procuraduría tiene toda la razón, cuando observa "cómo concurrieron a intrincar el juicio que fue origen de estas diligencias, el descuido y la ignorancia con que se tramitó la acción de una y otra instancia y con que se ejercieron y defendieron los derechos alegados por una y otra par-

te, dando así lugar a derivaciones penales que al fin y al cabo sólo vienen a recargar inútilmente la justicia penal”.

Estas anotaciones, se repite, son exactas. Pero no sobra advertir que los denunciadores tuvieron razón en quejarse, no ya de los hechos analizados, sino de los fundamentos de la providencia que les fue desfavorable, dictada por el Juez acusado. En efecto, allí se dice, entre otras cosas, que el documento **no reconocido y expresamente rechazado** por la parte interesada, servía de base al lanzamiento, por tener carácter de prueba sumaria frente al hecho de estar firmado por dos testigos y ser dicho juicio sumarísimo; y, al efecto, se cita el artículo 467 del Código Judicial. No se tuvo en cuenta que, aun suponiendo que el referido documento tuviera dicho valor probatorio, no servía como **plena prueba** para los efectos del fallo definitivo (artículo 593 del Código Judicial), por no autorizarlo expresamente la ley; ni se reparó en que, no habiendo sido reconocido regularmente por la parte interesada (artículos 637, 642 y concordantes del Código Judicial), y, por el contrario, redagüido como fue de falso, el reconocerle, a pesar de tales defectos, “fuerza de confesión judicial” (artículos 603, 637 *ibidem* y concordantes), equivalía a imponer un grave error como fundamento de la sentencia, en perjuicio de dicha parte.

No obstante ello, en parte alguna aparece som-

bra de mala fé en el funcionario acusado, cuya peculiar interpretación de las normas legales aplicables más se presenta como defecto de estudio y meditación, al cual no fue ajena la defectuosa colaboración de las partes, que como resultado de prevención o ánimo abusivo contra una de ellas.

Se confirmará, pues, la providencia consultada, y, en lo pertinente, se tendrá en cuenta, fuérase de lo dicho, lo preceptuado en el artículo 204 del Código de Procedimiento Penal, sobre el modo de desatar las dudas en materia probatoria.

DECISION:

La Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, acorde con el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA el auto de sobreseimiento consultado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera

Domínguez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón

Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Gustavo

Rendón Gaviria.—Pío Quinto León L., Secretario.

CAUSAL 4ª—TECNICA DE LA DEMANDA DE CASACION. — REQUISITOS MINIMOS QUE DEBE OBSERVAR. — IMPUTACION DE HOMICIDIO-ASESINATO EN DECLARACION UNICA QUE SIRVE DE FUNDAMENTO ESENCIAL AL AUTO DE DETENCION, AL DE PROCEDER APELADO Y CONFIRMADO Y A LOS FALLOS CONDENATORIOS DE INSTANCIAS. — INEXISTENCIA O NULIDAD DE TAL TESTIMONIO, POR OMISION DE FORMAS, REQUISITOS, CONDICIONES O MODALIDADES QUE LA LEY CONTEMPLA COMO SUPUESTOS NECESARIOS PARA SU EXISTENCIA O VALIDEZ COMO ACTO PROCESAL. — POR MEDIO DE DECLARACION NO PUEDE RATIFICARSE UNA DILIGENCIA DE CAREO, PUES ESTA RESULTA IRREGULAR SIN LA PRESENCIA DE UNO DE LOS CAREADOS. — NULIDAD DE UNA DILIGENCIA DE EXHUMACION POR INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR EL ARTICULO. 306 DEL C. P. P. — CUANDO SON NULAS LAS PRUEBAS QUE SUSTENTAN EL AUTO DE PROCEDER, ESTE RESULTA NULO Y ACARREA LA NULIDAD DEL JUICIO. — NO SIEMPRE LA NULIDAD DE UNA DILIGENCIA OCASIONA LA DEL PROCESO. — LOS EFECTOS DE LA NULIDAD BENEFICIAN TAMBIEN A LOS REOS NO RECURRENTES

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, diez y seis de marzo de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez).

VISTOS:

La muerte violenta causada a Juan Antonio Bermúdez, en el paraje "Montanar", del municipio de Quinchía, el 16 de octubre de 1955, dio origen a la investigación penal respectiva, y dentro de ésta, se recibió testimonio a la señora María Ignacia Guevara, madre del occiso. Mas no se limitó ella, en esta oportunidad, a revelar lo que sabía sobre la muerte de su hijo, sino que manifestó y explicó cómo, cerca de cuatro años antes, el 13 de mayo de 1951, su propio marido, de nombre Santos Vicente Bermúdez, había sido asesinado, en las primeras horas de la noche de tal fecha, cuando marido y mujer se hallaban departiendo, en su casa campestre de "El Tabor", jurisdicción del mismo distrito municipal de Quinchía. Estos hechos los imputó la señora Guevara a varios asaltantes, entre los cuales pudo distinguir a Aníbal Arce Grisales y a su hermano Saulo.

Con fundamento en estas revelaciones, se expidieron copias de la actuación sumaria relacionada con la muerte de Juan Antonio Bermúdez; y, se-

bre tal base, el Juzgado Penal del Circuito de Riosucio abrió la investigación referente al primer homicidio —el de Santos Vicente—, en auto del 17 de enero de 1956 (Folio 30 vuelto, C. 1ª).

Este último proceso culminó en la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, fechada el 12 de agosto de 1958, por medio de la cual se confirmó la dictada por el Juzgado Tercero Superior del mismo Distrito Judicial, contra Aníbal y Saulo Arce Grisales, como autores del asesinato de que fue víctima Santos V. Bermúdez, en la oportunidad aludida. La pena principal impuesta fue la de quince años de presidio, fuera de las accesorias de ley; y contra el fallo del Tribunal interpusieron recurso de casación Saulo Arce Grisales y su defensor, recurso que les fue concedido por aquella entidad y que la Corte declaró admisible.

Se opone el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, como representante del Ministerio Público, a que la demanda prospere, pues considera, principalmente, que ella es defectuosa frente a la técnica de casación y "debe considerársela como un simple alegato de instancia" que gira "alrededor de cuestiones puramente probatorias cuya efectividad y operancia no cabe discutir dentro del recurso impetrado". Agrega el mismo funcionario:

“No se aprecia fuera de lugar el hacer hincapié sobre el hecho de que al invocar la cuarta causal el demandante, en forma exclusiva, para fundamentar el recurso debe tener en cuenta que ella procede “cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en juicio viciado de nulidad. Es preciso, pues, demostrar que se ha incurrido en una o más de las causas de invalidez que en número de doce establece taxativamente el Código de Procedimiento Penal en su artículo 198, habida consideración de que las ocho primeras afectan a todos los procesos y las cuatro finales solamente a aquellas en que interviene el Tribunal Popular.

* * *

LA DEMANDA DE CASACION

El demandante la refiere, en forma exclusiva, a la causal 4ª de casación, estimando que el juicio está viciado de nulidad del orden constitucional, por inobservancia de la plenitud de formas a que se refiere el artículo 26 de Ley Fundamental. No fue, ciertamente, afortunado en la expresión de sus puntos de vista, pues se notan en ella la falta de un plan ordenado o metódico, involucración de cuestiones propias de diversas causales y ausencia de lógica en la deducción de las conclusiones inmediatas de cada argumento. Tiene, pues, razón la Procuraduría en hacer reparos a la técnica de la demanda. Sin embargo, la Corte entrará a estudiarla, porque, con todo y sus manifiestos defectos, el escrito correspondiente llena los requisitos mínimos, cuales son: cita o acogida de la causal que, realmente, guarda armonía con los cargos y los hechos; distribución y alegación respecto a éstos; cita concreta de la norma general que, en último término, sirve de base a los mismos cargos; y, en fin, solicitud concreta de anulación.

La Corte dijo, en reciente fallo:

“Cuando el demandante se limita a invocar la causal cuarta de casación, esbozando tan sólo los cargos de nulidad, sin que aparezca alegación o razonamiento alguno que sostenga, siquiera superficialmente, los cargos hechos, resulta meridiano, de acuerdo con reiterada doctrina de esta Corte, que no es el caso de entrar a considerar a fondo los cargos aludidos”.

“Una demanda de casación debe ajustarse a esta difícil técnica, para que imponga siquiera al fallador el deber de entrar en el análisis tendiente

a verificar la procedencia o improcedencia de los cargos. Mas sería excesivo consagrar un rigorismo técnico tal, que desembocara en un puro formalismo jurídico, lo cual haría excepcional el buen suceso de los recursos de casación y cedería en desmedro de la justicia objetiva. En resumen, el recurso dicho no se estableció en la ley por el recurso mismo, y el fin inmediato de unificar la jurisprudencia nacional, que de suyo tiene, debe dejar campo a la realización de otros fines trascendentes que, sin desvirtuar el primero, conducen a que campee la justicia en su plenitud”. (Casación del 11 de julio de 1958. G. J., T. LXXXVIII, Primera Parte, páginas 722 y siguientes).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Corte limitará su estudio al cargo o cargos que aparecen fundados y tienen verdadera trascendencia o significación, frente a la causa invocada. El examen de los demás, expuestos en forma desordenada e ilógica, es absolutamente innecesario, dadas las conclusiones a que habrá de llegarse.

1.—Inexistencia o nulidad de la declaración “que sustenta el sumario, el juicio y la sentencia recurrida”.

En lo sustancial, el cargo se hace consistir en la manera defectuosa o irregular como el testimonio o testimonios de la señora María Ignacia Guevara se arrimaron al proceso; fallas de que, en último término, deduce el demandante la violación del artículo 26 de la Constitución.

En cuanto a lo primero, tiene él toda la razón. En efecto, todo lo que se hizo en el proceso, después de saberse, por medio de unas simples copias de piezas de otro proceso, los graves hechos revelados por la señora Guevara, fue esto, que la Sala transcribe íntegra y textualmente, para que mejor resalte la fuerza del argumento correlativo:

“INSPECCION DE POLICIA MUNICIPAL. — Quinchía, enero veinte de mil novecientos cincuenta y seis.—En esta fecha compareció ante este despacho la señora María Ignacia Guevara con el fin de declarar. Juramentada en forme (sic) legal mediante imposición de los artículos 147, 148 del Código de Procedimiento Penal y el artículo 191 del Código Penal, prometió decir verdad, toda la verdad y nada más que la verdad en su declaración y expuso: Mi nombre es el mismo que antes dije y que ha quedado escrito, tengo cincuenta años de edad, soy natural y vecina de

este municipio, casada, de profesión oficios domésticos y sin generales de la ley con las personas sindicadas en el asunto en que voy a declarar. Exhortada para que haga una exposición de los hechos que son materia de su declaración, dijo: Me ratifico en un todo en la declaración que di en este mismo despacho el día diez y seis de octubre del año próximo pasado con relación al asesinado de mi esposo Vicente Bermúdez y el robo que nos hicieron varios sujetos, entre los cuales estaban Aníbal y Saulo Arce. Así mismo (sic) me ratifico en todo lo expuesto en la diligencia de careo que sostuve en este mismo despacho el día dos de noviembre del año próximo pasado con el sindicado Saulo Arce por cuanto en todo lo dicho me he señado (sic) a la verdad. Que lo dicho es la verdad y es mi declaración. A la declarante se le hizo saber el derecho que tiene de leer su declaración y como manifiestara no saber, le fue leída. Enterada de su contenido se ratificó en lo dicho y en constancia la firma un testigo rogado por la declarante que dice no saber hacerlo". (Fs. 21 vuelto). (Subrayó la Sala).

Salta a la vista que el objeto o la materia de la declaración anterior no fueron, directamente, los hechos que la testigo pudiera conocer, sino lo que, meses antes, había manifestado, en dos diligencias: un testimonio puro y simple, y otro bajo la forma de un careo con el acusado Saulo Arce.

En cuanto al testimonio en sí, es evidente que el mecanismo del artículo 238 del Código de Procedimiento Penal fue violentado, pues él imponía al instructor el deber de exigir a la declarante, en primer término, un relato espontáneo de los hechos que conociera, como si fuese la primera vez que testificaba, y luego, terminada su exposición, el de interrogarla de manera adecuada, para que llenase los vacíos de la misma, determinase circunstancias, aclarase conceptos, despejase dudas, explicara posibles contradicciones, etc.

En cuanto al careo que la señora Guevara dijo ratificar, el procedimiento resulta obviamente irregular, ya que no se entiende cómo pueda ratificarse tal especie de prueba sin la presencia de uno de los careados.

Tocante a las conclusiones que pretende sacar el recurrente, parecería, a primera vista, extravagante, o singular, al menos, que lo vicioso de una sola pieza testimonial pudiera conducir a la anulación de todo el proceso. Pero se trata de un caso muy sui generis, que impone consideraciones especiales.

En efecto, la prueba, viciosa o no, que representa o supone la declaración de la señora Gue-

vara, se caracteriza, en los autos, como el eje alrededor del cual gira la imputación de homicidio-asesinato contra Saulo Arce Grisales. Auto de detención, auto de proceder apelado y confirmado y sentencia de primera y segunda instancia advierten que su fundamento esencial radica en las imputaciones de la misma señora. Ocasional o circunstancialmente, se habla de indicios; pero los tales no son hechos autónomos, de valor propio, sino relaciones de éstos con la prueba central: los dichos de la Guevara. Y lo que se pretende con los que resume el auto de proceder, es afianzar la credibilidad de la denunciante acusadora. En estas condiciones, la prueba incriminativa, sobre que se sustentan imputación, responsabilidad y condena es, prácticamente, una sola: los dichos de María Ignacia Guevara.

Pero no los dichos de ésta regularmente producidos como lo quiso el legislador y lo demanda la técnica procesal, sino vaciados en un molde extraño y, en un todo alejado de estas previsiones. De que resulta ser cierta la observación del recurrente: el testimonio de la señora Guevara no tiene existencia; y se dictó una condena sobre la base única de un testimonio inexistente.

De qué manera influyeron estos vicios en lo sustancial del asunto, es fácil encarecerlo mediante unas breves observaciones:

Supóngase que el funcionario instructor, en lugar de cumplir mecánicamente una función tan importante, hubiera exigido a la declarante el relato espontáneo y completo de ley, y que lo hubiese completado luego con las preguntas y repreguntas del caso. Supóngase que, al hacerse esto, la señora Guevara hubiera incurrido en contradicciones graves, confusión u otros defectos. Su credibilidad se habría derrumbado, y las conclusiones de la justicia habrían tenido que ser distintas de las que condujeron al auto de enjuiciamiento y a la condena. No se sabe que la hipótesis corresponda a la realidad; pero ¿cómo saber la contraria, sobre que se edificó la condena, si los requisitos mínimos necesarios para ello no se llenaron en forma alguna?

Se omitieron, pues, formas, requisitos, condiciones o modalidades que la ley procesal contempló como supuestos necesarios de la existencia o validez del acto procesal correspondiente; y las omisiones resultan, en el caso, sustanciales, trascendentes, pues le restan seguridad a los resultados o conclusiones del juicio, por la fisonomía particular que éste presenta en relación con el acervo probatorio.

Al acusado y a la justicia interesaba que el tes-

timonio de la señora María Ignacia Guevara, tanto el directo como el vertido bajo la forma de un careo, se allegase al proceso con la plenitud de formas o requisitos contemplados en la ley, no sólo por la finalidad propia de los textos legales mismos, sino también, particularmente en el caso, por las circunstancias peculiares en que los hechos incriminados se presentaban frente a las pruebas de cargo: prácticamente, testimonio único, prueba única. Dicha plenitud no se satisfizo, ni siquiera en sus aspectos mínimos; y este grave defecto refluje, como acaba de anotarse, en la necesaria seguridad de las conclusiones condenatorias adoptadas. Luego es absolutamente lógica la deducción de que el fallo se ha sustentado sobre bases viciadas de nulidad, por violación de lo prescrito en el artículo 26 de la Carta.

2.—Nulidad de la diligencia de exhumación.

El recurrente sostiene que esta es nula, y tiene toda la razón. Para evitar confusiones o equívocos y darle a la justicia la certeza que requiere para sus ordenamientos, dispuso el artículo 306 del C. de P. P.:

"Sin haber practicado la autopsia a que se refiere el artículo anterior, no se inhumará el cadáver, y si se hubiere inhumado sin ese requisito, se exhumará para cumplirlo; dando aviso a la persona encargada del lugar donde se hizo la inhumación".

"Al tiempo de realizar la exhumación, el funcionario de instrucción se cerciorará previamente del lugar en que hubiere sido depositado el cadáver; exigirá al sepulturero y a dos por lo menos de las personas que deban estar informadas del lugar en que se encuentre, que indiquen, bajo juramento, el sitio preciso en que se encuentren los despojos a que se refiere la inspección. Hecha la exhumación, se identificará el cadáver por los medios que el Juez estime oportunos y se procederá en seguida a la autopsia".

¿Cómo se cumplió por el funcionario instructor la norma aludida, tan clara y perentoria? Sencillamente, no se cumplió. Conviene, al efecto, hacer algunas transcripciones, para mejor poner de relieve la ausencia de los requisitos legales:

"INSPECCION MUNICIPAL DE POLICIA. — Quinchía, enero treinta y uno de mil novecientos cincuenta y seis.—Nómbrase como peritos para practicar la diligencia de exhumación que fue ordenada por el Juzgado Penal del Circuito de Ríosucio en auto ampliatorio a los señores doctor Ja-

vier Agudelo Clavijo Médico Oficial, y al señor Aldemar Pérez Cedeño como perito asesor, los cuales tomarán posesión en el momento de la diligencia.—Cúmplase.—J. Eusebio Mesa S.—Inspector.—José Arrany Morales R., Secretario".—Folio 33).

"DILIGENCIA DE EXHUMACION DEL CADAVER DE SANTOS VICENTE BERMUDEZ.—INSPECCION MUNICIPAL DE POLICIA DE QUINCHIA.— Enero treinta y uno de mil novecientos cincuenta y seis. En esta fecha los suscritos Inspector y Secretario en asocio de los señores peritos: Doctor Javier Agudelo Clavijo, Médico Oficial; el señor Aldemar Pérez C. nombrado Perito Asesor, nos trasladamos al cementerio de la localidad, con el fin de practicar la exhumación del cadáver del señor Santos Vicente Bermúdez. Una vez allí se procedió a la exhumación del cadáver, y se procedió a dar principio a la diligencia. Para tal fin el suscrito Inspector procedió a darles posesión a los Peritos de conformidad con lo dispuesto por los artículos 147 y 148, 261 del Código de Procedimiento Penal, por cuya gravedad ofrecieron decir verdad, toda la verdad y nada más que la verdad. Seguidamente expusieron: Practicada exhumación del cadáver correspondiente al señor Santos Vicente Bermúdez fallecido hace cinco años aproximadamente a causa de homicidio, encontramos al examen del sistema esquelético, los siguientes datos: PRIMERO: Sección del hueso occipital en sentido transversal en una longitud de trece centímetros aproximadamente. SEGUNDO: A tres centímetros por encima de ésta encontramos otra perforación del mismo hueso en una extensión de siete centímetros. Ambas heridas llegaron a la masa encefálica. TERCERO: Sección transversal de la extremidad inferior del hueso radial y cubital derechos a nivel de la articulación de la muñeca, lo que aclara recibió herida transversal a nivel de la ya mencionada articulación. Se concluye como causa de la muerte las heridas recibidas en el cráneo a nivel del hueso occipital. La supervivencia se calculaba en unos setenta años. Es nuestro dictamen y es la verdad. No siendo otro el motivo de la presente diligencia, se termina y se firma por los que en ella intervinieron.—El Inspector, J. Eusebio Mesa S.—El Médico Oficial, doctor Javier Agudelo Clavijo.—El Perito Asesor, Aldemar Pérez Cedeño.—El Secretario, José Afrany Morales R.". (Folios 33 y vuelto).

Se desprende de las diligencias anteriores que la sepultura no fue identificada, ni tampoco el cadáver de la presunta víctima de un homicidio,

mediante el cumplimiento de las "formas" o requisitos que la ley prescriba. La prueba específica de la identificación se desvió hacia la simplemente pericial, sin darse cuenta el funcionario de que la segunda era complementaria de la otra, pero no la suplía, en la forma como se hizo. Esta es la realidad, y, para atenuarla o paliarla, no vale anotar, como dicen los funcionarios, a través de los principales proveídos, que hay que presumir que se hizo una averiguación previa con los parientes y amigos del occiso; tampoco basta, para dichos efectos, responder, como lo hacen, que los resultados de la inspección guardan paralelismo lógico con las manifestaciones de la señora Guevara, y que de ello puedan deducirse la validez y seguridad de la prueba.

En cuanto a la significación de este vicioso sistema de colocar, por encima de los mandatos legales, el propio y personal del instructor, podría argüirse que la necesaria identificación del cadáver era susceptible de establecerse con otra clase de pruebas que condujesen a los mismos resultados; de esta suerte, aun siendo nula la diligencia de exhumación, no surgiría la consecuencia de la nulidad del juicio en sí.

Tales anotaciones podrían aceptarse en otros casos; mas no en el presente, en que los dichos de la señora Guevara se toman como suarios, precisamente porque se supone que los refuerzan los datos de la exhumación. En otros términos, se advierte que la credibilidad de la denunciante se confirma con los datos de la exhumación; y, a su vez, que la exhumación corrobora las acusaciones de dicha mujer. En estas circunstancias, el fallador se encuentra ante el hecho singular de que la única prueba inculpativa de importancia arriada al expediente, y legalmente nula, se trata de confirmar o validar con la única prueba importante y básica de la materialidad del delito, también nula, frente a los ordenamientos legales. De que surge otra conclusión, y es que, en el caso, la sentencia acusada no tuvo en cuenta el mandato del artículo 203 del Código de Procedimiento Penal, que habla de pruebas "legalmente producidas", sin las cuales "no se podrá dictar sentencia condenatoria en materia criminal".

No vale advertir que se trata de un juicio por Jurado, y que éste aprecia libremente las pruebas; pues la tacha que viene haciendo la Sala, no versa sobre el valor de convicción de tal prueba, sino sobre la manera como se dejaron de considerar los defectos con que fue obtenida, que la hacían inválida o inidónea para fundamentar un auto de cargos y, con mayor razón, una condena. Justa-

mente por ello, por cuanto se tuvo como válido lo que no lo era y encarnaba lo sustancial de los elementos del juicio, es por lo que éste resulta nulo, frente al texto constitucional. Hay, pues, una clara y directa concatenación entre las pruebas referidas, su calidad de pilares sustentadores del juicio y de la condena a que dieron lugar, los vicios que las afectan y lo prescrito en el artículo 26 de la Constitución Nacional.

CONCLUSIONES:

Prospera la causal invocada. El proceso es nulo, porque son nulas sus bases, como acaba de advertirse. El auto de proceder era y es una forma sustancial del juicio, y los fundamentos de tal providencia son nulos. También el auto de cierre de la investigación constituye otra forma o requisito, que fue lesionada negativamente, en cuanto dicho cierre se cumplió sin estar perfeccionada y casi que sin existir investigación: tan graves y notorios son sus defectos. De esta suerte, el juicio resulta nulo, a través del mecanismo de la nulidad de sus cimientos o bases esenciales. Sin que ello implique, como parece obvio, que pueda generalizarse el concepto de que sean nulos todos los juicios en que existan diligencias nulas o inválidas. Casos habrá en que la nulidad de la diligencia no acarree la del proceso, porque los defectos de aquella no alcancen a proyectarse sobre los fundamentos del juicio mismo. Sobre ello, la Corte fue bien explícita en reciente fallo de casación, al cual se remite para evitar malos entendimientos sobre la doctrina de las nulidades, y, en especial, de las llamadas "nulidades constitucionales" (Sentencia del 18 de diciembre de 1958, en juicio por homicidio contra Miguel Mendoza y Jacinto Torres).

La nulidad que habrá de decretarse, debe obrar a partir del auto de cierre de la investigación, por ser ésta la manera práctica y legal, a más de lógica, de corregir las deficiencias anotadas.

Supuesta la gravedad de los hechos denunciados por la señora Guevara, la Corte espera que la nueva investigación se cumpla con la mayor diligencia, dentro de los términos legales.

En el mismo fallo en que se condenó al recurrente, se hizo igual condena contra Aníbal Arce Grisales, por el mismo delito imputado al primero y sobre las mismas bases probatorias. Por lo tanto, la anulación del proceso habrá de favorecer también a dicho procesado no recurrente, de acuerdo con las doctrinas de la Corporación, en especial con la siguiente:

“Tratándose de sentencia condenatoria de varios reos y siendo común a todos el hecho que origina la nulidad, la reposición de lo actuado se extiende a los no recurrentes. Ningún principio de derecho procesal se opone al beneficio que éstos reciben como consecuencia de la declaración de nulidad”.

“No sería lógico, ni conforme con el principio de igualdad ante la ley, y por lo mismo repugnaría a un sentimiento general de justicia, que un juicio que es nulo y sin ningún valor se considere como tal para uno de los reos y permanezca válido, con todas sus consecuencias jurídicas, para el codelincuente, tratándose del mismo delito, realizado, según los autos, en concurso recíproco y sin mediar ningún hecho o circunstancia diferencial que sustraiga a uno de los acusados de la imputación común”. (Casación, 4 de julio de 1949, G. J., LI, 649).

DECISION:

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en desacuerdo con el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia recurrida y declara NULO lo actuado en este proceso, a partir del auto de clausura de la investigación, la cual debe reponerse adecuadamente, dentro de los términos legales.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera Domínguez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Gustavo Rendón Gaviria—Pioquinto León L., Secretario.

LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS SON ACUSABLES ANTE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, POR VIOLACION DE LAS NORMAS OBJETIVAS, ABUSO O DESVIACION DE PODER, SIMULACION, ETC.—AUNQUE SE PUEDA OBTENER LA INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR LA DESTITUCION DE UN CARGO OFICIAL, A TRAVES DE LA ACCION PENAL, POR PRESUMIRSE QUE EL ANIMO Y LOS FINES DE AQUELLA ERAN DELICTUOSOS O PROCLIVES, ESTA ACCION ES DE OTRA NATURALEZA Y SUS FINES ESPECIFICOS Y DIVERSOS DE LA LLAMADA CONTENCIOSA DE PLENA JURISDICCION

Cuando de la denuncia por la destitución de un cargo oficial, no ratificada posteriormente y formulada sobre la base de que el querellante “presumía” o “suponia” o deducía que el ánimo y los fines de la destitución eran delictuosos o proclives, sin constarle nada al respecto, se desprende que el denunciante no buscaba un fin de interés público, cual era el castigo de los delincuentes, sino uno de carácter estrictamente privado, cual era su reintegración al cargo, de cuyo, esta finalidad le resta seriedad a la denuncia y aun la hace sospechosa. Los actos administrativos son acusables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, por violación de las normas objetivas, abuso o desviación de poder, simulación, etc. Y el ofendido puede reclamar el restablecimiento de su derecho, mediante el ejercicio de la llamada acción contenciosa de plena jurisdicción. La acción penal es de otra naturaleza, y sus fines diversos y específicos, aunque a través de ella, se pueda obtener la indemnización de perjuicios.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, treinta y uno de marzo de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez).

VISTOS:

Desde Lórica, Departamento de Córdoba, el señor Guillermo Benedetti León se dirigió a la Junta Militar de Gobierno, el 27 de septiembre de 1957, quejoso de que había sido destituido de su cargo de Personero de aquel municipio, por haberse negado a firmar un contrato lesivo de los

intereses de esta entidad “y de muchos particulares...”.

La denuncia fue pasada, junto con los documentos que se acompañaron por el denunciante, a la Comisión Nacional Investigadora, en cuyo poder estuvo paralizada hasta el 31 de enero del año en curso, en que se dispuso su envío a esta Corporación, con la nota previa de que, “al ser sustanciada, se refundió desfavorablemente con otros documentos”.

De inmediato se dispuso por esta Sala la ratificación de la mencionada denuncia, y, al efecto, se comisionó al Juzgado Municipal Penal de Lórica, ante quien el interesado manifestó, en diligencia del 26 de febrero último, lo siguiente:

“...no me ratifico en el denuncia o queja de que se trata, por cuanto estimo que es ya conveniente desistir de él, en vista de que han transcurrido un año y cinco meses, lapso durante el cual no se obtuvo las medidas conducentes a mi restablecimiento en el cargo de Personero Municipal, reparación a la cual yo esperaba, a más de que los ciudadanos incriminados perdieron su calidad de funcionarios públicos. Es cuanto tengo que manifestar con la ratificación que se me exige, sin intención de ofender ni causar perjuicios a nadie”.

Se deduce de lo anterior, como ya se desprendía de los términos de la denuncia original, que ésta no buscaba un fin de interés público, cual es el castigo de los delincuentes, sino uno de carácter estrictamente privado, cual era la reintegración del denunciante a su cargo. De cuyo, esta finalidad le restaba seriedad a la denuncia, y aun la hacía sospechosa. Los actos administrativos son acusables ante la jurisdicción contencioso-admini-

nistrativa, por violación de las normas objetivas, abuso o desviación de poder, simulación, etc. Y el ofendido puede reclamar el restablecimiento de su derecho, mediante el ejercicio de la llamada acción contenciosa de plena jurisdicción. La acción penal es de otra naturaleza, y sus fines diversos y específicos, aunque a través de ella, se pueda obtener la indemnización de perjuicios.

En el caso en comento, la acusación contra el doctor Eusebio Cabrales Pineda, como Gobernador del Departamento de Córdoba, se relacionó con el hecho de haber aprobado el Decreto del Alcalde de Lorica, por medio del cual destituyó al denunciante de su cargo de Personero. Todo sobre la base de que éste "presumía" o "suponía" o deducía que el ánimo y los fines de la destitución eran delictuosos o proclives, sin constarle nada al respecto.

Los puntos de vista que, a última hora, ha puesto de relieve el interesado, son lógicos; y la actuación que tiene a su estudio la Sala, bastante completa por cierto, no suministra el conocimien-

to serio indispensable para suplir la negativa del denunciante a ratificar sus acusaciones y ordenar una investigación de oficio.

De consiguiente, lo indicado es archivar estas diligencias, sin más actuación.

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, RESUELVE:

No es el caso de abrir investigación en lo referente a los hechos denunciados y no ratificados a que se alude en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera

Domínguez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón

Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Gustavo

Rendón Gaviria—Píoquinto León L., Secretario.

SALA DE CASACION LABORAL

LA SOLA CONSIGNACION NO EXONERA AL PATRONO DE LA SANCION POR MORA EN EL PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES. — LA CULPA O NEGLIGENCIA EN EFECTUAR DICHO PAGO NO ACARREA LA SANCION SINO QUE SE REQUIERE LA DEMOSTRACION DE LA MALA FE, TEMERIDAD O DOLO PATRONAL. INDEMNIZACIONES POR INCUMPLIMIENTO DE LO PACTADO O POR RUPTURA UNILATERAL DEL CONTRATO. — COMPUTO DEL SALARIO Y DEL SALARIO PROMEDIO.—PRESTACIONES A QUE TIENE DERECHO EL TRABAJADOR INVALIDO CUANDO NO SE HAN SATISFECHO LAS QUE LE CORRESPONDEN POR ENFERMEDAD.—INTERPRETACION ERRONEA DE LA LEY

1.—Del artículo 65 del C. S. del T. se desprenden las siguientes conclusiones:

a).—De antiguo tiene establecido la jurisdicción laboral que la pena ordenada por el precepto antedicho, y que es imponible al patrono renuente al pago de salarios y prestaciones debidos al trabajador al momento de terminarse el contrato de trabajo, debe ser efecto de la mala fé o temeridad del primero en su abstención de solucionar dichos salarios y prestaciones, en tal momento, al segundo.

b).—Como corolario lógico de lo anterior, la jurisprudencia del trabajo ha sostenido que la conducta de buena fé asumida por el patrono lo exonera, en igual evento, de la preindicada sanción.

c).—Todas las hipótesis del artículo 65 (abstención de pago, desacuerdo, consignación o ausencia de ésta) han quedado subordinadas, respecto de la aplicabilidad o no por la sanción por mora, a los elementos preindicados o de la mala fé o de la buena fé que, en su orden, para que la pena se aplique o deje de aplicarse, acompañen la postura del patrono en la eventualidad del no pago oportuno de salarios y prestaciones al trabajador.

d).—Ha dicho la Corte —Sala Laboral— que las apreciaciones de la mala o de la buena fé del patrono como causantes de la aplicación o inaplicación de la pena indemnizatoria constituyen una deducción del juzgador que se asimila a presunción simple o judicial, y se estructura de acuerdo con la

regla de la libre formación del convencimiento (artículo 61 del C. de P. L.). El antiguo Tribunal Supremo había sostenido: "Al trabajador corresponde demostrar solamente que al terminar el contrato no le fueron pagados sus derechos, porque es esta la base objetiva que el artículo 65 señala para que la sanción sea procedente. Será en la defensa que asuma el patrono y en los hechos probados en que la apoye, de donde habrá de decidirse en cada caso por el Juez si aquella falta de pago es imputable o no a mala fé suya y si, de consiguiente, debe o no responder por el valor de los salarios constitutivos de la indemnización moratoria" (Sentencia de junio 1º de 1955, D. del T. Vol. XXIII números 127 a 129, pág. 62).

Los apartes anteriores son otros tantos hitos de la jurisprudencia en torno al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y en lo que concierne a los tres primeros literales (a, b y c), su origen se remonta a la interpretación del artículo 52 del Decreto 2127 de 1945 —norma precursora del actual artículo 65 del Código— y fue objeto de meditado estudio por la Comisión redactora del estatuto laboral vigente, según se aprecia en la historia fidedigna de su establecimiento (acta del 5 de mayo de 1950).

Por consiguiente, siendo como son la buena o mala fé del patrono, elemento exculpativo y elemento determinante de la sanción, en su orden, los supuestos pre-establecidos por el mencionado mandato quedan obviamente condicionados, para la liberación

o la imposición de la pena, a la ponderación de aquellos elementos. Como resultado de lo anterior, no es adecuado, en la mayoría de las ocasiones, alegar el nudo hecho de la consignación para pretender impugnar por violación directa de la ley un proveimiento de segundo grado en que el sentenciador, no obstante haber existido la consignación, decidió condenar al patrono con todo y ser consignante a pagar la indemnización por "salarios caídos". La jurisprudencia ha dilucidado las dos principales situaciones que en lo pertinente a este punto pueden surgir. Algunas veces la propia falta de consignación no es generadora de la pena moratoria, cuando el patrono nada paga ni consigna, puesto que de buena fé nada cree deber. En otras, aún existiendo la consignación, resulta aplicable la pena, cuando el patrono apenas consigna una parte (afirmando de mala fé que es lo que confiesa creer deber), en tanto que necesariamente tiene que ser mayor la cantidad objeto de su creencia de deber.

En el evento de desacuerdo con el trabajador, la ley le otorgó al patrono un instrumento liberador de la sanción moratoria (la consignación). Al mismo tiempo autorizó una forma subjetiva, de fuero interno, en la utilización por el patrono de aquel instrumento ("consignando..... la suma que confiese deber). Pero cuando en relación con este último aspecto subjetivo de la confesión de deber, al patrono se le descubran trazas de abuso del derecho o de fraude a la ley (v. y gr. consignando 1, cuando su creencia de deber son veinte, o consignando por el concepto A, mientras indudablemente debe y dolosamente niega deber por los conceptos B, C, D, etc.), la jurisprudencia ha considerado irrita la consignación abusiva y fraudulenta, presumido temerario e injusto al consignante y aplicado a éste, por tanto, el castigo indemnizatorio.

2.—La graduación de la pena del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y a más de esto su rigor, han propiciado, —como antes se vio por la jurisprudencia transcrita—, que sea la temeridad o dolo (mala fé) el elemento causante de la sanción, mas no otras causas tales como la imprevisión de lo imprevisible (culpa), desorganización de la empresa patronal (negligencia o descuido) etc., puesto que tal ampliación, por vía meramente jurisprudencial sin la indispensable

pre fijación legal, procuraría en la práctica el casuismo y alimentaría el semillero de la arbitrariedad. El juzgador deducirá libremente en cada caso la mala fé o la buena fé. Pero los sutiles distingos de negligencia o culpa no pueden tener cabida en una materia que, por su rigor, por su precisión conceptual, es poco propicia a construcciones teórico-jurídicas más allá de los elementos fundamentales y evidentes que en derecho universal se tienen como causantes del castigo o liberadores de él, y que ya fueron establecidos por la jurisprudencia. No es, pues, concorde a ésta, la tesis de que la mera negligencia patronal se erija también en causal de sanción moratoria, haciendo aún más imprecisa una cuestión que por su importancia exige notable claridad, la que ya le fue dada en lo posible —con extraordinaria amplitud de juicio para el aplicador de la ley— por la jurisprudencia que estableció los dos elementos preindicados como hitos causales de la aplicación o inaplicación de la pena pecuniaria.

3.—El primer inciso del artículo 64 propone la resolución del contrato con indemnización de perjuicios por incumplimiento de lo pactado y a cargo de la parte incumplida. En otras palabras: el género incumplimiento de lo pactado, se sanciona con la resolución del contrato y con el pago de perjuicios a cargo de quien incumple. Seguidamente el ordinal 2º del mismo propone la especie incumplimiento de lo pactado por "ruptura unilateral e ilegal del contrato", y específicamente ordena que la indemnización en este caso "consiste en el monto de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presunto".

De lo anterior se deduce que no todo incumplimiento de lo pactado a que se refiere el ordinal 1º del artículo 64 debe sancionarse con la indemnización a que se refiere el ordinal 2º de la misma norma. Sólo procede esta sanción cuando el incumplimiento consiste en ruptura unilateral e ilegal del contrato.

4.—La noción del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, fijada en forma tan concreta y precisa por el legislador, es la que sirve de base en el cómputo de todas aquellas obligaciones, prestaciones e indemnizaciones para cuya liquidación la ley parte

de la base del "salario" o del "salario promedio" en un período determinado. Si la ley no se refiere expresamente a salario ordinario (como por ejemplo en los artículos 173 y 174), y sólo habla de salario, el juzgador debe entender que se trata del definido por el precitado artículo 127, en todo su alcance, y debe medir la obligación correspondiente —si los hechos a ello dieren lugar—, en función de las diferentes formas constitutivas de salario que dicho precepto establece.

5.—La recta inteligencia del artículo 284 del Código Sustantivo del Trabajo indica a las claras que para la cesación de las prestaciones por enfermedad es condición sine qua non que tales prestaciones se vengán satisfaciendo regularmente cuando se declare el estado de invalidez, puesto que cesar significa "suspenderse o acabarse una cosa (.) dejar de hacer lo que se está haciendo" (17ª Edición del Diccionario de la Real Academia), y esta moción de terminación o fin de algo que se viene realizando es aún más explícita en el contenido de la norma, la cual a dicha terminación o fin de las prestaciones por enfermedad contrapone sucesivamente la idea de comienzo o principio de la prestación por invalidez, cuando expresa: "Cesarán las prestaciones por enfermedad y comenzarán las correspondientes a invalidez". Repugnaría a la lógica la idea de que es posible cesar o dejar de hacer lo que nunca se ha hecho, aberración de juicio que, además, se prestaría a gravar doblemente a los patrones que cumplieran regularmente sus obligaciones para con el trabajador enfermo, y a exonerar del auxilio por enfermedad a los patrones incumplidos que dejando avanzar la enfermedad de sus servidores sin atender a su asistencia oportuna —alegarían la pretendida incompatibilidad— cuando el estado del paciente derivara de invalidez, para cumplir solamente las prestaciones correspondientes a este estado.

El artículo 284 consagra el tránsito de prestaciones (por enfermedad o invalidez), en una sucesión regular en que las primeras se han venido cumpliendo y cesan para dar comienzo a las segundas, cuando por el sobreviniente estado de invalidez hubiere lugar a éstas. Pero lo que cesan son las prestaciones, mas no el derecho a ellas cuando éste hubiere sido negado, ni la correlativa obligación de satisfacerlas. El artículo re-

gula situaciones ordinarias en las que v. gr., un patrono, ante la enfermedad no profesional de su trabajador, procede realmente a satisfacer a favor de éste las prestaciones monetarias y específicas de los artículos 227 y 277 que deben procurarse durante un lapso hasta de 180 días; en esta hipótesis, y en el evento de que la situación del enfermo derivara al estado de invalidez, declarado por el médico, cesarían las prestaciones por enfermedad y empezarían a causarse las correspondientes a invalidez.

Más en el caso de negligencia o temeridad del patrono renuente a atender las primeras prestaciones (por enfermedad), y que en la práctica dejan de satisfacerse, la derivación al estado de invalidez no priva al trabajador del derecho mismo a dichas prestaciones no satisfechas en su hora, en cuanto éstas sean físicamente posibles.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá D. E., quince de enero de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Vélez García).

El señor Joaquín Galindo Restrepo demandó, mediante apoderado, a la "Esso Colombiana S. A.", domiciliada en Bogotá y representada por su Gerente el señor Fernando J. Espinosa, para que por los trámites de un juicio ordinario de trabajo se hicieran las siguientes declaraciones en contra de la Compañía demandada y a favor del demandante:

"a).—Que la Esso Colombiana S. A., representada legalmente por su Gerente o por quien haga sus veces, está obligada a cubrir inmediatamente al demandante, señor Joaquín Galindo Restrepo, la suma correspondiente al salario por el tiempo faltante para cumplirse el último semestre del contrato de trabajo, es decir, el que debía vencer el día 31 de agosto del presente año, debido a la violación por parte de la Compañía de dicho contrato al suspender al señor Galindo por término superior a los ocho días que señala como máximo el artículo 112 del Código Sustantivo del Trabajo;

"b).—Que la misma empresa demandada está obligada a prestarle inmediatamente al demandante la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria necesarias hasta por seis meses y a pagarle el correspondiente auxilio de enfermedad por el mismo período, en los términos de los artículos 227 y 277 del mismo Código;

"c)—Que si, como consecuencia de la enfermedad del demandante y no obstante el tratamiento a que sea sometido, según lo pedido en el punto anterior, le sobreviniere a éste una invalidez que lo incapacite en los términos del artículo 278 del mismo Código, tendrá derecho, además, a las prestaciones señaladas en esta última disposición, previa la correspondiente estimación pericial;

"d)—Que por cada día de retardo en la prestación de los servicios asistenciales o en el pago de las prestaciones a que se refieren los artículos 227, 277 y 278 del Código Sustantivo del Trabajo, la Empresa está obligada a pagarle al demandante el valor del salario diario, teniendo en cuenta el promedio mensual de lo devengado en el último año de servicios y con aplicación del artículo 65 del mismo Código;

"e)—Que á cargo de la Empresa están las costas y gastos del juicio, en caso de oposición a esta demanda".

El libelo de demanda relaciona los siguientes hechos:

"PRIMERO.—El señor Joaquín Galindo Restrepo entró a prestar servicios en la Tropical Oil Company desde el 31 de agosto de 1945, como empleado de Oficina y los siguió prestando hasta el día 30 de junio de 1950, pues desde el 1º de julio del mismo año, en virtud de sustitución patronal, y sin solución de continuidad, comenzó a trabajar al servicio de la Esso Colombiana S. A.

"SEGUNDO.—Al servicio de la ESSO COLOMBIANA S. A. y como empleado de Oficina el señor JOAQUIN GALINDO RESTREPO estuvo trabajando desde el día 1º de julio de 1950 hasta el día 4 de junio de 1955, fecha en la cual comenzó a surtir sus efectos la sanción de suspensión indefinida que le fue comunicada en la nota del día anterior, que se acompaña a este libelo.

"TERCERO.—La sanción de suspensión indefinida que se notificó al señor Galindo Restrepo en la comunicación de fecha 3 de junio de 1955, duró hasta el día 20 del mismo mes y año, fecha esta última en la cual se dirigió al mismo demandante la nota que también se acompaña, en la que se le dio cuenta de que la Empresa en ejercicio de la cláusula de reserva de terminación unilateral consignada en el contrato de trabajo suscrito entre las partes y mediante preaviso de 45 días, daba por terminado el contrato de trabajo, por lo que el poderdante debía presentarse al examen médico, con la orden que para tal efecto se agregó a dicha nota.

"CUARTO.—Además, en la misma comunicación del 20 de junio de 1955, se le ordenó al de-

mandante presentarse a la Oficina número 904 Departamento de Relaciones Industriales, Sección Personal y Empleo, con el fin de recibir las correspondientes prestaciones sociales.

"QUINTO.—Cuando se le comunicó al señor Galindo Restrepo, mediante la nota de fecha 20 de junio de 1955, a que se ha hecho referencia en los hechos anteriores, que quedaba terminada la suspensión que como sanción se le había impuesto, habían transcurrido mucho más de diez días, contados desde la fecha en que dicha suspensión se le había hecho saber.

"SEXTO.—Al ser despedido el señor Galindo Restrepo padecía de esclerosis y eburneación de las placas terminales de los cuerpos vertebrales de C2, C3, C5-6 y C7, con formación de espículas óseas marginales, algunas "labiadas" y algunas fracturadas, según examen radiológico que le había sido practicado por el doctor Francisco Torres León, con fecha 4 de febrero de 1955.

"SEPTIMO.—Además, durante su permanencia al servicio de la Empresa demandada se descubrió que el señor Galindo Restrepo padecía de una artritis en la columna vertebral que obligó a tratamiento transitorio con irradiaciones en el Laboratorio del doctor Mario Gaitán Yanguas.

"OCTAVO.—La enfermedad que venía padeciendo de tiempo atrás el señor Galindo Restrepo, según consta en la historia clínica en poder de la Empresa se agravó últimamente, a punto tal que cuando fue despedido estaba afectado de "Espondiloosteorartropatía hipertrófica degeneralizada" (sic) según los exámenes y radiografías practicados por médicos particulares.

"NOVENO.—No obstante lo anterior, la Empresa se ha negado a suministrarle al señor Galindo Restrepo la asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria y las prestaciones monetarias del caso, como consecuencia de tal enfermedad.

"DECIMO.—Con fecha 3 de agosto de 1955 ya despedido mi poderdante la Empresa se limitó a hacer en el Juzgado Quinto del Trabajo de Bogotá una consignación que sólo comprende lo relativo a cesantía, sueldos y horas extras pendientes, vacaciones y prima de servicios, según la discriminación que se hace en el respectivo memorial, pero sin mencionar siquiera lo concerniente a la grave enfermedad progresiva que padece.

“UNDECIMO.—El señor Galindo Restrepo devengaba un sueldo de seiscientos pesos mensuales (\$ 600.00), pero también trabajaba horas extras, por lo cual el promedio de salarios en el último año de servicios fue de \$ 736.72.

“DUODECIMO.—La Compañía Esso Colombiana S. A. no es afiliada al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, y tiene un capital muy superior a ochocientos mil pesos (\$ 800.00) (sic) moneda corriente”.

Como fundamentos de derecho invocó los artículos 14, 16, 22, 64, 65, 67, 68, 69, 227, 278, 280 y concordantes del Código Sustantivo del Trabajo, lo mismo que las normas de procedimiento aplicables al caso.

La sociedad demandada respondió la demanda por conducto de apoderado, y dijo que era cierto el primer punto de los hechos; expresó que no aceptaba los puntos segundo, tercero, cuarto y quinto en la forma en que habían sido expuestos en el libelo de demanda; a este respecto aclaró que el día 3 de junio de 1955, “por la causal contemplada en el aparte b) del artículo 17 del Reglamento de Trabajo, que lo hacía acreedor al despido sin previo aviso, la Compañía impuso al demandante una sanción consistente en suspensión”. Dicha suspensión duró cinco días, o sea del 5 al 10 de junio. Agrega que con fecha 20 del mismo mes, la Compañía ejerció la facultad contenida en la cláusula de reserva del contrato de trabajo, de conformidad con el artículo 48 del Código Sustantivo del Trabajo, y notificó al actor que su contrato quedaría terminado 45 días después de la mencionada fecha. Añade que a Galindo Restrepo se le liquidaron las prestaciones correspondientes al auxilio de cesantía, vacaciones causadas y no disfrutadas (entre agosto 1º de 1954 y agosto 4 de 1955), horas extras y valor de la prima de servicios. Pero que como el demandante rehusó recibir, la Compañía consignó a la orden del Juzgado Quinto del Trabajo de Bogotá.

La demandada dijo que no aceptaba los puntos sexto, séptimo, octavo, noveno y décimo. Aclaró que después de la notificación al demandante acerca de la terminación del contrato, aún sin que mediara solicitud del actor, la Compañía le hizo practicar examen médico, por el doctor Alfonso Riaño, sin que de éste apareciera que el señor Galindo Restrepo padeciera de enfermedad que lo incapacitara par trabajar o que disminuyera su capacidad laboral. Agrega que “las novedades de salud que registró el demandante durante su permanencia al servicio de la sociedad (.....) le fueron oportunamente tratadas de acuerdo con

las indicaciones de los facultativos que lo examinaron y atendieron”.

Respecto del punto décimo primero dice que, al terminar su contrato de trabajo y desde el 1º de septiembre de 1954, el demandante devengaba un salario de seiscientos pesos (\$ 600.00) mensuales; pero con anterioridad a la mencionada fecha, devengaba un salario inferior. Añade que tampoco el promedio del valor de las horas extras en el último año de servicios fue de ciento treinta y seis pesos con setenta y dos centavos (\$ 136.72).

Finalmente, dijo ser cierto el punto décimo segundo. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, la de carencia de acción del demandante y la de todo hecho en virtud del cual la ley desconoce la existencia de obligación o la declara extinguida si alguna vez existió.

Sentencia de primer grado.

Correspondióle conocer de la controversia al Juez Sexto del Trabajo de Bogotá, quien hubo de desatlarla mediante providencia del 28 de junio de 1956, en la cual se hicieron las siguientes condenaciones a cargo de la “Esso Colombiana S. A.” y a favor del señor Joaquín Galindo Restrepo: a) Por concepto de indemnización de lucro cesante (en un lapso de dos meses y diez días) la cantidad de \$ 1.719.04; b) Por auxilio de invalidez, la suma de \$ 4.420.32, correspondientes a seis meses de salario; c) La cantidad correspondiente a las dos terceras partes del salario mensual de \$ 736.72 a partir del 22 de junio de 1955 hasta el 22 de septiembre del mismo año, y la mitad del mencionado salario a partir del 23 de septiembre hasta el 22 de diciembre del mismo año de 1955; d) Asistencia médica, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria durante seis meses, de acuerdo con lo establecido en el artículo 277 del C. S. del T., y e) la cantidad de \$ 736.72 mensuales a partir del 23 de junio de 1955 y hasta cuando se verifique el pago de lo debido, y las costas.

Fallo de segundo grado.

Contra la providencia de primer grado interpuso recurso de apelación la parte demandada. El Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá lo decidió en sentencia proferida el 5 de octubre de 1956, reformativa de la del a-quo, en el sentido de condenar a la Compañía a pagar al demandante las siguientes prestaciones e indemnizaciones: a) \$ 3.600.00 por concepto de auxilio de invalidez consecutiva a enfermedad no profesional; b) \$ 600.

mensuales desde el 4 de agosto de 1955 hasta cuando se cancele la suma a que se contrae el ordinal anterior por concepto de salarios caídos; se absolvió a la Sociedad de los demás cargos de la demanda y se revocó la condenación en costas en la primera instancia al par que se absolvió de las mismas a la demandada en la segunda instancia.

El recurso de casación.

El proveído anterior ha sido objeto del recurso extraordinario de casación interpuesto por ambas partes. Concedido, admitido y legalmente tramitado dicho recurso, corresponde ahora a la Corte Suprema de Justicia, decidirlo, por su Sala Laboral, mediante el estudio de las respectivas demandas y los correspondientes escritos de oposición. En primer término va a realizarse el examen del recurso de la parte demandada-recurrente.

Alcance de la impugnación.

El recurso pretende la casación parcial del fallo de segundo grado en cuanto por él se condenó a la "Esso Colombiana S. A." a pagar al señor Joaquín Galindo Restrepo la suma de \$ 600.00 mensuales desde el 4 de agosto de 1955, hasta cuando se pague al actor el auxilio de invalidez decretado por la sentencia recurrida en su literal a), para que en su lugar, previa revocatoria del fallo de primer grado, se absuelva a dicha Compañía de la referida condena.

Con fundamento en la causal primera del artículo 87 del C. de P. del T. formula cuatro cargos que serán examinados en su orden.

Primer cargo.—Acusa la sentencia recurrida por infracción directa del artículo 65, numeral 2º del Código Sustantivo del Trabajo, según el cual, si a la terminación del contrato el trabajador se niega a recibir salarios o prestaciones sociales debidas, el patrono "cumple con sus obligaciones consignando ante el Juez del Trabajo (.....) la suma que confiese deber, mientras la justicia decide la controversia".

Desarrolla el cargo manifestando que la sentencia recurrida infringió directamente esa norma legal (artículo 65, numeral 2º), cuyo texto es absolutamente claro y no permite interpretaciones o distinciones acomodaticias, al haber condenado a la Esso Colombiana S. A. al pago de salarios caídos, no obstante que dicha compañía efectuó ante el Juez Quinto del Trabajo la consignación de las prestaciones que creía deber (subraya el recurrente) al señor Galindo, por haberse éste negado

a recibirlas. Es decir —añade— que no aplicó habiendo debido aplicarlo, el numeral 2º del artículo 65 del C. S. del T., el cual exonera de la obligación de pagar salarios caídos al patrono que consigna las prestaciones.

Replica el opositor —con base en reiterada jurisprudencia del extinto Tribunal Supremo del Trabajo, acogida por esta Sala— que no toda consignación puede tomarse como pretexto para exonerar al patrono de la sanción contenida en el referido precepto. Con dicho propósito transcribe varios textos jurisprudenciales —contentivos de la tesis anterior— en los cuales la jurisdicción laboral ha sustentado uniformemente el parecer de que, por ser el artículo 65 (inclusive en su numeral 2º) una institución de derecho sustantivo subordinada a los criterios de la buena o de la mala fé patronal, aquélla como exculpativa y ésta como determinante de la pena indemnizatoria, son tales criterios, más que el simple hecho de la consignación judicial, los que propician la certidumbre del juzgador acerca de la procedencia o no de la sanción por salarios caídos.

Sobre este particular invoca entre otras excertas jurisprudenciales la que a continuación se reproduce: "Cuando a la terminación del contrato de trabajo, el patrono deposita ante el Juez del Trabajo o, en su defecto, ante la primera autoridad política de lugar, la suma que confiese deber al trabajador, cumple con sus obligaciones mientras la justicia decide el fondo de la controversia. Ello no significa que baste al patrono depositar, a su arbitrio, una suma cualquiera, sino la que de buena fé creyere deber. Y no siempre ha de serle obligatorio depositar una determinada suma, puesto que de buena fé puede andar el patrono en el convencimiento de que no debe nada. En uno y en otro caso, previo el estudio completo de las probanzas que obran en el juicio y el análisis estricto de la conducta procesal observada por los contendientes, el Juez formará su criterio y decidirá concretamente si lo depositado por el deudor o la negativa a depositar suma alguna es o no justificada, se atempera o no a la realidad procesal". (Casación del 19 de julio de 1954).

Si no fuera así, agrega el opositor, el mencionado mandato se convertiría en "rey de burlas". Seguidamente hace la aserción de que el caso de autos es ejemplo elocuente de la forma como a veces se intenta falsear en su letra y espíritu la citada norma positiva. Porque —explica— puede observarse en dicho caso cómo la Compañía demandada se mostró y se sigue mostrando rehacia al cumplimiento de deberes que no sólo le con-

ciernen por simples razones humanitarias, sino por incluíbles imperativos de orden legal; "no puede decirse que actúa de buena fé quien procede contra los mandatos positivos del derecho y contra los principios elementales de la solidaridad humana". Hace el opositor referencia a los resultados del proceso en las dos instancias, y afirma que no obstante haberse deducido en ellas prestaciones ora asistenciales ya pecuniarias a cargo de la sociedad demandada, ésta "continúa tomando de estribo una consignación manifiestamente inferior a las regulaciones laborales, para resistir al cumplimiento de obligaciones perentorias mientras que el ex-empleado continúa sufriendo las consecuencias de la invalidez a que lo condujo la indolente y condenable conducta de los propios médicos de la Compañía". Remata su escrito destacando que la propia justicia laboral es la que ha venido reaccionando contra el sistema que una vez más trata de hacerse revivir en el juicio, en el cual una consignación irrisoria pretende tomarse como escudo contra una sanción indubitable. Pide finalmente que por no desprenderse que haya podido incurrirse en el quebrantamiento que arguye el recurrente, la Sala rechace la acusación.

Examen del cargo:

El presente ataque al proveído objeto del recurso, formulado por infracción directa del artículo 65 del C. S. del T. en su ordinal 2º, da asidero a la Sala para hacer la siguiente recapitulación.

a).—De antiguo tiene establecido la jurisdicción laboral que la pena ordenada por el precepto antedicho, y que es imponible al patrono renuente al pago de salarios y prestaciones debidos al trabajador al momento de terminarse el contrato de trabajo, debe ser efecto de la mala fé o temeridad del primero en su abstención de solucionar dichos salarios y prestaciones, en tal momento, al segundo.

b).—Como corolario lógico de lo anterior, la jurisprudencia del trabajo ha sostenido que la conducta de buena fé asumida por el patrono lo exonera, en igual evento, de la preindicada sanción.

c).—Todas las hipótesis del artículo 65 (abstención de pago, desacuerdo, consignación o ausencia de ésta) han quedado subordinadas, respecto de la aplicabilidad o no de la sanción por mora, a los elementos preindicados de la mala fé o de la buena fé que, en su orden, para que la pena se aplique o deje de aplicarse, acompañen la postura del patrono en la eventualidad del no pago oportuno de salarios y prestaciones al trabajador.

d).—Ha dicho la Corte —Sala Laboral— que las apreciaciones de la mala o de la buena fé del patrono como causantes de la aplicación o inaplicación de la pena indemnizatoria constituyen una deducción del juzgador que se asimila a presunción simple o judicial, y se estructura de acuerdo con la regla de la libre formación del convencimiento (artículo 61 del Código Procesal Laboral). El antiguo Tribunal Supremo había sostenido: "Al trabajador corresponde demostrar solamente que al terminar el contrato no le fueron pagados sus derechos, porque es ésta la base objetiva que el artículo 65 señala para que la sanción sea procedente. Será en la defensa que asuma el patrono y en los hechos probados en que la apoye, de donde habrá de decidirse en cada caso por el Juez si aquella falta de pago es imputable o no a mala fé suya y si, de consiguiente, debe o no responder por el valor de los salarios constitutivos de la indemnización moratoria" (Sentencia de junio 1º de 1955, D. del T. Vol. XXII, números 127 a 129, página 62).

Los apartes anteriores son otros tantos hitos de la jurisprudencia en torno al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y en lo que concierne a los tres primeros literales (a, b y c), su origen se remonta a la interpretación del artículo 52 del Decreto 2.127 de 1945 —norma precursora del actual artículo 65 del Código—y fue objeto de meditado estudio por la comisión redactora del estatuto laboral vigente, según se aprecia en la historia fidedigna de su establecimiento (acta del 5 de mayo de 1950).

Por consiguiente, siendo como son la buena o mal fé del patrono, elemento exculpativo y elemento determinante de la sanción, en su orden, los supuestos pre-establecidos por el mencionado mandato quedan obviamente condicionados, para la liberación o la imposición de la pena, a la ponderación de aquellos elementos. Como resultado de lo anterior, no es adecuado, en la mayoría de las ocasiones, alegar el nudo hecho de la consignación para pretender impugnar por violación directa de la ley un proveimiento de segundo grado en que el sentenciador, no obstante haber existido la consignación, decidió condenar al patrono con todo y ser consignante a pagar la indemnización por "salarios caídos". La jurisprudencia ha dilucidado las dos principales situaciones que en lo pertinente a este punto pueden surgir. Algunas veces la propia falta de consignación no es generadora de la pena moratoria, cuando el patrono nada paga ni consigna, puesto que de buena fé nada cree deber. En otras, aún existiendo la con-

signación, resulta aplicable la pena, cuando el patrono apenas consigna una parte (afirmando de mala fé que es lo que confiesa creer deber), en tanto que necesariamente tiene que ser mayor la cantidad objeto de su creencia de deber.

En el evento de desacuerdo con el trabajador, la ley le otorgó al patrono un instrumento liberador de la sanción moratoria (la consignación). Al mismo tiempo autorizó una forma subjetiva, de fuero interno, en la utilización por el patrono de aquel instrumento ("consignando... la suma que confiese deber"). Pero, cuando en relación con este último aspecto subjetivo de la confesión de deber, al patrono se le descubran trazas de abuso del derecho o de fraude a la ley (vr. gr. consignando 1, cuando su creencia de deber son veinte, o consignando por el concepto A, mientras indudablemente debe y dolosamente niega deber por los conceptos B, C, D, etc.), la jurisprudencia ha considerado irrita la consignación abusiva y fraudulenta, presumido temerario e injusto al consignante y aplicado a éste, por tanto, el castigo indemnizatorio.

Es suficiente lo expuesto para repetir que es impropio el ataque en la forma en que se hizo por la sola consideración de que habiendo consignado el patrono resultaba inaplicable la pena. Ya se ha visto cómo, aún pre-existiendo el hecho de la consignación, procedió la condena indemnizatoria en el evento de que aquélla sea irrita. Y lo es cuando las circunstancias de facto que rodean el acto consignatorio inducen a formar en el juzgador el convencimiento de la mala fé del patrono consignante.

La impugnación sustenta exclusivamente como causa para casar la sentencia, el simple hecho de la consignación, aduciendo tácitamente que ésta por sí sola siempre constituye elemento eximente o liberador de la sanción indemnizatoria, lo cual —como se ha visto— no es exacto.

El juzgador tuvo en cuenta la consignación, y al mismo tiempo debió considerar otros aspectos de facto —atinentes a la buena o mala fé del patrono— que prestaban soporte a la condena no obstante existir dicha consignación, de acuerdo con las apreciaciones anteriormente formuladas. Por este aspecto, ha de tenerse por ineficaz el ataque. En consecuencia no prospera la acusación.

Segundo.—El recurrente impugna la sentencia por violación directa del numeral 1º del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo a causa de **aplicación indebida** del mismo, porque se condenó a la Compañía demandada al pago de salarios caídos, como si no hubiese hecho legal y oportu-

namente la consignación de las prestaciones que creía y confesó deber al señor Galindo, siendo así que dicha consignación sí se efectuó. Por consiguiente —agrega— a una situación de hecho indiscutible, como lo es que la compañía sí hizo la consignación de las prestaciones que de buena fé creía deber al demandante, se le aplicó la sanción establecida por el artículo 65 del C. S. del T. para cuando dicha consignación no se hace.

Dice el opositor que "La segunda impugnación formulada por el libelista es sustancialmente igual a la que acaba de refutarse" (cargo primero). Y añade: "Si el caso planteado, que dicho sea de paso implica una cuestión de hecho, no puede estimarse comprendido entre la excepción establecida en el inciso segundo, porque no se trata de una consignación proporcionada al caso, sino, al contrario, de un menaguado depósito que tiene todas las características de una simple estrategia, para seguir resistiendo impunemente al cumplimiento de la ley, tras el burladero de la sedicente "consignación", es indiscutible que la indemnización moratoria consagrada en la primera parte de la disposición en cita tiene que ser aplicada".

Termina diciendo que ante el nuevo cargo resulta pertinente dar por reiteradas las argumentaciones contra el anterior.

Se considera:

Idénticas razones e iguales motivos a los aducidos para rechazar la primera acusación le sirven a la Sala para desechar la segunda. Existe efectivamente —como lo asevera el impugnador— una situación de hecho indiscutible (cual es el de la consignación), pero ya se ha visto cómo ese solo hecho que nadie osa discutir en el sub-lite no es elemento que por sí solo preste mérito bastante para liberar al patrono de la condena por mora y, en consecuencia, para quebrantar por este extremo el fallo de segundo grado. La cuestión planteada no se refiere exclusivamente a la existencia misma del acto consignatorio —deducido de autos— sino que mira a las circunstancias y modalidades de hecho cualificativas de dicha consignación, a efecto de establecer si ésta, —por la buena fé patronal— ostenta el suficiente poder liberatorio de la sanción, o si por el contrario —por causa de la mala fé del patrono— viene a ser un acto irrito que no lo exime de la pena. Por lo cual, la Corte se remite al análisis del cargo anterior, y destaca como valederas para esta segunda acusación las consideraciones que condujeron al rechazo de la primera. En tal virtud, no prospera este cargo.

Tercero.—Se acusa la sentencia por infracción directa del artículo 65, a consecuencia de “una errónea interpretación del mismo”, ya que éste estatuye —prosigue el recurrente— que el patrono debe efectuar la consignación de todas las prestaciones que de buena fé considere deber al trabajador cuando cesa la relación laboral. Agrega que es claro que dicha consignación, como repetidamente lo ha sostenido la Corte, no debe ser irrita ni fraudulenta en su intención pues en ese caso no producirá los efectos que le señala el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, es decir, los de liberar al patrono de la obligación de indemnizar perjuicios moratorios a su antiguo empleado. Añade que la discriminación y las cuantías de las partidas consignadas a favor del demandante por la empresa, demuestran claramente que ésta obró de buena fé, y, por tanto, dicha consignación debe producir los efectos liberatorios que la ley señala.

Explica cómo el artículo 65, según la jurisprudencia, no exige para la consignación de que trata los requisitos del capítulo 7º del título XIV del Código Civil, ni las formalidades del Título XXXII del Libro Segundo del Código Judicial, sino el simple depósito de lo que el patrono confiese deber, mientras la justicia del trabajo decide la controversia, es decir, mientras se califica por el funcionario competente si la suma consignada cancela el valor de los derechos del trabajador, según lo confesado, o es insuficiente para la solución de las obligaciones patronales (.....). Y si del juicio resultare que el patrono es deudor de una cantidad mayor, a pesar de que de buena fé creía deber menos, la condena por el excedente no comprenderá su responsabilidad moratoria en los términos del comentado artículo 65.

En consecuencia —manifiesta— si la compañía no creía deber al señor Galindo prestaciones por concepto de enfermedad y esa creencia era, como lo fue, de buena fé, interpretó erróneamente el Tribunal la norma tantas veces comentada, al haber condenado a la Esso Colombiana S. A. a pagar salarios caídos. En apoyo de sus afirmaciones el recurrente cita y transcribe jurisprudencia del trabajo concorde con aquéllas.

Más adelante dice que el Tribunal estimó que la citada creencia de la Compañía de no deber nada al señor Galindo por enfermedad, no fue de buena fé; que la culpa en que pudo haber incurrido el médico que practicó al señor Galindo el examen de retiro, compromete la responsabilidad de la empresa; que no puede tratarse de una equivocación justificable, por cuanto un médico

que anteriormente había examinado al mismo señor Galindo por cuenta de la Empresa, había diagnosticado la dolencia que le aquejaba.

Para impugnar esas razones, e insistiendo sobre la buena fé de la Empresa, agrega que es posible una equivocación del médico que practicó el examen de retiro al declarar apto a Galindo; pero que dicha equivocación se produjo sin negligencia de su parte, habida cuenta de que en la historia clínica consta que varios de los trece médicos generales, cirujanos y de diversas especialidades que tuvieron ocasión de examinar y tratar al paciente, “consideraron que sus enfermedades podían ser de orden neurótico o talvez de carácter imaginario; y finalmente, que la posible culpa de ese médico (que no está probada y que el recurrente dice rechazar enfáticamente), no configura ni puede configurar la mala fé de la Compañía”.

Hace un repaso de la historia clínica del señor Galindo, según los documentos pertinentes que obran en los autos, así:

Septiembre 3 de 1954, doctor Roselli: “neurosis profunda”;

Agosto 31 de 1954, doctores Gaitán Yanguas y Vargas Rubiano: “Es aconsejable chequeo psicopatológico”;

Agosto 13 de 1954, doctor Vargas Rubiano: “Diagnóstico: Neurosis por desadaptación al trabajo”;

Junio 25 de 1954, doctor Gaitán Yanguas: “...con la advertencia de que el temperamento psicópata del enfermo puede hacer fracasar toda terapéutica”;

Junio 7 de 1954, doctor Quintero: “Antecedentes trastornos de carácter-irritabilidad”;

Mayo 8 de 1952, doctor Patiño Camargo: “Dice que su madre ha estado gravemente enferma. Tal situación ha desencadenado otra vez su estado angustioso con larga lista de síntomas subjetivos....”;

Enero 11 de 1949, doctor Patiño Camargo: “Se envía en consulta al especialista psiquiatra, doctor B. Otero D’Costa solicitándole concepto”;

Febrero 2 de 1949, doctor Patiño Camargo: “Informa el doctor Otero que no volvió a su consultorio”;

Diciembre 15 de 1949, doctor Patiño Camargo: “Otra vez achaques psiconeuróticos”;

Diciembre 18 de 1948, doctor Riaño: “Nerviosidad”;

Julio 12 de 1947, doctor Patiño: “En los exámenes lo único preciso: Parásitos intestinales. Strongiloides. Lo demás parece ser de orden psiconeurótico”;

De la misma manera debe tenerse en cuenta —dice el recurrente—, que el doctor Torres León, al reconocer bajo juramento (folio 62, cuaderno primero) el concepto que se acompañó a la demanda, manifestó que no había hecho conocer de la Esso Colombiana S. A. el examen que practicó al señor Galindo el 4 de febrero de 1955. Y anota que, además, el doctor Guillermo Sarmiento López hizo idéntica manifestación y agregó (folio 64, cuaderno primero) que **si era posible** que “otro médico capacitado y competente y actuando de buena fé al haber examinado al señor Joaquín Galindo Restrepo pudiera aseverar que no padecía de ninguna de las entidades patológicas descubiertas.... por él y por el doctor Francisco Torres León”..... “ya que para confirmar un diagnóstico de esta naturaleza se hace necesario el examen radiológico”.

De lo anterior concluye el recurrente que ninguna inculpación se le puede hacer a la Esso Colombiana S. A. por no haber consignado cualquier suma por concepto de una incapacidad del señor Galindo que “hasta entonces le era completamente desconocida”, ni menos aún se le puede atribuir mala fé.

El apoderado de la demandada termina el cargo criticando el aparte del fallo cuyo texto reza:

“Esta negligencia, que es de la Compañía, la condujo, en modo principal, a la abstención que se amerita, la cual, por ello, carece de justificación. Y toda demora injustificada en pagar o consignar la prestación social que se debe hace incurrir al ex-patrono en la sanción establecida en el artículo 65 del C. S. del T.”.

Dice el recurrente que el “varias veces mencionado artículo 65 no establece la sanción de pagar salarios caídos cuando ha habido demora injustificada en satisfacer las prestaciones sociales. No, tal sanción está establecida únicamente para los casos en que el patrono de mala fé no consigna las prestaciones que cree deber”. Termina diciendo que la Compañía no consignó ninguna cantidad por enfermedad o invalidez del señor Galindo, porque de buena fé no creía deberle nada por ese concepto.

Considera la Sala:

En la anterior acusación (violación por vía directa y por concepto de interpretación errónea) se incurre en el defecto formal de plantear cuestiones de hecho cuya evaluación en casación sólo podrían efectuarse en un ataque por vía indirecta, es decir, mediante la impugnación del proveído

por pretendidos errores evidentes de hecho.

Ha insistido la Corte —en acuerdo con los doctrinantes de casación— que la figura de la transgresión de la norma por incorrecto entendimiento de ésta debe configurarse en el plano del estricto derecho —sin referencia a las cuestiones de hecho— o sea por vicio o **error in iudicando in jure**.

“A este respecto ha expresado la Corte en jurisprudencia reciente, en la cual se condensa la anti-quisima doctrina de casación sobre este punto: “Cuando se acusa una sentencia por interpretación errónea de una norma sustantiva, debe examinarse si el organismo jurisdiccional, realizó la función primordial de decidir cuál es el pensamiento latente en la norma —como medio único de poder aplicarla con rectitud— y si inquirió su sentido sin desviaciones ni errores, pues cuando ello ocurre, la casación los corrige poniéndolos de relieve y subrayando la insuficiencia del juicio o el exceso cometido al formularlo” (Casación de 15 de noviembre de 1958, juicio de Luis Alberto Amaya vs. “Manrique y Gutiérrez Limitada”). Más, importa repetirlo, la errónea inteligencia del contenido de la norma debe presentarse en forma autónoma, independientemente de las cuestiones de hecho, pues no cabe el análisis de la estimación de facto que, equivocadamente hubiere hecho el sentenciador, para imputarle a su proveimiento violación directa de la ley sustantiva por interpretación errónea.

Aún más, dentro de la realidad procesal, son ineficaces para el propósito buscado las apreciaciones que hace el apoderado de la demandada —sobre piezas que obran en los autos— conducentes a presentar la dolencia del actor en el plano exclusivamente psicopático. Ello tiende a demostrar que la enfermedad fue de carácter mental, y, siéndolo, y habiendo sido conocida por la empresa, debía haber sido atendida por ésta conforme a la ley, pues no existe texto legal que exima al patrono de atender las enfermedades mentales, no profesionales, de sus trabajadores. Si por amplitud la Corte le diera al tercer cargo un giro fundamental, y prevalida de las cuestiones de hecho enunciadas por el libelista procediera a verificar el error evidente de hecho en el cual pudiera haber incurrido el **ad-quem**, la sola deducción de una entidad patológica de naturaleza psiconeurótica haría responsable a al empresa —que tuvo que conocer dicha enfermedad— de las prestaciones específicas y monetarias correspondientes.

Por las razones anteriores no prospera la acusación.

Cuarto.—El último cargo de la demandada-recurrente acusa la sentencia por violación indirecta del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, a través de notorios errores de hecho en la apreciación de las pruebas, las cuales demuestran que la Compañía sí efectuó oportunamente y en forma legal la consignación de las prestaciones del señor Galindo, al terminar la relación laboral, y en vista de que dicho señor no quiso recibirlas oportunamente. Hace consistir la violación por error de hecho en que el sentenciador: a) No vio lo que es una protuberante realidad procesal, es decir, la consignación efectuada por la Compañía; b) Vio lo que no hay, o sea la mala fé de la Compañía.

Cita como pruebas inapreciadas la consignación efectuada por la Empresa ante el Juzgado Quinto del Trabajo de Bogotá, y la confesión judicial de la parte demandante, contenida en el hecho décimo de su libelo acerca de este mismo hecho.

Afirma (en desarrollo del literal b) que el Tribunal vio lo que no existe, o sea la mala fé de la Compañía. Agrega luégo que el fallador supone que la Esso Colombiana procedió de mala fé al efectuar dicha consignación, de lo cual no hay prueba alguna en el proceso. Ni siquiera se atreve a decir que la condenó por mala fé; optó más bien por fundarse en un motivo hasta hoy desconocido por la ley y la jurisprudencia: la culpa extracontractual. Explica la aseveración precedente diciendo que el Tribunal condena a la Compañía porque a su juicio el médico de ésta no obró con prudencia y diligencia al practicar el examen de salida del señor Galindo. Pero si ello fuera así, resultaría absurdo deducir de la pretendida culpa de dicho médico, la mala fé de la Compañía que sería el único motivo para imponerle a ésta la obligación de pagar salarios caídos. Arguye que una cosa es que la responsabilidad extracontractual de la Compañía pueda estar comprometida por los daños que sus empleados o agentes causen a terceros, y otra muy distinta el concepto de mala fé que por un aspecto puramente contractual sanciona el artículo 65, para cuando no se pagan o se consignan las prestaciones que se deben a un empleado que ha dejado de servirla. Afirma textualmente: "Es norma de derecho universal que la buena fé se presume (artículo 769 del Código Civil) y esta presunción no ha sido desvirtuada en el presente caso. Antes por el contrario, todos los elementos probatorios que obran en el proceso y la conducta misma de la Compañía tienden a corroborar dicha presunción. Si, por ejemplo, el médico que examinó al señor Ga-

lindo hubiera diagnosticado la dolencia que le aquejaba y no obstante esto, la Compañía no hubiera consignado cantidad alguna por concepto de las prestaciones correspondientes a tal enfermedad, aquí sí habría habido mala fé de su parte. Pero tal no fue lo que ocurrió. La Compañía no creía deber nada por este concepto al señor Galindo en vista del citado concepto médico y en consecuencia, de buena fé, no consignó cantidad alguna relativa a esa clase de prestaciones".

De lo anterior se colige la configuración del error de hecho que predica de la sentencia recurrida, e insiste en que se case el proveído.

En una extensa réplica el opositor critica el aspecto formal del recurso, haciendo resaltar las fallas de técnica en que incurre el libelista en la formulación de este cargo y pide que se rechace la acusación.

Consideraciones de la Sala:

Ya se ha establecido cómo el simple acto consignatorio no es, por sí solo, considerado aisladamente, factor que exima de la responsabilidad de indemnización moratoria al patrono que lo ejecuta. Es abundantísima la jurisprudencia que, sobre este particular, mantiene el parecer de que son la buena fé y la mala fé patronales —con consignación o sin ella—, los elementos configuradores, en su orden, de la exoneración de la pena por mora o de la aplicación de ésta. Una nueva cuestión se plantea aquí: si igualmente puede tenerse la culpa del patrono como generadora de la sanción indemnizatoria del artículo 65. El recurrente —que resuelve el punto en sentido negativo— ataca el proveimiento recurrido en cuanto el sentenciador se pronunció en él por la afirmativa, en el aparte que reza: "Esta negligencia, que es de la Compañía, la condujo, en modo principal, a la abstención que se amerita, la cual, por ello, carece de justificación etc.", de donde concluyó la procedencia de la condena por mora.

Ante la imposición de pena moratoria por la sola causa de la culpa o negligencia patronal —de la que fue deducida aquélla por el sentenciador en el *sub-lite*—, es necesario afirmar que una recapitulación de los antecedentes jurisprudenciales del trabajo acerca de este aspecto, demuestra cómo aquéllos no han tenido tal alcance ni conseguido tanta amplitud. Hace poco dijo la Corte (en sentencia de septiembre 16 de 1958, juicio de Francisco Gaviria contra Naviera Colombiana S. A.): "La jurisprudencia ha insistido de manera uniforme en punto a prederterminar la causalidad de la sanción moratoria en la mala fé y temeridad del patrono, al par que ha erigido la buena fé,

que ampara inclusive los estados de duda razonable, como eximente de la pena. Esta saludable orientación tiene raigambres profundas. Tal así la doctrina universal de derecho que considera el dolo, la torcida intención de causar daño, como precedente por antonomasia para la imposición del castigo, cuando quiera que éste por su rigor y gravedad —como lo es en casi todos los casos la pena pecuniaria del artículo 65— no sea gradual por otros factores”.

La no graduación de la pena, y a más de esto su rigor, han propiciado, —como antes se vio por la jurisprudencia transcrita—, que sea la temeridad o dolo (mala fé) el elemento causante de la sanción, mas no otras causas tales como la imprevisión de lo previsible (culpa), desorganización de la empresa patronal (negligencia o descuido) etc., puesto que tal ampliación, por vía meramente jurisprudencial sin la indispensable prefijación legal, procuraría en la práctica el casuismo y alimentaría el semillero de la arbitrariedad. El juzgador deducirá libremente en cada caso la mala fé o la buena fé. Pero los sutiles distingos de negligencia o culpa no pueden tener cabida en una materia que, por su rigor, por su precisión conceptual, es poco propicia a construcciones teóricas jurídicas más allá de los elementos fundamentales y evidentes que en derecho universal se tienen como causantes del castigo o liberadores de él, y que ya fueron establecidos por la jurisprudencia. No es, pues, concorde a ésta, la tesis de que la mera negligencia patronal se erija también en causal de sanción moratoria, haciendo aún más imprecisa una cuestión que por su importancia exige notable claridad, la que ya le fue dada en lo posible —con extraordinaria amplitud de juicio para el aplicador de la ley— por la jurisprudencia que estableció los dos elementos preindicados como hitos causales de la aplicación o inaplicación de la pena pecuniaria. No obstante lo anterior, que se ubica dentro del plano estrictamente interpretativo del artículo 65, la Corte observa que, inclusive aceptando los reparos del recurrente acerca del amplio alcance que le dio el sentenciador a la norma precitada, la casación de este extremo por salarios caídos en el caso sub-judice no es viable. En efecto: el ataque está edificado sobre la base de demostrar la interpretación equivocada de la disposición antedicha, pero habiendo sido formulado de manera indirecta por errores de hecho en el juicio del sentenciador, pasó por alto la singularización de pruebas que le habrían servido al *ad-quem* para decretar la condena por mora no sólo con base en simple negligencia, sino

en mala fé en la actitud de la empresa en frente del actor. El juzgador de segundo grado se apoya para la calificación de “demora injustificada” en la satisfacción y pago de prestaciones específicas y monetarias por enfermedad, y por ende para disponer la sanción, en el dictamen del doctor Gaitán Yanguas, del servicio médico de la empresa patronal, quien aproximadamente un año antes del despido halló en el trabajador Galindo “osteoartritis vertebral” y sometió al paciente a un transitorio tratamiento radiológico. Dice el sentenciador: “Mas a Galindo Restrepo la sociedad demandada, por intermedio de uno de sus médicos, el doctor Gaitán Yanguas, había diagnosticado, a través de datos clínicos y radiológicos, y tratado, además, la existencia de una “osteoartritis vertebral”. Esto aconteció en el mes de junio de 1954”.

Este solo soporte de *facto*, que no fue tocado y que es invulnerable —en sentir de la Sala— constituye un gravísimo antecedente en contra de la actitud patronal, calificable no sólo de negligente sino de francamente temeraria en el caso estudiado, temeridad que se hace más patente dentro de relevantes aspectos procesales como son, a más del conocimiento anterior al juicio que el patrono necesariamente debía tener de la verdadera situación de Galindo, la certidumbre que, ya dentro del juicio, le arrojaban los dictámenes de dos médicos corroborados por la peritación del Departamento de Medicina Industrial, la cual tiene el carácter de obligatorio. No fue atacado, pues, este soporte. Pero en el evento de que lo hubiera sido y que el cargo no padeciera de tal achaque, en presencia de tales hechos la Corte más que una negligencia de grado simple hallaría temeridad o mala fé, que responsabilizaría a la empresa por condena indemnizatoria.

Un brevísimo repaso de la ficha médica del señor Galindo Restrepo demuestra cómo la entidad o entidades patológicas que aquejaban a éste eran en extremo complejas. Fuera del recuento hecho por el recurrente en el cargo anterior para relieves el carácter psíquico de los padecimientos del actor (lo cual, por sí solo, haría incurso a la empresa en la obligación de asistir a éste por el término legal y de proveer a las prestaciones médico-farmacéuticas que para las enfermedades no profesionales establece el Código), existen datos que muestran cómo la Compañía por medio de su servicio médico necesariamente conoció desde por lo menos un año antes del despido las demás afecciones anatómo-patológicas y fisiológicas

(osteo-artritis vertebral) que padecía el trabajador.

En efecto: en su historia clínica aparece:

"Junio 7 de 1954. **Ortopedia.** (.....) **E. actual** (presumiblemente por estado actual).—Hace cinco años sensación de pesantez sobre la región occipital, nuca y lados del trapecio. El paciente relaciona sus crisis dolorosas a la hiperacidez gástrica y a los momentos de irritabilidad. Anota limitación de los movimientos del cuello.

Examen: Datos positivos: obesidad, "tic" con movimientos de lateralidad del cuello y "rechinnamiento" de los dientes, no se aprecia dolor localizado sino sensación de (palabra ilegible) sobre las partes laterales de la región occipital, partes laterales de la nuca y bordes del trapecio. Limitación moderada de los movimientos de lateralidad de la cabeza. (.....) Se pide estudio radiológico cráneo y columna cervical".

"Junio 15 de 1954. **Ortopedia.**—Radiología: Cambios anatómicos cervicales especialmente sobre la parte anterior de los cuerpos. Gran hipertrofia de las apofisis estiloides de los temporales. Calcificación de la base (?) del cerebro etc. Se envía al doctor Mario Gaitán para roentgenoterapia".

"Junio 21.—(Doctor Gaitán Yanguas). Con los datos clínicos ya anotados que concuerdan con el diagnóstico de osteo-artritis vertebral se hará tratamiento con rayos X, con la advertencia de que el temperamento psicópata del enfermo puede hacer fracasar toda terapéutica. Se anota además la presencia de unos 3 ganglios de uno a 2 cmts. de diámetro en el lado izquierdo del cuello".

"Julio 22.—Hasta el 8 de julio se le aplicó dosis total de 750 r en aire, distribuidas en seis sesiones. La movilidad del cuello es casi normal y los dolores han disminuído considerablemente, pero el paciente sigue insistiendo en que 'cada vez que está malo de la digestión se le presenta el dolor en las regiones laterales del occipucio y la necesidad de mover la cabeza', etc."

Continuando con el examen probatorio de esta acusación por error de hecho, se ve que con posterioridad al tratamiento transitorio de rayos X a que fue sometido el paciente, aparecen diversos dictámenes por los cuales se sitúa prevalentemente el mal padecido por el actor en el campo psico-neurótico, entre agosto 13, y noviembre 15 de 1954; "nada objetivo" es el concepto del médico tratante en esta última fecha. El 9 de diciembre de 1954 aparece una anotación en la ficha, en la cual se expresa que el señor Galindo "consultó un

médico particular", sin que se diga el nombre de éste.

Se observa que durante los primeros seis meses de 1955 —que fueron los últimos de su servicio en la Compañía— el actor no fue atendido por los médicos de ésta; y que solamente al tiempo del despido, el 22 de junio de 1955, se produce el dictamen sobre el cual la empresa fundamenta su buena fé, y que reza: "Examen de retiro. Físico: apto. Tic de rotación de la nuca".

Pero ocurre que el paciente, a 4 de febrero de 1955, asistía por su cuenta al consultorio del doctor Francisco Torres León, quien halló en las radiografías de la columna cervical del enfermo "marcados cambio de espondiloosteoartropatía hipertrófica degenerativa: esclerosis y eburneación de las placas terminales de los cuerpos vertebrales del c2, c3, 65-6 y c7, con formación de espiculas óseas marginales, algunas 'labiadas' y algunas fracturadas" (Folio 12). (El carácter progresivo de la enfermedad se aprecia con el dictamen del mismo doctor Torres León, de 8 de julio de 1955, cuando nuevamente examinado el enfermo, en su "columna dorso-lumbar se observan cambios enteramente similares a los de la columna cervical", (folio 13).

De donde resulta que, al tiempo del despido, cuando el médico de la Esso Colombiana S. A. conceptuaba sobre la aptitud física del trabajador Galindo Restrepo, y no parecía darle mayor importancia al "tic de rotación de la nuca" que éste padecía, el enfermo estaba realmente sufriendo gravísimas afecciones determinantes de cambios estructurales de la columna vertebral (en sus sectores cervical y dorso-lumbar), causante de una consiguiente limitación de su capacidad de trabajo.

Llega un momento en el proceso en el cual la obstinada negativa de la Compañía a satisfacer una de las prestaciones más importantes y más inmediatamente exigibles del derecho laboral acentúa más la evidencia de la mala fé del patrono y conlleva todas las trazas de una postura francamente temeraria. Es aquél en el cual, a la luz del derecho, se configura plena prueba acerca del estado patológico del trabajador a causa de una enfermedad de tipo progresivo que lo aquejaba desde antes del retiro de la empresa, y no obstante ello, la empresa ni consigna el excedente, ni lo paga, ni provee a satisfacer prestaciones específicas que, con el carácter de urgentes, la ley consagra, por la misma naturaleza inaplazable de las necesidades que satisfacen.

En efecto: los dictámenes de los doctores Francisco Torres León y Guillermo Sarmiento López

(por desconocer el primero de los cuales, entre otras razones, pretextaba buena fé la demandada), reconocidos en juicio, juntamente con la peritación del Departamento Nacional de Medicina Industrial que por no haber sido tachada ni controvertida por la demandada asumía el carácter de dictamen obligatorio (ordinal 2º del artículo 217 en concordancia con el artículo 280 del Código Sustantivo del Trabajo) respecto de la invalidez permanente parcial derivada de la enfermedad no profesional (literal a) del artículo 271 *ibidem*) son elementos de la realidad procesal que, sin duda, dan fundamento para mantener la idea de la mal fé asociada a la conducta patronal.

En qué forma, pues, podría la Compañía mantener la aserción de su buena fé, en presencia de un caso clarísimo de responsabilidad patronal que antes decía desconocer, conociéndola, y a partir de hechos tan elocuentes y comprometedores continúa evadiendo sistemáticamente? No existe, ante tales hechos, ningún acto positivo de la demandada consiguiente a precisar aún más el verdadero estado de su trabajador y la responsabilidad que respecto de él le compete; ella sólo se limita a escudarse en el por lo menos deficiente concepto de uno de sus médicos y en la falta de conocimiento del grave dictamen del doctor Torres León, mas no se ocupa —en la oportunidad procesal— de pedir aclaración del dictamen del Departamento de Medicina Industrial coincidente con el de los doctores Torres y Sarmiento, y, por el contrario, insiste en su primitiva postura en momentos en que había desaparecido toda base para sustentarla legítimamente. Es sabido que una de las características que la doctrina le atribuye al derecho del trabajo es la inmediatez con que éste busca el cumplimiento de las prestaciones sociales —y que alcanza mayor grado de urgencia en las causadas por enfermedad— debido al común estado de precariedad económica que es propio del sector proletario.

En caso de enfermedad —ya se ha dicho— la inmediatez de las prestaciones debe ser, si cabe, más exigente, por cuanto en dichas situaciones lo que debe preservarse no son intereses patrimoniales sino intereses vitales, pues lo que en ellas está amenazado es el supremo valor de la vida. Todas estas consideraciones llevan a la Sala a estimar ineficaces las razones aducidas por el libelista en la sustentación del cargo que se ha estudiado, lo cual, en consecuencia, determina que la Corte —no obstante las observaciones formuladas atrás al proveimiento de instancia— rechace la acusación.

El recurso del demandante recurrente.

Busca la casación parcial del fallo recurrido para que sea confirmada la sentencia de primera instancia en los puntos en que fue revocada por aquél.

Consta de cuatro cargos, que se estudiarán en su orden, y, los dos últimos, conjuntamente.

Primer cargo.

Acusa la sentencia por violar los artículos 64, 108 (ordinal 16), 112 y 115 del C. S. del T., a causa de errores de hecho provenientes de equivocada apreciación de pruebas.

En desarrollo del cargo manifiesta que mientras el **a-quo**, dentro de la más estricta sujeción a las normas legales, condenó a la demandada al pago del lucro cesante por el término de dos meses y diez días transcurridos entre la fecha en que fue quebrantado el contrato de trabajo existente entre las partes y la fecha en que debía vencerse el semestre en curso el **ad-quem** absolvió a la parte demandada, con base en el razonamiento siguiente:

“En el caso sub-judice la sociedad demandada produjo, evidentemente, una suspensión ilegal del contrato de trabajo que la ligaba con el demandante. Ello, en gracia, no tanto del carácter indefinido que le imprimió, pues, con posterioridad lo redujo a un término permitido por la ley, cuanto por haberla impuesto sin sujeción al trámite previo establecido en su reglamento interno de trabajo. Mas el trabajador, **con vista de ello, no rescindió aquel vínculo jurídico.**”

Con efecto, finalizada la misma, éste continuó en plena vigencia hasta el 4 de agosto siguiente, en que terminó definitivamente por decisión unilateral de la Compañía demandada. Esta terminación, no sobra agregarlo, fue legal, desde luego que se hizo uso de la cláusula de reserva expresamente pactada con el lleno de todos los requisitos formales de rigor. Entonces, solicitar, con causa en aquella suspensión, lucro cesante, como si se hubiera tratado, en verdad, de ruptura ilegal del contrato de trabajo, es pretensión a la que no es dable impartir prosperidad. Lo único pertinente, en el aspecto que se examina, es un decreto que contemple los salarios que se le han debido pagar al demandante por los días corridos entre el 4 y el 10 de junio de 1955. Pero estos salarios no fueron pedidos, y el Tribunal carece de facultad para proveer *extra-petita*”.

Argumenta que el sentenciador incurrió en los siguientes errores notorios y evidentes:

1) Considerar que después de transcurrido el término máximo de suspensión a la que inicialmente se le dio el carácter legal de indefinida y hasta nueva orden, se pueden retrotraer válidamente los efectos ya consumados de esa suspensión ilegal;

2) No tener en cuenta, estando demostrado en autos, que la nota en la cual se dan por terminados los efectos se dirigió al trabajador después de haberse configurado irreversiblemente "los efectos de la mencionada infracción contractual".

3) Cree que es necesario, para que una violación patronal del contrato de trabajo produzca sus consecuencias legales, que el trabajador, a su turno, rescinda también el contrato;

4) Suponer, sin respaldo probatorio alguno, que en el caso de autos Galindo Restrepo volvió a prestar servicios a la empresa demandada;

5) No tener en cuenta que en la misma nota de fecha 20 de junio de 1955, en la que se comunicaba al demandante el pretendido levantamiento de la sanción, se le comunicaba el despido;

A todos estos errores llegó el Tribunal por equivocada apreciación de las siguientes probanzas:

a) La nota de suspensión indefinida "hasta nueva orden", de 3 de junio de 1955, que obra a folio 8 del primer cuaderno.

b) La nota de 20 de junio de 1955 (folio 9) en la que se hace saber al trabajador que su suspensión quedó terminada el día 10 de los mismos, la cual no le fue comunicada oportunamente, es decir, el mismo diez. (La táctica de reconocerle salarios a posteriori —dice— no varía en nada la la posición jurídica del problema, pues es claro que ya el hecho estaba consumado, por habersele impuesto, sin sujeción a procedimiento alguno, una sanción mayor de la que permite la ley para tales casos, es decir, mayor de ocho días, con lo cual se quebrantó la ley laboral. Anota que no puede tal estrategia revestir de validez lo inicialmente inválido).

c) De la confesión contenida en la contestación de la demanda (folio 20), en cuanto al responder el hecho primero del libelo inicial del litigio, la demandada admite que la fecha inicial de la prestación de servicios por Galindo fue el 31 de agosto de 1945, de donde rectamente se colige que el semestre en curso, cuando se violó el contrato, expiraba el 31 de agosto de 1955.

d) La diligencia de inspección ocular (folios 70 a 71) en cuanto se verificó en ella inequívocamente que antes no había sido sancionado el trabajador Galindo, y que para la sanción comuni-

cada el 3 de junio no se siguió trámite previo alguno, contra lo dispuesto por la ley y por el reglamento de la empresa.

e) El reglamento precitado (folios 44 a 46), cuyos artículos 67, 68 y 69 establecen un procedimiento previo para la aplicación de las sanciones, el cual fue deliberadamente omitido;

f) La copia, expedida por el Juzgado Quinto del Trabajo de Bogotá, del memorial de consignaciones de salarios y prestaciones a favor de Galindo Restrepo (folios 44 y 46), en donde aparece claramente que en esa consignación van comprendidos "a última hora" salarios que, según se afirmó inicialmente, se habían cubierto al propio trabajador.

Termina manifestando que la incidencia de esos errores en la parte resolutive fue evidente, ya que si el Tribunal hubiera estimado en su justo valor aquellas pruebas no habría incurrido en los errores advertidos, y no habría absuelto, cuando debía condenar, como lo hizo el a-quo.

El opositor replica que no se configuran tales violaciones indirectas porque el patrono hizo uso de la cláusula de reserva, con los 45 días de pre-aviso, habiéndose terminado el contrato el 4 de agosto y no la suspensión —como dice la demanda—, prueba de lo cual es que se le cubrieron los salarios hasta la fecha últimamente indicada; que no hubo violación legal con motivo de la suspensión, porque el trabajador sí fue oído por sus superiores, y en los autos no está probado ni se ha alegado siquiera que dicho señor formara parte del sindicado, como para que hubiera sido menester oír también a sus representantes; además, dicha suspensión no excedió el término del artículo 112, ni fue la causa de que Galindo hubiera sido separado definitivamente del servicio de la Compañía, sino que lo fue el uso de la cláusula de reserva; que la suspensión sólo duró del 3 al 10 de junio de 1955, fecha ésta a partir de la cual el trabajador quedó reincorporado a su cargo y continuó percibiendo la remuneración, por lo cual la suspensión no excedió del máximo que autoriza la ley. El opositor completa su replica mediante una exégesis de la frase "en cualquier tiempo" (artículo 48 del Código Sustantivo del Trabajo) referente al uso de la cláusula de reserva, y anota que la terminación del contrato no obedeció a la causa prevista en el artículo 64, pues igual cosa habría podido alegar la empresa por cuanto el señor Galindo incumplió las obligaciones de obedecer y acatar las órdenes que le fueron impartidas por sus superiores, que expresamente le imponían los artículos 56 y 58, numeral

1º del Código Sustantivo del Trabajo y la cláusula primera del contrato de trabajo. Remata diciendo que "Apenas si se observa una diferencia de criterio entre el sentenciador y el recurrente, en cuanto a la estimación de esas pruebas y a la interpretación de los indicados textos legales, diferencia que, como es obvio, no es ni puede considerarse como un error manifiesto del Tribunal en la apreciación de los mencionados elementos probatorios", y transcribe jurisprudencia (sobre la necesaria ostensibilidad del error para la prosperidad del ataque) en apoyo de sus puntos de vista.

La Corte considera:

Si se revisa la transcripción pertinente del proveimiento del *ad-quem* —que dio base a la liberación de la condena por lucro cesante, y a la revocatoria, por este extremo, de la sentencia del juzgador de primera instancia—, se observa cómo el Tribunal consideró que la terminación del contrato había sido legal, ya que se hizo uso de la cláusula de reserva expresamente pactada, con el lleno de los requisitos formales de rigor. Es decir, dio aplicación al artículo 48 del C. S. del T.

Analizado el acervo probatorio que singulariza el recurrente, se encuentra que hubo, en efecto, una suspensión ilegal. Este incumplimiento del contrato podría haber producido dos clases de efectos: la resolución del contrato con indemnización de perjuicios, que podrían haber sido evaluados a más del daño emergente, en el monto de los salarios de los días de la suspensión. Pero no está suficientemente demostrado que ello se hubiere producido, ni que lo último hubiere sido demandado por el actor.

Porque la suspensión ilegal y la terminación del contrato aparecen en el *sub-lite* como dos hechos completamente distintos, apreciación que es notablemente propiciada por la insuficiencia del cargo. Desde luego que en el primer hecho —como lo anota el recurrente— se observan irregularidades por parte del patrono. Pero esas irregularidades no se pueden asimilar a "ruptura unilateral e ilegal del contrato", lo cual daría margen a la indemnización por lucro cesante equivalente al salario de los días faltantes del último semestre en curso en una relación contractual de término indefinido (artículo 64, ordinal 2º); y en caso de que el autor del recurso hubiere asimilado tal irregularidad a ruptura de este tipo, debería haber completado su proposición impugnadora mediante el ataque al proveído por violación del ar-

tículo 48 del Código Sustantivo del Trabajo. No habiendo formulado la acusación por este concepto, resulta incompleto el cargo, y, por tanto, ineficaz.

El primer inciso del artículo 64 propone la resolución del contrato con indemnización de perjuicios por incumplimiento de lo pactado y a cargo de la parte incumplida. En otras palabras: el género incumplimiento de lo pactado, se sanciona con la resolución del contrato y con el pago de perjuicios a cargo de quien incumple. Seguidamente el ordinal 2º del mismo artículo propone la especie incumplimiento de lo pactado por "ruptura unilateral e ilegal del contrato", y específicamente ordena que la indemnización en este caso "consiste en el monto de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo".

De lo anterior se deduce que no todo incumplimiento de lo pactado a que se refiere el ordinal 1º del artículo 64 debe sancionarse con la indemnización a que se refiere el ordinal 2º de la misma norma. Sólo procede esta sanción cuando el incumplimiento consiste en ruptura unilateral e ilegal del contrato.

Por lo cual, para obtener la indemnización del ordinal 2º del artículo 64, el ataque no debió orientarse hacia la demostración de que la suspensión del contrato fue ilegal, como efectivamente lo fue. Debió en cambio dirigirse a demostrar que el despido fue ruptura unilateral e ilegal del contrato, y que por tanto hubo violación del artículo 48 (referente a la cláusula de reserva), sobre el cual se basó el Tribunal para afianzar su decisión.

Es obvio que la suspensión ilegal equivale al incumplimiento patronal de lo pactado. Esta falta daría fundamento a otra clase de perjuicios —que no fueron solicitados ni demostrados en el proceso— distintos a la indemnización de lucro cesante de que trata el tantas veces citado ordinal 2º del artículo 64.

Todo lo anterior conduce a rechazar, por incompletas, las acusaciones tanto principal como subsidiaria que se han venido estudiando.

Segundo cargo.—Acusa la sentencia como violatoria, por interpretación errónea, del artículo 127 del C. S. del T., en relación con los artículos 278 y 65 *ibidem*.

Dice que el Tribunal despachó favorablemente las peticiones relativas a invalidez consecutiva a enfermedad no profesional y a indemnización moratoria o "salarios caídos", pero tomó como base para el "quantum" de dichas condenas la suma de

\$ 600.00 equivalente al salario básico mensual del trabajador, sin incluir en el cómputo los factores que determinan legalmente el verdadero promedio de salario devengado por el actor. Agrade que del fallo se deduce inequívocamente cómo la razón que tuvo el ad-~~quem~~ para justipreciar así la remuneración del demandante, rebajando la cuantía que tuvo en cuenta el Juzgado, fue la de estimar que para estos fines el salario "que se debe calcular es el ordinario y no el que arroje éste adicionado con el extraordinario".

Prosigue más adelante diciendo que el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo define como salario no sólo la remuneración fija u ordinaria, sino también todo lo que el trabajador recibe en dinero o en especie y que implique retribución de servicios, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como las primas, sobresueldos, bonificaciones habituales y el valor del trabajo suplementario o de las horas extras laboradas por el trabajador (subraya el recurrente). Por otra parte —añade—, el artículo 278 ibidem, en que se fundó el propio Tribunal para la condenación por concepto de auxilio de invalidez al establecer la cuantía de los diversos auxilios a que, según el caso, tiene derecho el trabajador, no hace referencia a salario ordinario, sino, por el contrario, expresamente menciona en el literal b) el salario promedio mensual del último año de servicios. Y el artículo 65, base de la indemnización por mora, habla de que ésta será igual al último salario diario por cada día de retardo, es decir, que tampoco limita la cuantía de la indemnización al salario ordinario, según se pretende en el fallo recurrido. Declara que cuando la ley quiere limitar al salario ordinario la medida de un derecho o prestación así lo dice inequívocamente, y cita jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo en apoyo de su tesis.

Arguye que "...el recto entendimiento de estas normas sustantivas de nuestro estatuto laboral indica que la condenación por salarios caídos y por auxilio de invalidez debió hacerla el Tribunal computando tanto el salario básico como el proveniente de los otros factores que sirven para integrar la verdadera remuneración (...). Por lo demás, el Tribunal no remitió a duda el hecho de que esa remuneración, así computada, fue en promedio de \$ 762.72 (sic) mensuales; es decir, precisamente la que tomó como base la empresa para liquidar algunas de las prestaciones del extrabajador y la que, por otra parte, se evidenció en la inspección ocular practicada a los libros de contabilidad de la Compañía".

Termina solicitando que las condenas por salarios caídos y auxilio por invalidez, se hagan, conforme al artículo 127, "sobre la base del promedio de \$ 736.72 que era el verdadero salario de mi mandante y no sobre la base de \$ 600.00 que era tan sólo el salario ordinario sencillo".

Consideraciones de la Sala:

Dice el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo: "Constituye salario no sólo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie y que implique retribución de servicios, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como las primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor de trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas, comisiones o participación de utilidades".

La anterior noción, fijada de forma tan concreta y precisa por el legislador, es la que sirve de base en el cómputo de todas aquellas obligaciones, prestaciones e indemnizaciones para cuya liquidación la ley parte de la base del "salario" o del "salario promedio" en un período determinado. Si la ley no se refiere expresamente a salario ordinario (como por ejemplo en los artículos 173 y 174), y sólo habla de salario, el juzgador debe entender que se trata del definido por el precitado artículo 127, en todo su alcance, y debe medir la obligación correspondiente —si los hechos a ello dieren lugar—, en función de las diferentes formas constitutivas de salario que dicho precepto establece.

Estas sucintas observaciones bastan a la Sala para considerar que no existe razón de doctrina, ni de jurisprudencia, ni texto de derecho positivo que propicien la interpretación que hizo el sentenciador, en torno a los artículos 65 y 278 y con respecto a la noción de salarios que dichos textos incluyen. En otras palabras: es equivocado el entendimiento de estas normas, en relación con el artículo 127, cuando como en el caso sub-judice, el juzgador interpreta la noción de salario en forma restringida, refiriéndolo exclusivamente a "salario ordinario", ya que en dichas normas debe entenderse tal noción dentro del sentido y alcance del preincluido artículo 127 del Código.

Se configura, pues, la violación directa por interpretación errónea de los artículos 65 y 278 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con el 127 ibidem —según lo asevera la impugnación— y, en consecuencia, prospera el cargo. Por ello la Sala habrá de casar la sentencia recurrida en

esté extremo, y, como Tribunal de instancia, procederá a confirmar la del a-quo por haber sido recta la interpretación que de dichos textos hizo el Juez de primer grado.

Tercero y cuarto cargos.

Los dos últimos cargos (tercero y cuarto) formulados contra el proveído versan sobre violación indirecta por errores de hecho y, subsidiariamente, violación directa por interpretación errónea de los artículos 227 y 277 del C. S. del T.

Manifiesta el recurrente que el más protuberante error de la sentencia acusada es la revocatoria de la condena que hizo el a-quo sobre prestaciones pecuniarias y asistenciales que ordenan dichas normas. Dicho error procedió —añade— por la consideración del ad-quem acerca de que el dictamen referente a la ineficacia del tratamiento médico a que ahora se sometiera al demandante, liberaba a la empresa demandada de toda obligación al respecto.

En el ataque por vía indirecta manifiesta que fueron equivocadamente apreciadas las siguientes probanzas:

a) El libelo inicial del litigio, especialmente la solicitud del literal c), referente a las prestaciones que se fundan en los artículos 227 y 277.

b) El dictamen del Departamento de Medicina Industrial (folio 68) en cuanto de él se desprende que si el tratamiento adecuado se hubiera hecho al demandante algunos meses antes, al menos se hubiera logrado reducir las dolencias del paciente. "Sin embargo, el ad-quem consideró que ese dictamen, en cuanto habla de la ineficacia de un tratamiento posterior, liberaba a la empresa de una obligación legal ineludible".

El impugnador destaca que el Tribunal olvidó cómo las prestaciones consagradas por las normas de la referencia no sólo establecen prestaciones asistenciales, sino también prestaciones monetarias. "Por manera que, al menos en relación con estas últimas, no es valedera la excusa de la inutilidad del tratamiento tardío".

Presenta la acusación por concepto de interpretación errónea como subsidiaria, en el evento de que no prospere la anterior por vía indirecta.

El opositor replica, pidiendo que se rechace el cargo, diciendo: a) Hay prestaciones que sólo pueden satisfacerse en especie, debido a su naturaleza misma; b) Una obligación cuyo objeto se sabe inútil de antemano, por imposibilidad del mismo, es absolutamente nula. (Artículo 1.502 y 1.518 del Código Civil); c) Dentro del modo de extinguirse

las obligaciones existe según la ley, la doctrina y la jurisprudencia la "imposibilidad de ejecución", cuando ésta no se produce dentro de la mora del deudor

El opositor insiste en que el artículo 284 del C. S. del T. consagra la incompatibilidad de las prestaciones por enfermedad no profesional y por invalidez.

Consideraciones de la Sala:

Dijo el sentenciador sobre este punto de la controversia: "Por lo transcrito bien se ve que de las prestaciones que se estudian, (auxilio por enfermedad no profesional e invalidez) la única merecedora de haber sido acogida por el a-quo es la que recaba auxilio de invalidez. En primer lugar, porque la entidad patológica que sufre el demandante ya no es susceptible de ser tratada ni médica, ni farmacéutica, ni quirúrgicamente, pero tampoco ser atendida hospitalariamente. En segundo lugar, porque el auxilio de invalidez es incompatible con el monetario".

Esta posición del sentenciador —objeto de los ataques por vía indirecta y por interpretación errónea de los artículos 227 y 277 del Código Sustantivo del Trabajo— es criticada por el recurrente, quien aduce que "resulta francamente absurdo pretender, como parece pretenderse en el fallo, que porque la empresa no suministró en su oportunidad el adecuado tratamiento al trabajador, ya éste carece de todo derecho. Y más que absurda esta tesis vendría a ser inmoral, porque resultaría así otorgado un premio para el incumplimiento, estableciéndose un funesto precedente dentro de las relaciones obrero-patronales".

El opositor dice que la decisión se mantiene dentro de la esfera de la ley, por cuanto el artículo 284 del C. S. del T. establece la incompatibilidad de las prestaciones por enfermedad no profesional y por invalidez.

La Sala advierte, en primer término, que si bien es cierto que el impugnador no citó este texto como violado y— que tácitamente le sirvió al juzgador de segundo grado para fundamentar parcialmente su decisión—, es obvio que en la demostración de los cargos se hace un ataque eficaz contra la incorrecta interpretación de los artículos 227 y 277 del Código, interpretación errónea que consiste en conferirle cierta inadecuada esencia extintiva total a los derechos que aquellas normas consagran en caso de que el patrono negligente o temerariamente deje de satisfacer en la debida oportunidad las obligaciones correlativas. Por sí sola, pues, resulta completa la proposición impugnadora.

En erecto: si por renuencia patronal a atender al trabajador enfermo en el momento oportuno de la evolución patológica, ésta deriva a un estado en el cual se hicieren ineficaces dichas atenciones, el patrono podría alegar "imposibilidad de ejecución" de la obligación pertinente (como aquí lo hace), sin perjuicio de que el trabajador tuviere derecho a reclamar indemnización plena (reclamación que ya aquí no procede); pero no existiría base para que el juzgador declarase la extinción total de las obligaciones patronales (como ocurre en el sub-lite), porque las obligaciones monetarias no se han hecho imposibles. Como muy bien lo dice el impugnador, en este caso olvidó el Tribunal "que las prestaciones consagradas (.) no sólo establecen prestaciones asistenciales, sino también prestaciones monetarias".

El opositor, como ya se vio, sustenta el punto de vista de la incompatibilidad de las prestaciones por enfermedad no profesional y las prestaciones por invalidez, basado en el artículo 284 del Código Sustantivo del Trabajo, cuyo contenido reza: "Artículo 284. Al declararse por el médico el estado de invalidez, cesarán las prestaciones por enfermedad y empezarán a pagarse las correspondientes a invalidez".

La recta inteligencia del texto preinserto indica a las claras que para la cesación de las prestaciones por enfermedad es condición *sine qua non* que tales prestaciones se vengán satisfaciendo regularmente cuando se declare el estado de invalidez, puesto que cesar significa "suspenderse o acabarse una cosa (.) dejar de hacer lo que se está haciendo" (17º. Edición del Diccionario de la Real Academia), y esta noción de terminación o fin de algo que se viene realizando es aún más explícita en el contenido de la norma, la cual a dicha terminación o fin de las prestaciones por enfermedad contrapone sucesivamente la idea de comienzo o principio de la prestación por invalidez, cuando expresa: "Cesarán las prestaciones por enfermedad y comenzarán las correspondientes a invalidez". Repugnaría a la lógica la idea de que es posible cesar o dejar de hacer lo que nunca se ha hecho (lo cual resultaría de la interpretación del opositor), aberración de juicio que, además, se prestaría a gravar doblemente a los patronos que cumplieran regularmente sus obligaciones para con el trabajador enfermo, y a exonerar del auxilio por enfermedad a los patronos incumplidos que —dejando avanzar la enfermedad de sus servidores sin atender a su asistencia oportuna— alegarían la pretendida incompatibilidad cuando el estado del paciente derivara de invali-

dez, para cumplir solamente las prestaciones correspondientes a este estado.

El artículo 284 consagra el tránsito de prestaciones (por enfermedad a invalidez), en una sucesión regular en que las primeras se han venido cumpliendo y cesan para dar comienzo a las segundas, cuando por el sobreviniente estado de invalidez hubiere lugar a éstas. Pero lo que cesan son las prestaciones, mas no el derecho a ellas cuando éste hubiere sido negado, ni la correlativa obligación de satisfacerlas. El artículo regula situaciones ordinarias en las que, *vr. gr.*, un patrono, ante la enfermedad no profesional de su trabajador, procede realmente a satisfacer a favor de éste las prestaciones monetarias y específicas de los artículos 227 y 277 que deben procurarse durante un lapso hasta de 180 días; en esta hipótesis, y en el evento de que la situación del enfermo derivara al estado de invalidez, declarado por el médico, cesarían las prestaciones por enfermedad y empezaría a causarse las correspondientes a invalidez.

Mas en el caso de negligencia o temeridad del patrono renuente a atender las primeras prestaciones (por enfermedad), y que en la práctica dejan de satisfacerse, la derivación al estado de invalidez no priva al trabajador del derecho mismo a dichas prestaciones no satisfechas en su hora, en cuanto éstas sean físicamente posibles.

Siendo insusceptible de tratamiento médico el mal que aqueja al trabajador, subsisten por lo menos la obligación del patrono y el derecho del trabajador respecto del pago por aquél a éste del salario reducido por auxilio de enfermedad, a más de la invalidez, por el término de 180 días, de acuerdo con los artículos 227 y 277 del Código Sustantivo del Trabajo.

En esta forma, y configurada la interpretación errónea de los artículos preindicados, prospera el último cargo en las condiciones examinadas, en cuanto es eficaz para declarar la procedencia del salario restringido correspondiente al auxilio por enfermedad, durante 180 días, al par que el auxilio por invalidez, mas no las prestaciones específicas por "imposibilidad de ejecución", y en este sentido habrá de casarse la sentencia objeto del presente recurso.

Finalmente, considera la Sala que no es del caso condenar en costas a la parte demandada-recurrente en este recurso, a pesar de no haber prosperado ninguno de sus cargos, ya que su demanda ha propiciado la ampliación y estudio de puntos nuevos en la jurisprudencia del trabajo. Se sigue

en este punto el criterio del extinto Tribunal Supremo del Trabajo y de la Corte.

En mérito de lo que se deja 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, **CASA PARCIALMENTE** la sentencia proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, el día 5 de octubre de 1956, en cuanto por dicho fallo se modificó, reduciéndolo el salario que había tomado el a-quo para las liquidaciones por auxilio de invalidez e indemnización moratoria, y en cuanto revocó el de primer grado en el extremo de auxilio monetario, por enfermedad no profesional; y, convertida en Tribunal de instancia, confirmando por estos aspectos la sentencia de primer grado, dispone:

PRIMERO.—Mantiénense las condenaciones a cargo de la “Esso Colombiana S. A.” y a favor

del señor Joaquín Galindo Restrepo que fueron decretadas en el primer punto del fallo del a-quo, en las cantidades establecidas por éste, por concepto de auxilio por invalidez, auxilio monetario por enfermedad y salarios caídos.

SEGUNDO.—No la casa en lo demás.

TERCERO.—Sin costas en este recurso.

Cópiese, publíquese, 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.—Jorge Vélez García—

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONCURRENCIA DE CONTRATO DE TRABAJO CON OTROS CONTRATOS PARA PRESTACION DE SERVICIOS. — LA EXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS CONFIGURATIVOS DEL CONTRATO DE TRABAJO SE DEMUESTRA POR LOS MEDIOS COMUNES DE PRUEBA. — ACUSACION POR ERRORES DE HECHO Y DE DERECHO. EN CASACION LABORAL NO ES PROCEDENTE ALEGAR ERRORES IN PROCEDENDO SIMILARES A LOS DE LA CASACION CIVIL

1.—La aplicación indebida de una norma sustantiva, como motivo de casación, a consecuencia de apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba, puede dar origen a dos medios distintos de violación de la ley, que son: el error de hecho y el error de derecho. En el error manifiesto de hecho se puede incurrir, bien sea, por que se dá por probado un hecho que manifiestamente no ha ocurrido, o porque se deja de aplicar la ley a un hecho que el Tribunal cree no probado pero que lo está y, sobre esa base, se aplica la respectiva disposición legal a un hecho inexistente o se deja de aplicar a un hecho existente. En el error de derecho, se da a una prueba un valor distinto del que la ley le asigna, o no se reconoce el que ésta le señala, o se le dá el mismo que ella le ha fijado pero fuera de las condiciones o sin el cumplimiento de los requisitos que la ley exige para que se la estime como tal. En casación laboral, el error de derecho se ha circunscrito al caso de valoración de prueba ad-solemnitatem para la validez del acto, conforme al artículo 87 del C. P. T., en armonía con el artículo 61 ibídem. De ello se sigue, que el error de derecho implica el quebrantamiento de una regla legal sobre prueba y, por tanto, es indispensable la cita de las que se consideren infringidas como consecuencia de ese error, además de las disposiciones sustantivas referentes al fondo mismo del negocio, consagratorias de los derechos reclamados y que se consideren violadas a consecuencia de ese error. En cambio, cuando el medio de violación de la ley consiste en el error de hecho que “es simplemente un fenómeno de convencimiento acerca de la existencia o no existencia de un hecho”, como ha sostenido la Corte, no es necesario citar disposiciones sobre régimen probatorio, porque esta clase

de error “no tiene en cuenta para producirse elemento jurídico alguno.”

2.—Los errores in procedendo semejantes a los de tal clase en casación civil, no son posibles en casación laboral, porque las causales que se refieren a ellos en el procedimiento civil, quedaron suprimidas por el Código de Procedimiento del Trabajo.

Así, la ilegitimidad de la personería del apoderado del demandante, de la cual el recurrente pretende derivar la incidencia de un error de derecho, por la errónea apreciación de las pruebas que se produjeron en el juicio, constituye precisamente el sexto motivo de casación que, en materia civil, consagra el artículo 520 del Código Judicial, por referirse a la segunda causal de nulidad que, para los juicios, se establece por el artículo 448 ibídem. Esa nulidad, por el motivo indicado, en el procedimiento del trabajo sólo puede proponerse en el curso del juicio pero no en casación.

3.—Para demostrar la existencia de un contrato de trabajo y reconocer y liquidar las prestaciones legales emanadas del mismo, tales como cesantía, vacaciones y prima de servicios y establecer “los hechos sustanciales afirmados en la demanda —el tiempo de servicios y el salario devengado—”, no se requiere la producción en juicio de pruebas específicas a las que la ley atribuye un especial valor, “por exigir ésta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto” sino que, dichos extremos, pueden establecerse por los medios comunes de prueba.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E. enero veinticuatro de mil novecientos cincuenta y nueve.
(Magistrado ponente: Dr. Luis Fernando Paredes).

El señor Dionisio Tinoco, por medio de apoderado, demandó a la sociedad denominada "Cubides Hermanos Limitada", con domicilio en Ibagué y representada por sus socios Angel C. Cubides Portela y José del Carmen Cubides Portela, para que, por los trámites de un juicio ordinario laboral, se condenase a la demandada al pago de vacaciones, cesantía, auxilio de enfermedad, dominicales y días feriados, prima de servicios, calzado y overoles y demás prestaciones establecidas por la ley. Pidió, igualmente, se la condenase a pagarle \$ 200.00 por concepto de porcentaje que le correspondía en los contratos sobre cultivos de arroz; \$ 200.00 por concepto de alimentación en el año de 1951 y \$ 400.00, o lo que se estime pecunialmente "valor de unas plantaciones de yuca y plátano y varias reparaciones hechas en la casa de la finca de Betania, finca donde están plantadas las mejoras que se reclaman".

Como hechos, para fundamentar su acción relató los siguientes: que trabajó en la finca "Betania", ubicada en la fracción del Rincón de Totare, en el Municipio de Venadillo, desde el 20 de enero de 1951, hasta el 31 de agosto del año de 1954, en que se retiró voluntariamente y previo aviso, con 45 días de anticipación; que durante todo el tiempo en que prestó sus servicios devengó la suma de \$ 8.00 diarios. Que en el año de 1952, fuera del sueldo que devengaba, el actor trabajó 181 hectáreas en la irrigación de los cultivos de arroz, a razón de \$ 30.00 la hectárea. Que en el mismo año de 1952 sus patronos le asignaron la suma de \$ 0.20 como porcentaje por cada bulto, el que ascendió a la suma de \$ 786.80, de la cual le adeudan la cantidad de \$ 200.00. Que en la primera cosecha del año de 1953 irrigó los cultivos de arroz de los demandados, en una extensión de 79½ hectáreas, a razón de \$ 30.00 la hectárea, con el mismo porcentaje de \$ 0.20, por cada bulto de arroz, el cual ascendió a la suma de \$ 424.20. Que en la segunda cosecha del mismo año de 1953, irrigó 58½ hectáreas a razón de \$ 50.00, sin porcentaje. Que en el año de 1954, durante la primera cosecha irrigó 84½ hectáreas, así: 57 hectáreas y media a \$ 40.00 cada una y 27 hectáreas a \$ 50.00. En el hecho octavo, dice que hubo una interrupción en el trabajo durante los meses de agosto, septiembre, octubre y noviembre de 1951, causada por enfermedad adquirida durante el trabajo que prestaba a sus patronos y, agrega, que al tiempo de la presentación de la demanda está en tratamiento médico por la enfermedad adquirida en el trabajo. En el hecho noveno, ex-

presa que los señores Cubides no le han pagado las prestaciones que reclama.

En derecho, invocó la Ley 6ª de 1945, el Decreto 2.127 del mismo año, la Ley 6ª de 1946 y el Código Sustantivo del Trabajo. En cuanto a procedimiento invocó el Decreto 2.158 de 1948.

Los señores Angel C. Cubides y José del Carmen Cubides, contra quienes se dirigió inicialmente la demanda, por medio de apoderado constituido al efecto, recorrieron el traslado, así:

HECHOS

"Al primero.—Es cierto que trabajó en la citada finca de Betania, pero no a los señores Cubides sino a la Sociedad denominada "Cubides Hermanos Limitada" en cuanto al tiempo, debe probarlo el actor;

"Al segundo.—No es cierto. La suma de ocho pesos (\$ 8.00), se le pagó al actor en forma esporádica, cuando no trabajaba en las obras de riego, esto es, cuando figuraba en planilla distinta a la relacionada con obras de riego;

"Al tercero.—Es cierto que en ese año trabajó en obras de riego, pero no lo es en cuanto al número de hectáreas que el actor afirma haber trabajado. En cuanto al valor por hectáreas sí es cierto;

"Al cuarto.—Es cierto que le asignaron veinte centavos (\$ 0.20) por cada bulto que se recolectara, de arroz, pero no es cierto que se le esté debiendo la suma de doscientos pesos (\$ 200.00) como saldo final de la liquidación. Debe probar el actor que la liquidación ascendió a la suma de \$ 786.80.

"Al quinto.—No es cierto. Lo niego en todas sus partes y el actor debe probar los hechos de esta afirmación;

"Al sexto.—No es cierto y debe probarlo el actor;

"Al séptimo.—Sí verificó irrigaciones pero en número menor de hectáreas que las allí mencionadas. En lo restante lo niego, y el actor debe probar sus afirmaciones;

"Al octavo.—No es cierto. Se retiró voluntariamente sin haber alegado enfermedad alguna y volvió luego al trabajo, en forma voluntaria;

"Al noveno.—Es cierto que no le han pagado las prestaciones, salarios e indemnizaciones a que alude el actor porque consideran que en el caso de autos no ha existido contrato de trabajo;

"Al décimo.—Cierto si se llega a probar que existe contrato de trabajo y los demás extremos de esta relación;

"Al undécimo.—No es cierto y debe probarse;

"Al duodécimo.—El actor trabajaba a todo costo, y de consiguiente no se le debe nada por alimentación";

Fracasada la etapa contiliatoria, el apoderado de los demandados, en la primera audiencia de trámite, presentó como excepción dilatoria, el hecho de que el actor instauró la demanda "contra las personas naturales de los señores Angel C. Cubides y José del Carmen Cubides, siendo así que ha debido instaurarla contra la persona jurídica de derecho privado, Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada, denominada "Cubides Hermanos Limitada", cuya existencia y cuya representación adjetiva se encuentra hoy día en cabeza de los demandados, señores Angel y José del Carmen Cubides Portela" sociedad a la cual pertenecen las fincas de Betania y la Falda donde trabajó el demandante. Y agregó: "Invoco las siguientes excepciones perentorias, una vez que se haya subsanado la cuestión adjetiva o de procedimiento relacionada con la personería de quien debe responder de las peticiones invocadas por el actor. Así invoco la excepción de incompetencia de jurisdicción para la petición relacionada con el reconocimiento y pago del valor equivalente a unas mejoras de plátano y yuca que el actor manifiesta tener sembradas en predios de propiedad de los señores Cubides, ya que es a la jurisdicción civil a la cual corresponde conocer de estas solicitudes, pues sabido es que a la jurisdicción del trabajo sólo compete conocer lo relacionado con la ejecución del contrato de trabajo, prestaciones y demás garantías sociales que emanan del desarrollo del mismo. Esta excepción es prácticamente la de declinatoria de jurisdicción a que hace referencia el artículo 331 del Código Judicial. Igualmente la excepción perentoria que se pueda derivar del hecho de que Dionisio Tinoco no estuvo ligado a la sociedad Cubides Hermanos Limitada por un contrato de trabajo, entendido este vínculo como una relación de subordinación entre patrono y trabajador, sino que Dionisio Tinoco era un trabajador o contratista independiente, de aquellos a que alude el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, pues al mismo, como se probará ampliamente en el curso del debate, se le pagaba por precio global las hectáreas que irrigó durante el tiempo que estuvo al servicio de la sociedad Cubides Hermanos Limitada, teniendo completa autonomía, para dirigir los trabajos, para conseguir los trabajadores y para pagarles los salarios que él personalmente les asignaba. Reitero al señor Juez la solicitud o pronuncia-

miento del Juzgado a su digno cargo en relación de la excepción dilatoria que acabo de poner en su conocimiento".

En la misma audiencia de trámite, el apoderado del actor, con base en el inciso 2º del artículo 28 del Código de P. del Trabajo, manifestó que adicionaba la demanda en el sentido de dirigirla contra la sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada denominada "Cubides Hermanos Limitada", con domicilio en Ibagué y representada por los mismos señores Angel C. y José del Carmen Cubides. El Juez del conocimiento, sobre el particular dispuso lo siguiente: "Como con la adición a la demanda que hace el doctor Marco Tulio Cifuentes, en su carácter de apoderado del actor, carece de objeto el estudio de la excepción propuesta por el apoderado de los demandados, toda vez que la finalidad perseguida era enderezar el procedimiento se dispone: Admitese la adición que de la demanda hace el doctor Marco Tulio Cifuentes, en el sentido de dirigirla contra la sociedad comercial de responsabilidad limitada denominada "Cubides Hermanos Limitada", representada por los socios Angel C. y José del Carmen Cubides. En consecuencia, dése traslado al señor apoderado de la entidad demandada, de quien ya tiene poder, para que la conteste en el acto".

Corrido el traslado ordenado, el apoderado de la demandada solicitó plazo para contestarla en la próxima audiencia que debía verificarse el 19 de noviembre de 1954. En esta oportunidad, expresó lo siguiente: "En representación de la sociedad Cubides Hermanos Limitada, y corregida como se encuentra la demanda original, que en un principio había sido dirigida contra las personas naturales de quienes hoy son socios de la mencionada sociedad, atentamente le manifiesto que doy por reproducidos los hechos y razones de derecho que aduje en la contestación de la demanda primitiva y que obra a folios 8 y siguientes del expediente".

Mediante providencia proferida en la audiencia verificada el 16 de febrero de 1955, el Juzgado declaró la nulidad de lo actuado en el juicio, a partir de la recepción de las declaraciones de Santos Galeano, Arcadio Cruz, Vicente Vidal, Arturo Panchá, Alberto Acosta y Marcelino Rojas, a efecto de que esos testimonios fuesen recibidos en audiencia pública y con los requisitos indicados por el procedimiento del trabajo.

Tramitada la controversia en la forma relatada anteriormente, el Juez del Trabajo del Círculo Judicial de Ibagué, que fue el del conocimiento, la desató en sentencia de fecha 16 de septiembre de 1955, por la cual declaró probada la excepción

de declinatoria de jurisdicción y absolvió a la entidad demandada de los cargos formulados en la demanda. No hizo condenación en costas.

La sentencia fue apelada por el apoderado del demandante y habiéndose surtido, ante el Tribunal Seccional del Trabajo del mismo lugar, los trámites de la alzada, esta Corporación la revocó, en parte y, en su lugar condenó a la sociedad Cubides Hermanos Limitada a pagar al demandante las siguientes sumas de dinero: "Por cesantía, en tres años tres meses y diez días trabajados a \$ 8.00 diarios, \$ 786.86; por vacaciones en dos años (1952 y 1953) \$ 240.00; por prima de servicios correspondientes a los años de 1951, 1952, 1953 y 1954, \$ 706.68". Igualmente, confirmó la de primer grado en cuanto absolvió a los demandados de las peticiones de la demanda referentes a feriados, calzado y overoles, pago de mejoras y pago de otras sumas de dinero, pero por razones distintas a las consignadas por el a-quo. Absolvió de costas en las instancias.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso el recurso de casación el apoderado de la demandada, el que le fue concedido oportunamente. Admitido y tramitado en legal forma se va a decidir mediante el examen de la correspondiente demanda. No hubo escrito de oposición.

EL RECURSO

Alcance de la impugnación.—Persigue la casación total de la sentencia para que la Corte, como Tribunal de instancia "declare la nulidad de lo actuado a partir del auto que admitió la modificación o sustitución de la demanda o, en subsidio, a que confirme el fallo de primer grado". Al efecto, formula dos cargos, que se estudiarán conjuntamente por la íntima relación que guardan entre sí y referirse a unos mismos motivos de casación.

Primer cargo.—Acusa la sentencia del Tribunal por aplicación indebida de los artículos 186, 189, 192, 249, 253 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, 7º y 8º del Decreto 617 de 1954 "como consecuencia de evidentes errores de hecho y de derecho en que incurrió por mala apreciación de la demanda y su respuesta, del acta de conciliación y de la primera audiencia del trámite, del acta de folio 1º ante la Inspección del Trabajo, de las posiciones absueltas por el actor (folio 17 y 18) de los testimonios de Arcadio Cruz, Alberto Acosta y Santos Galeano (folio 44 vuelto a 45 vuelto), Marcelino Rojas (folio 46), Arturo Panchá (folios 52 y 53), y del poder de folio 2.

Desarrolla el cargo manifestando que el error de derecho "consiste en asignarle algún valor probatorio a pruebas producidas en un juicio promovido por un apoderado que carece de facultad para demandar a mi mandante, adelantado sin que se hubiera intentado la conciliación entre las partes y mediante una corrección de demanda que cambió la parte inicialmente demandada, y a pruebas que fueron indebidamente decretadas por no haber sido anunciadas específicamente en la demanda".

Expresa que los errores de hecho consisten "en no dar por demostrado estándolo, que Tinoco era absolutamente independiente de la sociedad en la ejecución de sus labores y que no las desarrollaba personalmente sino por medio de obreros que escogía, mandaba y remuneraba libremente; y en dar por demostrado, sin estarlo, que hubo subordinación de Tinoco respecto de la sociedad, que trabajó tres años, tres meses y diez días al servicio de la misma y que devengó un salario de \$ 8.00 diarios". Agrega que según el Tribunal Supremo "el error de derecho no solamente ocurre cuando se da por demostrado un hecho por un medio distinto del que la ley exige o cuando no se le asigna a la prueba solemne el valor que la ley le otorga, sino también cuando se aprecia un apueba producida extemporáneamente o sin sujeción a los requisitos prescritos por el legislador". Ahora bien: el intento conciliatorio ante la inspección del trabajo (folio 1) nada tuvo que ver con la sociedad que represento; el poder de Tinoco facultó al apoderado para demandar a los señores Cubides, pero no a la sociedad Cubides Hermanos Limitada; no obstante lo cual, el apoderado so pretexto de modificar su demanda inicial, reemplazó a los demandados por la sociedad; entre el actor y la sociedad no se procuró ningún arreglo conciliatorio, y las declaraciones de los testigos, la inspección ocular y las demás pruebas no fueron anunciadas en la contestación de la demanda ni decretadas de oficio por el Juez". Termina el primer cargo manifestando que, "no pudiendo ser apreciadas las declaraciones de Arcadio Cruz, Alberto Acosta, Santos Galeano, Marcelino Rojas y Arturo Panchá, por las razones indicadas, quedan huérfanos de toda prueba los dos hechos sustanciales afirmados en la demanda —el tiempo de servicios y el salario devengado sin los cuales no es posible hacer la liquidación de las correspondientes prestaciones sociales".

"Como el Juzgado condena al pago de vacaciones, prima de servicios y cesantía, resulta entonces aplicando indebidamente las normas sustan-

tivas que regulan la liquidación y pago respectivos”.

Segundo cargo.—Acusa violación de los artículos 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida y el 34 *ibidem* por falta de aplicación, y como consecuencia de estas infracciones, violación, por aplicación indebida de los artículos 186, 189, 192, 249, 253 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, 7º y 8º del Decreto 617 de 1954, “por haber incurrido el sentenciador en evidentes errores de derecho y de hecho, a causa de haber apreciado equivocadamente la demanda y su respuesta, el acta de conciliación, folio 1º, las posiciones absueltas por el actor, el poder de folio 2 y los testimonios de Arcadio Cruz, Alberto Acosta y Santos Galeano (folio 44 vuelto a 45 vuelto) Marcelino Rojas (46 y Arturo Panchá (52 y 53))”.

Agrega que “los errores de derecho y de hecho son los mismos enunciados en el “cargo” precedente, y especialmente en no dar por demostradas la autonomía del actor respecto de la sociedad y el dar por demostrada, sin estarlo, la subordinación del mismo, todo ello mediante prueba no anunciada en la contestación de la demanda y por tanto producida sin sujeción a las normas procesales pertinentes”.

Termina este cargo manifestando que “esos errores llevaron al sentenciador a calificar como de trabajo una relación que no lo es, y como consecuencia entró a aplicar, no siendo pertinentes las normas reguladoras de las vacaciones, la prima de servicios y la cesantía”.

Examen de los cargos.

La Sala considera: La aplicación indebida de una norma sustantiva, como motivo de casación, a consecuencia de apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba, puede dar origen a dos medios distintos de violación de la ley, que son: el error de hecho y el error de derecho. En el error manifiesto de hecho se puede incurrir, bien sea, porque se dá por probado un hecho que manifiestamente no ha ocurrido, o porque se deja de aplicar la ley a un hecho que el Tribunal cree no probado pero que lo está y, sobre esa base, se aplica la respectiva disposición legal a un hecho inexistente o se deja de aplicar a un hecho existente. En el error de derecho, se da a una prueba un valor distinto del que la ley le asigna, o no se le reconoce el que ésta le señala, o se le dá el mismo que ella le ha fijado pero fuera de las condiciones o sin el cumplimiento de los requisitos que la ley exige para que se la estime

como tal. En casación laboral, el error de derecho se ha circunscrito al caso de valoración de prueba *ad-solemnitatem* para la validez del acto, conforme al Art. 87 del Código Procesal del Trabajo, en armonía con el artículo 61 *ibidem*. De ello se sigue, que el error de derecho implica el quebrantamiento de una regla legal sobre prueba y, por tanto, es indispensable la cita de las que se consideren infringidas como consecuencia de ese error, además de las disposiciones sustantivas referentes al fondo mismo del negocio, consagratorias de los derechos reclamados y que se consideren violadas a consecuencia de ese error. En cambio, cuando el medio de violación de la ley consiste en el error de hecho que “es simplemente un fenómeno de convencimiento acerca de la existencia o no existencia de un hecho” como ha sostenido la Corte, no es necesario citar disposiciones sobre régimen probatorio, porque esta clase de error “no tiene en cuenta para producirse elemento jurídico alguno”.

En los cargos que se estudian, por lo que hace al supuesto error de derecho, se observa que las proposiciones jurídicas formuladas son incompletas, ya que no se señala el texto legal consagratorio de la exigencia de determinada solemnidad *ad substantiam actus*, con relación a las pruebas producidas en el juicio y que se indican en la acusación.

Por otro aspecto, en el asunto *sub-judice*, no es aceptable el planteamiento por error de derecho, del recurrente, en cuanto afirma que el sentenciador incurrió en él al asignarle “valor probatorio a pruebas producidas en un juicio promovido por un apoderado que carece de facultad para demandar a mi mandante, adelantado sin que se hubiera intentado la conciliación entre las partes y mediante una corrección de demanda que cambió la parte inicialmente demandada....”. En efecto, si se le relaciona y analiza conjuntamente con el *petitum* de la demanda, que aspira, en forma principal, a que se “declare la nulidad de lo actuado a partir del auto que admitió la modificación o sustitución de la demanda”, se aprecia fácilmente que los cargos que se examinan plantean, en el fondo, errores *in procedendo* semejantes a los de tal clase en casación civil, cuyo estudio no es posible en casación laboral, porque las causales que se refieren a ellos en el procedimiento civil, quedaron suprimidas por el Código de Procedimiento del Trabajo.

La ilegitimidad de la personería del apoderado del demandante, de la cual el recurrente, pretende derivar la incidencia de un error de derecho,

por la errónea apreciación de las pruebas que se produjeron en el juicio, constituye precisamente el sexto motivo de casación que, en materia civil, consagra el artículo 520 del Código Judicial, por referirse a la segunda causal de nulidad que, para los juicios, se establece por el artículo 448 *ibídem*. Esa nulidad, por el motivo indicado, en el procedimiento del trabajo sólo puede proponerse en el curso del juicio pero no en casación.

Los reparos del recurrente a las pruebas que cita, referentes a la manera como fueron decretadas y producidas en el juicio, en el supuesto de que puedan configurar **error de derecho**, no son admisibles en casación laboral, pues ya se ha visto que en esta materia sólo habrá lugar a él "cuando se haya dado por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir ésta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto, pues en este caso no se debe admitir su prueba por otro medio, y también cuando deja de apreciarse una prueba de esta naturaleza, siendo el caso de hacerlo", como lo preceptúa el artículo 87 del C. P. T.

Además, es de advertir, por otro aspecto, que el testimonio, la inspección ocular, las copias de los instrumentos públicos expedidas formalmente y provenientes de funcionarios que ejerzan cargos por autoridad pública y, la confesión, entre otros, constituyen medios probatorios establecidos por la ley, e idóneos para acreditar los hechos conductos de la demanda y de la defensa. Para demostrar la existencia de un contrato de trabajo y reconocer y liquidar las prestaciones legales emanadas del mismo, tales como cesantía, vacaciones y primas de servicios y establecer, "los hechos sustanciales afirmados en la demanda —el tiempo de servicios y el salario devengado—" como ocurre en el presente caso y a que alude el recurrente, no se requiere la producción en juicio de pruebas específicas a las que la ley atribuye un especial valor, "por exigir ésta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto" sino que, dichos extremos, pueden establecerse por los medios comunes de prueba, tales como las aducidas en el juicio y señaladas en los cargos por el recurrente. Finalmente, tampoco aparece que las referidas pruebas, que fueron pedidas concretamente y decretadas por el Juez en la primera audiencia de trámite, oportunidad en la cual se efectuó la corrección de la demanda, hayan sido practicadas sin el cumplimiento de las disposiciones formales o rito procesal para su recepción; precisamente por lo que hace a la prueba testimonial, para ajustarse a la ley, el **a-quo** por provi-

dencia proferida en audiencia de 26 de febrero de 1955 (folio 39 vuelto y 40), anuló las primeras declaraciones rendidas por los testigos citados en el cargo, por las razones que en esa providencia se consignaron y ordenó una nueva recepción de esos testimonios, como en efecto se hizo, con las formalidades de ley.

Por las consideraciones anteriores, no aparece configurado el error de derecho afirmado en los cargos que se estudian.

Errores de hecho.

El recurrente los hace consistir "en no dar por demostrado, estándolo, que Tinoco era absolutamente independiente de la sociedad en la ejecución de sus labores y que no las desarrollaba personalmente sino por medio de obreros que escogía, mandaba y remuneraba libremente; y en dar por demostrado, sin estarlo, que hubo subordinación de Tinoco respecto de la sociedad, que trabajó tres años, tres meses y diez días al servicio de la misma y que devengó un salario de ocho pesos diarios".

Sobre el particular, el Tribunal después de hacer un análisis de las disposiciones legales que configuran el contrato de trabajo y de estudiar las pruebas que obran en el juicio, especialmente el acta del folio 1º, la absolución de posiciones que hizo el demandante Tinoco y las declaraciones de Santos Galeano, Arcadio Cruz, Vicente Vidal, Alberto Acosta y Marcelino Rojas, expresó lo siguiente:

"Con las declaraciones a que se ha hecho referencia anteriormente, con la misma contestación de la demanda en algunos de sus puntos, se demuestra que entre el demandante Tinoco y los demandados, existieron dos contratos especialísimos: uno de trabajo, en que el trabajador estaba **subordinado** a los demandados; con un salario de \$ 8.00 diarios y por el tiempo comprendido entre el 20 de enero de 1951 y el último de agosto de 1954; y otro de obra u otros de obra en que Tinoco prestaba servicios para los señores Cubides en obras de irrigación, en forma de contratista independiente, recibiendo determinados porcentajes, y siendo el director técnico de las obras, y contratando él mismo los trabajadores para el desarrollo de esas obras.

"Es verdad que la demanda no es la última palabra en cuestión de asuntos laborales, porque el distinguido abogado que apoderó al actor involucró cuestiones diferentes, unas relacionadas con el contrato de trabajo propiamente dicho, y que

quedan sometidas a la jurisdicción especial del trabajo, que son las que hacen relación a las peticiones de cesantía, auxilio de enfermedad, compensación por días feriados y de vacaciones, la prima de servicios, calzado y overoles, y otras en que habla de porcentajes por los trabajos que hizo el actor en los cultivos de arroz del demandado y de suma que se le adeuda. Pero como le toca al juzgador interpretar la demanda, y como la demanda en el fondo y por las citas de derecho que hace el mismo actor tiene un carácter fundamentalmente laboral en cuanto las peticiones principales en que se funda, es lógico concluir que la jurisdicción laboral sí tiene motivos para conocer de esa acción en cuanto respecta, se aclara, a las cuestiones o hechos netamente relacionados con un contrato de trabajo".

Más adelante, el Tribunal consigna la afirmación de que está demostrado en los autos la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, y, en seguida, entra a hacer el estudio y análisis de las prestaciones a que tiene derecho el trabajador, para expresar, en lo referente a cesantía que "en el caso de autos el trabajador laboró para los demandados desde el 20 de enero de 1951 hasta el 31 de agosto de 1954, dejando de trabajar cuatro meses en el año de 1951, es decir, los meses de agosto, septiembre, octubre y noviembre; dicen los testigos que por enfermedad, cuestión que no se demostró plenamente con los certificados médicos respectivos. Ahora bien, como el valor del jornal diario fue de \$ 8.00 moneda corriente en los tres años tres meses y diez días trabajados al jornal estipulado da un total de \$ 9.440.00 y la cesantía en esos tres años tres meses y diez días a \$ 240.00 el mes, da un total de \$ 786.66, suma ésta a que debe condenarse a los demandados, revocándose la sentencia de primer grado". En cuanto a vacaciones, consideró demostrado que el trabajador laboró en forma completa en los años de 1952 y 1953, reconociéndole la suma de \$ 240.00 a su favor, por este concepto, a razón de quince días por año, y un salario de \$ 8.00 diarios. En cuanto a prima de servicios, en lo pertinente, dijo: "Como ya se anotó los demandados no probaron el capital, y en tal caso, la Sala debe de atenerse a lo prescrito en el ordinal a) del artículo anteriormente citado (306 del C. S. del T.). Y entonces se tiene, que en el primer semestre del año de 1951 trabajó cinco meses, diez días, y liquidando proporcionalmente con base en el salario de \$ 8.00 da un total de \$ 196.68. La prima de todo el año de 1952, da un total de \$ 240.00 e igualmente a la de 1953 y en el primer semestre de 1954 \$ 120.00,

lo que dá un resultado final de \$ 706.68".

De lo anterior resulta evidente que el Tribunal al hacer el estudio de las relaciones de trabajo que vincularon al demandante con la demandada, encontró acreditada la existencia de dos contratos diferentes, a saber: un contrato de trabajo, por hallar plenamente reunidos los requisitos y elementos que lo configuran; por otro lado, halló también demostrada, y en concurrencia con el primero, la existencia de otros contratos para la ejecución de trabajos en que el demandante Tinoco prestaba sus servicios a la demandada, en obras de irrigación, en forma de contratista independiente, razón por la cual entró a conocer y definir de la acción intentada en cuanto respecta "a las cuestiones o hechos netamente relacionados con un contrato de trabajo" como se expresa en la sentencia, evento que, por otra parte, prevé el artículo 25 del Código Sustantivo del Trabajo, al disponer que "aunque el contrato de trabajo se presente involucrado o en concurrencia con otro u otros, no pierde su naturaleza y le son aplicables, por tanto, las normas de este Código".

El convencimiento a que llegó el Tribunal, tiene, para la Corte, apoyo en hechos probados por los medios establecidos por la ley y mediante el desarrollo lógico de razones que conducen a la conclusión establecida en la sentencia.

Esta Sala no encuentra que el Tribunal haya interpretado erróneamente la demanda y su contestación, ni la primera audiencia de trámite, ni el acta de la diligencia de reclamación que se surtió ante la Inspección del Trabajo de Ibagué, ni las posiciones absueltas en el juicio por el demandante, ni las declaraciones de los testigos que señala el cargo. Por el contrario, de tales pruebas se reafirma la convicción a que llegó el juzgador sobre la concurrencia de dos contratos diferentes que gobernaron las relaciones de trabajo que ligaron al trabajador Tinoco con la Compañía demandada, a saber: uno o varios contratos de obra en irrigación de terrenos destinados al cultivo de arroz en la finca de Betania, perteneciente a la demandada, en forma de contratista independiente, hecho que sí dio por demostrado el juzgador. Al propio tiempo, un contrato de trabajo entre las mismas partes, por resultar acreditada la existencia de los elementos esenciales que lo configuran, conforme al artículo 23 del C. S. del T.

No hubo, pues, por parte del Tribunal, una equivocada o errónea apreciación de las pruebas que señala el recurrente, susceptible de configurar un evidente error de hecho, ni resulta la violación de las normas legales invocadas. No prosperan los

cargos que se estudian conjuntamente.

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 impugnada, proferida por el extinguido Tribunal Seccional del Trabajo de Ibagué, con fecha 25 de octubre de 1955.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Cópiese, publíquese, 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.—Jorge Vélez García.—

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RECURSO DE HECHO EN LO LABORAL. — REQUISITOS PARA FIJAR LA CUANTÍA EN RELACION CON LA ADMISION DEL DE CASACION

En materia laboral, la fijación de la cuantía de la demanda inicial, que se hizo en suma superior a \$ 300.00, no sirve para resolver sobre la admisión del recurso de casación que, como se sabe, exige una cuantía mínima y exacta de \$ 4.000.00.

En el recurso de hecho sobre denegación del recurso de casación, decretada por los Tribunales, la Sala estima que para determinar tal cuantía, se tiene que precisar el valor de cada una de las peticiones del libelo con que se inició el juicio, para establecer si el recurso interpuesto cumple con las exigencias legales sobre la cuantía aludida, relacionando las solicitudes de la demanda con los hechos señalados en la misma.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., enero treinta y uno de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Roberto De Zubiría C.).

Por medio de apoderado, GILDARDO RONDON demandó a "INDUSTRIA DE MADERAS" (Alfonso Velásquez P. e Hijos y Compañía Limitada), para que, por los trámites de un juicio ordinario de trabajo fuese condenada a pagarle:

"a) Horas extras trabajadas y no remuneradas especialmente;

"b) Domingos y festivos nacionales y religiosos comprendidos en todo el tiempo trabajado, y no remunerados;

"c) Indemnización por violación del plazo presuntivo del contrato de trabajo;

"d) Auxilio de cesantía; y

"e) Indemnización por mora en el pago de las prestaciones e indemnizaciones de carácter laboral".

La cuantía fue estimada en suma superior a \$ 300.00.

Refiere el libelo que el actor GILDARDO RONDON prestó sus servicios como "ebanista" a la empresa "INDUSTRIA DE MADERAS", en la sección de muebles, habiendo empezado a trabajar el primero (1º) de mayo del año de 1956 y

siendo despedido sin justa causa el día siete (7) de febrero de 1958; que la remuneración que se le pagaba por el trabajo era de conformidad con la obra realizada, con un promedio de \$ 13.00 diarios; que la jornada ordinaria de trabajo comenzaba a las 8 de la mañana y duraba hasta las seis y media de la tarde, y únicamente sacaba una y media (1½) hora para tomar el almuerzo; que durante el lapso expresado de trabajo, su labor fue continua y sin interrupción, pero que sin embargo ninguna remuneración especial se le pagaba por el descanso obligatorio en los días domingos y festivos nacionales y religiosos; y finalmente, que no se le ha pagado ninguna prestación por su retiro, ni indemnización por el rompimiento unilateral del contrato de trabajo.

El fallador de primera instancia, que lo fue el Juzgado Tercero del Trabajo de Medellín, en audiencia de juzgamiento de fecha 3 de junio de 1958, condenó a la empresa demandada, ALFONSO VELASQUEZ P. e Hijos Y CIA LTDA., a pagar la cantidad de \$ 667.74 por concepto de cesantía, y absolvió a la misma empresa de los demás cargos del libelo. En cuanto a ALFONSO VELASQUEZ P. y HUMBERTO VELASQUEZ C. los absolvió de todos los cargos de la demanda.

Apelada la anterior providencia por los apoderados de las partes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín —Sala Laboral—, desató el recurso de alzada en fallo de fecha 21 de junio del mismo año, por medio del cual confirmó el del Juez a-quo, pero reformándolo en el sentido de que la cantidad mandada a pagar por cesantía definitiva es de \$ 655.73; y en cuanto a las demás peticiones fue revocado lo concerniente a la absolución por descansos obligatorios e indemnización por mora en la cancelación de las prestaciones sociales, para en cambio disponer una condena en contra de la mencionada sociedad por \$ 1.436.35 en razón de los dominicales y festivos patrios y religiosos, y \$ 12.49 diarios, a partir del 24 de febrero de 1958 hasta cuando se cancelen las obligaciones o se consigne su equivalente en los términos indicados por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Contra esta última decisión el procurador ju-

dicial de la parte demandada interpuso recurso de casación, el cual le fue negado por el *ad quem* con la consideración de que el juicio no reunía el requisito de la cuantía mínima exigida por la ley de \$ 4.000.00, de acuerdo con el artículo 9º del Decreto-Ley número 1.762 de 1956. El mismo apoderado mencionado solicitó, entonces, reposición del auto denegatorio del recurso extraordinario y, en subsidio, las copias que estimó atinentes para ocurrir de hecho ante esta Corporación, cuya compulsu fue ordenada por el referido Tribunal y es ahora cuando esta Sala entra a estudiarlas junto con el memorial sustentatorio del recurso para efectos de determinar su viabilidad legal.

Se considera:

Lo primero que tiene que observar la Sala es que la fijación de la cuantía en la demanda inicial, que se hizo en suma "superior a trescientos pesos (\$ 300.00), no sirve para resolver sobre la admisión del recurso de casación que, como se sabe, exige una cuantía mínima y exacta de \$ 4.000.

De tal manera que la Sala necesariamente tendrá que precisar el valor de cada una de las peticiones del libelo con que se inició el juicio para establecer si el recurso interpuesto cumple con las exigencias legales sobre cuantía.

Para tal fin, se tiene en cuenta que las peticiones de la demanda están concretadas en la siguiente forma:

"a) Horas extras trabajadas y no remuneradas especialmente; b) Domingos y festivos nacionales y religiosos comprendidos en todo el tiempo trabajado, y no remunerados; c) Indemnización por violación del plazo presuntivo del contrato de trabajo;

"d) Auxilio de cesantía; y

"e) Indemnización por mora en el pago de las prestaciones e indemnizaciones de carácter laboral".

Por otra parte, en los hechos de la demanda se señala un salario de \$ 13.00 diarios y la duración del contrato de trabajo desde el primero (1º) de mayo de 1956 hasta el siete (7) de febrero de 1958, lo que da un total de 648 días.

Relacionando las solicitudes de la demanda con los hechos anteriores, pueden efectuarse las siguientes operaciones:

Cesantía de 648 días.....\$..	702.00
Presuntivo de 82 días.....	1.066.00
Dominicales y festivos (121 x 13).....	1.573.00
Horas extras (1 hora diaria y teniendo en cuenta únicamente días laborales, o sea, 527 horas con el recargo del 25%)	1.070.47
Salarios caídos (17 días x \$ 13)	221.00
TOTAL	\$ 4.632.47

Se ve, pues, que el valor de las peticiones de la demanda sobrepasa el límite señalado en la ley para la concesión del recurso de casación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral—, **DECLARA MAL DENEGADO** el recurso de casación interpuesto por el apoderado de ALFONSO Y HUMBERTO VELASQUEZ contra la sentencia de fecha veintinueve (21) de julio de mil novecientos cincuenta y ocho (1958), proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio seguido por el actor GILDARDO RONDON contra los prenombrados recurrentes y ordena, en consecuencia, el envío a esta Superioridad del expediente respectivo.

Reconócese al doctor ALEJANDRO CORDOBA MEDINA como apoderado de los recurrentes ya citados, en los términos y para los efectos del memorial-poder de sustitución que obra al folio 24 de este expediente.

Por la Secretaría, librese el despacho respectivo con los insertos legales del caso.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiria C.—

Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ELEMENTOS LEGALES PARA FIJAR LA CUANTIA DE LA ACCION, DENTRO DEL RECURSO DE HECHO, RESPECTO DE LA ADMISION DEL RECURSO DE CASACION

Se reitera la doctrina, en el recurso de hecho sobre denegación del recurso de casación decretada por los Tribunales, en el sentido de que la Sala estima que para determinar la cuantía de la acción, se tiene que precisar el valor de cada una de las peticiones del libelo con que se inició el juicio, para establecer si el recurso interpuesto cumple con las exigencias legales sobre tal cuantía, relacionando las solicitudes de la demanda correspondiente con los hechos señalados en la misma; teniéndose en cuenta que la cuantía real de esta es la que surja de la relación del petitum con la causa petendi.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., treinta y uno de enero de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Roberto de Zubiría C.).

JULIO CESAR LONDOÑO LONDOÑO, por medio de apoderado, demandó a la COMPAÑIA FRONTINO GOLD MINES LIMITADA ante el Juzgado de Segovia, Departamento de Antioquia, representada por su Gerente el señor H. F. Brownbille. Las peticiones de la demanda son las siguientes: "a) Que es ilegal la disposición de la Junta Adjudicadora de Becas para estudios de especialización técnica por cuenta de la empresa Frontino, en cuanto privó al estudiante Julio César Londoño L. de la a él concedida, sin motivo legal o justificado. b) Que, en consecuencia, la empresa demandada está obligada a pagar a Londoño L., el valor de la beca a partir de la iniciación de labores en la Facultad Nacional de Minas y mientras el demandante no incurra en ninguna causal de suspensión".

Respecto a cuantía de la acción, el apoderado del demandante dijo: "Competencia: suya, por la cuantía que estimo superior a \$ 500.00 e inferior a \$ 3.000.00....".

El Juez de primer grado al desatar la controversia en fallo de fecha 8 de abril de 1957, condenó a la Compañía mencionada a pagar al actor

el valor de la beca durante el año lectivo de 1956, y a continuar pagándole mensualmente la suma de \$ 150.00 moneda legal, hasta la terminación de sus estudios.

Al ser apelada la providencia de primera instancia por el apoderado de la empresa demandada, el Tribunal Superior de Medellín —Sala Laboral—, en fallo de fecha 13 de mayo del mismo año, la CONFIRMO en todas sus partes.

Contra el fallo del ad-quem, la parte demandada interpuso el recurso extraordinario de casación pero éste le fue negado por razón de estimarse que el negocio no tenía la cuantía necesaria requerida por la ley para su viabilidad. Por tal motivo, la mencionada sociedad solicitó la reposición del auto denegatorio del recurso, y en subsidio la expedición de las copias de las piezas pertinentes para el trámite del recurso de hecho.

Para resolver, se considera:

Primeramente, la Sala habrá de referirse a la presentación de las copias expedidas por el ad-quem y al escrito sustentatorio del recurso de hecho, ya que surgieron dudas acerca de si ellos fueron allegados a esta Sala en la debida oportunidad procesal, según lo preceptúa el artículo 514 del Código Judicial. A este respecto, la situación se aclara teniendo en cuenta el informe rendido por el Ministerio de Obras Públicas, que obra al folio 36, en donde aparece el dato de que la distancia entre este Distrito y la ciudad de Medellín es de 477 kilómetros, lo cual permite deducir una vez efectuadas las correspondientes operaciones aritméticas, de acuerdo con el artículo 373 del Código Judicial que la parte interesada disponía de 15 días para introducir ante la Secretaría de esta Corporación las copias en referencia junto con el escrito en que se fundamenta el recurso de hecho, y confrontando las fechas de presentación, se observa que solamente utilizó once (11) días para hacerlo. Se ve, pues, que el recurrente actuó dentro del término legal.

En segundo lugar, no obstante que el apoderado del demandante fijó la cuantía de la demanda en suma superior a \$ 500.00 e inferior a los \$ 3.000.00, lo cierto es que, de acuerdo con reiterada jurisprudencia de esta Corte, la cuantía real de la

misma es la que surja de la relación del *petitum* con la *causa petendi*. Para ello, debe tenerse en cuenta que lo solicitado por el actor fue lo siguiente: "... b) Que, en consecuencia, la empresa demandada está obligada a pagar a Londoño L., el valor de la beca a partir de la iniciación de labores en la Facultad Nacional de Minas y mientras el demandante no incurra en ninguna causal de suspensión"; y en uno de los hechos de la demanda se dice: "... 3º—Londoño Londoño, cursó 1º en la Facultad Nacional de Minas el año pasado (55) y cursa 2º en el presente, sin que se vea causa legal alguna para privarle de la prestación de la beca adjudicada".

En tercer término, con el informe rendido por la Facultad de Minas de Medellín (folio 27), a solicitud de esta Sala, se halla acreditado: primero, que el estudiante Julio César Londoño Londoño se matriculó en la Sección de Minas y Metalurgia, y segundo, que la duración de los estudios en la mencionada Sección es de cinco (5) años.

Por otra parte, también está demostrado que el valor de la beca reconocido al actor es de \$ 150.00 mensuales.

Y de otro lado, está aceptado por las partes contendientes que el señor Londoño Londoño disfrutó durante un (1) año de la beca (hecho 6º de la demanda reconocido como cierto por la parte demandada en su respuesta al mismo punto).

Teniendo presentes, pues, las circunstancias anteriores puede realizarse la siguiente liquidación:

Cinco (5) años, o sea, sesenta (60) meses a razón de \$ 150.00 cada uno, da un total de \$ 9.000.00.

Decontando de ese total la suma percibida en un año, o sea \$ 1.800.00 pagados en 1955, se obtiene la cifra correspondiente a los cuatro (4) años restantes, es decir, SIETE MIL DOSCIENTOS PESOS (\$ 7.200.00).

Se toma como base para la presente liquidación lo estatuido por el literal b) del artículo 22 del Decreto número 2.553 de diciembre 11 de 1951, reglamentario de los artículos 285, 286 y 287 del Código Sustantivo del Trabajo, en el cual se dice que las becas incluyen instrucción, alojamiento,

alimentación mensual en el año del calendario, y transporte de ida y regreso por una sola vez (subraya esta Corporación).

Como se ve, el resultado obtenido da una suma superior a los \$ 4.000.00 que constituyen el límite mínimo para la concesión del recurso de casación.

La Sala considera que no es del caso efectuar complejas lucubraciones sobre la vida probable del becario para establecer la cuantía del negocio, porque el derecho en discusión no está legalmente establecido con referencia a tal condición sino simplemente al otorgamiento concreto de una beca para estudios que, como se ha visto, tiene una duración fija y determinada de cinco (5) años.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala Laboral—, DECLARA MAL DENEGADO el recurso de casación interpuesto por el apoderado sustituto de la parte demandada FRONTINO GOLD MINES LIMITADA contra la sentencia de fecha mayo trece (13) de mil novecientos cincuenta y siete (1957), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín —Sala Laboral—, en el juicio seguido por el demandante JULIO CESAR LONDOÑO LONDOÑO contra la pre-nombrada empresa recurrente y ordena, en consecuencia, el envío a esta Superioridad del expediente respectivo.

Reconócese al doctor JOSE JARAMILLO ZULETA como procurador judicial del actor ya citado, en los términos y para los efectos del memorial-poder de sustitución visible al folio 37 de este expediente.

Por la Secretaría, líbrese el despacho correspondiente con los insertos legales del caso.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiría C.—

Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONTRATO DE TRABAJO Y RELACION DE SERVICIO PUBLICO ENTRE LOS EMPLEADOS Y LA ADMINISTRACION. — VIOLACION DE NORMAS SUSTANTIVAS Y DE NORMAS PROCEDIMENTALES. — INFRACCION DIRECTA E INDIRECTA. — TECNICA DE CASACION

1.—Las normas sustantivas y las normas procedimentales, como lo establece la ley y lo confirma la jurisprudencia, no son susceptibles de una idéntica forma de violación, puesto que las primeras son las que estatuyen los derechos y las segundas los medios o instrumentos para obtener el reconocimiento de aquéllos.

2.—Dentro de un mismo cargo se sostiene simultáneamente violación de la ley por infracción directa y por error de hecho. También la jurisprudencia, con apoyo en la ley, ha aclarado suficientemente que en una misma acusación no se pueden plantear dos impugnaciones que son específicamente distintas, como acontece con las expuestas por el recurrente. Esto es lógico y razonable, ya que la infracción directa se debe estructurar marginando las cuestiones de hecho de la litis; en cambio, la violación por error de hecho se configura primordialmente sobre la materia probatoria de la controversia, lo que determina que la infracción legal sea indirecta.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., febrero diez y seis de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Roberto De Zubiría C.).

JOSE URREGO, por intermedio de apoderado legalmente constituido, promovió juicio ordinario laboral ante el Juzgado del Trabajo de Quibdó contra la Nación, o a la Nación y al Departamento del Chocó —Dirección Departamental de Higiene del Chocó—, para que previos los trámites legales del caso fuesen condenados éstos a pagarle al demandante lo siguiente:

“a) RUPTURA UNILATERAL DEL CONTRATO PRESUNTIVO DE TRABAJO.—Que la Nación o la Nación y el Departamento —Dirección Departamental de Higiene del Chocó—sea obligado a reconocer y pagar la indemnización que le co-

rresponde por la ruptura unilateral del contrato presuntivo de trabajo.

“b) CERTIFICADO MEDICO.—Que la Nación o la Nación y el Departamento —Dirección Departamental de Higiene del Chocó— sea obligada a reconocer y pagar al demandante los salarios que le corresponden por no habersele expedido el certificado sobre examen médico al tiempo del despido intempestivo del trabajo.

“c) HORAS EXTRAS.—Que la Nación o la Nación y el Departamento —Dirección de Higiene Departamental del Chocó— sea obligado a reconocer y pagar al poderdante el valor de las horas extras trabajadas por él y no pagadas”.

El libelo contiene el relato de los hechos en la siguiente forma:

“1º.—Mi patrocinado prestó sus servicios a la Dirección Departamental de Higiene del Chocó, del 20 de marzo de 1944 al 3 de julio de 1950.

“2º.—Mi patrocinado fue suspendido de los trabajos que adelantaba como obrero al servicio de la Dirección Departamental de Higiene del Chocó, en forma intempetiva, es decir, sin ser preavisado.

“3º.—Mi patrocinado al tiempo del despido intempestivo tampoco recibió orden ni hasta la fecha se le ha expedido el certificado médico a que estaba obligada la Dirección Departamental de Higiene del Chocó.

“4º.—Mi patrocinado prestó sus servicios en forma extra a la Dirección de Higiene Departamental del Chocó del 7 de julio de 1947 por orden de los señores Esnodio Figueroa V. como Revisor y también por el doctor Lascario Barbosa A., sin que se le haya reconocido el valor de esas horas extras”.

Como fundamentos de derecho para la sustentación de sus peticiones, citó los artículos 64, 161 y demás disposiciones pertinentes del Código Sustantivo del Trabajo.

El señor Personero Municipal de Quibdó, al descorrer el traslado de la anterior demanda, en nombre de la Nación, lo hizo en los siguientes términos:

"En cuanto a las pretensiones de la demanda, me opongo en parte y los hechos los contesto así:

"1º.—Es cierto, desde luego que el señor Director Departamental de Higiene, patrono del demandante, no lo contradice en escrito dirigido al apoderado de éste y que obra en este cuaderno a folios 2 y fte. y vuelto y 3 fte.

"2º.—No es cierto. El despido del demandante Urrego, del cargo que desempeñaba en la Dirección de Higiene, tuyo como origen la circunstancia de haber sufrido una pena correccional de treinta días de arresto. Vale decir que, de acuerdo con el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, existió una causa justa para que la Dirección Departamental de Higiene, sin previo aviso, diera por terminado, unilateralmente, el contrato presuntivo de trabajo. (Artículo 48 del Decreto Ejecutivo 2.127 de 1945). Dice textualmente la disposición citada: "Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, sin previo aviso: Por parte del patrono:

..... 7º.—La detención preventiva del trabajador por más de 30 días, a menos que posteriormente sea absuelto; o el arresto correccional que exceda de ocho días, o aún por un tiempo menor, cuando la causa de la sanción sea suficiente para justificar la extinción del contrato. (Subrayo). De manera que la dependencia oficial demandada y a la cual represento ante ese Juzgado, al despedir al señor José Urrego del cargo que desempeñaba, rompiendo unilateralmente el contrato presuntivo de trabajo, obró dentro de la legalidad, haciendo uso del derecho que le confiere la disposición que se deja transcrita y que concuerda con el numeral c) del artículo 410 del Código Sustantivo del Trabajo, que establece que justifican procedimientos similares, todos aquellos motivos "que permitan al patrono dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo".

"3º.— La contestación de este punto, coincide con la del anterior; no obstante, que se pruebe".

"4º.—Que se pruebe".

Por otra parte, el señor Secretario Departamental de Higiene del Chocó (folios 8 y 9), al responder los hechos de la misma demanda, lo hace así:

"HECHOS" de la demanda: 1º.—Sí es cierto que el señor José Urrego prestó sus servicios como obrero a la Dirección Departamental de Higiene desde el día 20 de marzo de 1944 hasta el día 3 de julio de 1950, fecha en la cual se retiró por las causas anotadas antes (ruptura unilateral del contrato presuntivo de trabajo por su cuenta y riesgo) y se le reconoció su auxilio de cesantía por valor de NOVECIENTOS VEINTE Y SEIS PESOS

CON OCHENTA Y CINCO CENTAVOS (\$ 926.85) por medio de la Resolución número 119 de 1950 y le fue cancelada dicha suma el día 30 de diciembre del mismo año, por medio del cheque número 004-S-2519, girado a favor de José Urrego A.

"2º.—Está demás decir que no es cierto, dadas las circunstancias de su retiro, tantas veces mencionadas, circunstancias que podían dar lugar a preaviso y si hubo algo intempestivo fue su retiro voluntario o involuntario, en todo caso, sin culpa de la Institución.

"3º.—No pudo haber necesidad, ni antes ni ahora, de expedir certificado médico al señor obrero José Urrego, por las circunstancias en que se produjo su retiro (ausencia del trabajo por más de ocho días, sin causa justificativa para la Institución).

"4º.—Como dije anteriormente, la Dirección Departamental de Higiene nunca ha tenido necesidad de ocupar obreros en trabajos extras, por la naturaleza misma de sus labores de saneamiento, las que no hacen necesaria o justificadas las jornadas extras.

"Por todo lo anotado, informo a usted señor Juez, que la Dirección Departamental de Higiene, a mi cargo, no tiene asuntos pendientes con el señor JOSE URREGO A., ex-obrero de las Campañas Sanitarias de este Departamento".

El Juez a-quo, al desatar la anterior controversia por medio de fallo que lleva fecha abril 11 de 1955, se pronunció de la siguiente manera:

"PRIMERO.—Declárase de oficio que están probados en este juicio los hechos constitutivos de la excepción de **declinatoria de jurisdicción** la cual tiene carácter de perentoria procesal porque enerva la tramitación sin afectar el derecho del actor. el que queda ileso y expedito para hacerlo valer ante la jurisdicción contenciosa administrativa, que es la competente en estos casos.

"SEGUNDO.—Por consecuencia, declárase inhbido el Juez para avocar el conocimiento y fallo de este negocio, dada la incompetencia de jurisdicción que le asiste, según se vio en considerandos anteriores.

"TERCERO.—Se deja a salvo el derecho del actor para que lo haga valer por la vía indicada si lo estima conveniente.

"CUARTO.—No se condena en costas por no haberse causado.

“QUINTO.—Por ser totalmente adverso este fallo a las pretensiones del trabajador José Urrego, se ordena su consulta con el Tribunal Seccional del Trabajo, a donde se enviará original el expediente una vez corridos los términos procesales subsiguientes”.

El extinguido Tribunal Seccional del Trabajo de Quibdó al resolver la apelación interpuesta contra el anterior proveído por parte del apoderado del actor, en sentencia de fecha primero (1º) de julio de ese mismo año, confirmó la providencia del a-quo en todas sus partes pero no impuso costas en la segunda instancia.

A causa de que el ad-quem hubiera negado el recurso extraordinario de casación interpuesto contra su proveído por el apoderado del mismo actor, esta Superioridad al resolver el recurso de hecho instaurado contra el auto denegatorio de dicho recurso, de fecha 1º de julio de 1955, ordenó la remisión del expediente original y continuar la correspondiente tramitación cuya fase final entra ahora a desatar previo el estudio de la respectiva demanda de casación que contiene cinco cargos y el escrito de oposición.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Aspira el recurrente a que se infirme la sentencia del Tribunal Seccional, en todas sus partes, para que se hagan las declaraciones contenidas en el libelo demandador.

PRIMER CARGO:

Lo formula el recurrente así: “Acuso la sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Quibdó de ser violatoria de las disposiciones transcritas bajo el rubro de JURISDICCION”. Se refiere al artículo 26 de la Constitución Nacional, al Decreto 2.127 de 1945 en su artículo 4º, la Ley 24 de 1947, artículo 7º, y al Decreto-Ley 2.158 de 1948, artículo 2º.

A continuación se expresa en los siguientes términos:

“INFRACCION DIRECTA. —Hubo infracción directa de esas disposiciones porque el contrato de trabajo entre José Urrego y el Departamento del Chocó —Dirección Departamental de Higiene— no lo remite a duda ni siquiera el señor Director Departamental de Higiene de esa época doctor Pedro P. Escamilla P.—Habiendo habido contrato de trabajo entre el obrero José Urrego y la Dirección Departamental de Higiene del Cho-

có, se imponía la aplicación de las disposiciones transcritas, a los efectos de conocer del juicio laboral incoado ante el señor Juez del Trabajo de Quibdó”.

“La calidad que Urrego tuvo de obrero de la Dirección Departamental de Higiene del Chocó la reconoce el señor Director de Higiene en la contestación de la demanda cuando dice:

“1º.—Sí es cierto que el señor Urrego prestó sus servicios como obrero a la Dirección Departamental de Higiene desde el día 20 de marzo de 1944 hasta el día 3 de julio de 1950”.

“APLICACION INDEBIDA.—Hubo por parte del Tribunal Seccional del Trabajo del Chocó aplicación indebida de las disposiciones sobre jurisdicción y competencia, como quiera que el Tribunal Seccional declaró que tales disposiciones no eran aplicables al caso controvertido, porque entre Urrego y la Dirección Departamental de Higiene, agrega la sentencia del Tribunal, “no existe un contrato de trabajo, sino una relación de derecho público que lo viene a colocar en la condición de empleado público definido por el artículo 5º del Código de Régimen Político y Municipal.

“JURISPRUDENCIA.—El Honorable Tribunal Seccional del Trabajo del Chocó plasmó su fallo acomodándolo a un concepto del doctor Víctor Pacheco Osorio, como jefe del Departamento Nacional del Trabajo. Yo prefiero la jurisprudencia sentada por el H. Tribunal Supremo del Trabajo de Colombia, según la cual hay verdadero contrato de trabajo en casos como el que se ventila. En tal sentido pululan las sentencias del H. Tribunal Supremo, en las cuales han sido ponentes el doctor Alejandro Córdoba Medina, lo mismo que todos y cada uno de los restantes Magistrados del H. Tribunal Supremo”.

“Puedo demandar en casación la incompetencia de jurisdicción porque la parte que represento reclamó en su oportunidad sobre esta incompetencia declarada, tanto por el Juez como por el Tribunal del Distrito Judicial del Trabajo de Quibdó. Al efecto la jurisprudencia tiene dicho:

“En casación no puede hablarse de incompetencia de jurisdicción si las partes han intervenido en el juicio sin hacer reclamo alguno en su oportunidad”. (Sentencia, 4 de abril de 1952, D. del T. vol XV, números 89, 90, página 229).”

SEGUNDO CARGO

Se encuentra planteado de la siguiente manera:

"FORAS SUPLEMENTARIAS Y EXTRAS. — Acuso la sentencia del Tribunal del Trabajo del Chocó de fecha 1º de julio de 1955, proferida en el juicio de José Urrego contra la Dirección Departamental de Higiene del Chocó, de infracción de las disposiciones transcritas bajo el rubro de horas extras y suplementarias. La violación fue por infracción directa y por error de hecho". Se refiere a la cita de los artículos 161, 167 y 168 del C. S. del T.

Luégo continúa: "INFRACCION DIRECTA.— Hubo infracción directa de tales disposiciones: porque el H. Tribunal Seccional, con el pretexto de la incompetencia de jurisdicción se negó a aplicar esas disposiciones".

"ERROR DE HECHO.—Cometió el H. Tribunal Seccional del Trabajo del Chocó error de hecho, porque no apreció las pruebas que obran en autos, como son las confesiones hechas en las contestaciones de la demanda (tanto por el Director Departamental de Higiene como por el Personero Municipal de Quibdó), en documento de los folios 10 y 11, la hoja de servicios certificada por el Director Departamental de Higiene al folio 17 de los autos y las declaraciones de los testigos Asnodio Figueroa, Vilfredo Conto, Ceferino Maturana, Lascario Barbosa Avendaño y Jorge I. Torrado T., visibles a los folios 18, 19, 20, 21 y 22 del cuaderno principal. Estos documentos y declaraciones dan fé del tiempo servido por Urrego a la Dirección Departamental de Higiene del Chocó, del cargo desempeñado, del jornal devengado y de la ruptura unilateral del contrato de trabajo por parte de la Dirección Departamental de Higiene del Chocó. Si el Tribunal hubiera apreciado tales pruebas, a buen seguro que hubiera condenado al demandado en los términos del libelo demandador".

TERCER CARGO:

Su enunciación se halla planteada así:

"CERTIFICADO MEDICO.—Acuso la sentencia del Tribunal del Trabajo del Chocó de fecha 1º de julio de 1955, proferida en el juicio de José Urrego contra la Dirección Departamental de Higiene del Chocó, de infracción de las disposiciones transcritas bajo el rubro de certificado médico. La violación fue por infracción directa y por error

de hecho". El recurrente alude a la transcripción que hace con anterioridad del párrafo 1º del Decreto 797 de 1949".

Manifiesta luégo: "INFRACCION DIRECTA.— Hubo infracción directa de tales disposiciones: porque el H. Tribunal Seccional, con el pretexto de la incompetencia de jurisdicción se negó a aplicar esas disposiciones".

"ERROR DE HECHO.—Cometió el H. Tribunal Seccional del Trabajo del Chocó error de hecho, porque no apreció las pruebas que obran en autos, como son las confesiones hechas en las contestaciones de la demanda (tanto por el Director Departamental de Higiene como por el Personero Municipal de Quibdó), el documento de los folios 10 y 11, la hoja de servicios certificada por el Director Departamental de Higiene al folio 17 de los autos y las declaraciones de los testigos Esnodio Figueroa, Vilfredo Conto, Ceferino Maturana, Lascario Barbosa Avendaño y Jorge I. Torrado T., visibles a los folios 18, 19, 20, 21 y 22 del cuaderno principal. Estos documentos y declaraciones dan fé del tiempo servido por Urrego a la Dirección Departamental de Higiene del Chocó, del cargo desempeñado, del jornal devengado y de la ruptura unilateral del contrato por parte de la Dirección Departamental de Higiene del Chocó. Si el Tribunal hubiera apreciado tales pruebas, a buen seguro que hubiera condenado al demandado en los términos del libelo demandador".

CUARTO CARGO:

Lo expresa el recurrente de esta manera:

"RUPTURA UNILATERAL DEL CONTRATO. Acuso la sentencia del Tribunal del Trabajo del Chocó de fecha 1º de julio de 1955, proferida en el juicio de José Urrego contra la Dirección Departamental de Higiene del Chocó, de infracción de las disposiciones transcritas bajo el rubro de ruptura unilateral del contrato. La violación fue por infracción directa y por error de hecho". El recurrente se refiere a los artículos 43 y 51 del Decreto 2.127 de 1945, y al artículo 1º del Decreto Extraordinario 616 de 1954. Prosigue luégo:

"INFRACCION DIRECTA. — Hubo infracción directa de tales disposiciones, porque el H. Tribunal Seccional, con el pretexto de la incompetencia de jurisdicción, se negó a aplicar esas disposiciones.

"ERROR DE HECHO.—Cometió el H. Tribunal

Seccional del Trabajo del Chocó error de hecho, porque no apreció las pruebas que obran en autos, como son las confesiones hechas en las contestaciones de la demanda (tanto por el Director Departamental de Higiene como por el Personero Municipal de Quibdó), el documento de los folios 10 y 11, la hoja de servicios certificada por el Director Departamental de Higiene al folio 17 de los autos y las declaraciones de los testigos Esnodio Figueroa, Vilfredo Conto, Ceferino Maturana, Lascario Barbosa Avendaño y Jorge I. Torrado T., visibles a los folios 18, 19, 20, 21 y 22 del cuaderno principal. Estos documentos y declaraciones dan fé del tiempo servido por Urrego a la Dirección Departamental de Higiene del Chocó, del cargo desempeñado, del jornal devengado y de la ruptura unilateral del contrato por parte de la Dirección Departamental de Higiene del Chocó. Si el Tribunal hubiera apreciado tales pruebas, a buen seguro que hubiera condenado al demandado en los términos del libelo de mandador”.

QUINTO CARGO:

Se encuentra expresado en la siguiente forma:

“DESPIDO.— Acuso la sentencia del Tribunal del Trabajo del Chocó, de fecha 1º de julio de 1955, proferida en el juicio de José Urrego contra la Dirección Departamental de Higiene del Chocó, de infracción de las disposiciones transcritas bajo el rubro de DESPIDO. La violación fue por infracción directa y por error de hecho”. El recurrente hace referencia al Decreto 2.127 de 1945, artículo 48, Causa 7ª que antes ha transcrito, y continúa manifestando:

“INFRACCION DIRECTA.—Hubo infracción directa de tales disposiciones porque el H. Tribunal Seccional, con el pretexto de la incompetencia de jurisdicción, se negó a aplicar esas disposiciones”.

“ERROR DE HECHO.—Cometió el H. Tribunal Seccional del Trabajo del Chocó error de hecho, porque no apreció las pruebas que obran en autos, como son las confesiones hechas en las contestaciones de la demanda (tanto por el Director Departamental de Higiene como por el Personero Municipal de Quibdó), el documento de los folios 10 y 11, la hoja de servicios certificada por el Director Departamental de Higiene al folio 17 de los autos y las declaraciones de los testigos Esnodio Figueroa, Vilfredo Conto, Ceferino Maturana, Lascario Barbosa Avendaño y Jorge I. Torrado T., visibles a los folios 18, 19, 20, 21 y 22 del cuaderno

principal. Estos documentos y declaraciones dan fé del tiempo servido por Urrego a la Dirección Departamental de Higiene del Chocó, del cargo desempeñado, del jornal devengado y de la ruptura unilateral del contrato por parte de la Dirección Departamental de Higiene del Chocó. Si el Tribunal hubiera apreciado tales pruebas, a buen seguro que hubiera condenado al demandado en los términos del libelo demandador”.

Se examina la demanda.

La simple lectura de las diferentes acusaciones indica que ellas no se ajustan a las exigencias técnicas del recurso extraordinario de casación. En efecto, a la demanda estudiada se le pueden formular los siguientes reparos:

a) En la parte de su escrito sustentatorio que el recurrente denomina JURISDICCION agrupa las disposiciones que considera violadas. Pero es de observar que allí están involucradas normas sustantivas y normas procedimentales que, como lo establece la ley lo confirma la jurisprudencia, no son susceptibles de una idéntica forma de violación, puesto que las primeras son las que estatuyen los derechos y las segundas los medios o instrumentos para obtener el reconocimiento de aquéllos.

b) Dentro de un mismo cargo se sostiene simultáneamente violación de la ley por infracción directa y por error de hecho. También la jurisprudencia, con apoyo en la ley, ha aclarado suficientemente que en una misma acusación no se pueden plantear dos impugnaciones que son específicamente distintas, como acontece con las expuestas por el recurrente. Esto es lógico y razonable, ya que la infracción directa se debe estructurar marginando las cuestiones de hecho de la litis; en cambio, la violación por error de hecho se configura primordialmente sobre la materia probatoria de la controversia, lo que determina que la infracción legal sea indirecta.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

Es incuestionable que el problema fundamental de la litis estriba en precisar si las partes estuvieron vinculadas o no por un contrato de trabajo. Tanto el a-quo como el Tribunal fallaron en el sentido de que la relación jurídica que ligó a José Urrego con el Departamento del Chocó fue de servicio público y no de otra índole. Establecida así claramente la situación procesal, no cabe duda que la orientación sustancial del ataque en casación ha debido encaminarse a sostener la configuración del contrato de trabajo, por encontrarse

probatoriamente reunidos los elementos esenciales de dicha relación jurídica. Mas observa la Sala que la principal acusación del recurrente, contenida en su primer cargo, se ha orientado a sustentar la violación directa de la ley apoyándose en la realidad del contrato de trabajo de Urrego con el Departamento demandado. Y ocurre que este hecho capital del litigio no ha sido aceptado por el Juzgado ni por el Tribunal sentenciador, como antes se dijo. De modo que ese hecho en discusión viene a constituir la base medular del juicio, lo que claramente indica que el cargo estudiado ha debido estructurarse sobre la infracción indirecta y no directa de la ley. Correspondía, pues, demostrar la existencia evidente del contrato de trabajo mediante el análisis de las distintas piezas probatorias que podría conducir a poner de manifiesto el error en que incurrió el Tribunal al desconocer la realidad del referido vínculo jurídico. Como no se hizo así, el cargo no puede prosperar, y, consecuentemente, tampoco

pueden acogerse favorablemente los restantes cargos porque allos tienen como presupuesto esencial la discutida premisa sobre contrato de trabajo.

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA —SALA DE CASACION LABORAL—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el extinguido Tribunal Seccional del Trabajo del Chocó, de fecha primero (1º) de julio del año de 1955.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiría C.—
Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—
Vicente Mejía Osorio, Secretario.

EL RIESGO CREADO EN MATERIA LABORAL. — INDEMNIZACION TOTAL Y ORDINARIA A CONSECUENCIA DE ACCIDENTE DE TRABAJO Y CON CULPA PATRONAL. — EXONERACION DE LA CULPA. — ESTA INDEMNIZACION ES APLICABLE EN CASO DE CULPA CONTRACTUAL. — OBLIGACION PATRONAL DE SUMINISTRAR LOS ELEMENTOS ADECUADOS PARA PREVENIR ACCIDENTES Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LOS TRABAJADORES. — ACCIDENTES AUTOMOVILIARIOS. — EFECTOS EN JUICIO LABORAL DE UNA SENTENCIA DICTADA EN MATERIA PENAL. — ERROR DE HECHO. — DETERMINACION DEL PLAZO TACITO

1.—En esta clase de ataques, en los cuales se impugna el proveimiento del sentenciador de segundo grado por causa de errores de hecho, la doctrina de casación —acogida de modo invariable por la jurisprudencia nacional— ha sostenido que la prosperidad del cargo sólo se produce cuando el error cometido por aquél es ostensible y evidente, es decir, cuando el extremo resuelto equivale a decisión de tal naturaleza equivocada y fallida que francamente se opone a la lógica y repugna a la sana crítica. El planteamiento anterior tiende a resguardar la soberanía del Juez, su autonomía en juicio, su independencia de criterio en la evaluación de los hechos, posición que resiste con más consistencia según los embates en el campo del derecho laboral, debido a que en éste se consagra la libertad de convencimiento mediante la persuasión racional y se desechan las tarifas y valoraciones de la ley.

2.—Si no se fijó plazo expreso, ello quiere decir que el plazo era tácito, o sea el indispensable para cumplir la tarea encomendada, porque no es jurídicamente posible aceptar que la indeterminación de aquél deba entenderse, en cuanto al término de la ejecución, como temporalidad sine fine, en sentido amplio. El derecho positivo suple la dudosa expresión de la voluntad de las partes en cuanto al término, respecto de casos como el que se estudia, cuando dice: "El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación; puede ser expreso o tácito. Es tácito, el indispensable para cumplirlo". (Artículo 1551 del C. C.).

Es inadecuado decir, por ello, que puede haber obligaciones de ejecución sine die, en sentido lato, así en el contrato civil como

en el laboral, porque tal indeterminación en el tiempo, interpretada ampliamente, sería causa de que en la práctica jamás se pudiera configurar el incumplimiento del contrato, pues la parte incumpliente alegaría a su favor la indefinición del plazo para cumplir su obligación y la facultad de satisfacerla en un momento futuro siempre indeterminado.

3.—La teoría del riesgo profesional creado, ad usum principalmente en el contrato laboral, se enuncia diciendo que, en mayor o menor grado según la naturaleza del oficio, todo trabajador está sometido a un cúmulo de siniestros eventualmente sobrevinientes en la prestación de su servicio, riesgo que padece morigeraciones o agravaciones de acuerdo con circunstancias de tiempo y lugar vinculadas a su trabajo. La doctrina legal acoge el principio de que, por regla general, el patrono responde por los eventos accidentales causados por el riesgo creado, y —por excepción— el trabajador se responsabiliza cuando el accidente padecido por él sobreviene por su culpa grave.

Pero a más de la responsabilidad patronal por el riesgo profesional, creado, el derecho positivo (artículo 1º —literal b)— in fine de la Ley 6ª de 1945) y la jurisprudencia (en armonía con el Título XXXIV del Libro 4º del Código Civil) responsabilizan al patrono de la indemnización ordinaria, cuando el accidente se produce por el riesgo profesional agravado por la culpa de dicho patrono, o cuando sobreviene por la sola culpa de éste.

4.—Si se corría el peligro o existía el riesgo en cualquier tiempo en que emprendiera la tarea, bien fuera de horas diurnas o noc-

turnas; o, dicho de otro modo, si la labor por circunstancias de lugar o espacio era de suyo peligrosa sin relación al tiempo, la escogencia de otro momento anterior o posterior al de la fecha del accidente no habría en manera alguna evitado la peligrosidad del trabajo, luego es ineficaz la argumentación de la parte demandada al atribuirle culpa al trabajador por no haber pospuesto la tarea.

Si dadas las condiciones de trabajo, el riesgo trascendía en el tiempo, resulta insólito pretender que el peligro del momento A desapareciese en el momento B, o el de éste dejara de serlo en el momento C, etc., siendo como era constantemente peligrosa la tarea en todo momento. Por lo cual, la no imposición del trabajo no puede enrostrarse como culpa del trabajador por el solo aspecto temporal en que se produjo el accidente.

5.—Siendo la vinculación entre demandante y demandado un contrato, considerado como tal por la ley (artículo 4º del Decreto 2.127 de 1945), las prestaciones mutuas surgidas del mismo, la responsabilidad de las partes, sus deberes recíprocos y su culpa eran de carácter contractual.

En este orden de ideas es mentester aclarar que si bien cierta clase de culpas determinantes del incremento del riesgo profesional creado o extrañas a éste, originan una responsabilidad plenaria semejante a la del Título XXXIV del Libro IV del Código Civil, al tenor del artículo 12, literal b) en fine de la Ley 6ª de 1945 y del artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo (Cfr. cargo anterior), ello no significa que se trate de la culpa aquiliana o extra-contractual, sino de la culpa contractual que por mandato expreso de la ley genera en estos casos la responsabilidad plena y la indemnización ordinaria.

No se trata aquí de la culpa de un tercero que le produce un daño a otro tercero. Se trata de la culpa de un contratante, que dentro de la ejecución de un contrato laboral, le causa un perjuicio al otro contratante, y que por ministerio de la ley origina no ya la indemnización correspondiente al riesgo creado (propia del accidente de trabajo) sino la indemnización "total y ordinaria" por el perjuicio causado.

6.—La parte que debía emplear la diligencia y cuidado en el suministro de los elementos adecuados de protección contra acciden-

tes y enfermedades profesionales era el deudor de éstos dentro de la relación contractual, y, por tanto, a él le incumbía la carga de la prueba tendiente a demostrar el hecho positivo de que sí había empleado dicha diligencia y cuidado en suministrarlos, tanto más cuanto que al actor le resultaba difícil probar la proposición negativa de que aquél, obrando indiligentemente, no los suministró.

7.—Las obligaciones patronales, entre las que figura de modo principalísimo la de suministrar los elementos adecuados para la protección contra accidentes, no están sometidas a la instancia o solicitud de los trabajadores, sino que deben ser cumplidas espontáneamente por el patrono.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., diez y seis de febrero de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Vélez García).

La señora Gilma Ortiz viuda de Uribe, obrando en su propio nombre y en representación de cuatro hijos suyos, menores de edad, demandó por conducto de apoderado al Municipio de Medellín, para que por los trámites de un juicio ordinario laboral se condenara a esta entidad a pagar a favor de aquélla y de sus representados la indemnización por perjuicios con causa en accidente de trabajo padecido por su esposo el señor Ingeniero Guillermo Uribe Lince, quien pereció en el desempeño de sus funciones cuando trabajaba como ingeniero de campo del Plano Regulador de dicha municipalidad. La acción incoada busca la indemnización plena del daño causado, con fundamento en la culpa del patrono, —según lo establece la ley para tales casos— después de que el Municipio satisfizo oportunamente a los beneficiarios del interfecto las prestaciones laborales correspondientes al infortunio padecido por su esposo y su padre.

La recapitulación de los hechos —según la síntesis de la demanda que hace el Tribunal— es así:

"Dice doña Gilma Ortiz viuda de Uribe que contrajo matrimonio con el Ingeniero Guillermo Uribe Lince, habiendo procreado cuatro hijos, hoy menores, que son: Luis Fernando, Juan Guillermo, Carlos Alberto y Gabriel Jaime; que el Ingeniero Uribe Lince trabajó al servicio del Municipio de Medellín, como Ingeniero de campo en el Plano Regulador, del 22 de febrero de 1954 al 4 de oc-

tubre del mismo año; que el 4 de octubre de 1954, en las primeras horas de la noche y cuando se ocupaba en labores relacionadas con su cargo, fue atropellado por un camión de gran tonelaje en la calle San Juan con la carrera Cúcuta en Medellín, a consecuencia de lo cual murió inmediatamente; que el trabajo en cuestión durante las horas de la noche había sido acordado con sus superiores por el Ingeniero Uribe Lince, en vista del intenso tráfico en las horas del día; que en consideración a los peligros que ofrecía la labor mencionada, el Ingeniero Uribe Lince solicitó el suministro de lámparas apropiadas para obtener una buena iluminación, elementos que le fueron negados por el Municipio, dado que el sub-secretario de Hacienda se abstuvo de autorizar el despacho; que la tragedia sobrevino como consecuencia, principalmente, de la falta de una mejor iluminación; que su esposo era de conducta ejemplar y gozaba de considerable aprecio; que tenía su esposo buenas perspectivas para el futuro, y que al día siguiente de su muerte empezaba el desempeño de un nuevo cargo al servicio de la "Raymond Concrete Pile Company", con un sueldo mensual de \$ 1.200.00; que el Municipio de Medellín aceptó sin discusión el hecho de que la muerte de su esposo había obedecido a accidente de trabajo, y le otorgó la indemnización pertinente; que, convencida de la culpabilidad del Municipio en el acaecer trágico, entabló acción indemnizatoria por la vía civil, resolviéndose en definitiva que no había jurisdicción y que el asunto competía a la jurisdicción del trabajo; que presentó solicitud de indemnización ordinaria ante el Departamento de Personal del Municipio de Medellín, funcionario que la negó, resolviendo en definitiva la Junta de Asuntos Sociales que no estaba legalmente facultada para decidir, y que ha llegado el momento de entablar acción por la vía laboral".

El Municipio de Medellín al dar contestación a la demanda —prosigue el Tribunal—, "admite la vinculación del Ingo. Uribe Lince, como ingeniero de campo del Plano Regulador, su muerte cuando hacía un levantamiento topográfico en San Juan con Cúcuta el 4 de octubre de 1954, la petición de lámparas "para hacer más ostensible la visibilidad" y su negativa por parte de la sub-secretaría de Hacienda, la circunstancia de que al día siguiente de su muerte el Ingo. Uribe Lince iba a desempeñar el cargo con una compañía particular, la reclamación administrativa y su negativa y decisión final de la Junta de Asuntos Sociales, niega que el accidente haya ocurrido por

falta de iluminación. Y explica, de modo general que las funciones del Ingo. Uribe Lince no estaban vinculadas a las obras públicas, que las tareas que ejecutaba al momento de su muerte no habían sido autorizadas por sus superiores, que dicho ingeniero conocía los riesgos que implicaba tal labor y que el accidente se debió a imprudencia del chofer (Luis Emilio Lara) que conducía el camión de carga.

"Por tanto, el Municipio de Medellín se opone a las peticiones de la demanda y pide que se declare la excepción de inexistencia de la obligación".

Resultados de las dos instancias.

El Juzgado Cuarto del Trabajo de Medellín —que conoció de la litis— condenó al Municipio demandado a pagar a doña Gilma Ortiz viuda de Uribe la suma de \$ 26.656.00 y \$ 7.864.00 a cada uno de sus hijos, por concepto de perjuicios. De esta sentencia apelaron ambas partes, y el Tribunal Superior de Medellín, por su Sala Laboral, decidió el recurso mediante providencia de 28 de septiembre de 1957, confirmó la del a-quo con la reforma de que las cantidades que debería pagar el Municipio demandado a las personas demandantes serían: a) \$ 33.320.00 a la señora Gilma Ortiz viuda de Uribe Lince, y b) \$ 9.830.00 a cada uno de los menores Luis Fernando, Juan Guillermo, Carlos Alberto y Gabriel Jaime Uribe Ortiz.

El recurso de casación.

Los dos contendientes interpusieron dentro de la oportunidad procesal el recurso de casación, mas la parte demandante hubo de desistirse. Cabe por tanto estudiar solamente la demanda del Municipio de Medellín, cuyo examen es procedente y se efectuará por esta Corte junto con el escrito de oposición.

Pretendiendo la casación total del fallo impugnado, el libelo de demanda de la parte demandada-recurrente formula cuatro cargos con base en la causal primera del artículo 87 del C. de P. del T. Van a estudiarse, en su orden, las cuatro acusaciones.

Primero.

En este primer cargo se predica de la sentencia recurrida la violación indirecta de los artículos 63, 1.603, 1.604, del Código Civil, 1º y 12 de la Ley 6ª de 1945, 28, 29 del Decreto 2.127 de 1945, 11 del Decreto 1.600 del mismo año, 55 y 58 del Código

Sustantivo del Trabajo. Añade que la transgresión de modalidad indirecta se perpetró "a través de las pruebas, por falta de consideración de algunas de ellas y por errónea aplicación (subraya la Sala) de otras".

El libelista dice que, en efecto, los artículos 1.603 del Código Civil y 55 del Código Sustantivo del Trabajo disponen que los contratos deben ejecutarse de buena fé y obligan además a todo lo que por su naturaleza o ley les pertenece. Por naturaleza y por ley en el contrato laboral se halla incorporada la obligación para el trabajador de tomar todas las medidas necesarias tendientes a evitar accidentes y a garantizar la seguridad de las personas. A este respecto cita las prohibiciones y obligaciones del ordinal 1º del artículo 29 de Decreto 2.127 de 1945 —concordante con el ordinal 9º del art. 28 ibidem— y el ordinal 8º del art. 58 del Código Sustantivo del Trabajo, los cuales, en su orden, prohíben al trabajador efectuar cualquier acto que ponga en peligro su seguridad o la de sus compañeros de trabajo, y le obligan observar, con suma diligencia y cuidado, las instrucciones y órdenes preventivas de accidente.

Colige de ello que la "suma diligencia y cuidado" hacen al trabajador responsable de la culpa o descuido levisimo al tenor del artículo 63 del Código Civil. El recurrente dice que ataca la sentencia por violación de las normas del reglamento citado, en razón de que —según jurisprudencia de la Corte— los Decretos reglamentarios deben tenerse como leyes en sentido material. Agrega que por esta misma razón es causal de casación haberse transgredido también el artículo 11 del Decreto 1.600 de 1945, que fue dictado en virtud de autorizaciones legales. Así mismo expresa que el artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo es aplicable a los contratos de trabajo de la Administración Pública, —a pesar de lo establecido por el artículo 4º ibidem— ya que las disposiciones sobre prevención de accidentes del personal, se entienden por naturaleza incorporadas a todo contrato laboral.

Prosigue el recurrente manifestando cómo no puede olvidarse que la propia víctima del fatal accidente era el mismo empleado o agente de la administración municipal que creó el riesgo, que efectuó el acto que desencadenó el accidente mismo, y no de cualquier manera sino con plena autonomía para decidir todas las circunstancias de tiempo y modo para la ejecución de la tarea que le fue encomendada.

El patrono —añade el recurrente— debe dotar a su trabajador de la seguridad para evitar accidentes, pero tratándose de un Municipio, esta entidad oficial obra por medio de sus funcionarios, de donde aparece nuevamente la obligación del empleado de prevenir accidentes, y en este caso obró por medio de Uribe Lince, quien tenía la obligación de tomar todas las medidas de seguridad. A los cadeneros y ayudantes del doctor Uribe Lince se les dio una orden perentoria: la noche del 4 de octubre de 1954 debían trabajar a órdenes del doctor Uribe Lince. Pero a éste, se le dio una orden indeterminada: hacer un levantamiento topográfico. En esta orden —continúa— de efectuar un trabajo de ingeniería en calles públicas de Medellín, iba implícitamente la orden de guardar todas las medidas de seguridad necesarias para prevenir accidentes, según la propia naturaleza del contrato laboral, y según lo establecido por los artículos 1.603 del Código Civil, 55 del Código Sustantivo del Trabajo, 28 y 29 del Decreto 2.127 de 1945 y 58 del mismo Código del Trabajo. Tal es el derecho aplicable que el Tribunal infringió en su proveído, declara el libelista. Y prosigue: el empleado Uribe Lince estaba obligado, de acuerdo con la naturaleza del contrato laboral, y de los Decretos y disposiciones que lo reglamentan, a guardar con sumo cuidado y diligencia las medidas necesarias para prevenir accidentes. En este campo, era responsable hasta de la culpa levisima, y la prueba de la diligencia o cuidado (artículo 1.604 del Código Civil) le corresponde a quien ha debido emplearla, en este caso a los causahabientes del ingeniero Uribe Lince, demandantes de este juicio.

Se detiene el demandante en el análisis de si el doctor Uribe Lince empleó o dejó de emplear la necesaria diligencia y cuidado en el cumplimiento de su tarea, y a este respecto manifiesta:

Al doctor Uribe Lince se le dio una orden *sine die*, es decir, sin planzo fijo u hora determinada para efectuar su trabajo. En efecto: a folio 207 aparece la certificación legalmente producida durante el juicio a petición de los demandantes:

"C).—Que al doctor Uribe Lince, días antes de su muerte, se le ordenó efectuar determinado trabajo de levantamiento...."

Glosa el precedene aparte documental diciendo que al tenor del artículo 562 del Código Judicial, este certificado de la autoridad pública sobre hechos que pasaron bajo su despacho, se asimila a instrumento público y constituye por sí solo plena prueba.

A folio 207, en audiencia ante el H. Tribunal Superior de Medellín, el ingeniero Ariel Escobar Llano jefe del Plano Regulador, reconoce bajo la gravedad del juramento la certificación anterior en donde aparece también que días antes se le dió la orden al doctor Uribe Lince, con el valor, por consiguiente, de plena prueba.

Dice que aunque los Jueces del Trabajo no están sujetos a la tarifa legal de pruebas, sí tienen que apreciar por su valor legal los instrumentos públicos, y un certificado de funcionario público lo es, de donde surge un error de derecho en la apreciación de esta prueba.

Continúa: días antes de su muerte, el doctor Uribe Lince recibió orden de hacer un levantamiento topográfico y él, consciente de que su obligación era no solamente realizar dicha tarea, sino tomar todas las precauciones necesarias para evitar accidentes personales y de sus compañeros, eligió la noche, porque de día hay mucho tráfico, y ordenó a uno de sus cadeneros que hiciera efectivo un vale por unas linternas. Hay un principio de diligencia. ¿Pero qué ocurre? Que por razones presupuestales el vale que prepara la Oficina del Plano Regulador no tiene efectividad y el empleado Jaramillo, reputado para hacerlo, se presenta con las manos vacías, o al menos sin las linternas con la calidad o potencia requeridas.

El libelista se pregunta: "¿Qué hubiera hecho una persona avisada puesta en las mismas condiciones externas del doctor Uribe Lince, quien tenía el deber de hacer un levantamiento topográfico, sin hora ni plazo fijo, a quien le dan la noticia de qué para esa noche no pudieron conseguirse lámparas? ¿Qué habría hecho "un hombre juicioso" frente a una tarea sin plazo fijo, si no tiene las herramientas para garantizar su seguridad personal y la de sus compañeros? ¿Qué habría hecho un hombre diligente para cumplir con la obligación contractual y legal de tomar todas las medidas de seguridad necesarias para evitar accidentes, en un trabajo que se le había ordenado 'días antes' y cuyo momento de ejecución él libremente escogió y él libremente podía posponer? La respuesta surge obvia y clara: Uribe Lince ha debido abstenerse de trabajar aquella noche, posponiendo la ejecución de la tarea que le había sido encomendada sin día ni plazo, hasta cuando tuviera los elementos de seguridad para la prevención de los accidentes".

Agrega más adelante que, configurada la culpa lata, ya que inclusive una persona de poca prudencia o negligente toma elementales precau-

nes frente a lo que ha dado en llamarse muy acertadamente "la muerte en ruedas", el ingeniero Uribe Lince faltó gravemente "a sus obligaciones de hombre", de empleado, de jefe de los cadeneros, al situarse en una noche lluviosa en medio de la calzada por donde circula el mayor número de vehículos automotores de Medellín; y esta falta excluye la indemnización laboral de accidente, según el artículo 12, Ley 6ª de 1945 (literal b).

Argumenta que otro aspecto asumiría el asunto si los superiores le hubieren ordenado a Uribe Lince efectuar el trabajo en aquel día y hora fatal. Mas en el expediente está demostrado que ni se le ordenó con plazo fijo, ni de su aplazamiento se seguía perjuicio a la entidad municipal.

Afirma así mismo el recurrente que el ingeniero Uribe Lince se precipitó a realizar dicho trabajo en beneficio propio, y en apoyo de tal aserción relaciona el certificado de la Raymond Concrete Pile of South America, ratificado a folio 123 vuelto, del cual se desprende que al día siguiente, 5 de octubre de 1954, aquél principiaría a prestar sus servicios a dicha Compañía. Y expresa que por ello, "para poder retirarse acometió en la lluviosa noche del 4 de octubre su tarea, sin la protección debida". Igualmente manifiesta que la culpa de la víctima está judicialmente declarada en el proceso penal contra el chofer causante del accidente, cuando el Juez Cuarto Superior de Medellín dice: "(.....) nos demuestran en parte que la víctima fue un poco imprudente al colocarse a trabajar, en las horas de la noche en una vía pública, por donde transitaba gran número de vehículos" (Folio 113 vuelto).

El autor del recurso se refiere luego a la siguiente expresión del Tribunal sentenciador: "La culpa del funcionario es la culpa de la entidad a la cual sirve, pues el Estado actúa y vive a través de quienes lo mueven". Afirma que tal concepto es exacto en su enunciación, pero que fue erróneamente aplicado al caso. Explica su pensamiento diciendo: dos funcionarios actuaron a nombre del Municipio de Medellín; de una parte el Jefe del Plano Regulador, superior jerárquico de Uribe Lince, quien prudentemente, con suma diligencia, buscó la protección de su subalterno, a cuyo efecto, primero trató de conseguir linternas con el acueducto y luego con la Secretaría de Hacienda, no habiendo desmayado en su diligencia por ambos resultados negativos, porque entonces acudió al préstamo entre particulares. No hay por consiguiente culpa de la entidad municipal, porque el superior, que la representa, ac-

tuó diligentemente. El segundo funcionario a través del cual actuó el Municipio fue el propio doctor Uribe Lince, quien estaba obligado a tomar las medidas precautelativas para evitar accidentes: "Si no lo hizo, si se lanzó imprudentemente al tránsito nocturno, él es responsable, y no puede alegar su propia culpa para beneficiarse indemnizatoriamente de su propia negligencia".

Dice el recurrente que el sentenciador: "no consideró o si lo hizo erró en su apreciación", las siguientes pruebas: el certificado de funcionario público que obra a folio 47; el que aparece a folio 207, la declaración juramentada del superior jerárquico del ingeniero Uribe Lince, a folio 208, todas en el sentido de que la orden del ingeniero fallecido no tenía plazo fijo, ni día ni hora de ejecución; ni las declaraciones de los testigos Gildardo Alberto Pérez, folio 77 y siguientes y Rafael Jaramillo, folio 79 y siguientes, que dicen que no habiéndose conseguido las linternas el ingeniero Uribe Lince siempre acometió la obra con grave riesgo, por la intensidad del tráfico, la deficiente luz y las condiciones climatéricas de la noche; ni el certificado de folio 7 ni su ratificación, sobre el interés personal de Uribe Lince en terminar exactamente esa noche el trabajo, ni la copia de la sentencia del Juez Cuarto Superior, pruebas éstas al través de cuya errónea apreciación se produjeron las violaciones antes señaladas.

En un extenso escrito de oposición el apoderado de la parte demandante objeta casi todos los argumentos de la demandada y pide que el cargo sea rechazado.

Consideraciones de la Sala:

El cargo que se estudia conlleva el siguiente planteamiento. Proposición: la inapreciación o equivocada apreciación de pruebas condujo al sentenciador a violar indirectamente los textos sustantivos de derecho común y laboral que el recurrente cita, contentivos de regulaciones jurídicas acerca de la culpa y los efectos que ésta comporta para quien la comete. Desarrollo: una debida valoración de las probanzas demuestra cómo el ingeniero Uribe Lince se expuso imprudente y culposamente (la demanda se refiere a culpa grave) al acaecimiento mortal por él padecido; por tanto, no le es imputable al Municipio de Medellín la culpa que por dicho desgraciado evento se le atribuye en la sentencia recurrida, la cual, en consecuencia, debe anularse. El autor del recurso le introduce dos variantes de refuerzo accesorio a la argumentación anterior: a) — La comisión de error de derecho por el juzgador al no apreciar por su valor legal la prueba docu-

mental con carácter de instrumento público que obra a folio 47, y que es la certificación producida por el Jefe del Plano Regulador acerca de la orden dada por dicha oficina al ingeniero fallecido de realizar el trabajo en que halló la muerte, en el sector en que ocurrió su trágico deceso; b) Las consideraciones jurídicas en torno a que, siendo como es el agente (persona natural) promotor de la gestión de la administración (entidad abstracta), la culpa de aquél es la de la administración que representa y promueve, para colegir que habiendo incurrido en culpa el agente Uribe Lince, mal pueden alegarla en su beneficio, y en contra de la administración municipal, sus causahabientes.

Estructurada la sustancia misma del cargo sobre el razonamiento inicialmente esbozado, se analiza éste, a la luz del material probatorio que se señala como inapreciado o mal estimado, a efecto de establecer si efectivamente se configura error de hecho manifiesto en el juicio del fallador —caso en el cual procede la casación—, o si por el contrario la deducción del juzgador no adolece, en la estimativa probatoria, de los ostensibles vicios que se le enrostran y por ende su proveimiento debe mantenerse.

No sobra recordar que respecto de esta clase de ataques, en los cuales se impugna el proveimiento del sentenciador de segundo grado por causa de errores de hecho, la doctrina de casación —acogida de modo invariable por la jurisprudencia nacional—, ha sustentando que la prosperidad del cargo sólo se produce cuando el yerro cometido por aquél es ostensible y evidente, es decir, cuando el extremo resuelto equivale a decisión de tal naturaleza equivocada y fallida que francamente se opone a la lógica y repugna a la sana crítica. El planteamiento anterior tiende a resguardar la soberanía del Juez, su autonomía de juicio, su independencia de criterio en la evaluación de los hechos, posición que resiste con más consistencia aún los embates en el campo del derecho laboral, debido a que en éste se consagra la libertad de convencimiento mediante la persuasión racional y se desechan las tarifas y valoraciones de la ley. Son principios de todos conocidos sobre los cuales es superflua toda reiteración.

No podría esta Sala, —ni es menester hacerlo— entrar a una recapitulación total de la cuestión de hecho. Estudiará los puntos sobre los cuales versa la impugnación del fallo, conducentes a demostrar cómo fue por culpa del mismo ingeniero fallecido que se produjo su deceso, y cómo el no

haber llegado a esta conclusión implica aberración de juicio por parte del sentenciador.

A folios 47 y 207 obran el certificado y su ratificación en juicio, provenientes del superior jerárquico del doctor Uribe Lince, que acreditan la orden impartida al último, con sus modalidades de tiempo y lugar, para que emprendiera la tarea en la cual halló la muerte. Dice el apoderado del demandado que dichos documentos indican cómo la misión encomendada al ingeniero trágicamente muerto "no tenía plazo fijo, ni día ni hora de ejecución", aserto con el cual afianza la tesis expuesta en el desarrollo del cargo, según la cual —por la imprecisión de las circunstancias de tiempo en que el ingeniero Uribe Lince debía cumplir su tarea— ante un peligro inminente podría haberla aplazado, en lugar de someterse imprudentemente al riesgo; y, en consecuencia, habiendo dejado de posponer, pudiendo hacerlo, un trabajo que entrañaba amenaza para su integridad personal y su vida, su trágico deceso obedeció a su propia culpa.

La certificación aludida dice en sus apartes esenciales:

".....b).—Que las labores del doctor Uribe Lince ordinariamente se cumplían dentro de las horas del día, pero modalidades presentadas ocasionalmente en ciertos trabajos, requería se hiciera en horas distintas.

"c).—Que al doctor Uribe Lince, días antes de su muerte, se le ordenó efectuar determinado trabajo de levantamiento, dentro del área poblada del municipio y comprendía un sector congestionado de tráfico como es el de la calle San Juan.

"d).—Que el doctor Uribe Lince expuso las dificultades y peligros que ofrecía el sector señalado para realizar el trabajo requerido y como consecuencia solicitó autorización para realizarlo en las horas de la noche, horas éstas que son menos congestionadas que las del día. Ante la observación expuesta por el doctor Uribe Lince, esta oficina consideró más indicado que el trabajo se llevara a cabo en las horas de la noche, costumbre muy frecuente cuando se trata de levantamientos topográficos del centro de la ciudad donde la cantidad de peatones y de tráfico dificultan las labores del Ingeniero.

"La necesidad de efectuar el levantamiento en las horas de la noche fue expuesta por el mismo doctor Uribe Lince en vista de que, en la misma mañana de su muerte, cuando tomaba línea en la carrera 54 con la calle 44 no pudo continuar el trabajo y debió suspenderlo por la imposibilidad física para trabajar en razón de la congestión del tráfico. En la libreta respectiva del levantamiento

se observa el trabajo realizado en las horas de la mañana del mismo día de su muerte.

"e).—La Oficina del Plano Regulador desconocía oficialmente y aún extra-oficialmente, la determinación del Ingeniero Uribe Lince de retirarse del servicio de esta oficina para ingresar a la Compañía Raymond.

"f).—Dada la dificultad y peligrosidad que implicaba realizar el trabajo nocturno, la oficina tomó las siguientes medidas:

"1º.—El Ingeniero Proyectista del Plano Regulador, telefónicamente solicitó al entonces administrador del Acueducto doctor Alberto Bernal, el préstamo de tres (3) potentes linternas que posee esa dependencia y que en otras ocasiones había suministrado a este despacho. La solicitud fue rechazada aduciendo la necesidad inmediata para realizar un servicio de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado.

"2º.—Hice vale al Almacén Municipal por tres (3) lámparas grandes de mano y fue negado por el Sub-Secretario de Hacienda por falta de fondos.

"3º.—Se logró conseguir un préstamo particular con personal de empleados y cadeneros del Plano, de dos (2) linternas de mano pequeñas.

"g).—En las horas de la noche del día 4 de octubre de 1954, cayó una pequeña lluvia en la ciudad de Medellín y posteriormente amainó en intensidad. Casi toda la noche estuvo lloviendo en forma menuda".

El primer argumento del recurrente versa sobre la imprecisión del plazo para el cumplimiento de la tarea. Empero, la Sala considera que si no se fijó plazo expreso, ello quiere decir que el plazo era tácito, o sea el indispensable para cumplir la tarea encomendada, porque no es jurídicamente posible aceptar que la indeterminación de aquél deba entenderse, en cuanto al término de la ejecución, como temporalidad *sine fine*, en sentido amplio. El derecho positivo suple la dudosa expresión de la voluntad de las partes en cuanto al término, respecto de casos como el que se estudia, cuando dice: "El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación; puede ser expreso o tácito. Es tácito, el indispensable para cumplirlo". (Artículo 1.551 del Código Civil).

Es inadecuado decir, por ello, que puede haber obligaciones de ejecución *sine die*, en sentido lato, así en el contrato civil como en el laboral, porque tal indeterminación en el tiempo, interpretada ampliamente, sería causa de que en la práctica jamás se pudiera configurar el incum-

plimiento del contrato, pues la parte incumpliente alegaría a su favor la indefinición del plazo para cumplir su obligación y la facultad de satisfacerla en un momento futuro interminado.

En sentido estricto, el recurrente plantea el problema en relación con el riesgo creado. Si la noche del insuceso resultaba peligroso realizar la tarea, el ingeniero accidentado, obrando juiciosamente, pudo haber aplazado su ejecución, debido a que tal aplazamiento armonizaba con una prestación laboral *sine die estricto sensu*. Esta posposición de la tarea por cumplir entraba dentro de la estipulación del plazo tácito, habida cuenta de que una de las obligaciones incluidas por ministerio de la ley en todo pacto laboral es la de que el trabajador no se exponga a sí mismo y a sus compañeros a accidentes, y, antes bien, que tome todas las seguridades para precaverse de éstos. Es decir, que dentro de la noción de plazo tácito entraba en juego, para extender o restringir el término de cumplimiento de la tarea, el elemento de seguridad personal anejo a su ejecución y establecido por la ley.

La teoría del riesgo profesional creado, *ad usum* principalmente en el contrato laboral, se enuncia diciendo que, en mayor o menor grado según la naturaleza del oficio, todo trabajador está sometido a un cúmulo de siniestros eventualmente sobrevinientes en la prestación de su servicio, riesgo que padece morigeraciones o agravaciones de acuerdo con circunstancias de tiempo y lugar vinculadas a su trabajo. La doctrina legal acoge el principio de que, por regla general, el patrono responde por los eventos accidentales causados por el riesgo creado, y —por excepción— el trabajador se responsabiliza cuando el accidente padecido por él sobreviene por su culpa grave.

Pero, a más de la responsabilidad patronal por el riesgo profesional creado, el derecho positivo (artículo 12 literal b) *in fine* de la Ley 6ª de 1945) y la jurisprudencia (en armonía con el Título XXXIV del Libro Cuarto del Código Civil) responsabilizan al patrono de la indemnización ordinaria, cuando el accidente se produce por el riesgo profesional agravado por la culpa de dicho patrono, o cuando sobreviene por la sola culpa de éste.

El levantamiento topográfico encomendado al Ingeniero Uribe Lince, que debía efectuarse en sitio notablemente congestionado por el tráfico automotor, y que se cumplía sin plazo en sentido estricto, **acarrecaba para aquél un riesgo creado que trascendía a todo el tiempo de su ejecución.** Una de las características de tal riesgo era, como

se ha demostrado en juicio, su trascendencia en el tiempo; esto lo indican fehacientemente los apartes c), d) y f) de la certificación reproducida, según la cual no sólo fue reconocido por el Plano Regulador "el peligro" de emprender los trabajos en horas diurnas, sino que fue imposible efectuarlos en la mañana del día 4 de octubre de 1954, y se pospusieron para las horas de la noche —por ser menos arriesgadas—, cuando ocurrió el accidente.

De suerte que si se corría el peligro o existía el riesgo en cualquier tiempo en que se emprendiera la tarea, bien fuera en horas diurnas o nocturnas; o, dicho de otro modo, si la labor por circunstancias de lugar o espacio era de suyo peligrosa sin relación al tiempo, la escogencia de otro momento anterior o posterior al de la fecha del accidente no habría en manera alguna evitado la peligrosidad del trabajo, luego es ineficaz la argumentación de la parte demandada al atribuirle culpa al trabajador por no haber pospuesto la tarea:

Si dadas las condiciones de trabajo, el riesgo trascendía en el tiempo, resulta insólito pretender que el peligro del momento A desapareciese en el momento B, o el de éste dejara de serlo en el momento C, etc., siendo como era constantemente peligrosa la tarea en **todo momento**. Por lo cual, la no posposición del trabajo no puede enrostrarse como culpa del trabajador por él sólo aspecto temporal en que se produjo el accidente.

Aún más: la realidad del proceso (apartes d) y f) de la certificación preinserta) indica cómo el ingeniero Uribe Lince pidió al superior y consiguió la autorización de éste, para que el trabajo que se le había encomendado se efectuara en horas nocturnas, cuando sin desaparecer completamente el peligro, éste subsistía un tanto reducido por la natural disminución del tráfico de vehículos en la noche. Lo cual está demostrando que Uribe, con ánimo diligente y cauteloso, sí realizó actos positivos encaminados a la prudente posposición de la tarea en el tiempo, a efecto de precaverse él y precaver a sus auxiliares de un riesgo que, por factores locativos, era anejo a sus labores. Los hechos resultan sobradamente demostrativos de que, en contra de la imputación culposa que el recurrente le hace a la conducta del ingeniero Uribe, éste procedió real y efectivamente a buscar y utilizar aquella coyuntura en la cual, por razón del tiempo (horas nocturnas), el riesgo creado, sin desaparecer completamente, padecía al menos una atenuación notable.

El precedente razonamiento llega a la conclusión de que si bien se producía en las horas nocturnas una disminución del peligro, no se causaba, con todo, en dichas horas, supresión o desaparición total del mismo. Luego si se califica de disminuido o reducido el riesgo creado en la noche, la posposición del trabajo para otro momento nocturno o para otra noche sería menester encuadrarla dentro de la argumentación que atrás se hizo, para colegir cómo el riesgo trascendía a todo momento (en este caso a todo momento de la noche o noches posteriores), con lo cual resulta que el no aplazamiento de la fecha era indiferente y no puede ser causa de que, por este aspecto, se le atribuya culpa grave al trabajador.

Pero ocurre —argumenta la parte demandada— que la noche de la catástrofe era lluviosa; y que el ingeniero Uribe Lince hubo de lanzarse “al torbellino del tránsito nocturno sin las precauciones necesarias (.....) en medio de la calzada”, para realizar una labor “en beneficio propio”, ya que al día siguiente empezaría a prestar sus servicios a la Raymond.

Cita como pruebas mal apreciadas o inestimadas, la misma certificación preinserta (aparte g), las declaraciones de los testigos Gildardo Alberto Pérez folios 77 y siguientes, Rafael Jaramillo, folios 79 y siguientes, el certificado del folio 7 y la copia de la sentencia del Juez Cuarto Superior a folio 113 vuelto.

En este punto, el recurrente insiste en destruir la relación de causalidad entre la culposa omisión del Municipio de Medellín (al no suministrar lámparas adecuadas), y el daño padecido por el ingeniero Uribe Lince, para destacar modalidades que, según aquél, muestran la culpa del último en el insuceso que extinguió su existencia.

Empero, hay hechos protuberantes en el proceso, debidamente probados, que significan de manera indubitable cómo en frente de actos de positiva cautela realizados por Uribe Lince para rodear de las mayores seguridades el cumplimiento de su arriesgado trabajo, existe una desgraciada omisión del Municipio en la cual con muy buen juicio el sentenciador hizo radicar la causa prima del desastre. A efecto de precaversé contra cualquier accidente dentro de las circunstancias normales, el ingeniero Uribe, una vez autorizado para trabajar en la noche, realiza actos que fehacientemente indican ánimo diligente para conseguir las mayores precauciones posibles en su arriesgada faena. La certificación transcrita en sus apartes d) y f) así lo acredita, al par que el último de estos literales señala de manera incon-

testable que fue el Municipio de Medellín, concretamente la Subsecretaría de Hacienda, la entidad que expresamente omitió suministrar elementos defensivos y coadyuvantes de la empresa topográfica nocturna, como eran las lámparas de suficiente capacidad luminica que Uribe demandaba, y que le fueron negadas por “falta de fondos”, o por ser para “trabajos eventuales”.

Una voz testimonial —adecuadamente apreciada por el juzgador— reviste especial credibilidad por haber intervenido el testigo en el fallido proceso de la adquisición de las lámparas: es la de Rafael Jaramillo, quien sobre el particular manifiesta:

“Es verdad que en mi carácter de empleado municipal al servicio del Plano Regulador, fui recomendado por el ingeniero de campo Guillermo Uribe Lince para gestionar, mediante el vale de pedido respectivo, tres lámparas grandes de mano, con destino al trabajo de mensura que se iba a practicar en la calle de San Juan crucero con la carrea Cúcuta, en las horas de la noche del 4 de octubre del año pasado; dicho trabajo se consideraba peligroso debido al intenso tráfico de la calle citada. El vale fue firmado por el doctor Ariel Escobar (.....). Es cierto que en cumplimiento de mi misión estuve volteando con el vale hasta llegar al despacho del Sub-Secretario de Hacienda Municipal, doctor Upegui, quien lo rechazó, alegando que no estaba autorizado para aprobar pedidos con destino a trabajos de carácter eventual como era el que realizaba el doctor Uribe Lince. Es cierto que esto causó extrañeza al jefe de personal, quien conocedor de la necesidad del alumbrado, se trasladó conmigo al almacén Municipal con el fin de conseguir algunas lámparas de mano, pero solamente pudimos conseguir dos en muy mal estado” (Folio 79 vuelto).

Y por su parte, el mismo doctor Efraín Upegui reconoce en providencia administrativa, a folio 8, que como Sub-Secretario de Hacienda “negó el despacho de un pedido de almacén hecho por la sección del Plano Regulador, que vino a convertirse posteriormente en argumento principal de la supuesta culpabilidad del Municipio”.

El análisis que el *ad-quem* realiza en torno a las declaraciones del testigo Jaramillo cuya excerta se transcribió, del señor Gildardo Alberto Pérez, de la certificación a que tanto se ha aludido, y de otras piezas que obran en el proceso —y que el recurrente no cita— es de indiscutible alcance jurídico para establecer la relación de causalidad entre la comprobada omisión del Municipio y el daño padecido por Uribe, sin que las argumenta-

ciones del recurrente sean eficaces hasta ahora para destruir el premencionado nexo causal.

Está demostrado que en la noche del 4 de octubre de 1954 había llovido. El literal g) del certificado que tantas veces se cita dice:

"g).—En las horas de la noche (.....) cayó una pequeña lluvia en la ciudad de Medellín y posteriormente amainó en intensidad. Casi toda la noche estuvo lloviendo en forma menuda.

Dice Gildardo Alberto Pérez a folio 78:

"Esa noche simplemente estaba cayendo una llovizna.

En ese momento estaba cayendo una brisita, pero poquita, yendo uno a pié sí podía ver una persona. Yo ví el vehículo, pero no le llamé la atención al doctor porque no pensaba que el carro iba a pasar por ese lugar, habiendo tanto por dónde pasar".

Rafael Jaramillo manifiesta a folio 80 vuelto:

"Cuando ocurrió el accidente estaba escampado (sic)", y agrega más adelante: "y acababa de escampar en ese momento, había llovido regular de terneros que escampar y no poder trabajar".

Los datos un tanto contradictorios, de Pérez quien afirma que caía una brisa poquita en el momento del accidente y de Jaramillo que asevera que ya había escampado, si bien demuestran que esa noche se presentaba una irregular e intermitente precipitación atmosférica sobre Medellín, como lo establece el certificado, no constituyen modalidad que convenciera al sentenciador para destruir la causalidad entre la culpa del Municipio y el siniestro del ingeniero Uribe. Pretende el demandante de casación desarticular dicha relación de causa a efecto para dar por cierto el hecho de que, por imprudencia del ingeniero Uribe, dadas las condiciones climáticas reinantes durante, aquella noche, se produjo la tragedia. Es decir, hace especial énfasis en que la poca visibilidad de la vía, determinada por la consabida "absorción" que, de la luz de los automotores, provoca el pavimento húmedo, procuraba un natural aumento del riesgo, en vista de lo cual fue imprudente la conducta de Uribe al continuar, en tales condiciones, el trabajo que realizaba.

Este argumento es aducido por primera vez en casación al través del proceso. La culpabilidad del ingeniero Uribe ha sido sustentada por la parte demandada en instancias con base en otra abundante serie de argumentos: el de que carecía de orden superior para efectuar la mensura en horas de la noche; el de que disposiciones municipales prohibía autorizar y realizar trabajos en horas extraordinarias; el de que no había tomado

motu proprio las precauciones necesarias para desarrollar sus funciones; el de que el Juez Penal que conoció del proceso contra el conductor homicida, había hallado en la conducta del ingeniero Uribe una cuota de imprudencia; el de la voluntariedad en la ejecución del acto peligroso, y en fin, el de que Uribe se precipitó imprudentemente a la arriesgada faena para poder atender compromisos con la Raymond.

Aún en el caso de haber sido propuesta dicha cuestión por la parte demandada en instancias, continuarían militando en apoyo del severo juicio del *ad-quem* razones poderosas. En efecto: el tratamiento dado al problema de la visibilidad en el tránsito de automotores en la noche sobre vía pavimentada y mojada suele presentar un doble aspecto: a)—La visibilidad que posee el conductor mediante la utilización de las propias luces del vehículo que comanda, que es, en efecto, reducida, y b)—La visibilidad del mismo conductor de señales luminosas apostadas sobre la vía que, a no ser por neblina, adquieren una mayor intensidad debido a la refracción de la luz sobre el pavimento mojado. Mas resulta de autos que, por negligencia del Municipio, a Uribe se le habían negado lámparas o linternas de suficiente potencia luminosa, pues las que con gran dificultad se le habían suministrado se hallaban en pésimas condiciones y apenas eran suficientes para ver "el huequito de la plomada" (declaración de Rafael Jaramillo folio 80 vuelto). Aquí surgiría, la fuerza del argumento del recurrente: el de que, siendo tan deficientes las señales luminosas de que se valía Uribe y descontada la culpa del Municipio, fue imprudente la conducta de aquél al lanzarse al turbión del tráfico, al arriesgarse a "la muerte en ruedas" etc. y situarse "en medio de la calzada".

Con todo, datos de la realidad procesal convencieron al juzgador de que, dados los antecedentes de Uribe, se trataba de persona diligente, previsiva, dueña de la prudencia atribuible a "su condición de profesional académico" y a sus "prendas de hombre-honrado", deducción que no contraría ostensiblemente la evidencia de los hechos en razón de que:

a).—Era irreprochable y en extremo cuerda la conducta social y privada del ingeniero Uribe. "Uribe Lince cuando ocurrió el accidente estaba viendo por el aparato en un solo punto y estaba en sano juicio. Ese hombre ni tomaba..." (Rafael Jaramillo a folio 80).

b).—Precisamente la misma mañana del insuceso, y debido a la peligrosidad y dificultad que ofrecía durante el día su labor por el turbión diur-

no de tráfico y de peatones, Uribe había conseguido de su jefe autorización para realizar el trabajo en la noche, aprovechando la morigeración nocturna del riesgo y mayor facilidad para su tarea. (Certificado, literal d), testimonio de Gildardo A. Pérez, folio 78).

C).— Es inexacta la aseveración del libelista consistente en que Uribe Lince estuviera, cuando sobrevino el accidente, en "medio de la calzada". Sobre este particular son en extremo claros los testimonios de Pérez y de Jaramillo; dice el primero: "Uribe Lince estaba (.....) más bien a un lado de la calle, más cerca a la acera que al centro pero tenía también un campo considerable de la acera, es decir, que podía pasar un carro por cualquiera de los dos costados" (folio 78); y afirma el segundo: "En el lugar en donde estábamos trabajando había suficiente paso para los vehículos (.....) Donde estaba el doctor Uribe Lince podía pasar un carro sin hacerle nada".

No se ve, pues, por este aspecto, cómo pueda quebrantarse el proveído del sentenciador por las alegadas equivocaciones en la apreciación de las pruebas o por desestimación de éstas. Ni aparece configurada plenamente la culpa de Uribe en ninguno de sus grados, como lo pretende el recurrente. Este afirma, —como complemento argumental de la acusación— que Uribe Lince realizaba dicho trabajo en beneficio propio, pues hubo de precipitarse a realizarlo, porque "al día siguiente, 5 de octubre de 1954 él principiaría a trabajar" al servicio de la Raymond.

A este respecto señala como mal apreciadas o inapreciadas la certificación del folio 7 y su ratificación en juicio a folio 123 vuelto. El punto planteado, fue tratado por el Tribunal sentenciador así:

"También ha hecho hincapié el demandado en el informe de la Compañía Raymond (folio 7) acerca del nuevo oficio que esperaba el ingeniero fallecido, en aquella empresa, al día siguiente. Esa perspectiva, dice el señor apoderado, explica la premura en ejecutar el trabajo, aún en horas nocturnas. Nada mejor para contestar a esto que las frases del testigo Jaramillo (folio 81): 'Estando conversando cuando íbamos a empezar trabajo me dijo (el doctor Uribe Lince) que le había resultado trabajo en la Raymond y que iba a hacer renuncia al otro día para posesionarse con dicha empresa; y le dije estas palabras: si no va a trabajar mañana para qué trabaja hoy ya; y me contestó: hay que cumplir con el deber hasta lo último, y principiamos el trabajo' (destaca el Tribunal). Que indican también, mejor que cualquier

otra pieza procesal, la integridad humana del Ingeniero Guillermo Uribe Lince".

La Sala no encuentra error evidente en la anterior deducción del Tribunal. El dicho atribuido por Jaramillo a Uribe Lince de que iba a renunciar al otro día para posesionarse de un cargo en la Raymond es concorde con el desconocimiento de tal hecho por parte del Plano Regulador (literal e) del certificado); si se supone que efectivamente al día siguiente pasaría a desempeñar un nuevo puesto en la Raymond, de tal indicio se puede colegir necesariamente que por dicha circunstancia incurrió en la imprudencia de precipitarse al riesgo? ¿Acaso existe prueba alguna demostrativa de que con el trabajo de esa noche se terminaba la tarea del sector de la calle San Juan? ¿O de que la mensura debiera necesariamente ser terminada por el ingeniero Uribe, es decir que se le hubiera encomendado "intuitu personae" y le correspondiera forzosamente finalizarla a él y no a otro ingeniero? Que esto no era así lo indica la sugestión de Jaramillo, con diez años de servicios al Municipio y conocedor por tanto de las costumbres y usos en el ramo municipal de obras públicas, quien afirma haberle dicho a Uribe que si no iba a trabajar al día siguiente, para qué lo hacía la vispera, a lo cual Uribe respondió que había que cumplir con el deber hasta lo último. De donde coligió muy juiciosamente el sentenciador que la integridad humana y los sentimientos del deber eran los motivos que prevalecían en la conducta del Ingeniero Uribe, mas no el afán de beneficio propio que le atribuye el recurrente y respecto de lo cual no existe demostración satisfactoria en el proceso.

De otra parte, no aparece configurado el error de derecho que alega el apoderado de la entidad demandada. De tenerse como prueba ad *sustantiam actus* (que es el elemento específico del error *de jure*) la certificación del Jefe del Plano Regulador y su ratificación en juicio, no se ve en el proceso de qué manera haya sido desestimada o mal evaluada por el juzgador. Porque el pretendido error, formulado sobre la base de la orden *sine die* (o de la orden dada "días antes"), cae dentro del análisis de la relación riesgo creado —tiempo que atrás se realizó—, en el cual análisis se destaca cómo el riesgo trascendía en el tiempo, aspecto por el cual no se destruye sino que se afianza aún más el nexo de causalidad entre la culpa del Municipio y el perjuicio producido. Las consideraciones acerca de la identidad del agente y la administración —que por otra parte son "medio nuevo" inatendible en este re-

curso— desvertebran la teoría del orden jerárquico de la administración y de las esferas de competencia. Sería aceptable si se hubiera probado que en la esfera de competencia del ingeniero Uribe Lince hubiera estado la facultad y por ende la obligación de proporcionarse sus propios elementos de trabajo y de protección. Pero no era así: las lámparas indispensables para precaver daños debían ser suministradas por otra esfera de competencia, superior o por lo menos distinta a la de Uribe, y aquella —que era la Sub-Secretaría de Hacienda se las negó pretextando trabajo eventual o falta de fondos. La culpa de la administración es, por tanto, en este caso, la de una esfera de competencia jerárquicamente superior o diferente, y el perjuicio padecido en razón de aquella lo fue por un funcionario distinto o inferior. Lo dicho basta para rechazar una materia que, por ser cuestión nueva, no puede ser considerada en este recurso.

No es, por tanto, contraevidente la conclusión del sentenciador a la luz del acervo probatorio señalado como equivocadamente evaluado. Ni es posible llegar al objetivo tan inteligentemente buscado por el libelista, de hallar culpa, en cualquiera de sus grados legales, en la conducta de Uribe Lince. Ni siquiera en el grado levisimo a la luz del artículo 58, que en su numeral octavo ordena a los trabajadores "Observar con suma diligencia y cuidado las instrucciones y órdenes preventivas de accidentes", porque en el sub-lite a Uribe no sólo no se le dieron instrucciones y órdenes preventivas de accidentes, sino que se le negaron los instrumentos adecuados para evitarlo. Esta negativa configura una inevitable culpa por omisión que recae precisamente sobre el Municipio de Medellín, y que no puede serle enrostrada a Uribe.

La Corte se ha detenido a analizar la materia propuesta, con ánimo de agotar, en lo posible, la exactitud de juicio de su inferior jurisdiccional en un punto en que la jurisprudencia ha aliviado con especial énfasis la autonomía del juzgador de instancia. Ya había dicho el extinto Tribunal Supremo: "Establecidos los hechos constitutivos de una culpa, el fallador es soberano para calificarla, y esa calificación, en sí misma, es intocable en casación" (G. del T., Tomo IV, números 29-40, página 130). Por lo cual resulta inadecuado aducir la imputación de "un poco imprudente" sin cualificación alguna, que la jurisdicción penal le formula muy de paso al ingeniero Uribe en la parte considerativa de su proveído. En éste lo que constituye cosa juzgada es que el conductor

resultó inocente por falta de pruebas acerca de su propia culpa, más no que ésta le hubiera sido tasada y atribuída al ingeniero Uribe. En síntesis, tampoco aparece error evidente en la apreciación que hizo el sentenciador de la providencia del Juzgado Cuarto Superior de Medellín que aparece a folio 113 y siguientes.

Las consideraciones anteriores son suficientes para rechazar el cargo.

Segundo.

Está formulado por violación directa de los artículos 1.604, 1.603 y 63 del Código Civil, 12 de la Ley 6ª de 1945 y 55 del Código Sustantivo del Trabajo expresa que el 5º inciso del ordinal b) del artículo 12 de la Ley 6ª de 1945, establece una indemnización especial, distinta del seguro de vida doblado, para la víctima de un accidente laboral, cuando hay "culpa comprobada" del patrono; y que a su turno el artículo 216 del Código del Trabajo agrega que la culpa debe ser **suficientemente** comprobada. (Destaca el libelista).

Estas expresiones indican —prosigue diciendo— que la carga de la prueba corresponde a quien alega la culpa del patrono, con lo cual se establece una excepción al artículo 1.604 del Código Civil, en cuanto éste dispone que la carga de la prueba le corresponde a quien debe la diligencia y cuidado.

La norma general en materia civil es la de que, tratándose de responsabilidad contractual, la diligencia y cuidado deben ser probados por quien alega haberlos empleado. Pero las normas transcritas enseñan claramente que en materia laboral existe una "única y clara excepción", por cuanto exigen la comprobación de la culpa en que el patrono haya incurrido.

Lo cual conduce a que en materia del trabajo, quien pretenda una indemnización por accidente con base en el artículo 12 de la Ley 6ª, tenga a su cargo un doble gravamen probatorio: el de acreditar que puso el cuidado necesario para evitar accidentes (artículos 28, ordinal 9º y 29 ordinal 1º del Decreto 2.127 de 1945, y artículos 55 y 58 del Código Sustantivo del Trabajo, y artículos 1.603, 1.604 y 63 del Código Civil). Porque para el trabajador no ha sido desplazada la carga de la prueba de la diligencia y cuidado que debió emplear, según el artículo 1.604 del Código Civil. En consecuencia, demostrados que sean su diligencia y cuidado, debe comprobar la culpa del patrono.

Afirma que por ello incurre en violación direc-

ta el Tribunal de Antioquia cuando expresa:

"Y hay un argumento de orden legal que confirma todo expuesto (sic). Es el inciso tercero del artículo 1.604 del Código Civil, donde se dispone que "la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo" confirmación en el sentido de que es el Municipio de Medellín quien debe probar que tuvo prudencia para con el Ingeniero Uribe Lince, esto es, que le suministró los elementos adecuados de protección contra posibles accidentes. Mientras no aparezca esa prueba, subsiste la culpa "realizada" de su incumplimiento".

Argumenta que tal interpretación de las disposiciones legales citadas envuelve por sí sola, independientemente de toda cuestión probatoria, violación legal que debe remediarse.

Sostiene el opositor: "En el tiempo y en el espacio hay obligaciones recíprocas, pero sucesivas, que no son coetáneas: Al patrono le incumbe primeramente poner los medios adecuados, los elementos necesarios, para evitar el accidente dando seguridad en el trabajo (artículos 57 y 108 del Código Sustantivo del Trabajo); como obligación correlativa y posterior el trabajador está obligado a observar con suma diligencia y cuidado las instrucciones y órdenes preventivas de accidentes (artículo 58 ibidem). De forma que en el tiempo y en el espacio la obligación especial del patrono, preteritoria y terminante, es primaria y antelada: debe dar los elementos necesarios de protección contra el accidente. Puestos estos elementos y estos medios de protección en manos del trabajador, éste debe observar con cuidado y diligencia las instrucciones y órdenes preventivas sobre accidentes. Es lógico que si el patrono no hace el suministro anteladamente huelgan el cuidado y la diligencia. Y tal fue la tragedia del 4 de octubre de 1954". Arguye que la teoría de la carga de la prueba en este proceso es cuestión que puede interesar a la jurisprudencia, pero que no afecta la sentencia en su fondo.

Examen del cargo.—Acerca de la naturaleza jurídica del asunto dijo el fallador: "Se está entonces, en el terreno de la responsabilidad contractual, y esto es importante para la carga de la prueba" (Subraya la Sala). Siendo la vinculación entre el Municipio y Uribe un contrato, considerado como tal por la ley (artículo 4º del Decreto 2.127 de 1945), las prestaciones mutuas surgidas del mismo, la responsabilidad de las partes, sus deberes recíprocos y su culpa eran de carácter contractual.

En este orden de ideas es menester aclarar que

si bien cierta clase de culpas determinantes del incremento del riesgo profesional creado o extrañas a éste, originan una responsabilidad plenaria semejante a la del Título XXXIV del Libro IV del Código Civil, al tenor del artículo 12, literal b) in fine de la Ley 6ª de 1945 y del artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, (Cfr. cargo anterior), ello no significa que se trate de la culpa aquiliana o extra-contractual, sino de la culpa contractual que por mandato expreso de la ley genera en estos casos la responsabilidad plena y la indemnización ordinaria.

No se trata aquí de la culpa de un tercero que le produce un daño a otro tercero. Se trata de la culpa de un contratante, que dentro de la ejecución de un contrato laboral, le causa un perjuicio al otro contratante, y que por ministerio de la ley origina no ya la indemnización correspondiente al riesgo creado (propia del accidente de trabajo), sino la indemnización "total y ordinaria" por el perjuicio causado.

En caso de culpa contractual, y dentro de un contrato oneroso como era el del sub-lite, el artículo 1.604 ordena que: "El deudor es responsable de la (culpa) leve en los contratos que se hacen en beneficio recíproco de las partes".

El último inciso dispone que: "La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo".

Entonces cabe preguntar: ¿de qué obligaciones era deudor el Municipio patrono y acreedor el ingeniero fallecido? Entre otras, aquél debía a éste, como todo patrón a su trabajador:

"... los elementos adecuados de protección contra accidentes y enfermedades profesionales, cuando sea del caso, de modo que el trabajo se realice en condiciones que garanticen la seguridad y la salud. . . ." (Artículo 26, ordinal 2º del Decreto 2.127 de 1945).

Es obvio que la parte que debía emplear la diligencia y cuidado en el suministro de tales elementos era el deudor de éstos dentro de la relación contractual (el Municipio de Medellín), y, por tanto, a él le incumbía la carga de la prueba tendiente a demostrar el hecho positivo de que sí había empleado dicha diligencia y cuidado en suministrarlos, tanto más cuanto que al actor le resultaba difícil probar la proposición negativa de que aquél, obrando indiligentemente, no los suministró. Dice el profesor Antonio Rocha que "Resulta notoria la insistencia de nuestra ley en que el deudor observe cierto cuidado o diligencia en procurar el cumplimiento de su obligación y satisfacer a tiempo a su acreedor; en que dicho

deudor es quien debe dar la prueba de haber observado tal cuidado o diligencia para eximirse de la responsabilidad inherente al incumplimiento de su obligación; en que si el deudor demuestra haber observado la debida diligencia y cuidado de manera que el caso fortuito o la fuerza mayor no sobrevino por su culpa, la inexecución de la obligación no le es imputable; y si el acreedor pretende que el caso fortuito sobrevino por culpa del deudor, es el acreedor quien debe probar que el caso fortuito es imputable o debido a culpa del deudor. Por otra parte resulta también notorio (.....) que el deudor debe demostrar el caso fortuito que alega como extintivo de su obligación". (De la Prueba en Derecho, Ed. de la U. N., página 332, 1949).

No se toca en el sub-judice el extremo del caso fortuito; así lo destaca el sentenciador cuando dice que aquél "No aparece por parte alguna, ni el Municipio culpable ha alegado siquiera su acacimimiento". (Folio 236).

"De todas maneras —prosigue el tratadista precitado— el deudor que no ejecutó su obligación es responsable por el hecho de la inexecución ante su acreedor, así se trate de obligaciones de hacer o de dar; o siguiendo la más moderna clasificación de obligaciones, así sean de medio o de resultado" (Op. cit.).

Con todo la complejidad del tema hace que éste no pueda ser ni mucho menos agofado, ni la Sala ha pretendido tratarlo con la debida exhaustividad. Ello en razón de que, para evitar los naturales y arduos escollos que la cuestión suscita, es menester entender las expresiones "culpa comprobada" y "culpa suficientemente comprobada" no como términos de modo o medio sino de resultado, que hacen relación no al *onus probandi* sino a la demostración *quantum satis* o suficiente de la culpa misma. Los artículos 12 de la Ley 6a. y 216 del Código Sustantivo del Trabajo exigen que la culpa esté comprobada sin relación a cómo ni a quién correspondió probarla.

No aparece que del simple énfasis acerca de la comprobación de la culpa, se colija tácitamente una excepción respecto de las reglas generales en torno al gravamen de la prueba, como lo pretende el recurrente. De suerte que la violación alegada no versa propiamente aquí sobre el texto expreso de las normas sino sobre la interpretación, inteligente aunque dudosa, que de ellas hace el mismo recurrente. Por lo cual, no se ve razón bastante para acoger la acusación; en consecuencia, no prospera el cargo.

Tercero.

Ataca la sentencia por violación indirecta de los artículos 12 de la Ley 6a. de 1945 y 1.604 del Código Civil. Aún en el evento de que no prosperase el cargo anterior, dice el recurrente, habría ocurrido quebrantamiento de dichas normas, erróneamente aplicadas por el Tribunal, indirectamente, a través de las pruebas, porque aun cuando al Municipio no corresponde presentar la prueba de su prudencia, si lo hizo, lo que no fue considerado por el Tribunal y si lo fue le dió una "equivocada interpretación".

Cita como mal apreciada la certificación (transcrita en el primer cargo), en su aparte f) que "tiene el valor de instrumento público, de plena prueba" (error de derecho).

De ello aparece, agrega, que el ingeniero Uribe Lince no hizo nada en el camino del cumplimiento de sus obligaciones para prevenir accidentes, y que en cambio el Municipio puso toda diligencia y cuidado hasta dotar a su trabajador de los elementos de seguridad requeridos, a cuyo efecto: a).—Trató de conseguir en préstamo las (lámparas) del acueducto, b).—Como no se le hiciera el préstamo trató de comprar directamente unas, lo que no se pudo por razones presupuestales y entonces, c).—"Con suma diligencia y cuidado", consiguió prestadas dos de personal particular.

Que esas lámparas cumplieron esa noche la misión para que estaban destinadas lo están diciendo varios testigos que concuerdan en las circunstancias de tiempo, modo y lugar. A este respecto cita las declaraciones de Gildardo Alberto Pérez y Rafael Jaramillo (folios 77 a 80) relativas al uso que se les estaba dando esa noche a las dos lámparas prestadas por personas particulares.

Este haz probatorio de certificaciones que revisten el carácter de instrumentos públicos, de declaración juramentada del Jefe del Plano Regulador, y de testimonios contextes de los tres testigos compañeros de la víctima, están diciendo que no sólo el patrono empleó toda suerte de cuidado y diligencia en el propósito de dotar de seguridad la labor de Uribe Lince, sino que su esfuerzo fue coronado por el éxito cuando después de no haber logrado el préstamo de las linternas del acueducto, ni la compra por dificultades fiscales, las arbitró con algunos particulares o cadeneros, linternas que estaban en uso en el momento del accidente, como elementos protectores de la seguridad del trabajador.

Dice el opositor que "Este motivo repite el segundo cargo en su primera parte y torna después

a repetir el cargo primero"; y luégo de objetar las argumentaciones del recurrente, pide que se rechace.

Consideraciones de la Sala:

Dos puntos de hecho envuelve la presente acusación: La falta de diligencia y cuidado del ingeniero fallecido al par que el empleo de aquéllos por el Municipio. El alcance del cargo y las pruebas señaladas son reiteración del primero, lo cual hace que las mismas consideraciones hechas por la Sala respecto de la impugnación inicial sirvan para despachar la presente. Aún más: lo ostensible en el sub-lite no es que el Municipio hubiera obrado "con suma diligencia y cuidado" ni que hubiera "coronado con éxito" la empresa de rodear de seguridades la peligrosa tarea del ingeniero Uribe, sino que lo manifiesto es lo contrario. Porque está probado que no le suministró las lámparas adecuadas "por falta de fondos" o por destinarse a un "trabajo eventual", de donde el sentenciador dedujo la relación de causalidad entre la omisión del Municipio y el daño, sin que tal deducción sea contraria a la evidencia de los hechos.

El literal f) demuestra efectivamente que el Municipio tomó medidas encaminadas a precaver cualquier accidente en el trabajo nocturno y dió pasos enderezados a conseguir linternas con el acueducto, gestión que no tuvo resultado. El siguiente paso fue también fallido y es el que más concretamente configura su culpa: el pedido de las lámparas idóneas fue rechazado por la Sub-Secretaría de Hacienda. Y, en subsidio, se proveyó a los trabajadores de dos linternas de mano pequeñas conseguidas con el personal de empleados y cadeneros del Plano Regulador. Pero la realidad procesal, repasando las declaraciones testimoniales que cita el libelista, demuestran cómo no eran estas lámparas los "instrumentos adecuados de protección contra accidentes". Rafael Jaramillo, a folio 79 vuelto declara que la negativa del Sub-Secretario de Hacienda "causó extrañeza al jefe de personal", y que éste "conocedor de la necesidad del alumbrado, se trasladó conmigo al almacén Municipal con el fin de conseguir algunas lámparas de mano, pero solamente pudimos conseguir dos en muy mal estado". Las declaraciones de Gildardo Alberto Pérez y de Jesús María Redondo Moncada aluden igualmente a que con dichas lámparas se adelantaba la tarea, pero es un hecho incontrovertible el de que aquéllas no eran los instrumentos adecuados para precaver el acciden-

te. Y el haberse considerado tal inadecuación por el sentenciador no está contrariando la realidad de los hechos en forma ostensible.

Finalmente, no fluye del proceso la ausencia de cuidado y la falta de diligencia que el recurrente le atribuye a Uribe. Está demostrado que el ingeniero Uribe hizo más de lo que le correspondía en la consecución de los elementos adecuados para protegerse a sí mismo y proteger a sus auxiliares contra accidentes. Dice Jaramillo (test. cit.) que le fue recomendado por el ingeniero Uribe Lince "gestionar, mediante el vale de pedido respectivo, tres lámparas grandes de mano" para los trabajos en los cuales ocurrió el accidente. Y declara Pérez que Uribe Lince "recomendó al señor Rafael Jaramillo (.) para que por medio del respectivo vale, solicitara tres lámparas grandes de mano para llevar al lugar del trabajo. Es verdad que Jaramillo se presentó al trabajo sin las mencionadas lámparas, manifestando que el pedido había sido rechazado". De suerte que no es exacto afirmar que Uribe hubiera dejado de cumplir diligentemente con sus obligaciones contractuales en punto a precaverse contra accidentes. Uribe, se repite, hizo más de lo que le correspondía, pues las obligaciones patronales, entre las que figura de modo principalísimo la de suministrar los elementos adecuados para la protección contra accidentes, no están sometidas a la instancia a solicitud de los trabajadores, sino que deben ser cumplidas espontáneamente por el patrono.

Expuesto lo anterior, no aparece la configuración del error o errores de hecho que el recurrente predica de la sentencia recurrida, y en consecuencia —no surgiendo las violaciones acusadas— no prospera el cargo.

Cuarto.

Versa sobre la violación por vía indirecta de los mismos artículos 12 de la Ley 6ª de 1945, 1.604 del Código Civil y además de los artículos 1.603 ibídem y 55 del C. S. del T.

Argumenta expresando que es condición indispensable para que este tipo de acciones prospere, que la culpa del patrono esté comprobada, lo cual no aparece en este caso, en el cual, en cambio, está probada la culpa de la víctima y la de otras personas "o al menos la fatalidad", como exigente de la responsabilidad para el Municipio.

Agrega que la conducción de vehículos automotores en la noche no se guía por las luces de las vecindades, los faroles callejeros, sino por los pro-

pios faroles del vehículo. Si no fuera así, no sería posible el tránsito por caminos y carreteras que aun en las más altas especificaciones carecen de alumbrado público. Si bien en las ciudades existe tal iluminación con el propósito de facilitar la vigilancia y prevenir accidentes personales, y aun cuando tiene también la función auxiliar de facilitar el tránsito automotor, éste no puede fiarse únicamente a los faroles de las calles.

Sin embargo, hay prueba de que el sitio donde ocurrió el accidente estaba ampliamente iluminado, según el testimonio de Gildardo Alberto Pérez, Rafael Jaramillo, Luis Carlos Zapata y Gilberto Echavarría, de donde aparece que cada diez o doce metros había un fuerte farol. Además está demostrado que el grupo de trabajadores tenía lámparas portátiles para alumbrarse, para hacerse señas, para facilitar el trabajo y para evitar accidentes. Estos dos elementos —añade— alumbrado público y lámparas portátiles, están diciendo muy claramente que el Municipio sí dotó a su trabajador de los elementos de seguridad necesarios.

Pero hay un tercer factor explicativo del accidente: el camión, contra la más elemental prudencia y las normas de tránsito, circulaba con las luces apagadas. El testimonio uniforme de dos agentes de la autoridad, los dos guardias que prestaban vigilancia pública en aquel sector lo demuestran. Dice Luis Carlos Zapata, folio 87, refiriéndose al camión causante del accidente, que “transitaba a mucha velocidad, con las luces apagadas”; y el guardia Gilberto Echavarría, folio 89, confirma lo anterior: “Transitaba más bien ligero, por su derecha y sin luces”. Agrega que el mismo conductor del vehículo causante de tan deplorable accidente no niega tampoco la circunstancia de que viajaba con luces apagadas cuando dice que unas veces marchaba con las luces chiquitas y a ratos ponía las grandes (Folio 111).

Todo ello conduce a acreditar que lejos de estar probada la culpa del Municipio, según la exigencia de la Ley 6ª de 1945 (artículo 12), están acreditadas las causas que ocasionaron el accidente, “radicando la responsabilidad de éste ya en el ingeniero que imprudentemente se expuso al peligro, ora en el conductor del vehículo que transitaba sin luces o finalmente como un verdadero caso fortuito por las circunstancias atmosféricas reinantes y el no haber sido posible evitar el accidente a pesar de una buena iluminación de la calle y lámparas portátiles de los trabajadores”.

El recurrente cita en su apoyo la siguiente jurisprudencia de la Corte:

“Luego cabe suponer la existencia de otros motivos como falta de habilidad en el trabajador, exceso de confianza o el caso fortuito que es el que caracteriza el accidente de trabajo para responsabilizar al patrono por el riesgo creado, de donde se deriva la indemnización equivalente al seguro doblado, reconocido por el departamento de Antioquia, pero no la indemnización por culpa que requiere su demostración en forma que se establezca la relación de causa a efecto entre ella y el daño; pues ni la ley civil ni la laboral establecen la presunción de culpa patronal en los accidentes de trabajo, según el artículo 12, inciso último del literal b)” (GACETA JUDICIAL, T. LXXXIV, marzo de 1957, página 518).

Afirma luego que yerra el Tribunal al dar por comprobada la culpa municipal sobre el sólo hecho de que el Sub-Secretario de Hacienda, por razones fiscales, no pudo suministrar las lámparas, sino dar el valor de plena prueba que tiene la certificación de folios 47 y 207 en el sentido de que, fallido el vale, la administración municipal consiguió por otros medios las linternas necesarias (error de derecho).

Que igualmente yerra al dar como probada la culpa del municipio, cuando del expediente aparece más clara la culpa de la víctima, empleado de la administración que estaba obligado a acreditar que empleó suma diligencia y cuidado en la prevención del accidente.

Y, en último término, el Tribunal ha debido aceptar la culpa del conductor del vehículo, absuelto por el Jurado de Conciencia por falta de pruebas, las que aparecen en este juicio laboral cuando los agentes de la Policía, de modo unánime, declaran que el camión transitaba con luces apagadas o bien aceptar la fatalidad, el caso fortuito.

Se considera:

Con base en un análisis de los hechos —cuya lógica hasta ahora la Sala halla inexpugnable—, el *ad-quem* estableció el nexo de causalidad entre la culpa por omisión del Municipio y el daño causado. Los intentos que para destruir dicha relación ha realizado el recurrente han consistido en un repetido desplazamiento de dicha culpa (de la cual exonera a su representado), ora hacia el ingeniero Uribe, ora hacia el conductor del vehículo causante del suceso, y —ya aquí— hacia la configuración del caso fortuito. Si no fuera porque estos últimos desplazamientos se plantean dentro de la presente acusación, ella podría considerarse involucrada en las anteriores, y más concretamente en la primera.

Uno de los más exhaustivos esfuerzos dialécticos del *ad-quem* va dirigido, precisamente, a establecer el ámbito físico, y concretamente la iluminación del sitio donde acaeció el accidente. El sentenciador hace, en efecto, una amplia y ponderada revisión crítica respecto de los testimonios en torno a este punto (folios 226 a 233), mediante el análisis detenido de las declaraciones rendidas por Gildardo Alberto Pérez, Rafael Jaramillo, Luis Carlos Zapata y Octavio Cartagena sobre este aspecto del asunto, los cuales, en su orden, expresan:

Pérez: "Fuera de la lámpara de mano que yo tenía no había más luz en ese lugar; las personas siempre se veían porque además había el alumbrado público y si se veía una persona a considerable distancia (.....) Es verdad que en la Inspección Departamental de Circulación y Tránsito declaré que la calle estaba iluminada y sí estaba. Afirmé en el Juzgado Primero del Circuito que el accidente se debió a falta de lámparas, porque probablemente la calle sí estaba iluminada con sus lámparas, pero el punto donde nosotros estábamos si nos faltaba lámparas para ver. Es que uno yendo a pié sí podía distinguir una persona a los cuarenta o cincuenta metros, el bulto" (Fl. 77).

Jaramillo: El alumbrado de la calle estaba más bien oscuro porque había llovido y el pavimento mojado se lleva la luz del carro (.....) Nosotros que estábamos trabajando veíamos los carros, podías (sic) ver los carros a una distancia de veinte metros, las personas no se veían casi, si veía la persona pero alumbrando, como veíamos las señales que nos hacía el doctor para indicar la medida que era a unos sesenta metros y se veía perfectamente, pero se veía porque nosotros estábamos pendientes del ingeniero (.....) La luz eléctrica en esa noche estaba normal, pero allá no hay buena visibilidad, falta alumbrado, es más bien oscuro en ese punto porque es muy ancha la calle" (Folios 80 vuelto y 81).

El mimo Jaramillo declara:

"Había tres lámparas en muy mal estado, ellas servían para ver el huequito de la plomada, pero no para que los carros nos vieran a nosotros; las lámparas las habían entregado por malas (.....) Las lámparas que nos prestaron esa noche fueron de dos pilas y las del acueducto son de tres pilas, más potentes. Las otras eran unas lámparitas que no alumbraban bien por malas y por viejas (Fl. 81).

Zapata: "Estaban los tres señores (entre estos Uribe Lince) más bien al lado de la Federación

de Cafeteros; (.....). Debo decir que hacia el lado de la Federación estaba un poco oscuro, aunque siempre se alcanzaba a ver las personas que ahí transitaban o que por ahí estaban" (Fl. 87).

Cartagena, conductor de un vehículo de servicio público que venía detrás del camión que causó el accidente, declara que la visibilidad del sitio de éste era "muy oscura" (Folio 102).

El anterior acervo testimonial es evaluado por el sentenciador, en síntesis, de la siguiente manera:

"Siendo el alumbrado público el ordinario, y por lo ancho de la calle en el sector del suceso (21 metros), siempre está oscuro, aún para los peatones. Obsérvese que los testigos hablan solamente de la posibilidad de percibir el bulto de las personas a una cierta distancia, "yendo uno a pié", recalca uno de ellos. En suma, esa iluminación era la normal para los sucesos normales de una vía pública: tránsito de vehículos por la vía abierta y tránsito de peatones por los sitios indicados: las aceras y cruces rápidos de una acera a otra. Pero no era la iluminación adecuada para un suceso anormal: permanencia indefinida de las personas en pleno centro de la vía. Para un suceso anormal se requería una iluminación también anormal, esto es, excepcional. Si la iluminación era escasa y apenas bastaba para ver el bulto de una persona a cierta distancia (uno de los testigos dice que lo veía "porque nosotros estábamos pendientes del ingeniero"), si escasamente los peatones veían los carros, qué decir de los automovilistas, montados en una cabina estrecha, viajando a velocidad regular, con la vía mojada y completamente desprevenidos en cuanto a la presencia de personas en medio de la calle?. Porque esta iluminación excepcional debía estar destinada, precisamente, a advertir a los automovilistas. Estos no están acostumbrados a que las personas permanezcan en plena vía" (Folios 227 y 228).

Y continuando en esta deducción, ante la circunstancia de que los trabajadores sólo contaban con lámparas deficientes —por la negativa del Municipio en procurar linternas de iluminación adecuada— concluye:

"Entonces, la consecuencia es necesaria, el atropello ocurrió por falta de luz suficiente, de señal luminosa que advirtiera al chofer del camión la presencia del Ingeniero Uribe Lince. Esta fue la causa real del accidente. Transitando regularmente por la vía normal, el chofer del camión no estuvo en condiciones, por la falta de una iluminación excepcional, de advertir oportunamente

al Ingeniero y evitar, así, el atropello. Si el Municipio de Medellín hubiera suministrado las lámparas requeridas, se habría obtenido la iluminación excepcional suficiente y se habría evitado el accidente que costó la vida al Ingeniero Uribe Lince. Es clara la relación de causalidad entre la culpa del Municipio y el daño sufrido por los demandantes" (Folios 228 y 229).

El razonamiento del ad-quem en cuanto a la apreciación del material probatorio no es contravidente. Está demostrado que la iluminación pública en el sitio del siniestro era la normal. Pero —como muy bien lo sostiene el sentenciador—, los obstáculos locativos requerían una iluminación excepcional, que les fue negada expresamente al Ingeniero y a sus auxiliares de trabajo por el Municipio. Sobre este particular, si bien es cierto que la conducción de vehículos en la noche no se guía por las luces de las vecindades, sino por sus propios faroles —como dice el recurrente— la validez de tal aserción sólo alcanza a las situaciones de vía despejada, sin obstáculos y sin peligros. Mas lo cierto es que cuando éstos se interponen en la vía, es absolutamente necesario la señal luminosa que prevenga al conductor porque la experiencia comprueba cómo para tales casos excepcionales resultan insuficientes las propias luces del automotor.

Tampoco acogió el sentenciador la tesis —ahora sustentada por el recurrente— de que la culpa hubiera sido del conductor que manejaba el vehículo causante del accidente. El desplazamiento de la responsabilidad hacia éste es en el sub-límite un imposible jurídico. Esa imposibilidad procede de que decisión pasada en autoridad de cosa juzgada y emitida por la jurisdicción penal declaró inocente de culpa al conductor Emilio Lara Buitrago por la muerte del Ingeniero Uribe. Sobre el particular ha dicho la Corte: "La ineludible concordancia que debe existir, por las razones ya dichas de orden público vinculado a la necesidad de evitar la anarquía de los fallos judiciales, entre el derecho penal y el derecho civil, impone la necesidad de acatar y respetar como definitiva

y para todas sus consecuencias, la sentencia proferida por la jurisdicción del crimen en que se ha estatuido que determinado hecho, a la luz de un complejo acervo probatorio, carece de los elementos esenciales para poderlo considerar jurídicamente como culpa" (G. J., Tomo LII, página 791, 1.941).

Y, finalmente, ya en este recurso, se desplaza la cuestión hacia el acaecimiento de un caso fortuito. El ad-quem, en su afán de atisbar todos aquellos aspectos del presente asunto que pudieran influir en su decisión, inquirió espontáneamente —sin que le hubiere sido propuesto por el demandado— el tema que sólo ahora se plantea. Se pregunta el ad-quem: "¿Caso fortuito o fuerza mayor?". Y responde: "No aparece por parte alguna, ni el Municipio ha alegado siquiera su acaecimiento. Dígase, únicamente, que el movimiento del camión causante de la tragedia no tuvo los caracteres, con respecto al demandado, de imprevisibilidad e invencibilidad que son característicos del caso fortuito. Fue la falta de visibilidad, imputable al Municipio, la determinante del suceso".

Lo anterior es suficiente para concluir que no se evidencian los errores de hecho que se le atribuyen a la providencia recurrida, y por tanto no surgen las violaciones indirectas que se acusan. En consecuencia, el cargo no puede prosperar.

En virtud de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral, el 28 de septiembre de 1957, y que fue objeto del presente recurso.

Cópiese, publíquese, 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.—Jorge Vélez García—
Vicente Mejía Osorio, Secretario.

EL VINCULO DE PARENTESCO, EL NO ESTAR SOMETIDO A HORARIO Y OTRAS CIRCUNSTANCIAS PARECIDAS NO DESVIRTUAN LA PRESUNCION DE CONTRATO DE TRABAJO. — PAGO ILEGAL DE CESANTIAS. — LA CONFESION EN MATERIA LABORAL. — TECNICA DE CASACION

1.—Fuera de los motivos contemplados en los artículos 254, 255 y 256 del Código Sustantivo del Trabajo, el pago de la cesantía antes de la terminación del contrato de trabajo es violatorio de la ley.

2.—Dentro de un criterio general, no puede olvidarse que no existe disposición alguna que establezca que el vínculo de parentesco o de familia significa imposibilidad de la existencia del contrato de trabajo.

3.—El no estar el trabajador sometido a horario especial, trabajar en forma discontinua y otras circunstancias parecidas, tampoco constituyen modalidades que sirvan para desvirtuar el contrato de trabajo puesto que legalmente ellas no representan elementos esenciales del nexo jurídico-laboral.

4.—De conformidad con reiterada jurisprudencia de esta Corte, es aceptable el ataque en casación en que se ha omitido citar expresamente determinado texto legal, necesario para la proposición completa del cargo, siempre y cuando se haya comentado o hecho alusión directa al contenido del mismo por el recurrente. Es muy razonable este criterio porque de otra manera se sacrificaría al rigor formalista de las citas legales el valor intrínseco que encierra toda norma de derecho.

5.—La confesión la hace la parte interesada en el proceso de modo que entraña el reconocimiento de obligaciones, pues por su conducto se aceptan hechos que la perjudican. De acuerdo con el artículo 604 del Código Judicial, aplicable por analogía en materia laboral, la confesión puede ser judicial o extrajudicial. La primera es la que se hace ante un Juez competente en razón de la naturaleza de la causa y en ejercicio de sus funciones; y la segunda si se cumple en otra ocasión, en carta misiva, conversación, o cualquier acto o documento no destinado a servir de prueba.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., febrero veintitrés de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Roberto De Zubiría C.).

Ante el Juzgado Civil del Circuito de Salamina, Caldas, ROGELIO MONTOYA URIBE instauró demanda ordinaria laboral por medio de apoderado contra CESAR GARCIA MONTOYA y EMILIA MONTOYA DE GARCIA, a fin de que fuesen condenados solidariamente por dicho Juzgado a pagarle las sumas por los siguientes conceptos de prestaciones e indemnizaciones sociales:

a).—\$ 4.220.00 por concepto de cesantía equivalente a 14 meses, 26 días, a razón de \$ 300.00 mensuales.

b).—\$ 2.110.00 por concepto de vacaciones equivalentes a siete (7) meses, y con base en el salario indicado.

c).—\$ 1.200.00 por primas de servicios correspondientes a los años de 1950 a 1954.

d).—\$ 1.500.00 por concepto de indemnización por la ruptura unilateral del contrato de trabajo.

e).—\$ 34.095.00 por salarios no pagados durante la vigencia de la relación de trabajo.

f).—\$ 980.00 por festivos patrios.

g).—\$ 340.00 por festivos religiosos.

h).—\$ 7.300.00 por dominicales.

i).—Los salarios indemnizatorios por el no pago oportuno de las prestaciones y salarios, en la cuantía que se causen. Además, las costas de la litis.

Sustentó sus peticiones con los siguientes hechos:

“PRIMERO.—Mi mandante trabajó en la empresa agrícola y ganadera “La Julia”, de propiedad del señor César García Montoya y de la señora Emilia Montoya de García, situada en el Municipio de Salamina, mediante relación de trabajo personal y en beneficio de los demandados.

“SEGUNDO.—La prestación de servicios de mi poderdante, se verificó por contrato verbal.

"TERCERO.—Mi representado principió a trabajar en agosto de 1940, y permaneció en la empresa citada, como asalariado, hasta el 26 de septiembre del año en curso. Laboró, pues, durante más de 14 años continuos.

"CUARTO.—En principio fue vaquero y capataz de corte. Luégo terminó la relación de trabajo como administrador de la empresa.

"QUINTO.—Durante la vigencia del contrato de trabajo, ni previamente, se estipuló por las partes salario fijo, ni variable. Deben, pues, los demandados, la cantidad que resulte como diferencia entre el salario real valuado o avaluado por el perito que se designe al efecto, y el total de las siguientes sumas recibidas por mi poderdante, a título de remuneración: En 1946, \$ 300.00; en 1950, \$ 500.00; en 1952, \$ 500.00; de esta fecha en adelante \$ 25.00 semanales.

"SEXTO.—Mi mandante estima su salario real, en las labores que le tocó desempeñar, en la suma de diez pesos (\$ 10.00 diarios), incluyendo el valor de la alimentación y del alojamiento que le fue suministrado por los patronos como salario en especie.

"SEPTIMO.—La relación de trabajo terminó por despido que le hizo el señor César García a mi mandante, sin notificación oportuna de la justa causa. Tal determinación es la razón de la indemnización de perjuicios demandada y cuyo monto se determina en la parte petitoria de este libelo.

"OCTAVO.—Para vencerse el plazo presuntivo de la relación de trabajo, correspondiente a la última prórroga, quedaron faltando cinco (5) meses cuatro (4) días.

"NOVENO.—Mi poderdante trabajó durante todos los días laborables de la semana y no se le pagó la remuneración del descanso dominical. En el tiempo laborado, transcurrieron setecientos veintiocho (728) dominicales. Los festivos patrios y religiosos causados durante la relación de trabajo, tampoco le fueron pagados en la forma prevista por la ley. Festivos patrios transcurrieron noventa y ocho (98) y religiosos cuarenta y cuatro (44).

"DECIMO.—La empresa tiene un avalúo catastral superior a quinientos mil pesos (\$ 500.000.00).

"UNDECIMO.—Durante la vigencia de la relación de trabajo, a mi mandante no se le concedieron por sus patronos, ni se le pagaron en dinero, las vacaciones, ni las primas de servicio correspondientes a los semestres respectivos, como tampoco las sumas relativas a dominicales, festivos religiosos y patrios. A la terminación del contrato, asimismo, los demandados no verificaron pago alguno del auxilio de cesantía, ni de ninguna de las prestaciones, indemnizaciones y salarios a que se refiere este libelo. Menos han ofrecido pagar suma alguna por dichos conceptos, ni han hecho el pago por consignación de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo".

Como fundamentos de derecho fueron citados los artículos 57, 64, 65, 66, 144, 177 siguientes, 179 siguientes, 249 siguientes, 306 siguientes, etc., del Código Sustantivo del Trabajo y en cuanto al procedimiento los Decretos-Leyes 2.158 2.215 y 4.133 de 1948.

El apoderado del demandado César García Montoya al descorrer el traslado de la anterior demanda, manifestó con respecto a los hechos lo siguiente:

"AL PRIMERO.—Bajo este numeral se acumularon varios hechos que el actor debe probar.

"AL SEGUNDO.—Que se pruebe.

"AL TERCERO.—Ignoro si el demandante permaneció durante el lapso señalado en LA JULIA", pero advierte que en el hipotético caso de ser cierta esa permanencia, tal hecho no implica que hubiera servido ese tracto, y mucho menos en forma continua como se pretende, pues el demandante no ha permanecido, no ya en "La Julia", sino que ni siquiera ha residido durante esos catorce años, en el Municipio de Salamina.

"AL CUARTO.—No es cierto, en la forma como está redactado el hecho porque el actor Montoya no ha sido jamás trabajador de la nombrada hacienda, en su estricto sentido jurídico. Este caballero que es pariente de mi mandante, entró a "La Julia" como miembro de la familia y se le permitió cultivar, por medio de peones a su servicio, parcelas en su propio beneficio, de donde se concluye que si acaso fue patrón de corte, lo hizo como patrono de sus propios trabajadores, o administrador de sus cultivos.

"AL QUINTO.—Ignoro ese hecho, pero su simple enunciado repugna por ser contrario a ele-

mentales normas de equidad y de hermenéutica jurídica. No es admisible que al cabo de largos años un presunto trabajador que ha aceptado el pago de determinada remuneración en forma expresa o tácita, cuando ya se ha terminado el contrato de trabajo reclame por lo que no rechazó durante su vigencia. Este hecho, concluyo, peca contra la buena fé, consagrado como principio esencial en el derecho laboral. (Artículo 55 del Código Sustantivo del Trabajo, y 49 del Código de Procedimiento Laboral).

"AL SEXTO.—No es un hecho sino una simple apreciación.

"AL SEPTIMO.—Que se pruebe.

"AL OCTAVO.—Que se pruebe.

"AL NOVENO.—NO ES CIERTO.

"AL DECIMO.—QUE SE PRUEBE.

"AL UNDECIMO.—No obstante no haber tenido el carácter de trabajador, al demandante se le reconoció, cuando se ausentó de la hacienda, una suma de dinero para cubrirle las hipotéticas prestaciones sociales.

Por su parte, la señora Emilia Montoya de García, al dar respuesta igualmente a la citada demanda por intermedio de apoderado (folios 14 del cuaderno principal), lo hizo en los siguientes términos:

"AL PRIMERO.—No me consta.

"AL SEGUNDO.—Lo ignoro.

"AL TERCERO.—NO SE.

"AL CUARTO.—NO SE.

"AL QUINTO.—NO SE.

"AL SEXTO.—NO SE.

"AL SEPTIMO.—NO SE.

"AL OCTAVO.—NO SE.

"AL NOVENO.—NO ME CONSTA.

"AL DECIMO.—NO ME CONSTA.

"AL DECIMO PRIMERO.—NO ME CONSTA".

El Juez del conocimiento desató la litis, absolviendo a los demandados de los cargos que se les formularon en la demanda y condenando en costas a la parte actora.

Contra el proveído del a-quo se interpuso recurso de apelación por el demandante, enviándose en consecuencia los autos al Superior, quien confirmó la sentencia de primer grado, en lo referente a la absolución de la parte demandada y la revocó en lo concerniente a la condenación en costas a la parte actora.

El apoderado del actor recurrió en casación, se le concedió el recurso por el extinguido Tribunal Seccional del Trabajo de Manizales y agotada la tramitación correspondiente, la Sala pasa a decidirlo. No hubo escrito de oposición.

LA DEMANDA DE CASACION:

Pretende el recurrente que la Sala case la sentencia impugnada y constituida en Tribunal de instancia dicte el fallo que en derecho corresponda con vista en las alegaciones y probanzas de la demanda, descartando el punto quinto del libelo inicial y se pronuncie solamente sobre las demás peticiones, y al efecto acusa la sentencia en dos cargos.

Por razones de método, se estudiará primero el segundo cargo que está propuesto así:

"Violación indirecta, por indebida aplicación de los artículos 65, 66, 144, 177, 179, 186, 240 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, por apreciación errónea y falta de apreciación de la prueba documental, inspección ocular, peritazgo, testimonios y confesión del demandante en posiciones".

"El Tribunal, siguiendo los razonamiento del Juez Civil de la primera instancia, trata de restarle mérito a las pruebas aportadas por el demandante y hace a propósito consideraciones que serían más propias de una investigación de carácter penal. Así dice que la conducta del actor fue improcedente, lo que le quita valor a las afirmaciones hechas al absolver posiciones. Ignora que las posiciones son un medio de provocar la confesión y nó de obtener una declaración testimonial de una de las partes. Si en la diligencia de absolución de posiciones (folio 29 y ss.) el señor Montoya se limitó a negar la veracidad de los hechos perjudiciales afirmados por el preguntante, no puede el juzgador imputar sin juicio una falta al absolvente por esta actitud".

El Tribunal erró en forma notoria y evidente, al no darle el valor de plena prueba al documento que aparece al folio 15, y que reza:

"A petición verbal del señor ROGELIO MONTAYA URIBE, certifico: 1º.—Que hace más o menos doce (12) años trabaja con el suscrito en la hacienda La Julia, ya como vaquero, ya como patrón de corte, o simplemente como peón y por el conocimiento que tengo de él puedo manifestar: que ha cumplido con su deber, se ha portado como todo un señor, honrado, juicioso y respetuoso con su patrón. 2º.—Que quiso retirarse de la hacienda por organizar mejor jornal.—La Merced, septiembre 26 de 1954.—CESAR GARCIA M.".

"Dicho documento fue presentado para su autenticación ante el señor Corregidor Departamental de Policía del lugar, quien asentó al respaldo la correspondiente nota de autenticidad. Por otra parte, obró en el expediente desde la iniciación del juicio y no fue redargüido ni desconocido como auténtico. De este documento como auténtico se desprende:

"a) Que existió un contrato de trabajo entre las partes.

"b) — Que Montoya Uribe prestó sus servicios bajo las órdenes y continuada dependencia del señor César García.

"c)—Que el tiempo de servicios fue de 12 años contados hacia atrás de la fecha del documento, es decir de 1942 a 1954.

"El libro de planillas exhibido en la inspección ocular verificada en la tercera audiencia de trámite (folio 31 y siguientes) DEMUESTRA EL PAGO hecho por concepto de salarios desde el 13 de enero de 1952 hasta el 18 de abril de 1954, y el acta correspondiente hace plena prueba respecto de este hecho observado por el Juez (Código Judicial 730), toda vez que no fue desvirtuado por ningún otro medio probatorio. Y debió tomarse también como prueba de la existencia del contrato de trabajo durante ese lapso.

"El dictamen pericial rendido por el doctor Bernardo Meza H. en la cuarta y última audiencia (folio 38), mediante el cual se fija el salario promedio devengado por el actor, no fue materia de consideración y recibo por parte del Tribunal sentenciador.

"La prueba testimonial reunida, formada por las declaraciones de Alfonso Grisales, José Nicanor Agudelo, Félix Aranda, Eugenio Cárdenas, Jorge Julio Vélez (folios 23, 24, 26, 27, 29), no obstante las informalidades en su recepción, es acorde en el hecho de que el demandante fue trabajador de la hacienda La Julia, propiedad de los demandados.

"Es bastante lo dicho en la fundamentación de este cargo, para llevar al convencimiento del Supremo la operancia de la violación-medio, por la errónea apreciación de los elementos probatorios allegados al juicio, y de allí la violación indirecta de las normas sustantivas que fundamentan la demanda y que se precisan en el encabezamiento del cargo".

De otra parte, el extinguido Tribunal hace el examen de las pruebas en los siguientes términos:

"Analizado detenidamente el haz probatorio, se observan múltiples contradicciones por parte del actor, y en menor escala, por parte del mismo

demandado. En efecto, el demandante pretende desconocer el recibo por la cantidad de seiscientos pesos (\$ 600.00), correspondientes a un cheque a cargo del Banco de Bogotá (folio 34), ratificado por el mismo Banco según constancia del 18 de diciembre de 1954 al dar cumplimiento al exhorto número 160 librado por el Juzgado (folio 20). Porque al contestar a la pregunta sexta del interrogatorio formulado en posiciones juramentadas, contestó: "No es cierto que le haya firmado a César García recibo alguno por prestaciones sociales, le firmé a Luis Eduardo García, cuñado de César, un recibo por \$ 500.00 que me debía César como fondos de reserva por mi trabajo". Y a la séptima y después de presentarle el recibo, dijo: "No es cierto, no es la firma que yo acostumbro en mis actos públicos y privados y no es firma mía". Y al preguntársele si es cierto o no "el contenido de dicho recibo?". CONTESTO: "No es cierto". Niega también haber recibido el cheque a que se refiere la constancia del mismo Banco.

"Esta conducta impropia del actor le resta toda credibilidad a sus afirmaciones. Porque es evidente que recibió el cheque referido y lo endosó al señor Olimpiades Vélez, según la certificación del mismo Banco (Folio 20).

"La contradicción es mayor si se examina tanto el contenido del recibo citado como el certificado o recomendación que hace el señor César García del mismo trabajador y se comparan con las declaraciones y las planillas examinadas en la inspección ocular practicada por el señor Juez de instancia. En el recibo, aparece retirándose voluntariamente y afirmando que tuvo como salario la suma de cien pesos (\$ 100.00) mensuales (folio 34); en el certificado del patrono, éste acepta que ha trabajado con él "más o menos 12 años" y se ratifica en el retiro voluntario del demandante. En cambio, la mayoría de los testimonios traídos a los autos, hacen ver claramente que el actor iba a la hacienda "La Julia" más que todo como pariente cercano de su propietaria y como tal era considerado y no como trabajador; que se ausentaba con frecuencia y sin necesidad de dar aviso a la dueña de la hacienda; que hacía cultivos para sí propio y cuando laboraba no tenía horario ni estaba dependiendo de la dueña de la hacienda mencionada; que su trabajo era intermitente y muchas veces al contrato. Así lo están diciendo las planillas examinadas donde se leen diversas partidas de dinero que parecen no corresponder a sueldo o salario determinado sino a saldos diversos de un contra-

to, según el avance o el cumplimiento dado sobre el mismo.

"Tenemos, pues que aunque en el certificado dicho se acepta que ha trabajado "más o menos 12 años", no se dice allí ni se ha probado que las labores fueran continuas; al contrario, está demostrado satisfactoriamente con las declaraciones allegadas, que cuando el actor realizó algunos trabajos en la hacienda "La Julia" lo hizo sin horario, con absoluta independencia, en forma discontinua, puesto que se retiraba con demasiada frecuencia, y en general realizó contratos independientes como se deduce del examen de las planillas hecho por el señor Juez del conocimiento.

"Y no obstante que en el recibo antealudido, el trabajador expresa que tuvo un salario de cien pesos (\$ 100.00) mensuales, por no haber reconocido su firma puesta en él ni haberse practicado un cotejo de su letra, su contenido sólo está demostrado en cuanto expresa el recibo del cheque por la suma de seiscientos pesos (\$ 600.00) por haber sido ratificado este hecho por el Banco de Bogotá. Tal salario allí aceptado se halla también en contradicción con las cifras escritas en los libros y planillas (folios 31 y 32).

"No habiéndose demostrado el tiempo continuado y exacto de los servicios prestados por el actor, ni la dependencia o subordinación de éste con relación a los demandados, debe aceptarse el libre convencimiento formado por el señor Juez a quo al analizar y comparar las diversas pruebas del proceso. A esta conclusión se llega forzosamente, si se tiene en cuenta, por una parte, la conducta observada en posiciones por el actor; y por otra, el indicio que constituye el recibo no reconocido, (folio 34) de que se ha hecho mención sobre el finiquito dado al patrono por el asalariado, pues allí se lee: "Declaro que mi retiro de la mencionada finca La Julia es absolutamente voluntario y que con el pago que hoy recibo quedo totalmente a paz y salvo con el señor García Montoya por concepto de sueldo y toda clase de prestaciones sociales, ya que tanto el primero como las segundas me han sido cubiertas en su totalidad y por consiguiente el señor García Montoya no me adeuda ninguna cantidad de dinero por ningún concepto".

Se examina la acusación.

La Sala no puede compartir las consideraciones del ad-quem por razón de que ellas adolecen de notorias deficiencias. En efecto el Tribunal comenta detenidamente el recibo en copia de folio 34, que el actor se negó a reconcer; pero sucede

que tal pieza tiene un valor muy relativo en el caso de autos puesto que aparece fechada el 30 de marzo de 1953 y no puede ignorarse que el hecho tercero (3º) de la demanda afirma que Montoya Uribe trabajó hasta el 26 de septiembre de 1954, lo que está corroborado por el certificado de folio 15. Mal podía, pues, cancelarse la cesantía en 1953, como lo registra el recibo en cuestión, cuando Montoya Uribe trabajó hasta el mes de septiembre de 1954, según lo reconoce uno de los demandados. Ahora bien, si en verdad se hizo ese pago, hay que deducir, en primer lugar, que fue ilegal, puesto que fuera de los motivos contemplados en los artículos 254, 255 y 256 del Código Sustantivo del Trabajo, el pago de la cesantía antes de la terminación del contrato de trabajo es violatorio de la ley; y, en segundo término, el mérito que le da el Tribunal a dicho recibo lo sitúa en actitud evidentemente contradictoria pues al tiempo que desconoce la existencia del contrato de trabajo entre las partes, ya que no puede derivarse otra conclusión de su aserto de que "No habiéndose demostrado el tiempo continuado y exacto de los servicios prestados por el actor, ni la dependencia o subordinación de éste con relación a los demandados..." (Subraya la Sala), simultáneamente está dándole pleno valor probatorio al cuestionado recibo que trata de pago de cesantía que, como es bien sabido, es una prestación social que nace precisamente del contrato de trabajo.

También es equivocada la posición del Tribunal cuando alude al carácter de "pariente cercano" del demandante en relación con los demandados, de que dan cuenta diversos testigos, para pretender tácitamente descalificar por tal circunstancia la condición de trabajador dependiente de Montoya Uribe. Dentro de un criterio general, no puede olvidarse que no existe disposición alguna que establezca que el vínculo de parentesco o de familia significa imposibilidad de la existencia del contrato de trabajo.

En cuanto a otras consideraciones del Tribunal, tales como las relativas a que Montoya Uribe no estaba sometido a horario especial, que trabajaba en forma discontinua y otras parecidas, tampoco encuentra la Sala que constituyan modalidades que sirvan para desvirtuar el contrato de trabajo puesto que legalmente ellas no representan elementos esenciales del nexo jurídico-laboral.

Después de efectuar el análisis anterior, inevitable para aclarar la errónea motivación del fallo acusado, la Sala pasa al estudio concreto del cargo.

De conformidad con reiterada jurisprudencia de

esta Corte, es aceptable el ataque en casación en que se ha omitido citar expresamente determinado texto legal, necesario para la proposición completa del cargo, siempre y cuando se haya comentado o hecho alusión directa al contenido del mismo por el recurrente. Es muy razonable este criterio porque de otra manera se sacrificaría al rigor formalista de las citas legales el valor intrínseco que encierra toda norma de derecho. Tal es lo que se observa en el planteamiento del cargo en estudio; o sea que en él no se hizo referencia directa, con mención de los artículos respectivos, de las disposiciones que definen el contrato de trabajo y sus elementos esenciales. Pero no obstante la omisión apuntada, se aprecia que el recurrente sí se refiere al contenido de los preceptos que configuran el contrato laboral.

Precisada en la forma anterior la posición jurídica del recurrente, véase lo sustancial de su acusación.

Entre las pruebas que el impugnador señala como no apreciadas por el Tribunal sobresale en forma notoria el documento de folio 15, suscrito por uno de los demandados. En ese escrito, que fue solicitado oportunamente por el actor, que el *ad-quo* decretó como prueba y que ha obrado en el juicio sin reparos a su autenticidad, aparece acreditado lo siguiente:

a) Que Montoya Uribe prestó sus servicios en la hacienda "La Julia", como vaquero, como patrón o simplemente como peón;

b) Que tales servicios se prolongaron por espacio de "más o menos 12 años";

c) Que Montoya Uribe "ha cumplido con su deber, se ha portado como todo un señor, honrado, juicioso y respetuoso con su patrón"; y,

d) Que la causa de su retiro obedeció al deseo de "organizar mejor jornal".

Este certificado de servicios fue expedido el día 26 de septiembre de 1954.

Se puede afirmar que con el documento en cuestión se hallan satisfactoriamente demostrados los hechos fundamentales de la litis. Y no de cualquier manera sino por medio de la prueba principal por excelencia constituida por la confesión del demandado. Jurídicamente esta prueba tiene una mayor importancia que la prueba testimonial. La razón es obvia: el testigo es un tercero en el juicio; en cambio, la confesión la hace la parte interesada en el proceso de modo que entraña el reconocimiento de obligaciones, pues por su conducto se aceptan hechos que la perjudican. De acuerdo con el artículo 604 del Código Judicial, aplicable por analogía en materia

laboral, la confesión puede ser judicial o extrajudicial. La primera es la que se hace ante un Juez competente en razón de la naturaleza de la causa y en ejercicio de sus funciones; y la segunda si se cumple en otra ocasión, en carta misiva, conversación, o cualquier acto o documento no destinado a servir de prueba. Se aprecia, pues, que la confesión contenida en el referido certificado es extrajudicial por razón de que se hizo en un documento otorgado antes de la iniciación del litigio y sin intervención de autoridad judicial.

Por todas las consideraciones precedentes, para la Sala esa prueba tiene un mérito innegable y, por lo mismo, le da pleno valor probatorio, en concordancia con lo preceptuado por el artículo 608 del Código Judicial. No se explica la Sala por qué ante tan categórico elemento de convicción el Tribunal desvió los fundamentos de su proveído hacia pruebas que no tienen la importancia ni la precisión de la que se ha analizado; además, estas pruebas (planillas exhibidas por el demandado, folios 31 y siguientes, dictamen pericial de folio 38 vuelto, etc.) no hacen sino confirmar la condición de asalariado de Montoya Uribe y su relación de contrato de trabajo con la parte demandada. Por todo lo anterior, surge la evidente omisión del *ad-quem* al desconocerle al documento estudiado su natural capacidad probatoria y al no apreciar debidamente las otras pruebas puntualizadas por el recurrente.

En conclusión, el cargo le prospera al impugnador y como consecuencia el fallo recurrido será casado. Por este motivo, la Sala se abstiene de examinar el otro cargo, que persigue el mismo propósito del que se deja resuelto, conforme lo ordena el artículo 538 del C. J.

* * *

CONSIDERACIONES DE INSTANCIA

Para resolver sobre las peticiones de la demandada, la Sala a continuación efectúa el estudio de instancia teniendo en cuenta las diferentes pruebas allegadas al juicio y las modalidades principales de éste.

Excepciones perentorias. — Los demandados oportunamente propusieron diversas excepciones. La Corporación no encuentra demostrados los hechos que podrían configurar las excepciones de pago y transacción; por consiguiente, se declaran no probadas. En cambio, si considera acreditados los hechos que dan fisonomía jurídica a

las excepciones de prescripción parcial y de ilegitimidad de la personería de uno de los demandados, o sea, la señora Emilia Montoya de García. La primera surge por causa de la relación establecida entre el tiempo en que la obligación se hizo exigible y el término de prescripción señalado en la ley que, como se sabe, es de tres (3) años, y que afecta los derechos relativos a vacaciones, primas de servicios y descansos remunerados obligatorios; y la segunda, porque el actor en posiciones, respuestas III y V, reconoció que no celebró contratos con la prenombrada señora y que se entendió con personas distintas a ella, concretamente con César García, el otro demandado.

Salario.—Se tomará como base el de \$ 4.25 diarios, o sea, \$ 127.50 mensuales, determinado por el perito, pues no mereció reparo alguno de las partes.

Auxilio de cesantía.—El correspondiente a doce (12) años de servicios, a razón de \$ 127.50 mensuales, da un total de \$ 1.530.00.

Primas de servicios.—Se reconoce únicamente las que corresponden a los tres (3) últimos años pues las anteriores se encuentran prescritas, es decir, la cantidad de \$ 382.50.

Vacaciones causadas y no disfrutadas.—También sólo se reconocen las comprendidas en los tres (3) últimos años de servicios, por valor de \$ 191.25, puesto que las otras ya prescribieron.

Días de fiesta nacional y religiosa.—Como fueron reclamados oportunamente y no se ha demostrado su pago, se reconocen los relativos a los tres (3) últimos años, del 26 de septiembre de 1951 al 26 de septiembre de 1954, ya que los anteriores a la fecha primeramente citada se hallan prescritos. Son en total 47 días, que a \$ 4.25 diarios, da la cantidad de \$ 199.75.

Descanso dominical remunerado.—No se accede a esta petición por motivo de que este derecho está legalmente condicionado a la prestación del servicio “en todos los días laborables de la semana...” y ocurre que la prueba específica de tal hecho no existe en el proceso.

Salarios insolutos.—Tampoco se accede a esta petición porque el recurrente expresamente desistió de ella en su demanda de casación.

Indemnización por falta de pago.—Ha sostenido esta Sala que cuando se discute razonablemente la existencia del contrato de trabajo no es procedente la sanción prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Se aprecia que en el caso sub-judice la demandada, señora Emilia

M. de García, negó la vinculación laboral con el actor y, efectivamente, está demostrado en el proceso, por confesión del demandante, que entre ellos no existió tal relación jurídica. La inexistencia del contrato de trabajo fue declarada en las instancias, lo cual destaca la dificultad del problema jurídico planteado y justifica la inferencia de duda razonable que respecto de dicha materia hubieran tenido los demandados. Por consiguiente, la Sala considera que no es del caso imponer la sanción de la norma atrás citada.

* * *

En mérito de las consideraciones anteriores, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA —SALA DE CASACION LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el extinguido Tribunal Seccional del Trabajo de Manizales, con fecha 16 de febrero de 1956, y convertida en Tribunal de instancia, REVOCA el fallo dictado por el Juez del Circuito Civil de Salamina, de fecha 1º de febrero de 1955 y, en su lugar, RESUELVE:

1º.—Declarase probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la demandada, señora Emilia Montoya de García y, en consecuencia, se la absuelve de todos los cargos formulados en la demanda.

2º.—CONDENASE a César García Montoya, a pagar al demandante Rogelio Montoya Uribe, cinco días después de ejecutoriado el presente fallo, las siguientes sumas de dinero por los conceptos que enseguida se expresan:

a) Cesantía	\$ 1.530.00
b) Vacaciones	191.25
c) Primas de servicios	382.50
d) Días de fiesta nacional y religiosa	199.75

3º.—Absuélvase al demandado César García Montoya de las otras peticiones de la demanda.

4º.—Declarase parcialmente probada la excepción de prescripción de las acciones referentes a vacaciones, primas de servicios y días de fiesta nacional y religiosa, de conformidad con lo manifestado en la motivación de este fallo.

5º.—Decláranse no probadas las excepciones de transacción y pago.

6º.—Sin costas.

Cópiese, publíquese, 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.—Jorge Vélez García—
Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PRUEBAS PARA ACREDITAR LA EDAD DE UNA PERSONA. — COSA JUZGADA. CASACION POR VIOLACION DE LAS NORMAS LEGALES SOBRE LA MATERIA. — LA ABSTENCION EN EL EJERCICIO DE UNA SIMPLE FACULTAD NO ES SUFICIENTE PARA FUNDAMENTAR EL RECURSO. — VIOLACION DE LA LEY A TRAVES DE ERRORES EN LA APRECIACION DE PRUEBAS

1.—Como es bien sabido, para que la sentencia dictada en un juicio surta el efecto de cosa juzgada en otro, es necesario que en los dos procesos sean idénticos estos elementos: personas, causa y objeto (artículo 474 del C. J.).

Requíérese además que la sentencia del primer juicio esté ejecutoriada y se haya dictado en asunto contencioso. (Artículo 473 *ibídem*).

La investigación sobre la existencia de la cosa juzgada exige el examen de prueba documental: la demanda y la sentencia del primer pleito y la demanda del segundo. La confrontación entre estas piezas dirá si en los dos pleitos concurren los tres elementos a que se ha hecho referencia.

Así, pues, la existencia o inexistencia de la cosa juzgada no puede resultar sino de la valoración probatoria que para tal fin debe hacer el juzgador del segundo pleito, por lo cual no es pertinente la acusación por quebranto directo de las disposiciones antes citadas, sino por errores, bien de hecho o de derecho.

2.—La abstención en el ejercicio de una simple facultad no sería suficiente para fundar en esa circunstancia acusación alguna contra el fallo recurrido.

3.—La partida de matrimonio no es el documento adecuado para fijar la edad de una persona, sino la de nacimiento. Tal es la doctrina establecida para el registro de origen civil, conforme al artículo 347 del Código Civil en armonía con el 351 *ibídem*, subrogado este último por el 2º de la Ley 92 de 1938. Y esa es también la doctrina consagrada en el derecho canónico, como aparece del cánón 777. En el particular no hay, pues, discrepancia entre las dos legislaciones.

También, para ciertos fines y en defecto del documento principal, la edad puede ser fijada por la justicia civil, conforme al ar-

tículo 400 del Código Civil que fue lo ocurrido en el asunto que se estudia.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veinticuatro de febrero de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Alberto Bravo).

JOSE TORRES o JOSE DEL CARMEN TORRES demandó por medio de apoderado a la compañía de nacionalidad extranjera y con negocios permanentes en Colombia, denominada COLOMBIAN PETROLEUM COMPANY, con domicilio en Bogotá y Cúcuta, representada por su apoderado general, para que con audiencia de ella y previo el trámite de un juicio ordinario de trabajo, se la condene al pago de lo siguiente:

1º.—El valor correspondiente a tres meses de sueldo, por concepto de incapacidad.

2º.—El reajuste de la cesantía de acuerdo con el último salario devengado por el demandante.

En subsidio de la súplica anterior se pide la condena al pago de la pensión ordinaria de jubilación o, en defecto de ésta, al de la pensión especial que establece el artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo.

3º.—La indemnización moratoria que consagra el artículo 65 *ibídem*.

En resumen, los hechos de la demanda son éstos:

a) José Torres prestó sus servicios a la Empresa desde el 28 de enero de 1936 hasta el 25 de junio de 1955, fecha en que se le despidió sin justa causa.

b) El tiempo servido por el trabajador fue de diez y nueve años y medio, y la Empresa lo despidió antes de cumplir los 20 años, con fraude a la ley, para impedir que surgiera el derecho a la pensión de jubilación.

c) Al trabajador le fueron hechas por la Empresa tres liquidaciones parciales de cesantía, y la practicada al terminar la relación de trabajo.

d). La Oficina de Medicina e Higiene Industrial fijó una indemnización a favor del trabajador por incapacidad resultante de una enfermedad que padeció al servicio de la Empresa, y ésta se ha negado al pago de su importe.

e) Al terminar el contrato, el trabajador tenía la edad necesaria para la jubilación, y su último salario mensual fue de \$ 740.00.

En la respuesta que a la demanda dió el apoderado de la Compañía, acepta la existencia del contrato de trabajo, por el término de duración que el libelo determina, anotando que estuvo suspendido por 136 días, por las causas que allí señala.

Como el pleito ha quedado circunscrito a la pretensión sobre pago de la pensión especial de jubilación, por las razones que adelante se expondrán, interesa conocer, de la contestación de la demanda, lo que sobre el hecho relativo a la edad de José del Carmen Torres dice, en el escrito correspondiente, el apoderado de la Compañía, a saber:

El demandante nació el 8 de abril de 1914, según lo acredita su partida de bautismo, de origen eclesiástico, expedida por el cura Párroco de Gramalote; por tanto, su edad, a la fecha del escrito de respuesta a la demanda (10 de marzo de 1956), era de 41 años, 11 meses, 3 días.

En la tarjeta de ingreso a la Compañía obran los datos suministrados por el demandante y allí afirma éste que nació en Gramalote el 8 de octubre de 1911, que es hijo de Ana María Torres y está casado con Ana Romelia Ramírez.

Existe, pues, la partida de nacimiento del demandante Torres, de origen eclesiástico, que sobre este hecho es prueba principal, contra la cual nada vale, según lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 57 de 1887.

La falta de la partida se suple en la forma prevista en el artículo 395 del Código Civil, pero ocurre que el actor, fingiendo ignorar que nació en Gramalote, pidió a la justicia civil que fijara su edad, diciendo que había nacido en Lourdes.

En la actuación judicial al respecto, surtida ante el Juez Primero Civil del Circuito de Cúcuta, los testigos Jesús A. Parada y Rodolfo Guerrero, declararon, sin dar la razón de su dicho, que José del Carmen Torres nació en Lourdes el 19 de marzo de 1900, y el Juzgado, sin cerciorarse de la falta de la prueba principal ni de las supletorias del nacimiento, fijó al nombrado Torres la edad de 56 años.

Los artículos 381 del Código Civil y 42 y 52 del Decreto 1.003 de 1939, reglamentario de la

Ley 92 de 1938, indican el procedimiento que debe seguirse para asentar una partida omitida, que en el caso de Torres es el ordinario.

Sin embargo, consta en la partida civil de nacimiento, de fecha 1º de febrero de 1956, allegada al expediente, que el Notario Primero de Cúcuta, sin observancia de la ley, sentó una partida en la que se dice que José Torres nació en Lourdes el 30 de enero de 1900, según denuncia de Lucio Galvis, quien indicó como día de nacimiento el que escogió a su antojo, contradiciendo a los testigos que afirmaron haber nacido Torres el 19 de marzo de 1900. Y el Notario, sin fijarse en lo que reza la sentencia del Juzgado, de fecha 19 de enero de 1956, declaró que la partida fue asentada conforme a lo dispuesto en dicha providencia.

El personero de la Compañía concluye que se opone a que la sentencia y el acta de nacimiento citadas se tengan como pruebas en el juicio, porque ámbos documentos se basan en hechos que la partida auténtica del nacimiento de Torres desvirtúan.

En la audiencia de conciliación (folios 49 a 50, cuaderno número 1º), el apoderado de la Empresa manifestó que como está probado que Torres nació el 18 de abril de 1912, la Compañía no tiene inconveniente en que se le reconozca la pensión especial de jubilación cuando cumpla cincuenta años de edad, esto es, desde el 18 de abril de 1962.

El mandatario del actor aceptó la propuesta, siempre que la pensión "se le decrete a Torres desde ahora", porque éste, según las pruebas acompañadas a la demanda, tiene ya cumplidos 50 años de edad.

Desató la litis en primera instancia el Juzgado del Trabajo de Cúcuta, en sentencia del 12 de septiembre de 1956 (folios 94 a 104, cuaderno número 1º).

Anota el fallo en su parte motiva, que según manifestación del apoderado del demandante hecha en la segunda audiencia de trámite, a Torres le fue cubierta por la Compañía la indemnización a que se refiere el punto 1º de las súplicas del libelo, por lo cual las pretensiones del actor quedaron reducidas al pago de la pensión especial de jubilación, al reajuste de la cesantía, a la indemnización moratoria y a las costas.

En su parte resolutive condena a la sociedad demandada al pago de la pensión especial de jubilación, a partir del 27 de enero de 1956, en cuantía de \$ 416.25 mensuales, la absuelve de los demás cargos de la demanda y le impone las costas.

Ambas partes apelaron del fallo de primera instancia. El recurso de alzada fue decidido por el Tribunal del Trabajo de Cúcuta, en Sala Unitaria, en sentencia de 10 de octubre de 1956 (folios 15 a 18 del cuaderno número 2), que confirma en todas sus partes la de primer grado, sin costas.

Ante el Tribunal el apoderado de Torres manifestó que el juicio ha quedado limitado a la pensión de jubilación, porque fueron arregladas las demás peticiones de la demanda.

En casación recurrió la parte demandada. Su apoderado invoca en la Corte, la causal que establece el artículo 87 del C. P. L., en su numeral primero.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Se propone obtener la casación de la sentencia recurrida "en lo relativo a la fecha desde la cual debe empezarse a pagar la pensión que ella decreta, y se modifique el fallo de primera instancia cambiando la fecha que él señala, 27 de enero de 1956, por la de 18 de abril de 1962".

LA SENTENCIA ACUSADA

Dice el Tribunal que en el proceso obra la partida eclesiástica de nacimiento del demandante Torres, sin expresar la fecha en que el hecho ocurrió, y que la omisión fue completada con sentencia de Juez competente, en la que se fijó su edad; que conforme a los artículos 143 del Código Judicial y 2º del C. P. L., la justicia del trabajo no puede conocer, en forma de revisión, aclaración o reforma, de actos de la justicia ordinaria; que no tiene jurisdicción ni competencia para desconocer el fallo que sobre la edad del demandante, profirió el Juez Primero Civil del Circuito de Cúcuta, el cual tiene fuerza de cosa juzgada formal, no susceptible de impugnación sin el lleno de los requisitos legales; y que como ese fallo no se refiere a bienes raíces, no está sujeto a su inscripción en el registro.

LOS CARGOS

Contra el fallo del Tribunal formula cinco cargos el recurrente, cuatro por violación directa de determinados textos legales, y uno por error de hecho.

Se examinan en primer término los en que acusa por violación directa, que en la demanda de casación aparecen distinguidos con los numerales I, II, IV y V.

I.—Violación de los artículos 17 y 407 del Código Civil, 474 del Código Judicial y 267 del Código del Trabajo.

En/apoyo del cargo dice en síntesis el recurrente:

En el primer juicio no fue parte la Compañía demandada, luego la sentencia que allí se dictó no tiene fuerza de cosa juzgada contra ella, como lo sostiene el fallador, aparte de que el juicio en que se fijó la edad de Torres es distinto del presente. Por tal motivo viola el Tribunal los artículos 17 del C. C. y 474 del C. J.

No habiendo sido oída en el primer juicio la Compañía, la sentencia que corrija un error cometido en actas de registro del estado civil, no le perjudica, y como el Tribunal la hace valer contra la parte demandada, infringe el artículo 407 del C. C.

Las anotadas infracciones llevaron al Tribunal al quebranto del artículo 267 del C. del T., pues condena a pagar pensión a un menor de 50 años, o que, al menos, no aparece demostrado que haya cumplido esa edad.

II.—Violación de los artículos 2.652, 2.673 y 2.674 del C. C. y 267 del C. del T.

La sentencia del primer pleito no fue inscrita en el registro y el Tribunal sostiene que no era necesaria tal formalidad, dice el recurrente. Con tal concepto —agrega— el fallador infringe las citadas normas legales, porque el artículo 2.652 ordena el registro de toda sentencia en negocio civil, aunque no se refiera a bienes raíces, sin cuyo requisito no hace fé al tenor del artículo 2.673, ni produce efectos contra terceros, conforme al artículo 2.674.

Como consecuencia de tales infracciones, se produjo la del artículo 267 del C. del T., por la misma razón anotada en el cargo que precede.

IV.—Violación de los artículos 143 del Código Judicial, 2º del C. P. L. y 267 del C. del T.

Viola las dos primeras normas el Tribunal, afirma el impugnador, porque las aplica a una situación extraña al caso debatido, ya que no se le ha pedido la revocatoria, revisión o aclaración de la sentencia del primer juicio, sino que no se le haga surtir efectos contra la Compañía en atención a que no reúne los requisitos necesarios para tal fin.

Tal violación condujo al fallador a la del artículo 267 del Código del Trabajo, por razón idéntica a la que expone el primer cargo.

V.—Violación de los artículos 400 del Código Civil y 267 del C. del T.

El artículo 400 le imponía al Tribunal el deber
Gaceta—17

de fijar la edad de Torres con base en los documentos que relaciona el tercer cargo o, en último término, el de atribuirle la edad media de que habla la disposición, y como no lo hizo así, la quebrantó, dice el recurrente.

Como consecuencia de la expresada infracción se produjo la del segundo de los citados textos legales, pues sin ellas la Compañía no habría sido condenada a pagar una pensión a un menor de 50 años.

El apoderado de la parte opositora, en su réplica a la demanda de casación, anota que las precedentes acusaciones están mal formuladas, pues no son ellas precedentes por violación directa. La infracción de que habla el primer cargo habría podido dar lugar a errores de hecho o de derecho; la que presenta el segundo, por error de derecho, y por error de hecho la del cuarto; y la del quinto por errores de hecho y de derecho.

Estudio de los cargos I, III, IV y V.

El debate en casación se concreta al hecho relativo a la edad del demandante Torres en la fecha en que fue despedido de la Empresa, y a la estimación de las pruebas que para acreditarlo hizo el Tribunal.

Sobre el punto obran en el proceso los siguientes documentos:

a) El certificado del Notario Primero del Circuito de Cúcuta (Folio 2 del cuaderno número 1º).

Expresa este certificado que al folio 112 del libro de nacimientos correspondiente al año de 1956 y con fecha 1º de febrero del mismo año, se sentó una partida en virtud de declaración del doctor Lucio Galvis, según la cual el día 30 de enero de 1900 nació en Lourdes un niño a quien se le dió el nombre de José, hijo natural de María Torres, de treinta años de edad, oriundo del nombrado lugar. El Notario inscribe la partida conforme a la sentencia del Juzgado Primero Civil del Circuito de Cúcuta, de fecha 19 de enero de 1956, "por medio de la cual se fijó la edad al señor Torres".

La certificación inserta la parte resolutive de la sentencia a que ella se refiere que fija a Torres, hijo de María Torres, nacido en Lourdes, "una edad de cincuenta y seis años cumplidos"; transcribe también la notificación que del fallo se hizo al doctor Lucio Galvis y al Personero Municipal, así como el auto que lo declara ejecutoriado, del 21 de enero de 1956.

b) La partida de bautismo de José del Carmen

Torres, expedida por el Cura Párroco de Lourdes (folio 43 del mismo cuaderno).

Dice el acta que Torres fue bautizado el 28 de abril de 1912 como hijo natural de María Torres, y se leen en ella estas anotaciones: "Casado en Gramalote, con Romelia Ramírez, el 18 de abril de 1942"; "No consta la fecha del nacimiento".

Para el Tribunal fallador, la sentencia que calificó la edad del demandante, dictada por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cúcuta, tiene el valor de cosa juzgada formal, surte sus efectos en el juicio promovido por José Torres contra la Colombian Petroleum Company, efectos que la justicia del trabajo no le puede desconocer y, de consiguiente, prueba que el actor tenía en 1956 la edad que ella le fijó (56 años).

Sostiene el impugnador en el primer cargo que esa apreciación del Tribunal entraña violación de los artículos 17 del Código Civil y 474 del Código Judicial.

Como es bien sabido, para que la sentencia dictada en un juicio surta el efecto de cosa juzgada en otro, es necesario que en los dos procesos sean idénticos estos elementos: personas, causa y objeto (artículo 474 del C. J.).

Requíerese además que la sentencia del primer juicio esté ejecutoriada y se haya dictado en asunto contencioso. (Artículo 473 ibídem).

La investigación sobre la existencia de la cosa juzgada exige el examen de prueba documental: la demanda y la sentencia del primer pleito y la demanda del segundo. La confrontación entre estas piezas dirá si en los dos pleitos concurren los tres elementos a que se ha hecho referencia.

Así, pues, la existencia o inexistencia de la cosa juzgada no puede resultar sino de la valoración probatoria que para tal fin debe hacer el juzgador del segundo pleito, por lo cual no es pertinente la acusación por quebranto directo de las disposiciones antes citadas, sino por errores, bien de hecho o de derecho.

Dice el recurrente que el primer juicio es diferente del segundo, pero no indica cuáles son los elementos de diferenciación, ni de donde resulta la diversa naturaleza de los dos procesos.

Del certificado notarial no aparece quiénes fueron las partes en el primer juicio; de manera que si por no haber intervenido en él la Compañía, no le perjudica la sentencia que allí se dictó, quedará decir que el sentenciador en el segundo juicio dio por probado un hecho sin estarlo, extremo que no dá lugar a violación directa de las dos reglas legales ya citadas, sino a infracción por concepto distinto.

El artículo 407 del Código Civil establece el medio de subsanar la equivocación o el error cometido al sentar una partida de estado civil en el correspondiente registro, cuando han sido salvados en los términos prescritos en el artículo 374 íbidem. Pero el juicio seguido ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cúcuta no tuvo por objeto corregir la partida de nacimiento del actor, de origen eclesiástico, como lo entiende el recurrente, sino sólo calificar su edad.

Es verdad que el Tribunal hace la afirmación inexacta de que el fallo del Juzgado Civil de Cúcuta complementa la partida eclesiástica de nacimiento de Torres; mas en el supuesto de que la aseveración fuera cierta, no por ello resultaría configurada la violación del citado artículo 407, sino la de normas legales muy distintas, pues tal ordenamiento se refiere a partidas de estado civil expedidas por funcionarios civiles, encargados del registro de ese estado, no a partidas expedidas por autoridades pertenecientes a la Iglesia Católica, sujetas a su control exclusivo, sin que al respecto pueda tener ingerencia alguna el poder público.

Por lo expuesto, se desecha el primer cargo.

Con relación al segundo se observa:

Si la decisión por medio de la cual se fijó la edad del actor estaba sujeta al registro, como lo sostiene el recurrente, y el Tribunal sin tal formalidad, que consideró innecesario, le dio valor probatorio, habría error en la apreciación de esa prueba, que conduciría a un quebranto indirecto y no a la violación directa de las normas legales que cita el autor del recurso.

Por tanto, se rechaza también el cargo en examen.

Con referencia al cuarto cargo considera la Sala:

El ataque que se hace en este cargo envuelve también una cuestión probatoria como es la relativa a saber si la sentencia que fijó en 56 años cumplidos la edad de Torres, independientemente de los preceptos que impedían al Tribunal revocarla, reformarla, revisarla o aclararla, es inaplicable al caso de autos por carecer "de los requisitos necesarios para hacer fé y surtir efectos". No habría, pues, violación directa sino indirecta y por tal motivo la acusación resulta improcedente.

En el quinto cargo se acusa como violado el artículo 400 del Código Civil, porque el fallador, teniendo en cuenta los documentos que allí cita el recurrente, no le fijó al demandante su edad.

Se considera:

En el proceso ninguna de las partes le pidió al fallador que procediera con arreglo a la mentada

disposición, y aunque al respecto hubiera podido obrar oficiosamente, la abstención en el ejercicio de una simple facultad no sería suficiente para fundar en esa circunstancia acusación alguna contra el fallo recurrido.

Habiendo aceptado el Tribunal, bien o mal, como prueba de la edad del demandante la sentencia que al efecto pronunció la justicia civil, no tenía por qué apelar al sistema de que habla el recurrente. Dado el concepto del fallador, la abstención de que se le acusa habría significado para él la repetición de una actividad ineficaz.

No prospera este cargo.

Examinados los cargos por violación directa, procede ahora el estudio del que se formula por errores de hecho.

TERCER CARGO

Errores de hecho por falta de estimación de unas pruebas, y violación consiguiente del artículo 267 del C. del T.

Las pruebas no apreciadas, que obran en el cuaderno principal, son éstas:

a). Partida eclesiástica de matrimonio de José Torres (folio 45) según la cual nació en 1912 y cumplirá 50 años de edad en 1962.

b) Certificado del Registrador del Estado Civil. (Folio 59), en que se dice que Torres nació el 8 de octubre de 1911.

c). Manifestación de Torres al ingresar a la Empresa contenida en la tarjeta de enganche (fl. 11). Según tal documento nació el 8 de octubre de 1911.

d) Posiciones absueltas por Torres (folios 79 y siguientes).

Confiesa al absolverlas que corresponde a él la partida de matrimonio y es suya la firma que estampó en la tarjeta de enganche y en el contrato de trabajo.

e). Contrato de trabajo entre el actor y la Compañía demandada, según el cual aquél tenía 37 años el 1º de febrero de 1948. (Folio 21).

f). Certificado del seguro colectivo de vida, del que se deduce que en 1942 tenía 29 años el actor. Este documento lleva su firma (folio 20).

g). Propuesta de la Compañía, en audiencia de conciliación, relativa al pago de la pensión especial desde el 18 de abril de 1962.

Sustenta el cargo el recurrente diciendo que si el Tribunal hubiera tenido en cuenta las pruebas relacionadas, habría llegado a la conclusión de que la fecha del nacimiento de Torres fue la misma del bautismo, u otra muy cercana a ella, de-

cretando el pago de la pensión especial desde la fecha que al efecto hubiera señalado, anotando que la Compañía aceptó la indicada en la partida de bautismo (abril de 1912), y como no lo hizo así, incurrió en errores de hecho con violación del texto legal que el cargo cita.

Se considera:

La partida de matrimonio no es el documento adecuado para fijar la edad de una persona, sino la de nacimiento. Tal es la doctrina establecida para el registro de origen civil, conforme al artículo 347 del Código Civil en armonía con el 351 ibídem, subrogado este último por el 2º de la Ley 92 de 1938. Y esa es también la doctrina consagrada en el derecho canónico, como aparece del cánón 777. En el particular no hay, pues, discrepancia entre las dos legislaciones.

También, para ciertos fines y en defecto del documento principal, la edad puede ser fijada por la justicia civil, conforme al artículo 400 del Código Civil, que fue lo ocurrido en el asunto que se estudia.

Por tanto, el Tribunal se ciñó a la ley al desestimar las pruebas que cita el recurrente.

Es bien sabido además que para que se configure el error de hecho en casación, se requiere

que la equivocación del fallador sea patente y ostensible, desapareciendo toda posibilidad de error cuando el punto sea dudoso.

Ahora bien; no coinciden acerca de la fecha de nacimiento del actor, los documentos relacionados; de ellos resulta que su edad es inierta. La cuestión se presenta, de consiguiente, dudosa.

Se sigue de lo expuesto que la falta de apreciación de las pruebas que el recurrente singulariza no habría podido conducir a los errores de hecho que le imputa al fallo recurrido.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia materia del presente recurso.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, 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.—Jorge Vélez García.—
Vicente Mejía Osorio, Secretario.



ACCION PARA EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES. — LA CONFESION FICTA EN EL PROCEDIMIENTO LABORAL. — MANERA DE DESVIRTUARLA.—ERROR DE HECHO EN LA CONFESION REALIZADA AL ABSOLVER POSICIONES. — CERTIFICADO MEDICO A LA TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO. — COSTAS EN CASACION

1.—El juzgador de segunda instancia, al verificar el proceso lógico jurídico para formar su convicción, halló que el Gerente de la empresa demandada, confesante presunto, para quitar o desvirtuar la fuerza probatoria de su confesión, que se tenía por hecha, adujo otras pruebas contra el alcance de la confesión ficta, que habían sido solicitadas y decretadas en forma legal, las que halló suficientes para acreditar lo contrario o cosa distinta a lo dado por confesado. Este proceder se ajusta a la ley y tiene su fundamento racional, ya que el artículo 618 del Código Judicial, aplicable por analogía al procedimiento del trabajo, contiene una simple presunción de orden legal, que como tal, admite prueba en contrario (artículo 606 inciso 2º ibídem), de modo que producida ésta legal y eficazmente y desvirtuada la confesión presunta, no puede seguir produciendo el efecto de sanción que esa norma contiene, hasta forzar al juzgador a desconocer la realidad de los hechos.

2.—No debe perderse de vista que al demandante correspondía acreditar plenamente el hecho alegado de haber solicitado el examen médico de retiro, pues la obligación patronal de hacer practicar al trabajador el examen sanitario y de expedirle el correspondiente certificado a la expiración del contrato, está condicionada al hecho de que éste lo solicite.

3.—Lo referente a costas en el juicio no es susceptible de casación, no sólo por ser un punto accesorio en el debate, sino también por contradecir el fin principal de este recurso extraordinario que es el de unificar la jurisprudencia nacional del trabajo mediante el examen de las disposiciones sustantivas que consagran los derechos en materia social y que se consideren violadas por la sentencia.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., febrero veintiocho de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.).

Efraín Torres Rubio, por medio de apoderado, estableció demanda contra la sociedad denominada Construcciones Tissot y Compañía Limitada, representada por su Gerente señor Roger Tissot, para que mediante los trámites de un juicio ordinario laboral se condenase a la demandada, a pagarle las siguientes prestaciones e indemnizaciones: \$ 56.00 por concepto de salarios insolutos; \$ 64.00 por cesantía; \$ 64.00 por prima de servicios; \$ 672.00 por concepto de indemnización (lucro cesante), correspondiente al tiempo que faltaba para vencerse el plazo presuntivo del contrato de trabajo; la asistencia médica, farmacéutica y hospitalaria a que haya lugar, de acuerdo con el artículo 277 del Código Sustantivo del Trabajo; la suma que resulte por concepto de incapacidad por la enfermedad no profesional que padece el actor, al tenor del artículo 227 ibídem; los salarios caídos desde la fecha de la terminación del contrato de trabajo hasta el día en que se haga el pago de las prestaciones e indemnizaciones que se reclaman en la demanda; y finalmente, las costas del juicio.

Como hechos para sustentar la acción, relató los siguientes: a) Que entró a prestar los servicios a la entidad demandada, el día 9 de septiembre de 1953; b) Que trabajó de manera continua hasta el día 15 de diciembre del mismo año; c) Que prestó sus servicios como auxiliar de almacenes en Belencito (Boyacá); d) Que devengó un jornal diario de \$ 8.00; e) Que al entrar a trabajar se le practicó el examen médico de admisión, resultando apto; f) Que el contrato celebrado con la demandada fue por término indefinido; g) Que el día 15 de diciembre de 1953 se presentó al trabajo y se le manifestó que quedaba despe-

didó; h) Que había estado incapacitado para trabajar por cuatro días, según certificado del médico de la empresa; i) Que en vista del despido solicitó la orden para ir donde el médico de la empresa para que se le practicara el examen de retiro, pero que el asistente de la Oficina de Personal le manifestó que no tenía orden de darle la boleta para ese examen y que tampoco tenía instrucciones de dar la orden de trabajo; j y k) que ocho veces se presentó a las oficinas de la empresa demandada a reclamar la liquidación de sus prestaciones y el pago de las mismas, sin obtener resultados positivos; l) que cuando entró a la empresa, gozaba de salud, pero que en cambio al tiempo de su despido padecía una enfermedad que lo incapacitaba para el trabajo, enfermedad que aún padece; m) Que la demandada no ha consignado el valor de las prestaciones que reclama.

En derecho se apoyó en los artículos 47, 48, 64, 65, 227, 277, 249, 253, 306 del Código Sustantivo del Trabajo y el Decreto 2.158 de 1948, en cuanto al procedimiento.

La demandada, por medio de apoderado descortó el traslado de la demanda, manifestando respecto de cada uno de los hechos a), b), c), d) y f) que "pudo ser cierto"; negó el hecho distinguido con la letra m) y respecto de los demás expresó: "La demandada se atiene a lo que resulta comprobado".

El Juzgado Quinto del Circuito Judicial del Trabajo de Bogotá, que fue el del conocimiento, desató el negocio por sentencia de fecha 26 de abril de 1956, así:

"PRIMERO.—Condénase a la Sociedad denominada "Construcciones Tissot y Compañía Limitada", representada por el señor Roger Tissot, o por quien haga sus veces a pagar al señor Efraín Torres Rubio, lo siguiente:

"a) La cantidad de CINCUENTA Y SEIS PESOS (\$ 56.00) moneda corriente, a título de salarios insolutos;

"b) A suministrar a su ex-trabajador Torres Rubio la asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria, hasta por seis (6) meses, con motivo de la incapacidad sufrida por éste;

"c) A pagarle el auxilio monetario correspondiente mientras dure incapacitado, a razón de CINCO PESOS CON TREINTA Y TRES CENTAVOS (\$ 5.33) moneda corriente diarios, durante los primeros noventa (90) días y a razón de CUATRO PESOS (\$ 4.00) diarios, durante noventa (90) días más.

"d) La cantidad de OCHO PESOS (\$ 8.00) diarios moneda corriente contados a partir del día tres (3) de noviembre de mil novecientos cincuenta y tres (1953), a título de indemnización por mora en el pago de las prestaciones y hasta el día en que la Sociedad demandada pague a su ex-trabajador las condenas a que se contrae este fallo.

"SEGUNDO.—Absuélvese a la Sociedad demandada de todos los demás cargos formulados contra ella en la demanda que instauró el señor Efraín Torres Rubio, por conducto de su apoderado.

"TERCERO.—De conformidad con lo prescrito en el Decreto número 0243 de 1951, condénase a la sociedad demandada a pagar el sesenta por ciento (60%) de las costas de este juicio".

Ambas partes apelaron del fallo de primera instancia para ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, entidad que con fecha 14 de agosto de 1956, profirió sentencia, así:

"PRIMERO.—MODIFICASE el numeral primero de la sentencia apelada en el sentido de condenar a la sociedad 'CONSTRUCCIONES TISSOT Y COMPAÑIA LIMITADA', representada por el señor Roger Tissot, a pagar a EFRAIN TORRES RUBIO la cantidad de SETECIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS (\$ 792.00) por salarios caídos.

"SEGUNDO.—DECLARASE fundada la excepción de pago para las peticiones de salarios insolutos, auxilio de cesantía y prima de servicios.

"TERCERO.—ABSUELVESE a la sociedad demandada de todos los demás cargos que se le formulan en el escrito de demanda.

"CUARTO.—REVOCASE el numeral tercero de la sentencia apelada y, en su lugar, CONDENASE a la parte actora a pagar el CUARENTA POR CIENTO (40%) de las COSTAS causadas en la primera.

"QUINTO.— EL CUARENTA POR CIENTO (40%) de las COSTAS de la presente instancia son a cargo de la parte actora".

El apoderado del demandante interpuso el recurso de casación, el que le fue concedido en legal forma. Admitido y tramitado, se procede a de-

cidirlo teniendo en cuenta la demanda de casación y el escrito de oposición.

EL RECURSO

Alcance de la impugnación.—Persigue se case la sentencia para que la Corte, convirtiéndose en tribunal de instancia, condene a la demandada a pagar al actor las sumas pedidas en el libelo de demanda por salarios insolutos, cesantía, prima de servicios, salarios cõrrespondientes al tiempo que faltaba para vencerse el contrato presuntivo de trabajo (lucro cesante), y las prestaciones e indemnizaciones a que se refiere el artículo 277 del Código Sustantivo del Trabajo; para que se modifique el numeral 1º de la sentencia y en su lugar se condene a la demandada a pagar los salarios caídos comprendidos entre la fecha de la terminación del contrato de trabajo y la fecha en que se haga el pago de las prestaciones, salarios e indemnizaciones que reclama; y, finalmente, para que se revoque el numeral 4º de la misma sentencia y se condene a la demandada a pagar las costas de las instancias.

Con base en la causal 1ª del artículo 87 del C. P. L. formula dos cargos que se estudiarán en su orden.

Primer cargo.—Acusa la sentencia impugnada de violación indirecta de los artículos 64, 127, 134, 138, del Código Sustantivo del Trabajo, por falta de aplicación y los artículos 65, 277, 249, 253 y 306 *ibidem* por indebida aplicación y, como infracción de medio, el artículo 606 del Código Judicial y el artículo 1.769 del Código Civil, “como consecuencia de los evidentes errores de hecho en que incurrió el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá al apreciar equivocadamente unas pruebas y por la falta de aplicación de otras” que singulariza, así:

Pruebas mal apreciadas.—a) Dictamen de la Oficina de Medicina e Higiene Industrial (folio 49); b) Ampliación del dictamen de la Oficina de Medicina e Higiene Industrial (folios 58 a 59); c) Certificados de consignación (folios 118 y 175); d) Posiciones absueltas por Efraín Torres Rubio (fs. 142 a 146); e) Contrato de trabajo celebrado entre las partes (folio 152 y 153).

Pruebas dejadas de apreciar.—a) Recibos de pagos de salarios (folio 5); b) Declaratoria de confeso que hizo el Juzgado Quinto del Trabajo al representante de la demandada (folio 46 y 133 a 138).

Desarrolla el cargo expresando que los errores de hecho consisten: “a) Dar por demostrado, sin estarlo, que el actor señor Efraín Torres Rubio entró a trabajar el 14 de septiembre de 1953 y que prestó sus servicios hasta el dos (2) de noviembre del mismo año de 1953; b) Dar por demostrado, sin estarlo, que la empresa ordenó a Efraín Torres Rubio hacerse practicar el examen médico de retiro; c) Dar por demostrado, sin estarlo, que al actor Efraín Torres Rubio le pagaron el valor de las prestaciones; d) No dar por demostrado, estándolo, que mi poderdante Efraín Torres Rubio entró a prestar sus servicios el día **nueve** (9) de septiembre de 1953 y que trabajó hasta el día quince (15) de diciembre del mismo año de 1953; e) No dar por demostrado, estándolo, que mi poderdante Efraín Torres Rubio devengó un sueldo promedio semanal de \$ 95.00 moneda corriente; f) No dar por demostrado, estándolo, que la empresa demandada despidió a mi poderdante el día 15 de diciembre de 1953; g) No dar por demostrado, estándolo, que la empresa demandada se negó a darle a mi poderdante la boleta para el examen médico de retiro”.

Al referirse al primer error, el recurrente analiza las pruebas tenidas en cuenta por el fallador y al efecto expresa: “En realidad el contrato de trabajo que obra a los folios 152 y 153 del expediente aparece firmado el día 14 de septiembre de 1953 pero del hecho de que esté firmado en esa fecha no se deduce lógicamente hablando que mi poderdante haya entrado a prestar sus servicios el 14 de septiembre y no antes. Es bien sabido en algunas empresas, en múltiples ocasiones, se celebra contrato verbalmente y con posterioridad, ese contrato de trabajo verbal se eleva a la categoría de contrato por escrito, y en este caso es lógico que aparece la fecha de la firma del contrato, sin que eso quiera decir que el trabajador no haya prestado sus servicios con anterioridad. En el caso **sub-judice** se ha presentado ese fenómeno y entonces el Honorable Tribunal Seccional del Trabajo llegó a conclusión de que la fecha de la firma corresponde a la fecha del ingreso al trabajo lo cual es una conclusión errónea. Se dirá entonces que la fecha de ingreso al trabajo está demostrada con la absolución de posiciones, porque al contestar la pregunta primera del pliego respectivo contestó ser cierto que entró el día **14 de septiembre de 1953** (folio 142). Es verdad que esta manifestación de mi poderdante equivale a una confesión, pero también es cierto que el artículo 1.779 del Código Civil establece

que se puede admitir otra prueba para justificar que la parte que la rindió sufrió un error de hecho". Agrega que al confesar su poderdante lo anterior incurrió en un error de hecho, "por cuanto ya se había establecido claramente que la fecha de entrada al trabajo fue el día 9 de septiembre de 1953, como consta del recibo de pago que se encuentra en el sobre de pagos que obra al folio 5 de los autos". Que el Tribunal dejó de apreciar estos recibos por lo cual incurrió en evidente error de hecho al dar por demostrado, sin estarlo, que su poderdante entró el día 14 de septiembre de 1953 y no el día 9 de septiembre del mismo año. Respecto a la confesión del trabajador de que sólo había trabajado hasta el 2 de noviembre de 1953, acepta este hecho, pero manifiesta que incurrió también en error de hecho y, para demostrarlo, se refiere a la declaración de confeso del Gerente de la entidad demandada, especialmente a lo consignado en las preguntas primera y segunda del pliego de posiciones (folios 134 a 138), de donde deduce que su poderdante entró a trabajar el 9 de septiembre de 1953 y prestó sus servicios a la empresa hasta el 15 de diciembre del mismo año. Para reforzar lo anterior alude a los certificados que obran a los folios 118 y 175 expedidos por el alcalde de Nobsa (Boyacá), referentes a la consignación hecha por la demandada de lo que creía deber al demandante por salarios, cesantía y prima de servicios. Se pregunta por qué la demandada efectuó la consignación de esas sumas, por los conceptos anotados, si conforme al artículo 80 del Código Sustantivo del Trabajo, vigente en esa fecha, se podía despedir al trabajador en período de prueba sin darle auxilio de cesantía y si conforme al artículo 306 de la misma obra se necesita haber trabajado por lo menos tres meses en el respectivo semestre para tener derecho a la prima de servicios; que el hecho de la consignación en la forma en que lo hizo la demandada, constituye un "indicio necesario" para deducir exactamente el tiempo de servicios, que fue muy superior al aceptado por el Tribunal. Que para ello era suficiente verificar unas simples operaciones aritméticas para llegar a la conclusión de que las sumas consignadas por la empresa demandada, por los conceptos de cesantía y prima de servicios, corresponden exactamente al tiempo de servicios que se afirmó en la demanda. En seguida, efectúa las operaciones aritméticas que en su concepto debió hacer el Tribunal, con base en los certificados de consignación, para concluir que el fallador incurrió en evidente error de hecho al dar por demostrado un tiempo

inferior al que realmente trabajó el demandante.

Dice que el Tribunal, con base en el contrato de trabajo que obra a los folios 152 y 153, dio por establecido que el trabajador devengó un salario diario de \$ 8.00 pero que dejó de apreciar la declaratoria de confeso que hizo el Juzgado del conocimiento, en contra de la demandada, por medio de la cual se estableció que el trabajador devengó \$ 95.00 semanales, como se desprende de la pregunta quinta del pliego de posiciones, por lo cual el sentenciador incurrió en evidente error de hecho al dar por demostrado, sin estarlo, que su poderdante devengó un jornal de \$ 8.00 diarios y no de \$ 95.00 semanales. Que esos errores de hecho evidentes, condujeron al sentenciador de segunda instancia a violar los artículos 127, 134, 138, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo. En seguida hace un análisis de lo que constituye salario conforme al artículo 127 de la obra citada, para deducir su violación por no haberse tenido en cuenta el valor de las horas extras devengadas por el trabajador.

Manifiesta que como consecuencia de los errores de hecho antes mencionados se violaron también los artículos 249 y 253 del Código Sustantivo del Trabajo porque su poderdante trabajó por un lapso de tres meses y seis días y el Tribunal no tuvo en cuenta todo el tiempo servido a consecuencia de la falta de apreciación de unas pruebas y por mala apreciación de otras, que lo hizo incurrir en evidente error de hecho y que lo llevó a la conclusión de absolver a la demandada por auxilio de cesantía. Diserta en forma semejante para tratar de demostrar la violación del artículo 306 citado, al no reconocer la prima de servicios al trabajador que había laborado por más de tres meses en el respectivo semestre.

Afirma que el Tribunal violó el artículo 277 del Código Sustantivo del Trabajo, porque estando demostrado con los dictámenes de la Oficina de Medicina e Higiene Industrial del Ministerio del Trabajo, (folios 49 y 59 del expediente) que el demandante padecía de una dermatosis alérgica que le produce una incapacidad temporal relativa y estando establecido que al tiempo en que se operó el despido el trabajador se encontraba enfermo, según la confesión ficta que se obtuvo mediante la declaración pertinente que hizo el Juzgado, especialmente por lo que se contiene en la pregunta séptima del pliego de posiciones, el sentenciador no tuvo en cuenta o no apreció la prueba de confesión y de esa manera incurrió en evidente error de hecho al no dar por demostrado, estándolo, que el demandante se encontraba in-

capacitado para trabajar en el momento del despedido, por lo cual se violó en forma indirecta la norma citada, por falta de aplicación.

Agrega que violó también el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, en forma indirecta, por falta de aplicación, porque con los certificados sobre consignación, hecha por la empresa ante la Alcaldía de Nobsa, se demuestra que el tiempo servido fue el comprendido entre el 9 de septiembre de 1953 y el 15 de diciembre del mismo año, lo que se reafirma, además, con los recibos que obran al folio 5 y con la declaratoria de confeso, por lo cual, dice, es lógico concluir que al trabajador le faltaban dos meses y veinticuatro días para cumplirse el contrato presuntivo de trabajo. Que al no haberlo reconocido así el fallador, por no haber apreciado las pruebas a que se ha hecho referencia y haber apreciado mal el contrato de trabajo y las posiciones absueltas por el trabajador, violó la referida disposición, por el motivo expresado.

Termina el cargo manifestando que el Tribunal violó también, indirectamente, por indebida aplicación y como consecuencia de los errores de hecho en que incurrió, el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Al efecto, dice que la empresa no consignó el valor de las prestaciones, sino el día 20 de enero de 1954 ante el Alcalde Municipal de Nobsa, debiendo haberlo hecho en Paz de Río, de conformidad con el artículo 2º de la Ley 26 de 1946, por lo cual la consignación fue mal hecha, por no haber sido efectuada en el sitio establecido por el artículo 65 citado. Que, además, aun en el supuesto de que hubiera estado bien hecha la consignación, no se practicó por el patrono el examen médico del trabajador al tiempo del retiro, como se deduce de la pregunta 11ª del pliego de posiciones en que se declaró confeso al Gerente de la demandada, prueba que no tuvo en cuenta o dejó de apreciar el sentenciador; que lo dicho por el Tribunal en el fallo de que la confesión presunta del demandado fue desvirtuada por el mismo demandante quien en las posiciones por él absueltas aceptó haber recibido órdenes de someterse al examen médico correspondiente, tarea a la cual no dio cumplimiento, es una afirmación que no tiene respaldo en el expediente. Que en esta forma el Tribunal incurrió en evidente error de hecho al dar por demostrado, sin estarlo, que el trabajador sí recibió órdenes de someterse al examen médico de retiro, como consecuencia de no haber apreciado bien las posiciones absueltas por éste y haber dejado de

apreciar la declaratoria de confeso hecha al Gerente de la sociedad demandada.

Por su parte el opositor hace un detenido estudio del cargo para demostrar que no existen los supuestos errores de hecho que alega el recurrente y que el fallo impugnado se ajusta a la ley.

Se examina el cargo:

Resulta notorio que el punto o aspecto fundamental de la impugnación se refiere a las dos pruebas que el recurrente señala como dejadas de apreciar por el Tribunal, a saber: a) Los recibos de pago de salarios que obran al folio 5 y, b) La declaratoria de confeso que hizo el Juzgado Quinto de Trabajo al representante de la demandada (folios 46, 133 a 138). Considera la Sala que los referidos documentos si fueron analizados y apreciados por el Tribunal, pero con la circunstancia de que al realizar el proceso de verificación y confrontación de todas las pruebas allegadas para buscar la verdad real, desestimó, las que el cargo señala como dejadas de apreciar, para atenerse a aquellas que le produjeron mejor credibilidad para proferir el fallo, pues es sabido que en los juicios del trabajo el juzgador goza de una zona de mucha amplitud para la estimación de las pruebas aducidas ante él, conforme a lo preceptuado por el artículo 61 del C. P. T.

Para reafirmar lo anterior, se reproduce lo que sobre el particular se expresa en el fallo:

"En su intervención durante la audiencia de trámite surtida en la presente etapa del juicio, la parte actora funda su inconformidad con la sentencia de primer grado en que no se tuvo en cuenta la confesión ficta del demandado, conforme a legal declaratoria decretada por el Juez y confirmada por esta Superioridad.

"Por ello, antes de estudiar en detalle el curso que el Juez le ha dado a todos y cada uno de los cargos formulados en la demanda, el Tribunal estima conveniente referirse, ya sea en forma asaz breve, al valor probatorio de la confesión ficta, particularmente en el campo laboral.

"Basta decir que, aun en el procedimiento civil, la fuerza legal de la confesión presunta es bien diferente de la que se le reconoce a la confesión judicial, expresa. Esta, denominada por algunos tratadistas relevo de prueba, produce plena fé contra la persona que la rinde y no se admite prueba contra ella, a menos que el confesante justifique haber sufrido error de hecho (artículo 1.769 del Código Civil). Por el contrario, en aquella apenas se presumen ciertos los hechos preguntados y admisibles, presunción que por ser

legal, puede ser desvirtuada mediante los medios de prueba de rigor (artículo 618 del C. J.).

“Ahora bien, en tratándose del proceso laboral la fuerza de convicción que una y otra confesiones aportan al juzgador tiene un grado mucho menor, ya que en la apreciación de la prueba no se está sujeto a la tarifa legal. Por consiguiente, bien puede el Juez encontrar no probado el hecho expresamente confesado si el análisis de otras pruebas lo conducen a tal conclusión. Y también, habida cuenta de que en el juicio de trabajo se persigue la aplicación de la norma previo el esclarecimiento real de los hechos contenidos, está capacitado para desvirtuar el valor probatorio de la confesión presunta sin que para ello tenga que acudir a determinados medios de pruebas.

“Tal la razón para que el Tribunal estime más ajustado a la realidad procesal señalar el tiempo de servicio valiéndose de otras pruebas distintas a la confesión presunta del demandado. Así, la fecha en que el vínculo contractual fue iniciado puede fijarse con certeza en el 14 de septiembre de 1953, conforme se expresa en el documento contentivo del contrato de trabajo (folio 152 y s.). Documento que, dicho sea de paso, acredita plenamente las obligaciones en él contraídas pues, al reconocer el actor su firma, automáticamente daba fé de su contenido, toda vez que no adujo prueba alguna tendiente a demostrar que no fue en esa fecha cuando se inició el vínculo laboral. Por otra parte, y contra lo que se afirma en la sentencia recurrida, el Tribunal estima que el comprobante de pago allegado a folio 5 de los autos tampoco tiene fuerza probatoria suficiente para desvirtuar la autenticidad del documento en este respecto, ya que se trata de un simple papel carente de firma alguna.

“Tampoco es de rigor atenerse a lo confesado presuntamente por el demandado en lo que concierne a la fecha en que el contrato fue terminado. Acertadamente observa el Juzgado que de las respuestas a las preguntas 11 y 13^a formuladas al actor en el cuadro de posiciones, se desprende nitidamente que éste sólo prestó sus servicios hasta el 2 de noviembre del mismo año. Y como se trata de una declaración de parte hecha en forma expresa y que reúne todas las condiciones de la confesión judicial, es obvio que ofrece mayores garantías de certeza que la que se desprende de los hechos ficticiamente aceptados por la parte demandada.

“En lo que respecta al valor del salario, basta remitirse a la cláusula 4^a del contrato de trabajo,

según el cual éste fue señalado en la cantidad de \$ 8.00 diarios”.

La Corte estima aceptadas y acordes con la ley y con la realidad procesal las anteriores consideraciones del Tribunal. En los juicios del trabajo el fallador goza de autonomía para apreciar las pruebas y si bien debe analizar todas las que se alleguen oportunamente a los autos, puede darle preferencia a cualquiera de ellas, sin sujeción a la tarifa legal. Así ocurre en el caso sub-judice, en que el juzgador de segunda instancia, al verificar el proceso lógico jurídico para formar su convicción, halló que el Gerente de la empresa demandada, confesante presunto, para quitar o desvirtuar la fuerza probatoria de su confesión, que se tenía por hecha, adujo otras pruebas contra el alcance de la confesión ficta, que habían sido solicitadas y decretadas en forma legal, las que halló suficientes para acreditar lo contrario o cosa distinta a lo dado por confesado. Este proceder se ajusta a la ley y tiene su fundamento racional, ya que el artículo 618 del Código Judicial, aplicable por analogía al procedimiento del trabajo, contiene una simple presunción de orden legal, que como tal, admite prueba en contrario (artículo 606 inciso 2^o ibídem), de modo que producida ésta legal y eficazmente y desvirtuada la confesión presunta, no puede seguir produciendo el efecto de sanción que esa norma contiene, hasta forzar al juzgador a desconocer la realidad de los hechos.

Así las cosas, resulta evidente que el Tribunal no dejó de apreciar la confesión ficta o presunta del Gerente de la demandada, ni los recibos que obran al folio 5 del expediente, sino que estimó desvirtuada su fuerza probatoria por haberse aducido, en legal forma, el contrato de trabajo que vinculaba a las partes (folios 152 y 153) al que dio preferencia para establecer el tiempo real de servicios, el salario devengado, el período de prueba pactado, y proferir, sobre esas bases, su decisión respecto a los derechos reclamados en la demanda, reforzando su convicción en la propia confesión del demandante Efraín Torres Rubio, al responder a las posiciones que le formuló el actor.

Dice el apoderado del recurrente que su representado incurrió en error de hecho en su confesión realizada al absolver las posiciones que se le formularon en primera instancia y en las cuales admitió ser cierto que había entrado a trabajar al servicio de la empresa el día 14 de septiembre de 1953 y que había prestado sus servicios hasta el dos de noviembre del mismo año; trata de esta

manera de desvirtuar los efectos vinculantes del sujeto que la hizo y plantea una cuestión que no fue alegada en instancia; que carece de respaldo probatorio pues no se demostró, en su oportunidad, que el confesante había incurrido en error de hecho inculpable o explicable que lo relevara fundada y lógicamente de las consecuencias desfavorables de sus asertos, conforme a lo previsto por el artículo 1.769 del Código Civil, en armonía con el 606 del Código Judicial. Ello, aparte de constituir un medio nuevo inadmisibles en casación, sólo tiene el valor de una simple apreciación jurídica de carácter personal del recurrente, que no puede destruir los efectos de una confesión judicial perfecta, hecha en forma pura y simple.

El desarrollo hecho para demostrar que el Tribunal apreció mal las pruebas señaladas en el cargo, se basa fundamentalmente en el argumento de que el análisis del sentenciador sobre ellas y su decisión sería contraria a lo resuelto si se hubieran tomado en consideración las preguntas contenidas en el pliego de posiciones formuladas al gerente de la demandada y sobre las cuales recayó la declaración de confeso hecha por el Juzgado del conocimiento. Ya se ha visto que el criterio adoptado por el Tribunal al dar preferencia al contrato de trabajo y a la confesión del demandante —hecha en posiciones— sobre la confesión presunta del gerente de la demandada y sobre los recibos del folio 5, es correcto y lo comparte la Corte.

En cuanto a los certificados que obran a folios 118 y 175 del expediente que indica como mal apreciados, ellos se refieren a la consignación hecha por la empresa demandada, a la orden del trabajador, ante el alcalde de Nobsa, para pagarle lo debido de acuerdo con “la liquidación final de su contrato de trabajo”, por salarios, cesantía y prima de servicios. Se pretende deducir de esos documentos, “como indicio necesario”, que el tiempo servido por el trabajador fue el comprendido entre el 9 de septiembre de 1953 y el 15 de diciembre del mismo año, o sea, de tres meses y seis días y no el reconocido por el Tribunal. Se observa: dichos documentos no expresan tiempo de servicios; ellos indican y demuestran simplemente que la demandada verificó una consignación de dinero por distintos conceptos, cuyos efectos reconoció el sentenciador en el punto segundo de la parte resolutive de la sentencia; el error de hecho, admisible en casación, debe ser manifiesto, ostensible y no el que pueda resultar de razonamientos, inferencias o deducciones más o menos ciertas que reflejan el criterio del recurrente

frente al análisis y apreciación del juzgador; además, lo referente al tiempo de servicios, en su iniciación y terminación, lo funda el sentenciador en otras pruebas: contratos de trabajo y confesión del demandante, cuyo ataque, según se ha visto, no prospera

El *a-quo* para proferir su condena sobre los extremos de asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria y el auxilio monetario, conforme al artículo 277 del Código Sustantivo del Trabajo, tuvo en cuenta la confesión presunta del Gerente de la demandada, dando como cierto que al tiempo del despido el ex-trabajador Torres Rubio se encontraba enfermo, y además complementó esa prueba con el dictamen del Departamento Nacional de Medicina e Higiene Industrial, que corre al folio 49 del expediente.

Para el Tribunal esas pruebas “no justifican” la decisión del Juzgado y para motivar su revocatoria, razonó así: “El dictamen pericial rendido por el Departamento Nacional de Medicina e Higiene Industrial establece que el demandante sufre de una dermatosis alérgica, susceptible de tratamiento médico. Tal pericia tuvo lugar el 12 de marzo de 1955, cuando había transcurrido más de un año desde que se extinguió el vínculo laboral. Como es obvio dicha circunstancia le resta al concepto pericial el valor probatorio necesario para respaldar las consecuentes condenas, ya que la enfermedad bien pudo ser adquirida durante el largo tiempo transcurrido entre la terminación del contrato y el examen clínico por parte del perito. Con mayor razón si se considera que el dictamen carece de alusión respecto al periodo de incubación que requiere dicha enfermedad y que el actor confesó haber prestado sus servicios a diferentes empresas después de haberse desligado de la sociedad demandada”. No resulta equivocada la apreciación del *ad-quem* sobre el referido dictamen, que aparece concebido en términos tan limitados y deficientes, pues el documento que obra al folio 59 y que el recurrente considera como aclaración del mismo, sólo contiene hipótesis de posibles casos que puedan presentarse en la aplicación del artículo 277 en armonía con el 57, numeral 7º del Código Sustantivo del Trabajo, y soluciones en la aplicabilidad de esas normas que, en cada caso concreto, sólo corresponde decidir al juzgador y no al perito. Lo anterior se reafirma si se tienen en cuenta las consideraciones expuestas por el Tribunal sobre la confesión presunta del Gerente de la demandada y el apoyo que dá a su razonamiento en la propia confesión del demandante, cuando éste

acepta en posiciones ser cierto que después de la terminación de su contrato de trabajo con la compañía demandada y en los años de 1954 y 1955, había prestado sus servicios a diferentes empresas (folio 146). No aparecen mal estimadas las pruebas señaladas en el cargo, ni menos que su apreciación hubiera hecho incurrir al sentenciador en error de hecho evidente.

No habiéndose desvirtuado la conclusión a que llegó el fallador, según la cual Efraín Torres Rubio entró a trabajar al servicio de Construcciones Tissot y Compañía Limitada el día 14 de septiembre de 1953 y que prestó sus servicios hasta el 2 de noviembre del mismo año, que devengó un salario de \$ 8.00 diarios y que en el contrato de trabajo se estipuló válidamente un periodo de prueba de dos meses (folio 152 y 153), no resulta que se hayan violado los artículos 127, 134 y 138 del Código Sustantivo del Trabajo, ni los artículos 249 y 253 ib. porque habiéndose efectuado el despido del trabajador dentro del periodo de prueba y en la época en que regía el artículo 80 del Código Sustantivo del Trabajo que expresamente excluía de las prestaciones el auxilio de cesantía durante ese periodo, no pudo violarse esa norma que el fallador aplicó debidamente. Tampoco aparece la violación del artículo 64 porque el contrato se terminó legalmente dentro del periodo de prueba pactado y uno de los efectos jurídicos de esa estipulación es el de que el contrato puede darse por terminado unilateralmente en cualquier momento, sin previo aviso. Tampoco aparece violado el artículo 306 del mismo Código ni los artículos 606 del C. J. y 1.769 del C. C. por las razones expuestas en el análisis del cargo.

Afirma el recurrente que el Tribunal incurrió en los errores de hecho consistentes en dar por demostrado, sin estarlo, que al actor Torres Rubio le pagaron el valor de las prestaciones y en no dar por demostrado, estándolo, que la demandada se negó a darle al trabajador la orden para el examen médico de retiro. De ellos deduce la violación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por indebida aplicación. El Tribunal modificó la condena de primera instancia en relación con los denominados salarios caídos, para limitar el monto de la indemnización al tiempo transcurrido entre la fecha de la terminación del contrato y la en que se efectuó la consignación, según certificación de folios 175 y 176, por considerar que la única deuda laboral a cargo de la Empresa al tiempo de la terminación del contrato de trabajo era la de salarios insolutos, cuya consignación se efectuó ante el alcalde de Nobsa el

20 de enero de 1954. No aparece que por este particular se haya aplicado indebidamente la norma que se invoca.

En cuanto al otro aspecto que ha dado lugar a este cargo el Tribunal dijo: "No cabe dar aplicación al literal 3º del artículo 65 ya que la confesión presunta del demandado fue desvirtuada por el mismo demandante quien en las posiciones por él absueltas aceptó haber recibido órdenes de someterse al examen médico correspondiente, tarea a la cual no dio cumplimiento". El recurrente considera que esa afirmación no tiene respaldo procesal. En verdad, en las posiciones absueltas por el demandante y que obran a folios 142 a 146 del expediente, no aparece la confesión expresa de éste en que acepte haber recibido orden de someterse al examen médico de retiro; el actor sí aceptó ser cierto que el día 29 de octubre de 1953 solicitó boleta al Jefe de personal para consulta médica, la cual le fue expedida y que como resultado del examen el médico de la Empresa le fijó una incapacidad de tres días (contestación a las preguntas 6ª y 7ª). Al responder a la pregunta 11ª, dijo ser cierto que con posterioridad al 29 de octubre de 1953 no trabajó más en la empresa demandada, agregando que ello se debió a que cuando volvió al trabajo después de los tres días de incapacidad, se le notificó verbalmente el despido, lo que reafirma al responder a la pregunta 13ª. Se acepta, pues, el hecho alegado de que el demandante en sus posiciones que absolvió no confesó haber recibido órdenes de someterse al examen médico de retiro.

Sin embargo, lo anterior no es suficiente para configurar un ostensible error de hecho que pudiera haber llevado a la violación de la norma que se invoca. En efecto, no debe perderse de vista que al demandante correspondía acreditar plenamente el hecho alegado de haber solicitado el examen médico de retiro, pues la obligación patronal de hacer practicar al trabajador el examen sanitario y de expedirle el correspondiente certificado a la expiración del contrato, está condicionada al hecho de que éste lo solicite. En el presente caso la única prueba que se invoca es la confesión presunta del Gerente de la empresa que podría deducirse del contenido de la pregunta décima de las posiciones que éste debía de absolver, prueba que el juzgador, dentro de su soberanía de apreciación no halló convincente.

No prospera el cargo.

Segundo cargo.—Acusa la sentencia de ser violatoria del artículo 2º del Decreto 246 de 1951, por interpretación errónea. Dice que no se justifica

dentro de la legislación del trabajo que el trabajador sea sometido a las costas del juicio, cuando ha tenido que instaurar una acción para obtener el pago de sus prestaciones, precisamente por la mora patronal en cancelarlas o por el desconocimiento del mismo a las disposiciones legales pertinentes. Que no se compadece el que el Tribunal, no obstante que condena a la entidad demandada al pago de salarios caídos, simultáneamente condena al actor en costas, tanto en primera como en segunda instancia.

Se examina:

Como reiteradamente ha sostenido la Corte, lo referente a costas en el juicio no es susceptible de casación, no sólo por ser un punto accesorio en el debate, sino también por contradecir el fin primordial de este recurso extraordinario que es el de unificar la jurisprudencia nacional del trabajo mediante el examen de las disposiciones sustanti-

vas que consagran los derechos en materia social y que se consideren violadas por la sentencia.

No prospera el cargo.

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 materia del presente recurso.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo—Luis Fernando Paredes A.
Jorge Vélez García—José Gregorio Díaz Granados,
Conjuez.—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

TRANSITO DE LA LEY ANTERIOR A LA NUEVA EN MATERIA DE COMPETENCIA. — EL CONOCIMIENTO DE LOS JUICIOS SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN MATERIA ADUANERA, DE CONFORMIDAD CON EL DECRETO 0188 DE 1958, PASO A SER DE LA COMPETENCIA DE LA JUSTICIA ORDINARIA, SIN EXCLUIR LAS ACTUACIONES INICIADAS ANTES DE LA VIGENCIA DEL MISMO. — EFECTOS CONSECUCIONALES DEL CAMBIO DE JURISDICCION EN LAS REFERIDAS CAUSAS. — INTERPRETACION DEL ARTICULO 40 DE LA LEY 153 DE 1887. — COLISION DE COMPETENCIAS

Que de conformidad con el Decreto 188 de 1958, el conocimiento de los juicios sobre responsabilidad civil extracontractual del Estado en materia aduanera pasaron a ser de la competencia de la justicia ordinaria, es evidente. Las dudas tan sólo se han suscitado con relación a las actuaciones iniciadas antes de la vigencia de este decreto. ¿Sigue conociendo de ellas la justicia aduanera, o deben pasar inmediatamente a la jurisdicción ordinaria?

Nada dispuso el referido Decreto con relación a la ley aplicable de los juicios comenzados antes de su entrada en vigencia. Hay, pues, que acudir a las reglas generales sobre la materia para decidir el problema.

Que toda ley debe empezar a regir inmediatamente, es lo normal, por lo que las excepciones que tenga a bien establecer el legislador a este principio debe hacerlas constar de manera expresa. Ahora bien, en lo atinente a competencia no ha establecido excepción alguna a la norma acabada de enunciar sobre efecto inmediato de las leyes; luego es obvio que el parágrafo 2º del artículo 4º del Decreto 188 de 1958, que trasladó de la jurisdicción de aduanas a la ordinaria la competencia para conocer de los juicios sobre responsabilidad contractual y extracontractual del Estado en materia aduanera, debió entrar a regir inmediatamente.

El artículo 40 de la Ley 153 de 1887, no consagra excepción alguna, en materia de competencia, al aludido principio.

Reza así dicho artículo: "Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidades de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".

En su primera parte el precepto se limita a hacer una aplicación, al caso concreto de las leyes sobre sustanciación y ritualidad de los juicios, del principio general ya enunciado, a efecto de destacar con toda claridad la excepción que consagra en la segunda parte, según la cual sólo deben supervivir a las leyes procesales nuevas aquéllas que regían los términos, actuaciones y diligencias ya iniciados. Obsérvase que en esa excepción para nada se menciona la competencia.

Es claro, pues, que respecto a ésta, rige el principio general del efecto inmediato de las leyes.

Pretender concluir, argumentando a contrario sensu, cosa opuesta a la acabada de indicar, es completamente inaceptable, y la improcedencia de tal argumentación en este caso aparece patente a poco que se medite en lo contradictorio que resultaría su aplicación a todo el artículo. En efecto: de la exclusión que hace en la primera parte, de las leyes sobre competencia y otras, se concluye que sólo las concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios tienen efecto inmediato; pero con la misma lógica

habría que concluir que esas leyes sobre competencia, que también están excluidas de la segunda parte, entrarían a regir inmediatamente, pues allí sólo se afirma la supervivencia de las leyes sobre los términos, actuaciones y diligencias.

Con relación al artículo 1.228 del Código Judicial (Ley 105 de 1931) dijo la Comisión Redactora que él “declara exactamente la misma doctrina del 40 de la Ley 153 de 1887, pero empleando una terminología más jurídica”. Y agregó: “Siendo las leyes procedimentales disposiciones de orden público debe aplicarse a las actuaciones pendientes y no dejar que sobrevivan las viejas normas sino en aquello que verdaderamente constituye un derecho adquirido”.

El aludido artículo dice que “las disposiciones de este Código (Subraya la Sala) se aplican a los juicios pendientes en el momento en que principie a regir, pero los términos no vencidos, los recursos interpuestos, y las tercerías e incidentes introducidos, se rigen por la ley aplicable al tiempo en que empezó el término, se interpuso el recurso, o se promovió la tercería o el incidente”. De manera que todas las disposiciones del Código, comprendidas, por tanto, las concernientes a la competencia, debían entrar a regir inmediatamente, con las solas excepciones de las disposiciones relativas a términos, recursos, tercerías e incidentes.

Los redactores del Código confirman, pues, a la Sala en la interpretación que acaba de hacer del artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

La Corte en repetidas ocasiones ha sostenido la tesis del efecto inmediato de las leyes sobre competencia.

“Las leyes que cambian la jurisdicción y competencia son de orden público y por consiguiente tienen un carácter absoluto, inmediato y obligatorio”, dijo esta Sala en providencia de noviembre 17 de 1938 (G. J., T. XLVIII, número 1.943, pág. 543).

Y en otra ocasión: “La facultad de administrar justicia es lo que se denomina jurisdicción; y cuando una norma legal atribuye ese poder a entidad distinta de la que antes tenía la competencia sobre cierta clase de asuntos, su aplicación no puede eludirse generalmente, pues no es aceptable afirmar que sólo por eso se violan situaciones procesales concretas y adquiridas, ya que los litigantes no tienen derecho a que el fallo lo

profiera determinado Juez. Ellos sólo tienen la prerrogativa de pedir y obtener que se les decidan sus solicitudes por medio de las instituciones procesales indicadas por el legislador”.

“En materia de jurisdicción no se ve claro cuál es el derecho procesal adquirido que directamente se arrebató cuando el legislador dispone que un juicio sea fallado por otra autoridad distinta. Cuando la ley quiere que la jurisdicción y competencia se expresen en causas pendientes, lo dice expresamente, como lo hizo en el artículo 167 de la Ley 40 de 1907” (Junio 19 de 1945, G. J., tomo LIX, número 1.045).

Más recientemente dijo esta Sala, refiriéndose precisamente al Decreto 188 de 1958 (G. J., tomo LXXXVIII, números 2.199-2.200, página 952).

“La ley nueva que modifica la organización de los Tribunales de justicia o las reglas relativas a la jurisdicción o las que determinan la jerarquía de la jurisdicción misma —como ocurre con el Decreto Legislativo 0188— tiene efecto general inmediato y estriba ello en la razón fundamental que —según Pascuale Fiore— es siempre la misma: “Que siendo motivadas tales leyes por razones de interés público y de los particulares a quienes corresponde el derecho judicialmente, no puede ostentar contra él ningún otro el derecho de impedir al legislador el mejorar el sistema de ordenamiento judicial y de las reglas que convienen a las jurisdicciones, y por lo tanto, no pueden sustraerse al imperio de la ley nueva que hubiere sancionado nuevas reglas con relación a esto” (Obra “De la Irretroactividad e Interpretación de las Leyes”, página 515 y siguientes).

“Quiere expresar lo anterior que cuando la ley nueva haya abolido una jurisdicción, en el caso de autos la aduanera, y la haya sustituido por otra —la ordinaria— las causas pendientes ante la jurisdicción abolida deberán ser continuadas ante la que le hubiera sustituido”.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, febrero diez de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau).

Por considerar que, de conformidad con el párrafo 2º del artículo 4º del Decreto 188 de 1958, los juicios sobre responsabilidad civil contractual y extracontractual del Estado en materia aduanera dejaron de ser de la competencia de la jurisdicción de aduanas y pasaron a serlo de la ordinaria, el señor Juez Superior de Aduanas de Cartagena, en auto de dos de julio de 1958, ordenó remitir al Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad el expediente contentivo del reclamo que contra la Nación había formulado el señor VICENTE GALLO, por la pérdida de siete atados de planchas de zinc que se extraviaron en la aduana del mencionado puerto.

El Tribunal de Cartagena, en auto de 30 de agosto del mismo año, se declaró inhibido para actuar en el expresado negocio, por lo que éste volvió al Juzgado de Aduanas, el cual, en providencia de 26 de septiembre, no aceptó las razones del Tribunal y, a su vez, se declaró inhibido para continuar su tramitación y ordenó remitir el expediente a esta Sala de la Corte, "a fin de que dirima la competencia suscitada entre el Tribunal del Distrito Judicial de Cartagena y este Juzgado".

Al descorrer el traslado que se le dio del negocio, el señor Procurador Delegado en lo Civil conceptuó que, si bien la jurisdicción ordinaria es actualmente la competente para conocer de los juicios sobre responsabilidad civil contractual y extracontractual del Estado en materia aduanera, en el presente caso las autoridades aduaneras debían seguir conociendo del reclamo del señor Gallo, puesto que, en su opinión, no se está en presencia de un verdadero juicio, por no existir una demanda en forma con los requisitos del artículo 205 del Código Judicial, sino más bien de una solicitud para que se averigüe por el paradero de las mercancías que echa de menos el reclamante; y que por tanto, no habiendo juicio, se encuentra sin base alguna la colisión de competencia que se trata de desatar.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

A juicio de la Sala la jurisdicción de ésta, en el presente caso, está circunscrita al punto de la colisión de competencia. Para los fines de este fallo lo determinante es que existe un expediente sobre responsabilidad extracontractual del Estado, sustanciado por un Juez (el de Aduana), que tenía facultad para ello (proveniente, al menos en su etapa final, del Decreto 700 de 1954), pero que estima que ya no posee tal facultad, la que

habría pasado a otros, los Magistrados del Tribunal de Cartagena; los que, a su turno, consideran que tampoco la tienen. Y esto es lo que constituye el fenómeno procesal llamado colisión de competencia (artículos 413 del C. J. y 65 del C. de P. P.).

Que de conformidad con el Decreto 188 de 1958 el conocimiento de los juicios sobre responsabilidad civil extracontractual del Estado en materia aduanera (como el constituido por el reclamo del señor Gallo) pasaron a ser de la competencia de la justicia ordinaria, es evidente. Las dudas tan sólo se han suscitado con relación a las actuaciones iniciadas antes de la vigencia de este decreto. Sigue conociendo de ellas, como sostiene el Tribunal, la justicia aduanera, o deben pasar inmediatamente a la jurisdicción ordinaria, como afirma el Juez de Aduanas?.

Nada dispuso el referido Decreto con relación a la ley aplicable de los juicios comenzados antes de su entrada en vigencia. Hay, pues, que acudir a las reglas generales sobre la materia para decidir el problema *sub-judice*.

Que toda ley deba empezar a regir inmediatamente, es lo normal, por lo que las excepciones que tenga a bien establecer el legislador a este principio debe hacerlas constar de manera expresa. Ahora bien, en lo atinente a competencia no ha establecido excepción alguna a la norma acabada de enunciar sobre efecto inmediato de las leyes; luego es obvio que el párrafo 2º del artículo 4º del Decreto 188 de 1958, que trasladó de la jurisdicción de aduanas a la ordinaria la competencia para conocer de los juicios sobre responsabilidad contractual y extracontractual del Estado en materia aduanera, debió entrar a regir inmediatamente, y que en consecuencia correspondía al Tribunal de Cartagena avocar el conocimiento de las actuaciones que le remitió el Juez de Aduanas.

El artículo 40 de la Ley 153 de 1887, no consagra excepción alguna, en materia de competencia, al aludido principio.

Reza así dicho artículo: "Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".

En su primera parte el precepto se limita a hacer una aplicación, al caso concreto de las leyes sobre sustanciación y ritualidad de los juicios, del principio general ya enunciado, a efecto de destacar con toda claridad la excepción que con-

sagra en la segunda parte, según la cual sólo deben supervivir a las leyes procesales nuevas aquéllas que regían los términos, actuaciones y diligencias ya iniciados. Obsérvase que en esa excepción para nada se menciona la competencia.

Es claro, pues, que respecto a ésta, rige el principio general del efecto inmediato de las leyes.

Pretender concluir, argumentando a **contrario sensu**, cosa opuesta a la acabada de indicar, es completamente inaceptable, y la improcedencia de tal argumentación en este caso aparece patente a poco que se medite en lo contradictorio que resultaría su aplicación a todo el artículo. En efecto: de la exclusión que hace en la primera parte, de las leyes sobre competencia y otras, se concluye que sólo las concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios tienen efecto inmediato; pero con la misma lógica habría que concluir que esas leyes sobre competencia, que también están excluidas de la segunda parte, entrarían a regir inmediatamente, pues allí sólo se afirma la supervivencia de las leyes sobre términos, actuaciones y diligencias.

Con relación al artículo 1.228 del Código Judicial (Ley 105 de 1931) dijo la Comisión Redactora que él "declara exactamente la misma doctrina del 40 de la Ley 153 de 1887, pero empleando una terminología más jurídica". Y agregó: "Siendo las leyes procedimentales disposiciones de orden público debe aplicarse a las actuaciones pendientes y no dejar que sobrevivan las viejas normas sino en aquello que verdaderamente constituye un derecho adquirido".

El aludido artículo dice que "las **disposiciones de este Código** (subraya la Sala) se aplican a los juicios pendientes en el momento en que principie a regir, pero los términos no vencidos, los recursos interpuestos, y las tercerías e incidentes introducidos, se rigen por la ley aplicable al tiempo en que empezó el término, se interpuso el recurso, o se promovió la tercería o el incidente". De manera que todas las disposiciones del Código, comprendidas, por tanto las concernientes a la competencia, debían entrar a regir inmediatamente, con las solas excepciones de las disposiciones relativas a términos, recursos, tercerías e incidentes.

Los redactores del Código confirman, pues, a la Sala en la interpretación que acaba de hacer del artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

La Corte en repetidas ocasiones ha sostenido la tesis del efecto inmediato de las leyes sobre competencia.

"Las leyes que cambian la jurisdicción y competencia son de orden público y por consiguiente tienen un carácter absoluto, inmediato y obligatorio", dijo esta Sala en providencia de noviembre 17 de 1938 (G. J., Tomo XLVII, número 1.943, pág. 543).

"Y en otra ocasión: "La facultad de administrar justicia es lo que se denomina jurisdicción; y cuando una norma legal atribuye ese poder a entidad distinta de la que antes tenía la competencia sobre cierta clase de asuntos, su aplicación no puede eludirse generalmente, pues no es aceptable afirmar que sólo por eso se violan situaciones procesales concretas y adquiridas, ya que los litigantes no tienen derecho a que el fallo lo profiera determinado Juez. Ellos sólo tienen la prerrogativa de pedir y obtener que se les decidan sus solicitudes por medio de las instituciones procesales indicadas por el legislador".

"En materia de jurisdicción no se ve claro cuál es el derecho procesal adquirido que directamente se arrebate cuando el legislador dispone que un juicio sea fallado por otra autoridad distinta. Cuando la ley quiere que la jurisdicción y competencia conserven en causas pendientes, lo dice expresamente, como lo hizo en el artículo 167 de la Ley 40 de 1907', (junio 19 de 1945, G. J. Tomo LIX, número 1.045)".

En providencia de doce de abril de 1956, expresó la Sala de Casación Civil lo siguiente:

"Las leyes relativas a la organización judicial y a la competencia de las diversas jurisdicciones hacen parte del derecho público, por lo que la ley nueva sobre la materia debe tener aplicación inmediata, aun respecto de los asuntos pendientes, a no ser que en la misma ley se disponga otra cosa".

"El Procesalista italiano Luis Mattiolo expone que las leyes que regulan la **competencia** de las autoridades judiciales así como las que se refieren a la sustancia del derecho controvertido y que, por otra parte, son por lo general atinentes al orden público, son de inmediata aplicación a los pleitos pendientes, y aun no resueltos, a menos que el legislador haya dispuesto expresamente lo contrario". (Luis Mattiolo, 'Derecho Judicial Civil', tomo I, número 125, página 94)".

"Louis Josserand afirma que las leyes relativas a la organización judicial y a la competencia de las diversas jurisdicciones son de orden público y, por lo tanto, se aplican de inmediato, sin que puedan suspenderse en consideración a intereses privados. Sólo si el proceso está ya fenecido, si la decisión ya se ha pronunciado, es imposible re-

gresar sobre el pasado, y es en esta medida en donde propiamente se afirma el principio de la no retroactividad. (Louis Josserand, "Cours de Droit Civil Positif Français". T. I, número 82, página 62)....."

"El artículo 40 de la Ley 153 de 1887 establece que 'las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación'."

"No se diga que la excepción consignada en la última parte de la norma transcrita, o sea, en cuanto dispone que 'las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación', lleva a una solución contraria a la que prohija la Corte. No. El artículo 40 de la Ley 153 de 1887 se refiere al tránsito de legislación 'en lo concerniente a la sustanciación y ritualidad de los juicios' y no en cuanto a la jurisdicción y competencia, que es materia distinta".

"En la legislación chilena, de donde tomó la nuestra las normas que regulan los efectos de la ley en el tiempo, se encuentra expresado textualmente el mismo principio establecida en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887. Autorizados expositores sostienen allí que esta disposición se refiere al procedimiento en sí mismo y no a la organización y competencia de los tribunales. Según el tratadista Manuel Edigio Ballesteros, cita por Arturo Alessandri Rodríguez, las leyes relativas a organización y atribuciones de los Tribunales rigen desde su promulgación por ser de Derecho Público; y es indudable —concluye— que una ley de Derecho Público rige desde su vigencia, cesando desde entonces las facultades que ella deroga, y adquiriéndolas los funcionarios a quienes las transfiere, salvo que la misma ley disponga otra cosa. (Manuel Edigio Ballesteros, "Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales" (Santiago de Chile 1890, tomo II, página 149))."

Más recientemente dijo esta Sala, refiriéndose precisamente al Decreto 188 de 1958 (G. J., tomo LXXXVIII, número 2.199-2.220, página 952).

"La ley nueva que modifica la organización de los Tribunales de justicia o las reglas relativas a la jurisdicción o las que determinan la jerarquía de la jurisdicción misma —como ocurre con el Decreto Legislativo 0188— tiene efecto general inmediato, y estriba ello en la razón fundamental que —según Pascuale Fiore— es siempre la misma: 'Que siendo motivadas tales leyes por razones de interés público y de los particulares a quienes corresponde el derecho judicialmente, no puede ostentar contra él ningún otro el derecho de impedir al legislador el mejorar el sistema del ordenamiento judicial y de las reglas que convienen a las jurisdicciones, y por lo tanto, no pueden sustraerse al imperio de la ley nueva que hubiere sancionado nuevas reglas con relación a esto'. (Obra 'De la Irretroactividad e Interpretación de las Leyes'. página 515 y ss.).

"Quiere expresar lo anterior que cuando la ley nueva haya abolido una jurisdicción, en el caso de autos la aduanera, y la haya sustituido por otra —la ordinaria— las causas pendientes ante la jurisdicción abolida deberán ser continuadas ante la que le hubiera sustituido".

o o o

Por todo lo expuesto, resulta claro que el Tribunal Superior de Cartagena ha debido aprehender el conocimiento de la actuación que le remitió el Tribunal de Aduanas del mismo puerto.

En consecuencia, esta Sala desata la colisión de competencia negativa suscitada entre el Tribunal de Cartagena y el Juzgado Superior de la misma, en el sentido de declarar que le corresponde a dicho Tribunal el conocimiento del negocio. Por consiguiente debe remitírsele el expediente, para los fines indicados.

Notifíquese, cópiese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Aníbal Cardozo Gaitán—Ramiro Araújo Grau--

Efrén Osejo Peña — Luis C. Zambrano — Jorge

García Merlano, Secretario.

I N D I C E

Págs.

Págs.

SALA PLENA

La Corte señala el criterio sobre la manera como deben cumplir sus funciones los Magistrados y Jueces de la República y exige estricta vigilancia en beneficio de la administración de justicia recta y oportuna.—(Proposición aprobada en Corte Plena, el día 12 de enero de 1959)..... 4

Impedimento de Magistrados en negocios de inconstitucionalidad.—A quién corresponde dictar el auto de calificación. — Trámite.—(Concepto rendido por los HH. Magistrados doctores Hernando Morales, Jorge Vélez García, Luis Eduardo Mejía Jiménez y Humberto Barrera Domínguez, aprobado por la Sala Plena de la Corte en sesión de 5 de febrero de 1959)..... 4

Sanciones disciplinarias contra funcionarios del órgano judicial y del Ministerio Público.—La investigación debe proseguirse aunque el inculcado o algunos de los inculcados hayan cesado en el ejercicio de sus cargos.—La decisión por faltas en el desempeño de sus funciones, debe comunicarla el superior al Departamento de Vigilancia Judicial del Ministerio de Justicia para que se anote su contenido en la hoja de vida del respectivo funcionario. — Para que dentro del término señalado en el artículo 5º, inciso 2º, del Decreto 3665 de 1950, corra traslado a los doctores Marino Abadía Valencia y Francisco Velásquez E. de la queja que contra ellos y otros Magistrados del Tribunal Superior de Quibdó se formuló, se ordena remitir el negocio en comisión al señor Fiscal del Tribunal Superior aludido.—Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez 6

SALA DE CASACION CIVIL

Rescisión de contrato de permuta por lesión enorme.—Modo de determinar el precio de la cosa recibida por cada permutante, a efecto de establecer si el comprador o vendedor sufrieron lesión enorme.—Las cosas dadas por el que comparece como permutante comprador, la ley las reputa como precio, sin tener en cuenta que sean muebles o inmuebles.—Caso en que no puede darse en la permuta acción rescisoria por lesión enorme.—Cuándo es conducente la causal 2ª de casación.—Causal que debe invocarse para respaldar el cargo que se formule a la sentencia de segunda instancia, cuando ésta se basa en la interpretación de la demanda.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el ordinario sobre rescisión de un contrato de permuta por lesión enorme, adelantado por Antonio Acevedo Díaz contra Manuel Muñoz. — Magistrado Ponente: Dr. Arturo C. Posada..... 8

Responsabilidad civil por el hecho ajeno. — Quien tiene bajo su cuidado o dependencia a una persona que causa un daño, en el fondo no responde por el hecho de ésta, sino por el suyo propio, cual es la falta de vigilancia que sobre el autor del daño debía ejercer.—Requisito para que haya lugar a responsabilidad por el hecho ajeno. — Responsabilidad simple y responsabilidad compleja. — Para que proceda la responsabilidad solidaria es necesario que haya pluralidad de sujetos pero unidad de hecho. — Cargos subsidiarios en casación.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Manizales, en el ordinario sobre indemnización de perjuicios por los daños causados a un vehículo auto-motor en accidente de tránsito, adelantado por el Presbítero Adolfo Hoyos Ocampo contra la "Sociedad

Págs.	Págs.
<p>Unica Automovilística Ltda." (Suautomóvil).—Magistrado Ponente: Dr. Hernando Morales M. 16</p> <p>Acción de indemnización de perjuicios. — Cuándo no es indispensable la prueba pericial para determinar la causa de la muerte de una persona.—Presunción de culpabilidad consagrada en el artículo 2356 del C. Civil.—Prueba para destruirla.—Causal 2ª de casación. — Culpa compensada.—Demostración que debe hacerse para que pueda operar tal fenómeno.—Reformatio in pejus. —Una condena en concreto no puede decirse, en forma absoluta, que sea más gravosa que una condenación en abstracto, cuando ésta ha sido hecha sin fijar norma, ni base ni límite alguno.—En cuanto le sea posible, todo sentenciador debe resolver en forma clara y definitiva el asunto sometido a su decisión, sin dejar ninguna cuestión pendiente para ventilarla en ulteriores litigios. Forma y términos de aclaración de una sentencia. — Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario sobre indemnización de perjuicios causados por muerte por electrocución, adelantado por María Palacio v. de Palacio y otros contra el Municipio de Yarumal.—Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Escallón.... 24</p> <p>Violación directa y violación indirecta de la ley.—Cuándo ocurren.—Dentro de un cargo por violación directa, por cualquiera de sus tres fases, es ajena la cuestión probatoria, la cual puede dar base sólo a la violación indirecta.—Requisitos que deben llenarse al formular un cargo por error de derecho en la apreciación de pruebas.—Para la demostración de las relaciones sexuales estables y notorias, no puede exigirse prueba directa sino que basta la indirecta.—Límite de la autonomía de los Tribunales en la apreciación de pruebas.—Error de hecho.—Dentro de un cargo por este extremo, no procede plantear la valoración manifiestamente errada de determinados testimonios.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el ordinario sobre filiación natural y petición de herencia, adelantado por Isabel Bejarano Victoria, en representación de su menor hija natural</p>	<p>Ana Milena Bejarano contra la sucesión de Hernando Montalvo.—Magistrado Ponente: Dr. Hernando Morales M. 32</p> <p>Declaración judicial de filiación natural en el caso de seducción.—Requisitos y prueba para establecerla.—La superioridad económica y social del varón frente a la mujer que requiere sexualmente, son circunstancias que pueden influir en el ánimo de ésta para acceder a las pretensiones de aquél, pero tales hechos no son de los que la ley califica de dolosos para configurar la seducción.—El abuso del derecho da lugar a indemnización de perjuicios cuando se procede dolosa o culposamente, ésta por acción u omisión. La teoría del riesgo creado no tiene aplicación en este campo.—La pérdida de una acción judicial, por sí sola, no acredita temeridad.—A quién corresponde la apreciación de ésta. — No puede deducirse responsabilidad extra-contrato, si falta uno de los tres elementos que la configuran. — No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre filiación natural adelantado por Olga Angulo, en representación de su menor hijo natural Fernando Félix Angulo contra Fernando Villegas Marulanda.—Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Salazar Tapiero..... 40</p> <p>El error en la denominación de la acción no cambia su naturaleza jurídica.—Al fallador de instancia corresponde la interpretación de la demanda, bien con base en la parte petitoria de la misma o en los hechos del libelo. — Cuándo puede ser variada por la Corte.—El error en la denominación de la acción es base para acusar la sentencia por la causal 1ª del artículo 520 del C. J. y no por la 2ª.—Cuándo es operante esta última. Error de hecho en la apreciación de la demanda. — Interpretación y alcance del art. 1759 del C. C. — Normas aplicables, cuando se trata de la oponibilidad a un tercero del acuerdo secreto de las partes, encubierto por el aparente que relata la escritura pública.—La doctrina y la jurisprudencia han encontrado en el artículo 1766 la norma que en nuestro Código Civil estatuye la acción de simulación. — La declaración de que es simulado un contrato no perjudica a terce-</p>

Págs.

Págs.

ros adquirentes de buena fe, contra quienes no puede prosperar acción reivindicatoria de los bienes enajenados; pero si el tercero no ha adquirido de buena fe sino a sabiendas o informado de que el contrato pactado no es verdadero, sí hay acción contra ellos en su calidad de poseedores.—Se ratifica la doctrina sobre la diferencia esencial que hay entre la nulidad absoluta y la simulación.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el ordinario sobre nulidad de un contrato de compraventa, adelantado por Luis Estrada Otero o Lotero contra Argemiro Estrada Parra y otro.—Magistrado Ponente: Dr. Arturo C. Posada..... 45

El convencimiento judicial que adquiera de las pruebas el sentenciador, cuando no adolece de error de hecho manifiesto o de error de derecho, es cuestión que no queda en órbita de casación como recurso extraordinario y estricto.—Posesión notoria del estado de hijo natural.—Elementos que la constituyen.—La prueba testimonial en relación con esta causal.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Cali, en el ordinario sobre filiación natural adelantado por Auristella Vásquez contra la sucesión de Rafael Núñez o Sarmiento.—Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Escallón..... 57

Acción resolutoria en compraventa de bienes muebles.—Responsabilidad por la pérdida o deterioro del objeto: antes de efectuarse la tradición, en la venta bajo condición suspensiva y en la venta con pacto de reserva del dominio.—Causal 2ª de casación.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el ordinario sobre resolución del contrato de compraventa de un vehículo automotor, adelantado por Néstor López de la Pava contra la sociedad "Clímaco Uribe V. y Cía. Ltda."—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez. 64

Acción reivindicatoria o de dominio.—Elementos que la configuran. — Confesión en juicio.—Valor probatorio de la efectuada por el apoderado de una de las partes.—Interpretación y alcance del artículo 971 del C. Civil.—Causal 1ª.—Técnica de casación.— El

artículo 1115 del Código Judicial es una norma de carácter adjetivo o procedimental.—En casación no tienen incidencia los reparos que se hacen a la sentencia por concepto de violación de disposiciones adjetivas.—La acción petitoria de cumplimiento de un contrato, corresponde exclusivamente al contratante que ha cumplido por su parte con sus obligaciones contractuales, porque de este cumplimiento surge el derecho de exigir que los demás cumplan las suyas.—Una demanda de reconvencción no equivale a un requerimiento.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el ordinario reivindicatorio adelantado por Darío Trujillo contra Juan de la Cruz Montealegre.—Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Escallón 74

Caracteres generales de la separación de bienes.—Sentido y alcance del término "absoluto" usado por el Código Civil, en su art. 154, para precisar el abandono del marido en el cumplimiento de los deberes de esposo y de padre.—La crítica de detalles de carácter secundario que, sin argumento alguno capaz de desvirtuar su eficacia probatoria, se formulan a las pruebas del juicio, resultan improcedentes en casación.—Error de hecho.—Cuándo existe. — La autonomía de que gozan los falladores de instancia en materia de apreciación probatoria, tiene un mayor marco de amplitud en juicios de la índole del de separación de bienes, por la naturaleza de los hechos allí controvertidos. A la mujer le corresponde probar el abandono absoluto del marido y a éste la causa justa del mismo.—Apreciación de la prueba al respecto.—La infracción directa de la ley y la interpretación errónea de la misma, son expresiones que responden a dos conceptos diferentes.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Manizales, en el ordinario sobre separación de bienes adelantado por Otilia Torres contra Cristian Muñoz.—Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Escallón 81

La transacción sobre linderos que celebren los dueños de predios colindantes, no es por sí misma transmisiva de la propiedad sino reconocitiva de derechos, de manera que

Págs.

Págs.

deja a cada parte en ejercicio de los que tenga sobre los respectivos inmuebles. — Es antitécnico proponer simultáneamente en casación y en relación con un mismo medio probatorio, el error de hecho y de derecho, puesto que éstos revisten características diversas.—Cuando se formula un cargo por error en la apreciación de una prueba, deben citarse o enunciarse los preceptos sustantivos o sustanciales que han sido violados como consecuencia del error.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de deslinde adelantado por Jesús Pinzón contra Hernando S. de Santamaría y otros.—Magistrado Ponente: Dr. Hernando Morales M. 87

Técnica de la demanda de casación.—Interpretación de ésta.—La Corte no puede hacer en casación un nuevo análisis de los elementos de convicción aportados al juicio, sino sólo en el caso de que se precisen los errores manifiestos de hecho o de derecho en que incurrió el sentenciador.—Para ejercitar con éxito la acción de dominio, basta que el actor acredite la calidad de propietario de los bienes sub-lite, sin que sea necesaria la posesión material de éstos por parte del mismo pues el legislador no la exige.—La singularización del bien que se trata de reivindicar y la identificación del mismo, son elementos diferentes de la acción de dominio.—En qué consisten y cómo se cumple una y otra.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario reivindicatorio adelantado por Félix Barreneche P. contra Bernardo Agudelo y otro.—Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Salazar. 95

Simulación de negocios jurídicos entre concubinos.—Valoración de la prueba por indicios.—Casación por apreciación errónea de los indicios.—Confesión.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pereira, en el ordinario sobre simulación de un contrato de compraventa adelantado por Pastora Ríos v. de Gómez y otras contra Edelmira Arismendi Gómez. — Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez. . . . 100

una de las partes contendientes devuelva el expediente que recibió en traslado para alegar de conclusión, no se le puede denominar ni considerar juicio. — El Código de Procedimiento Civil en parte alguna tiene erigida en causal de nulidad del juicio, el no haberse notificado personalmente el auto que impone la multa a la parte conminada con ella por la demora en la devolución del expediente.—Dicha multa reviste el carácter de sanción disciplinaria procesal, pero nunca el de penal.—El artículo 381 del C. Judicial no tiene el carácter de norma sustantiva o sustancial, sino de adjetiva o procesal.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario sobre resolución de un contrato de permuta, adelantado por Luis Aristizábal Ospina contra Lucrecio Cárdenas Arango.—Magistrado Ponente: Dr. Arturo C. Posada. 108

SALA DE CASACION PENAL

El dolo penal.—Criterio sobre el dolo en general y el dolo eventual, en particular.—Resumen de las características de uno y otro y fundamento de dicho criterio.—Teorías: de la probabilidad; del asentimiento-sentimiento; hipotética y positiva del consentimiento; ecléctica o síntesis de Mezger.—Resumen de las principales doctrinas sobre el dolo penal.—Frente al Derecho Positivo Colombiano, una doctrina sobre aquel fenómeno, no puede edificarse sino sobre las bases de la voluntad y la representación, como elementos psíquicos concurrentes.—El dolo eventual, como simple especie dentro del género, supone también la concurrencia de los dos elementos.—Una cosa es el dolo o los fenómenos psíquicos en él comprendidos, y otra, la prueba de éstos.—Pretensiones de las teorías del indiferentismo, en materia de dolo, para deducir el dolo eventual. Las doctrinas del indiferentismo, en materia de dolo son en el fondo una variante de la vieja fórmula del "versari in re illicita", cuya aplicabilidad dentro del sistema penal colombiano requeriría una formulación positiva expresa.—Interpretación del artículo 20 del C. P. — Está en plena vigencia la doctrina, ya secular, de que la complicidad bajo todas sus formas, supone y exige un

Al requerimiento para que el apoderado de

Págs.

Págs.

acuerdo de voluntades.—El evento criminal debe haber sido querido por el cómplice, sea directamente, sea, al menos, bajo la forma de representación y consentimiento (Dolo eventual), porque de otra manera, no podría hablarse de acuerdo de voluntades, que es presupuesto básico de la complicidad.—El Código vigente no varió, en lo sustancial, lo referente al elemento subjetivo de la complicidad.—Es inaceptable que, para la aplicación de las doctrinas de Carrara sobre el exceso, en los casos de participación criminal, se pueda asimilar el delito especial de contrabando a uno “contra el patrimonio ajeno”.—Encubrimiento-participación.—Favorecimiento personal.—Condiciones para su ocurrencia.—Ayuda posterior prometida de antemano.—Para que ésta sea reprochable a título de dolo, debe reunir los mismos supuestos psíquicos de toda participación: el conocimiento y la voluntad, siquiera condicionada, del hecho que constituye el núcleo del concurso.—Se reitera la doctrina de la Corte referente al artículo 103 del C. de P. P.—Se invalida el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso adelantado contra Jaime Ossa Escallón, Alvaro Sáenz Azcuénaga y Jaime Andrade del Castillo, por el delito de robo, bajo la calidad de coautores, los dos primeros, y bajo la de cómplice, el último; en su lugar, se absuelve al único recurrente Jaime Andrade del Castillo de los cargos que se le formularon en el auto de proceder.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez 112

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Pedro Pacheco Osorio y Gabriel Carreño Mallarino, en el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este Índice 140

Quien tiene atribución constitucional para corregir los errores de las Leyes, es el legislador; pero los inevitables vacíos de los Códigos y demás reglas de derecho positivo, deben y pueden llenarse atendiendo a los principios generales de la ley natural y la equidad.—En los juicios en que interviene el jurado es improcedente alegar la causal

2ª de casación.—Causal 1ª—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pamplona, en el proceso adelantado contra Félix Roza Pabón, por el delito de homicidio (fratricidio).—Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino..... 146

Para demostrar la violación de la ley penal, dentro de la causal 1ª, no puede presentarse como condición previa el examen de las pruebas, porque se desnaturaliza la técnica del recurso y se invade el campo de la causal 2ª—Cuándo prospera esta última.—En tratándose de juicios con intervención de jurado, reiteradamente la doctrina ha negado a la referida causal 2ª virtud eficaz.—Excepción a esta norma.—Causal 4ª—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el proceso adelantado contra Rubén Ramírez Rincón y otro, por los delitos de homicidio; lesiones personales y daños en bienes de propiedad ajena.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez..... 151

Cambio de radicación de un proceso.—Primordial fundamento de éste.—Se conceptúa favorablemente al cambio de radicación del proceso adelantado en el Juzgado 5º Superior de Medellín, contra Rafael Orrego y otros, por los delitos de homicidio, lesiones personales y atentados contra el Sentimiento Religioso y el Respeto a los Difuntos.—Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez 156

Cambio de radicación de un proceso.—La sindicación que, con razón o sin ella, haga la opinión pública al acusado, de ser el autor intelectual, de determinado delito, no justifica por sí sola aquella medida.—No puede desprenderse prevención alguna contra el acusado por parte del funcionario que conoce del negocio, por el solo hecho de haber éste revocado el beneficio de libertad incondicional que se le había otorgado.—Es extravagante pretender que con las pruebas que el interesado presente al solicitar el cambio de radicación, la Corte entre a revisar los puntos de vista de los Jueces, como si se tratase de una instancia.—Se emite

Págs.	Págs.
<p>concepto adverso al cambio de radicación del proceso adelantado en el Juzgado Superior del Distrito Judicial de Neiva, contra Alberto Gasca Losada, por el delito de homicidio. — Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez 158</p> <p>Cambio de radicación de un proceso penal.— La violencia ejercida contra las partes, en el momento de la audiencia pública, es suficiente para adoptar aquella medida extraordinaria.—Se conceptúa favorablemente al cambio de radicación del proceso adelantado contra Gonzalo Arango Socotá por el delito de homicidio, en el Distrito Judicial de Manizales. — Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez..... 160</p> <p>Las “causas de responsabilidad” son las originadas en delitos (o faltas) que sólo pueden cometer miembros de la Administración Pública en su carácter de tales.—Se reitera doctrina anterior.—Se declara prescrita la acción penal en favor del doctor Luis Enrique Lis y se ordena la cesación del procedimiento. — Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez 163</p> <p>Nulidad por incompetencia de jurisdicción y por error relativo a la denominación jurídica de la infracción.—En las causas en que interviene el jurado, es a éste y no al Juez de derecho a quien corresponde calificar los hechos y definir la responsabilidad.—Divisibilidad de la confesión cuando en autos hay elementos que siquiera en parte la firman: el reo debe responder por lo que ha admitido y le perjudica, al paso que ha de probar lo que ha negado y le favorece. No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pereira, en el proceso adelantado contra Leopoldo Muñoz Cartagena y otro, por el delito de homicidio.—Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino 165</p> <p>En los juicios posesorios sobre bienes raíces rurales, hasta tanto el respectivo Juez de Circuito no haya practicado personalmente una inspección ocular en la finca materia de la litis (artículo 20 de la Ley 200 de 1936),—</p>	<p>tiene suspendida la jurisdicción para fallar, y es nula, por incompetencia de jurisdicción, la sentencia que se dicte sin cumplir tal requisito previamente.—El auto mediante el cual se ordena la práctica de una prueba, puede cumplirse antes de estar en firme.—Condición resolutoria a que queda sujeta la validez de aquélla.—Técnica procedimental.—Por no ser constitutivos de delito los hechos que se le imputaron al doctor Abel M. Cabrales, se ordena cesar el procedimiento adelantado contra el mismo. Magistrado Ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio 168</p> <p>La demanda de revisión debe elaborarla un abogado titulado e inscrito en la Corte.—Se deniega revisión del fallo proferido por la Corte Militar de Casación, en el proceso que se adelantó contra Wenceslao Villamil y otro, por los delitos de robo y asociación para delinquir.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez..... 171</p> <p>La ocasión, que equivale a “oportunidad o comodidad de tiempo o lugar, que se ofrece para ejecutar o conseguir una cosa”, no es la causa eficiente, sino, apenas, la favorabilidad para que pueda operar esa causa determinante o eficiente de un suceso.—La competencia para conocer de un delito de homicidio cometido con ocasión del servicio militar activo, corresponde a la justicia penal castrense. — Calificación provisional. — Se dirime la colisión de competencias suscitada en el proceso adelantado contra A. B., por el delito de homicidio.—Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez 172</p> <p>Como los Agestes del Ministerio Público no gozan de ningún privilegio respecto a términos judiciales, debe declarárseles desierta la ampliación de la demanda de casación que no presenten en la oportunidad legal.—El jurado no está obligado a expresar su pensamiento mediante fórmulas sacramentales, ni con las palabras usadas por la ley para describir los elementos constitutivos o las circunstancias modificadoras de un delito.—Los jueces de hecho no pueden otor-</p>

Págs.

Págs.

gar el perdón judicial, pero no se salen de su órbita legal al afirmar que el autor de un homicidio, cometido en el estado y por los móviles de que trata el artículo 382 del Código Penal, lo merece.—Requisitos y funcionario a quien corresponde su otorgamiento.—Se invalida el fallo proferido por el Tribunal Superior de Buga, en el proceso adelantado contra Joaquín María Lasprilla, por el delito de homicidio (uxoricidio), y se declara “desierta la ampliación de la demanda de casación que en el término legal podía hacer el señor Procurador Delegado en lo Penal. — Magistrado Ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio..... 175

Tacha de documentos.—A quién corresponde formalizarla. — Principio dispositivo para cuestiones de procedimiento. — No es desacertado ni absurdo interpretar el artículo 1106 del C. Civil, como imperativo para el superior que decreta un lanzamiento de arrendatario, denegado por el inferior.—Requisitos para que tal hecho adquiera contornos delictivos.—No habiendo sido reconocido regularmente por la parte interesada un contrato de arrendamiento, y por el contrario, redarguido de falso por aquélla, el reconocerle “fuerza de confesión judicial”, equivale a imponer un grave error como fundamento de la sentencia, en perjuicio de dicha parte. — La simple afirmación de parte interesada sobre falsedad de un documento privado, no obliga a la expedición de copias para promover la investigación respectiva (artículo 11 del C. de P. P.)—Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Cartagena, en el proceso adelantado a Eduardo Pareja Vélez.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez..... 180

Causal 4ª — Técnica de la demanda de casación.—Requisitos mínimos que debe observar.—Imputación de homicidio-asesinato en declaración única que sirve de fundamento esencial al auto de detención, al de proceder apelado y confirmado y a los fallos condenatorios de instancias. — Inexistencia o nulidad de tal testimonio, por omisión de formas, requisitos, condiciones o modalida-

des que la ley contempla como supuestos necesarios para su existencia o validez como acto procesal.—Por medio de declaración no puede ratificarse una diligencia de careo, pues ésta resulta irregular sin la presencia de uno de los careados.—Nulidad de una diligencia de exhumación por incumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 306 del C. P. P.—Cuando son nulas las pruebas que sustentan el auto de proceder, éste resulta nulo y acarrea la nulidad del juicio. — No siempre la nulidad de una diligencia ocasiona la del proceso.—Los efectos de la nulidad benefician también a los reos no recurrentes.—Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Manizales, en el proceso adelantado a Anibal y Saulo Arce Grisales, por el delito de homicidio (asesinato), y en su lugar se declara nulo lo actuado a partir del auto de clausura de la investigación. — Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez... 184

Los actos administrativos son acusables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, por violación de las normas objetivas, abuso o desviación de poder, simulación, etc.—Aunque se pueda obtener la indemnización de perjuicios por la destitución de un cargo oficial, a través de la acción penal, por presumirse que el ánimo y los fines de aquella eran delictuosos o proclives, esta acción es de otra naturaleza y sus fines específicos y diversos de la llamada contenciosa de plena jurisdicción.—No es el caso de abrir investigación contra el Gobernador del Departamento de Córdoba (doctor Eusebio Cabrales Pineda) y el Alcalde del Municipio de Lorica, por los hechos denunciados pero no ratificados por Guillermo Benedetti León, como ex-Personero del citado municipio.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez 190

SALA DE CASACION LABORAL

La sola consignación no exonera al patrono de la sanción por mora en el pago de prestaciones sociales—La culpa o negligencia en efectuar dicho pago no acarrea la sanción sino que se requiere la demostración de la

Págs.

Págs.

- mala fe, temeridad o dolo patronal.—Indemnizaciones por incumplimiento de lo pactado o por ruptura unilateral del contrato.—Cómputo del salario y del salario promedio.—Prestaciones a que tiene derecho el trabajador inválido cuando no se han satisfecho las que le corresponden por enfermedad.—Interpretación errónea de la Ley.—Se casa parcialmente el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Joaquín Galindo Restrepo contra la “Esso Colombiana S. A.”—Magistrado Ponente: Dr. Jorge Vélez García..... 192
- Concurrencia de contrato de trabajo con otros contratos para prestación de servicios.—La existencia de los elementos configurativos del contrato de trabajo se demuestra por los medios comunes de prueba.—Acusación por errores de hecho y de derecho.—En casación laboral no es procedente alegar errores in procedendo similares a los de la casación civil.—No se casa el fallo proferido por el extinguido Tribunal Seccional del Trabajo de Ibagué, en el ordinario laboral adelantado por Dionisio Tinoco contra la sociedad denominada “Cubides Hermanos Limitada”.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes 212
- Recurso de hecho en lo laboral.—Requisitos para fijar la cuantía en relación con la admisión del recurso de casación.—Se estima mal denegado el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario laboral adelantado por Gildardo Rondón contra “Industria de Maderas”.—Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiría C..... 220
- Elementos legales para fijar la cuantía de la acción, dentro del recurso de hecho, respecto de la admisión del de casación.—Se declara mal denegado el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario laboral adelantado por Julio César Londoño Londoño contra la Compañía Frontino Gold Mines Ltda.—Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiría..... 222
- Contrato de trabajo y relación de servicio público entre los empleados y la administración.—Violación de normas sustantivas y de normas procedimentales.—Infracción directa e indirecta.—Técnica de casación.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Quibdó en el ordinario laboral adelantado por José Urrego contra la Nación y otro.—Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiría C. 224
- El riesgo creado en materia laboral.—Indemnización total y ordinaria a consecuencia de accidente de trabajo y col. culpa patronal. Exoneración de la culpa.—Esta indemnización es aplicable en caso de culpa contractual.—Obligación patronal de suministrar los elementos adecuados para prevenir accidentes y enfermedades profesionales de los trabajadores.—Accidentes automovilarios.—Efectos en juicio laboral de una sentencia dictada en materia penal.—Error de hecho.—Determinación del plazo tácito—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario laboral adelantado por Gilma Ortiz vda. de Uribe y otros contra el Municipio de Medellín.—Magistrado Ponente: Dr. Jorge Vélez García 230
- El vínculo de parentesco, el no estar sometido a horario y otras circunstancias parecidas no desvirtúan la presunción de contrato de trabajo.—Pago ilegal de cesantías.—La confesión en materia laboral.—Técnica de casación.—Se casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Manizales, en el ordinario laboral adelantado por Rogelio Montoya Uribe contra César García Montoya y otra.—Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiría C. 248
- Pruebas para acreditar la edad de una persona.—Cosa juzgada.—Casación por violación de las normas legales sobre la materia.—La abstención en el ejercicio de una simple facultad no es suficiente para fundamentar el recurso.—Violación de la ley a través de errores en la apreciación de pruebas.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal del Trabajo de Cúcuta, en el ordinario la-

Págs.	Págs.
<p>boral adelantado por José Torres o José del Carmen Torres contra la Colombian Petroleum Company. — Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo..... 255</p> <p>Acción para el reconocimiento y pago de prestaciones sociales. — La confesión ficta en el procedimiento laboral. — Manera de desvirtuarla—Error de hecho en la confesión realizada al absolver posiciones. — Certificado médico a la terminación del contrato de trabajo.—Costas en casación. — No se casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Efraín Torres Rubio contra la sociedad denominada Construcciones Tissot y Cía. Ltda.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A..... 261</p>	<p>En el ordinario sobre responsabilidad civil contractual y extracontractual del Estado en materia aduanera, adelantado por Vicente Gallo contra la Nación, se dirime la colisión de competencias suscitada entre el Tribunal Superior de Cartagena y el Juzgado Superior de la misma ciudad.—Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau.. 270</p>

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Tránsito de la ley anterior a la nueva en materia de competencia.—El conocimiento de los juicios sobre responsabilidad civil contractual y extracontractual del Estado en materia aduanera, de conformidad con el Decreto 0188 de 1958, pasó a ser de la competencia de la justicia ordinaria, sin excluir las actuaciones iniciadas antes de la vigencia del mismo.—Efectos consecuenciales del cambio de jurisdicción en las referidas causas. — Interpretación del artículo 40 de la Ley 153 de 1887.—Colisión de competencias.

ERRATAS ADVERTIDAS

Título, página 112, renglón 3º, dice "TEORIAS DE LA PROBABILIDAA"; en vez de TEORIAS: DE LA PROBABILIDAD;

Título, página 112, renglón 30, dice "ENCUBRIMIENTO.—PARTICIPACION", en vez de ENCUBRIMIENTO-PARTICIPACION.

Título, página 163, renglón 3º, dice "SE REITERA LA DOCTRINA ANTERIOR" en vez de SE REITERA DOCTRINA ANTERIOR.

Título, página 175, renglón 3º, dice "QUE NO PRESENTAN" en vez de QUE NO PRESENTEN.

ESTA REVISTA ES EDITADA EN LOS
"TALLERES GRAFICOS MUNDO AL
DIA"—CALLE 14 N° 13-56—TEL. 414325.

—
Para pedidos y suscripciones llame al telé-
fono número 414325, y será atendido inme-
diatamente.

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: DOCTOR ALBERTO MALO BAÑOS

RELATOR DE LA CORTE

TOMO XC - BOGOTA, COLOMBIA. ABRIL DE 1959 Número 2210

S A L A D U A L

CALUMNIA E INJURIA. — LA SENTENCIA DEBE GUARDAR ARMONIA CON EL DELITO A QUE SE REFIERE LA CALIFICACION DEL SUMARIO

Corte Suprema de Justicia—Sala Dual.—Bogotá, abril ocho de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo C. Posada).

VISTOS

Relación de los hechos.

En la edición número 5 del periódico semanal "Atalaya de Tunja", que dirige Gustavo Castro Pinzón, se publicó una comunicación al Gobernador de Tunja, suscrita por el doctor Aníbal de J. Medina, como presidente del directorio departamental de uno de los partidos políticos, en la cual le da cuenta de que "la Provincia de Occidente se halla azotada por una ola de terrorismo practicado por gentes que obedecen claras consignas políticas de los señores Luis Torres Quintero y Carlos Castillo en contra de los ciudadanos liberales y conservadores adictos al Frente Nacional".

"Como consecuencia de la violencia preconizada por los políticos sectarios", enumera el escrito la comisión de veintiún asesinatos, varios delitos de lesiones personales y algunos ataques a domicilios, consumados en aquella provincia entre el 23 enero y el 12 de junio del año retropróximo. Igualmente da los nombres de varias personas

que han tomado parte en la realización de aquellos ilícitos. Termina la comunicación así: "Solicitamos al señor Gobernador las medidas conducentes para acabar de una vez por todas con esta grave situación que estamos viviendo".

El doctor Luis Torres Quintero presentó el 23 del mismo mes de junio ante el Tribunal Superior de Tunja denuncia contra el doctor Aníbal de J. Medina, por razón de haber publicado el periódico "Atalaya" la carta suscrita por éste y dirigida al señor Gobernador del Departamento "en la cual se hace la relación de algunas muertes ocurridas en pueblos de la Provincia de Occidente del Departamento, afirmando que tales muertes se han producido por "gentes que obedecen claras consignas políticas de los señores Luis Torres Quintero y Carlos Castillo".

Considera el denunciante que el hecho configura una flagrante violación del artículo 12 del Título I, Capítulo sobre "Calumnia e injuria", del estatuto sobre prensa contenido en el Decreto 0271 de 1957. Y termina la denuncia en los siguientes términos: "Con las afirmaciones del señor Aníbal de J. Medina, contenidas en el texto de su carta al Gobernador, fecha 16 de junio del mes en curso, y con la citación expresa de mi nombre en la mencionada comunicación, se ha incurrido en lo que la ley de prensa en el artículo

nombrado, denomina un hecho en contra de una persona "susceptible de exponerlo a la animadversión o al desprecio público".

Resultandos:

1º. Adelantada la investigación por el Magistrado a quien le correspondió conocer del negocio, de conformidad con los artículos 69 y 70 del citado decreto, por auto de veintinueve de julio último calificó el proceso considerando el hecho imputado al doctor Medina dentro del artículo 12 del estatuto sobre prensa.

2º. Para acreditar la materialidad del posible ilícito, se acompañó a la denuncia un ejemplar del periódico "Atalaya" correspondiente al veintuno de junio del año próximo pasado, en el cual obra la publicación del documento dirigido al Gobernador de Boyacá, suscrito por Aníbal de J. Medina, y se contiene todo lo que se ha compeñado en la relación de los hechos de esta providencia. También se obtuvo una copia de la Resolución 0359 de 8 de mayo de 1958, por la cual el Ministerio de Gobierno concedió licencia para la publicación de Atalaya "periódico semanal de Tunja".

3º. Sobre el elemento subjetivo, se oyó en declaración indagatoria al doctor Aníbal de J. Medina quien en lo pertinente dijo: "El memorial de agravios que publica Atalaya no sé de dónde lo sacó el periodista doctor Castro Pinzón. Este memorial lo dirigí yo al Gobernador de Boyacá y yo lo suscribí en la debida oportunidad". Más adelante manifiesta que el único ejemplar que firmó lo puso personalmente en manos del Gobernador acompañado de los miembros del directorio, doctores Cepeda Guerra, Bernardo Rodríguez y Luis Morales Niño. Finalmente dice que no sabe quién haya llevado al periódico Atalaya el escrito mencionado para la publicación en ese periódico.

El director de dicho periódico, doctor Gustavo Castro Pinzón, declara que el memorial apareció en su oficina, sin firma, pero que no sabe o no recuerda qué persona lo envió ni quién se lo llevó; que por habérsele traspapelado, la publicación la hizo del texto aparecido en "El Tiempo" dos días antes. Deja expresa constancia de que el doctor Medina no fue la persona que se lo llevó.

De estos dos únicos medios de prueba sobre la imputación y la responsabilidad que quepa al doctor Medina en relación con la publicación del escrito en cuestión, resulta que ella no puede atribuírsele a él, porque, lejos de probarse, la

desvirtúa la declaración del propio director del periódico, quien afirma que el doctor Medina no se la llevó y que la publicación que hizo "Atalaya" no fue tomada del memorial directamente sino de la que hizo "El Tiempo". Y no hay ninguna prueba de que el doctor Medina hubiera enviado el memorial a este periódico, ni esta publicación ha sido objeto del presente proceso.

Y como al doctor Medina se le hace el cargo solamente por el posible ilícito que hubiera podido cometer al publicar por medio de la prensa la comunicación dirigida al Gobernador, es manifiesto que en la que hizo el periódico "Atalaya" no tuvo participación alguna, y, por lo mismo, no le cabe ninguna responsabilidad penal ya que al tenor de los artículos 12 y 14 del Decreto 0271 de 1957, falta el elemento esencial de los dos ilícitos posibles de cometer por medio de la prensa, que es el de haberse valido de ese medio eficaz para hacer las imputaciones falsas o los ataques al honor o para dar a conocer las faltas o vicios de una persona.

Por este aspecto la sentencia consultada ha de confirmarse.

Debe, empero, hacerse la siguiente rectificación: El auto de calificación del sumario, en cumplimiento de lo preceptuado por el artículo 45 del nombrado decreto, lo hizo por el delito de calumnia y con fundamento en el artículo 12. Aplicando el artículo 159 del C. de P. P. en concordancia con el 74 del mismo estatuto sobre prensa, la absolución debe referirse a la infracción que motivó la calificación de los hechos investigados. Ocurre que la sentencia considera que los cargos configuran el delito de injuria, contemplado en el artículo 14, y no el de calumnia, sancionado en el 12 y por el cual se calificó el sumario.

Si se tiene en cuenta que el artículo 12 contempla dos eventos que son: la imputación por medio de la prensa, en este caso, de un hecho erigido en delito por la ley; y 2º. La imputación de un hecho de carácter deshonesto e inmoral que sea susceptible de exponer al agraviado a la animadversión o al desprecio públicos, es evidente que, si los cargos de que la ola de terrorismo practicado en el occidente de Boyacá "por gentes que obedecen a claras consignas políticas de los señores Luis Torres Quintero y Carlos Castillo", con la enumeración de los varios delitos de homicidio, de lesiones personales y de ataques a domicilio, que forman esa ola de violencia, no alcanza a configurar la primera modalidad de la calumnia, sí estructuran la segunda, porque cualquiera que lea desprevénidamente el memorial,

entiende que los aludidos son autores intelectuales o inspiradores de esa violencia, y por lo mismo el cargo los expone a la animadversión de todas aquellas personas donde se ha desarrollado la violencia y especialmente de las que han sido víctimas de ella. Por esta razón, considera la Corte que la sentencia del Tribunal debía guardar armonía con el delito a que se refiere la calificación del sumario, que lo fue por uno de los que consagra el artículo 12.

Con esta rectificación, es el caso de confirmar la sentencia consultada.

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Paritaria, adminis-

trando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma la sentencia de veintiséis de septiembre de mil novecientos cincuenta y ocho, en la que se absuelve al doctor Anibal de J. Medina del delito de calumnia por el cual dio denuncia el doctor Luis Torres Quintero, y se calificó el hecho incriminado.

Cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Arturo C. Posada—Enrique Coral Velasco—Jorge

Soto Soto, Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

SERVICIOS PROFESIONALES PARA UN TERCERO. — QUIEN PRESTA SERVICIOS INMATERIALES NO QUEDA COMPRENDIDO DENTRO DEL CONTRATO DE TRABAJO, YA QUE HAY AUSENCIA DE SUBORDINACION ENTRE EL QUE PRESTA EL SERVICIO Y QUIEN LO RECIBE, EN FORMA QUE LA ACTIVIDAD DEL PRIMERO ES LIBRE RESPECTO AL MODÓ, LUGAR Y TIEMPO DE REALIZACION. — RETRIBUCION O COMPENSACION A QUIEN LOS PRESTA. — DIFERENCIAS ENTRE MANDATO Y EL ARRENDAMIENTO DE OBRA Y EL DE SERVICIOS. — PUDIENDO LAS PARTES CELEBRAR CONTRATOS QUE NO ATENTEN CONTRA EL ORDEN PUBLICO Y LAS BUENAS COSTUMBRES, NO SE VE INCONVENIENTE PARA QUE SE PUEDA CONTRATAR CON UN MEDICO PRESTACION DE SERVICIOS PARA OTRA PERSONA, CASO EN EL CUAL EL PROFESIONAL ESTA EN CAPACIDAD DE HACER EFECTIVO EL COBRO DE SUS HONORARIOS A QUIEN LO CONTRATO. EN EL PERFECCIONAMIENTO DE UN CONTRATO DE SERVICIOS MEDICOS A FAVOR DE UN TERCERO NO HAY REPRESENTACION, PUES EL CONTRATO SE CONCLUYE EN NOMBRE PROPIO Y LOS EFECTOS, CUANDO NO SE SITUAN EN LA PERSONA DEL TERCERO, AFECTAN EXCLUSIVAMENTE A LOS CONTRATANTES. — PUEDE SER DE DOS CLASES EL CONTRATO EN EL CUAL SE PROMETE UNA PRESTACION A FAVOR DE UN TERCERO. — PRUEBA PARA ACREDITAR LA PRESTACION DE SERVICIOS MEDICOS

1.—“Una tradición que se remonta al derecho romano considera que las artes liberales no pueden ser objeto de un contrato de trabajo y lo sustituyen por la noción de mandato. Esa tradición es consecuencia del carácter de arrendamiento que tradicionalmente se asignaba al contrato de trabajo; parecía que ciertas profesiones repugnaban ser objeto de él. No se arriendan los servicios de un médico, de un profesor, de un abogado. La jurisprudencia del siglo XIX ha seguido generalmente ese criterio, y considera que el contrato celebrado es un mandato y no un arrendamiento de servicios o de obra. Desde hace mucho tiempo se formó una tendencia doctrinal muy sólida en sentido contrario, la cual demostró que ese contrato no tiene los caracteres del mandato, puesto que no resulta de él ninguna representación, sino los del contrato de trabajo, con la sola particularidad de que el trabajo que hay que suministrar es de orden intelectual; se trata por otra parte, frecuentemente, de un contrato de empresa más bien que de trabajo propiamente dicho. Podemos

esperar que la substitución de las palabras “contrato de trabajo” y “contrato de empresa” a las de “arrendamiento de servicios” o “de trabajo” tendrá como consecuencia encaminar a la jurisprudencia a restituir al contrato su verdadero carácter. Parece notarse ya una evolución en ese sentido” (Planiol y Ripert, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Tomo XI, página 20).

Desde luego, el planteamiento anterior no excluye la posibilidad de que pueda existir un mandato conferido a un trabajador intelectual, caso en el cual se aplican las normas de dicho contrato, cual ocurre en los casos en que el abogado se compromete a llevar la representación del cliente en un proceso, lo que configura el mandato judicial, distinguiéndose así la actividad de aquel profesional del evento en que únicamente presta sus servicios en razón de consejos, conceptos o consultas en las cuestiones inherentes a su rama.

Como se ve, la tendencia contemporánea se orienta en el sentido de que el contrato de que se viene hablando encaja más pro-

piamente en el de empresa, mas se le deben aplicar en lo posible las disposiciones sobre prestación de servicios. Además, es claro que quien presta servicios inmateriales no queda comprendido dentro del contrato de trabajo, ya que hay ausencia de subordinación entre el que presta el servicio y quien lo recibe, en forma que la actividad del primero es libre respecto al modo, lugar y tiempo de realización. Messineo observa lo siguiente: "Así, pues, se tiene de una parte, la obra de los profesionales y de los artistas (médicos, cirujanos, ingenieros, arquitectos, abogados.....: las denominadas profesiones intelectuales o liberales); de otra parte, la de los artesanos. Los unos y los otros de estos sujetos se distinguen de los empleados y, respectivamente, de los prestadores de trabajo subordinado" (Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo V, página 242).

En todo caso, es evidente que el arrendamiento de obra y el de servicios se distinguen del mandato, "ya que la misión del mandatario consiste esencialmente en que celebra por el mandante actos jurídicos, mientras que el arrendamiento de obra o de servicios tiene por objeto un trabajo cualquiera" (Planiol y Ripert, obra citada, pág. 768).

Mas cualquiera que sea la doctrina que se profese al respecto, en la prestación de servicios por parte de los profesionales, existe, por regla general, una retribución o compensación a quien los presta, denominada honorarios, por lo cual es aplicable lo dispuesto en el artículo 2054 del C. C.

2.—Ocurren respecto a la prestación de servicios médicos situaciones que es necesario distinguir.

Es claro que si una persona requiere al facultativo para que la asista, habrá contratado con él la prestación correspondiente; es igualmente cierto que si el enfermo comisiona a alguien para llamar al galeno, queda ligado con éste para los fines respectivos; por último no admite duda que si persona distinta al enfermo y sin autorización del mismo solicita al médico para que lo asista, y el enfermo acepta en forma expresa o tácita dichos servicios queda igualmente vinculado con quien los presta, por razón de una agencia oficiosa ratificada y no propiamente por lo previsto en el ar-

tículo 1.506 del Código Civil, como pudiera sugerirse, ya que la estipulación por otro implicaría en tal caso que un tercero contratara con el paciente los servicios de un médico y que éste implícita o explícitamente cumpliera lo convenido, ya que en realidad el médico sería el obligado en relación con tales servicios.

Pero 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 costada. 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 de que sólo el paciente debe pagarlos, 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 constituido 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 exte-

riorizar, determinen la contratación. Bueno es recordar aquí que según el artículo 1.524 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, 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.

Anota Eneccerus que ya en el derecho romano era posible que una persona se hiciera prometer una prestación para un tercero, teniendo esta promesa por efecto adquirir, quien la recibía, un derecho de crédito dirigido a que se cumpliera al tercero la respectiva prestación. "Naturalmente — agrega el citado autor— sólo se requiere un interés digno de protección, pero según la opinión exacta lo mismo aquí que en otras relaciones de obligación, no es menester que sea precisamente un interés pecuniario".

En este evento, en el perfeccionamiento de un contrato a favor de un tercero no hay representación, pues el contrato se concluye en nombre propio y los efectos, cuando no se sitúan en la persona del tercero, afectan exclusivamente a los contratantes.

3.—El contrato en el cual se promete una prestación a favor de un tercero puede ser de dos clases, o sea aquél en que el tercero adquiere un derecho en virtud del contrato, contrato a favor del tercero propiamente tal, y aquél en que el promitente se obliga sólo a favor de quien recibe la promesa, a realizar una prestación a favor del tercero, de manera que no se deriva derecho alguno para éste. Este caso puede calificarse como contrato impropio a favor del tercero. "Su

naturaleza jurídica, no ofrece especialidad alguna, pues sólo el contenido de la obligación del deudor se determina en el sentido de que el acto debido tiene que ejecutarse hacia el tercero. El que el deudor se libre en virtud de la prestación al tercero, no tiene su fundamento en que el contrato contenga un apoderamiento tácito al tercero para recibir la prestación, sino sencillamente en que la prestación al tercero es el contenido de la obligación" (autor citado, Derecho de las Obligaciones, Tomo III, páginas 170 y 172).

Y los traductores de la obra, Blas Pérez y José Algüer, catedráticos de la Universidad de Barcelona, refiriéndose al Derecho Español expresan que el supuesto anterior "es el corriente entre los contratos por los que el deudor se obliga frente a su único acreedor a dar o hacer, con la única particularidad, que no es digna de atención especial, de que en lugar de cumplir su obligación en manos del acreedor, lo verifica en virtud de realizar la prestación al tercero" (Obra citada, página 174).

4.—La doctrina ha aceptado, de acuerdo con el artículo 92 de la Ley 153 de 1887, inciso 3º, que los servicios médicos pueden acreditarse, incluso con prueba testimonial. Al efecto, el profesor Antonio Rocha expresa: "Las prestaciones debidas a los médicos suelen no consignarse por escrito. El médico no exige previamente, salvo casos excepcionales, que se han discutido por la justicia, el arreglo del precio de sus servicios como condición indispensable para prestarlos. Esa es una hipótesis muy frecuente en las enfermedades del hogar: se llama al médico por teléfono sin saber qué tan prolongada asistencia médica requiere el enfermo y la enfermedad de que se trata. No existe la costumbre, ni es natural que la haya, de exigirle a un facultativo el arreglo previo del valor de los honorarios, de manera que una prestación médica de esta clase puede valer muchísimo más de quinientos pesos, y por testigos o cualquiera clase de pruebas se puede demostrar cuál fue el monto debido al médico a consecuencia de los servicios que él ha prestado". (De la Prueba en el Derecho, tercera edición, página 113).

Civil. — Bogotá, abril seis de mil novecientos cincuenta y nueve.
(Magistrado ponente: Dr. Hernando Morales M.).

Se decide el recurso de casación inrpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 11 de septiembre de 1957, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario promovido por el doctor Pedro J. Vallejo frente a Pedro P. Ceballos.

Antecedentes.

El doctor Pedro J. Vallejo demandó a Pedro P. Ceballos para que se le condenara a pagarle la suma de \$ 25.000.00 "o la que en este o en otro juicio acredite por medio de peritos, por concepto de los servicios médicos que él solicitara para ser prestados por el doctor Pedro J. Vallejo a su hija doña Marina Ceballos de Osorio, de conformidad con los hechos de la demanda".

En subsidio, solicitó que tal cantidad, o la que se demostrara posteriormente, debe pagarla la sucesión de Marina Ceballos de Osorio, representada por su cónyuge Gerardo Osorio y por sus hijos allí designados, a su turno representados por el padre. Luégo aclaró la demanda en el sentido de expresar que la petición subsidiaria debe entenderse enderazada frente a la mencionada sucesión representada por los referidos menores impúberes, quienes comparecen a través de su padre, el citado Gerardo Osorio, pero el actor desistió expresamente de tal pretensión, antes de la notificación del auto admisorio de la demanda a Osorio, desistimiento que fue decretado por el Juzgado.

Los hechos en que se basa la solicitud inicial se resumen así: 1º.—En mayo de 1950 Pedro P. Ceballos hizo comparecer a su casa de esta ciudad al médico Vallejo a fin de que prestara sus servicios profesionales a su hija Marina Ceballos de Osorio.

2º.—Previo junta médica en la que intervinieron otros galenos, el doctor Vallejo llegó a la conclusión de que era incurable la enfermedad de la paciente y así lo hizo saber a la familia, advirtiéndole que con un tratamiento adecuado podría prolongarse la vida por algún tiempo.

3º.—Desde entonces y hasta el mes de mayo de 1952 el demandante fue médico de cabecera de la mencionada señora y por tanto le hizo frecuentes visitas, en varias ocasiones durante las horas de la noche, habiendo tenido además que practicarle un tratamiento de psicoterapia, que

se hizo necesario, todo lo cual le tomó mucho tiempo.

4º.—Durante varios meses el doctor Vallejo, en asocio del doctor Mario Gaitán Yanguas, irradió a la enferma, y los honorarios de éste fueron pagados, lo mismo que los de un practicante, por el señor Pedro Ceballos.

5º.—Tanto Ceballos como otros miembros de la familia de la enferma, resolvieron que el doctor Vallejo realizara el tratamiento, no sólo porque aquél le hizo desaparecer un eritema nudoso que la mortificaba, sino porque tuvieron en consideración los estudios realizados por Vallejo en universidades y hospitales extranjeros.

6º.—El tratamiento fue tan completo y adecuado, que la enferma tuvo un período de mejoría en que pudo salir de la casa, e incluso hacer un viaje a Armenia. Además, los médicos en 1949 le practicaron una intervención quirúrgica que soportó muy bien, habiéndose atribuido esta circunstancia a la eficacia del tratamiento mencionado.

7º.—Poco antes de fallecer doña Marina en mayo de 1952, el demandante pasó una cuenta por \$ 15.000.00, a solicitud del señor Pedro P. Ceballos, cuenta que realmente valía \$ 25.000.00, pero que Vallejo la redujo "por deferencia especial a la familia Ceballos".

8º.—A Ceballos y Gerardo Osorio, se les hizo alta la cuenta y no la han pagado.

La primera instancia terminó con sentencia absolutoria para el demandado que lleva fecha 17 de marzo de 1955. Apelada por el demandante, fue confirmada por el Tribunal, con costas para el recurrente.

La sentencia recurrida.

Esta pieza considera que la prestación de servicios profesionales participa más de las peculiaridades del arrendamiento de servicios que de las del mandato, porque se trata de labores inmateriales en que predomina la inteligencia, y porque en la prestación de servicios por profesionales de esta índole no existe facultad de representación; que quien queda obligado a pagar los servicios prestados es el paciente, salvados los casos en que éste sea un incapaz, aunque sule presentarse el evento de la estipulación por otro cuando terceras personas solicitan los servicios para el enfermo, cuando éste los acepte; que si el que recibe la atención médica llegare a fallecer, sus sucesores deben cumplir con la preindicada obligación, y que no habiéndose perse-

guido a la sucesión de quien fuera paciente del médico, ya que hubo el desistimiento referido, que el Tribunal critica, el demandado carece de legitimación de causa pasiva para responder de la obligación respectiva.

El recurso.

Tres cargos, dentro de la causal primera del artículo 520, se formulan contra la sentencia, los cuales se sintetizan en seguida.

1º.—Error de derecho en la apreciación de determinadas pruebas que condujo a la violación de los artículos 2.069 y 2.144 del Código Civil “por falta de aplicación e interpretación errónea”, y además de los artículos 2.142, 2.143, 2.146, 2.150, 2.184, 2.063, 2.054, 2.056, primer inciso, de la misma obra “por el mismo motivo”.

Las pruebas erróneamente apreciadas, según el recurrente, fueron las posiciones en que se declaró confeso al demandado, y las declaraciones de María de Jesús Gutiérrez, César Gómez Villagas, Mario Gaitán Yanguas, Carlos Rey León, Carlos Amézquita y Manuel A. Velosa.

2º.—Error de hecho en la apreciación de determinadas pruebas, que llevó a la infracción de las mismas disposiciones legales mencionadas en el cargo anterior.

Las pruebas dejadas de apreciar, de acuerdo con la demanda de casación, fueron las referidas posiciones y las declaraciones mencionadas, además de la de Luis Jaramilo Botero, medios todos que configuran prueba indiciaria suficiente para sustentar las pretensiones aducidas por el actor.

3º.—Violación directa, por inaplicación, del artículo 2.069 del Código Civil y de las normas del mismo Código antes enunciadas.

Se considera:

El artículo 2.144 del Código Civil dice: “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 artículo 2.069 de la misma obra reza: “Los artículos precedentes se aplican a los servicios que según el artículo 2.144 se sujetan a las reglas del mandato, en lo que no tuvieren de contrario a ellas”.

Por esta razón, comentando las dos disposiciones equivalentes del Código Chileno, expresa Alessandri Rodríguez: “De manera que las carreras y profesiones liberales se rigen en primer lugar por las reglas del mandato y en seguida por las

del arrendamiento de servicios inmateriales, en lo que no se contrapongan con las primeras. En realidad, los servicios prestados por los médicos, abogados e ingenieros no pueden considerarse como un mandato porque no llevan envuelta la facultad de representar a otro, y si la ley ha asimilado estos servicios al mandato, fue porque creyó desdoso reglamentarlos en el arrendamiento” (Derecho Civil, De los Contratos, página 185). Y más adelante agrega, refiriéndose a la norma que ordena aplicar las disposiciones del arrendamiento de servicios: “... pero esta disposición no significa en manera alguna que tales servicios sean mandatos, sino que simplemente ha determinado las reglas que se aplicarán en cuanto a los efectos de una obligación de esa clase, sin modificarles su carácter esencial. En consecuencia, las reglas que estudiaremos en el presente capítulo serán también aplicables a esos servicios” (Página 215 de la obra citada).

Planiol y Ripert en el tomo XI de su Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, exponen a este propósito: “Una tradición que se remonta al derecho romano considera que las artes liberales no pueden ser objeto de un contrato de trabajo y lo substituyen por la noción de mandato. Esa tradición es consecuencia del carácter de arrendamiento que tradicionalmente se asignaba al contrato de trabajo; parecía que ciertas profesiones repugnaban ser objeto de él. No se arriendan los servicios de un médico, de un profesor, de un abogado. La jurisprudencia del siglo XIX ha seguido generalmente ese criterio, y considera que el contrato celebrado es un mandato y no un arrendamiento de servicios o de obra. Desde hace mucho tiempo se formó una tendencia doctrinal muy sólida en sentido contrario, la cual demostró que ese contrato no tiene los caracteres del mandato, puesto que no resulta de él ninguna representación, sino los del contrato de trabajo, con la sola particularidad de que el trabajo que hay que suministrar es de orden intelectual; se trata por otra parte, frecuentemente, de un contrato de empresa más bien que de trabajo propiamente dicho. Podemos esperar que la substitución de las palabras “contrato de trabajo” y “contrato de empresa” a las de “arrendamiento de servicios” o “de trabajo” tendrá como consecuencia encaminar a la jurisprudencia a restituir al contrato su verdadero carácter. Parece notarse ya una evolución en ese sentido” (Obra citada, página 20).

Desde luego, el planteamiento anterior no excluye la posibilidad de que pueda existir un mandato conferido a un trabajador intelectual,

caso en el cual se aplican las normas de dicho contrato, cual ocurre en los casos en que el abogado se compromete a llevar la representación del cliente en un proceso, lo que configura el mandato judicial, distinguiéndose así la actividad de aquel profesional del evento en que únicamente presta sus servicios en razón de consejos, conceptos o consultas en las cuestiones inherentes a su rama.

Como se ve, la tendencia contemporánea se orienta en el sentido de que el contrato de que se viene hablando encaja más propiamente en el de empresa, mas se le deben aplicar en lo posible las disposiciones sobre prestación de servicios. Además, es claro que quien presta servicios inmateriales no queda comprendido dentro del contrato de trabajo, ya que hay ausencia de subordinación entre el que presta el servicio y quien lo recibe, en forma que la actividad del primero es libre respecto al modo, lugar y tiempo de realización. Messineo observa lo siguiente: "Así, pues, se tiene de una parte, la obra de los profesionales y de los artistas (médicos, cirujanos, ingenieros, arquitectos, abogados.: las denominadas profesiones intelectuales o liberales); de otra parte, la de los artesanos. Los unos y los otros de estos sujetos se distinguen de los empleados y, respectivamente, de los prestadores de trabajo subordinado" (Manual de Derecho Civil y Comercial, tomo V, página 242).

En todo caso, es evidente que el arrendamiento de obra y el de servicios se distinguen del mandato, "ya que la misión del mandatario consiste esencialmente en que celebra por el mandante actos jurídicos, mientras que el arrendamiento de obra o de servicios tiene por objeto un trabajo cualquiera" (Planiol y Ripert, obra citada, página 768).

Mas cualquiera que sea la doctrina que se profese al respecto, en la prestación de servicios por parte de los profesionales, existe, por regla general, una retribución o compensación a quien los presta, denominada honorarios, por lo cual es aplicable lo dispuesto en el artículo 2.054 del Código Civil, cuyo texto es el siguiente: "Si no se ha fijado precio, se presumirá que las partes han convenido en el que ordinariamente se paga por la misma especie de obra, y a falta de éste, por el que se estimare equitativo a juicio de peritos". Por esta causa, la Corte expone: "El artículo 2.054 del Código Civil, referente a la fijación del precio por la confección de una obra material, es aplicable a la estimación de precio de servicios profesionales. Ello no es opuesto a ninguna regla

del mandato, y es más bien la regla común en cuanto al pago de servicios inmateriales, según resulta de la relación que existe entre las disposiciones de los artículos 2.063 y 2.069 del Código Civil" (G. J., tomo XXX, página 52).

Ocurren respecto a la prestación de servicios médicos situaciones que es necesario distinguir, ya que, como se ha visto, la sentencia del Tribunal descansa en el principio de que sólo queda obligado para con el facultativo, quien solicita atención médica, sea directamente o por medio de mandatario, quien contrata ésta para sus dependientes o subordinados, o quien acepta los servicios, cuando la búsqueda del médico se realiza por otra persona, en virtud de estipulación por otro.

Es claro que si una persona requiere al facultativo para que la asista, habrá contratado con él la prestación correspondiente; es igualmente cierto que si el enfermo comisiona a alguien para llamar al galeno, queda ligado con éste para los fines respectivos; por último, no admite duda que si persona distinta al enfermo y sin autorización del mismo solicita al médico para que lo asista, y el enfermo acepta en forma expresa o tácita dichos servicios, queda igualmente vinculado con quien los presta, por razón de una agencia oficiosa ratificada y no propiamente por lo previsto en el artículo 1.506 del Código Civil como lo sugiere el Tribunal, ya que la estipulación por otro implicaría en tal caso que un tercero contratara con el paciente los servicios de un médico y que éste implícita o explícitamente cumpliera lo convenido, ya que en realidad el médico sería el obligado en relación con tales servicios.

Pero 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, si no 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 costeadá. 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 oca-

sionalmente 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 constituido 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 1.524 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.

Anota Eneccerus que ya en el derecho romano era posible que una persona se hiciera prometer una prestación para un tercero, teniendo esta promesa por efecto adquirir, quien la recibía, un derecho de crédito dirigido a que se cumpliera al tercero la respectiva prestación. "Naturalmente —agrega el citado autor— sólo se requiere un interés digno de protección, pero según la opinión exacta lo mismo aquí que en otras relaciones de

obligación, no es menester que sea precisamente un interés pecuniario".

En este evento, en el perfeccionamiento de un contrato a favor de un tercero no hay representación, pues el contrato se concluye en nombre propio y los efectos, cuando no se sitúan en la persona del tercero, afectan exclusivamente a los contratantes.

El contrato en el cual se promete una prestación a favor de un tercero puede ser de dos clases, o sea aquel en que el tercero adquiere un derecho en virtud del contrato, contrato a favor del tercero propiamente tal, y aquél en que el promitente se obliga sólo a favor de quien recibe la promesa, a realizar una prestación a favor del tercero, de manera que no se deriva derecho alguno para éste. Este caso puede calificarse como contrato impropio a favor del tercero. "Su naturaleza jurídica, no ofrece especialidad alguna, pues sólo el contenido de la obligación del deudor se determina en el sentido de que el acto debido tiene que ejecutarse hacia el tercero. El que el deudor se libere en virtud de la prestación al tercero, no tiene su fundamento en que el contrato contenga un apoderamiento tácito al tercero para recibir la prestación, sino sencillamente en que la prestación al tercero es el contenido de la obligación" (Autor citado, Derecho de las Obligaciones, tomo II, páginas 170 y 172).

Y los traductores de la obra, Blas Pérez y José Alguer, catedráticos de la Universidad de Barcelona, refiriéndose al derecho español expresan que el supuesto anterior "es el corriente entre los contratos por los que el deudor se obliga frente a su único acreedor a dar o hacer, con la única particularidad, que no es digna de atención especial, de que en lugar de cumplir su obligación en manos del acreedor, lo verifica en virtud de realizar la prestación al tercero". (Obra citada, pág. 174).

Lo anteriormente expuesto determina que el Tribunal violara directamente los artículos 2.069 del Código Civil en cuanto ordena aplicar a los servicios de las profesiones y carreras las reglas del mandato en lo que no tuvieren de contrario a ellas, ya que dejó de aplicar y, por tanto, también infringió los artículos 2.063 que ordena aplicar a los servicios inmateriales las reglas del artículo 2.054 que dice que si no se ha fijado precio para ellos se presumirá el que ordinariamente se paga por la misma especie de actividad, y a falta de éste regirá el que estimen peritos, normas citadas por el recurrente en el tercer cargo de la demanda. La infracción se originó en que ante un

convenio sobre servicios, desconoció la personería del demandado para responder de la satisfacción de los honorarios del facultativo, considerando erróneamente que el contrato en este caso no podía celebrarse sino por el paciente.

Lo dicho significa que haya que casar la sentencia recurrida, sin necesidad de entrar en el análisis de los demás cargos (C. J. 538), y deba proferirse la sentencia de instancia.

Sentencia de instancia.

En primer término, se hace el siguiente recuento probatorio:

a) De las posiciones en que fue declarado confeso el demandado Ceballos se deduce en lo pertinente: Que Marina Ceballos de Osorio se encontraba enferma en mayo de 1950 en la casa de su padre y a la sazón el marido de ella se hallaba en Armenia; que el demandado cuando solicitó servicios médicos para la enferma del doctor Gaitán Yanguas, no procedió como recomendado del marido de Marina; que Ceballos retiró el saludo a Carlos Amézquita cuando éste declaró en el presente juicio que había sido enviado por aquél en mayo de 1950 para llevar al médico Vallejo a fin de que atendiera a Marina Ceballos; que el demandado autorizó al abogado N. Ossa "para que arreglara o transigiera el valor de los servicios médicos que se cobran en este juicio, con base en una suma módica"; que Ceballos hizo despachar fórmulas médicas dadas por el doctor Vallejo para su hija Marina; y que Ceballos "siempre se consideró más obligado que cualquiera en lo de procurar la salud de su hija Marina".

b) De la declaración de Carlos Amézquita aparece en definitiva: que en mayo de 1950 el testigo ofreció "a la familia Ceballos y al señor Gerardo Osorio" que les llevaría al médico Vallejo, quien le parecía el indicado para tratar a Marina de Osorio y que realmente el médico fue llevado "por insinuación de la familia Ceballos a la casa de éstos (sic) y aconsejó una junta médica"; que en presencia del testigo, el cual vio varias veces al médico prestando servicios a la enferma, la familia le manifestó su conformidad por el tratamiento que recibía la paciente del facultativo.

c) Luis Jaramillo Botero dice: "Que en uno de los días de los meses de octubre o noviembre de 1950 y cuando yo viajaba en uno de los buses de Chapinero hacia el centro de esta ciudad de Bogotá, me encontré en el mismo bus con el señor Pedro Ceballos, quien me contó lo relacionado a la enfermedad que padecía su hija señora Mari-

na. Igualmente es cierto que el mencionado Pedro Ceballos me contó que su mencionada hija Marina se encontraba muy bien gracias al tratamiento que le estaba haciendo el doctor Pedro J. Vallejo a quien había tenido que buscar; también me dijo que estaba muy preocupado y al preguntarle que por qué, me contesó que por no haberle advertido que el yerno de él era el que pagaba el dinero del médico, ahora le tocaba pagar a él, a don Pedro, porque se moriría de pena al irle a quedar mal al facultativo después de haberle salvado de la muerte a su hija por más de dos años".

d) De la declaración del doctor César Gómez Villegas, médico que también prestara servicios a Marina de Osorio, se desprende: que el testigo fue llamado por el doctor Vallejo para practicar a la enferma transfusiones sanguíneas y exámenes de laboratorio; que le consta que Vallejo prestó servicios a la mencionada señora desde el 4 de diciembre de 1951 hasta mayo de 1952, pues en dicha época el declarante también los prestó; y que los suyos le fueron pagados generalmente por la madre de la enferma.

e) De la declaración del doctor Mario Gaitán Yanguas resulta: que junto con el doctor Vallejo y otro médico celebraron reuniones para dictaminar sobre la enfermedad de Marina de Osorio; que el testigo fue médico de dicha enferma de mayo a agosto de 1950, época en la cual el doctor Vallejo igualmente asistía a la paciente, por lo cual los dos se veían allí con frecuencia, habiendo ocurrido lo anterior entre el 10 de agosto de 1950 y el 15 de septiembre de 1951, fecha esta última a partir de la cual el doctor Vallejo quedó como médico de la mencionada señora; que Vallejo ejecutó diversos tratamientos e irradiaciones a la paciente, y fue médico de cabecera de ésta en la época en que tal señora hizo un viaje a Armenia; y que el testigo recibió un cheque por el valor de sus honorarios, girado por Pedro Ceballos.

f) El doctor Carlos Rey León declara que prestó servicios médicos a Marina Ceballos de Osorio entre el mes de mayo de 1950 a 1952; que la mayor parte de sus honorarios se los pagó don Pedro Ceballos; que para esa época el médico de cabecera era el doctor Pedro J. Vallejo, quien actuaba con solicitud y eficacia y visitaba a la enferma constantemente, en muchas ocasiones de noche y aun los días festivos; y que los padres de la enferma y otros médicos elogiaban el tratamiento ordenado por el doctor Vallejo.

g) La segunda declaración de Carlos Amézquita y la de Manuel Velosa, no pueden considerarse

por no haber sido ratificadas dentro del proceso (C. J. Art. 693).

Se advierte igualmente que las declaraciones hasta aquí mencionadas, no obstante haber sido recibidas en el término de pruebas del incidente de excepciones dilatorias, producen todos los efectos en el proceso, ya que el demandante solicitó y el Juzgado decretó que se tuvieran como medios probatorios para el juicio, por lo cual no tiene razón el Juzgado al sugerir que deben poseer una fuerza relativa en virtud del momento en que se produjeron.

A los anteriores medios de convicción se agregan los que en seguida se mencionan:

1.—Las declaraciones de Jahel Larrota y Cecilia Palacios de Campos a quienes les consta que estando en casa del doctor Vallejo el 15 o 16 de abril de 1952, después de las exequias del padre de éste, aquel médico fue llamado de urgencia a casa de Marina Ceballos, por razón de haberse agravado, y el facultativo acudió en el acto a visitarla. La última además expresa que la propia enferma decía que el doctor Vallejo "la tenía muy mejorada, que estaba muy agradecida de él y hablaba maravillas de él, porque a cualquier hora del día o de la noche volaba inmediatamente a su casa, dejando otros pacientes".

2.—La manifestación del apoderado de Pedro Ceballos en la contestación de la demanda, en lo referente a que entre los varios profesionales que prestaron servicios a Marina Ceballos de Osorio figura el doctor Pedro J. Vallejo.

Las probanzas referidas no pierden fuerza ante las producidas por la parte demandada que se reducen, en lo pertinente, a una certificación o informe del Banco de Bogotá, Sucursal Chapinero, sobre que dicho establecimiento pagó tres cheques girados a su cargo por Gerardo Osorio y a favor de Carlos Rey León, quien fue, como se ha dicho, uno de los profesionales que participó en el tratamiento de Marina Ceballos de Osorio, y a dos facturas o cuentas pasadas a Gerardo Osorio por el "Centro Médico" de Prácticas y por la Droguería Nueva York en relación con servicios prestados respectivamente en los meses de septiembre y octubre de 1952 y en los anteriores a julio del mismo año, documentos en los cuales no se menciona el nombre de la señora del deudor, fuera de que, aunque se mencionara, no desvirtuarían los hechos demostrados por el actor a través de las pruebas relacionadas, o sea que el demandado fue quien solicitó los servicios médicos para su hija Marina de Osorio, la cual durante

su prolongada enfermedad final residía en casa de su padre.

En efecto: en la posición cuarta en que fue declarado confeso el demandado, dice éste que al solicitar servicios médicos en general y particularmente los del doctor Gaitán Yanguas, no advirtió que procedía como recomendado del marido de su hija; en la posición séptima expresa que Ceballos autorizó al abogado Ossa para que arreglara o transigiera el valor de los servicios que se cobran en el presente juicio, con base en una suma médica, y en la décima dice que el demandado siempre se consideró más obligado que cualquiera en procurar la salud de su hija.

Por otro lado, la declaración de Luis Jaramillo Botero, antes transcrita, es un indicio importante respecto a que Pedro Ceballos aceptó que no había advertido a su yerno que debía pagar el mencionado médico por los servicios a Marina, de modo que le tocaría pagar a él. Por último, las declaraciones de Carlos Amézquita y el doctor Gaitán Yanguas completan el haz indiciario que lleva la convicción a la Corte de que realmente Ceballos fue quien obtuvo la atención médica para su hija.

Si a lo anterior se añade que la prestación de servicios médicos continuos y de diversa índole por parte del facultativo desde mayo de 1950 hasta mayo de 1952 resulta comprobada con casi todos los medios que obran en el proceso y a que se ha hecho referencia, es necesario deducir que el contrato consiguiente aparece demostrado, ya que, este tipo de convención, cualquiera que sea su valor económico, no requiere prueba escrita para su demostración, fuera de que el propio demandado admite al responder la demanda que tales servicios fueron prestados, y en la posición Séptima acepta presuntivamente que autorizó transigir su monto, lo que permite inferir que reconocía la obligación a su cargo, pues se transigen los conflictos propios y no los ajenos, salvo que medie representación o agencia oficiosa, los cuales no se han demostrado.

La doctrina ha aceptado, de acuerdo con el artículo 92 de la Ley 153 de 1887 inciso tercero, que los servicios médicos pueden acreditarse, incluso con prueba testimonial. Al efecto, el profesor Antonio Rocha expresa: "Las prestaciones debidas a los médicos suelen no consignarse por escrito. El médico no exige previamente, salvo casos excepcionales, que se han discutido por la justicia, el arreglo del precio de sus servicios como condición indispensable para prestarlos. Esa es una hipótesis muy frecuente en las enfermedades del

hogar: se llama al médico por teléfono sin saber qué tan prolongada asistencia médica requiere el enfermo y la enfermedad de que se trata. No existe la costumbre, ni es natural que la haya, de exigirle a un facultativo el arreglo previo del valor de los honorarios, de manera que una prestación médica de esta clase puede valer muchísimo más de quinientos pesos, y por testigos o cualquier clase de pruebas se puede demostrar cuál fue el monto debido al médico a consecuencia de los servicios que él ha prestado". (De la Prueba en el Derecho, Tercera Edición, pág. 113).

Así las cosas, debe aplicarse el artículo 2.054 del Código Civil que dispone que cuando el valor de los servicios no se ha estipulado ni se acredita a través de la costumbre, es procedente la prueba pericial. En este caso el dictamen se produjo, con el resultado de que ambos expertos médicos conceptúan, después de haber examinado los libros y documentos del doctor Vallejo, de aplicar sus conocimientos en la materia, de considerar las opiniones de otros médicos que participaron en la atención a la enferma sobre la actividad del doctor Vallejo, y la preparación científica y ética del demandante, que el valor de los honorarios es la cantidad de \$ 19.190.00.

Para la Sala esta prueba se halla debidamente fundamentada, porque los peritos expresan las razones de sus conclusiones y porque los elementos que les sirvieron de base fueron objeto de una inspección ocular a la cual asistió el representante judicial del demandado, sin que propusiera objeción alguna respecto a ellos. En el acto correspondiente se lee que el doctor Vallejo puso a disposición del personal de la diligencia diversos documentos relativos al tratamiento que hizo a Marina de Osorio, entre ellos la historia clínica, los libros en que aparecen anotaciones relacionadas con las visitas, consultas y demás trabajos profesionales, con especificación de los días y horas en que ellos se prestaron, los cuales quedaron a disposición de los peritos, quienes detalladamente dictaminan sobre el valor separado de las juntas médicas, visitas diurnas, nocturnas y en días feriados, sesiones de psicoterapia y demás actividades que hallaron anotadas en los varios meses de 1951 y en los cuatro primeros de 1952,

lo cual arroja la cantidad de \$ 13.260.00 a base de las tarifas que los expertos uniformemente estiman adecuadas para cada uno de los actos pre-mencionados.

Sin embargo, debe apuntarse que como los propios peritos dicen que no figuran anotaciones correspondientes a los meses de mayo a diciembre de 1950 y que, por tanto, para el cálculo de este lapso hacen un promedio de \$ 794.00 por mes, lo que da \$ 5.930.00, este punto no puede admitirse, puesto que carece de fundamentación, de manera que solamente la cantidad de \$ 13.260.00 será el contenido de la condena, máxime cuando el actor en su demanda afirma haber disminuído su cuenta de \$ 25.000.00 a \$ 15.000.00 por las consideraciones ya vistas, disminución que procesalmente impediría le fuera reconocida cantidad mayor a la aceptada por él de antemano.

Resolución.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de once de septiembre de 1957, revoca la pronunciada por el Juzgado Cuarto Civil de este Circuito el diecisiete de marzo de mil novecientos cincuenta y cinco, y en su lugar resuelve:

Condénase al señor Pedro P. Ceballos a pagar al doctor Pedro J. Vallejo la suma de trece mil doscientos sesenta pesos (\$ 13.260.00) por concepto de los servicios médicos prestados a la hija del demandado, señora Marina Ceballos de Osorio.

Las costas de la primera instancia son de cargo del demandado; no hay lugar a costas en la segunda instancia ni en el recurso de casación.

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

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco—Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge Soto Soto, Secretario.

COMO EL FALLO DE INSTANCIA LLEGA A LA CORTE CUBIERTO POR LA PRESUNCION DE QUE LAS PRUEBAS FUERON BIEN APRECIADAS Y EL DERECHO CORRECTAMENTE APLICADO POR EL TRIBUNAL, NO BASTA PARA LA PROSPERIDAD DEL RECURSO ENSAYAR UN NUEVO ESTUDIO CRITICO DE LAS PROBANZAS

Como quiera que en el recurso extraordinario no se trata de renovar el debate probatorio ,cerrado para siempre en la instancia, sino sólo de demostrar que la tarifa legal ha sido violada, si se alega error de derecho, o de puntualizar contraevidencia procesal, si error manifiesto de hecho se invoca, está fuera de duda que no alcanzará a ser destruída en casación la sentencia acusada porque el recurrente ensaye un estudio crítico diferente de la prueba testimonial, de recibo como elemento de juicio en alegatos de conclusión, pero no ante la Corte para contradecir el fallo de segundo grado que llega cubierto por la presunción de que las pruebas fueron bien apreciadas y el derecho correctamente aplicado por el Tribunal.

Si en los procesos para declarar la paternidad natural por ministerio de la justicia, el sistema normativo de la causal basada en el concubinato defiere en último término a la convicción del sentenciador formada en lo íntimo de su propia conciencia, la prosperidad de la demanda de casación queda circunscrita al supuesto extraordinario de error craso por lo absurdo o por ignorancia de medios que escaparon a los ojos del juzgador para desvirtuar por vía de consecuencia el juicio que emitiera. Porque si la paternidad no es susceptible de prueba directa y su declaración ha de fundarse en inferencias simples cuando se realiza fuera de matrimonio, el grado mismo de convicción que funden y su vigor para el descubrimiento de la verdad procesal, encuentra refugio en el fuero interno del sentenciador y permanece al abrigo de cualquier duda que pudiera surgir de algún examen ulterior de los testigos allegados al debate, en razón de que la duda y la evidencia se excluyen recíprocamente como estados mentales y nunca habrá entonces apoyo plausible para decretar la ruptura del fallo acusado.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, siete de abril de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. José Hernández Arbeláez).

Con súplicas sobre reconocimiento de filiación natural respecto de Roque Hernández Sierra, quien falleció en Siincelejo el 24 de junio de 1954 a la edad de 92 años, y las consecuencias de orden hereditario, entablaron demanda Roque Hernández Vitola y Elvia Hernández Vitola de Vitola contra Darío M. Hernández Carrascal, en calidad de hijo legítimo, único y universal heredero del causante. Fueron invocadas relaciones sexuales notorias y estables entre Hernández Sierra y Carmen Vitola o Romero, madre de los actores, y posesión notoria del estado de hijos naturales.

El Juez Primero Civil del Circuito de Sincelejo cerró la primera instancia del proceso con pronunciamiento de absolución plena el 15 de diciembre de 1955. Pero en el segundo grado, abierto por apelación de la parte demandante, consideró el sentenciador que los testimonios aportados al debate eran bastantes para probar relaciones sexuales públicas y estables de Roque Hernández Sierra con Carmen Vitola o Romero entre los años de 1920 y 1930, dentro de las cuales procrearan a Ricardo y Elvia Isabel Hernández Vitola, y con fecha 31 de octubre de 1956 el Tribunal Superior de Cartagena, después de revocar la sentencia de primer grado, proveyó así:

"1º.—Declárase que Roque Ricardo Hernández Vitola y Elvia Isabel Vitola de Vitola son hijos naturales del señor Roque J. Hernández Sierra.

"2º.—Declárase que Roque Ricardo Hernández Vitola y Elvia Isabel Hernández Vitola, en su condición de hijos naturales de Roque J. Hernández Sierra, son herederos de éste en concurrencia con el señor Darío M. Hernández Carrascal y en la proporción establecida por el artículo 18 de la Ley 45 de 1936.

"3º.—El demandado Darío M. Hernández Ca-

rrascal debe restituir dentro de los quince días siguientes al en que quede ejecutoriada esta sentencia, la cuota o parte que a título de herencia les corresponde en los bienes pertenecientes a la sucesión de Roque J. Hernández Sierra. En cuanto a los frutos naturales y civiles de los bienes que se ordena restituir, debe restituir igualmente a los demandantes, dentro del mismo término, los percibidos por él a partir de la contestación de la demanda con que se inició este juicio.

4º.—El demandado Darío M. Hernández Carrascal tiene derecho a que por los demandantes se le abonen las expensas y mejoras a que se refieren los artículos 965 y 966 del Código Civil, según el caso.

5º.—Condénase al demandado a las costas del juicio”.

EL RECURSO

Contra el fallo de segunda instancia se invoca la causal primera de casación por “error de hecho evidente y por error de derecho en la apreciación de la prueba testimonial aducida en el proceso con violación consecucional a esos errores de la ley probatoria y de la ley sustantiva” —dice la demanda. Y al concluir se expresa así:

“Con los errores de hecho evidentes y de derecho que contiene la sentencia recurrida sobre la prueba testimonial aducida en el proceso, el Tribunal quebrantó el artículo 697 del Código Judicial, por haberlo aplicado al pleito sin ser el caso de hacerlo, el artículo 693 del mismo Código y 399 del Código Civil, por no haberles dado aplicación al caso, los artículos 4º, numeral 4º, y artículos 7º de la Ley 45 de 1936”.

La censura se encamina a descalificar la apreciación que de la prueba testimonial aparece hecha en la sentencia y particularmente de las declaraciones de Pedro Martínez Flórez y Epigmenia Huertas Martínez por no encontrar el Tribunal contradicción entre lo que declararon extrajuicio y lo dicho por ellos frente a las repreguntas que les fueron formuladas en el proceso, con especialidad en lo tocante a la duración aproximada del concubinato de Hernández Sierra y Carmen Vitola entre los años de 1920 y 1930. En sentir del recurrente la falta de precisión de los testigos acerca de la época en que tales relaciones principiaron y se extinguieron, impide tenerlas como fundamento de la impetrada declaración judicial de paternidad natural, en cuanto estima que tanto la posesión de estado como el concubinato exigen para su prueba un conjunto de

testimonios fidedignos que los establezcan de modo irrefragable, lo cual envuelve severidad de criterio en el juzgador y limitación de sus poderes para valorar los testimonios: en lo objetivo, por el carácter irrefragable de la prueba, y en lo subjetivo, por las condiciones personales aptas para abonar el testimonio como fidedigno.

Entra la demanda en el examen de las declaraciones de Pedro Martínez Flórez, Epigmenia Huertas Martínez, Julia Romero Peralta, Margarita Romero Sierra, María Lucía Flórez, Rafael Acosta Colón, Fernando Manrique, Julián Paternina Acosta, José del Tránsito Funes y Toribio Paternina Montes, y no las encuentra ni fidedignas ni irrefragables, en particular por cuanto a la época en que existiera el concubinato. Y añade:

“En todo caso, dado el análisis y el examen minucioso que acabo de hacer de las declaraciones aducidas al proceso por los demandantes para establecer las relaciones sexuales notorias y estables entre Roque Hernández Sierra y Carmen Vitola, aparece que no está establecido literalmente de modo irrefragable, por un conjunto de testimonios, en que todos y cada uno deben serlo así, además de fidedignos, que tales relaciones cubrieran la época en que habría de presumirse la concepción de los demandantes, dada la fecha de su nacimiento establecida en el proceso”.

Es así, en síntesis, como la demanda desprende los alegados errores de derecho y manifiesto de hecho.

SE CONSIDERA:

En lo que es materia de la censura en casación interesa trasladar los siguientes pasos del fallo acusado:

“Entre tales hechos (básicos de la acción) figuran el de haber mantenido Roque Hernández Sierra y Carmen Vitola o Romero relaciones sexuales públicas y estables entre los años de 1920 a 1930, y el de haber procreado dichos señores, como consecuencia de esas relaciones, a Roque Ricardo y Elvia Isabel, los que ahora figuran como demandantes en el presente juicio.

“Los declarantes afirman que durante un largo período de tiempo, que para algunos fue de diez años aproximadamente y para otros de más, Roque Hernández Sierra y Carmen Vitola o Romero hicieron vida de marido y mujer, públicamente, en la población de Las Majaguas y dan cuenta de actos positivos de los que bien puede deducirse la existencia de aquellas relaciones, tales como el haber mandado el señor Hernández construir

una casa para la señora Vitola, la convivencia o comunidad de habitación con ésta en los días que aquél permanecía en Las Majaguas, y el tratamiento de padre que Hernández le daba a los dos hijos que la Vitola tuvo en esa época, Roque Ricardo y Elvia Isabel.....

“La circunstancia de ser todos vecinos de una población pequeña y habitar algunos de ellos en casas próximas a las de la Vitola, les permitía enterarse fácilmente de unas relaciones que, según todos afirman, se llevaron públicamente. Así les fue posible observar que Hernández Sierra habitaba la misma casa de la señora Vitola durante los varios días que de cada semana aquél permanecía en Las Majaguas; que Hernández suministraba alimentos a los dos hijos de Carmen que figuran en este juicio; que Hernández le regaló una casa a Carmen y en ella le puso una pequeña tienda, y observar, asimismo, algunos otros hechos de esa naturaleza, de todos los cuales pudieron lógicamente colegir las relaciones cuya existencia afirman.

“Estima, pues, el Tribunal que los testimonios de que se viene tratando reúnen las condiciones exigidas por la ley, y que con ellos resulta debidamente acreditado que entre el señor Roque Hernández Sierra y Carmen Vitola o Romero existieron, de manera notoria, relaciones sexuales estables”.

“Veamos ahora —continúa el sentenciador— si los demandantes nacieron después de 180 días de haber principiado dichas relaciones o dentro de los 300 días siguientes a aquel en que cesaron, circunstancia sin la cual no hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural....”

El Tribunal cita doctrina de la Corte reiterada en sentencias de casación del 26 de mayo de 1954 (LXXVII, 2141, 602 1º) y 8 de marzo de 1956 (LXXXII, 2165 y 2166, 232 y siguientes), cuanto al valor de la prueba testimonial sobre el motivo 4º para la declaración de paternidad natural; de cómo es sospechosa y desestimable cuando los testigos están acordes en los más mínimos detalles y pormenores de forma, tiempo y lugar; y de cómo

“Para que pueda hacerse la declaración de paternidad natural por haber existido entre el presunto padre y la madre del demandante relaciones sexuales notorias y estables, no es necesario que los testigos que depongan sobre el hecho de la existencia de tales relaciones expresen el día exacto y preciso en que ellas principiaron: basta que la época que ellos señalan como el tiempo en que dichas relaciones tuvieron comienzo, ante-

ceda al nacimiento del que pretende la declaración de ser hijo natural, un lapso por lo menos igual al en que, conforme al Código Civil, se presume que hubo de ocurrir la concepción”. (2141, 602, 1º).

Y agrega la sentencia:

“Ese es precisamente el caso de autos: los declarantes no dicen en qué día preciso comenzaron ni terminaron las relaciones sexuales entre Roque Hernández Sierra y Carmen Vitola o Romero; pero las sitúan en una época que antecede con mucho a la del nacimiento de Roque Ricardo y Elvia Isabel; pues, según pruebas que obran en el expediente, el primero de los nombrados nació el 6 de julio de 1922, y la segunda el 6 de septiembre de 1926, es decir varios años después y varios años antes de que principiara y concluyera el período dentro del cual los testigos ubicaron las relaciones existentes entre los presuntos padres de los demandantes.

“Probada así la existencia de las relaciones sexuales notorias y estables de Roque Hernández Sierra con Carmen Vitola o Romero, y habiéndose acreditado que los demandantes nacieron mucho después de ciento ochenta días de haber comenzado aquellas relaciones y antes de que cesaran, es forzoso considerarlos como hijos de Roque Hernández Sierra y hacer la declaración de paternidad natural impetrada por ellos”.

2.—Como quiera que en el recurso extraordinario no se trata de renovar el debate probatorio, cerrado para siempre en la instancia, sino sólo de demostrar que la tarifa legal ha sido violada, si se alega error de derecho, o de puntualizar contraevidencia procesal, si error manifiesto de hecho se invoca, está fuera de duda que no alcanzará a ser destruida en casación la sentencia acusada porque el recurrente ensaye un estudio crítico diferente de la prueba testimonial, de recibo como elemento de juicio en alegatos de conclusión, pero no ante la Corte para contradecir el fallo de segundo grado que llega cubierto por la presunción de que las pruebas fueron bien apreciadas y el derecho correctamente aplicado por el Tribunal.

Si, además, en los procesos para declarar la paternidad natural por ministerio de la justicia, el sistema normativo de la causal basada en el concubinato defiere en último término a la convicción del sentenciador formada en lo íntimo de su propia conciencia, la prosperidad de la demanda de casación queda circunscrita al supuesto extraordinario de error craso por lo absurdo o por ignorancia de medios que escaparon

a los ojos del juzgador para desvirtuar por vía de consecuencia el juicio que emitiera. Porque si la paternidad no es susceptible de prueba directa y su declaración ha de fundarse en inferencias simples cuando se realiza fuera de matrimonio, el grado mismo de convicción que funden y su vigor para el descubrimiento de la verdad procesal, encuentra refugio en el fuero interno del sentenciador y permanece al abrigo de cualquiera duda que pudiera surgir de algún examen ulterior de los testimonios allegados al debate, en razón de que la duda y la evidencia se excluyen recíprocamente como estados mentales y nunca habrá entonces apoyo plausible para decretar la ruptura del fallo acusado.

3.—En el asunto *sub iudice* no aparece que el sentenciador desconociera o en alguna forma vulnerara el régimen probatorio aplicable al motivo fundado en relaciones sexuales notorias y estables para el reconocimiento judicial de paternidad, aunque se anotara algún reparo intrascendente al recurso, por lo cual no puede predicarse el error de derecho. Y sus razonamientos en la crítica del testimonio que le llevaron al íntimo convencimiento de la paternidad suplicada en la acción, no se encuentran en pugna con los dictados del buen sentido, ni la demanda señala como existente en el proceso medio alguno que evidencie lo contrario, por lo cual tampoco puede predicarse el error manifiesto de hecho.

No ha sido negado el hecho mismo del concubinato Hernández-Vitola. Se asevera que la prueba testimonial no es irrefragable ni fidedigna

para precisar el tiempo en que surgieran y terminaran aquellas relaciones sexuales. Pero su duración por diez o más años consecutivos, extendidos aproximadamente entre 1920 y 1930, dio margen suficiente al sentenciador para haber entendido que Roque Ricardo y Elvia Isabel, por las fechas comprobadas de su nacimiento, fueron fruto de esa unión extraconyugal, sin que su juicio sea tachable en casación, según queda visto.

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, **NO CASA** la sentencia de fecha 31 de octubre de 1956 proferida en el presente juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

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

José Hernández Arbeláez—Hernando Morales
M.—Ignacio Escallón—Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Enrique Coral Velasco—Jorge Soto Soto, Secretario.

INCURRE EN MANIFIESTO ERROR DE HECHO EL FALLADOR QUE DA POR PROBADOS CONTRATOS SOLEMNES CUYA PRUEBA NO OBRA EN EL EXPEDIENTE COMO POR CONVENIO DE LOS CONTRATANTES NO SE PUEDE SUSTITUIR UN MEDIO PROBATORIO LEGAL POR OTRO QUE NO LO SEA, PORQUE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD ESTA LIMITADA POR EL ORDEN PUBLICO Y LAS BUENAS COSTUMBRES, NO SE PUEDE ESTIPULAR QUE PARA LA DEMOSTRACION DE UNA COMPRAVENTA DE BIEN RAIZ SEA SUFICIENTE LA PRUEBA DE CONFESION. — PARA TAL DEMOSTRACION LA UNICA PRUEBA LEGAL ES LA COPIA DE LA ESCRITURA PUBLICA DEBIDAMENTE REGISTRADA. — SE RATIFICA LA DOCTRINA REFERENTE A LA MANERA COMO DEBEN LLEVARSE AL JUICIO LAS ESCRITURAS PUBLICAS

Ha sido clara y constante doctrina de la Corte, la de que las escrituras públicas pueden presentarse de dos maneras durante los términos probatorios; o bien, pidiendo que se libre despacho al Notario para que expida copia y la envíe por conducto del Registrador para que éste le ponga la nota de registro, que es el medio indicado por el artículo 636 del Código Judicial; o bien, en forma directa, acompañando al memorial de pruebas la copia de la escritura autorizada por el Notario, con la nota de registro, que es el sistema especial para esta clase de instrumentos señalados por el artículo 636 ibídem. Esta doctrina, que la Corte reitera, se encuentra consagrada, entre otros en los siguientes fallos: 18 de abril de 1952, G. J., tomo LXXXI, página 731, y tomo LXXXVI, pág. 384.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, abril ocho de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Gustavo Salazar T.).

ANTECEDENTES:

1.—Por escrituras números 64 de 14 de septiembre de 1936 y 39 de 29 de mayo de 1939, ambas de la Notaría de Yumbo, los cónyuges Abel Prado y Florentina Byron de Prado vendieron a su hija Leonisa Prado Bryon el potrero ubicado en el sitio llamado "El Jaguar de la Torre", en jurisdicción del municipio de Palmira, con una extensión de 28 plazas, por linderos claramente especificados. En la primera escritura se hace figurar como

precio de la venta la cantidad de mil pesos y en la segunda la de trescientos pesos.

2.—Por escritura número 2.775 de 24 de noviembre de 1947 de la Notaría Tercera de Cali, Leonisa Prado B., vendió a Manuel Dolores Ayala el mismo bien raíz de que tratan las escrituras antes relacionadas, por la cantidad de mil trescientos pesos.

3.—Por la escritura número 172 de 28 de enero de 1948 de la misma Notaría Tercera, Leonisa Prado B., ratifica y aclara la escritura número 2.775 de venta hecha a Manuel Dolores Ayala y éste vende a Martina Cuero viuda de García un lote de extensión de tres plazas que hace parte del mismo lote de 28 plazas comprado a la Prado, fijándose como precio de la venta por las tres plazas la cantidad de mil quinientos pesos.

4.—María Prado Bryon viuda de Escobar estableció juicio ordinario contra Leonisa Prado B., Manuel Dolores Ayala y Martina Cuero viuda de García, para que se declare que son nulos, por simulados, los contratos de compraventa contenidos en las escrituras números 64 de 1936 y 39 de 1939 de la Notaría de Yumbo y 2.775 de 1947 y 172 de 1948, de la Notaría Tercera de Cali; y que como consecuencia de la declaración de nulidad, se declare también que el bien raíz a que se refieren tales instrumentos pertenece a la sucesión doble intestada e ilíquida de los cónyuges Abel Prado y Florentina Byron de Prado, cuya causa mortuoria se tramita en el Juzgado Primero del Circuito Civil de Cali.

5.—Como hechos sustentadores de la acción, la actora adujo, en síntesis, los siguientes: Ser la demandante hija legítima de los cónyuges Prado-Bryon; que los contratos contenidos en las escrituras 64 y 39 de la Notaría de Yumbo no eran

reales sino simulados, lo que resultaba de una serie de hechos tales como la pobreza de la compradora, el exiguo precio fijado, que apenas equivalía al justo precio de una plaza de terreno, la ancianidad y postración en que se encontraban los vendedores para la época del otorgamiento de las escrituras; la influencia que ejercía la compradora Leonisa Prado sobre sus padres, siendo la única hija que vivía a su lado y el grande interés que puso en el otorgamiento de tales instrumentos, todo lo cual se hizo con el fin de menoscabar la cuota hereditaria de la demandante en su condición de hija del matrimonio Prado-Bryon. Y que las ventas hechas por Leonisa Prado a Manuel Dolores Ayala y la de éste a Martina Cuero se hicieron con el solo propósito de hacer más difícil la persecución del inmueble para la demandante, siendo, por lo mismo, contratos simulados.

6.—El Juzgado Quinto Civil del Circuito de Cali, por sentencia de 5 de febrero de 1955, resolvió así en primera instancia el juicio:

“Primero.—Decláranse nulas, de nulidad absoluta, por simulación total, las escrituras públicas números 64 de 14 de septiembre de 1936 y 39 de 29 de mayo de 1939, ambas de la Notaría del Circuito de Yumbo.

“Segundo.—No hay lugar a declarar la nulidad absoluta de las escrituras 2.775 de 24 de noviembre de 1947 y 172 de 28 de enero de 1948, de la Notaría Tercera de Cali, solicitadas en el punto c) de la parte petitoria de la demanda, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

“Tercero.—En consecuencia, no se hace la declaración pedida bajo el ordinal D) de la misma parte petitoria.

“Cuarto.—Condénase en costas a la señorita Leonisa Prado”.

7.—Ambas partes interpusieron recurso de apelación contra el fallo anterior, el que resolvió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali por sentencia del 31 de octubre de 1956, confirmando en todas sus partes el fallo de primera instancia y condenando en las costas de la segunda a la demandada Leonisa Prado.

EL RECURSO DE CASACION

Contra el fallo del Tribunal interpusieron la actora Leonisa Prado y Manuel Dolores Ayala recurso de casación y surtidos como están los trámites la Corte procede a decidirlo, estudiando en primer lugar la demanda de estos últimos, siguiendo el

orden lógico que manda el artículo 537 del Código Judicial.

En el capítulo 2º de la demanda dice así el recurrente:

“Invoco la causal primera de casación, y acuso la sentencia del Tribunal de Cali de ser violatoria de la ley sustantiva, por infracción indirecta, proveniente de apreciación errónea de pruebas, por lo cual incurrió en error manifiesto de hecho”.

Para fundar este cargo, la parte demandada relaciona las siguientes providencias dictadas en la primera y segunda instancia del juicio:

a) El auto de 24 de noviembre de 1953 dictado por el Juzgado del conocimiento por el cual revocó su propio auto de 23 de octubre del mismo año, que había ordenado tener como pruebas las copias de las escrituras números 64 de 14 de septiembre de 1936 y 39 de 29 de mayo de 1939, presentadas directamente por el apoderado de la demandante durante el primer período de pruebas de la primera instancia, y en su lugar dispone devolver tales instrumentos a la parte que los presentó por “haber sido glosados al expediente en forma indebida”. Contra esta última providencia no se interpuso recurso alguno. (Cuaderno número 3, página 33).

b). El auto de fecha 24 de junio de 1955 dictado por el Tribunal Superior de Cali por el que repone el auto de 22 de abril del mismo año dictado por esa Corporación y que había ordenado librar despacho al Notario de Yumbo para que expidiera copia de las escrituras antes citadas, atendiendo la petición del apoderado de la actora durante el término de pruebas de la segunda instancia, y en su lugar dispone negar tal solicitud, en atención a que el decreto número 0243 de 1951 no permite esta clase de prueba en la segunda instancia. (Cuaderno número 7, página 10).

c). La diligencia de inspección ocular practicada por el mismo Tribunal el 2 de septiembre de 1955, dentro de la cual el apoderado de la demandante presentó copia autorizada de las mismas escrituras para que fueran agregadas al expediente y el Tribunal no accedió a esta solicitud, “porque no se trata —dijo el Magistrado sustanciador— de documentos que se hayan solicitado dentro del respectivo término de prueba” (Cuaderno número 7, página 15 vuelto).

Después de hacer la anterior relación de autos, dice el recurrente:

“Por consiguiente, las escrituras públicas números 64, 39 y 172 citadas son extrañas al proceso, y no forman parte de él. Su presencia en este juicio es puramente física, material, de hecho.

En manera alguna están allí jurídicamente, ni poseen virtualidad legal, ni pueden producir efectos probatorios. Ninguna función procesal ni probatoria desempeñan, ni pueden desempeñar en este juicio. Han debido extraerse del expediente y devolverse a quien las presentó, por el Secretario del Juzgado o del Tribunal, como lo ordenó, respecto de los números 64 y 39 citadas, el Juez de la causa, cuando fueron rechazadas, la primera vez.

"No habiendo sido admitidas, sino rechazadas, judicialmente tales escrituras públicas números 64, 39 y 172, en virtud de providencias ejecutorias del Juzgado y del Tribunal, es a todos visos evidente que la parte actora no aportó al juicio copia de las mismas escrituras; ni comprobó, por consiguiente, su otorgamiento y existencia; ni tampoco comprobó la celebración y existencia de los contratos de compraventa que tachó de simulados y nulos.

"Esto se advierte de modo patente e innegable en el proceso. De suerte que el Tribunal incurrió en manifiesto error de hecho al apreciar como pruebas, no teniendo legalmente esa calidad, las copias de las escrituras públicas números 64, 39 y 172 que aparecen allí; al dar por otorgadas y existentes esas escrituras; al dar por probada la celebración y existencia de los contratos que se dicen contenidas en ellas; al efectuar, a base de tales copias, el análisis de fondo de la cuestión planteada; y al declarar nulos, por simulación, los contratos que se pretenden formalizados por medio de ellas, como si su existencia estuviera demostrada.

"El error es de hecho, una vez que el Tribunal dio por ocurridos hechos no ocurridos: el otorgamiento de las escrituras y la celebración de los contratos de compraventa; o, lo que es igual, por existentes hechos inexistentes: las escrituras y los contratos. Tales hechos no han sucedido o son inexistentes, porque en derecho procesal lo que no se prueba no ha sucedido, no existe".

Estima el recurrente que este error llevó al Tribunal a la violación directa de los artículos 593, 597 del Código de Procedimiento Civil e indirectamente a la infracción de los artículos 1.740, 1.766, 1.857 y 1.757 del Código Civil, en atención a que el sentenciador declaró nulos unos contratos de compraventa de bienes raíces cuya prueba no obra legalmente en el proceso.

La Corte considera:

1.—Estudiado el expediente se encuentra que la relación de autos que hace el recurrente para fundar el cargo se ajusta a la verdad procesal; y

que, por tanto, las copias de las escrituras números 64 de 14 de septiembre de 1936 y 39 de 29 de mayo de 1939 de la Notaría de Yumbo, que contienen los contratos de compraventa de bienes raíces cuya nulidad se pide por ser simulados no debieron ser tenidas en cuenta por el Tribunal al fallar el negocio, en atención a que los autos referidos dispusieron expresamente que no fueran agregadas al expediente, por lo que tales instrumentos no obran en el juicio en debida forma y no pueden producir, por tanto, ningún efecto probatorio.

Dice el expositor Carlos Lessona: "El Juez no puede examinar documentos presentados fuera de tiempo, ni tomar de los mismos elemento alguno de convicción, so pena de violar el principio de que debe juzgar *justa allegata et probata*" (Teoría General de la Prueba en Derecho Civil, tercera edición, tomo I, página 236).

Al tomar en cuenta el Tribunal las copias de las escrituras que obran irregularmente y dar por establecidos en legal forma los contratos de compraventa de bienes raíces cuya nulidad se demandó y decretó, incurrió en manifiesto error al dar por probados contratos solemnes cuya prueba no obra en el expediente, error que lo llevó a la infracción de los artículos 1.857 y 1.757 del Código Civil, pues decretó la nulidad de ellos sin que obrara legalmente la correspondiente escritura pública, que debió aportar al debate la parte actora y si lo hizo, fue rechazada por el juzgador de instancia. Por esta razón debe casarse el fallo recurrido.

2.—Sin que pudiera argumentarse que la parte demandada aceptó en la contestación de la demanda ser ciertos los hechos relacionados con el otorgamiento de las escrituras números 64 y 39, por las cuales Abel Prado y Florentina Bryon de Prado vendieron a Leonisa Prado el potrero del "Jagual de la Torre", porque la confesión no puede suplir en este caso a la escritura pública, ya que la ley ha ordenado el otorgamiento de instrumento de esta naturaleza como formalidad *ad solemnitatem* y, por lo mismo, ningún otro medio de prueba sirve para establecer legalmente el contrato.

Así lo ha dicho la Corte, en los siguientes términos: "Los medios de prueba son creaciones legales en los que va interesado el orden público, y no se puede por convenio de los contratantes sustituir un medio probatorio legal por otro que no lo sea, porque la autonomía de la voluntad está limitada por estos dos motivos: El orden público y las buenas costumbres. Así, el artículo

16 del Código Civil dice que no se podrán derogar por convenios particulares las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres. No podría, *vr. gr.*, estipularse que para demostración de una compraventa de bien raíz fuera suficiente la prueba de confesión o declaraciones de dos testigos. Los autores de pruebas judiciales están de acuerdo en el principio de que por convenios de las partes no se pueden sustituir, destruir o modificar los medios de prueba creados por el legislador, y de que los Jueces, al pronunciar sus fallos, deben atenerse más que a toda otra consideración, a la tarifa legal de pruebas, como el medio más eficaz para poner valla a la arbitrariedad". (Sentencia de 16 de agosto de 1925, GACETA JUDICIAL, tomo XLII, página 239).

3.—La Corte observa, si, que el auto del Juez de primera instancia que negó la petición de la parte actora contenida en el memorial de pruebas presentado en oportunidad y que solicitaba se tuvieran como pruebas las copias de las escrituras números 64 y 39 objeto de la litis y que el actor presentó en forma directa con el memorial petitorio, no se ajustó a la doctrina sentada por la Corte, que ha sido clara y constante en el sentido de que las escrituras públicas pueden presentarse de dos maneras durante los términos probatorios: o bien, pidiendo que se libre despacho al Notario para que expida copia y la envíe por conducto del Registrador para que éste le ponga la nota de registro, que es el medio indicado por el artículo 636 del Código Judicial; o bien, en forma directa, acompañando al memorial de pruebas la copia de la escritura autorizada por el Notario, con la nota de registro, que es el sistema especial para esta clase de instrumentos señalados por el artículo 630 *ibidem*. Esta doctrina, que la Corte reitera, se encuentra consagrada en los siguientes fallos: 18 de abril de 1952, G. J., número 2.113, página 731; 17 de abril de 1953, G. J. número 2.127, página 795; 25 de septiembre de 1953, G. J. número

2.134, página 384; 16 de junio de 1953, G. J. número 2.130, página 483.

4.—Como la demanda con que se inició este juicio pide en primer lugar y como base de todas las peticiones la nulidad de los contratos relacionados en las escrituras que no fueron traídas legalmente a los autos, al no poderse decretar la primera súplica, deben negarse las demás.

Y por cuanto prospera así totalmente el recurso de casación de la parte demandada, no es el caso de entrar a estudiar la demanda de casación de la parte actora.

RESOLUCION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali de fecha treinta y uno de octubre de mil novecientos cincuenta y seis en el juicio ordinario de María Prado Bryon viuda de Escobar contra Leonisa Prado B., Manuel Dolores Ayala y Martina Cuero viuda de García, revoca la de fecha cinco de febrero de mil novecientos cincuenta y cinco dictada por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Cali y falla el presente negocio así:

Niéganse todas las súplicas de la demanda.

Sin costas, ni en las instancias, ni en casación.

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

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco—Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge Soto Soto, Secretario.



LA CALIDAD DE HEREDERO DEPENDE DE DOS SITUACIONES DIVERSAS: LA VOCACION HEREDITARIA Y LA ACEPTACION, PUDIENDO SER ESTA ULTIMA EXPRESA O TACITA. — EN LO QUE ATAÑE A LA PRIMERA SITUACION LA PRUEBA ES ESPECIFICA, LO QUE EXCLUYE LA LIBERTAD PROBATORIA. — EL CARACTER DE HEREDERO PUEDE DEMOSTRARSE O CON EL RECONOCIMIENTO JUDICIAL, O EN SU DEFECTO, CON LAS CORRESPONDIENTES ACTAS DEL ESTADO CIVIL. — LA ACEPTACION EXPRESA O TACITA DE UNA HERENCIA DEBE CONSTAR EN FORMA CLARA E INEQUIVOCA EN HECHOS O MANIFESTACIONES QUE REVELEN EN FORMA EVIDENTE Y CIERTA LA VOLUNTAD DEL ASIGNATARIO DE ACEPTARLA. — ALCANCE DEL ARTICULO 1.299 DEL C. CIVIL. EL ACTOR DEBE PROBAR DURANTE LA SECUELA DEL JUICIO LA VOCACION HEREDITARIA, PUES ES UNO DE LOS EXTREMOS SIN EL CUAL NO PUEDE CONFIGURARSE LA CALIDAD DE HEREDERO

1.—Es principio general de derecho probatorio, que incumbe al actor siguiendo el principio romano "onus probandi incumbit actoris", suministrar la prueba en que basa sus afirmaciones.

La calidad de heredero, es sabido, depende de dos situaciones diversas: la vocación hereditaria y la aceptación, pudiendo ser ésta última expresa o tácita, conforme lo prescribe el artículo 1.298 del Código Civil.

En lo que atañe a la primera situación, la prueba es específica, lo que excluye la libertad probatoria. Porque si bien es cierto que nuestro derecho procesal se informa en el criterio de la amplitud probatoria, también lo es, que allí mismo se señalan específicamente determinados medios de prueba para la comprobación judicial de ciertos hechos o situaciones jurídicas. A este propósito dice Ricci en su Tratado de las Pruebas:

"Los medios de prueba para provocar y producir en el ánimo del Juez el convencimiento de un hecho dado, son los determinados por la ley y no otros, de tal suerte que la ley sería violada si el Juez fundara su convencimiento a aquellos, que la misma no reconoce como tales (Páginas 13 y 14, tomo I). Y agrega además, el nombrado expositor:

"Una doble razón, el interés público de una parte, el interés privado por otra, ha inducido al legislador a determinar los medios de prueba y no dejar éste al arbitrio judicial o de las partes. Aunque al Juez le conste el hecho de la contienda, y esté

convencido por otros medios de la existencia del mismo, no puede suplir ésta su convicción al defecto de los medios legales probatorios".

Dentro de las normas consignadas en nuestro derecho probatorio, el carácter de heredero puede comprobarse o con el reconocimiento judicial, o en su defecto, con las correspondientes actas o partidas del estado civil.

2.—Si bien el hecho de comparecer en juicio asumiendo la calidad de heredero, puede llegar a constituir la aceptación expresa de que habla el artículo 1.299, esto sólo no basta, pues el título correspondiente a tal calidad es un hecho que debe aparecer probado en el proceso por uno de los medios probatorios indicados en la ley.

La aceptación expresa o tácita de una herencia debe constar en forma clara e inequívoca en hechos o manifestaciones que revelen en forma evidente y cierta la voluntad del asignatario de aceptarla. No sobra advertir que los principios que en nuestro derecho civil gobiernan la aceptación de la herencia, se hallan informados en el concepto de que nadie puede ser heredero contra su voluntad.

Más aún, como dicen Colin y Capitant: "No basta que se haya tomado el nombre de heredero para deducir por ese hecho que aceptó la herencia, si se demuestra que al tomar ese nombre quiso decir simplemente que estaba llamado a la sucesión del difunto,

pero no su manifestación de aceptarla" (Decreto Civil, página 152, tomo 7º).

Conviene advertir además, que el artículo 1.299 del Código Civil al decir: "Se entiende que alguien toma el título de heredero cuando obligándose como tal, lo hace en un acto de tramitación judicial", no se refiere desde luego a cualquier clase de actos, sino a uno de aquéllos que por su naturaleza pueda revelar ciertamente la intención o la voluntad de aceptar la herencia.

Es obligación del actor probar durante la secuela del juicio la vocación hereditaria, pues es uno de los extremos sin el cual no puede configurarse la calidad de heredero.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, abril trece de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Ignacio Escallón).

Santiago Borda por medio de apoderado demandó ante el Juez Primero Civil del Circuito de Neiva a la sucesión de doña María Falla viuda de Ferro, representada por sus herederos Luis Humberto, Eugenio, Aurelio, Delia Ferro Falla y Sixta Tulia Ferro de Richard, para que previos los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía, se declarara lo siguiente:

"Primero.—Que la sucesión de doña María Falla viuda de Ferro, representada por sus herederos Aurelio, Luis Humberto, Eugenio y Delia Ferro Falla y Sixta Tulia Ferro de Richard, debe pagar al doctor Santiago Borda, o a quien sus derechos represente, la suma de sesenta mil pesos (\$ 60.000) moneda corriente o la que determinen peritos, como retribución de servicios profesionales prestados en vida a doña María Falla viuda de Ferro; y

"Segundo.—Que la parte demandada debe responder por las costas del juicio, en caso de oposición".

Como hecho fundamental para sustentar las peticiones de su demanda, afirmó el apoderado de la parte demandante que el doctor Santiago Borda prestó a la señora Falla de Ferro sus servicios médicos durante cinco años, sin que la paciente ni sus causahabientes le hubieran reconocido suma alguna por concepto de honorarios.

Los demandados al contestar el traslado de la demanda negaron lo afirmado al respecto por el demandante y una vez cumplidos los trámites de la primera instancia el Juzgado Primero del Circuito Civil de Neiva, por sentencia de fecha 20 de

septiembre de 1953 absolvió a la parte demandada fundándose para ello en la falta de legitimación en la causa de dicha parte, pues según el Juzgado ni se adujo la prueba legal de la defunción de la señora María Falla viuda de Ferro, señalada como causante en la sucesión demandada, ni tampoco fue comprobada la calidad de herederos de los demandados como representantes de la ya nombrada sucesión.

Apelada por el demandante la providencia anteriormente citada fue confirmada, con el salvamento de voto de uno de los magistrados, según sentencia de fecha 8 de marzo de 1957, en la cual se acogieron en su parte motiva los mismos argumentos expuestos por el Juez de primera instancia para fundar su decisión.

Contra la providencia anteriormente mencionada, el apoderado de la parte demandante interpuso el recurso extraordinario de casación, el cual una vez tramitado con arreglo a la ley, ha llegado el momento de decidirlo y a ello se procede.

EL RECURSO

Por medio de una demanda que es propiamente un alegato de instancia, el recurrente formula un solo cargo contra la sentencia del Tribunal de Neiva, acusándola de haber quebrantado los artículos 604 y 605 del Código Judicial y los artículos 1.298, 1.299 y 1.302 del Código Civil por su no aplicación al caso del pleito. En este quebrantamiento de la ley sustantiva incidió el fallador a consecuencia de errores de hecho y de derecho en la interpretación de la demanda como en la respuesta que a ella dieron los demandados, y en desarrollo de dicho cargo, dice así el recurrente:

"Juez y Tribunal imaginaron, de buena fé, según lo creo, que este proceso estaba destinado a ventilar el estado civil de los demandados y por eso reclamaron las pruebas de su filiación legítima; no vieron que en este juicio de lo que se trataba es de deducir a unas personas físicas determinadas, como herederos de la señora Falla de Ferro, una obligación transmisible a cargo de ella.

"Incurrió así el Tribunal en un error de hecho en la apreciación de la demanda, viendo en ella el planteamiento de una litis diferente de la que sus términos contienen, y errando continuó en la valoración del material decisorio, pues al apreciar la contestación de la demanda (folio 31 del cuaderno número 1), dio equivocado valor a lo afirmado en ella así: '..... comparezco a contestar

la demanda de mayor cuantía que contra la sucesión de nuestra legítima madre, señora María Falla de Ferro, representada por nosotros sus herederos...'

"Erró de derecho el Tribunal, violando el artículo 604 del Código Judicial, al atribuir a estas afirmaciones el carácter de confesión, pues no siendo el estado civil de los demandados materia litigiosa, no era posible considerar que al pronunciarlas en juicio les aparejera perjuicio; erró también al pretender dar a lo afirmado en la contestación de la prueba de confesión en frente del artículo 605 del Código Judicial, que violentó igualmente, pues no se trataba de hechos para los cuales la ley exigiera otro medio de prueba, sino de la admisión de una calidad incontrovertida, pero con efectos jurídicos propios".

La Corte considera:

Es principio general de derecho probatorio, que incumbe al actor siguiendo el principio romano "onus probandi incumbit actoris", suministrar la prueba en que basa sus afirmaciones y como el demandante afirmó en su libelo ser las personas emplazadas las heredadas de la causante María Falla viuda de Ferro, ha debido aportar a los autos, ya con la presentación de la demanda, o ya durante el término probatorio como lo prescribe nuestra ley de procedimientos civiles, la prueba pertinente para comprobar aquella calidad. Mas ni una ni otra cosa hizo.

La calidad de heredero, es sabido, depende de dos situaciones diversas: la vocación hereditaria y la aceptación, pudiendo ser esta última expresa o tácita, conforme lo prescribe el artículo 1.298 del Código Civil.

En lo que atañe a la primera situación, la prueba es específica, lo que excluye la libertad probatoria. Porque si bien es cierto que nuestro derecho procesal se informa en el criterio de la amplitud probatoria, también lo es, que allí mismo se señalan específicamente determinados medios de prueba para la comprobación judicial de ciertos hechos o situaciones jurídicas. A este propósito dice Ricci en su Tratado de las Pruebas:

"Los medios de prueba para provocar y producir en el ánimo del Juez el convencimiento de un hecho dado, son los determinados por la ley y no otros, de tal suerte que la ley sería violada si el Juez fundara su convencimiento a aquellos, que la misma no reconoce como tales. (Páginas 13 y 14, tomo I). Y agrega además, el nombrado expositor:

"Una doble razón, el interés público de una parte, el interés privado por otra, ha inducido al

legislador a determinar los medios de prueba y no dejar éste al arbitrio judicial o de las partes. Aunque al Juez le conste el hecho de la contienda, y esté convencido por otros medios de la existencia del mismo, no puede suplir ésta su convicción al defecto de los medios legales probatorios".

Dentro de las normas consignadas en nuestro derecho probatorio, el carácter de heredero puede comprobarse o con el reconocimiento judicial, o en su defecto, con las correspondientes actas o partidas del estado civil, como en resumen lo dijo el Tribunal, sin que por ello, como se afirma sin fundamento en la demanda de casación, se hubiera desplazado este debate hacia una controversia sobre estado civil que no fue planteado en la demanda, luego el sentenciador no incidió en el pretendido error de hecho de que se queja el recurrente, y por ende, no resultan infringidas las disposiciones legales por él citadas.

Dice además el recurrente:

"Resulta, pues, de una claridad meridiana que los demandados al responder el libelo dijeron afrontarlo como herederos de doña María Falla viuda de Ferro, ejecutaron un acto de tramitación judicial, por el cual aceptaron expresamente la herencia, con sus consecuencias previstas en la ley y rescindible sólo por los medios que el artículo 1.291 expresa". A este respecto observa la Corte:

Si bien el hecho de comparecer en juicio asumiendo la calidad de heredero, puede llegar a constituir la aceptación expresa de que habla el artículo 1.299, esto sólo no basta, pues el título correspondiente a tal calidad es un hecho que debe aparecer probado en el proceso por uno de los medios probatorios ya indicados.

Tampoco puede decirse, como lo afirma el recurrente, que en el presente caso la gestión hecha por el apoderado de los demandados al contestar el libelo constituyera una aceptación expresa de la herencia, y por consiguiente un acto de heredero, si se tiene en cuenta lo siguiente:

A los folios 9, 10, 11 y 17 consta que Delia, Luis Humberto, Aurelio Ferro Falla y la señora Sixta Tulia Ferro de Richard otorgaron poder especial al doctor Eugenio Ferro Falla para que los representase en el juicio promovido contra su señora madre por el doctor Santiago Borda Mendoza.

El nombrado apoderado en ejercicio del poder conferido contestó el traslado de la demanda y al hacerlo dijo:

"Comparezco a contestar la demanda de mayor cuantía que contra la sucesión de nuestra legítima

ma madre, señora María Falla de Ferro, representada por nosotros sus herederos ha propuesto el abogado Guillermo Montenegro Jaramillo como apoderado de Santiago Borda".

Como se advertirá, el mandatario valiéndose de los vocablos que son de usanza en la práctica torense hizo referencia al juicio materia de la controversia en términos que no dan base para poder interpretar aquella gestión judicial como una aceptación expresa de la herencia del de cuius, tal como la entiende el artículo 1.298 del Código Civil. Porque la aceptación expresa o tácita de una herencia debe constar en forma clara e inequívoca en hechos o manifestaciones que revelen en forma evidente y cierta la voluntad del asignatario de aceptarla. No sobra advertir que los principios que en nuestro derecho civil gobiernan la aceptación de la herencia, se hallan informados en el concepto de que nadie puede ser heredero contra su voluntad.

Más aún, como dicen Colin y Capitant: "No basta que se haya tomado el nombre de heredero para deducir por ese hecho que aceptó la herencia, si se demuestra que al tomar ese nombre quiso decir simplemente que estaba llamado a la sucesión del difunto, pero no su manifestación de aceptarla". (Derecho Civil, página 152, tomo 7º).

Conviene advertir además, que el artículo 1.299 del Código Civil al decir: "Se entiende que alguien toma el título de heredero cuando obligándose como tal, lo hace en un acto de tramitación judicial", no se refiere desde luego a cualquier clase de actos, sino a uno de aquéllos que por su naturaleza puedan revelar ciertamente la intención o la voluntad de aceptar la herencia.

Dentro del orden de ideas antes expuesto, lo manifestado en este caso por el apoderado de los demandados al recorrer el traslado de la demanda, no puede considerarse como una expresión ni de su voluntad, ni la de sus poderdantes de aceptar expresamente la herencia de la sucesión demandada, y por esta razón no puede aceptarse de que el Tribunal hubiese incidido ni en error de hecho, ni en error de derecho, cuando en la moti-

vación de su fallo al analizar la contestación de la demanda, considerara no ser ella suficiente para establecer la calidad de herederos de los demandados, de donde se deduce que carece de fundamento el cargo de infracción del artículo 1.299 del Código Civil, por su no aplicación al caso de la litis, como también carece el de violación de los artículos 1.298 y 1.302 ibídem.

Finalmente, aún suponiendo que lo dicho por el apoderado de los demandados al contestar la demanda, implicara una aceptación expresa de la herencia, esto no relevaba al actor de su obligación de probar durante la secuela del juicio la vocación hereditaria, que es uno de los extremos sin el cual no puede configurarse la calidad de heredero, cuya comprobación judicial era de rigor legal para el éxito del juicio promovido.

* * *

SENTENCIA:

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha ocho (8) de marzo de mil novecientos cincuenta y siete (1957), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, en el juicio ordinario iniciado por Santiago Borda contra la sucesión de María Falla viuda de Ferro.

Costas a cargo del recurrente.

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

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco.

Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Ar-

turo C. Posada—Gustavo Salazar Tapieros—Jorge

Soto Soto, Secretario.

PRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCION DE SIMULACION Y FORMA DE CONTAR EL LAPSO REQUERIDO. — PARA EL EJERCICIO DE LA ACCION DE SIMULACION ES REQUISITO INDISPENSABLE LA EXISTENCIA DE UN INTERES JURIDICO EN QUIEN LA ALEGA. — CAUSAL 6ª — LA NULIDAD ADJETIVA SOLAMENTE PUEDE INVOCARLA EN CASACION LA PARTE QUE SE DICE INDEBIDAMENTE REPRESENTADA. — LA INCONGRUENCIA QUE SE ALEGUE ENTRE LA ACCION DE NULIDAD ABSOLUTA Y LA DECLARACION DE SIMULACION DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA —CUANDO LAS DOS ACCIONES SE HAN PROPUESTO SUBSIDIARIAMENTE Y CON FUNDAMENTO EN LOS MISMOS HECHOS, Y EL FALLADOR HA DESATADO LA DE SIMULACION—, NO CONLLEVA SINÓ A LA RECTIFICACION DOCTRINARIA DEL ORDEN EN QUE DEBEN RESOLVERSE LAS PETICIONES PRINCIPALES Y SUBSIDIARIAS ACUMULADAS EN UNA DEMANDA, Y NO A LA CASACION DE LA SENTENCIA. — COMO EL ARTICULO 471 DEL C. J. NO ES UNA NORMA DE CARACTER SUSTANTIVO, SU VIOLACION NO DA MARGEN PARA FUNDAR UN CARGO EN CASACION. — EL CARGO REFERENTE A ERROR EN LA INTERPRETACION DE DOCTRINAS DE LA CORTE, NO ES DE RECIBO EN EL RECURSO EXTRAORDINARIO. — TENICA DE LA DEMANDA

1.—La nulidad que el artículo 520, ordinal 6º del Código Judicial permite invocar como causal de casación es la que el artículo 448 numeral 2º del mismo estatuto establece para todos los juicios en estos términos: “La ilegitimidad de la personería en cualquiera de las partes, o en quien figure como su apoderado o representante”. Esta nulidad proviene solamente de la falta o carencia de la llamada personería adjetiva, y que se refiere a la facultad que tiene una persona para representar a otra en juicio, y no a la legitimatio ad causam, antes denominada personería sustantiva, que es un presupuesto de la acción, y por la cual ha entendido la Corte que “es la identidad del actor con la persona a quien la ley concede la acción instaurada (legitimación activa) y la identidad del demandado con la persona contra quien es concedida la acción (legitimación pasiva) (G. J. número 2.149, página 231).

De otra parte, como lo tiene aceptado la jurisprudencia de la Corte, la nulidad adjetiva solamente puede invocarla en casación la parte que se dice indebidamente representada, porque es la que tiene derecho para pedir en vía ordinaria que se declare la nulidad del juicio en que no estuvo legítimamente representada, o para alegarla como excepción, cuando se trate de ejecutar la sentencia.

2.—El cargo fundado en lo que se relaciona con la incongruencia entre la acción de

nulidad absoluta y la declaración de simulación de un contrato de compraventa, —cuando las dos acciones se han propuesto subsidiariamente y con fundamento en los mismos hechos, y el fallador ha desatado la de simulación—, no conlleva sino a la rectificación doctrinaria del orden en que deben resolverse las peticiones principales y subsidiarias acumuladas en una demanda, y no a la casación de la sentencia.

Declarada la simulación, el fallador oficiosamente debe ordenar la cancelación de la escritura en que se consignó el contrato y del registro de la misma, “como una formalidad que se desprende de los efectos del fallo” y como una declaración que va envuelta en la de ineficacia por simulación (G. J. número 1.883, página 449).

3.—El artículo 471 del Código Judicial no es una norma de carácter sustantivo, porque no consagra un derecho subjetivo, sino puramente procesal, por cuanto dispone la forma y el contenido que debe tener la sentencia, por medio de la cual se declara o se niega el derecho, cuyo reconocimiento o protección se invoca en la demanda. Su violación no da margen para fundar un cargo en casación.

4.—El cargo referente a error en la interpretación de las doctrinas de la Corte se halla fuera de la órbita en que el artículo 520 del Código Judicial coloca los siete mo-

tivos o causales que respaldan el recurso de casación. La tacha por este aspecto no puede ser objeto de consideración.

5.—Además de expresar los textos legales que estime infringidos por el juzgador, el recurrente debe indicar en la demanda “en forma clara y precisa los fundamentos” que tenga para aducir la causal con que pretende la infirmación del fallo.

6.—El artículo 531 del Código Judicial dispone perentoriamente que en la demanda de casación se citen los textos legales que el recurrente estime infringidos, formalidad que es de estricto cumplimiento por tratarse de un recurso extraordinario, como es el de casación. Pero como la violación de los preceptos del Código Civil o del Código Judicial que determinan los casos en que hay confesión, constituye lo que se denomina infracción medio, es indispensable que en la demanda se señalen también las disposiciones propiamente sustantivas que el sentenciador violó con el error de derecho en la apreciación de los medios de prueba a que se refiera el cargo.

7.—La acción de simulación o de prevalencia, como personal que es, nacida del pacto secreto u oculto que hay dentro de la apariencia del contrato visible, está sometida a la llamada prescripción extintiva, consagrada en el artículo 2.535 del Código Civil, que, para su cumplimiento, exige el transcurso de cierto tiempo y la inacción del acreedor, o el no haberla ejercitado.

El lapso de tiempo señalado por el artículo 2.536 a las acciones personales ordinarias, que son todas aquellas que no tienen señalado un plazo corto, es de veinte años, que se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible (artículo 2.535 inciso 2º).

Este plazo, no puede contarse desde la fecha del contrato, porque la ley no lo ha expresado así, como sí lo dice respecto de la acción nacida del pacto comisorio (artículo 1.938) y de la acción pauliana (artículo 2.491, 3ª).

Sobre la exigibilidad, dice la Corte: “Pero desde cuándo comienza a contarse el término de la prescripción extintiva? No puede aceptarse que debe comenzar a contarse desde la fecha en que se celebró el acto o contrato aparente. En este caso, no es aplicable la norma legal respecto de la acción pauliana, cuya prescripción de un año se cuenta desde

la fecha del acto o contrato (Código Civil artículo 2.491, ordinal 3º). La acción pauliana aunque guarda afinidad con la acción de simulación, tiene fundamentales diferencias.

“La acción de simulación, cierto es, tiene naturaleza declarativa. Por medio de ella se pretende descubrir el verdadero pacto, oculto o secreto, para hacerlo prevalecer sobre el aparente u ostensible. Pero para el ejercicio de la acción de simulación es requisito indispensable la existencia de un interés jurídico en el actor. Es la aparición de tal interés lo que determina la acción de prevalencia. Mientras él no exista, la acción no es viable. De consiguiente, el término de la prescripción extintiva debe comenzar a contarse desde el momento en que aparece el interés jurídico del actor. Sólo entonces se hacen exigibles las obligaciones nacidas del acto o contrato oculto, de acuerdo con el inciso 2º del artículo 2.535 del C. C.

“Así, tratándose de una compraventa simulada, el interés del vendedor aparente, para destruir los efectos del contrato ostensible cuando el comprador aparente pretende que tal contrato es real y no fingido, desconociendo la eficacia de la contraestipulación, nace sólo a partir de este agravio a su derecho, necesitado de tutela jurídica” (G. J., tomo LXXXIII, número 2.170, pág. 284)

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, catorce de abril de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo C. Posada).

ANTECEDENTES

Los señores Luis F., José María y Pedro A. Estrada G. por escritura pública 394 de 17 de junio de 1921 fundaron la sociedad colectiva de comercio Estrada G. Hermanos, domiciliada en Cali, con duración de dos años prorrogables por otros dos, en caso de que ninguno de los socios hubiere pedido la disolución. En este evento, la sociedad continuaría indefinidamente sujeta a la condición de que cualquiera de los socios, o la mayoría, o los tres pidieran la liquidación. Vigente en estas condiciones, los mismos socios, por escritura 864 de 15 de septiembre de mil novecientos veinticinco, aumentaron los aportes, establecieron la proporción en el reparto de utilidades, convinieron en que prosiguieran los negocios indefinida-

mente, pero dejando vigente la cláusula de que culaquiera de los socios o la mayoría o todos podían pedir la liquidación de la sociedad.

Estrada G. Hermanos adquirió la propiedad de una casa y tres solares en Medellín, y sendos lotes de terreno en los Municipios de Yumbo, Buenaventura y Candelaria.

La crisis económica que atravesó el país de 1929 a 1932, afectó los negocios de la sociedad Estrada G. Hermanos, por cuanto su actividad principal, que era el transporte fluvial y marítimo, se vio paralizada por los altos impuestos de canalización del río Cauca y la pérdida del vapor marítimo URIBE, vendido a la Corporación Marítima Colombiana S. A. de Cali que lo pagó en "giros sobre Nueva York sin valor efectivo e incobrables".

Mediante escritura 1.296 de veinte de noviembre de 1929, otorgada en la Notaría Primera de Cali, Estrada G. Hermanos constituyó hipoteca de primer grado a favor del Ferrocarril del Pacífico sobre el inmueble ubicado en Buenaventura para garantizarle a dicha empresa "una importante suma".

El socio José María Estrada estaba casado con Débora Castrillón, hermana de Tulia Castrillón, unida, a su turno, por vínculo matrimonial con Pedro Rodríguez Mira, circunstancias que propiciaron el acercamiento de aquel y este.

En este orden de cosas, Estrada G. Hermanos, movido del temor de que los socios quedaran privados de lo indispensable para atender a su subsistencia, o para forzar a los acreedores a hacer arreglos, presentándoles situaciones inmodificables de aparente insolvencia, en escritura 106 de 30 de agosto de 1932, otorgada en la Notaría de Buenaventura, que no era la sede social, por medio de su socio y representante legítimo, José María Estrada, le traspasó aparente o ficticiamente a Pedro Rodríguez Mira todos los inmuebles mencionados.

A esta venta le siguió el poder que Pedro Rodríguez Mira le confirió a José Marín y Luis F. Estrada G., en escritura 307 de 1º de marzo de 1933, para la administración y manejo de los mismos bienes a que se refiere la escritura 106 con facultades de venderlos o permutarlos, para cancelar los gravámenes hipotecarios que pesan sobre algunos de ellos; para representarlo en cualquier litigio que se le promueva por razón de tales bienes, y para que inicien todas las acciones que toquen con ellos. El poder se dio por dos años prorrogables en instrumento que debía extenderse al vencimiento de éstos.

En razón de este poder, puede decirse que los bienes raíces aparentemente vendidos por Estrada G. Hermanos a Rodríguez Mira quedaron en poder de la sociedad, aunque con el disimulo de la venta ficticia y el poder.

José María Estrada murió el 12 de abril de 1939, pero la sociedad Estrada G. Hermanos no se disolvió, por haberse pactado que ella continuaría con los herederos del socio finado, que, en este caso, son su cónyuge Débora Castrillón viuda de Estrada, y la madre, Domitila Gallegos viuda de Estrada.

La aparente compraventa le fijó un precio de tres mil pesos a los siete inmuebles, cuando de acuerdo con los avalúos catastrales alcanzaban uno de diez y siete mil quinientos pesos.

Pedro Rodríguez Mira, en posiciones absueltas en abril de 1942, reconoció unas cartas en las cuales acepta que siguiendo instrucciones de José María Estrada, otorgó en Bogotá la escritura de venta del terreno de Buchitolo a favor de Eulogia de Estrada el 3 de octubre de 1935 y expresa textualmente: "Confío, pues, en que, durante el próximo mes de diciembre todo habrá de quedar solucionado y la Sociedad de Estrada G. Hermanos o quien éstos designe tendrán la propiedad de los bienes que denota la escritura que a mi favor se hizo en Buenaventura". En la de fecha 15 de septiembre de 1938, trata del juicio ejecutivo seguido por los Ferrocarriles Nacionales para hacer efectiva la hipoteca que en 1929 les había constituido Estrada G. Hermanos sobre el lote situado en Buenaventura, comprendido en la venta simulada, y da a entender que es "en realidad de verdad, extraño a la suerte y contingencias que puedan sobrevenir al bien" que está actualmente hipotecado.

Débora Castrillón viuda de José María Estrada obtuvo de Pedro Rodríguez Mira que por escritura 690 de 24 de marzo de 1936, extendida en la Notaría Tercera de Medellín, le transfiriera en venta devolución, lo que aparentemente había comprado a Estrada G. Hermanos por el instrumento 106 de 30 de agosto de 1932.

Esta venta, además de la invalidez en lo relativo al lote de Buenaventura, entonces embargado, SE HA HECHO NO A UN TERCERO SINO A UNA DE LAS HEREDERAS de José María Estrada "con intereses, derecho e intervención" en el patrimonio de la verdadera propietaria, que es la sociedad Estrada G. Hermanos.

Pedro Rodríguez Mira no ha devuelto a esta sociedad ni a delegados suyos, a excepción del inmueble Buchitolo, situado en Candelaria, todo lo

que fue objeto del contrato ficticio de compraventa contenido en la escritura 106.

Este contrato careció y carece de causa real y lícita, adolece de falta de consentimiento e intención tanto de parte de la sociedad vendedora como del comprador; y "en realidad no tiene objeto efectivo, porque los bienes que se dicen vendidos no lo fueron y el precio que se dice pagado o prometido no fue prometido ni pagado efectivamente". Tal contrato fue y es simulado, pues, bajo la apariencia de la venta pactada en él, sólo hubo el plan oculto de sustraer varios bienes a la persecución de los acreedores de Estrada G. Hermanos, acreedores con los cuales "se hizo más tarde el arreglo y dación en pago de que trata la escritura 670, de fecha 29 de agosto de 1935 de la Notaría 1ª de Cali".

Los bienes relacionados en la escritura 106 han sido y son actualmente de propiedad de Estrada G. Hermanos.

DEMANDA

Con base en estos antecedentes, que son los hechos resumidos del extenso libelo de demanda, Luis F. Estrada G. en representación de la sociedad colectiva de comercio Estrada G. Hermanos con citación y audiencia de Pedro Rodríguez Mira, de la sucesión de José María Estrada, representada por sus herederas Débora Castrillón de Estrada y Domitila Gallegos viuda de Estrada, y de Pedro Estrada, pide que se hagan las siguientes declaraciones y condenaciones:

1º. Que es nulo, de nulidad absoluta, por falta de causa, carencia de causa, objeto ilícito y falta de precio prometido o pagado, el aparente contrato de compraventa recogido en la escritura 106 otorgada en la Notaría de Buenaventura, por el cual José María Estrada G. obrando en representación de Estrada G. Hermanos dijo darle en venta a Pedro Rodríguez Mira la casa y los tres solares situados en Medellín, los predios ubicados en los Municipios de Yumbo y Buenaventura, comprendidos por los linderos expresados en la demanda.

2º. Que por las mismas razones es nula de nulidad absoluta la tradición de ellos efectuada en las oficinas de registro de Instrumentos Públicos y Privados de Cali (Yumbo), Buenaventura y Medellín.

3º. Que estos bienes raíces han pertenecido y pertenecen en dominio a la sociedad colectiva de comercio Estrada G. Hermanos.

4º. Que, en consecuencia, deben cancelarse la

escritura 106 de 30 de agosto de 1932 y sus registros en las oficinas mencionadas.

En subsidio de las anteriores declaraciones y condenaciones, ruega se hagan las siguientes:

a) Que el contrato que aparece en la escritura 106 de 30 de agosto de 1932, Notaría de Buenaventura, por el cual Estrada G. Hermanos por medio de su representante José María Estrada dijo venderle varios inmuebles a Pedro Rodríguez Mira, tuvo por objeto ocultar bienes a los acreedores con el fin de aparentar una incapacidad de la sociedad para cubrir sus deudas, pues tal contrato no tuvo causa real y lícita, ni consentimiento de transferir por parte de la sociedad vendedora, ni de adquirir de parte del comprador; y que, por tanto, en la nombrada escritura hay una simulación que sirvió para fingir o aparentar una insolvencia patrimonial de la parte vendedora mediante un convenio tácito y oculto de seguir los bienes de propiedad de Estrada G. Hermanos y de devolverlos Rodríguez Mira al resolver aquella sus cuestiones pendientes con sus acreedores.

b) Que, por tanto, "los bienes raíces, materia de la fingida compraventa, han sido y siguen siendo de propiedad de la sociedad Estrada G. Hermanos".

c) Que consecucionalmente deben cancelarse tanto la escritura 106 como sus registros.

Que, como consecuencia de las declaraciones y condenaciones principales o subsidiarias o de cualquiera de ellas, se condene "a los demandados o a cualquiera de ellos, en lo que competía, según los datos y resultados del juicio" a restituir materialmente los bienes raíces ya determinados con sus frutos naturales y civiles y no solamente los percibidos sino los que la sociedad demandante hubiera podido percibir al haberlos tenido en su poder.

Como petición "relacionada y conexas" hace la de que se declare nulo de nulidad absoluta, por objeto ilícito el contrato expresado en la escritura 690 de 24 de marzo de 1936, autorizada en la Notaría Tercera de Medellín, por el cual Pedro Rodríguez Mira le hace una venta a Débora Castrillón viuda de Estrada, porque en la fecha en que se otorgó tal instrumento uno de los bienes objeto de la compraventa, el lote ubicado en Buenaventura, estaba y lo está todavía embargado judicialmente en el juicio seguido por el Consejo de los Ferrocarriles Nacionales contra Estrada G. Hermanos y Pedro Rodríguez Mira.

Los demandados Débora Castrillón viuda de Estrada y Pedro Rodríguez, por medio de su apoderado negaron los hechos fundamentales, y sobre

los demás no se pronunciaron en cuanto dicen no afirmarlos ni negarlos.

El representante judicial de Domitila Gallegos viuda de Estrada manifestó no constarle los hechos, pero añade que de las modalidades que rodearon la compraventa estipulada en la escritura 106 surge la impresión de que es simulada absoluta o relativamente según las pruebas acompañadas a la demanda y las que se aduzcan en el juicio.

Pedro A. Estrada G. por medio de su procurador, que es el mismo de Domitila Gallego viuda de Estrada, acepta que en términos generales son ciertos los hechos enunciados en el libelo de demanda por haber tenido conocimiento de los negocios a que ésta se contrae y que indudablemente el contrato de que trata la escritura 106 es simulado.

El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Palmira desató la primera instancia en sentencia de diez y nueve de enero de mil novecientos cincuenta y tres en la cual declaró:

1º. "Es nulo de nulidad absoluta, por falta de causa, por carencia de consentimiento, por objeto ilícito y por falta de precio prometido o pagado el contrato de compraventa de que da razón la escritura número 106 de 31 de agosto de 1932, otorgada en la Notaría del Circuito de Buenaventura....".

2º. "Que igualmente por las mismas razones y especialmente por no haber habido intención para ella, es también nula de nulidad absoluta la tradición del dominio de los mismos bienes... por cuanto tales bienes raíces allí determinados han pertenecido y pertenecen en propiedad y dominio a la citada sociedad comercial colectiva".

3º. "Que como consecuencia de las dos declaraciones anteriores y para volver las cosas al estado anterior al 31 de agosto de 1932, procédase a la cancelación de la escritura número 106 de 31 de agosto de 1932.... y sus respectivos registros...."

4º. "No están probadas las excepciones perentorias propuestas".

Recurrido en apelación este fallo por ambas partes, el Tribunal Superior de Cali decidió el recurso en sentencia de catorce de marzo de mil novecientos cincuenta y seis, en la cual, considerando que la doctrina que veía en la simulación una causa de nulidad absoluta por faltarle los requisitos indispensables de consentimiento y causa, la rectificó la Corte por la doctrina de la prevalencia y hallando probada la simulación del contrato *sub lite*, revocó la de primer grado, y declaró:

1º. Simulado el contrato que aparece en la escritura 106 de la Notaría de Buenaventura por el cual José María Estrada en representación de la sociedad Estrada G. Hermanos dijo dar en venta a Pedro Rodríguez Mira los bienes raíces detallados en la parte petitoria de la demanda "por no haber sido el ánimo de los vendedores el desprenderse de sus bienes, ni el del comprador el de adquirirlos para que hicieran parte de su patrimonio".

2º. Que por las mismas razones es también simulada la tradición de tales bienes.... "por cuanto tales bienes raíces allí determinados han pertenecido y pertenecen en propiedad y dominio a la citada sociedad comercial colectiva".

3º Como consecuencia de las declaraciones anteriores debe procederse a la cancelación de la escritura 106 y sus respectivos registros.

4º. "No están probadas las excepciones perentorias alegadas por el personero de los demandados".

RECURSO DE CASACION

El apoderado de los demandados, Débora Castellón viuda de Estrada y Pedro Rodríguez Mira, interpuso contra la sentencia del Tribunal el recurso extraordinario de casación que entra a decidirse, ya que está agotada la tramitación que le es propia.

La demanda de casación le hace al fallo de segunda instancia seis cargos así: el primero por infracción directa de la ley sustantiva en cuanto no expresó "las disposiciones legales.... Que constituyan los fundamentos de la decisión"; el segundo, por interpretación errónea de normas legales; el tercero, por errada apreciación de determinada prueba; el cuarto, por "falta de aplicación de determinadas disposiciones legales y aplicación indebida de otras"; el quinto, por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones deducidas por los litigantes; y el sexto, por haberse incurrido en la causal de nulidad de ilegitimidad de la personería del que aparece como representante de la sociedad demandante.

El orden lógico impone la consideración, en primer término, de las causales que implican errores *in procedendo*, como son la nulidad y la incongruencia, para luego estudiar las demás que versan sobre errores *in iudicando*.

PRIMER CARGO (6º de la demanda).

Lo hace consistir en que el Tribunal de Cali

incurrió en la causal de nulidad que contempla el artículo 448 del Código de Procedimiento Civil que no fue saneada.

Resumiéndolo, lo funda así:

La cuestión se reduce a saber si en este juicio, Luis F. Estrada y sus apoderados podían hablar como legítimos personeros legales de una sociedad comercial con existencia real y legal, o si, por el contrario se da la clásica ilegitimidad de la personería.

La sociedad comercial colectiva Estrada G. Hermanos se constituyó por escritura pública en que "se señalaron modalidades relacionadas con actividades, capital, gerente, duración, etc. Pasados los dos años y seguramente cuando la sociedad ya no existía, se introdujeron reformas a la primitiva sociedad comercial. En vez de expresar que se revivía la sociedad, que se creaba nuevamente, se la modificó esencialmente". La esencia del negocio radica en ver a través del expediente si él se edificó sobre la arena "si los Jueces y Magistrados erraron al pensar que quien hablaba lo hacía como personero legítimo de una entidad comercial real, de carne y hueso y jurídicamente viviente".

Ajude luego a que el Código Civil y el Código de Comercio contienen normas sobre la manera como se forman, actúan y se disuelven las sociedades de comercio.

Cita especialmente los artículos 2.124 del Código Civil, que para la prórroga ordena "las mismas formalidades que para la constitución primitiva", el 2.125, que estatuye la disolución de la sociedad, cuando se ha prefijado un día cierto para que termine, y llegado éste no se ha prorrogado; el 182 del Código de Comercio, que a los contratos y obligaciones mercantiles aplica los principios que gobiernan la formación, efectos, modos de extinguirse de los contratos y obligaciones civiles; y el 465 de esta misma obra que consagra la manera como se forman, se disuelven y prorrogan las mismas sociedades.

Se considera:

La nulidad que el artículo 520, ordinal 6º del Código Judicial permite invocar como causal de casación es la que el artículo 448 numeral 2º del mismo estatuto establece para todos los juicios en estos términos: "La ilegitimidad de la personería en cualquiera de las partes, o en quien figure como su apoderado o representante". Esta nulidad proviene solamente de la falta o carencia de la llamada personería adjetiva y que se refiere a la facultad que tiene una persona para representar a otra en juicio, y no a la *legitimatío ad cau-*

sam, antes denominada personería sustantiva, que es un presupuesto de la acción, y por la cual ha entendido la Corte que "es la identidad del actor con la persona a quien la ley concede la acción instaurada (legitimación activa) y la identidad del demandado con la persona contra quien es concedida la acción (legitimación pasiva) (G. J., número 2.149, página 231).

De otra parte, como lo tiene aceptado la jurisprudencia de la Corte, la nulidad adjetiva solamente puede invocarla en casación la parte que se dice indebidamente representada, porque es la que tiene derecho para pedir en vía ordinaria que se declare la nulidad del juicio en que no estuvo legítimamente representada, o para alegarla como excepción, cuando se trate de ejecutar la sentencia.

Significa esto que la nulidad por ilegitimidad de la personería de Luis F. Estrada y de los abogados, a quienes éste ha dado poder para representar en el juicio a la sociedad Estrada G. Hermanos, solamente correspondía alegarla a dicha sociedad y no a la parte demandada.

Lo expuesto es suficiente para rechazar el cargo.

SEGUNDO CARGO (5º de la demanda).

Lo expone en esta forma: "(Ordinal 2º del artículo 520). La sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. Se pidió la nulidad de unos títulos y como consecuencia de unos contratos y el Tribunal Superior de Cali sentenció sobre simulación y guardó el más absoluto silencio sobre el contenido principal de la demanda. Ni adicionó su sentencia con la determinación que como efecto de la simulación de los contratos, automáticamente quedaban sin valor, nulas sin eficacia las escrituras públicas firmadas por Pedro Rodríguez Mira, una donde compraba otra donde vendía es la anterior una incongruencia que hace operante la causal alegada en busca de la casación de la sentencia".

Considerandos:

La demanda, respaldada en los mismos hechos, instauró como acción principal la de nulidad del aparente contrato contenido en la escritura 106 de 30 de agosto de 1932, por el cual la sociedad Estrada G. Hermanos le vendió varios inmuebles a Pedro Rodríguez Mira, por carencia de causa, y consentimiento y falta de precio prometido o pagado.

A esta agregó las consecuencias de invalidez de la tradición, la de pertenencia de los bienes

a la sociedad demandante y la de cancelación de la escritura 106 y de sus registros.

Subsidiariamente de las anteriores, propuso la acción de simulación del mismo contrato de compraventa, y las consecuentes sobre pertenencia de los bienes objeto del contrato, sobre restitución de éstos, pago de frutos y cancelación de la escritura y sus inscripciones.

El Juzgado, considerando que la simulación del acto aparente, por carecer de causa, de consentimiento y de falta de precio estaba viciado de nulidad, resolvió la súplica principal declarando la nulidad absoluta del contrato de compraventa sub-lite.

El Tribunal, en cambio, estimando que la ineficacia que afecta el contrato ostensible no es la nulidad de él sino la simulación, optó por estudiar "si en verdad existió un pacto secreto que no correspondía a la realidad de las cláusulas que fueron acordadas y firmadas, al otorgarse el tantas veces mencionado instrumento público". Y fue así como, hallando plena la prueba aducida, revocó la sentencia de primera instancia y declaró la simulación del contrato.

Para esto no tuvo en cuenta que, planteada como estaba en la acción principal la declaración de nulidad del contrato de compraventa recogido en la escritura 106, y subsidiariamente la de simulación del mismo, previamente debía pronunciarse sobre la primera, para negarla, dada la diferencia esencial que existe entre el acto nulo y el simulado, y, por consiguiente, entre la acción de nulidad y la de simulación o prevalencia.

El cargo de incongruencia por este aspecto es fundado, pues el Tribunal a la súplica de nulidad absoluta de un contrato, le dio el alcance de acción de prevalencia o simulación, e hizo la declaración consiguiente. Y en realidad, no es congruente con la petición de nulidad absoluta de un contrato, la declaración de simulación del mismo, sin base en una lógica interpretación de la demanda, que no cabía en razón de haberse propuesto las dos acciones subsidiariamente.

Pero, como, de una parte, la acción principal de nulidad del contrato de compraventa de Estrada C. Hermanos a Pedro Rodríguez Mira, y la subsidiaria de prevalencia o simulación del mismo, están fundadas en los mismos hechos o en la misma causa petendi; y, de otra, el Tribunal, aunque faltando al orden procesal que para su estudio impone el artículo 209 del Código Judicial, si consideró en sí y en los medios de convicción aducidos la súplica viable, que era la de simulación, la prosperidad del cargo no conlleva sino a la recti-

ficación doctrinaria del orden en que deben resolverse las peticiones principales y subsidiarias acumuladas en una demanda, y no a la casación de la sentencia, ya que, no prosperando los demás cargos que se le hacen en cuanto a la acción fallada, ella debe mantenerse.

También se acumuló "como petición relacionada y anexa", dice la demanda, la de nulidad absoluta del contrato contenido en la escritura 690, extendida en la Notaría Tercera de Medellín, por la cual Pedro Rodríguez Mira le dio en venta a Débora Castrillón viuda de Estrada "porque (reza el escrito de demanda) en la fecha en que se otorgó tal instrumento y el contrato en ella solemnizado, uno de los bienes incluido en esa compraventa, el lote ubicado en Buenaventura, estaba, y lo está todavía, embargado judicialmente en el juicio llevado por el Consejo de los Ferrocarriles Nacionales contra Estrada G. Hermanos y el señor Pedro Rodríguez Mira".

Ocurre que el Juzgado de primer grado omitió pronunciarse sobre esta súplica, y, aunque el demandante apeló también del fallo, seguramente por serle desfavorable en este extremo, en cuanto nada se resolvió sobre él, es lo cierto que el Tribunal tampoco consideró esta acción pues no dijo nada sobre ella.

En estas condiciones, no aparece que los demandados hayan recibido agravio alguno porque la sentencia no los vincula en el particular. El agravio es de la parte demandante, a la cual por tanto asistía el interés jurídico para pedir la enmienda en casación, pero como ella no ha recurrido, no hay lugar a considerar el cargo por este aspecto. "El interés jurídico para recurrir en casación puede no existir.... porque la sentencia del Tribunal no infiere ningún agravio al recurrente" (G. J., tomo 62, página 50). "Es necesario que la sentencia contra la cual se interpone la casación infiera agravio a la parte recurrente porque la casación, lo mismo que la apelación, legalmente ha de entenderse interpuesta en lo desfavorable al recurrente" (G. J. Tomo 64, pág. 792).

Tampoco tiene consistencia alguna la tacha de que nada dijo la sentencia sobre la ineficacia de la escritura 106, pues claramente se ordena en ella la cancelación de tal instrumento y de sus registros en las oficinas respectivas de Buenaventura, Cali y Medellín, cancelación que por lo demás debe hacerse de conformidad con los artículos 2.512, 2.676, 2.677, 2.678 del Código Civil, previo registro de esta sentencia (artículo 2.652 del Código Civil).

El cargo, fundado en lo que se relaciona con la incongruencia entre la acción de nulidad absoluta y la declaración de simulación del contrato de compraventa de que da cuenta la escritura 106 de 30 de agosto de 1932, por lo expuesto, no conduce sino a la rectificación de la doctrina, no a la casación de la sentencia.

TERCER CARGO (1º de la demanda).

Lo enuncia así: "La sentencia del Tribunal de Cali es violatoria de la ley sustantiva por infracción directa". En síntesis lo sustenta en los siguientes términos: El fallo contiene una extensa relación de los hechos, y la parte resolutive reposa en una doctrina de la Corte, relacionada con los contratos simulados, pero no cita ninguna disposición legal "que dé autoridad a sus graves determinaciones" y por omisión viola una disposición de carácter sustantivo, cual es el artículo 471 del Código de Procedimiento Civil que ordena, entre otras cosas, expresar en la sentencia las disposiciones legales y las razones de justicia o equidad que constituyan los fundamentos de la decisión".

El mismo precepto legal ordena el estudio y análisis detenido de las excepciones propuestas, sin embargo el fallador de instancia pasó como sobre ascuas en lo relacionado con las alegadas por la parte demandada. Los Magistrados estaban obligados a exponer, a conceptuar, a desmenuzar una a una las disposiciones legales que las contemplaban bien para repudiarlas con el criterio del fallador de la primera instancia, ya para aceptarlas al tenor de los preceptos legales existentes e inconfundibles.

Considera la Corte:

La causal invocada, como lo dice el ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial estriba EN QUE LA SENTENCIA sea violatoria de ley sustantiva, por infracción directa, o aplicación indebida o interpretación errónea.

El recurrente en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 531 del Código Judicial cita como texto legal infringido el artículo 471 del mismo Código.

Esta norma no es de carácter sustantivo, porque no consagra un derecho subjetivo, sino puramente procesal, por cuanto dispone la forma y el contenido que debe tener la sentencia, por medio de la cual se declara o se niega el derecho, cuyo reconocimiento o protección se invoca en la demanda. Su violación no da margen para fundar un cargo en casación.

La Corte ha dicho que "las disposiciones de

este artículo no entrañan un precepto sustantivo que garantice un derecho de tal naturaleza que pueda ser objeto de violación en una sentencia" (G. J. Tomo 70, página 430).

El cargo no prospera.

CUARTO CARGO (2º de la demanda).

Su enunciado es de este tenor: "Segunda causal. Interpretación errónea de disposiciones legales y de doctrinas de la H. Corte Suprema de Justicia".

Para desarrollarlo transcribe un aparte de la sentencia, proferida por la Corte el 10 de agosto de 1955, en el cual se enuncian los elementos característicos de la simulación, como son la divergencia intencional entre la declaración ostensible y el querer oculto de las partes; el nacimiento coetáneo de dos actos, uno visible y otro invisible; este suprime, adiciona, altera o modifica la naturaleza y efecto de aquél.

Agrega el recurrente que esta doctrina no es aplicable a los negocios de Pedro Rodríguez Mira. Y termina: "Erróneamente se interpretó la doctrina de la H. Corte y se hizo lo mismo respecto de las disposiciones del Código Civil que explican la esencia, la configuración y validez de los contratos. Tales como los artículos 1.502, 1.508 y 1.602".

Considerandos:

El cargo referente a error en la interpretación de doctrinas de la Corte se halla fuera de la órbita en que el artículo 520 del Código Judicial coloca los siete motivos o causales que respaldan el recurso de casación. La tacha por este aspecto no puede ser objeto de consideración.

En lo que toca con interpretación errónea de los artículos en cita, el cargo carece de la técnica que la casación le impone al recurrente, el cual, en la demanda, como lo ordena el artículo 531 del Código Judicial, además de expresar los textos legales que estime infringidos, debe indicar "en forma clara y precisa los fundamentos" que tenga para aducir la causal con que pretende la infirmación del fallo. Es manifiesto que el recurrente se limita a afirmar que el Tribunal interpretó erróneamente las normas que invoca, pero no expone ninguna razón con que fundar su aserto.

Esta sola consideración es suficiente para desechar el cargo.

QUINTO CARGO (5º de la demanda)

Lo expone como sigue: "Tercera causal.—Errada apreciación de determinada prueba. Por este aspecto se incurrió en error de derecho en la sentencia contra la cual se formula esta demanda, porque se le dio el valor de confesión a lo explicado y expuesto por mi mandante al absolver un pliego de posiciones pedidas por quien no tenía un interés jurídico visible; y cuando en el fondo las respuestas dadas por el absolvente indican todo lo contrario de lo que se ha entendido, haciendo una interpretación distante de las normas que rigen en materia dudosa.

"Porque se le dio el valor de confesión al acto de conferir un poder para manejar y administrar bienes por un tiempo determinado y con la expresa condición de proceder en ese mandato con el cuidado y diligencia con que procede un buen padre de familia. Porque se entendió como una devolución de bienes, donde sólo existía el deseo de que no se perdiera lo que justamente se había adquirido con el expreso propósito, igualmente de que entrara al patrimonio de mi mandante".

Se considera:

En esta tacha incurre la demanda también en deficiencias relacionadas con la técnica de casación. Para valorar el error de derecho en la apreciación de la prueba debía citar las normas que le desconocen el valor de confesión a lo expuesto por el recurrente en la diligencia de absolución de posiciones y en el otorgamiento del poder. El artículo 531 del Código Judicial dispone perentoriamente que en la demanda de casación se citen los textos legales que el recurrente estime infringidos, formalidad que es de estricto cumplimiento por tratarse de un recurso extraordinario, como es el de casación. Pero como la violación de los preceptos del Código Civil o del Código Judicial que determinan los casos en que hay confesión, constituye lo que se denomina infracción medio, era indispensable también que la demanda señalara las disposiciones propiamente sustantivas que el sentenciador violó con el error de derecho en la apreciación de los dos medios de prueba, las posiciones y el poder, a que se refiere el cargo. La demanda tampoco cumple con este requisito.

No prospera este cargo.

SEXTO CARGO (4º de la demanda).

El último cargo lo hace consistir en que hubo falta de aplicación de determinadas disposiciones legales y aplicación indebida de otras.

La falta de aplicación la relaciona con la excepción de prescripción de la acción propuesta por

los demandados, recurrentes en casación, la cual, no obstante haberse cumplido con exceso, no la declaró el fallador de segunda instancia dejando de aplicar los artículos del Código Civil 2.512, que define la prescripción, 2.533 que "da normas inconfundibles sobre extinción de las acciones, y el 2.536, que señala el tiempo en que prescribe la acción ordinaria. "Basta ver en qué fecha tuvo existencia legal la escritura número 106 y en cuál otra fecha viene a reclamarse".

El Tribunal de Cali, concluye el recurrente, al acoger la tesis del Juzgado que declaró no probada la excepción de prescripción, violó la ley sustantiva, pues se abstuvo de dar aplicación a las disposiciones relacionadas con la prescripción de la acción.

Para plantear la causal por aplicación indebida de disposiciones sustantivas copia el ordinal tercero de la sentencia recurrida, que dice: "Tercero.—Como consecuencia de las dos declaraciones anteriores y para volver las cosas al estado anterior al 31 de agosto de 1932 y de acuerdo con los artículos 2.511, 2.512, 676 y siguientes del Código Civil, PROCEDASE a la cancelación de la escritura 106..." y comenta: "Los artículos citados hablan: el primero de intereses en la extinción de una deuda en el Título 40 sobre "Prelación de Créditos; 2.512 sobre prescripción..... y el 676 sobre los puentes y caminos construídos a expensas de personas particulares, etc. (Título 3º De los bienes de la Unión)".

Se considera:

La acción de simulación o de prevalencia, como personal que es, nacida del pacto secreto u oculto que hay dentro de la apariencia del contrato visible, está sometida a la llamada prescripción extintiva, consagrada en el artículo 2.535 del Código Civil, que, para su cumplimiento, exige el transcurso de cierto tiempo y la inacción del acreedor, o el no haberla ejercitado.

El lapso de tiempo señalado por el artículo 2.536 a las acciones personales ordinarias, que son todas aquellas que no tienen señalado un plazo corto, es de veinte años, que se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible (artículo 2.535 inciso 2º).

Este plazo, no puede contarse desde la fecha del contrato, porque la ley no lo ha expresado así, como sí lo dice respecto de la acción nacida del pacto comisorio (artículo 1.938) y de la acción pauliana (artículo 2.491, 3º).

Sobre la exigibilidad, dice la Corte: "Pero desde cuándo comienza a contarse el término de la prescripción extintiva?. No puede aceptarse que

debe comenzar a contarse desde la fecha en que se celebró el acto o contrato aparente. En este caso, no es aplicable la norma legal respecto de la acción pauliana, cuya prescripción de un año se cuenta desde la fecha del acto o contrato (Código Civil, artículo 2.491, ordinal 3º). La acción pauliana aunque guarda afinidad con la acción de simulación, tiene fundamentales diferencias.

“La acción de simulación, cierto es, tiene naturaleza declarativa. Por medio de ella se pretende descubrir el verdadero pacto, oculto o secreto, para hacerlo prevalecer sobre el aparente u ostensible. Pero para el ejercicio de la acción de simulación es requisito indispensable la existencia de un interés jurídico en el actor. Es la aparición de tal interés lo que determina la acción de prevalencia. Mientras él no exista, la acción no es viable. De consiguiente, el término de la prescripción extintiva debe comenzar a contarse desde el momento en que aparece el interés jurídico del actor. Sólo entonces se hacen exigibles las obligaciones nacidas del acto o contrato oculto, de acuerdo con el inciso 2º del artículo 2.535 del C. C.

“Así, tratándose de una compraventa simulada, el interés del vendedor aparente, para destruir los efectos del contrato ostensible cuando el comprador aparente pretende que tal contrato es real y no fingido, desconociendo la eficacia de la contraestipulación, nace sólo a partir de este agravio a su derecho, necesitado de tutela jurídica” (G. J. Tomo LXXXIII. Número 2.170, pág. 284).

Aplicando esta doctrina al caso **sub-lite**, resulta que Estrada G. Hermanos, en razón de haberle traspasado simuladamente los bienes raíces a Pedro Rodríguez Mira con la finalidad de arreglar sus deudas pendientes, no podía exigir la ineficacia de la venta simulada en la escritura 106 para que los bienes volvieran a figurar en cabeza de la sociedad, su verdadera dueña, sino cuando tal arreglo se hubiera efectuado. No consta cuándo se hizo este arreglo; pero lo que sí aparece es que, al venderle Pedro Rodríguez Mira a Débora Castrillón viuda de Estrada los bienes que había confiado ficticiamente, por la escritura 690 de 24 de marzo de 1936, otorgada en la Notaría Tercera de Medellín desconoció la obligación que tenía de cumplir el pacto secreto, y a partir de esa fecha en que tomó la pretensión de señor y dueño de tales bienes, se hizo exigible aquella obligación.

En todo caso, el término de la prescripción extintiva de la acción no podía contarse desde la fecha del contrato. Y aún computándolo así, no habían transcurrido los veinte años que para la extinción de la acción ordinaria fija el artículo

2.535 del Código Civil, dado que la venta simulada se extendió en escritura 106 de 30 de agosto de 1932, y la notificación de la admisión de la demanda quedó cumplida el 7 de septiembre de 1951, es decir, casi un año antes de que vencieran los veinte años que pretende el recurrente.

Sobre la aplicación indebida de los artículos 2.511, 2.512 y 676 del Código Civil hay que convenir que fueron mal citados por el Tribunal, que no hizo otra cosa que copiar sin comillas el aparte tercero de la sentencia de primera instancia, en la cual sí aparece bien citado el 2.676, que expresa en qué consiste la cancelación del registro; pero la sentencia recurrida, al transcribirlo, omitió la primera cifra. Respecto de las otras dos disposiciones, se observa que quizá hubo un error de mecanografía al poner de segunda cifra un cinco en lugar del número seis que corresponde a los artículos 2.611, el cual dispone cuándo ocurre la cancelación de los instrumentos públicos, y el 2.612 que establece cómo se hace ésta. Pero si bien se explica así la errónea alusión que el Tribunal hace de los preceptos 2.511, 2.512 y 676, que nada tienen que ver con la cancelación de un instrumento y sus inscripciones, es lo cierto que hay una aplicación indebida de ellos, pero que sólo conduce a una rectificación, no a la casación del fallo, puesto que, declarada la simulación, el fallador oficiosamente debía ordenar la cancelación de la escritura en que se consignó el contrato y del registro de la misma, “como una formalidad que se desprende de los efectos del fallo” y como una declaración que va envuelta en la de ineficacia por simulación (G. J., número 1.883, página 449).

El cargo tampoco prospera.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Cali con fecha catorce de marzo de mil novecientos cincuenta y seis en el juicio ordinario de la sociedad comercial Estrada G. Hermanos contra Pedro Rodríguez Mira y otros.

Sin costas en el recurso.

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

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco.
—Ignacio Escalón—José Hernández Arbeláez—
Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—
Jorge Soto Soto, Secretario.

LA CORTE REITERA SU DOCTRINA RESPECTO A QUE LA ACCION PERTINENTE EN CASO DE VENTAS FICTICIAS ES LA DE PREVALENCIA Y A QUE EXISTEN NOTORIAS DIFERENCIAS ENTRE LA NULIDAD Y LA SIMULACION ABSOLUTA.— HASTA AHORA LA JURISPRUDENCIA SE HA INCLINADO PORQUE EL ACTO SECRETO NO PUEDEN DEMOSTRARLO LAS PARTES SINO CON PRUEBA ESCRITA O CON PRINCIPIO DE PRUEBA POR ESCRITO O CON LA CONFESION DE LA OTRA PARTE. — IMPOSIBILIDAD DE PRECONSTITUIR PRUEBA ESCRITA PARA PROBAR OBLIGACIONES CUYO VALOR EXCEDE DE \$ 500.00

1.—La simulación, es un fenómeno derivado de una discordancia entre el proceso psicológico y su manifestación externa, razón por la cual Esmein al ampliar la obra de Planiol y Ripert enseña que “Hay simulación cuando concientemente se hace una declaración inexacta o cuando se celebra una convención aparente cuyos efectos son modificados o suprimidos por otra, contemporánea de la primera y secreta” (Tomo VI, número 333).

Como es sabido, la Corte hasta 1935 vio en todo fenómeno de simulación un motivo de nulidad por ausencia de consentimiento y de causa; pero el 27 de julio de dicho año, por sentencia publicada en la G. J., 1.899, página 336, varió la doctrina en el sentido de que la simulación por sí misma no es causa de nulidad, sino que da lugar a la acción de prevalencia del acto oculto sobre el aparente.

Sin embargo, en 1941 la Corte volvió a establecer similitud entre la simulación absoluta y la nulidad; y sólo respecto a las simulaciones relativas continuó con la doctrina sobre la acción de prevalencia de la voluntad privada o secreta sobre la aparente u ostensible. A este respecto dijo, después de reiterar la diferencia entre las dos clases de simulación ya mencionadas, lo siguiente: “Aquella, o sea la total, ocurre cuando a la verdad sólo formalmente hay contrato. En una compraventa, por ejemplo, en que no ha habido sino la escritura pública que se expresa, pero no ánimo de transferir en quien se dice allí vendedor, ni de adquirir en quien aparece comprando, ni ha habido precio sino en las frases o cláusulas respectivas, no hay en realidad un contrato, pues que faltan elementos indispensables para que éste se produzca, y más

aún, para que en términos generales se haya producido un acuerdo de voluntades, una convención. De ahí la similitud o equivalencia de tal simulación y la nulidad absoluta, al punto de que, como en algunos de sus aludidos fallos ha dicho esta Sala, pueda pensarse en una facultad opcional para demandar lo uno y lo otro y también en el sentenciador para invalidar un contrato cuando se demuestre lo procedente a que se acaba de aludir.” (G. J., número 2.016, página 196).

Esta tesis recibió críticas fundadas, entre las cuales merece destacarse la del Profesor Antonio Rocha en su obra, “De la Prueba en Derecho”, tercera edición, página 282, de la cual se resumen sus aspectos más trascendentales:

a) No es exacto que quienes hacen una venta ficticia no quieran nada ni están ligados por ningún acuerdo de voluntad. Si hay contrato, o mejor, como en toda simulación, existe otra voluntad contractual detrás de la aparente, ya que quien aparece vendedor constituye a quien figura como comprador en un mandatario, testafierro, fiduciario, agente, para que le tenga en su cabeza la propiedad de aquél “hasta nueva orden”. No hay ninguna diferencia entre este caso y aquél en que se transfiere la propiedad a otro para que a su turno la transmita a un tercero, caso de simulación relativa aceptado por la doctrina que se comenta. Tanto es mandatario o testafierro el comprador aparente en el caso del encargo para transferir la cosa a un tercero como en el de la simulación absoluta, en que debe volverla a transferir al aparente vendedor. “En uno y otro caso, para nosotros, existe simplemente una acción de prevalencia de la verdadera voluntad, que estaba oculta y privada entre

las partes, invocable por el vendedor aparente contra el testaferrero que se niega a cumplirla; y que esa voluntad consista en devolver la propiedad al vendedor aparente o transferirla a un tercero, es cosa intrascendente”.

b) La simulación conlleva necesariamente, según términos del artículo 1.766 del Código Civil, la alteración de la voluntad o consentimiento expresado en el pacto público. Esta alteración puede ser leve, levisima o total y completa, pues la ley no limita su alcance. Por tanto, hay simulación tanto cuando se disminuye en pocos pesos el precio que cuando se finge en absoluto.

c) Al establecerse los dos tipos de simulación, relativa y absoluta, para reconocerle a la primera la acción de prevalencia y a la segunda la de nulidad absoluta, se quiebra la integridad de la acción de nulidad frente a terceros, pues unas son las consecuencias de la nulidad y otras las de la simulación ante dichos terceros, puesto que la primera permite acción reivindicatoria contra terceros poseedores, aún de buena fé, según el artículo 1.748 del Código Civil, al paso que la segunda no produce efectos contra terceros, de acuerdo con el artículo 1.766 de la misma obra.

Si por otro lado, añade esta Sala, no se pierde de vista que la tesis de la simulación absoluta como causa de nulidad, implica la confusión de estos dos fenómenos, es evidente que la doctrina que se glosa no correspondía a la realidad jurídica, por lo cual la Corte hubo de recogerla, para llegar de nuevo respecto a la simulación absoluta a la doctrina de la simulación-prevalencia establecida en 1935.

Por estas razones en sentencia de 8 de junio de 1954 (GACETA JUDICIAL número 2.142, página 797), la Corte después de precisar las diferencias entre la nulidad y la simulación absoluta expresó: “En efecto, con la teoría de la simulación, tal cual ha quedado reseñada, a la par que se reconoce una incontrovertible realidad de diaria ocurrencia que no puede pasar ignorada ante el Derecho, se evita el quiebre doctrinario y la infracción de la ley en que se incurría por aquella época cuando Jueces y Magistrados al decretar la nulidad por simulación, obedeciendo a la equidad, ante todo, invariablemente absteniáanse de decretar la rei-

vindicación contra terceros adquirentes de un propietario aparente vencido en juicio, sin parar mientes en que de esa manera infringían el artículo 1.748 del Código Civil”. Y más adelante agregó: “Por otra parte, el recurso aludido da oportunidad a la Corte para recoger un concepto suyo emitido en sentencia de casación de 15 de diciembre de 1944, que ha originado, ciertamente, confusión que con la presente busca disipar. Entonces dijo la Corporación dubitativamente refiriéndose a las ventas ficticias consideradas por sí mismas como contrato inexistente: “De ahí la similitud o equivalencia de tal simulación y la nulidad absoluta, al punto de que, como en alguno de sus fallos ha dicho la Sala, puede pensarse en una facultad opcional para demandar lo uno o lo otro y también en el sentenciador para invalidar un contrato cuando se demuestra lo procedente a que se acaba de aludir....”.

A raíz de esta jurisprudencia, la Corte ha mantenido su tesis respecto a que existen notorias diferencias entre la nulidad y la simulación absoluta y a que la acción pertinente en el caso de ventas ficticias es la de prevalencia.

2.—Hasta ahora la jurisprudencia se ha inclinado porque las partes no pueden demostrar el acto secreto sino con prueba escrita o con principio de prueba por escrito o con la confesión de la otra parte, con base en que la plena fé entre ellas que apareja el escrito, debe mantenerse mientras no se destruya con contrapruebas de igual naturaleza y efecto.

3.—Conforme al artículo 93 de la Ley 153 de 1887, es admisible la prueba testimonial, no obstante que la obligación valga más de quinientos pesos, cuando haya sido imposible obtener la prueba escrita. Sobre este punto la doctrina considera que en ciertos casos la propia ley autoriza la excepción, como ocurre con el depósito necesario (artículo 2.261 del Código Civil), en virtud de la naturaleza especial de tal contrato. Igualmente se ha extendido el principio a los servicios médicos, pues de acuerdo con la costumbre no se exige en ellos prueba escrita. Por último, se ha admitido que no es necesaria prueba de tal índole cuando ha existido imposibilidad física o moral para obtenerla, supuesto en que, como expresan Planiol y Ripert, los Tribunales de instancia

"tienen en esta materia amplísimas facultades de apreciación". (Tomo VII, pág. 884).

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, abril dieciséis de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Hernando Morales M.).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín el 27 de septiembre de 1957, en el juicio ordinario promovido por Rosa Antonia Holguín Gañán frente a Evelio Sierra Cadavid.

Antecedentes.

Ante el Juzgado Civil del Circuito de Sopetrán, Rosa Antonia Holguín Gañán demandó a Evelio Sierra Cadavid para que se declarara: a) "Que el contrato de compraventa o los contratos a que se refiere la escritura número 376 de 1º de diciembre de 1955 de la Notaría de Ebéjico, son simulados, y en consecuencia sin existencia legal; o subsidiariamente que son nulos, de nulidad absoluta por falta de causa real y precio; b) Que como consecuencia de la declaración anterior, se diga que soy dueña en absoluto de los bienes relacionados en dicha escritura y que se ordene la restitución, si al tiempo de la sentencia, hubieren salido materialmente de mi poder". Además, solicitó la cancelación de los registros de la escritura referida y la condena en costas para el demandado.

Las peticiones anteriores se apoyan en los hechos que se resumen así:

1.—Carlos Enrique Londoño demandó a Rosa Holguín Gañán para hacerle efectiva una suma de dinero pactada como cláusula penal de determinado contrato de promesa de venta.

2.—La admisión de dicha demanda fue notificada a la demandada el 29 de noviembre de 1955, y Evelio Sierra Cadavid, casado con una sobrina de la Holguín, matrimonio que a la sazón habitaba en la casa de ésta, le aconsejó "que le hiciera la escritura de todos los bienes para que se evitara el cobro de suma alguna por concepto del juicio propuesto".

3.—Por esta causa, Rosa Holguín Gañán hizo la referida escritura a favor de Evelio Sierra Cadavid, traspasándole varios inmuebles urbanos y rurales, así como determinados derechos hereditarios,

todos los cuales se encuentran debidamente especificados en la demanda.

4.—La escritura se otorgó con toda rapidez, y el mismo día se recibió la copia y se llevó al registro en Sopetrán.

5.—Evelio Sierra Cadavid por entonces era pobre de solemnidad, hasta el punto de que la aparente vendedora tuvo que suministrar el dinero para los gastos de la escritura, dinero que provino de la venta de una carga de café de su propiedad.

6.—El precio que se hizo figurar en la escritura fue la cantidad de \$ 25.000.00, la cual nunca recibió la presunta vendedora ni entregó el presunto comprador, fuera de que constituye una suma ínfima con relación al valor comercial, y aun al que figura en el catastro respecto a tales inmuebles y que asciende a la cantidad de \$ 55.000.00.

7.—Los bienes materia de la venta continúan en poder de la vendedora, pero el comprador procedió a vender parte de ellos a Alberto y Ernesto González por la cantidad de \$ 4.500.00.

8.—La vendedora no tuvo intención de transferir el dominio de los bienes relacionados, ni el comprador de adquirirlos, "toda vez que fue una simple ficción, por la causa y por los fines que se dejan expresados; y que por lo tanto no hubo precio; fue un contrato simulado, de simulación integral".

9.—El comprador aparente lejos de hacerle escritura de los bienes a la vendedora, y no obstante que ésta se lo había solicitado, se ausentó de Ebéjico.

Con la oposición del demandado se trabó la litis, cuya primera instancia terminó por sentencia absolutoria de fecha cinco de abril de 1957, que fue apelada por el actor y revocada por el Tribunal de Medellín, el cual declaró: A) No probadas las excepciones propuestas por el demandado; B) "Inexistente, por ser simulado y sin valor alguno, el contrato de compraventa celebrado entre las partes el 1º de diciembre de 1955 y contenido en la escritura número 376 de la Notaría del Circuito de Ebéjico"; C) Que la demandante es dueña de los bienes relacionados en la escritura acabada de mencionar. Además, ordenó la cancelación del registro de dicho instrumento y condenó al demandado en las costas de ambas instancias.

La sentencia recurrida.

El Tribunal considera que, según se ha afirmado, el remedio jurídico para la simulación consiste en una acción de prevalencia para que el

acto oculto prime sobre el ostensible; pero "que este principio rígido principia a ser atenuado por las últimas interpretaciones de la doctrina y la jurisprudencia". Al efecto, cita una sentencia del Tribunal de Medellín en que después de proponer determinados ejemplos sobre simulación expresa: "En tales hipótesis y en otras análogas hay que descartar, por lo dicho, la acción de prevalencia y aceptar que el acto jurídico puede ser pura y simplemente aniquilado mediante la declaratoria de inexistencia o de nulidad": no obstante lo cual, finaliza en el sentido de admitir exclusivamente la última.

Mas la sentencia recurrida entiende que es pertinente en este caso declarar la inexistencia del contrato, a pesar de no existir prueba escrita que demuestre la simulación, pues estima "que por parte de la actora fue imposible obtener prueba escrita, por estar moralmente impedida para ello, si en cuenta se tiene, el momento o estado psicológico en que actuó el 1º de diciembre de 1955, a las nueve a. m. cuando el demandado se presentó a su casa de habitación con el Notario para extender la escritura, luégo de infundirle el convencimiento de que el único modo que existía para evitar un embargo de todos los bienes y la ruina consiguiente, era la venta o traspaso ficticio a él, quien se los devolvería una vez que pasara el peligro".

Además, para afianzar la tesis de la imposibilidad, destaca la falta de cultura e ilustración de la actora, el nivel social en que operaba, su extracción campesina, su ingenuidad e ignorancia.

Con base en lo anterior, la sentencia encuentra varios indicios, que analiza separadamente, y que en su entender son suficientes para demostrar la simulación. En efecto, concluye: "Toda la serie de indicios relacionados, bien probados, perfectamente concatenados, concurren como prueba a demostrar la simulación del acto atacado....".

El recurso.

Dos cargos, dentro de la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, se formulan por el recurrente.

1º.—La sentencia viola, por infracción directa y aplicación indebida los artículos 1.494, 1.502, 1.602, 1.857, 1.759 y 1.766, del Código Civil; 91 de la Ley 153 de 1887, 630, 662, 666, 667, 703 y 704 del Código Judicial, en virtud de haber incurrido en error de derecho en la apreciación de varios medios probatorios, que son: la propia escritura que se dice simulada las copias de la actuación en el

proceso de Carlos Enrique Londoño contra Rosa Holguín Gañán y las declaraciones de los testigos recibidas a solicitud de la demandante en la primera instancia, así como la de Otoniel Velásquez, citado por el demandado.

Dicho error consiste, según el recurrente, en haberle asignado el valor de prueba plena para demostrar la simulación invocada a la prueba testimonial aducida y a la indiciaria allegada, "no obstante la ausencia de un asomo de principio de prueba escrita, o de confesión del demandado", que eran las únicas pruebas idóneas para acreditarla.

2º.—Violación, por iguales motivos, y por interpretación errónea de las mismas disposiciones legales proveniente de error evidente de hecho en la apreciación de determinadas pruebas.

Este cargo se puede resumir así: La actora al formular la posición quince del pliego que absolvió el demandado, afirmó que antes de firmarse la escritura citada ella advirtió al aparente comprador que le hacía escritura a fin de evitar el pago a que se refería la demanda de Carlos Enrique Londoño, pero con la condición de que Sierra le devolviera los bienes cuando hubiese pasado el peligro, a lo cual aquél asintió con un movimiento de cabeza. La demandante, quien sabe leer y escribir, "ha confesado al formular estas posiciones la existencia de un contrato secreto oponible al contrato aparente"; por tal razón, esto demuestra que ella era previsiva y que no estuvo en imposibilidad moral ni física de producir el contrato secreto por escrito o de dejar un principio de prueba de tal índole. Por ende, si no lo dejó fue porque no existió, y hay que atenerse al contenido de la escritura de venta.

En esta forma el sentenciador dejó de apreciar "esta prueba de confesión de la demandante sobre el pacto privado que por existir, debió ella comprobar, y esta omisión en la apreciación de esta prueba... implica un error de hecho del sentenciador, que unido a la interpretación errónea, por error de hecho que invoco subsidiariamente del primer cargo, de las copias de la actuación judicial de folios 8 y siguientes del cuaderno número 2 y de los testimonios citados" llevaron al Tribunal a infringir las normas positivas mencionadas.

Se considera:

Realmente la sentencia acusada aduce dos argumentos a saber: a) Que en este caso se solicitó la declaración de inexistencia del contrato, la cual admite culaquier clase de prueba. A este respecto, de acuerdo con una doctrina del Tribunal de

Medellín, a la que ya se ha hecho referencia, la inexistencia viene a implicar nulidad absoluta, pues como dice tal entidad, "la teoría de la inexistencia de los actos jurídicos es dudosa y discutida, ya que muchos expositores sostienen que la nulidad absoluta es la máxima sanción legal aun para los actos jurídicos más groseramente irregulares", de modo que "la Sala acepta como equivalente de ella la solicitud de nulidad del actor; y por consiguiente, la súplica de inexistencia puede interpretarse como nulidad y viceversa en los aludidos casos de simulación en que no existe o no se conoce el pacto oculto". b) Que de acuerdo con el inciso final del artículo 93 de la Ley 153 de 1887, a la parte actora le fue imposible obtener prueba escrita por estar moralmente imposibilitada para ello.

De esta manera, el Tribunal enfoca el asunto por el lado de la simulación-nulidad, o sea que no tiene en cuenta la teoría de la simulación-prevalencia, no obstante que una de las afirmaciones de la demandada es que el contrato que dio margen a la litis "fue un contrato simulado, de simulación integral".

La simulación, es un fenómeno derivado de una discordancia entre el proceso psicológico y su manifestación externa, razón por la cual Esmein al ampliar la obra de Planiol y Ripert enseña que "Hay simulación cuando conscientemente se hace una declaración inexacta o cuando se celebra una convención aparente cuyos efectos son modificados o suprimidos por otra, contemporánea de la primera y secreta" (Tomo VI, número 333).

Como es sabido, la Corte hasta 1935 vio en todo fenómeno de simulación un motivo de nulidad por ausencia de consentimiento y de causa; pero el 27 de julio de dicho año, por sentencia publicada en la GACETA JUDICIAL, 1.899, página 336, varió la doctrina en el sentido de que la simulación por sí misma no es causa de nulidad, sino que da lugar a la acción de prevalencia del acto oculto sobre el aparente:

Sin embargo, en 1941 la Corte volvió a establecer similitud entre la simulación absoluta y la nulidad; y sólo respecto a las simulaciones relativas continuó con la doctrina sobre la acción de prevalencia de la voluntad privada o secreta sobre la aparente u ostensible. A este respecto dijo, después de reiterar la diferencia entre las dos clases de simulación ya mencionadas, lo siguiente: "Aquella, o sea la total, ocurre cuando a la verdad sólo formalmente hay contrato. En una compraventa, por ejemplo, en que no ha habido sino la escritura pública que se expresa, pero no ánimo

de transferir en quien se dice allí vendedor, ni de adquirir en quien aparece comprando, ni ha habido precio sino en las frases o cláusulas respectivas, no hay en realidad un contrato, pues que faltan elementos indispensables para que éste se produzca, y más aún, para que en términos generales se haya producido un acuerdo de voluntades, una convención. De ahí la similitud o equivalencia de tal simulación y la nulidad absoluta, al punto de que, como en algunos de sus aludidos fallos ha dicho esta Sala, pueda pensarse en una facultad opcional para demandar lo uno y lo otro y también en el sentenciador para invalidar un contrato cuando se demuestra lo procedente a que se acaba de aludir..." (G. J., número 2.016, pag. 196).

Esta tesis recibió críticas fundadas, entre las cuales merece destacarse la del Profesor Antonio Rocha en su obra, "De la Prueba en Derecho", tercera edición, página 282, de la cual se resumen sus aspectos más trascendentales:

a) No es exacto que quienes hacen una venta ficticia no quieran nada ni están ligados por ningún acuerdo de voluntad. Si hay contrato, o mejor, como en toda simulación, existe otra voluntad contractual detrás de la aparente, ya que quien aparece vendedor constituye a quien figura como comprador en un mandatario, testaferro, fiduciario, agente, para que le tenga en su cabeza la propiedad de aquél "hasta nueva orden". No hay ninguna diferencia entre este caso y aquél en que se transfiere la propiedad a otro para que a su turno la transmita a un tercero, caso de simulación relativa aceptado por la doctrina que se comenta. Tanto es mandatario o testaferro el comprador aparente en el caso del encargo para transferir la cosa a un tercero como en el de la simulación absoluta, en que debe volverla a transferir al aparente vendedor. "En uno y otro caso, para nosotros, existe simplemente una acción de prevalencia de la verdadera voluntad, que estaba oculta y privada entre las partes, invocable por el vendedor aparente contra el testaferro que se niega a cumplirla; y que esa voluntad consista en devolver la propiedad al vendedor aparente o transferirla a un tercero, es cosa intrascendente".

b) La simulación conlleva necesariamente, según términos del artículo 1.766 del Código Civil, la alteración de la voluntad o consentimiento expresado en el pacto público. Esta alteración puede ser leve levisima, o total y completa, pues la ley no limita su alcance. Por tanto, hay simulación tanto cuando se disminuye en pocos pesos el precio que cuando se finge en absoluto.

c) Al establecerse los dos tipos de simulación, relativa y absoluta, para reconocerle a la primera la acción de prevalencia y a la segunda la de nulidad absoluta, se quiebra la integridad de la acción de nulidad frente a terceros, pues unas son las consecuencias de la nulidad y otras las de la simulación ante dichos terceros, puesto que la primera permite acción reivindicatoria contra terceros poseedores, aún de buena fé, según el artículo 1.748 del Código Civil, al paso que la segunda no produce efectos contra terceros, de acuerdo con el artículo 1.766 de la misma obra.

Si por otro lado, añade esta Sala, no se pierde de vista que la tesis de la simulación absoluta como causa de nulidad, implica la confusión de estos dos fenómenos, es evidente que la doctrina que se glosa no correspondía a la realidad jurídica, por lo cual la Corte hubo de recogerla, para llegar de nuevo respecto a la simulación absoluta a la doctrina de la simulación-prevalencia establecida en 1935.

Por estas razones en sentencia de ocho de junio de 1954 (GACETA JUDICIAL número 2.142, página 797), la Corte después de precisar las diferencias entre la nulidad y la simulación absoluta expresó: "En efecto, con la teoría de la simulación, tal cual ha quedado reseñada, a la par que se reconoce una incontrovertible realidad de diaria ocurrencia, que no puede pasar ignorada ante el derecho, se evita el quiebre doctrinario y la infracción de la ley en que se incurría por aquella época cuando Jueces y Magistrados al decretar la nulidad por simulación, obedeciendo a la equidad, ante todo, invariablemente absteniéndose de decretar la reivindicación contra terceros adquirentes de un propietario aparente vencido en juicio, sin parar mientes en que de esa manera infringían el artículo 1.748 del Código Civil". Y más adelante agregó: "Por otra parte, el recurso aludido da oportunidad a la Corte para recoger un concepto suyo emitido en sentencia de casación de 15 de diciembre de 1944, que ha originado, ciertamente, confusión que con la presente busca disipar. Entonces dijo la Corporación dubitativamente refiriéndose a las ventas ficticias consideradas por sí mismas, como contrato inexistente: "De ahí la similitud o equivalencia de tal simulación y la nulidad absoluta, al punto de que, como en algunos de sus fallos ha dicho la Sala, pueda pensarse en una facultad opcional para demandar lo uno o lo otro y también en el sentenciador para invalidar un contrato cuando se demuestra lo procedente a que se acaba de aludir...".

A raíz de esta jurisprudencia, la Corte ha mantenido su tesis respecto a que existen notorias diferencias entre la nulidad y la simulación absoluta y a que la acción pertinente en el caso de ventas ficticias es la de prevalencia, de modo que queda rectificadada la doctrina del Tribunal de Medellín.

* * *

Respecto al primer cargo, se observa:

El Tribunal en realidad falló el asunto con fundamento en la inexistencia del contrato, siguiendo la tesis, que se acaba de rectificar, pero respecto a la prueba, aunque la mayoría de los Magistrados estimó que en el caso así enfocado era "admisible cualquier clase de prueba", a renglón seguido dice toda la Sala: "No obstante no habrá salvamento de voto....., porque la Sala, aún dentro de la doctrina estricta de la simulación, y de acuerdo con el inciso final del artículo 93 de la Ley 153 de 1887, estima que por parte de la actora fue imposible obtener una prueba escrita, por estar moralmente impedida para ello".

Es decir, que la sentencia da entrada a la prueba indiciaria, aún dentro del campo de la simulación-prevalencia, pues considera que en este caso existe la excepción prevista en la norma anteriormente mencionada respecto a la exclusión de la prueba testimonial, referencia que puede tener una explicación si no se pierde de vista que varios de los indicios que sirvieron de fundamento al fallo aparecen apoyándose en testimonios.

De esta manera, el soporte de la sentencia, desde el aspecto probatorio, consistió solamente en que el Tribunal estimó que en el caso concreto no era necesaria la prueba escrita, porque la parte demandante estuvo en imposibilidad moral de obtenerla. Si el fallo acusado descansa en prueba indiciaria, no obstante tratarse de simulación entre partes, no se debe, pues, a que el Tribunal entendiara que la prueba es libre por tratarse de una acción de inexistencia, sino porque estimó procedente la prueba indiciaria fundada parcialmente en testigos, por tratarse de un caso de imposibilidad de obtener prueba escrita.

Es cierto que de conformidad con la doctrina que informa los artículos 1.759 y 1.761 del Código Civil y 91 de la Ley 153 de 1887, la Corte y los autores han sostenido que las partes no pueden demostrar el acto secreto sino con prueba escrita o con principio de prueba por escrito o con la confesión de la otra parte, ya que la plena fé entre ellas que apareja el escrito, debe mantenerse mientras no se destruya con contrapruebas de

igual naturaleza y efecto. Pero en este caso, el primer cargo no puede prosperar porque la sentencia, según se dijo, acepta la prueba indiciaria únicamente por considerar que la actora estaba ante la imposibilidad de lograr prueba escrita, y no porque la acción de simulación pudiera probarse por indicios basados en testigos.

En relación con la segunda acusación se observa:

Conforme al artículo 93 de la Ley 153 de 1887, es admisible la prueba testimonial, no obstante que la obligación valga más de quinientos pesos, cuando haya sido imposible obtener la prueba escrita. Sobre este punto la doctrina considera que en ciertos casos la propia ley autoriza la excepción, como ocurre con el depósito necesario (artículo 2.261 del Código Civil), en virtud de la naturaleza especial del contrato. Igualmente se ha extendido el principio a los servicios médicos, pues de acuerdo con la costumbre no se exige en ellos prueba escrita. Por último, se ha admitido que no es necesaria prueba de tal índole, cuando ha existido imposibilidad física o moral para obtenerla, supuesto en que, como expresan Planiol y Ripert, los Tribunales de Instancia "tienen en esta materia amplísimas facultades de apreciación" (Tomo VII, página 884).

En el presente asunto, el ataque en casación no logra éxito frente al fundamento de la sentencia, por los motivos que en seguida se exponen.

El cargo en su primera faz plantea error de hecho en que cayó el Tribunal por haber dejado de apreciar la pregunta quince que en posiciones formuló la parte actora al demandado, en cuanto allí afirma que antes de firmarse la escritura, la vendedora dijo al comprador que el acto tenía por objeto evitar el pago a que se refería la demanda de Carlos Enrique Londoño, pero con la condición de que el comprador devolviera los bienes a la vendedora cuando hubiera pasado el peligro, a lo cual aquél asintió moviendo la cabeza, "dando a comprender de que así procedería".

El recurrente considera que una persona que obró en esta forma, que sabe leer y escribir, que presenta testigos sobre existencia de un contrato oculto, no estuvo en imposibilidad moral ni física de producir la prueba escrita de dicha convenición, o por lo menos dejar un principio de prueba de tal naturaleza. Concluye que tal manifestación tiene fuerza de "confesión sobre pacto privado" y que al no apreciarla el sentenciador incurrió

en error de hecho que lo llevó a violar las disposiciones sustanciales citadas oportunamente.

No encuentra la Corte que tal pregunta contenga confesión que perjudique a la actora, ya que el pliego de posiciones no aparece firmado por Rosa Antonia Holguín, sino por su apoderado judicial, el cual carecía de facultad para confesar, de manera que es de aplicación el artículo 607 del Código Judicial en cuanto dice que tal clase de apoderados necesitan autorización del poderdante para confesar, la que se presume para los escritos de demanda y excepciones y de las respuestas correlativas, casos en los cuales no se está. Además, aunque el poder especificado existiera, la manifestación aludida no envolvería confesión, pues el hecho afirmado lejos de ser perjudicial para quien lo admite le es favorable, porque consiste en la existencia del pacto secreto, que es precisamente su punto de vista en la litis.

La segunda faz, o sea el error de hecho por falta de apreciación de las pruebas de donde el Tribunal deriva sus presunciones simples, se aduce como subsidiario del primer cargo, por lo cual se entiende enderezado en igual sentido que aquél, o sea que el fallo incurrió en dicho error, que lo llevó a hallar probada la "inexistencia" de la venta, siendo así que tales medios demuestran que no lo está. En realidad éste sería el único aspecto pertinente dentro del campo del error de hecho, desde el momento en que, como se vio en su lugar, el Tribunal sí apreció las pruebas y con su base falló la litis.

Para desechar la acusación basta decir que la sentencia dedujo de tales medios probatorios inferencias indiciarias que lo convencieron de lo que llama "inexistencia" del contrato cuestionado, y que el recurrente no indica en qué consiste el error que invoca, ni mucho menos demuestra que sea evidente. Otra cosa fuera que, asumiendo la carga que le imponía la técnica de casación, hubiera acreditado, analizando las respectivas pruebas, que de éstas se desprende en forma indubitable y *prima facie* la no existencia del fenómeno que reconoce la sentencia recurrida.

No sobra recordar que en casación no hay cargos subsidiarios, sino que todos son principales, por las razones que la Corte expuso en sentencia de dos de febrero del corriente año en juicio de Adolfo Hoyos Ocampo contra la "Sociedad Unica Automoviliaria Limitada" y otro.

Resolución.

En mérito de lo expuesto, la Corté Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín el cinco de abril de mil novecientos cincuenta y siete.

No se hace condenación en costas, por haberse rectificado doctrina.

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

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco—

Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge

Soto Soto, Secretario.

SE ACLARA LA PARTE RESOLUTIVA DE LA SENTENCIA ANTERIOR

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil. — Bogotá, mayo once de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Hernando Morales M.).

El apoderado del opositor solicita se corrija un error de la parte resolutive de la sentencia dictada por la Sala en el juicio ordinario de Rosa Antonia Holguín contra Evelio Sierra Cadavid, consistente en que allí se dice que no hay lugar a casar el fallo proferido por el Tribunal de Medellín el “cincó de abril de mil novecientos cincuenta y siete”, cuando dicho fallo tiene fecha 27 de septiembre del mismo año.

Realmente asiste razón al peticionario, pues el fallo objeto del recurso de casación lleva la fecha últimamente indicada como consta en la propia sentencia de la Corte cuya introducción expresa: “Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín el 27 de septiembre de 1957, en el juicio ordinario promovido por Rosa Antonia Holguín Gañán frente a Evelio Sierra Cadavid”.

Sinembargo, la discrepancia anotada, si bien se debe a una equivocación involuntaria, no da lugar a corrección de la sentencia, pues no depende de un error aritmético, que es requisito esencial para la corrección de que trata el artículo 483 del Código Judicial.

En cambio es pertinente la aclaración prevista en el artículo 482 *ibidem*, y así se entiende la solicitud respectiva, pues es evidente que la referida frase de la sentencia ofrece “verdadero motivo de duda”, desde el momento que la propia providencia, según se ha previsto, en su introducción señala como fecha de la sentencia recurrida la que indica el memorialista y que es la que corresponde a la realidad, como puede observarse en el cuaderno de la actuación surtida en el Tribunal, folio 5.

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, aclara la parte resolutive de la sentencia de 16 de abril de 1959 en el sentido de que la sentencia que no se casa es la proferida por el Tribunal de Medellín el veintisiete de septiembre de mil novecientos cincuenta y siete.

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

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco.

Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Ar-

turo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge

Soto Soto, Secretario.

LA CONFORMIDAD DEL VENCIDO CON EL FALLO JUDICIAL QUE LE ES ADVERSO, LO PRIVA DE BASE ADECUADA PARA CENSURAR EN CASACION LA SENTENCIA CONFIRMATORIA Y DESPOJA A LA CORTE DE COMPETENCIA PARA CALIFICAR EL MERITO DE LA RESPECTIVA DEMANDA. — EL AUTO QUE DECLARA ADMISIBLE EL RECURSO DE CASACION, NO IMPIDE EL PRONUNCIAMIENTO INHIBITORIO DE LA CORTE

Aunque el Municipio esté conforme, no puede hacerse efectiva la obligación declarada en el fallo adverso de primera instancia sin que preceda el grado de consulta establecido por la ley como protección excepcional y extraordinaria en favor del Estado, los Departamentos y los Municipios. Pero, como es obvio, la consulta se agota y pone fin a la dicha tutela jurídica especial cuando es proferida la sentencia que cierra el segundo grado de la litis.

Surtida la consulta, cobra fuerza absoluta la aquiescencia al fallo condenatorio, como fenómeno automático que priva de base adecuada a la misma parte para censurar en casación la sentencia confirmatoria, y despoja a la Corte de competencia para calificar el mérito de la respectiva demanda.

Cuando hay conformidad del vencido con el fallo judicial que le es adverso, no se descubre, en efecto, ninguna base plausible para dar cabida al arrepentimiento en casación.

El hecho de que el recurso se admitiera no liga a la Corte según doctrina reiterada que puede consultarse en la GACETA JUDICIAL LXXXVII, 2.138 y 2.139, 51, 2ª, donde se lee:

“Sobre el alcance del auto que admite el recurso, esta Sala reafirma la siguiente doctrina:

“En varias ocasiones ha dicho la Corte que cuando erradamente declara admisible el recurso de casación, el auto correspondiente no la obliga a tomar decisión alguna de fondo al estudiar los reparos hechos a la sentencia del Tribunal y darse cuenta cabal de la índole del pleito. Ciertamente, si al entrar en el examen detenido del recurso propuesto advierte que le ha dado cabida sin fundamento legal, mal procedería atribuyéndole al auto admisorio de la demanda

capacidad para comprometerla en el nuevo error de asumir una competencia de que carece. Porque el auto en cuestión nunca tiene fuerza de sentencia, no cohibe a la Corte para declarar en providencia posterior ‘procedente el recurso’. (Casación Civil, noviembre 30 de 1951, tomo LXX, número 2107-2108, 850, 1ª y 2ª)”.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, veintinueve (21) de abril de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. José Hernández Arbeláez).

Pedro Casas, como representante legal de los impúberes Jesús Antonio, Lucely del Socorro y Jairo Antonio Pérez que ya habían perdido a su madre y vinieron a quedar en absoluta orfandad por consecuencia de la muerte de su padre legítimo Jesús María Pérez, entabló demanda contra el Municipio de Betania con las siguientes súplicas:

“PRIMERA.—Que el distrito de Betania es civilmente responsable de la muerte por electrocución de Jesús María Pérez, ocurrida en dicha ciudad el 27 de septiembre de 1955, en el camino que conduce al paraje de Primavera y en el sitio denominado El Volcán.

“SEGUNDA.—Que como consecuencia de la declaración anterior el distrito de Betania debe pagar a Jesús Antonio, Lucely del Socorro y Jairo Antonio Pérez Casas, los perjuicios morales y materiales que se les causaron con ocasión de la muerte violenta de su padre Jesús María Pérez.

“TERCERA.—Que las sumas a que fuere condenado a pagar el distrito de Betania debe cubrir las a sus beneficiarios, dentro de los seis días

siguientes a la ejecutoria de la sentencia respectiva, junto con los intereses legales de tal obligación”.

Conoció del juicio en primera instancia el Juzgado Promiscuo del Circuito de Bolívar (Antioquia), quien por sentencia del 5 de junio de 1957 declaró al citado Municipio de Betania en la obligación de indemnizar el daño sufrido por los impúberes a causa de la muerte de su padre Jesús María Pérez, y dispuso que la cuantía del resarcimiento se regulara por el trámite que señala el artículo 553 del Código Judicial.

La parte demandante apeló con el propósito exclusivo de que el sentenciador señalara de una vez el monto de la indemnización por los perjuicios morales. Y como el Municipio no recurriera, a pesar de la obligación declarada a su cargo, el proceso subió a la vez en grado de consulta al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Terminó la consulta por sentencia del 19 de septiembre de 1957 confirmatoria de la de primera instancia con la determinación de \$ 2.000.00 como suma debida a cada uno de los huérfanos por concepto del daño moral.

En ese ámbito procedimental el Municipio interpuso el recurso extraordinario ante la Corte, y ha llegado el momento de proferir la decisión que al caso corresponde:

No obstante la conformidad del Municipio con el fallo de primera instancia, la obligación a su cargo no podía hacerse efectiva sin que precediera el grado de consulta establecido por la ley como protección excepcional y extraordinaria en favor del Estado, los Departamentos y los Municipios. Pero, como es obvio, la consulta se agota y pone fin a la dicha tutela jurídica especial cuando es proferida la sentencia que cierra el segundo grado de la litis.

Surtida la consulta, cobra fuerza absoluta la aquiescencia al fallo condenatorio, como fenómeno automático que priva de base adecuada a la misma parte para censurar en casación la sentencia confirmatoria, y despoja a la Corte de competencia para calificar el mérito de la respectiva demanda.

Cuando hay conformidad del vencido con el fa-

llo judicial que le es adverso, no se descubre, en efecto, ninguna base plausible para dar cabida al arrepentimiento en casación.

El hecho de que el recurso se admitiera no liga a la Corte según doctrina reiterada que puede consultarse en la GACETA JUDICIAL LXXVII, 2138 y 2139, 51, 2, donde se lee:

“Sobre el alcance del auto que admite el recurso, esta Sala reafirma la siguiente doctrina:

“En varias ocasiones ha dicho la Corte que cuando erradamente declara admisible el recurso de casación, el auto correspondiente no la obliga a tomar decisión alguna de fondo al estudiar los reparos hechos a la sentencia del Tribunal y darse cuenta cabal de la índole del pleito. Ciertamente, si al entrar en el examen detenido del recurso propuesto advierte que le ha dado cabida sin fundamento legal, mal procedería atribuyéndole al auto admisorio de la demanda capacidad para comprometerla en el nuevo error de asumir una competencia de que carece. Porque el auto en cuestión nunca tiene fuerza de sentencia, no cohibe a la Corte para declarar en providencia posterior improcedente el recurso”. (Casación Civil, noviembre 30 de 1951, Tomo LXX, número 2107, 2108, 850, 1ª y 2ª)”.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del 19 de septiembre de 1957 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

No aparecen costas causadas en el recurso.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL, y vuelva el proceso al Tribunal de su origen.

José Hernández Arbeláez—Enrique Coral Velasco—Hernando Morales M.—Arturo C. Posada—Ignacio Escallón—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge Soto Soto, Secretario.

SE REITERA LA DOCTRINA EXPUESTA POR LA CORTE SOBRE LAS NORMAS QUE GOBIERNAN LA PARTICION DE BIENES COMUNES. — NO DAN MARGEN PARA FUNDAR UN CARGO EN CASACION LOS ARTICULOS 960, 964 Y 965 DEL C. JUDICIAL, POR SER DE MERO PROCEDIMIENTO, NI LAS REGLAS 7ª Y 8ª DEL ART. 1.394 DEL C. CIVIL, PORQUE NO ATANEN A NORMAS ESTRUCTURALES DEL DERECHO. — CAUSAL DE INCONGRUENCIA. — SU FINALIDAD EN CASACION. — SALVO ARBITRARIEDAD MANIFIESTA, LA SENTENCIA APROBATORIA DEL TRABAJO FINAL RESUELVE EN DEFINITIVA SOBRE LA VALIDEZ DE TODOS LOS REPAROS A LA PARTICION

Si en particular el cargo está basado en violación de los artículos 960, 964 y 965 del Código Judicial, carece por este aspecto de actitud para trascender al recurso por la causal primera, toda vez que no atañen a normas estructurales del derecho sino que sólo versan sobre el procedimiento. Ni es más idónea la acusación por alegar al mismo tiempo el quebranto de las reglas 7ª y 8ª del artículo 1.394 del Código Civil, puesto que ellas tampoco objetivan derechos cuando apenas describen la orientación general para guiar a quien está llamado a resolver al abrigo de la buena fé y los principios de equidad las variables y diversas situaciones de hecho que la práctica cotidiana ofrece a la autoridad jurisdiccional.

La causal segunda, de "no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes" permite corregir en casación el error cometido en la instancia cuando no es desatado como en derecho corresponde el vínculo jurídico que para las partes emerge del debate judicial: O porque la decisión versa sobre extremos no incluidos ni en la acción ni en la defensa; o porque disminuya o exagere el contenido que en derecho tiene la pretensión de cualquiera de las partes en la medida de supervalencia. Pero cuando en concreto el marco procedimental deja por fuera de la controversia el hecho de la comunidad universal y el carácter de ser todos los partícipes quienes se apersonaron en el juicio precisamente para terminar la indivisión, se descubre con claridad indiscutible que la aprobación judicial del acto partitivo desata por completo los elementos integrantes del lazo jurídico procesal, bien

sea que procedieran o no objeciones prosperas o infundadas con respecto al trabajo hecho o rehecho para liquidar la masa partible. La conformidad de los no objetantes y las objeciones de quienes disientan, delimita las pretensiones recíprocas de las partes, pero sólo dentro del ámbito determinado en el estudio de la censura que antecede, y la sentencia aprobatoria del trabajo final resuelve en definitiva sobre la validez de todos los reparos a la partición, salvo arbitrariedad manifiesta, según viene dicho.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, veintiuno (21) de abril de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. José Hernández Arbeláez).

En la sucesión testamentaria de Leocadia Colorado de Rodríguez el Juzgado del conocimiento, Segundo Civil del Circuito de Facatativá, recibió como interesados al cónyuge sobreviviente Francisco Rodríguez, y a los hijos legítimos de la causante habidos en su primer matrimonio con Rufino Martínez, a saber: Gorgonia, Chiquinquirá, Marco Antonio, Manuel, Belarmino e Inés Martínez Colorado.

La respectiva partición de bienes fue objetada por Belarmino Martínez: 1º Porque se hizo materialmente sin el consentimiento de todos los partícipes, y no en forma numérica o *ad valorem*; 2º Porque el partidador hiciera al cónyuge sobreviviente una adjudicación distinta de la señalada en el testamento; 3º Porque a Belarmino no se le adjudicara su porción en un solo lote "sino que se le hacen tres adjudicaciones sin previa clasi-

ficación de las tierras"; 4º Porque en las hijuelas "se alinderan los lotes para cada cual pero no se dice qué extensión tienen"; 5º Por cuanto los gastos "hechos o autorizados por el partidor" no pueden afectar el haber del heredero Belarmino sin su autorización; y 6º En lo concerniente al avalúo de los frutos. El Juez las consideró probadas y en proveído del 12 de marzo de 1956 dispuso que la partición fuese rehecha en la forma indicada en la parte motiva.

Rehecha la cuenta, obtuvo aprobación judicial en sentencia que lleva fecha 25 de julio de 1956 por haberse ajustado "estrictamente" a la providencia del 12 de marzo. Y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá expidió el 15 de junio de 1957 pronunciamiento confirmatorio al conocer de la alzada interpuesta por el mismo Belarmino Martínez Colorado, quien recurrió oportunamente en casación.

LA SENTENCIA ACUSADA

Expresa en su motivación:

"Evidentemente, se trata en esta ocasión de un segundo trabajo de partición ordenado hacer en virtud de que las objeciones propuestas al primero por el mismo recurrente de ahora fueron declaradas probadas en auto del 12 de marzo de 1956 (folios 4 vuelto y siguientes cuaderno 4º). Por tanto, la norma legal aplicable es la del artículo 965 del Código Judicial, según la cual "reformada la partición en los términos ordenados por el Juez la aprueba". Quiere ello decir, pues, que la única cuestión a estudiar es si por el partidor se ajustó en el segundo trabajo a los términos o pauta señalados en la providencia que lo ordenó, en virtud de las objeciones que prosperaron.

"En el presente caso es palmario que la partición reformada consulta en su integridad la decisión contenida en el citado auto del 12 de marzo de 1956, en armonía con las objeciones propuestas, en consecuencia de las cuales se ordenó aquella reforma. Que ello es así, se establece con la simple comparación del proveído del 12 de marzo de 1956 y la memoria de partición rehecha. Por tanto, carecen de fundamento las argumentaciones de que tratan los ordinales 1º y 5º. Y en cuanto a las enunciadas en los numerales 2º, 3º, y 4º., constituyen alegaciones nuevas relativas al trabajo de partición que no fueron materia de objeciones en la debida oportunidad y que, por tanto, no pueden ser tenidas en cuenta por el Tribunal en fuerza del principio según el cual sólo los he-

chos aducidos como fundamento de las objeciones oportunamente formuladas determinan el ámbito dentro del cual ha de moverse la actividad procesal y, por consiguiente, la actividad jurisdiccional...."

EL RECURSO

Seis cargos se aducen por la causal 1ª y el 7º por la causal 2ª. Mas como en el fondo de todos ellos aparece la misma impugnación, la lógica y la economía del recurso exigen el estudio conjunto de los seis primeros y separadamente el examen del 7º por lo que hace a la segunda causal de casación.

CUSAL PRIMERA

Estima el recurrente que el sentenciador se hallaba en la necesidad de dar traslado de la partición rehecha, por cuanto cree que el artículo 965 del Código Judicial no lo prohíbe y puesto que alega que si el trabajo primitivo fue de partición material y el rehecho de partición numérica, hubo este elemento nuevo para justificar aquel segundo traslado. Objeta la sentencia aprobatoria por que al cónyuge sobreviviente se le adjudica una parcela de dos y media fanegadas en "La Florida", que los inventarios relacionan, y no en "La Floresta", según la letra del testamento, pero no se detiene la demanda a demostrar que en realidad sean dos predios diferentes o que al respecto el partidor hubiese de tener alguna duda razonablemente fundada. No está conforme con la adjudicación de todos los semovientes a Belarmino Martínez en el acto refaccionado y aprobado de plano por el Tribunal sin paramientos en que ha debido guardarse "la posible igualdad, adjudicando a cada uno de los coasignatarios cosas de la misma naturaleza y calidad que a los otros, o haciendo hijuela o lotes de la masa partible". Se queja de que Belarmino resulta obligado al pago de las costas comunes de la partición por concepto de gastos que no deben incluirse como tales sin autorización de todos los interesados, caso en el cual considera que en fracción indeterminada se encuentra la suma de \$ 1.300.00 como honorarios del partidor, pues la demanda expresa que "naturalmente, dentro de esos honorarios están incluidos en forma vedada" los del ingeniero que asesorara al partidor, sin ser procedente esa asesoría. Y concluye en el sentido de que a pesar de las objeciones prósperas, el segundo trabajo incurre en los mismos errores iniciales, de no

basarse en la previa clasificación de tierras ni expresar la extensión de las mismas. De todo lo cual desprende aplicación indebida o interpretación errónea del artículo 965 del Código Judicial y reglas 7ª y 8ª, artículo 1.394 del Código Civil; falta de aplicación de los artículos 960, 964 del Código Judicial y 1.375 del Código Civil; e infracción, no dice en qué forma, de los artículos 1.390 y 1.391 de este último Código.

SE CONSIDERA:

1. En numerosas sentencias de casación aparece expuesta la doctrina de la Corte sobre las normas que gobiernan la partición de bienes comunes. Y en lo que atañe a la demanda ahora al estudio, conviene repetir los pasos que van en seguida:

LXXXII. 2167, 594-2. 28. mayo 1956.—“Dentro de la regulación jurídica aplicable a los juicios divisorios está previsto que rehecha la cuenta en cumplimiento del decreto judicial admisorio de objeciones, concluye dentro del proceso la posibilidad de que se presenten reparos al trabajo del partidador....

“Reformada la partición en los términos ordenados, el Juez la aprueba’ —dice el artículo 965 del Código Judicial. No cabría pensar que el legislador hubiese expresado de manera más clara aquel fenómeno preclusivo, establecido con la finalidad notoria de clausurar el campo propicio para que alguna de las partes, sin fundamento razonable, pudiese dilatar a su albedrío el acto jurídico que pone fin a la comunidad.

“Está, pues, sometida a los poderes discrecionales del juzgador en la instancia la proposición conducente a saber si la cuenta rehecha se encuentra conforme con las objeciones que en su oportunidad prosperaran; y su juicio al respecto no es censurable en casación, a menos que adolezca de ostensible arbitrariedad”.

LXXX. 2153-41. 2. 20. Abril 1955.—“En conformidad con las normas aplicables, la partición se aprueba si los interesados lo piden unánimemente o si ninguno la objeta en el término del respectivo traslado. Si algo contradice el trabajo realizado, se abre articulación, y la cuenta se rehace si el Juez encuentra motivo fundado para ello, pero no en el caso contrario. Reformada la partición en los términos ordenados, el Juez la aprueba. (964 y 965 del Código Judicial).

“Quiere decir este sistema legal que pasada sin reparo la oportunidad del traslado, o rehecha la cuenta como secuela del correspondiente decreto judicial, termina dentro del proceso la posibilidad de que se presenten nuevas objeciones, y para el Juez se abre el campo de apreciación que le

permite decidir a su prudente arbitrio si la nueva cuenta se encuentra o no de acuerdo con el proveído que halló fundamento plausible a las impugnaciones propuestas. Sus poderes discrecionales se respetan en casación, de manera que rara vez cabe sustentar la causal primera, desde luego que se trata de recurso extraordinario y no de tercer grado en el proceso. El debate al respecto queda cerrado definitivamente en la instancia, salvo arbitrariedad manifiesta en el sentenciador”.

2. Si en particular el cargo está basado en violación de los artículos 960, 964 y 965 del Código Judicial, carece por este aspecto de aptitud para trascender al recurso por la causal primera, toda vez que no atañen a normas estructurales del derecho sino que sólo versan sobre el procedimiento. Ni es más idónea la acusación por alegar al mismo tiempo el quebranto de las reglas en cita del Código Civil, 7ª y 8ª, artículo 1.394, puesto que ellas tampoco objetivan derechos cuando apenas describen la orientación general para guiar a quien está llamado a resolver al abrigo de la buena fé y los principios de equidad las variables y diversas situaciones de hecho que la práctica cotidiana ofrece a la autoridad jurisdiccional.

Por eso ha dicho la Corte:

LXXIX. 2150. 490, 1. 15 febrero 1955.—“En la equidad natural se informan las normas atinentes a la partición de bienes comunes. Pero como son innumerables las diversas situaciones de orden práctico que suelen presentarse, el legislador, para atender a todas ellas, se limita por lo común a señalar los principios generales aplicables para conseguir que exista equivalencia y semejanza entre los diversos lotes sacados de la masa partible. Por lo general tales preceptos envuelven poderes discrecionales para el juzgador en la instancia y por lo mismo rara vez permiten sustentar en casación la causal primera, desde luego que se trata de recurso extraordinario y no de tercer grado en el proceso.

“Así, cuando el artículo 1.394 del Código Civil, en su regla 7ª, habla de que ‘se ha de guardar la posible igualdad, adjudicando a cada uno de los consignatarios cosas de la misma naturaleza y calidad que a los otros, o haciendo hijuela o lote de la masa partible’, y la regla 8ª expresa que ‘en la formación de los lotes se procurará no sólo la equivalencia sino la semejanza de todos ellos’, marca apenas una directriz general, de la que arrancan los poderes discrecionales del senten-

ciador en la instancia, sin perjuicio de que con fundamento en las mismas normas puedan los interesados reclamar contra el modo de composición de los lotes, según lo previsto en la regla 9ª. Pero el debate al respecto, salvo arbitrariedad manifiesta, queda cerrado definitivamente en la instancia”.

Lo cual en la demanda no ha sido demostrado.

3. En lo restante, es obvio que si la partición fue hecha y rehecha por perito, no la hizo precisamente el difunto, lo cual deja de lado al artículo 1.375; que si no ha sido probado exceso o falta de proporcionalidad entre los honorarios y el trabajo del partidador, en nada puede aparecer arbitraria la aprobación judicial de la cuenta, por desmedro de los principios de equidad y buena fé en que se presume estar basada, por lo que resulta aplicable el artículo 1.390; y que si la preceptiva del 1.391 es apenas de instrucciones generales de procedimiento para el partidador, ha de concluirse, en razón de todo lo expuesto, que la censura examinada carece de mérito.

CAUSAL SEGUNDA

De ella se vale el recurrente para insistir en que la partición reformada no se compadece con las objeciones prósperas, como que el perito “volvió a incurrir en los mismos errores que equivocadamente creyó corregir en el nuevo trabajo de partición”.

Y en seguida, basado en que Belarmino, al objetar, dedujo oportunamente en juicio las pretensiones expuestas en el respectivo pliego, repite una vez más que se le hizo partícipe de gastos a que no estaba obligado legalmente; que se le adjudicaron inmuebles sin darles dimensiones; que las tierras no fueron clasificadas; que se le atribuyeron todos los semovientes en lugar de hacer lotes para su distribución entre todos los partícipes; y que, en conclusión, el fallo acusado viola sus derechos deducidos previamente cuando se admitieron las objeciones propuestas.

SE CONSIDERA:

1. La causal segunda, de “no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes” permite corregir en casación el error cometido en la instancia cuando no es desatado como en derecho corresponde el vínculo jurídico que para las partes emerge del debate judicial: O porque la decisión versa sobre extremos no incluídos ni en

la acción ni en la defensa; o porque disminuya o exagere el contenido que en derecho tiene la pretensión de cualquiera de las partes en la medida de su prevalencia. Pero cuando en concreto el marco procedimental deja por fuera de la controversia el hecho de la comunidad universal y el carácter de ser todos los partícipes quienes se apersonaron en el juicio precisamente para terminar la indivisión, se descubre con claridad indiscutible que la aprobación judicial del acto partitivo desata por completo los elementos integrantes del lazo jurídico procesal, bien sea que precedieran o no objeciones prósperas o infundadas con respecto al trabajo hecho o rehecho para liquidar la masa partible. La conformidad de los no objetantes y las objeciones de quienes disientan, delimitan las pretensiones recíprocas de las partes, pero sólo dentro del ámbito determinado en el estudio de la censura que antecede, y la sentencia aprobatoria del trabajo final resuelve en definitiva sobre la validez de todos los reparos a la partición, salvo arbitrariedad manifiesta, según viene dicho.

2. Así es doctrina de la Corte:

LXXIX. 2150. 487-1. 15 de febrero. 1955.—“La causal de incongruencia entre el fallo y las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes cuando se trata de sentencias que aprueban las particiones hechas en juicios divisorios de bienes comunes, o de sucesión, o de liquidación de sociedades disueltas, por razón de la sujeta materia que en tales casos se contempla, ha de versar sobre las objeciones que fueron objeto del debate en la instancia.

“El pliego que contiene los motivos por los cuales se impugna el acto de partición, marca, en efecto, los límites del interés jurídico propuesto y deducido por el objetante para su decisión por la autoridad judicial. Y de la respuesta correspondiente surge el interés deducido por la parte contraobjetante, si la hubiere, o si nó, el acto de partición en sí mismo envuelve el interés jurídico de los partícipes que le hayan dado su aquiescencia.

“Es preciso, por tanto, que el sentenciador se salga de la continencia así fijada, para que pueda predicarse la existencia de la causal segunda, por ser el fallo dictado extra o ultrapetita, o porque dejara sin decidir alguna de las objeciones propuestas.

“Pero si la sentencia, como sucede en el asunto al estudio, declara en su integridad no probadas las objeciones, no cabe entonces alegar la causal de incongruencia, desde luego que el sentenciador

contempla así todos los extremos del debate. El fallo será adverso al objetante, es verdad, pero tal no es la nota característica de la incongruencia para ser motivo de casación”.

3. No otra cosa acontece cuando agotado el momento procesal para objeciones, el sentenciador aprueba la cuenta rehecha, por entender corregidas todas las deficiencias del trabajo inicial. En efecto: subsanados judicialmente los reparos es como si no hubiesen existido jamás.

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, **NO CASA** la sentencia de

fecha 15 de junio de 1957 proferida en el presente juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas en casación a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL, y vuelva el proceso al Tribunal de su origen.

José Hernández Arbeláez—Enrique Coral Velasco—Hernando Morales M.—Arturo C. Posada—

Ignacio Escallón—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge Soto Soto, Secretario.

PARA QUE PUEDA HABLARSE DE INCONGRUENCIA ENTRE EL FALLO Y LAS PRETENSIONES OPORTUNAMENTE DEDUCIDAS POR LOS LITIGANTES, ES CONDICION FUNDAMENTAL QUE SE HAYA DICTADO SENTENCIA DE MERITO QUE, POR SERLO, RESUELVA LA SUJETA MATERIA DEL LITIGIO. — CARACTER Y DIFERENCIAS ENTRE LA SENTENCIA FORMAL Y LA DE FONDO. — EXCEPCIONES DILATORIAS Y PERENTORIAS. — FINALIDAD Y CLASIFICACION DE ESTAS. — DEFECTO FORMAL DE LA DEMANDA QUE INHIBE AL JUEZ DE FALLAR EL LITIGIO Y QUE LE IMPOSIBILITA SU PRONUNCIAMIENTO EN EL FONDO.—LOS ARTICULOS 209, 328 Y 329 DEL C. J., NO SON DISPOSICIONES DE CARACTER SUSTANTIVO.—ACUMULACION DE ACCIONES Y DE ACTOS.—SU OBJETO. — SIMILITUD EN EL FONDO DE ESTOS DOS FENOMENOS. — LA CONTRAVENCION DEL ARTICULO 471 DEL C. J., SOLO TIENE INCIDENCIA EN CASACION POR MEDIO DE LA CAUSAL 2ª

1.—Como condición fundamental para que exista incongruencia, contradicción o desarmonía entre lo que es objeto de la sentencia y la sentencia misma, es decir, entre las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes y el fallo, es necesario que se dicte o pronuncie sentencia de mérito que, por serlo, resuelva la sujeta materia del litigio. Cuando el Juez se inhibe de conocer, produce solamente una sentencia formal, cuyo objeto es afirmar que no concurren los medios procesales adecuados para resolver sobre el fondo litigioso. Función ineludible del Juez es realizar la tutela jurídica por medio de actos de jurisdicción a él impetrados. Y es un derecho de las partes obtener la sentencia que defina en el fondo la situación controvertida y se cumpla la finalidad del proceso. Recíprocamente, es obligación de las partes propiciar todos los elementos adecuados para que el fallador pueda pronunciarse sobre el mérito de la controversia. Entonces, viene la sentencia de fondo. Cuando esto no sucede, no queda el Juez relevado de pronunciar sentencia; pero, su fallo es simplemente formal y expresa solamente qué elementos adecuados faltaron para producir sentencia de mérito. Procede en tal caso la "inhibición", fórmula o medio aceptado por la jurisprudencia de la Corte para resolver un negocio por vía de una sentencia formal. Y cuando eso ocurre, precisamente —falta de sentencia de mérito—, no es posible alegar incongruencia, que supone haberse resuelto sobre puntos ajenos a la controversia; o no haberse resuelto sobre algunos de los

que han sido objetos del litigio; sí, porque se condenó a más de lo pedido; o, por fin, porque no se falló sobre alguna de las excepciones oportunamente alegadas como medio defensivo.

2.—Los artículos 328 y 329 del Código Judicial no son de carácter sustantivo, en estricto sentido, por cuanto no consagran derechos a favor de los particulares. Son simples normas, definiciones generales de determinadas figuras procesales. Distinto sería si, concretamente, se hubiera dejado de apreciar una excepción perentoria.

Es cierto que las excepciones dilatorias son de taxativa enumeración en la ley. Su objeto es purgar el procedimiento aunque como consecuencia lo alarguen o dilaten. Las perentorias surgen de la naturaleza misma de los hechos y hacer su enumeración sería un tanto arbitrario. Las perentorias de fondo pueden desconocer la existencia de la obligación o pueden extinguirla si alguna vez existió. Las primeras suponen la presencia de un hecho coetáneo a la declaración de la existencia de la obligación que impide que ésta tenga cumplido efecto. Tales serían las de falsedad, error, fuerza, etc. Las segundas suponen hechos posteriores que hacen inútil o por lo menos enervan la existencia de la obligación, por ejemplo, la de pago, compensación, novación, remisión, incumplimiento del contrato, etc.

Junto a estas dos grandes clasificaciones doctrina y jurisprudencia admiten una tercera categoría de excepciones, llamadas mixtas por algunos tratadistas, por cuanto

en cierto modo participan de características de dilatorias y de perentorias, y que pudiéndose no alegar in limine litis, pueden resolverse en la sentencia definitiva, pero cuyo objeto no es producir impacto contra la existencia de la obligación, sino contra las condiciones formales del proceso, excepción que, por lo mismo, no produce sentencia de mérito o sustancial, sino simplemente de forma. Dentro de este caso estaría la que en otro tiempo se llamó excepción de inepta demanda o petición de modo indebido y que en realidad lleva al resultado de la inhibición por falta de presupuesto procesal, o sea de la presencia "de aquellos antecedentes necesarios para que el juicio tenga existencia jurídica y validez formal".

Por fin, sobre preclusión del término para proponer la excepción dilatoria y cuanto el Juez del conocimiento admitió la demanda sin hacer observación alguna, la Corte tiene dicho lo siguiente:

"Si el Juez no ha ejercido el poder de ordenar de oficio la corrección de una demanda que adolezca de vicios formales, ni la parte demandada ha propuesto la excepción dilatoria, y en el momento de ir a fallar el negocio se encuentra una demanda con un defecto formal de tal índole que haga imposible un pronunciamiento en el fondo del negocio, el deber del juzgador es declarar su inhibición para decidir la controversia, por causa de este impedimento procesal.

"Tal sería el caso de una demanda en que ejercitándose una acción real no se han señalado los linderos y demás circunstancias que individualicen el inmueble en que radique el derecho, o el de una demanda en que han acumulado indebidamente acciones opuestas y contradictorias entre sí, o el de una demanda adelantada por vía procesal inadecuada legalmente.

"La jurisprudencia nacional en casos como estos ha hablado impropiaemente de una excepción perentoria (ineptitud sustantiva de la demanda o petición de modo indebido), cuando en rigor se trata de un impedimento procesal por falta del presupuesto correspondiente (demanda en forma).

"Como es obvio, no basta cualquier defecto formal de la demanda para justificar la inhibitoria del juzgador, sino se requiere uno de mucha gravedad, como en los casos cita-

dos por vía de ejemplo". (G. J. número 2.145, página 345).

3.—Indudablemente, es cierto, que existe diferencia entre la acumulación de acciones prevista por el artículo 209 del Código Judicial, y la de autos definida por el artículo 396 de la misma obra. La diferencia es elementalmente perceptible con sólo diferenciar lo que se entiende por "acción" y lo que son "autos" en sentido del Código Judicial. Pero la diferencia no es tan profunda que en el fondo no suponga similares razones determinantes y confluyentes sobre esos dos fenómenos, entre ellas, la de la conexión jurídica, cuya esencia es propiciar la contención de la causa, la cual está integrada por tres elementos, a saber: a) Personas; b) Título o causa de pedir o jurídica; y c) Cosa, objeto o causa de hecho, como lo tiene dicho la Corte (G. J., número 1.911-12, página 753). En todo caso, tanto la acumulación de acciones como la de autos, no son sino maneras de realizar la unidad del procedimiento, cuestión de orden y método que la ley busca por distintos motivos, sin olvidar que a la postre la acumulación de procesos es una acumulación de acciones, promovida separadamente.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, abril veintidós de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Enrique Coral Velasco).

María de Jesús Pérez viuda de Ospina, en nombre y representación de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida que tuvo formada con Aquileo Ospina González; Justo o Justiniano, Abel, Juan, Georgina y Rafael Ospina Pérez, vecinos de Ibagué y Eulogio, Aquilino y Leonidas Ospina Pérez y Lucía Ospina de Franco, vecinos de Bogotá, a nombre de la sucesión intestada e ilíquida de Aquilino Ospina González, demandaron en juicio ordinario de mayor cuantía, a Félix Ospina Pérez y Beatriz Pérez de Cortés, para obtener declaración de las siguientes peticiones:

"Serie A.—Declaraciones principales.

"Primera.—Que son inexistentes, por ser simulados, los contratos contenidos en las escrituras 1.667 y 1.668 de 21 de octubre de 1946, ambas de la Notaría Primera de Ibagué, registrada la primera de las nombradas el 2 de noviembre del mismo año en el Libro Primero impar, tomo 4º, F. 107, partida 132 y la segunda en la misma fecha

en el Libro Primero par. T. 3º, F. 137, partida 217, y conforme a las cuales y en su orden, Aquileo Ospina González dijo vender a Félix Ospina Pérez la finca rural de "Ambalá", situada en la fracción del mismo nombre, jurisdicción de este municipio, cuya alindación y demás especificaciones constan en el hecho primero de la demanda; y a Beatriz Ospina de Cortés, los bienes urbanos cuyas especificaciones y alindaciones constan en el hecho quinto, principal, de la demanda;

"Segunda.—Que es también simulado y carece de todo valor legal y eficacia jurídica, el contrato de mandato contenido en la escritura 1.667 de 21 de octubre de 1946, de la Notaría Primera de esta ciudad, cuyo registro quedó mencionado en la petición anterior, por no ser tal, sino la constitución de un derecho real de usufructo en favor del aparente vendedor o tradente y mientras éste viviera;

"Tercera.—Que es también simulado y de simulación absoluta, el contrato de arrendamiento contenido en la escritura 1.668 de 21 de octubre de 1946, de la Notaría Primera de esta ciudad, cuyo registro quedó mencionado en la petición primera, por no haber tenido ninguno de los contratantes la intención de vincularse por medio de un contrato de tal naturaleza, ni de ningún otro pacto, contrato o convención secreta;

"Cuarta.—Que los contratos de venta contenidos en las escrituras 1.667 y 1.668 de 21 de octubre de 1946, de la Notaría Primera de Ibagué, cuyos registros quedaron mencionados en la petición primera, no son tales, sino donaciones disfrazadas de ventas;

"Quinta.—Que la donación de que se habla en el punto anterior, disfrazada de venta, es nula en cuanto excede de dos mil pesos (\$ 2.000.00) por no haber sido insinuada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.458 del Código Civil, esto es, por no haber sido autorizada por el Juez competente y previa solicitud de donante y donatarios;

"Sexta.—Que por no haber intervenido en dichos actos o contratos a que se refieren las escrituras 1.667 y 1.668 la señora María Jesús Pérez y tratarse de bienes adquiridos durante el matrimonio formado por ésta con el señor Aquileo Ospina González con anterioridad al régimen de la Ley 28 de 1932, y pertenecer hoy día dichos bienes a una sociedad disuelta e ilíquida, Ospina González vendió cosa ajena;

"Séptima.—Que como consecuencia de las declaraciones primera y sexta anteriores, los inmuebles objeto de los contratos simulados de venta a que hacen referencia las escrituras menciona-

das, pertenecen hoy a la sucesión intestada e ilíquida de Aquileo Ospina González, representada por los herederos demandantes, y a la sociedad conyugal, hoy disuelta e ilíquida que en vida formó el señor Aquilino Ospina González con la señora María Jesús Pérez, hoy representada por esta última; y a dicha sucesión intestada e ilíquida y sociedad conyugal disuelta e ilíquida debe ser restituida la cuota de bienes que tengan en su poder y en cuanto dicha cuota exceda de dos mil pesos (\$ 2.000.00) con respecto a los bienes de la sucesión intestada e ilíquida y en su totalidad con respecto a los bienes gananciales de la cónyuge demandante, con sus frutos naturales y civiles, y no sólo los percibidos sino los que en dichos bienes se hubieran podido producir con mediana inteligencia y cuidado a partir de la fecha en que dichos bienes les fueron entregados a los supuestos compradores, hasta cuando se verifique la restitución, conformé avalúo pericial;

"Octava.—Que se decrete la restitución dentro del término de seis (6) días, contados desde que quede en firme la sentencia respectiva, de los bienes relacionados en los hechos primero y quinto de esta demanda, excluido el lote que el señor Félix Ospina Pérez vendió a Benjamín Castillo por escritura 1.843 de diecinueve (19) de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis (1946), de la Notaría Primera de esta ciudad, y cuyos linderos se especifican en el hecho octavo de la demanda;

"Novena.—Que a los demandados se los declare poseedores de mala fé para efectos de la restitución de los frutos de toda clase, desde cuando se inició la posesión hasta cuando efectivamente restituyan los bienes especificados en los hechos primero y quinto, y con relación a la parte de terreno vendido por Félix Ospina Pérez y que hace parte del globo de tierra de Ambalá; desde que se inició la posesión de esa parte, hasta cuando la traditó a su primer comprador;

"Décima.—(Subsidiaria de la anterior).—Que se le declare poseedores de buena fé desde la contestación de la demanda hasta el momento en que efectivamente restituyan los bienes especificados en los hechos primero y quinto de esta demanda, para efectos de la regulación de frutos producidos por dichos bienes;

"Undécima.—Que como consecuencia de las declaraciones que reconozcan la propiedad de los bienes especificados en los hechos primero y quinto de la demanda, excluido el lote a que hace referencia el hecho octavo de la misma, y ordene la restitución de los citados inmuebles a la suce-

sión intestada e ilíquida de Aquilino Ospina González, y sociedad conyugal, hoy disuelta e ilíquida, que formó el mismo Ospina González con María Jesús Pérez, siempre excluido el lote alinderado en el hecho octavo de esta demanda, se ordene la cancelación del registro-tradición de dichos bienes, conforme a los títulos a que hacen referencia las escrituras 1.667 y 1.668 de 21 de octubre de 1946, de la Notaría Primera de Ibagué, registradas conforme quedó especificado en los hechos primero y quinto de esta demanda, comunicándolo así al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de esta ciudad;

“Serie B.—Declaraciones subsidiarias.

“Primera.—Que se declare que son nulos, de nulidad absoluta, los contratos contenidos en las escrituras 1.667 y 1.668 de 21 de octubre de 1946, ambas de la Notaría Primera de esta ciudad, registradas conforme los registros a que aluden los puntos o hechos primero y quinto de esta demanda;

“Segunda.— Que decretada la nulidad de que habla la petición anterior se ordene la restitución de los bienes a que hacen referencia los hechos primero y quinto de esta demanda al haber de la sucesión intestada e ilíquida de Aquilino Ospina González y sociedad conyugal, hoy disuelta e ilíquida que éste tuvo formada con mi poderdante la señora María Jesús Pérez, con sus frutos naturales y civiles, y no sólo los percibidos sino los que en dichos bienes se hubieran podido producir con mediana inteligencia y cuidado a partir de la fecha en que dichos bienes les fueron entregados a los supuestos compradores hasta cuando se verifique la restitución, conforme a avalúo pericial; y

“Tercera.—Que se decreten, una vez reconocida la nulidad de los premencionados contratos, las peticiones octava, novena y undécima que figuran como peticiones principales”.

Las peticiones de la serie A se edificaron sobre treinta hechos y los de la serie B sobre tres, cuya síntesis, hasta donde es posible, es del modo siguiente:

Por la escritura número 1.667 de 21 de octubre de 1946, de la Notaría Primera del Circuito de Ibagué, registrada el dos de noviembre del mismo año, en el Libro número 1º impar, T. 4º, F. 107, partida 132, Aquilino Ospina González dijo vender a Félix Ospina Pérez el derecho de dominio y la posesión sobre los siguientes bienes: a) Derechos de valor de cien pesos cada uno, sobre un avalúo de ochocientos pesos, especificados estos

derechos en los apartes a), b), c) y d) de la cláusula 1ª de la escritura mencionada en este hecho, vinculados en el terreno, edificaciones, cultivos, cercos, dependencias y anexidades que hacen parte del predio rústico conocido con el nombre de “Ambalá”, ubicado en la jurisdicción de Ibagué y por los linderos que la cláusula determina; como precio de la venta se fijó la suma de cuatro mil pesos (\$ 4.000.00) que el vendedor expresó recibir a satisfacción. En la cláusula cuarta de la escritura se declaró que el vendedor ponía “al comprador en posesión real y efectiva de los derechos materia de este contrato de compraventa”. Igualmente en esa escritura, en la cláusula 5ª, el comprador Félix Ospina Pérez confirió poder al vendedor Ospina González para que, “administre los derechos inmuebles que tiene vinculados en la finca “Ambalá....”.

En el mismo día en que fue celebrada la escritura 1.667 se pasó la 1.668, según la cual Aquilino Ospina González vendió a Beatriz Ospina de Cortés, el derecho de dominio pleno y la posesión efectiva sobre los inmuebles que en la respectiva cláusula se describen. Igualmente, la compradora dio en arrendamiento al vendedor los inmuebles objeto del contrato. Fue precio de la venta la suma de siete mil pesos (\$ 7.000.00).

La tramitación de primera instancia terminó con sentencia de 29 de agosto de 1956 en la que, el Juez del conocimiento se inhibió de fallar en el fondo, por falta de un presupuesto procesal. El Juzgado estimó sin nexo alguno la acumulación subjetiva realizada en el libelo contra los demandados e insuficiente para obligarlos a concurrir al mismo juicio y darles la característica de partes; por eso dijo, “constituye un vicio insubsanable de la demanda, que impide la solución de fondo del litigio”.

La sentencia de segunda instancia estudió largamente el aspecto procesal propuesto por la parte demandada en calidad de excepción perentoria con el nombre de “acumulación indebida de acciones y de personas bajo una misma cuerda”, y concluyó por confirmar la sentencia de primera instancia motivo de la apelación, “con la sola reforma de adicionarla en el sentido de declarar probada la excepción perentoria temporal que los demandados propusieron al contestar la demanda y que denominaron ‘acumulación indebida de acciones y de personas bajo una misma cuerda’”.

Contra la sentencia recurrió en casación la parte demandante.

CARGOS CONTRA LA SENTENCIA

Se estudian en la misma forma como fueron presentados en la demanda de casación.

"a) Alego —dice el recurrente—, la causal de casación que instituye el ordinal segundo del artículo 520 del Código Judicial consistente en 'no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes litigantes' y merced a los siguientes motivos o consideraciones:

"Conocida ya la parte resolutive del fallo del Tribunal, aparece de una manera patente que, aunque éste declara probada una excepción que llama **perentoria** de carácter temporal, que los demandados propusieron al contestar la demanda y que denominaron "acumulación indebida de acciones y de personas bajo una misma cuerda", el fallo en referencia, si no concluyó ni con la condenación de la parte demandada, tampoco concluyó con la **absolución** de la misma.

"Y por cuanto la finalidad del juicio y de las relaciones jurídico-procesales por él creadas entre las partes y de acuerdo con su propio querer se enderezan a obtener en el fallo definitivo, y en forma alternativa, una de estas dos soluciones, aparece que existe el motivo de casación alegado y que, por consiguiente hay lugar a infirmar la sentencia recurrida y a dictar en tal virtud, por la H. Sala, la sentencia de instancia que debe sustituirla".

Se considera:

La sentencia proferida por el Tribunal se concretó a confirmar la de primera instancia con la reforma adicional de declarar probada una excepción perentoria temporal —"acumulación indebida de acciones y de personas bajo una misma cuerda"— que la parte demandada propusiera oportunamente. O sea, que la sentencia confirmó la inhibición afirmada por el Juez para fallar y explicó, a eso equivale la adición, que la inhibición tenía por causa la acumulación indebida de acciones y de personas en la demanda.

Como condición fundamental para que exista incongruencia, contradicción o desarmonía entre lo que es objeto de la sentencia y la sentencia misma, es decir, entre las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes y el fallo, es necesario que se dicte o pronuncie sentencia de mérito que, por serlo, resuelva la sujeta materia del litigio. Cuando el Juez se inhibe de conocer, produce solamente una sentencia formal, cuyo objeto es afirmar que no concurren los medios procesales adecuados para resolver sobre el fondo

litigioso. Función ineludible del Juez es realizar la tutela jurídica por medio de actos de jurisdicción a él impetrados. Y es un derecho de las partes obtener la sentencia que define en el fondo la situación controvertida y se cumpla la finalidad del proceso. Recíprocamente, es obligación de las partes propiciar todos los elementos adecuados para que el fallador pueda pronunciarse sobre el mérito de la controversia. Entonces, viene la sentencia de fondo. Cuando esto no sucede, no queda el Juez relevado de pronunciar sentencia; pero, su fallo es simplemente formal y expresa solamente qué elementos adecuados faltaron para producir sentencia de mérito. Procede en tal caso la "inhibición", fórmula o medio aceptado por la jurisprudencia de la Corte para resolver un negocio por vía de una sentencia formal. Y cuando eso ocurre, precisamente —falta de sentencia de mérito—, no es posible alegar incongruencia, que supone haberse resuelto sobre puntos ajenos a la controversia; o no haberse resuelto sobre algunos de los que han sido objetos del litigio; sí, porque se condenó a más de lo pedido; o, por fin, porque no se falló sobre alguna de las excepciones oportunamente alegadas como medio defensivo.

Además, la sentencia del Tribunal confirmó la de inhibición de primera instancia con la adición de declarar probada la excepción perentoria temporal antes transcrita. Cuando se declara probada una excepción de esta índole, no es necesario entrar en el estudio de la demanda. Y, fuera de ser la sentencia en el caso sub-judice consonante con las pretensiones deducidas por la parte demandada, por tanto congruente, impedía al fallador resolver la cuestión de fondo planteada en la demanda. Por eso, la sentencia no sufre del estigma propuesto por el recurrente.

* * *

"b) Alego ahora —continúa el recurrente—, y para el caso de que no sea aceptado el motivo de casación que precede, infracción de ley sustantiva de parte del Tribunal sentenciador, la causal primera de casación que trae el ya citado artículo 520 del Código Judicial....".

El recurrente señala en calidad de normas sustantivas infringidas por el fallo recurrido los artículos 328 y 329 del Código Judicial, "en cuanto el primero define las excepciones perentorias como "las que se oponen a lo sustancial de la acción, y en cuanto al segundo, textualmente, establece que "constituye excepción perentoria todo

hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación, o la declaran extinguida si alguna vez existió”.

Se sostiene en la demanda de casación que las normas violadas son de carácter sustantivo, según se deduce de su contenido y por las definiciones que allí se dan; que la infracción de esas disposiciones legales sustantivas es directa por cuanto toca con el artículo 328 por falta de aplicación al litigio y, directa también, la violación del artículo 329 por indebida aplicación, porque el Tribunal tuvo como perentoria una excepción dilatoria, lo que significa violación de los artículos citados, máxime, cuando la demanda fue admitida por el Juez del conocimiento sin observación alguna por parte de éste, sin que la parte demandada pidiera reposición del auto de admisión y, sin que en el término adecuado se propusiera la excepción dilatoria de inepta demanda, que hubiera sido lo pertinente, en el supuesto de poderse oponer tacha alguna a la formulación de la demanda.

Se considera:

Las disposiciones citadas por el recurrente no son de carácter sustantivo, en estricto sentido, por cuanto no consagran derechos a favor de los particulares. Son simples normas, definiciones generales de determinadas figuras procesales. Distinto sería si, concretamente, se hubiera dejado de apreciar una excepción perentoria.

Es cierto que las excepciones dilatorias son de taxativa enumeración en la ley. Su objeto es purgar el procedimiento aunque como consecuencia lo alarguen o dilaten. Las perentorias surgen de la naturaleza misma de los hechos y hacer su enumeración sería un tanto arbitrario. Las perentorias de fondo pueden desconocer la existencia de la obligación o pueden extinguirla si alguna vez existió. Las primeras suponen la presencia de un hecho coetáneo a la declaración de la existencia de la obligación que impide que ésta tenga cumplido efecto. Tales serían las de falsedad, error, fuerza, etc. Las segundas suponen hechos posteriores que hacen inútil o por lo menos enervan la existencia de la obligación, por ejemplo, la de pago, compensación, novación, remisión, incumplimiento del contrato, etc.

Junto a estas dos grandes clasificaciones doctrinaria y jurisprudencia admiten una tercera categoría de excepciones, llamadas mixtas por algunos tratadistas, por cuanto en cierto modo participan de características de dilatorias y de perentorias, y que pudiéndose no alegar in limine litis, pueden resolverse en la sentencia definitiva, pero cuyo objeto

no es producir impacto contra la existencia de la obligación, sino contra las condiciones formales del proceso, excepción que, por lo mismo, no produce sentencia de mérito o sustancial, sino simplemente de forma. Dentro de este caso estaría la que en otro tiempo se llamó excepción de inepta demanda o petición de modo indebido y que en realidad lleva al resultado de la inhibición por falta de presupuesto procesal, o sea de la presencia “de aquellos antecedentes necesarios para que el juicio tenga existencia jurídica y validez formal”.

Por fin, sobre preclusión del término para proponer la excepción dilatoria y cuanto el Juez del conocimiento admitió la demanda sin hacer observación alguna, la Corte tiene dicho lo siguiente:

“Si el Juez no ha ejercido el poder de ordenar de oficio la corrección de una demanda que adolezca de vicios formales, ni la parte demandada ha propuesto la excepción dilatoria, y en el momento de ir a fallar el negocio se encuentra una demanda con un defecto formal de tal índole que haga imposible un pronunciamiento en el fondo del negocio, el deber del juzgador es declarar su inhibición para decidir la controversia, por causa de este impedimento procesal.

“Tal sería el caso de una demanda en que ejercitándose una acción real no se han señalado los linderos y demás circunstancias que individualicen el inmueble en que radique el derecho, o el de una demanda en que han acumulado indebidamente acciones opuestas y contradictorias entre sí, o el de una demanda adelantada por vía procesal inadecuada legalmente.

“La jurisprudencia nacional en casos como éstos ha hablado impropriamente de una excepción perentoria (ineptitud sustantiva de la demanda o petición de modo indebido), cuando en rigor se trata de un impedimento procesal por falta del presupuesto correspondiente (demanda en forma).

“Como es obvio, no basta cualquier defecto formal de la demanda para justificar la inhibitoria del juzgador, sino se requiere uno de mucha gravedad, como en los casos citados por vía de ejemplo” (G. J., número 2145, página 345).

* * *

“c) Igualmente alego infracción de ley sustantiva (causal 1ª de casación del artículo 520 del Código Judicial), por las razones que, en seguida, serán expuestas”.

Y esas razones, sinópticamente, son, a saber:

Ausencia de tacha de la demanda en lo concerniente a su formulación; no tratarse en este litigio de un caso de acumulación de procesos judiciales pendientes por lo cual el problema debe mirarse a la luz del artículo 209 del Código Judicial; haberse aceptado la demanda sin reparo alguno por el Juez de instancia; no haberse objetado la admisión y haberse dejado plecluir el plazo judicial para proponer la excepción dilatoria de inepta demanda.

Prende luego el recurrente poner de presente que si bien los compradores son personas distintas y que los contratos versan sobre bienes distintos también y realizados por medio de escrituras diferentes, sobre la base del fallo del Tribunal, cumpliría o correspondería entablar dos nuevas demandas con intervención de los mismos actuales demandantes en cada una de ellas, pero dirigidas, por separado, y figurando como demandados únicos en cada una de ellas, de una parte, la señora Ospina de Cortés y del otro lado Félix Ospina Pérez.

Dice el recurrente: "Ahora bien: los demandantes en el presente juicio que tienen la calidad de herederos, legítimamente demandaron en representación de la sucesión de Ospina González (así lo reconoce la sentencia recurrida, como antes hubo de verse). Existe además, según lo reconoce también el Tribunal la debida representación de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida.

"A propósito de esta representación, se observa que los herederos demandantes vinieron a sumarse en los planteamientos de la demanda a la representación propia de la señora viuda de Ospina González. (Véanse principalmente los hechos 24º, 25º, 26º y 27º de la demanda, las peticiones principales 6ª y 7ª y la petición subsidiaria número 2º de la misma).

"Pues bien: si debiera practicarse en realidad lo que pretende, y resolvió virtualmente, el Tribunal sentenciador, o sea la dicotomía de la demanda actual en dos demandas separadas y autónomas, sería necesario, jurídicamente hablando, y sin duda alguna, dirigir tales demandas así: la referente a venta de bienes a Félix Ospina Pérez contra éste y al propio tiempo, y conjuntamente, contra la señora Ospina de Cortés. De igual manera, lo referente a la venta de bienes a la señora Ospina de Cortés contra ella y, conjuntamente, contra Félix Ospina Pérez".

Se considera:

Además de anotarse que parte de la argumentación constituye repetición de los cargos antes analizados, conviene relieves que el argumento

es tan extenso que lleva insita la razón de su propia debilidad, porque, como lo que pretende el recurrente tampoco pasó en el caso de autos, entonces, por ese motivo también cabría la inhibición del fallador. Y, por otra parte, se llegaría al absurdo extremo de que las mismas personas deberían figurar como actoras y como opositoras, así se trate de dos juicios o así se adelante un solo procedimiento.

La demanda iniciatoria del juicio, tiene por objeto, en el fondo, reintegrar al patrimonio del causante los bienes vendidos. Que los compradores fueran herederos, no incide para que se haga un solo juicio. Se los demanda, además, en calidad de terceros, no como representantes de la herencia, por razón de contratos independientes y distintos hasta el extremo que, de seguirse los juicios separadamente, la sentencia que se dictase en uno, no tendría virtud de producir efecto de cosa juzgada en el otro. Y esto hace ver, adversativamente, cómo no existe la conexidad jurídica que se pretende, cómo ocurriría en el caso de que Ospina González hubiera vendido conjuntamente los inmuebles materia de este juicio a los demandados.

Indudablemente, es cierto, que existe diferencia entre la acumulación de acciones prevista por el artículo 209 del Código Judicial, y la de autos definida por el artículo 396 de la misma obra. La diferencia es elementalmente perceptible con sólo diferenciar lo que se entiende por "acción" y lo que son "autos" en sentido del Código Judicial. Pero la diferencia no es tan profunda que en el fondo no suponga similares razones determinantes y confluyentes sobre esos dos fenómenos, entre ellas, la de la conexión jurídica, cuya esencia es propiciar la continencia de la causa, la cual está integrada por tres elementos, a saber: a) Personas; b) Título o causa de pedir o jurídica; y c) Cosa, objeto o causa de hecho, como lo tiene dicho la Corte. (G. J. número 1.911 y 12, página 753). En todo caso, tanto la acumulación de acciones como la de autos, no son sino maneras de realizar la unidad del procedimiento, cuestión de orden y método que la ley busca por distintos motivos, sin olvidar que a la postre la acumulación de procesos es una acumulación de acciones, promovida separadamente.

La causa de la demanda podría implicar identidad de acciones. Pero, los hechos son distintos (dos contratos escriturarios diferentes). El objeto de cada uno de los contratos distinto también y, diversos los compradores.

La Corte ha dicho:

“La acumulación de acciones autorizada por el artículo 209 del Código Judicial, como más claramente lo estatúa el artículo 269 del anterior, tiene cabida solamente cuando el sujeto activo y el pasivo de la relación jurídico-procesal es uno mismo, esto es, cuando pueden controvertirse y decidirse entre una misma parte demandante y una misma parte demandada, pues si respecto de unas acciones hay que considerar unos actores y unos demandados y respecto de las otras otros, se estaría en presencia de una acumulación de autos y de procesos distintos, que es una figura diferente de la acumulación de acciones en una misma demanda. El litis consorcio, consistente en la posibilidad de parte plural con identidad de pretensiones, puede formarse desde el comienzo del pleito cuando se inicia al mismo tiempo por varios actores o contra varios demandados, y es normal y permitido cuando demandantes y reos están ligados por una relación de derecho sustancial que da lugar a la conexión jurídica entre los diversos pedimentos de las acciones”. (G. J. Tomo LXII, página 448).

“De acuerdo con el artículo 209 del Código Judicial, es legal la comparencia en una misma demanda de varias personas que por sostener idénticas pretensiones forman una misma parte. Así, pues, es procedente y jurídica la acumulación de acciones que tienen por origen una misma causa o título, aunque se ejerciten por varias personas” (G. J. Tomo XLVII, página 363). “Pueden acumularse las acciones de uno contra varios, o de varios contra uno u otros, siempre que procedan de un mismo título o sea de una misma causa a pedir”.

Por lo demás, el artículo 209 del Código Judicial, no es una disposición de carácter sustantivo.

* * *

“d) Alego también la causal 1ª de casación (artículo 520 del Código Judicial), por infracción de ley sustantiva, infracción que fundo en las siguientes razones que, en general, concuerdan con las expuestas bajo el Cap. c), que precede, de la presente demanda de casación”.

Expresa a continuación el recurrente razones similares a las anteriores para sustentar el cargo transcrito. Insiste en que la parte demandada no propuso excepción dilatoria de inepta demanda, u otra de linaje semejante; afirma, y es cierto, cómo el apoderado conjunto de los demandados contestó en escrito único la demanda, y cómo, por eso, “batió el record” de la acumulación. En tales circunstancias —continúa— mal puede sos-

tenerse la falta de conexidad imputada, y como el Tribunal nada dijo acerca de la contestación referida, dejó de apreciar esa prueba del proceso, no la tuvo en cuenta para efecto alguno pertinente, e incurrió así en error de hecho manifiesto, merced a la falta de apreciación de esa prueba. Si no fuese de hecho el error, lo sería de derecho, por contravenir el artículo 471 del Código Judicial en cuanto esta norma, a más de establecer que en la parte motiva del fallo debe hacerse una relación de los hechos importantes con las cuestiones de derecho, establece que las sentencias deben ser en consonancia con las demandas y demás pretensiones deducidas por las partes. Y concluye, “el error mencionado en la apreciación de pruebas de que se acaba de hablar condujo al Tribunal a prescindir de fallar sobre el fondo del asunto, dejando merced a ello de dar aplicación y con la consiguiente infracción directa, a los artículos 1.008 y 1.155 del Código Civil en el concepto indicado en el motivo de casación que precede, y ya que el definitivo planteamiento del juicio, en relación con los litigantes que en él figuran dá base jurídica suficiente para proceder a analizar el tema debatido a la luz de esas disposiciones sustantivas y sobre el fondo del asunto.

“Y violando, al propio tiempo, los preceptos contenidos en los artículos 328 y 329 del Código Judicial, por lo que mira a la **excepción perentoria** declarada y en el concepto ya indicado bajo el motivo b) del presente escrito de casación”.

Se considera:

Este cargo es a manera de recopilación de los anteriores, sobre los cuales ya se hizo el estudio respectivo. Basta con decir ahora que la circunstancia de haber contestado la demanda conjuntamente no es razón para tener como eficiente la acumulación realizada en ella, porque las disposiciones que rigen los procedimientos son de orden público, no supletorias de la voluntad de las partes y eminentemente obligatorias para el Juez.

Admitir la acumulación porque la demanda se contestó en un solo escrito, sería confundir la parte formal con la de sustancia. Y, por eso, el Juez declaró su inhibición para conocer, e igualmente lo hizo el Tribunal al confirmar la sentencia con la reforma de adiccionarla en el sentido de declarar probada la excepción perentoria temporal de acumulación indebida de acciones y de personas bajo una misma cuerda, propuesta por los demandados.

Tampoco hay violación de los artículos 1.008 y 1.155 del Código Civil, porque la sentencia, como viene dicho, fue inhibitoria de conocer sobre el fondo del negocio. Por eso, mal podía entrar en el

estudio de las disposiciones citadas; y, por último, la contravención del artículo 471 del Código Judicial, sólo tiene incidencia en casación por medio de la causal 2ª ya estudiada.

* * *

“c) El error de derecho de que se ha venido tratando en relación con la contestación de la demanda, frente a la demanda misma, concierne igualmente a los artículos 209 y 225 del Código Judicial, sobre formulación de la demanda y sobre contestación de ella, y a los artículos 397 y 398 ibídem sobre acumulación de autos, a los artículos 328, 330 y 335 del mismo Código sobre la noción de la excepción dilatoria, sobre el momento de hacerla valer y sobre el momento de ser decidida por el Juez”:

También fueron objeto de estudio en pasos anteriores de esta sentencia cada uno de los artículos citados por el recurrente y que cree violados por el Tribunal. No es del caso volver sobre los mismos argumentos expuestos por la Corte, para no incurrir en innecesaria repetición.

* * *

FALLO

Por no estar demostrados los cargos formulados contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio ordinario de María Jesús Pérez viuda de Ospina y otros contra Félix Ospina Pérez y otra, 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 ameritada sentencia.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

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

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco.
Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge Soto Soto, Secretario.

UNICAMENTE EL JUEZ CIVIL, DENTRO DE LA DISCRECIONALIDAD QUE LE DA LA LEY, ES EL LLAMADO A DECIDIR SI EL FALLO QUE DEBE DICTARSE EN LA CUESTION PENAL PUEDE INFLUIR EN EL ASUNTO CIVIL: SI OPTA POR LA AFIRMATIVA, ESTA EN LA OBLIGACION DE SUSPENDER EL PROCESO CIVIL POR MEDIO DE UNA PROVIDENCIA; SI NO, DEBE NEGAR LA SUSPENSION CUANDO PARTE INTERESADA SE LO SOLICITA, O SIMPLEMENTE GUARDAR SILENCIO SI LA PARTE INTERESADA NO FORMULA SOLICITUD. — DECRETADA LA SUSPENSION DE UN PROCESO CIVIL, EL ADELANTAMIENTO DE ESTE DA ORIGEN A NULIDAD POR INCOMPETENCIA DE JURISDICCION. — LA CAUSAL DE INCONGRUENCIA NO TIENE LUGAR CUANDO EL RECURRENTE CONSIDERA QUE LA CUESTION RESUELTA HA DEBIDO DECIDIRSE POR UN ASPECTO DISTINTO A AQUEL QUE LA SENTENCIA TUVO EN MIRA, SINO CUANDO DEJA DE RESOLVER SOBRE PUNTOS DE LA DEMANDA O CUANDO DECIDE SOBRE LOS QUE NO SE HAN PROPUESTO. — PARA DAR PRIMACIA A LA EXPRESION EN LETRAS SOBRE LA EXPRESION EN NUMEROS DE UN INSTRUMENTO NEGOCIABLE, EN CASO DE DISCREPANCIA ENTRE ELLAS, EL ARTICULO 20 DE LA LEY 46 DE 1923 NO ADMITE DIFERENCIA ENTRE CANTIDADES GRANDES O EXIGUAS. — INTERPRETACION ARMONICA DE LA REGLA 1ª DEL ARTICULO 20 Y DEL ARTICULO 191 DE LA LEY DE INSTRUMENTOS NEGOCIABLES

1.—Para la suspensión que en su segunda parte establece el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, se requiere, como dice Carnelutti, que la cuestión en torno a la existencia de los hechos de los cuales depende la aplicación de la pena, o de algunos de ellos, sea de los que el Juez Civil debe resolver en su sentencia.

La razón de la suspensión del juicio civil radica en que las normas que separan dicho proceso y el penal no pueden ser óbice para la guarda del principio de la unidad de la jurisdicción. Cuando los hechos controvertidos en un proceso civil sólo repercuten en la órbita del derecho privado, la rama penal de la jurisdicción es ajena al litigio; pero cuando tales hechos también producen efectos en las disposiciones que garantizan el interés general, es menester esperar a la solución del asunto penal, cuyos Jueces están instituidos para proveer sobre tales puntos, de modo que su fallo implica una cuestión prejudicial para el proceso civil.

La suspensión de éste, que por cierto es un fenómeno regulado por los modernos Códigos de Procedimiento Civil, requiere que el Juez Civil conozca la existencia de la cuestión penal a través de la prueba pertinente llevada por las partes o remitida de

oficio por el Juez Penal; pero igualmente necesita que el Juez Civil la decrete, ya que éste es el único que tiene capacidad de detener temporalmente el proceso puesto bajo su dirección, desde el momento que el artículo 348 del Código Judicial le ordena adelantar oficiosamente la actuación.

Así las cosas, únicamente el Juez Civil, dentro de la discrecionalidad que le da la ley en este caso, es el llamado a decidir si el fallo que debe dictarse en la cuestión penal puede influir en el asunto civil; si opta por la afirmativa, está en la obligación de suspender el proceso civil por medio de una providencia; si no, debe negar la suspensión cuando parte interesada se lo solicita, o simplemente guardar silencio.

2.—No es dudoso que adelantar un proceso suspendido da origen a nulidad por incompetencia de jurisdicción, ya que el artículo 147 del Código Judicial dice que la jurisdicción se suspende en uno o más negocios determinados, “3º.— Por haber suspensión del asunto en los casos de la ley, o por acuerdo de las partes”, y el 370 de la misma obra reza, que no corren los términos en un negocio determinado, “1º.— Cuando el juicio se suspende por acuerdo de las partes o por disposición de la ley”. Por esta causa, si el

Juez ejerce la jurisdicción de manera concreta en un asunto suspendido, está usurpándola, conforme al artículo 148 ibidem que expresa que usurpan jurisdicción los Jueces cuando la ejercen sin tenerla legalmente, lo cual configura nulidad por incompetencia.

Pero para que el fenómeno se produzca, es necesario que la suspensión del proceso haya sido decretada. Al contrario de lo que los procesalistas y algunos Códigos llaman la interrupción, que produce efectos ope legis, desde que el hecho que la origina aparece, tal cual ocurre con el fallecimiento de la parte o de su apoderado, según el caso, la suspensión emana de causas externas, obra ope iudicis y es necesario cuando es total decretarla, para seguridad de las partes.

3.—La causal 2ª consiste en no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. Como la sentencia decide qué tutela le dispensa el derecho objetivo a un interés jurídico determinado, ella debe guardar armonía con la demanda, pues ésta contiene el límite del poder jurisdiccional.

Esta causal no tiene lugar cuando el recurrente considera que la cuestión resuelta ha debido decidirse por un aspecto distinto a aquél que la sentencia tuvo en mira, sino cuando deja de resolver sobre puntos de la demanda o cuando decide sobre los que no se han propuesto. Por eso la Corte ha dicho: "Fuera de la falta de consonancia entre lo demandado y lo sentenciado . . . , todo lo demás relacionado con el fondo mismo de la cuestión controvertida, las acusaciones que conduzcan a calificar legalmente los fundamentos o motivación jurídica del fallo, como es la de haberse otorgado lo pedido por un concepto de derecho diferente al que ha servido de apoyo al demandante, son materia exclusiva del primero de los motivos del artículo 520, que engloba las diversas maneras de violación de la ley sustantiva" (G. J. número 1.977, página 21).

4.—El artículo 20 de la Ley 46 de 1923 no admite diferencia entre cantidades grandes o exiguas, para dar primacía a la expresión en letras sobre la expresión en números de un instrumento negociable (y el cheque lo es, según el artículo 186 de la misma ley), en caso de discrepancia entre ellas. Y donde

la ley no distingue no le es dado al juzgador distinguir.

Refiriéndose a la disposición legal comentada dice el profesor Víctor Cock: "En el caso en que haya discrepancia entre la cantidad en letras y la expresión en números (ambiguïtas patens), debe pagarse la cantidad expresada en letras. Mas como puede ocurrir que las palabras sean ambiguas o inciertas, deben tenerse en cuenta las cifras para fijar el monto pagable, esto es, que las cifras en este último caso, servirán como gran auxiliar para fijar el monto del instrumento sin que ello por lo demás implique que la disposición que se estudia deba tomarse en el sentido de que es obligatorio en todo caso aceptar la cantidad indicada en cifras si las palabras sobre el monto del instrumento son ambiguas o inciertas". (Derecho Cambiario, página 82).

Y el profesor Emilio Robledo expresa: "Para facilitar la determinación de la suma pagadera ha sido costumbre el indicarla no sólo con letras en el cuerpo del instrumento sino con números en el margen del mismo. Esta expresión numérica marginal, en su origen tuvo el valor de simple referencia. Esto explica por qué cuando existe contradicción entre la expresión literal y la expresión numérica de la suma pagadera prevalece aquélla sobre ésta. Igualmente a veces se presentan ambigüedades u obscuridades en la redacción literal de la suma pagadera; pues bien, en estos casos la indicación numérica marginal sirve para determinar el sentido oscuro de la expresión que aparece en el cuerpo del instrumento" (Instrumentos Negociables, página 130).

El artículo 191 de la Ley 46 de 1923, se inspira en una presunción de responsabilidad, pues como lo ha expresado la Corte, "no impide que el Banco pueda exonerarse de responsabilidad demostrando una culpa, negligencia o imprudencia de parte del girador o de sus empleados" (G. J. número 1.914, 1.915, página 405).

La regla 1ª del artículo 20 de la ley de instrumentos negociables, interpreta situaciones de ambigüedad que debe entenderse dependen del girador mismo. En cambio, los hechos de alteración o falsedad, previstos en el artículo 191, deben suponerse efectuados por persona diferente a aquél, ya que

nadie podría falsificar o adulterar sus propios escritos.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, abril veintitrés de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Hernando Morales M.).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 3 de diciembre de 1956 proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en Sala de Conjuces, pues los Magistrados correspondientes se declararon impedidos, en el juicio ordinario promovido por Efraín Olivo Bermúdez frente al Banco Comercial de dicha ciudad.

Antecedentes.

Efraín Olivo Bermúdez demandó al indicado Banco en libelo que contiene estas peticiones:

a) La resolución del contrato de depósito bancario existente entre el demandante y el Banco;

b) Que en consecuencia se condene a la entidad demandada a restituir al demandante la suma de \$ 2.025.22 con sus intereses comerciales hasta que se haga la devolución, suma que Olivo Bermúdez afirma tener en "depósito a la orden", y la cual se le retiene indebidamente;

c) Que el Banco es responsable del pago de un cheque falso girado contra la cuenta del actor por la suma de \$ 4.600.00;

d) Que se condene así mismo al Banco a pagar al demandante los perjuicios causados por su culpa y por la retención injustificada de la suma citada en el ordinal a).

Los hechos fundamentales pueden sintetizarse así:

El 2 de marzo de 1951 se presentó un sujeto al Banco a fin de cobrar "un cheque falsificado girado contra la cuenta o depósito del demandante y el Revisor, Víctor Ortega, lo autorizó por la suma de \$ 46.00, ya que había fondos para pagarlo, pero el Cajero lo cubrió por la cantidad de \$ 4.600.00".

El pago se realizó sin tener fondos suficientes la cuenta del demandante que en dicha fecha alcanzaba sólo a \$ 2.025.22 y mal podía pagarse ese cheque, pues al actor no se le habían autorizado sobregiros. Además, no se identificó "al falsificador" con la respectiva cédula y el propio día del pago, una vez efectuado éste, el Revisor y el Pagador del Banco extrañaron que el che-

que tuviera tan alto valor, ya que Olivo Bermúdez no acostumbraba girar cheques por suma de esa magnitud.

Por tal causa, dichos empleados del Banco se dieron a buscar al actor para darle cuenta del hecho; luégo denunciaron éste ante las autoridades respectivas, y con la ayuda de dos agentes secretos pudieron darse cuenta de que la persona que cometió el hecho vivía en el mismo edificio en que habitaba Olivo Bermúdez. Añadé textualmente la demanda: "El sindicato aprovechó la ausencia de mi poderdante cuando estaba en Cartagena para introducirse en su aposento y sustraerse fraudulentamente un esqueleto de cheque de su chequera con el cual cometió el asalto al Banco demandado".

Agrega la demanda que "el ladrón Jaime Sánchez Montoya fue aprehendido y requisado" y se le encontraron \$ 1.918.00 que el Juzgado Penal respectivo autorizó fueran retirados por el Banco, cuyo gerente ofreció entregarlos a Olivo Bermúdez, pero que posteriormente no cumplió la oferta.

Afirma el demandante en seguida, que gracias a los hechos relatados ha sufrido serios perjuicios, tuvo que vender un taller de su propiedad y dejar sus negocios, fuera de que le ha correspondido hacer los gastos para buscar y aprehender al delincuente, así como los judiciales consiguientes. Insiste por último, en la culpa del Banco al pagar el cheque, no sólo por las razones ya expuestas, sino porque "la falsificación de la firma es burda y fácil de notarse sin el mayor esfuerzo, desde luego que no tiene parecido alguno con la firma auténtica".

Tramitada la primera instancia, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Barranquilla dictó sentencia absolutoria del demandado, con costas a cargo de la parte actora, el 18 de agosto de 1954. Apelada por el demandante, el Tribunal dio término a la segunda instancia mediante providencia que reformó la de primer grado y en su lugar resolvió:

1º.—Declarar al Banco Comercial de Barranquilla responsable del pago del cheque número 14 de dos de marzo de 1952 girado contra la cuenta corriente de Efraín Olivo Bermúdez por la suma de \$ 4.600.00, cheque que fue cargado a la cuenta corriente del depositante;

2º.—Como consecuencia, condenar al referido Banco "a abonar a la cuenta corriente del señor Efraín Olivo Bermúdez la suma de \$ 2.682.00 que es la diferencia entre el valor del cheque indebidamente cargado en esa cuenta y la suma de

\$ 1.918.00 abonada a la misma, como aparece del expediente, de tal manera que el saldo acreedor de la cuenta corriente de Efraín Olivo Bermúdez en el Banco Comercial de Barranquilla, sea igual al que aparecía en la fecha del pago del cheque mencionado”;

3º.—Absolver al demandado de los demás cargos de la demanda;

4º.—No hacer especial condenación en costas;

5º.—Ordenar que en virtud de que el demandante cedió sus derechos litigiosos a Hilario Olivo, el Banco Comercial deberá entregar “al cesionario la suma de dinero resultante como saldo acreedor de la cuenta, una vez hechas las operaciones indicadas en el aparte 2º de este fallo”.

La sentencia acusada.

El Tribunal sostiene la absolución del Banco en cuanto a la primera petición, porque considera que “para la prosperidad de la acción de resolución de un contrato debe acreditarse el incumplimiento de lo pactado por parte del otro contratante, y en este caso no aparece que el Banco hubiera incumplido el contrato de depósito bancario a la orden celebrado entre demandante y demandado”; en consecuencia, niega la siguiente solicitud, “por cuanto esta segunda petición es una consecuencia obligada de la primera”.

En cambio, estima que la petición tercera está encaminada a prosperar, pues, el artículo 191 de la Ley 46 de 1923 establece a cargo de los Bancos una responsabilidad especial frente a los depositantes, independiente de toda noción de culpa, “por el pago que el Banco haga de un cheque falso, consagrando en una norma legal una responsabilidad por el riesgo inherente a la industria bancaria”. Estima, por tanto, que no es necesario demostrar culpa a cargo del Banco para deducir responsabilidad respecto al depositante, por lo cual solamente puede descargarse aquél de ella si acredita “una culpa imputable al girador del cheque, capaz de producir en el Banco un error excusable”.

Agrega, que a la fecha de la presentación del cheque que ha originado este proceso Olivo Bermúdez tenía en su cuenta corriente la cantidad de \$ 2.025.22; que el Banco no lo había autorizado para sobregirarse, de modo que sus empleados carecían de autorización para pagar cheques cuya cuantía sobrepasara el saldo acreedor de la cuenta; que, sin embargo, fue presentado al Banco un

cheque contra dicha cuenta por la suma de \$ 46.00, según su expresión en números y por la de \$ 4.600. según su leyenda en letras, y el Banco hizo el pago de esta última cantidad, no obstante que el Revisor visó el cheque en relación con la suma expresada en cifras.

Encuentra, entonces, probada la culpa del Banco, pues si los empleados hubieran procedido con mayor diligencia habrían advertido la incongruencia entre las sumas mencionadas, en forma que el cheque no hubiera sido pagado, ya que la diferencia entre la expresión literal y la numérica era tan grande que la más elemental prudencia habría aconsejado abstenerse de hacer el pago, máxime cuando el girador no tenía fondos suficientes para su pago, ni el Banco había concedido autorización para hacerle sobregiros.

Considera el sentenciador que el artículo 20 de la Ley 46 de 1923 al otorgar primacía a la expresión literal sobre la numérica para la determinación de la cuantía de la suma contenida en el cheque, en caso de desarmonía entre las dos, “debe entenderse como una regla aplicable a los casos de discrepancia de poca monta o de fácil explicación, pero en ningún caso cuando la discrepancia es tan notoria y de tal cuantía como la que aparece en el cheque en referencia. La norma legal mencionada, —agrega— tiende a evitar el entorpecimiento de las operaciones bancarias de que trata, por pequeñas divergencias o disparidades, generalmente de fácil explicación en la emisión de cheques”.

Por lo anterior, halla la responsabilidad del Banco en el pago del cheque mencionado, “no sólo con la aplicación de la norma consignada en el artículo 191 de la ley de Instrumentos Negociables, sino principalmente por haberse demostrado en este caso la culpa o descuido del Banco....”.

La petición sobre indemnización de perjuicios, el Tribunal la niega por no hallar que se hubiera acreditado su existencia.

El recurso.

La demanda de casación formula varios cargos, los cuales se resumen así:

1º Con fundamento en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial se acusa la sentencia por interpretación errónea del artículo 20 de la Ley 46 de 1923 y por aplicación indebida del artículo 191 de la misma ley, esto último como consecuencia de los errores de hecho cometidos al es-

timar determinadas pruebas y al dejar de apreciar otras.

Para apoyarlo, afirma que la norma legal citada primeramente no establece la diferencia que le atribuye el Tribunal, pues no distingue entre sumas grandes o pequeñas, cuando aparece discrepancia entre la expresión numérica y la literal, por lo cual en todos los casos en que esto ocurra el Banco debe pagar la cantidad que figura en letras, no siendo obligatorio consultar previamente al girador, para que explique la diferencia. Por ende, la sentencia al hacer la distinción incurre en interpretación errónea del precepto, ya que donde la ley no distingue, no le es dado al juzgador distinguir.

Respecto a la segunda faz, expresa el recurrente que no existe en el proceso prueba de que el cheque que dio lugar a esta litis hubiera sido falsificado o alterado, por lo cual el aserto del fallador a este respecto contraría la evidencia procesal. Apenas existe en autos la certificación de un funcionario de policía respecto a que se está investigando sobre la denuncia formulada por el señor Olivo Bermúdez por el delito "de estafa con falsificación". Por otro lado, según dictamen pericial, la firma de aquél no fue falsificada, y esta prueba no la apreció el Tribunal.

Por tales razones, presumiéndose auténtica la firma en los instrumentos negociables, de conformidad con el artículo 4º de la ley orgánica, y no habiéndose destruido tal presunción, pues los medios probatorios no la acreditan, sino por el contrario tienden a respaldar la autenticidad, hubo error evidente de hecho que condujo a la violación, por aplicación indebida, del artículo 191 de la Ley 46 de 1923.

2º.—Se acusa la sentencia, con fundamento en la misma causal primera por violación de los artículos 20, numeral 1º, y el 191 de la Ley 46 de 1923, y de los artículos 1.494, 1.505, 1.602, 1.603, 1.604, 1.613, a 1.616, 2.341, 2.347 y 2.357 del Código Civil; del artículo 45 de la Ley 57 de 1887 y del 945 del Código de Comercio, derivada de los errores de hecho y de derecho en la apreciación de determinadas pruebas. Igualmente se afirma que el fallo infringió en forma directa los artículos 4, 18 y 19 de la ley de Instrumentos Negociables.

Este cargo se desarrolla así:

El demandante en posiciones, que el Tribunal no tuvo en cuenta, admitió que Jaime Sánchez Montoya, quien cobró el cheque no fue su empleado, pero por el hecho de convivir juntos le ayudaba en un taller de su propiedad en asun-

tos de contabilidad; que como persona de su confianza también le ayudaba en algunos pagos; que era amigo suyo que conocía sus movimientos bancarios y su negocio; que la chequera del absolvente la mantenía en su departamento, dentro de un armario; que debido a la confianza que le daba a Sánchez Montoya, las llaves del escarparte estaban en el departamento porque dicho señor también guardaba en él objetos de su pertenencia.

De aquí deduce la demanda de casación que aun suponiendo que estuviera demostrada la falsedad del cheque, Olivo Bermúdez responde por el hecho de Sánchez Montoya, desde el momento que dejaba la chequera al alcance de dicho señor, y no estando acreditada la falsedad, debía haberse aplicado el artículo 46 de la Ley de 1923 que dice que cuando el instrumento no está en poder de una parte cuya firma aparece en él, "se presume que ha sido entregado por dicha parte válidamente y a sabiendas, salvo prueba en contrario". De modo que como esta presunción no fue destruida por el demandante, la norma debía haber operado.

Por otro aspecto llama la atención dicha demanda hacia la circunstancia de que tampoco está comprobado que Sánchez Montoya hubiera puesto en letras la cantidad de cuatro mil seiscientos pesos como la que debía cubrir el Banco, pero que aún suponiendo esta hipótesis, ante la confesión del actor en posiciones respecto a que Sánchez Montoya le ayudaba en cobros de cheques y en su poder quedaban las llaves del armario donde la chequera se encontraba, debía haberse aplicado el artículo 18 de la Ley 46 de 1923 que permite llenar los espacios en blanco de un instrumento negociable a la persona que lo posee.

La indebida aplicación del artículo 191 de la mentada ley la deduce de la falta de apreciación de las pruebas anteindicadas, que según el recurrente revelan la culpa del actor, liberatoria de responsabilidad para el Banco. Agrega, que hubo falta de aplicación del artículo 2.357 del C. C., pero no desarrolla este planteamiento.

Manifiesta que hubo error de derecho en la apreciación del dictamen pericial (folios 26 y siguientes del cuaderno 2), pues carece de mérito al tenor de lo preceptuado en los artículos 716, 722 y 723 del Código Judicial, ya que los peritos lejos de conceptuar sobre hechos sujetos a los sentidos o sobre cuestiones técnicas, imputan culpa al Banco por el sobregiro que de hecho vino a producirse con el pago del cheque, así como por

haber cubierto éste de acuerdo con la cantidad que figura en letras. A esto se agrega que el perito Castro afirma que el perito Segura rindió su dictámen sin haber deliberado con aquél, como lo manda la primera de las normas últimamente mencionadas, y que realmente el dictámen lejos de serlo trae conclusiones sobre la existencia de la culpa del Banco que es punto que únicamente puede inferir el juzgador.

Aludiendo a otro aspecto del asunto, la demanda sostiene que al absolver el Tribunal al demandado por la primera petición y su consecuencia, o sea el pago de perjuicios, ha debido igualmente hacerlo por la tercera, pues no estaba comprobada la culpa del Banco en el pago del cheque. Además, la culpa invocada en la tercera petición, o era contractual, caso en el cual tal súplica quedaba afectada por lo fallado sobre los puntos anteriores, o era extracontractual, hipótesis en que, según el recurrente, no procedía acumular tal solicitud a las otras.

Como en este punto la demanda entiende que la condena del Banco fue en virtud de culpa extracontractual, derivada del hecho del empleado Víctor Ortega, por haber visado el cheque por \$ 46.00 y por no haberse percatado de la cantidad escrita en letras, afirma que el sentenciador desconoció las declaraciones de Ortega y del empleado De la Rosa, las posiciones absueltas por el demandante y por el gerente del Banco y la inspección ocular que obra a folio 5 y siguientes del cuaderno de pruebas del demandado, por lo cual violó, por indebida aplicación, los artículos 1.494, 1.602 a 1.604 y 1.613 a 1.616 del Código Civil. Igualmente imputa a la sentencia recurrida transgresión de los artículos 2.341, 2.347, 2.349 y 2.357 de la misma obra, por aplicación indebida, ya que si el Banco hubiera incurrido en culpa en el pago del cheque, ésta quedaría neutralizada con la que cometió el demandante, desde el momento que no se ha comprobado la falsedad del instrumento, por lo cual debe entenderse que su firma es auténtica lo mismo que la parte en que consta en letras y números la suma que debía pagarse, de modo que la discrepancia entre tales expresiones implica culpa del girador, liberatoria del Banco.

La infracción de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual, últimamente mencionadas, las plantea de nuevo la demanda de casación para el supuesto de que se considere que la condena que hizo la sentencia se deriva de culpa de aquella naturaleza, así como la del artículo 945 del Código de Comercio, pues tal tipo de respon-

sabilidad no era acumulable al originado en culpa contractual. Esta anomalía, dice, determinó también la infracción directa de los artículos 329, 342 y 343 del C. J.

3º.—El tercer cargo se funda en la causal 6ª del artículo 520 del Código Judicial, pues en concepto del recurrente existe nulidad procesal, ya que apareciendo en autos la certificación acompañada a la demanda sobre la investigación de orden penal contra Jaime Sánchez Montoya, por razón de la denuncia de Efraín Olivo Bermúdez por el delito de "estafa con falsificación" de un cheque, cometida al Banco Comercial de Barranquilla por la suma de \$ 4.600.00, denuncia presentada el 2 de marzo de 1951, el fallo que se dictara en tal actuación repercutía en este litigio, de modo que ha debido suspenderse el pronunciamiento de la sentencia, al tenor del inciso 2º del artículo 11 del Código de Procedimiento Penal.

De lo anterior deduce "falta de jurisdicción", que es uno de los motivos de nulidad procesal previsto en el artículo 448 del Código Judicial, y así configura la causal 6ª de casación.

Como cargo que llama "adicional", presenta, por las mismas razones, la violación del artículo 11 del C. de P. P.

4º.—El cuarto cargo se funda en la causal segunda del artículo 520 del Código Judicial y se hace consistir en que no obstante que el demandante adujo una acción de responsabilidad por culpa extracontractual, el Tribunal condenó al demandado por culpa contractual, la cual no fue ejercida, de donde infiere fallo ultra o extra petita.

Estudio de los cargos.

Para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 537 del Código Judicial se estudiará en primer lugar el cargo derivado de error im procedendo, o sea el que se apoya en la causal 6ª del artículo 520 y luego el fundado en la causal 2ª. Posteriormente, se analizarán, hasta donde sea necesario, los comprendidos en la causal 1ª.

a) El artículo 11 del Código de Procedimiento Penal en su segunda parte establece: "Si se iniciare la investigación criminal y el fallo que corresponde dictar en la misma pudiere influir en la solución de la controversia civil o administrativa, ésta se suspenderá, salvo disposición legal en contrario, hasta que se pronuncie auto de sobrestamiento o sentencia definitiva irrevocable".

De esta manera, para la suspensión referida se requiere, como dice Carnelutti, que la cuestión en torno a la existencia de los hechos de los cuales depende la aplicación de la pena, o de algunos de

ellos, sea de los que el Juez Civil debe resolver en su sentencia.

La razón de la suspensión del juicio civil radica en que las normas que separan dicho proceso y el penal no pueden ser óbice para la guarda del principio de la unidad de la jurisdicción. Cuando los hechos controvertidos en un proceso civil sólo repercuten en la órbita del derecho privado, la rama penal de la jurisdicción es ajena al litigio; pero cuando tales hechos también producen efectos en las disposiciones que garantizan el interés general, es menester esperar a la solución del asunto penal, cuyos jueces están instituidos para proveer sobre tales puntos, de modo que su fallo implica una cuestión prejudicial para el proceso civil.

La suspensión de éste, que por cierto es un fenómeno regulado por los modernos Códigos de Procedimiento Civil, requiere que el Juez civil conozca la existencia de la cuestión penal a través de la prueba pertinente llevada por las partes o remitida de oficio por el Juez penal; pero igualmente necesita que el Juez civil la decrete, ya que éste es el único que tiene capacidad de detener temporalmente el proceso puesto bajo su dirección, desde el momento que el artículo 348 del Código Judicial le ordena adelantar oficiosamente la actuación.

Así las cosas, únicamente el Juez Civil, dentro de la discrecionalidad que le da la ley en este caso, es el llamado a decidir si el fallo que debe dictarse en la cuestión penal puede influir en el asunto civil; si opta por la afirmativa, está en la obligación de suspender el proceso civil por medio de una providencia; si no, debe negar la suspensión cuando parte interesada se lo solicite, o simplemente guardar silencio, como ocurrió en el caso presente.

No es dudoso que adelantar un proceso suspendido da origen a nulidad por incompetencia de jurisdicción, ya que el artículo 147 del Código Judicial dice que la jurisdicción se suspende en uno o más negocios determinados, "3º Por haber suspensión del asunto en los casos de la ley, o por acuerdo de las partes", y el 370 de la misma obra reza, que no corren los términos en un negocio determinado, "1º Cuando el juicio se suspende por acuerdo de las partes o por disposición de la ley". Por esta causa, si el Juez ejerce la jurisdicción de manera concreta en un asunto suspendido, está usurpándola, conforme al artículo 148 *ibídem* que expresa que usurpan jurisdicción los Jueces cuando la ejercen sin tenerla legal-

mente, lo cual configura nulidad por incompetencia.

Pero para que el fenómeno se produzca, es necesario que la suspensión del proceso haya sido decretada. Al contrario de lo que los procesalistas y algunos Códigos llaman la interrupción, que produce efectos *ope legis*, desde que el hecho que la origina aparece, tal cual ocurre con el fallecimiento de la parte o de su apoderado, según el caso, la suspensión emana de causas externas, obra *ope iudicis* y es necesario cuando es total decretarla, para seguridad de las partes.

Como en este asunto nunca fue decretado, no carecían de competencia Juez y Tribunal para adelantar el proceso ni para fallarlo, razón por la cual no prospera el cargo basado en la causal 6ª, ni el adicional de violación del artículo 11 del C. de P. P., suponiendo que la norma en cita tuviera carácter sustancial.

b) La causal segunda consiste en no estar la sentencia en consonancia con las pretenisiones oportunamente deducidas por los litigantes. Como la sentencia decide qué tutela le dispensa el derecho objetivo a un interés jurídico determinado, ella debe guardar armonía con la demanda, pues ésta contiene el límite del poder jurisdiccional.

Esta causal no tiene lugar cuando el recurrente considera que la cuestión resuelta ha debido decidirse por un aspecto distinto a aquel que la sentencia tuvo en mira, sino cuando deja de resolver sobre puntos de la demanda o cuando decide sobre los que no se han propuesto. Por eso la Corte ha dicho: "Fuera de la falta de consonancia entre lo demandado y lo sentenciado...., todo lo demás relacionado con el fondo mismo de la cuestión controvertida, las acusaciones que conduzcan a calificar legalmente los fundamentos o motivación jurídica del fallo, como es la de haberse otorgado lo pedido por un concepto de derecho diferente al que ha servido de apoyo al demandante, son materia exclusiva del primero de los motivos del artículo 520, que engloba las diversas maneras de violación de la ley sustantiva" (G. J., número 1.977, página 21).

Y esto es lo que aquí sucede, desde el momento en que el recurrente lejos de plantear incongruencia derivada del rompimiento de la norma prevista en el artículo 471 del Código Judicial por no ajustarse la parte resolutive del fallo, que es donde se concentra su imperio, con los puntos que han sido objeto de los pedimentos de la demanda, ha propuesto cuestiones inherentes a los fundamentos de la sentencia, consistentes en que se falló sobre culpa extracontractual cuando se

adujo como base de la litis culpa contractual. Pero como se ha visto que el sentenciador decidió sobre todas las peticiones de la demanda, unos para acogerlas y otras para desecharlas, no hubo, por este aspecto, disonancia entre lo pedido y lo fallado, por lo cual el cargo es ineficaz.

c) El recurrente considera que falladas negativamente la primera y la segunda petición y positivamente la tercera, fundándose ésta en responsabilidad extracontractual y aquéllas en responsabilidad contractual derivadas del mismo hecho, no era admisible la acumulación en una sola demanda por ser dichas acciones incompatibles, lo cual determina inepta demanda, que ha debido declarar el Tribunal en la sentencia.

Es cierto que las dos primeras súplicas de la demanda reposan en la infracción de un contrato, mas también lo es que la segunda solicita la restitución de la suma de \$ 2.025.22 que considera el actor como el monto de su cuenta corriente en el Banco, restitución que se pide como consecuencia de la resolución, y no como indemnización de perjuicios nacidos del incumplimiento imputado al Banco. Los perjuicios, en su caso, no serían sino los intereses comerciales de dicha cantidad, que igualmente se demandan, pero esta petición se subordinó por el actor al éxito de la restitución, la cual a su vez dependía de que se decretara la resolución, o más propiamente, la terminación del contrato.

La petición tercera implica una acción de responsabilidad gobernada por el artículo 191 de la Ley 46 de 1923, por razón de haberse pagado "un cheque falso" por la suma de \$ 4.600.00, y la siguiente solicita el pago del daño consiguiente que ni siquiera se representa en determinada cifra, aunque el Tribunal consideró implícitamente que era la cantidad de \$ 2.682.00, o sea la diferencia entre el valor del cheque indebidamente cargado en la cuenta corriente de Efraín Olivo Bermúdez y la suma de \$ 1.918.00 abonada a la misma, "de tal manera que el saldo acreedor de la cuenta corriente... sea igual al que aparecía en la fecha de pago del cheque mencionado".

De esta manera no surge la yuxtaposición de una acción de perjuicios originada en incumplimiento de contrato y de una proveniente de culpa aquiliana, puesto que lo que aparece en la demanda es la resolución del contrato de depósito y restitución del saldo por un lado, y el resarcimiento de perjuicio por el pago de un cheque falso, por el otro.

Por lo expuesto, no hubo violación de los artículos 2.341, 2.347, 2.349 del Código Civil y 945

del Código de Comercio por aplicación indebida, fuera de que se ha visto que la sentencia realmente no descansa en tales preceptos, sino se refiere a los artículos 20 y 191 de la Ley 46 de 1923, que en este cargo no han sido mencionados. Por la misma razón no hubo infracción medio del artículo 343 del Código Judicial que ordena al Juez declarar probadas las excepciones que halle demostradas, salvo la prescripción, aunque no hayan sido propuestas por el demandado.

d) El primer cargo está destinado a prosperar en cuanto el Tribunal interpretó erróneamente el artículo 20 de la Ley 46 de 1923.

En efecto, dicha norma expresa en lo pertinente: "Cuando la suma pagadera se expresa en letras y números y hay discrepancia entre los dos, debe pagarse la suma expresada en letras; pero si las palabras son ambiguas o inciertas, deben tenerse en cuenta las cifras para fijar el monto pagable".

Esta disposición legal no admite diferencia entre cantidades grandes o exiguas, para dar primacía a la expresión en letras sobre la expresión en números de un instrumento negociable (y el cheque lo es, según el artículo 186 de la misma ley), en caso de discrepancia entre ellas. Y donde la ley no distingue no le es dado al juzgador distinguir.

No presentándose ambigüedad en las palabras escritas en el cheque, ya que aparecía la cantidad de "cuatro mil seiscientos pesos", punto que afirma el demandante y acepta el demandado en la contestación de la demanda, y así lo confirman los dictámenes periciales, no era el caso de acudir al auxilio de la suma expresada en números, o sea de dar aplicación a la segunda parte de la norma transcrita ya que la primera debía actuar en su integridad.

Refiriéndose a la disposición legal comentada dice el profesor Víctor Cock: "En el caso en que haya discrepancia entre la cantidad en letras y la expresión en números (*ambigüitas patens*), debe pagarse la cantidad expresada en letras. Mas como puede ocurrir que las palabras sean ambiguas o inciertas, deben tenerse en cuenta las cifras para fijar el monto pagable, esto es, que las cifras en este último caso, servirán como gran auxiliar para fijar el monto del instrumento sin que ello por lo demás implique que la disposición que se estudia deba tomarse en el sentido de que es obligatorio en todo caso aceptar la cantidad indicada en cifras si las palabras sobre el monto del instrumento son ambiguas o inciertas" (Derecho Cambiario, página 82).

Y el profesor Emilio Robledo Uribe expresa: "Para facilitar la determinación de la suma pagadera ha sido costumbre el indicarla no sólo con letras en el cuerpo del instrumento sino con números en el margen del mismo. Esta expresión numérica marginal, en su origen tuvo el valor de simple referencia. Esto explica por qué cuando existe contradicción entre la expresión literal y la expresión numérica de la suma pagadera prevalece aquélla sobre ésta. Igualmente a veces se presentan ambigüedades u obscuridades en la redacción literal de la suma pagadera; pues bien, en estos casos la indicación numérica marginal sirve para determinar el sentido obscuro de la expresión que aparece en el cuerpo del instrumento" (Instrumentos Negociables, página 130).

Como el Tribunal restringió el sentido del precepto, es lógico que lo violara, por interpretación errónea.

El error consiste en haber considerado que su contenido no se refiere sino a la discrepancia literal y numérica, cuando el instrumento contiene una cantidad exigua y no cuando comprende cantidades importantes.

Lo expuesto implica que haya que casar el fallo recurrido, sin necesidad de analizar los demás formulados por el recurrente, y debe proferirse la sentencia de instancia.

Sentencia de instancia.

La petición primera de la demanda, según se dijo antes, pide la resolución del contrato de depósito bancario existente entre el demandante y el Banco demandado. La segunda solicita que, en consecuencia, se condene al demandado a restituir al actor la suma de \$ 2.025.22 y sus intereses comerciales, cantidad que Olivo Bermúdez tiene como depósito, y la cual, afirma, se le retiene indebidamente.

Estas dos súplicas fueron falladas adversamente por el Juzgado y tal proveimiento se confirmó por el Tribunal.

El demandante no recurrió en casación, por lo cual, tales cuestiones quedaron fuera de la decisión.

La tercera solicitud pretende que se declare que el Banco Comercial de Barranquilla es responsable "del pago de un cheque falso librado contra la cuenta o depósito bancario" de Efrain Olivo Bermúdez por la cantidad de \$ 4.600.00, y la cuarta busca el pago de perjuicio por ese acto y por la retención indebida de la suma de \$ 2.025.22 que tiene en tal cuenta.

Los hechos en que se sustentan las anteriores

peticiones son, concretamente, que el 2 de marzo de 1951 se presentó al Banco un sujeto, que después resultó ser Jaime Sánchez Montoya, a cobrar un cheque falsificado girado contra la cuenta del demandante, en el cual figuraba la suma de \$ 46.00 en números y de cuatro mil seiscientos pesos en letras, y que no obstante que el Revisor lo autorizó por la cantidad que resultaba en números, el Cajero lo cubrió por la que aparecía en letras. Y que el Banco incurrió en culpa al hacer dicho pago, no sólo por lo acabado de expresar, sino porque no identificó al beneficiario y por que al hacer este pago quedaba un descubierto en la cuenta corriente del girador, la que en ese instante sólo tenía un saldo de \$ 2.025.22, y el Banco nunca le había autorizado sobregiros.

El actor, pues, subordina todo el planteamiento a que el cheque fue falsificado, pero no cumplió con la carga probatoria correspondiente, ya que en autos no figura elemento de convicción alguno del cual se pueda inferir que el instrumento es falso. Por el contrario, del dictamen grafológico practicado en la primera instancia, cuya fuerza es desde luego incompleta conforme al artículo 656 del Código Judicial, resulta que la firma del cheque es la que el demandante acostumbra en sus actos públicos y privados. Además, presumiéndose auténticas las firmas de los instrumentos negociables de acuerdo con el artículo 4º de la Ley 46 de 1923, quien pretenda que son falsas debe acreditarlo.

Luego, si no aparece comprobado que la firma o las expresiones en letras o en números o cualquiera otra hubieran sido falsificadas, carece de base probatoria la solicitud sobre declaración de responsabilidad civil del Banco, que se apoya en que éste pagó un instrumento falsificado. Efectivamente, al leer la súplica analizada se observa que la declaración de responsabilidad se deriva únicamente del pago de un cheque falsificado, afirmación que se complementa en el hecho del libelo que incluye el nombre del falsificador. No reposa en que el pago se hiciera sin existir fondos suficientes en la cuenta corriente del girador o en la ausencia de identificación de éste, pues si bien tales hechos se mencionan, el *petitum* comprende sólo la acción de responsabilidad civil ocasionada en el pago de un instrumento que se tilda de falso.

Si se llegara a enfocar el asunto por otro aspecto, parece que se cambiaría la causa de la demanda, lo cual está vedado al juzgador. "Toda sentencia que se dicte cambiando o alterando la causa de la demanda es sorpresiva, porque se ha

dictado sobre materia que no se ha discutido en las instancias del juicio...”, dice la Corte (G. J. Tomo L. Página 761). Por esta razón, si la fuente de la responsabilidad invocada no es el descubierto que de hecho se produjo en la cuenta corriente del actor, ni ninguna otra circunstancia, pues estos aspectos se presentan como subalternos a la falsedad del cheque, y si tampoco es materia de la litis pretensión alguna entre las partes derivada de dicho descubierto, no es posible hacer actuar el artículo 191 de la Ley 46 de 1923.

Esta norma dice: “Todo Banco será responsable a un depositante por el pago que aquél haga de un cheque falso o cuya cantidad se haya aumentado, salvo que dicho depositante no notifique al Banco dentro de un año después de que se le devuelva el comprobante de tal pago, que el cheque así pagado era falso o que la cantidad de él se había aumentado”.

El anterior precepto se inspira en una presunción de responsabilidad, pues como lo ha expresado la Corte, “no impide que el Banco pueda exonerarse de responsabilidad demostrando una culpa, negligencia o imprudencia de parte del girador o de sus empleados” (G. J., número 1.914, 1.915, página 405).

Se dice que la disposición mencionada no puede actuar en este caso, en primer lugar porque hace relación a la existencia de un instrumento falsificado, hecho que no aparece acreditado. Y en cuanto al segundo hecho específico previsto por el precepto contemplado, o sea que se hubiera aumentado la cantidad objeto del pago porque tampoco se ha demostrado dicho aumento por obra de un tercero.

En efecto, cuando la discordancia varias veces mencionada obedece a actuación del girador, la cuestión queda regulada por la regla primera del artículo 20 de la ley de instrumentos negociables. Este precepto interpreta situaciones de ambigüedad que debe entenderse dependen del girador mismo. En cambio, los hechos de alteración o falsedad, previstos en el artículo 191, deben suponerse efectuados por persona diferente

a aquél, ya que nadie podría falsificar o adulterar sus propios escritos.

Por esta razón, habría sido menester probar que el aumento no procedió de Olivo Bermúdez sino de un tercero, para llegar por este aspecto a la responsabilidad bancaria.

Lo anterior implica que deba confirmarse la sentencia del Juez de primer grado, sin necesidad de indagar la culpa que el Banco imputa al girador para liberarse de responsabilidad. Al no prosperar la petición sobre responsabilidad del Banco, la de pago de perjuicios, que es su consecuencia, sigue la misma suerte, advirtiéndose que los que se hacen derivar de retención del saldo de la cuenta corriente no tienen asidero, pues no prosperó la solicitud sobre su retención indebida, conforme se ha visto, y este punto que sería la causa del perjuicio ha quedado fuera del recurso.

Resolución.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Barranquilla el tres de diciembre de mil novecientos cincuenta y seis, y en su lugar confirma la pronunciada por el Juzgado Primero Civil del Circuito de dicha ciudad el diez y ocho de agosto de mil novecientos cincuenta y cuatro.

Sin costas en la segunda instancia ni en el recurso.

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

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco.

Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Arturo C. Posada—Gustavo Salazar T.—Jorge Soto Soto, Secretario.

ES REQUISITO FUNDAMENTAL PARA LA PROSPERIDAD DE LA ACCION SIMULATORIA, CUYA FINALIDAD ES LA DE HACER PREVALECCER EL ACTO O CONTRATO OCULTO SOBRE EL APARENTE, QUE EL DEMANDANTE PIDA EN LA DEMANDA QUE SE DESCUBRA ESE ACTO O CONTRATO NULO, FIJANDO LOS ELEMENTOS QUE LO CONFIGURAN Y LOS DEFECTOS DE QUE ADOLEZCA. — INCONGRUENCIA

De acuerdo con la doctrina sentada por la Corte de que la acción simulatoria tiene por finalidad hacer prevalecer el acto o contrato oculto sobre el aparente, bien para que produzca los efectos jurídicos, que las partes se propusieron al celebrarlo, o para que se desplome por los vicios legales que lo afectan, es requisito fundamental para la prosperidad de la acción que el demandante pida en la demanda que se descubra ese acto o contrato oculto, fijando los elementos que lo configuran y los defectos de que adolezca.

Cuando se ejercita la simulación relativa y el actor se limita a pedir que se declare simulado el acto o contrato aparente, apenas ha cubierto una etapa de la acción, faltándole la siguiente y más importante, cual es la de descubrir y demostrar el acto o contrato oculto. Si lo descubre a lo largo del juicio pero no lo expuso en la demanda, su acción está condenada al fracaso, ya que el Juez no podría declarar más de lo suplicado por el demandante.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, abril veintiocho de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Gustavo Salazar).

ANTECEDENTES:

Milciades Roa Oviedo estableció juicio ordinario contra Rosa Delia Prada Oviedo, ante el Juzgado Civil del Circuito de Málaga, el 8 de septiembre de 1955, para que se hicieran estas declaraciones:

“PRIMERA.—Que es simulado y por consiguiente no produce efecto alguno jurídico, el contrato de compraventa a que se refiere la escritura número 81 de fecha 23 de febrero de mil

novecientos cuarenta y tres, otorgada ante la Notaría Primera de Málaga, y registrada en la oficina de registro del Circuito el 31 de abril de 1943 bajo la partida número 137 al folio 286 del libro de registro número 1º, Tomo II, y en que se dice la señora Rita Oviedo de Prada vender a la señora Rosa Delia Prada de Díaz el dominio de los terrenos que a continuación se expresan: a) Un terreno llamado “Vichy”, situado en la fracción de Calichal, territorio del Municipio de Málaga y demarcado así: (Siguen los linderos) b) La mitad de un terreno llamado “Pozo Hondo”, con una casa de tapias, madera y teja en mal estado, situada en la fracción del centro, de San José de Miranda y demarcado por los siguientes linderos: (Siguen los linderos). Fue adquirido este inmueble por Rita Oviedo según escritura número 357 de la Notaría Segunda del Circuito de Málaga de fecha 16 de junio de 1939 y que se halla debidamente registrada en la Oficina correspondiente de este Circuito.

“SEGUNDA.—Que el dominio de los referidos bienes que se dejan anteriormente anotados pertenecen a la sucesión intestada e ilíquida de la Sra. Rita Oviedo de Prada, representada por sus hijos legítimos entre otros Milciades Roa Oviedo y Felipe Roa Oviedo y la misma demandada

“TERCERA.—Que como resultado de esto, se ordene cancelar en la Oficina de la Notaría Primera de este Circuito de Málaga la escritura 81 de 23 de febrero de 1943, y así como también la inscripción de la misma escritura en los libros de la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de este Circuito;

“CUARTA.—Que se ordene también la restitución a la sucesión intestada e ilíquida los bienes mencionados en esta demanda, con todas sus anexas y dependencias y por los linderos relacionados en el título cuya simulación se pide, res-

titución que deberá ser hecha por la señora Rosa Delia Prada de Díaz, una vez ejecutoriada la sentencia y en la cual se le considere como poseedora inscrita de mala fé, para el efecto de la prestación mutua que haya lugar;

"QUINTA.—Que en caso de oposición por parte de la demandada, se le condene a pagar las costas de este juicio".

La síntesis de los hechos en que apoyó la demanda es como sigue: Rita Oviedo fue casada dos veces, la primera con Buenaventura Roa y de ese matrimonio nacieron Felipe y Milcíades, el demandante; y la segunda con Nacario Prada, del cual nació Rosa Delia, la demandada. Rita le hizo venta simulada a su hija Delia, por la escritura relacionada en la primera petición, por la que dijo venderle las dos fincas rurales allí determinadas y que constituían su único patrimonio, pero sin que hubiera intención de vender ni de comprar por parte de las contratantes, ni pago del precio, aun cuando el fijado fue irrosorio, habiendo, además, conservado la vendedora la posesión material de los bienes hasta el día de su muerte, que ocurrió el 23 de mayo de 1955. Y que con dicha venta la causante Rita Oviedo menoscabó las legítimas de Milcíades y Felipe.

La demandada contestó por medio de apoderado especial, oponiéndose a que se hicieran las declaraciones solicitadas; y en cuanto al hecho fundamental de la venta de los bienes raíces a que se refiere la escritura número 81, manifestó: "Rita Oviedo de Prada hizo una donación válida en favor de su hija Rosa Delia de Díaz, como ya lo había hecho o hizo también en favor de sus hijos legítimos Felipe Roa Oviedo y Milcíades Roa Oviedo".

El Juzgado del conocimiento resolvió el juicio por sentencia de 14 de abril de 1956, así: "1º.—Acógese la petición primera de la demanda en el sentido de declarar como en efecto este Juzgado lo declara por la presente que fue simulado el contrato de compraventa celebrado entre Rita Oviedo de Prada y Rosa Delia Prada de Díaz, conforme a la escritura número ochenta y uno del veintitrés de febrero de mil novecientos cuarenta y tres otorgada en la Notaría Primera de este Circuito. Complementase dicha declaración declarando igualmente que el mencionado acto sirvió para ocultar una donación, acto contractual real y válido que en consecuencia rige las declaraciones entre las partes contratantes.

"2º.—Niéganse las peticiones segunda, tercera y cuarta de la demanda.

"No se hace condena en costas".

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Contra el fallo de primera instancia sólo interpuso recurso de apelación la parte demandante, recurso que resolvió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, por sentencia de 30 de enero de 1957, cuya síntesis es la siguiente:

El Tribunal consideró que la demanda contiene una acción de simulación absoluta del contrato de compraventa a que se refiere la escritura número 81. Y agregó textualmente: "La simulación por sí sola no es causa de nulidad absoluta ni relativa, ni debe dejar de producir los efectos jurídicos que las partes se propusieron con ella. Dicho fenómeno es indiferente desde el punto de vista jurídico, pues lo que importa es el negocio verdadero que las partes quisieron celebrar, el cual puede ser nulo o rescindible si le faltan las condiciones necesarias para su existencia o adolece de algún vicio del consentimiento o de alguna formalidad, como es perfectamente válido una vez puesto al descubierto al descorrer el velo simulatorio, si no faltan en dicho acto ninguno de los requisitos sustanciales o formales para su validez".

Por lo que hace a la afirmación de la demandada de que el contrato de compraventa impugnado contiene es una donación, el Tribunal sostiene que ella no envuelve confesión, por ser distintos los hechos afirmados por la parte actora y los aceptados por la demandada, fuera de que ésta no resulta perjudicada con tal afirmación, ya que los bienes quedarán en su poder, por no haberse pedido la declaratoria de nulidad de tal donación.

Por último, el Tribunal de instancia, después de hacerle serias críticas a la sentencia de primer grado, por haber declarado la simulación relativa no pedida en la demanda, que contraría el ejercicio procesal de la simulación, termina confirmando el fallo apelado, en atención al principio consagrado en el artículo 494 del Código Judicial, de que la apelación se entiende interpuesta sólo en lo desfavorable al apelante.

EL RECURSO DE CASACION

La parte actora interpuso recurso de casación contra el fallo del Tribunal, que formalizó en demanda que contiene estos cargos:

1º.—Error de hecho, consistente en que el Tribunal interpretó mal la demanda, ya que consideró que se había establecido una acción de simulación absoluta, cuando lo pedido fue una re-

lativa, la de prevalencia de una donación disfrazada de compraventa, error que llevó al sentenciador a violar por falta de aplicación los artículos 1.458, 1.524, 1.740, 1.741 del Código Civil y 2º de la Ley 50 de 1936.

2º.—Error de derecho, por no haber aceptado el Tribunal como plena prueba la confesión que hizo la parte demandada de ser una donación lo que envuelve el contrato que aparece en la escritura número 81 materia de la demanda, error que llevó al Tribunal a violar, por falta de aplicación, los mismos artículos citados en el primer cargo.

3º.—No estar la sentencia en consonancia con las peticiones de la demanda, por la misma errada interpretación que el Tribunal le dio a ésta, lo que lo llevó a dejar de decidir sobre las súplicas segunda, tercera y cuarta.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1.—De acuerdo con la doctrina sentada por la Corte de que la acción simulatoria tiene por finalidad hacer prevalecer el acto o contrato oculto sobre el aparente, bien para que produzca los efectos jurídicos que las partes se propusieron al celebrarlo, o para que se desplome por los vicios legales que lo afectan, es requisito fundamental para la prosperidad de la acción que el demandante pida en la demanda que se descubra ese acto o contrato oculto, fijando los elementos que lo configuran y los defectos de que adolezca.

2.—Cuando se ejercita la simulación relativa y el actor se limita a pedir que se declare simulado el acto o contrato aparente, apenas ha cubierto una etapa de la acción, faltándole la siguiente y más importante, cual es la de descubrir y demostrar el acto o contrato oculto. Si lo descubre a lo largo del juicio pero no lo expuso en la demanda, su acción está condenada al fracaso, ya que el Juez no podría declarar más de lo suplido por el demandante.

3.—El Tribunal interpretó bien la demanda cuando dijo que ésta "contiene sin lugar a dudas una acción de simulación absoluta del contrato de compraventa a que se refiere la escritura número 81", porque tal como está redactada la primera súplica de la demanda allí lo que se pide claramente es la simulación absoluta del contrato de compraventa objeto de la litis, sin pedir que se descubra la donación que en tal contrato va encubierta, ni tampoco que esta donación deba declararse nula en cuanto exceda de dos mil pesos por faltarle la insinuación.

4.—Sólo que en este juicio se presenta esta si-

tuación contradictoria: el actor pidió se hiciera una declaración de simulación absoluta respecto del contrato de compraventa celebrado entre Rita Oviedo y Delia Prada, y el Juzgado de primera instancia declaró una simulación relativa, ya que dijo que el contrato de compraventa encubría una donación y agregó: "Acto contractual real y válido que en consecuencia rige las relaciones entre las partes contratantes". El Tribunal, no obstante criticar dicha resolución, la confirmó sin modificación alguna. Y ahora es el propio demandante quien recurre en casación y ataca el fallo alegando que el sentenciador interpretó mal la demanda e incurrió en error de derecho al no estimar como confesión la declaración hecha por la demandada cuando dijo que el contrato de compraventa envolvía una donación y, por lo tanto, ha debido el sentenciador reconocer esta donación, cuando justamente eso fue lo que declaró el fallo recurrido, aunque con base en consideraciones distintas a las del Juzgado. De tal suerte que el recurrente le pide a la Corte que case el fallo del Tribunal para que haga una declaración no solicitada en la demanda, pero que el fallo acusado sí contiene.

5.—El último cargo que hace el recurrente es el de que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones de la demanda, "ya que, dice, por mala interpretación de la demanda el Tribunal dejó de fallar en el fondo lo relacionado con la donación disfrazada de compraventa y no decidió nada sobre las súplicas segunda, tercera y cuarta de la demanda".

Ya está dicho que el Tribunal interpretó bien la demanda, en cuanto estimó que ella contenía una petición de simulación absoluta del contrato de compraventa; y está dicho también que el Tribunal, no obstante estimar que se trataba de una súplica sobre simulación absoluta, decretó una relativa, ya que aceptó que el contrato de compraventa encubría una donación. Cometió así el sentenciador un grave error de técnica procesal, porque falló más de lo pedido (**extra-petita**), sin que sea válida la argumentación que presenta en el sentido de que no podía enmendar el error cometido por el Juzgado de primera instancia en virtud del principio de la **reformatio in pejus**, porque de lo que se trataba era de una declaración no solicitada en la demanda, y, por lo mismo, no era el caso de dar aplicación al artículo 494 del Código Judicial.

Este tercer cargo contradice cuanto el mismo recurrente afirma en los anteriores, ya que había sostenido que lo pedido era una simulación re-

lativa, que el sentenciador decretó, y ahora sostiene que por mala interpretación de la demanda dejó el Tribunal de resolver sobre las súplicas segunda, tercera y cuarta, que deberían decretarse como consecuencia de una declaración de simulación absoluta, que el mismo recurrente sostiene no haber pedido. De tal suerte que si el Tribunal decretó la simulación relativa, invocada ahora en casación por el recurrente, mal podía decretar las súplicas segunda, tercera y cuarta, que vendrían como consecuencia de declararse la simulación absoluta del contrato de compraventa materia de la litis que el propio demandante afirma no suplicó.

Por lo demás, la causal de no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, consagrada en el artículo 520, inciso 2º, del Código Judicial, que invoca el recurrente al formular el tercer cargo, fundándolo en el hecho de no haber resuelto el Tribunal sobre las súplicas segunda, tercera y cuarta de la demanda, no es exacto, porque el sentenciador sí resolvió sobre todas las súplicas, cuando confirmó en su totalidad el fallo de primera instancia, que expresamente negó tales súplicas. No dejó, por tanto, de proveer el Tribunal sobre ninguna de las peticiones de la demanda. El error del Tribunal fue haber fallado sobre

puntos no comprendidos en la demanda, como arriba quedó expresado, pero sobre este aspecto el fallo no ha sido atacado.

No prosperan, por lo mismo, los cargos.

RESOLUCION

En mérito de las consideraciones anteriores, 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 el fallo de treinta de enero de mil novecientos cincuenta y siete dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en el juicio ordinario de Milcíades Roa Oviedo contra Rosa Delia Prada Oviedo.

No hay lugar a costas, por no aparecer causadas.

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

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco.
Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge Soto Soto, Secretario.

EL PLANO EQUITATIVO EN CONTRATACIONES QUE SE RENUEVAN DIA A DIA, COMO EL ARRENDAMIENTO DE COSAS, CIRCUNSCRIBE LA RESPONSABILIDAD RECIPROCA DE LAS PARTES Y NINGUNA DE ELLAS PUEDE DEDUCIR PRETENSION VALEDERA EN JUICIO CON FUNDAMENTO EN LO QUE HABRIA DE SER SU PROPIA CULPA. — REQUISITOS ESENCIALES DE LA RECONDUCCION TACITA

El hecho de que el lanzamiento se decretara por la rama jurisdiccional del poder público es de elocuencia suficiente para demostrar no sólo el incumplimiento del arrendatario sino también la circunstancia ventajosa para él de continuar con el goce a su satisfacción del objeto. Es notorio que de otra suerte habría hecho uso de los medios extrajudiciales o judiciales adecuados a obtener el cumplimiento de las obligaciones del arrendador o, en último término, para ponerlo en mora de recibir lo arrendado.

Si, por el contrario, aparece que sobre un contrato vencido el arrendador no alcanza a lograr la aquiescencia del arrendatario para las estipulaciones de la prórroga, ni tampoco que el objeto le sea devuelto, no obstante el plazo razonable concedido con esa finalidad, el plano equitativo en contrataciones que se renuevan día a día, como el arrendamiento de cosas, circunscribe la responsabilidad recíproca de las partes y exige que el arrendatario no pueda deducir pretensión alguna valedera en juicio con fundamento en lo que habría de ser su propia culpa. Porque hay error de conducta imputable a un buen padre de familia en no llegar a un acuerdo sobre la prórroga, si desea la continuación del arrendamiento o en no proveer lo conducente a restituir el objeto, si las condiciones del arrendador resultaren en última instancia inallanables. Con mayor énfasis cuando para restituir se ha concedido por el arrendador un lapso prudencial.

Por ministerio del artículo 2.014 del Código Civil, "no se entenderá en caso alguno que la aparente aquiescencia del arrendador a la retención de la cosa por el arrendatario, es una renovación del contrato" y que "si llegado el día de la restitución no se renueva expresamente el contrato, tendrá

derecho el arrendador para exigirla cuando quiera".

La tácita reconducción está ciertamente admitida por la norma. Pero esta figura exige esencialmente que el arrendatario no permanezca en el inmueble contra la voluntad del arrendador, y supone su beneplácito al recibir el pago de la renta con posterioridad al vencimiento o cualquier hecho de ambas partes igualmente inequívoco de su intención de perseverar en el contrato bajo las mismas condiciones que antes.

Mas cuando, al contrario, es inequívoco que el contrato no tuvo prórroga por falta de acuerdo del arrendatario con las nuevas condiciones propuestas por el arrendador, la hipótesis queda al margen de la reconducción tácita, y la permanencia del arrendatario en el inmueble apenas alcanzaría a presentar la aparente conformidad del arrendador con la fuerza de las circunstancias que no le permiten conseguir de una vez la restitución del objeto arrendado.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, treinta (30) de abril de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. José Hernández Arbeláez).

El 1º de octubre de 1951 Arturo Peláez Jaramillo recibió como arrendatario de Tejares Niquía S. A. uno de tales establecimientos ubicado en el Municipio de Bello, Departamento de Antioquia. El plazo inicial de seis meses experimentó varias prórrogas con terminación de la última para el 5 de febrero de 1954; y el precio, que era de \$ 550.00, subió a \$ 1.000.00 por mensualidades vencidas.

Con fecha 2 de marzo de 1954 la compañía dirigió carta al arrendatario con el señalamiento de

algunas condiciones para prorrogar nuevamente el contrato por un año más, o sea hasta el 5 de febrero de 1955. Una de esas condiciones, y no de escasa importancia, consistía en que el asentimiento de Peláez Jaramillo fuese manifestado por su firma al pie de la copia anexa al efecto.

No aparece que el destinatario aceptara, pero sí que los Tejares Niquía S. A., en carta del 5 de mayo de 1954 y en vista de que el contrato estaba terminado, concédieran a Peláez Jaramillo el término de sesenta días para efectuar la restitución del inmueble arrendado.

Como no fuese obtenida, la firma arrendadora en demanda del 13 de enero de 1955 provocó la expulsión del arrendatario, previo requerimiento judicial con dos notificaciones surtidas el 10 de diciembre de 1954 y el 8 de enero de 1955. Para oponerse, Peláez Jaramillo alegó que en cuenta con los Tejares tenía saldo a su favor en la fecha en que la arrendadora había roto unilateralmente el contrato causándole perjuicios, y consignó, además, la suma de \$ 1.000.00 correspondiente a una mensualidad, la que se dispuso entregar al actor en el lanzamiento decretado por el Juez Municipal de Bello el 26 de abril de 1955, cumplido el 11 de mayo subsiguiente, y confirmado más tarde, en 29 de agosto del mismo año, por el Juez Segundo Civil del Circuito de Medellín.

EL PRESENTE LITIGIO

Se abrió por demanda de la compañía con estas súplicas:

"1ª.—Que el señor Arturo Peláez Jaramillo debe y está en la obligación de pagar a Tejares Niquía S. A. la cantidad de \$ 12.536.63 valor de los cánones de arrendamiento que adeuda, lo que efectuará dentro del término de seis días o dentro del plazo determinado en la ley o fijado por su Despacho, más los intereses legales desde que la deuda se hizo exigible hasta que se verifique su cancelación.

"2ª.—Que está en la obligación y debe pagar dentro del mismo tiempo la suma de \$ 3.000.00 moneda legal en que estimo los perjuicios que él ha causado a la compañía, por la no devolución de los objetos enunciados en el hecho noveno de este libelo, por su descuido, negligencia e imprevisión en el manejo de los tejares y terrenos arrendados, caso de que rehusare devolverlos.

"3ª.—Que sea condenado en las costas de la presente acción (D. 243 de 1951).

"En subsidio, para el caso de que usted no haga la declaración distinguida bajo el numeral 2º, le

ruego se sirva ordenar que esos perjuicios sean valorados por peritos, ora dentro de este juicio, ya conforme a lo que ordena el artículo 553 de nuestro ordenamiento judicial".

El demandado Peláez Jaramillo hizo mutuas peticiones, así:

"PRIMERA.—Que Tejares Niquía S. A. debe a Arturo Peláez Jaramillo todos los perjuicios de orden material, incluidos allí el lucro cesante y el daño emergente que se le causaron con ocasión del no cumplimiento del contrato de arrendamiento al cual se refiere la parte expositiva de la presente demanda, a justa tasación de peritos.

"SEGUNDA. — Que asimismo Tejares Niquía S. A. debe pagar a Arturo Peláez Jaramillo las costas del presente juicio"

Concluyó el primer grado del proceso en 27 de marzo de 1957 por fallo del Juez Tercero Civil del Circuito de Medellín, quien dijo:

"1º.—Declárase que el demandado está obligado a pagar a la sociedad Tejares Niquía S. A. seis días después de la ejecutoria de la sentencia, la suma de \$ 10.236.63 moneda legal, como saldo debido por concepto de la renta estipulada en el contrato de arrendamiento celebrado con la sociedad.

"2º.—No es el caso de hacer y por consiguiente no se hacen las demás declaraciones pedidas en la demanda principal.

"3º.—No hay lugar a hacer las declaraciones pedidas en la demanda de reconvección, y en consecuencia se absuelve a la sociedad Tejares Niquía S. A. de los cargos formulados en ella.

"Se condena al demandado de la demanda principal, a la vez demandante en la de reconvección, a pagar la mitad de las costas causadas en el presente juicio".

Se alzó el demandado-demandante en reconvección para que continuara el proceso en segunda instancia, que finalizó con fallo confirmatorio proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín con fecha 24 de octubre de 1957, ahora acusado por el arrendatario ante la Corte.

EL RECURSO

Está invocada la causal primera "por error evidente de hecho proveniente de apreciación indebida de las pruebas que enumeraré en seguida a consecuencia de lo cual se infringieron los ar-

títulos 1.609, 1.613, 1.982, 1.986, 1.987 y 2.014 del Código Civil”.

Como pruebas indebidamente apreciadas el recurrente alude a la demanda de lanzamiento, a memorial del Gerente de Tejares Niquía S. A. al Juez Municipal de Bello, a la carta de 5 de mayo de 1954 de los dichos Tejares para Peláez Jaramillo, lo mismo que a la de 2 de marzo de 1954, y por último a las declaraciones de Cupertinoo Álvarez, Jorge Herrera y Luis Puentes, además de la carta de 9 de abril de 1953. Y añade:

“En la apreciación de las anteriores pruebas comete el Tribunal el error evidente, que aparece de manifiesto a primera vista en los autos, de considerar que el contrato de arrendamiento entre Tejares Niquía S. A. y Peláez Jaramillo terminó en febrero de 1954, y no mucho después; y en, no admitir que en mayo de 1955 el arrendador ejecutó, por intermedio de subordinados suyos, hechos que implicaban violación del contrato y libertaron entre tanto al arrendatario del cumplimiento de sus obligaciones, dándole derecho a ser indemnizado de los perjuicios que tales hechos le acarrearán”.

Entra a exponer que el arrendador no puede ejecutar acto alguno que prive al arrendatario del pleno goce del objeto, de donde arranca para este último en caso contrario el derecho a ser indemnizado.

“En el presente caso —continúa la demanda— la sentencia de primer grado y la del Tribunal que la confirma se han detenido en un examen prolijo acerca del punto siguiente: Fue el contrato prorrogado por un año, o terminó el 5 de febrero de 1954, según el texto de la carta de 2 de marzo de aquel año, por la cual la compañía propuso modificaciones a la situación existente y según la conducta no enteramente probada del demandado frente a ella? Pero el sólo análisis de esa carta y de lo que presumiblemente siguió a ella no es suficiente para definir la situación contractual. Se puede inclusive suponer que la compañía, al quedar aquella carta sin respuesta, quiso poner fin al contrato.

“Sobre la hipótesis de que el contrato, no se renovara por un año el 5 de febrero de 1954, fecha del vencimiento del año de ejercicio contractual según la carta de 9 de abril de 1953, tenemos lo siguiente, de acuerdo con las constancias del proceso:

“1.—El arrendatario siguió bajo las condiciones del contrato vencido, si se considera que no hubo aceptación del señor Peláez Jaramillo a las nuevas condiciones propuestas por el arrendador. Esta

prolongación tuvo efecto entre el 5 de febrero de 1954 y el 5 de julio del mismo año, por lo menos, por lo menos (sic) si la carta de 5 de mayo ha de tener pleno efecto, puesto que el arrendador dice en ella al arrendatario: ‘... y acordó (la Junta Directiva) dar a usted un plazo de 60 días para la entrega del inmueble’.

“2.—También podría entenderse la carta de 5 de mayo en el sentido de que la sociedad arrendadora quiso terminar el contrato *ipso facto*, pero dio al inquilino un término adicional, para el sólo efecto de hacer la entrega material de la cosa.

“3.—Mas no podía el arrendador, con la simple carta del 5 de mayo hacer cesar el arriendo pues se oponía a ello terminantemente la ley. El inciso 3º del artículo 2.014 del Código Civil que debe aplicarse rigurosamente al caso del pleito, impedía a Tejares Niquía S. A., habiendo recibido cánones de su arrendatario con o posterioridad al vencimiento del último año de la prórroga, someter al inquilino a un plazo fatal y menor que el autorizado por la ley.

“No puede, pues, el fallo desconocer el derecho del inquilino a beneficiar íntegramente los productos pendientes de beneficio, y lo eran en este caso no sólo los adobes preparados para la cocción sino también las arcillas extraídas y en proceso de beneficio.

“Pero está plenamente demostrado que, a raíz de la carta del 5 de mayo, Tejares Niquía S. A., por conducto del personal bajo su dependencia, privó al tejar del agua absolutamente indispensable para la elaboración de los productos en proceso. Los testimonios de Cupertinoo Álvarez, Jorge Herrera y Luis Puentes, no obstante los contra-interrogatorios inconcebibles a que fueron sometidos, dejan la impresión nítida e indestructible de que el arrendador privó a Peláez Jaramillo del agua que iba al tejar, elemento absolutamente necesario para las labores. Esto fue hecho indudablemente con el propósito de verificar un lanzamiento de hecho del arrendatario, que quedaba en imposibilidad absoluta para gozar de la cosa arrendada”.

SE CONSIDERA:

1.—El hecho de que el lanzamiento se decretara por la rama jurisdiccional del poder público es de elocuencia suficiente para demostrar no sólo el incumplimiento del arrendatario sino también la circunstancia ventajosa para él de continuar, como en efecto continuó por más de diez meses, con

el goce a su satisfacción del objeto. Es notorio que de otra suerte habría hecho uso de los medios extrajudiciales o judiciales adecuados a obtener el cumplimiento de las obligaciones del arrendador o, en último término, para ponerlo en mora de recibir lo arrendado.

Si, por el contrario, aparece que sobre un contrato vencido el arrendador no alcanza a lograr la aquiescencia del arrendatario para las estipulaciones de la prórroga, ni tampoco que el tejar le sea devuelto, no obstante el plazo razonable concedido con esa finalidad, el plano equitativo en contrataciones que se renuevan día a día, como el arrendamiento de cosas, circunscribe la responsabilidad recíproca de las partes y exige que el arrendatario no pueda deducir pretensión alguna valedera en juicio con fundamento en lo que habría de ser su propia culpa. Porque hay error de conducta inimputable a un buen padre de familia en no llegar a un acuerdo sobre la prórroga, si desea la continuación del arrendamiento; o en no proveer lo conducente a restituir el objeto, si las condiciones del arrendador resultaren en última instancia inallanables. Con mayor énfasis cuando para restituir se ha concedido por el arrendador un lapso prudencial.

2.—Sin embargo, la impugnación del fallo se funda en el incumplimiento del arrendador cuanto al deber de librar al arrendatario de toda turbación o embarazo en el goce de la cosa arrendada, desde luego que en sentir del recurrente la acertada valoración de las pruebas en cita, en especial de los testimonios de Cupertino Álvarez, Jorge Herrera y Luis Puentes (no ratificado en juicio este último), demuestra que la compañía después del 5 de mayo de 1954 inició hechos perturbadores del disfrute del tejar por parte de Peláez Jaramillo.

Del texto de esas declaraciones puede inferirse, pero no con evidencia, que durante el plazo concedido para la restitución, en alguna forma, continua, discontinua o circunstancialmente, Tejares Niquía estorbara la llegada del agua al que ocupaba por entonces Peláez Jaramillo. Pero no se descubre de ningún modo que el arrendador estuviese en capacidad de violar su propia concendencia con el arrendatario, o que su ánimo tolerante se trocara en la intención de inferirle agravio o menoscabo alguno, cuando el plazo de sesenta días concedido al arrendatario para desocupar y restituir el inmueble en que permanecía Peláez Jaramillo a título fenecido de antemano y sin prórroga por su no aceptación, demuestra en Tejares Niquía la voluntad decidida de no

causarle perjuicio alguno con la clausura intempestiva del goce, a pesar del interés manifiesto del arrendador en recobrar el disfrute de su pertenencia.

Es así como por ministerio del artículo 2.014 del Código Civil “no se entenderá en caso alguno que la aparente aquiescencia del arrendador a la retención de la cosa por el arrendatario, es una renovación del contrato” y que “si llegado el día de la restitución no se renueva expresamente el contrato, tendrá derecho el arrendador para exigir la cuando quiera”.

3.—La tácita reconducción está ciertamente admitida por la norma. Pero esta figura exige esencialmente que el arrendatario no permanezca en el inmueble contra la voluntad del arrendador, y supone su beneplácito al recibir el pago de la renta con posterioridad al vencimiento o cualquier hecho de ambas partes igualmente inequívoco de su intención de perseverar en el contrato bajo las mismas condiciones que antes.

Mas cuando, al contrario, es inequívoco que el contrato no tuvo prórroga por falta de acuerdo del arrendatario con las nuevas condiciones propuestas por el arrendador, la hipótesis queda al margen de la reconducción tácita, y la permanencia del arrendatario en el inmueble apenas alcanzaría a presentar la aparente conformidad del arrendador con la fuerza de las circunstancias que no le permiten conseguir de una vez la restitución del objeto arrendado.

Si a todo ello se agrega el no pago de la renta en lo sucesivo, viene a ser todavía más palmar que el arrendatario carece de apoyo para pretender prestación alguna por incumplimiento del arrendador.

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 24 de octubre de 1957 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 devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

José Hernández Arbeláez—Hernando Morales M.—Ignacio Escallón—Enrique Coral Velasco—Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero — Jorge Soto Soto, Secretario.

SALA DE CASACION PENAL

AUN CUANDO EL JUICIO DE SUCESION NO ES, POR SI MISMO, DE CARACTER CONTENCIOSO SINO DE JURISDICCION VOLUNTARIA, SI PUEDE TOMAR AQUEL CARACTER CUANDO LOS HEREDEROS O CAUSAHABIENTES SOSTIENEN DISTINTAS U OPUESTAS PRETENSIONES.—NO IMPLICA FALTA CONTRA LA MORAL PROFESIONAL, LA CIRCUNSTANCIA DE QUE EL APODERADO DE UNO DE LOS INTERESADOS, POR IGNORARLO A LA SAZON, MANIFIESTE EN UN SUCESORIO QUE EL CAUSANTE AL MORIR NO DEJO TESTAMENTO

1.— Los juicios de sucesión por causa de muerte son, en principio, de jurisdicción voluntaria; no son de suyo juicios controvertidos; el procedimiento a que ellos se sujetan, tiende a facilitar la distribución de la herencia entre los asignatarios legítimos.

Desde luego, un juicio de jurisdicción voluntaria puede convertirse, a virtud de un desacuerdo sobreviniente entre las partes, en un verdadero debate o controverisa de unas con otras.

2.— La circunstancia de que en la mortuoria de una persona el apoderado de uno de los interesados hubiera manifestado que el causante no había otorgado testamento, al paso que otro abogado presentó uno ante el mismo Juez de la causa, no prueba que el primero incurrió en falta contra la ética profesional: lo único que prueba es que ignoraba a la sazón que existiese dicho acto de última voluntad del causante.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, abril primero de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino).

VISTOS:

El Tribunal Superior de Bogotá en providencia de 8 de octubre de 1957, resolvió: 1º—Suspender al doctor CARLOS ORREGO DUQUE, mayor y vecino de Villavicencio, como abogado, durante el término de dos años; 2º—Comunicar lo anterior a todos los Tribunales de la República y a

los Juzgados con sede en Bogotá; 3º.—Ordenar la expedición de copias pedida por el Fiscal de la Corporación y el envío de ellas al Juez Penal del Circuito de Villavicencio, “para los efectos del artículo 11 de la Ley 69 de 1945”.

El doctor Orrego Duque, o sea el abogado suspendido, interpuso alzada, y el Tribunal se la concedió en auto de 21 de enero de 1958.

Llegado el negocio a la Sala Penal de la Corte, se cumplió el traslado del caso al señor Procurador; el cual en dictamen de folios 5 a 17, cuaderno 5, narra los hechos materia de este asunto, así:

“Las señoras María del Carmen Martínez Novoa y Dolores Martínez de Hernández, analfabetas, solicitaron en la población de Acacias (Meta) los servicios profesionales del abogado doctor Orrego Duque para que, ante el Juzgado del Circuito Civil de Villavicencio, tramitara el juicio de sucesión del padre legítimo de ellas, don Francisco Martínez.

“Ejerciendo la personería de doña María, pues doña Dolores concedióle el poder en escrito diferente y posterior, el doctor Orrego Duque, con fecha 11 de junio de 1954, inició las diligencias referidas. (Folio 14, id.).

“En el respectivo libelo el doctor Orrego Duque, al presentar los interesados en la sucesión expuso que “como hija natural el señor Martínez dejó una hija llamada Ascensión Rojas, cuya calidad de hija natural se acreditará oportunamente”.

“Pero anteriormente, con fecha 9 de los mismos mes y año, el doctor Orrego había aceptado de la mentada Ascensión Rojas poder para ante el mismo Juzgado, y en orden a “que me represente ante su Despacho en el juicio de FILIACION NATURAL que iniciaré por conducto de mi apoderado para obtener el reconocimiento de hija

natural de Francisco Martínez, muerto en Acacias el veintiocho de mayo del presente año". (Folio 16 vuelto, id.).

"De conformidad con este poder el doctor Orrego Duque inició el juicio correspondiente con fecha primero de julio del mismo año, expresando la demanda que "María Ascensió Rojas necesita que se le reconozca como hija natural, a fin de reclamar la herencia que le corresponde del causante Martínez", y señalando como parte demandada "a la sucesión de Francisco Martínez, hoy representada por quienes heredan su patrimonio señor Visitación M. (sic) de Martínez María del Carmen Martínez y Ana Dolores Martínez, esposa viuda la primera, las segundas hijas legítimas". (Folio 17, id.).

"Es de anotar que el doctor Orrego al demandar la apertura del juicio de sucesión del señor Martínez, señaló la mortuoria como *ab-intestato* ya que el causante "no otorgó testamento legalmente", y pidió el secuestro preventivo de los bienes relictos.

"Pero simultáneamente el doctor Justo Vega Lizarazo, con poder de la cónyuge sobreviviente, demandó la misma apertura e indicó a su poderdante como albacea según testamento acompañado a su escrito.

"Tales peticiones fueron resueltas conjuntamente por el Juzgado. (Folio 15, id.).

"Posteriormente fue aceptada la revocación que de los poderes dados al doctor Orrego Duque hicieron las señoras Martínez, quienes, en virtud de los hechos anteriormente resumidos, presentaron contra su ex-apoderado la denuncia que dio origen a la formación de este expediente. (Folio 8 vuelto, id.).

"En tal denuncia afirman:

"Dicho abogado (se refieren al doctor Orrego Duque), aprovechándose de que no sabemos leer ni escribir, hizo constar sin nuestra autorización y en perjuicio nuestro en el hecho tercero de la demanda, que nuestro citado padre dejó al fallecer, dos hijas legítimas que éramos nosotras y, una hija natural llamada María Asunción (sic) Rojas.

"Este acto de infidelidad de dicho abogado, no eximió al mismo de quedarse con el importe de los honorarios que nos cobró en una letra aceptada que después le fue debidamente pagada.

"De cuanto queda expuesto se deduce sin lugar a dudas, que el abogado Carlos Orrego Duque, estuvo apoderando a las dos partes litigantes durante tres meses o sea desde el 12 de junio (en que aceptó el poder de la contraparte) hasta el

14 de septiembre (en que fue aceptada por auto la revocación y renuncia de nuestro poder).

"Al contestar la demanda de filiación natural, que el abogado doctor Orrego presentó contra la sucesión en la que también era nuestro apoderado, hicimos constar que nos extrañaba vernos demandadas por nuestro mismo apoderado. A ello contestó el señor Juez Civil del Circuito, en un auto, diciendo que como eran dos acciones distintas no existía el delito de colusión y así han continuado las cosas".

"Las denunciantes califican como "supuesta" la calidad de hija natural atribuida a la señora María Ascensió (a quien llaman Asunción) Rojas y hacen cargos a los Jueces tanto del Circuito Civil como del Penal de Villavicencio, por no haber atendido las quejas por ellas formuladas.

"El doctor Orrego Duque como descargos (folio 24, id.) se limitó a acompañar copia del proveído del señor Juez del Circuito Civil de Villavicencio, de fecha 6 de noviembre de 1954, proferido, al parecer, en el juicio de filiación natural ya citado, providencia en la cual, dice el doctor Orrego Duque, "aparece que para el Juzgado del conocimiento no existió nada indigno en el asunto".

* * *

A vuelta de razonamientos que luégo habrán de estudiarse, el señor Procurador concluye su dictamen pidiendo a la Corte que atenúe la condena impuesta por el Tribunal de Bogotá al doctor Orrego Duque.

El 9 de septiembre de 1958 la Sala dispuso, en auto para mejor proveer, que se recibiesen declaraciones juradas a Dolores Martínez de Hernández, María del Carmen Martínez de Novoa y María Asunción o Ascensió Rojas sobre los hechos materia del juicio, y que si de tales declaraciones resultaran incongruencias se efectuasen los careos de rigor.

Para la práctica de estas diligencias se comisionó al Juez Penal del Circuito de Villavicencio.

Ante este funcionario compareció el 30 de septiembre de 1958 (folios 27 a 30, cuaderno 5) la señora Ana Dolores Martínez de Hernández, o sea la primera de las testigos indicadas en el auto para mejor proveer.

A las otras dos testigos no fue posible hallarlas, no obstante la insistencia de la Corte y la actividad que en ello puso el funcionario comisionado para allegar esos testimonios a los autos (Folios 31 y siguientes *ibidem*).

* * *

Así pues, aunque no fue dado allegar al proceso los testimonios de María del Carmen Martínez de Novoa y María Asunción o Ascensión Rojas, es necesario poner fin a la segunda instancia en este asunto, y al efecto se adelantan las siguientes consideraciones:

En la expresada declaración de Ana Dolores Martínez de Hernández (folios 27 a 30, cuaderno 5), se encuentran, en relación con la denuncia que sirvió de base al proceso, las preguntas y respuestas que en seguida se copian:

PREGUNTA: "Usted ha dicho en el encabezamiento de esta diligencia que no sabe firmar; diga si su hermana legítima María del Carmen sabe o no firmar". RESPUESTA: "Ella no sabe firmar". PREGUNTA: "Diga usted si las firmas que le pongo de presente, puestas al pie de la diligencia de ratificación que obra al folio 8 vuelto y que dicen: 'Comparecientes María del Carmen Martínez y Ana Dolores Martínez', son puestas por usted y por su hermana". RESPUESTA: "No es mi firma la que aparece diciendo ANA DOLORES MARTINEZ, y no es mi firma porque yo no sé firmar. El Juzgado deja la constancia de que espontáneamente la declarante presenta la cédula de ciudadanía . . . y de ella se extracta lo siguiente: 'Apellidos Martínez de Hernández. Nombres Ana Dolores. Manifiesta no saber firmar' . . . concuerda lo dicho por la declarante . . . con la manifestación . . . dejada en la cédula de ciudadanía". PREGUNTA: "La firma de su hermana que le mostré, ¿será la de ella?". RESPUESTA: "Ella no sabe firmar, ninguna sabemos firmar". PREGUNTA: "¿Sabe usted qué persona usaría sus firmas para poner un denuncia (ratificación) contra el doctor Carlos Orrego Duque?". RESPUESTA: "Yo no sé". PREGUNTA: "¿No sabe usted por qué motivo aparecen las firmas antes dichas usadas en la ratificación referida, como la suya y la de su hermana, es decir, sabe usted quién falsificó esas firmas, siendo así que según lo ha manifestado, ninguna de las dos sabe firmar?". RESPUESTA: "No señor, no sé".

* * *

Las anteriores respuestas, en palabras sencillas y claras constituyen, por lo menos un indicio vehemente que hace deleznable la denuncia misma, origen del sumario y del juicio contra el doctor Orrego Duque. Y este indicio se fortalece en cierto modo con la actitud huidiza de las coautoras

de dicha denuncia, las cuales han desaparecido de los sitios en que solían residir habitualmente.

* * *

Si el señor Procurador al emitir su dictamen hubiera tenido a la vista un testimonio como el que en parte se acaba de analizar, habría llegado posiblemente a una conclusión muy distinta de la que dedujo de los incompletos elementos de estudio que tuvo a su consideración.

Encontró él que la sentencia recurrida había sido demasiado rigurosa con el procesado, pero no alcanzó a advertir que las pruebas para incriminar eran a la sazón deficientes, pues, como lo observó luego la Corte, en el auto para mejor proveer, era preciso interrogar directa y personalmente a las autoras de la denuncia para obtener un cabal esclarecimiento de los hechos.

Por lo que hace a la contraposición o antagonismo de intereses que tanto el Tribunal sentenciador como la Procuraduría creyeron ver en las actuaciones del doctor Orrego Duque, cabe observar lo siguiente: los juicios de sucesión por causa de muerte son, en principio, de jurisdicción voluntaria; no son de suyo juicios controvertidos; el procedimiento a que ellos se sujetan, tiende a facilitar la distribución de la herencia entre los asignatarios legítimos.

Desde luego, un juicio de jurisdicción voluntaria puede convertirse, a virtud de un desacuerdo sobreveniente entre las partes, en un verdadero debate o controversia de unas con otras.

Ahora bien: En el presente caso, el doctor Orrego Duque ¿manejó intereses controvertidos o antagónicos, o sea, por un lado los de las hijas legítimas del causante, y por otro, los de la hija natural? ¿Hubo a la verdad desacuerdo o controversia de la tercera con las dos primeras en cuanto a la herencia de Francisco Martínez?

Para despejar estos interrogantes basta acudir al testimonio tantas veces mencionado de una de las supuestas autoras de la denuncia contra el doctor Orrego Duque (folios 27 a 30, cuaderno 5).

La Sala se permite transcribir a este respecto, lo pertinente de dicho testimonio, a saber:

PREGUNTA: "Diga usted, bajo la gravedad del juramento que ha prestado ante Dios y los hombres, si usted, María del Carmen Martínez de Novoa y María Ascensión Rojas de Hilarión, fueron en alguna ocasión o varias ocasiones a la oficina del doctor Carlos Orrego Duque, ya en esta ciudad o en Villavicencio, con el fin de solicitar de él sus servicios profesionales como abogado

para que las representara a las tres, es decir, a usted, su hermana y a Ascensión Rojas de Hilarion, en un juicio de sucesión de Francisco Martínez o sea su padre...?”. RESPUESTA: “Hace alrededor de cuatro años y medio poco más o menos, me encontraba yo aquí en mi casa cuando un día de pronto llegó a mi casa un señor de los de apellido Mancera y me dijo que me necesitaban en una oficina y yo me fui con él y luego cuando llegué a la oficina que tenían allá se encontraban mis hermanas María del Carmen y Ascensión Rojas y ellas me dijeron que si quería darle el juicio de sucesión al doctor Carlos Orrego Duque y luego yo les contesté: “Si ustedes le dieron el juicio de sucesión a él, entonces yo también se lo daba o sea le daba el poder”. Entonces arreglamos con el doctor Carlos Orrego que nos sacara el juicio de sucesión del finado Francisco Martínez, mi padre; entonces nos unimos para darle el poder al doctor Carlos Orrego y para darle tal poder fuimos a la oficina del mismo doctor aquí en Acacias”.

..... PREGUNTA: “¿Desde cuándo y por qué resolvieron usted y María del Carmen Martínez de Novoa hacerse representar por un abogado distinto al de la señora Rojas?”. RESPUESTA: “Nosotras resolvimos no poner ningún otro abogado y seguimos con mi mamá”.

Este testimonio, por sí sólo, hace flaquear la estructura misma del fallo recurrido, en el cual no se atribuyó fuerza eximente a lo declarado por varios testigos de la defensa (folios 14 y 17, cuaderno 2; 10, 16 vuelto, y 20 cuaderno 3; 18 y 27 vuelto, cuaderno 2; 13, 17 vuelto y 20 vuelto, cuaderno 3; 10 vuelto, cuaderno 2; 7 y 15, cuaderno 3; etc.).

En cuanto al interrogatorio riguroso o imparcial a que fue sometida la testigo Ana Dolores Martínez de Hernández, es bueno llamar la atención hacia la labor cumplida en este caso por el doctor

Vicente Gómez Cajiao, Juez Penal del Circuito de Villavicencio, comisionado por la Corte para practicar esa diligencia

* * *

El Ministerio Público, que como atrás se dijo no tuvo en esta ocasión los suficientes elementos de juicio para examinar el problema en sus precisos lineamientos, observa que el doctor Orrego Duque en la mortuoria del señor Martínez manifestó que éste no había otorgado testamento, al paso que otro abogado presentó uno ante el mismo Juez de la causa.

Sin embargo, esto no prueba que el doctor Orrego incurrió en falta contra la ética profesional: lo único que prueba es que ignoraba a la sazón que existiese dicho acto de última voluntad del señor Martínez.

Obsérvese, además, que en dicho testamento figuró como asignataria la hija natural del causante, o sea una de las supuestas coautoras de la denuncia contra el doctor Orrego Duque.

Por lo expuesto y lo transcrito, la Corte Suprema—Sala Penal—oído el concepto de la Procuraduría y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, REVOCA el fallo recurrido y ABSUELVE, en cambio, al doctor Carlos Orrego Duque, de los cargos que le fueron hechos en este proceso.

Por la Secretaría sáquense del expediente las copias auténticas necesarias para investigar, como en efecto se ordena, el posible delito de falsedad del acta de ratificación de la denuncia que ha servido de base al presente juicio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera Domínguez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Pedro Pacheco Osorio—Gustavo Rendón Gaviria—Luis Zafra, Conjuez.—Píoquinto León L., Secretario.

RECURSO DE REVISION EN MATERIA PENAL. — CAUSALES 3ª Y 5ª — “LAS PRUEBAS NO CONOCIDAS” AL TIEMPO DEL JUICIO CUYA SENTENCIA SE PRETENDE REVISAR, NO PUEDEN SER SIMPLES CONTRAPRUEBAS QUE HUBIERAN DEBIDO PRODUCIRSE Y NO SE PRODUCERON EN LA RESPECTIVA OPORTUNIDAD LEGAL

“Las pruebas no conocidas” al tiempo del juicio cuya sentencia se pretende revisar, no pueden ser simples contrapruebas que hubieran debido producirse y no se produjeron en la respectiva oportunidad legal. Más aún: si durante el juicio la defensa pidió pruebas y le fueron negadas, el camino para remediar el agravio, no era otro que recurrir en casación con apoyo en el art. 26 de la Ley de Leyes y en el artículo 567, numeral 4º del Código de Procedimiento Penal. Si no se hizo así en un debate de casación, no es admisible hacerlo ahora en orden al recurso de revisión, cuyo marco es muy estrecho, porque si fuera más amplio comprometería la eficacia que debe tener la cosa juzgada.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, abril primero de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino).

VISTOS:

La antigua Corte Militar de Casación y Revisión, en sentencia de 5 de junio de 1957, a) Invalidó la de 15 de octubre de 1955 del Tribunal Superior Militar con fundamento en las causales primera y segunda de casación b) Condenó al teniente de las Fuerzas de Policía JOSE FERNANDO GALLO GALLO, mayor de edad, natural de Aranzazu, hijo de Jesús Gallo R. y Justina Gallo G., de buenos antecedentes, a la pena principal de seis años de presidio y a las accesorias de rigor, “por el delito de homicidio voluntario suscitado en riña imprevista, consumado en la persona de Pedro Dávila Noguera, el 2. de mayo de 1955, en la ciudad de Santa Marta”; y c) Resolvió que no había lugar a la condena condicional ni al perdón judicial.

El reo, por medio de apoderado, invocando en

escrito de 8 de abril de 1958, “las causales 4ª y 5ª previstas en el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal común” propuso ante dicha Corte Militar, la revisión de su proceso y de la expresada sentencia; y presentó con la demanda, sendas declaraciones extrajuicio de los tenientes de la Policía Nacional, señores Víctor Emilio Rodríguez Romero, Hernando Rojas Benavides y Pedro Antonio Arias Landazábal.

Recibido el proceso en la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se abrió a prueba el asunto por el término legal. Dentro de este término se produjeron algunas ratificaciones de los testimonios acompañados a la demanda y se allegaron otros de que adelante se hablará.

Cumplido el trámite de rigor ha llegado el momento de resolver el recurso de revisión, para lo cual se adelantan las siguientes consideraciones:

Al reo lo había condenado el 30 de mayo de 1955 un Consejo Verbal de Guerra, en Santa Marta a diecisiete años de presidio como responsable de la muerte del señor Pedro Dávila Noguera, con caracteres de asesinato.

El Tribunal Superior Militar, procediendo en virtud dealzada, revocó la decisión de primera instancia y fijó, en cambio, el quantum de la pena en quince años o sea el minimum previsto en el artículo 363 de la Ley 95 de 1936.

La defensa interpuso entonces recurso de casación que fue tramitado y resuelto por la Corte Suprema Militar en fallo de 5 de junio de 1957, en el cual se invalidó lo resuelto por el inferior y se condenó a Gallo Gallo como arriba se dijo, a seis años de presidio, “por homicidio voluntario... en riña imprevista” (artículo 384 ibídem).

Las causales invocadas para la revisión fueron la cuarta y la quinta del artículo 571; pero, en realidad, según se infiere de la demanda misma y del alegato del recurrente, éste no quiso referirse a la cuarta sino a la tercera del mismo artículo de la Ley 94 de 1938.

Se estudiarán en su orden.

Causal tercera.—“Cuando alguno —dice— esté

cumpliendo condena y se demuestre que es falso algún testimonio, peritazgo, documento o prueba de cualquiera otra clase que haya podido determinar el fallo respectivo”.

Dos testimonios y un dictamen médico-legal sirvieron de apoyo al proceso cuya revisión se solicita. Los testimonios fueron rendidos por dos muchachas de rompé y rasga: Eunice Catalina Oyola y Ana María García; y del dictamen fueron autores dos médicos de Santa Marta.

Las pruebas allegadas al expediente dentro del recurso de revisión que se está resolviendo, van todas encaminadas a destruir la eficacia de las que sirvieron para condenar a Gallo Gallo.

Si el presente negocio tuviera por objeto condenar o absolver en un juicio sobre perjurio y falsedad a las declarantes Oyola y García o a los médicos legistas de Santa Marta, la Corte podría pronunciarse en un sentido o en otro según su leal saber y entender. Mas no se trata de eso, sino de un recurso de revisión. La prueba que podría hacer viable en este caso la invocada causal tercera, habría de ser tal que acreditase evidentemente la falsedad de los testimonios y no podría consistir en afirmaciones de terceros encaminadas a establecer una posible y ulterior retractación extrajudicial de los declarantes. Esa prueba plena no se ha traído a los autos: la causal tercera, por tanto, no puede prosperar.

Causal quinta.—Respecto de ésta, es muy ahincado y plausible el esfuerzo de la defensa por llevar a la convicción del juzgador que hubo hechos nuevos y pruebas no conocidas al tiempo de los debates materia de la revisión; y que de ahí resulta, por lo menos un indicio grave “de inocencia o irresponsabilidad” en favor del reo.

Sin embargo a poco andar en lo alegado y probado dentro del presente recurso, no puede menos de observarse que, en el fondo, la defensa lo que persigue es reabrir sobre los mismos hechos materia de la cosa juzgada un nuevo debate probatorio.

“Las pruebas no conocidas” al tiempo del juicio no pueden ser simples contrapruebas que hubieran debido producirse y no se produjeron en la respectiva oportunidad legal. Así pues, tampoco resulta viable la quinta causal de revisión. Más aún: Si durante el juicio la defensa pidió pruebas y le fueron negadas, el camino para remediar el agravio, no era otro que recurrir en casación con apoyo en el artículo 26 de la Ley de Leyes y en el artículo 567, numeral cuarto del C. de P. P. Si no se hizo así en un debate de casación, no es

admisible hacerlo ahora en orden al recurso de revisión, cuyo marco es muy estrecho, porque si fuera más amplio comprometería la eficacia que debe tener la cosa juzgada.

El Ministerio Público (Procuraduría de las Ferzas Armadas), folios 108 y siguientes, dice:

“Para el ilustre abogado recurrente “la manera de conducir el proceso privó de garantías al acusado lo cual constituiría un hecho nuevo”.

“Al respecto el Ministerio Público considera:

“1º.—Si GALLO no gozó de todas las garantías constitucionales y legales establecidas para quien se encuentre sub-judice, la oportunidad para alegar la carencia de ellas fue en el recurso de casación, toda vez que la causal 4ª del artículo 567 del C. de P. P. no obedece a razón distinta.

“La finalidad del recurso de revisión es la de corregir un error judicial. Pero no toda clase de errores; porque para ello la ley ha establecido medios adecuados” (Sentencia de 16 de mayo de 1945, GACETA JUDICIAL LIX, página 192).

“2º.—No cree el Ministerio Público que en puridad la falta de garantías que alega el recurrente constituya un hecho nuevo, si nos atenemos a la meridiana definición que de éste ha dado esa Honorable Corporación en varias oportunidades”.

Sobre el testimonio técnico de los doctores José María Garavito y Octavio Luque cabe observar que pudiera haber sido eficaz si se hubiese producido dentro del juicio para desvirtuar el dictamen de Santa Marta.

Por lo expuesto la Corte Suprema —Sala Penal— de acuerdo con la Procuraduría y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, resuelve que NO HA LUGAR a decretar la revisión solicitada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase (artículo 574, C. de P. P. in fine).

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera Domínguez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—
Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—
Gustavo Rendón Gaviria—Píoquinto León L.,
Secretario.

LA CONFESION DEL PROCESADO NO CONTRADICHA POR PRUEBA VALIDA
ALGUNA EN LOS AUTOS, DEBE TOMARSE COMO INDIVISIBLE

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, primero de abril de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez).

VISTOS:

Dos cargos contra la ética profesional se formularon, en este proceso, al doctor Julio de Castro, cuya calidad de abogado en ejercicio, con título profesional, se acreditó debidamente:

1º. El de haber retenido indebidamente el valor de una letra de cambio para cuyo cobro judicial, en el municipio de Puerto Berrio, le confirió poder la señorita Eloísa Uribe Medina.

La imputación anterior era tan infundada, que, posteriormente, la misma denunciante manifestó que había sido mal informada y retiraba el cargo por tal concepto.

2º. El de haber el doctor de Castro tomado o guardado para sí la suma de doscientos cincuenta pesos (\$ 250.00), que le entregó la señorita Uribe para efectos de la caución requerida dentro del juicio correspondiente, con la consiguiente negativa a devolverla o reintegrarla.

El asunto fue ampliamente investigado; y el doctor de Castro insistió en que la referida cantidad se le había entregado a título de anticipo de honorarios, y no para los efectos manifestados por la denunciante. Esta, por su parte, también insistió en sus puntos de vista, y aun expresó esto que, de suyo, es bastante sospechoso:

“Pues no tengo con qué comprobar que eso es falso, pero él tampoco tiene con quién comprobar que sí hubo arreglo, pues estábamos solos en la oficina”. ¿Trató la denunciante de prevalerse de esta circunstancia de la ausencia de testigos, para

obtener que un mandato que se estipuló remunerado y con anticipo de parte de la remuneración, según lo sostiene el doctor de Castro, se convirtiese en gratuito o se tomase como tal? Es lo que se sugiere en los autos y no peca de inverosímil.

Lo cierto es que la confesión cualificada del doctor de Castro no ha sido contradicha por prueba válida alguna en los autos, por lo cual debe tomarse como indivisible, según se desprende de la doctrina o doctrinas edificadas alrededor de lo dispuesto en el artículo 255 del C. de P. P.

Sobre las bases anteriores se sustentó el auto por medio del cual el Tribunal Superior de Medellín sobreseyó definitivamente en favor del acusado, auto cuya consulta con esta Corte fue también ordenada. Debe, pues, confirmarse, como lo solicita la Procuraduría, pero con la adición de que deben investigarse los cargos que quedan pendientes contra la denunciante, al tenor de lo ordenado en el artículo 12 de la Ley 69 de 1945.

DECISION:

La Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, acorde con el concepto fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la providencia consultada, con la modificación a que se alude en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera Domínguez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Jorge Ortega Torres, Conjuez.—Píoquinto León L.—Secretario.

LAS PARTIDAS DE ORIGEN ECLESIASTICO SON PRUEBAS PRINCIPALES DE HECHOS NO CONSTITUTIVOS DE ESTADO CIVIL, COMO SERIA LA MUERTE DE UNA PERSONA NO INVOCADA COMO PRESUPUESTO ESENCIAL DE LA CALIDAD DE HEREDERO. — LA EXTINCION DE LA ACCION PENAL SE DECLARA “DE OFICIO”, ES DECIR, POR INICIATIVA DEL JUEZ, Y NO “DE PLANO” O SIN TRAMITE PREVIO, PUES DICHAS EXPRESIONES NO SON EQUIVALENTES.—EL “PREVIO DICTAMEN FAVORABLE” DEL MINISTERIO PUBLICO NO ES NECESARIO PARA DECLARAR LA EXTINCION DE LA ACCION PENAL POR MUERTE DEL PROCESADO

1.—La expedición del artículo 22 de la Ley 57 de 1887 tuvo en materia probatoria una doble finalidad evidente: la de erigir, por una parte, en “pruebas principales del estado civil, respecto de nacimiento o matrimonios o defunciones de personas bautizadas, o casadas, o muertas en el seno de la Iglesia católica, las certificaciones que con las formalidades legales expidan los respectivos sacerdotes párrocos, insertando las actas o partidas existentes en los libros parroquiales”; y la de asimilarlas, por la otra, a las expedidas por los encargados de llevar el registro civil; las cuales se han tenido y tienen como documentos auténticos” (artículos 678 del Código Judicial derogado y 632 del vigente) que “hacen también plena prueba acerca de su contenido”.

El artículo 18 de la Ley 92 de 1938 se limitó a quitarles a aquellas certificaciones “el carácter de pruebas principales del estado civil”, que, según el artículo 346 del código de la materia, “es la calidad de un individuo, en cuanto le habilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles”, sin restarles eficacia probatoria como documentos auténticos para los demás efectos. De aquí se sigue que ellas son perfectamente aptas para acreditar la muerte de una persona, que no es una calidad, sino un hecho, y que lejos de habilitar para ejercer derechos o contraer obligaciones, inhabilita en forma definitiva para ello. Esto, desde luego, si la defunción no se invoca como presupuesto esencial de un estado civil, el de heredero, por ejemplo, pues para este objeto, que es extraño al proceso penal, sólo valen como pruebas suppletorias.

2.—Las expresiones “de oficio” y “de plano” no son equivalentes. La primera se emplea en el lenguaje forense, según la Real Academia Española, para designar el auto “que provee el Juez sin pedimento de parte”, y la segunda, “la resolución judicial adoptada sin trámites”.

Infiérese de lo dicho que cuando el Código Penal dispone que “la muerte del procesado extinguirá la acción penal” (artículo 100) y que “la prescripción de la acción y la de la sanción se declararán de oficio”, sólo autoriza al Juez para ponerle fin al proceso por propia iniciativa, no para prescindir de los trámites previstos para ello por el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, cuando la acción penal no pueda proseguirse, por haberse extinguido, como ocurre en los casos indicados. Es erróneo sostener que en tales supuestos la cesación de procedimiento debe ordenarse “de plano”.

3.—La muerte del procesado extingue la acción penal en virtud de lo establecido pura y simplemente por el artículo 100 del Código Penal. En consecuencia, si al darle aplicación al procedimiento indicado por el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, el Ministerio Público se opone a que se haga tal declaratoria, surge un conflicto entre las dos disposiciones legales, pues mientras la segunda la subordina a que éste emita “previo dictamen favorable”, la primera no exige tal requisito. El problema así planteado debe desatarse en favor de aquella norma, conforme a los principios de hermenéutica consagrados por el artículo 5º de la Ley 57 de 1887, por cuanto ella es especial respecto de la otra y pertenece al Código

Penal que prefiere al de Procedimiento Penal, contentivo de ésta.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, abril dos de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio).

VISTOS:

Mientras se ampliaba el proceso, previo auto de sobreseimiento temporal, iniciado para establecer la posible responsabilidad del doctor Juan B. Espinosa U. en los delitos de concusión y cohecho que se le atribuyeron en su carácter de Juez Penal del Circuito de Corozal, se produjo la muerte del acusado, como consta en la partida de defunción de origen eclesiástico que obra a folio 192.

Con base en esta prueba, el Tribunal Superior de Cartagena ordenó “cesar todo procedimiento contra él”, en fallo que fue apelado por el señor Fiscal Segundo de esa corporación, quien se había opuesto oportunamente a que se decretara la medida, por estimar que “tal certificación tiene sólo el valor de supletoria, y no hay comprobación de que no se pudo obtener la principal. En tal virtud, la referida certificación eclesiástica no puede probar el hecho que se trató de probar”. Agrega dicho funcionario en apoyo de su tesis: “La afirmación de que se está en presencia de una prueba supletoria la respalda esta Fiscalía en lo que clara y terminantemente dispone la Ley 92 de 1938, que no hace distinción alguna entre el campo civil y el penal, motivo por el cual tiene aplicación el tan viejo como conocido aforismo de que cuando la ley no distingue al intérprete no le es dado distinguir”.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal opina que debe confirmarse la providencia apelada, luégo de hacer las siguientes observaciones: 1ª.—Para probar la muerte del procesado es suficiente traer “la partida de defunción de origen eclesiástico”, aunque “en estricto rigor ha debido ser la de origen civil”; 2ª.—No obstante el parecer adverso del señor Agente del Ministerio Público, el Tribunal podía disponer la cesación del procedimiento con base en el deceso del procesado, que es una situación objetiva y real, no susceptible de ser modificada por el concepto de dicho funcionario, y 3ª.—Para tomar la determinación recurrida no era necesario acudir a los trámites señalados por el artículo 153 del Código

de Procedimiento Penal, pues “resulta más breve y más lógico hacerlo de plano, en cumplimiento de los expresos mandatos contenidos en los artículos 100 y 112 del C. P.”.

Considera la Corte:

1º.—La expedición del artículo 22 de la Ley 57 de 1887 tuvo en materia probatoria una doble finalidad evidente: la de erigir, por una parte, en “pruebas principales del estado civil, respecto de nacimientos o matrimonios o defunciones de personas bautizadas, o casadas, o muertas en el seno de la Iglesia católica, las certificaciones que con las formalidades legales expidan los respectivos sacerdotes párrocos, insertando las actas o partidas existentes en los libros parroquiales”; y la de asimilarlas por la otra, a las expedidas por los encargados de llevar el registro civil, las cuales se han tenido y tienen “como documentos auténticos” (artículos 678 del Código Judicial derogado y 632 del vigente) que “hacen también plena prueba acerca de su contenido”.

El artículo 18 de la Ley 92 de 1938 se limitó a quitarles a aquellas certificaciones “el carácter de pruebas principales del estado civil”, que, según el artículo 346 del Código de la materia, “es la calidad de un individuo, en cuanto le habilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles”, sin restarles eficacia probatoria como documentos auténticos para los demás efectos. De aquí se sigue que ellas son perfectamente aptas para acreditar la muerte de una persona, que no es una calidad, sino un hecho, y que lejos de habilitar para ejercer derechos o contraer obligaciones, inhabilita en forma definitiva para ello. Esto, desde luego, si la defunción no se invoca como presupuesto esencial de un estado civil, el de heredero, por ejemplo, pues para este objeto, que es extraño al proceso penal, sólo valen como pruebas supletorias.

2º.—Las expresiones “de oficio” y “de plano” no son equivalentes, como parece entenderlo la Procuraduría. La primera se emplea en el lenguaje forense, según la Real Academia Española, para designar el auto “que provee el Juez sin pedimento de parte”, y la segunda, “la resolución judicial adoptada sin trámites”.

Infiérese de lo dicho que cuando el Código Penal dispone que “la muerte del procesado extinguirá la acción penal (artículo 100) y que “la prescripción de la acción y la de la sanción se declararán de oficio”, sólo autoriza al Juez para ponerle fin al proceso por propia iniciativa, no

para prescindir de los trámites previstos para ello por el artículo 153 del C. de P. P., cuando la acción penal no pueda proseguirse, por haberse extinguido, como ocurre en los casos indicados. Es, pues, erróneo sostener que en tales supuestos la cesación de procedimiento debe ordenarse "de plano".

3º.—La muerte del procesado extingue la acción penal en virtud de lo establecido pura y simplemente por el artículo 100 del Código Penal. En consecuencia, si al darle aplicación al procedimiento indicado por el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, el Ministerio Público se opone a que se haga tal declaratoria, surge un conflicto entre las dos disposiciones legales, pues mientras la segunda la subordina a que éste emita "previo dictamen favorable", la primera no exige tal requisito. El problema así planteado debe desatarse en favor de aquella norma conforme a los principios de hermenéutica consagrados por el artículo 5º de la Ley 57 de 1887, por cuanto ella es especial respecto de la

otra y pertenece al Código Penal, que prefiere al de Procedimiento Penal, contenido de ésta.

* * *

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 su colaborador fiscal, confirma el auto recurrido.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

**Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera
Dominguez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón
Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Gustavo
Rendón Gaviria—Pioquinto León L., Secretario.**

SE REAFIRMA LA DOCTRINA REFERENTE A LOS REQUISITOS QUE DEBEN CUMPLIRSE PARA QUE SE CONFIGURE EL DELITO DE INTERVENCION EN POLITICA DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS. — EL VICIO DE LAS ADHESIONES POLITICAS Y LOS CONSABIDOS ELOGIOS QUE CON CARACTER OFICIAL SE HACEN A LOS MAS ALTOS FUNCIONARIOS DEL ESTADO, NO ES REPRIMIBLE EN NUESTROS CODIGOS PENALES

1.—“Para que se configure el delito previsto en el artículo 180 del Código Penal, fuera del caso de formar parte de un directorio político, se requiere la intervención en un debate de esta índole, vale decir, un acto que entrañe tomar parte activa en una controversia, contienda, lucha o combate entre dos o más personas sobre política, o pugna electoral, que es el debate político por excelencia” (G. J. Tomo LXXXIII, Nros. 2199-2200, pág. 782).

2.—Las adhesiones políticas que con carácter oficial y expresándoles los consabidos elogios, se hacen a los más altos funcionarios del Estado, no implican debate alguno electoral, sino simplemente adulación.

Este vicio lo han padecido, en mayor o menor escala y en casi todas las épocas todos los pueblos de la tierra, a pesar de lo cual jamás ha llegado a considerarse como reprimible en los códigos penales, tal vez porque lleva en sí mismo su condigno castigo. A la postre, no se sabe quién pierde más: si el lisonjero o el lisonjeado.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, abril seis de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino).

VISTOS:

Los doctores David Rincón Bonilla, Cenón Ferro París, José Eusebio Otálora Zárate, Alberto Vargas Rengifo y Jorge Sanabria Sánchez eran Magistrados del Tribunal Superior de Ibagué cuando el 11 de abril de 1957, según acta auténtica de folios 81 a 86 vuelto del único cuaderno del expediente, hicieron constar por escrito y bajo sus firmas lo que en seguida se copia, a saber:

“La constancia dejada en el Acuerdo del Tribunal de esta fecha por los Honorables Magis-

trados doctores Carlos Peláez Trujillo y Felipe Salazar Santos, y la dejada por el doctor José Antonio Caycedo contienen para el resto de los Magistrados que integran la entidad valiosos y apreciables conceptos relacionados con la intervención de los Jueces en la política partidista y con las sanciones que la ley impone a quienes violen las normas que prohíben a tales funcionarios intervenir en política de tal especie. Pero en el caso particular a que tal constancia alude, los restantes Magistrados del Tribunal no encuentran ninguna ostensible violación de tales normas por parte de los funcionarios públicos que en forma espontánea y decidida expresen su simpatía personal al actual Jefe del Estado, General Jeje Supremo, Gustavo Rojas Pinilla, porque éste, ni es Jefe o Caudillo de ningún partido político, ni pertenece a Juntas, Comités o Convenciones de carácter político, en los cuales se debaten intereses políticos. El General Jefe Supremo Gustavo Rojas Pinilla, es hoy solamente el Jefe del Estado a cuyo favor se forma un incontenible movimiento de opinión que lo acoge y respalda, no como un candidato de partido político, expuesto a los debates encendidos de los políticos, sino como el hombre que, colocado por encima, de la política y de los políticos, espera normalizar la caótica situación del país, ayudado únicamente por hombres patriotas y de buena voluntad.

“Si, pues la razón fundamental de las normas que prohíben a los Jueces intervenir en política aluden es a esa política de partido que tantos desastres ha causado a la República de Colombia, los restantes Magistrados del Tribunal no hallan censurable que aquéllos puedan manifestar libremente su simpatía personal al actual Jefe del Estado, pues ello no causa deshonra, ni constituye delito alguno punible, ni compromete la independencia de criterio de los Jueces, quienes ante todo son capaces de apreciar lo bueno y lo malo y de ejercer el sagrado derecho de elegir o reelegir a quien consideran digno de continuar

rigiendo los destinos de Colombia, por encima de la política y de los políticos. Porque la prohibición a los funcionarios y empleados públicos de intervenir en política —que es un lícito acto ciudadano— especialmente a los Magistrados, Jueces, y subalternos de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, tiene por objeto evitar un daño inmediato o público: el de que siendo su misión la de impartir justicia a todos por igual pierdan en sus actuaciones el ambiente de la más completa serenidad, probidad e imparcialidad con que deben obrar; y otro daño mediato, el de la inseguridad que los asociados experimentan al desconfiar de las actuaciones oficiales de quienes se agitan al servicio de los intereses de determinado partido político, que es precisamente lo que el referido plebiscito —extraído del país nacional— está sorteando. En tal virtud los restantes Magistrados del Tribunal por respeto a los derechos ciudadanos, a la armonía social y a la dignidad de la Magistratura, se abstienen de exteriorizar censura alguna a los funcionarios y empleados públicos que hayan expresado verbalmente o por escrito su voluntad de sufragar.

“Y es que las leyes no pueden llegar hasta el extremo de controlar las emociones que se traducen en hondas manifestaciones de cortesía hacia la persona del Jefe del Estado, a quien se debe toda consideración y aprecio.

“(Firmados) JORGE SANABRIA.—DAVID RINCON BONILLA.—CENON FERRO P.—JOSE EUSEBIO OTALORA Z.—ALBERTO VARGAS R.”.

* * *

Con motivo del testimonio o “constancia” que se acaba de transcribir, el doctor Jaime Rafael Pedraza, en escrito dirigido a la Comisión Nacional de Investigación Criminal (folio 1 y siguientes) denunció a los referidos Magistrados como autores de los ilícitos de intervención en política e instigación para delinquir, cometidos en el ejercicio de sus funciones y por razón de ellas.

Todo lo anterior está acreditado en autos.

La Procuraduría en extenso escrito de folios 136 a 153 pide que se dicte en este caso sobreseimiento definitivo pues los hechos materia de la denuncia no fueron “constitutivos de delito alguno”.

* * *

Al tenor del artículo 180 del Código Penal,

“incurrirá en arresto de un mes a dos años y en interdicción para el ejercicio de funciones públicas hasta por el mismo término, el funcionario o empleado público que forme parte de directorios políticos o intervenga en debates de este carácter”.

Y según el artículo 209 *ibidem*, “el que de manera pública y directa incite a otro u otros a cometer un delito determinado, incurrirá en arresto de dos meses a un año y en multa de cincuenta a mil pesos, siempre que tal acción no esté prevista como delito de mayor gravedad en otra disposición.

Por último el artículo 178 de la Superley dispone: “Los funcionarios de la rama jurisdiccional y los empleados subalternos de la misma, así como los del Ministerio Público, no podrán ser miembros activos de partidos políticos, ni intervenir en debates de carácter electoral, a excepción del ejercicio del sufragio. La desobediencia a este mandato es causal de mala conducta, que ocasiona la pérdida del empleo. (Artículo 70 del Acto Legislativo número 1 de 1945)”.

* * *

✓ Sobre intervención en política la Corte ha dicho:

“Para que se configure el delito previsto en el artículo 180 del Código Penal, fuera del caso de formar parte de un directorio político, se requiere la intervención en un debate de esta índole vale decir, un acto que entrañe tomar parte activa en una controversia, contienda, lucha o combate entre dos o más personas sobre política, o pugna electoral, que es el debate político por excelencia”. (Auto del 18 de agosto de 1958. Proceso contra el doctor César Ernesto Muñoz T.—Magistrado ponente, doctor Pacheco Osorio).

El señor Procurador al contestar el traslado en este asunto, expuso, entre otras cosas, lo siguiente:

“Con lo hecho, con la discusión de carácter netamente privado que se suscitó, ninguno de los que en ella participaron, pretendió hacerle propaganda o darle resonancia política a su parecer reservadamente emitido acerca de lo que se debatía.

“En consecuencia, no es dable sostener, en concepto del suscrito, que los Magistrados acusados violaron lo dispuesto por el artículo 4º, ordinal c) del Decreto número 671 de 1947 conforme al cual se prohíbe “firmar o autorizar la firma de manifiestos o declaraciones de adhesión o rechazo a jefes políticos, candidatos del mismo carácter”.

* * *

La Sala está de acuerdo con la Procuraduría en

que el preinserto testimonio o "contancia" de los funcionarios acusados se refirió a hechos "no constitutivos de delito alguno".

Mas, para llegar a esta conclusión hay que partir de un razonamiento que no coincide desde luego con el propuesto por el Ministerio Público.

Ante todo la Sala reitera la doctrina transcrita, a la cual también alude de paso la Procuraduría; y, además, expresa en seguida el parecer de la Corporación acerca del caso concreto que ahora se contempla.

Del 13 de junio de 1953 al 10 de mayo de 1957, no hubo propiamente hablando debates o discusiones libres de carácter político o electoral. En estas circunstancias, los que adhirieron al autócrata expresándole los consabidos elogios, no hicieron debate alguno electoral o político: simplemente lo adularon.

Este vicio lo han padecido, en mayor o menor escala y en casi todas las épocas todos los pueblos de la tierra, a pesar de lo cual jamás ha llegado a considerársele como reprimible en los códigos

penales, tal vez porque lleva en sí mismo su condigno castigo. A la postre, no se sabe quién pierde más: si el lisonjero o el lisonjeado.

Por lo expuesto y lo transcrito, la Corte Suprema —Sala Penal— de acuerdo en parte con la Procuraduría y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, pronuncia sobreseimiento definitivo en favor de los funcionarios acusados, "pues los hechos que se les imputaron no son constitutivos de delito alguno (artículo 437, ordinal 1º del Código de Procedimiento Penal).

Cópiese, notifíquese y archívese.

Gabriel Carreño Malarino—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Gustavo Rendón Gaviria—Alejandro Camacho Latorre, Conjuez.—Píoquinto León L., Secretario.

COMO LA POSESION ILEGITIMA DE ARMAS NO ESTA REPRIMIDA COMO DELICTUOSA POR LA LEGISLACION PENAL ORDINARIA, SU CONOCIMIENTO CORRESPONDE A LAS AUTORIDADES MILITARES. — LA CORTE INTERPRETA EL NUMERAL 6º DEL ARTICULO 308 DEL DECRETO 250 DE 1958 (CODIGO DE JUSTICIA PENAL MILITAR)

La posesión ilegítima de armas, sean o no éstas de uso privativo de las Fuerzas Armadas, está prevista como delito militar por el artículo 257 del Código de la materia (Decreto 250 de 1958), cuyo texto original fue subrogado por el artículo 1º del Decreto 284. Y como dicha actividad no está reprimida como delictuosa por la legislación penal ordinaria, es claro que su conocimiento corresponde a las autoridades militares, como se desprende del numeral 6º del artículo 308 de aquel estatuto, que es menester interpretar en el sentido de que, cuando un hecho esté contemplado como delito exclusivamente por el referido Código, sus autores quedan sujetos a la jurisdicción militar, para evitar el absurdo de que éste sea aplicado por funcionarios de la justicia ordinaria.

Ahora bien, el Decreto 326 de 1958 no modificó en forma alguna las citadas disposiciones, por cuanto la medida preventiva de seguridad que, según él, deben aplicar "los Jueces de Instrucción Criminal y donde no existan, los Jueces Municipales" (artículo 9º), se impone "sin perjuicio de la acción penal correspondiente", como de manera explícita lo ordena el artículo 2º ibídem.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, abril ocho de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio).

VISTOS:

El personero judicial de PEDRO JUAN GONZALEZ, a quien se sindicó de posesión ilegítima de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas, solicitó y obtuvo del funcionario a cuyo cargo se hallaba el proceso respectivo —el Comandante de la Tercera Brigada— que provocara colisión negativa de competencias a "uno de los Jueces

de Instrucción Criminal que funciona (sic) en la ciudad de Cali".

Según el peticionario, cuyos argumentos reproduce y en cierta forma prohija el referido Comandante, "en virtud del Decreto Legislativo número 0326 de octubre de 1958, para conocer y calificar la posesión de armas de fuego o municiones sin la debida licencia, ordinal f. del a. 2, son competentes por mandato del a. 9 del mismo decreto los Jueces de Instrucción Criminal y, donde no existen, los Jueces Municipales; pero en ningún caso el Comando de la Brigada pues en el mismo acto legislativo se suspenden las disposiciones contrarias como sería el a. 2 del Decreto 0284 de julio de 1958". Agrega dicho funcionario que parece haber incompatibilidad entre el Decreto 284 de 1958 y el 326 del mismo año, por cuanto ambos reglamentan una misma materia —"el porte ilegítimo de armas de fuego, municiones y artefactos explosivos"—, y sugiere que el último debe preferir al primero, por ser ley permisiva o favorable, ya que éste reprime el hecho con pena "privativa de la libertad que oscila entre cinco y diez años de presidio" mientras aquél sólo le señala extrañamiento. La Jefatura de la Seccional de Instrucción Criminal y Vigilancia Judicial del Valle del Cauca rechaza la competencia atribuida a los Jueces de Instrucción alegando, en síntesis, que los mencionados Decretos no son incompatibles, pues el 284 se refiere a "armas, artefactos (sic) explosivos o municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas y de características similares a los mismos", y el 326 a "armas de fuego o municiones sin la debida licencia", las cuales son "distintas de las de las Fuerzas Armadas, como pudiera ser escopetas, carabinas, pistolas, etc.".

Para resolver, se considera:

La posesión ilegítima de armas, sean o no éstas de uso privativo de las Fuerzas Armadas, está prevista como delito militar por el artículo 257 del Código de la materia (Decreto 250 de 1958), cuyo texto original fue subrogado por el artículo

to 1º del Decreto 284. Y como dicha actividad no está reprimida como delictuosa por la legislación penal ordinaria, es claro que su conocimiento corresponde a las autoridades militares, como se desprende del numeral 6º del artículo 308 de aquel estatuto, que es menester interpretar en el sentido de que, cuando un hecho esté contemplado como delito exclusivamente por el referido Código, sus autores quedan sujetos a la jurisdicción militar, para evitar el absurdo de que éste sea aplicado por funcionarios de la justicia ordinaria.

Ahora bien, el Decreto 326 de 1958 no modificó en forma alguna las citadas disposiciones, por cuanto la medida preventiva de seguridad que, según él, deben aplicar "los Jueces de Instrucción Criminal y donde no existan, los Jueces Municipales" (artículo 9º), se impone "sin perjuicio de la acción penal correspondiente", como de manera explícita lo ordena el artículo 2º *ibídem*.

A virtud de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, dirime la presente colisión de competencias en el sentido de que es al Comando de la Tercera Brigada a quien corresponde el conocimiento de este proceso.

Dése cuenta de lo resuelto al señor Jefe de la Seccional Instrucción Criminal y de Vigilancia Judicial del Valle del Cauca.

Cópicese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera
Domínguez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón
Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Gustavo
Rendón Gaviria—Píoquinto León L., Secretario.

A PARTIR DEL 11 DE JULIO DE 1958, FECHA EN QUE SE INICIO LA VIGENCIA DEL DECRETO 250 DEL MISMO AÑO (CODIGO DE JUSTICIA PENAL MILITAR), LOS PROCESOS POR DELITOS PREVISTOS POR LAS LEYES PENALES COMUNES Y COMETIDOS POR PARTICULARES QUE NO SE ENCUENTREN EN NINGUNO DE LOS CASOS DE SUS ARTICULOS 307 Y 308 SON DE CONOCIMIENTO DE LA JUSTICIA ORDINARIA Y NO DE LA MILITAR, Y LA AUTORIDAD JUDICIAL CASTRENSE QUE HUBIERA ESTADO CONOCIENDO DE LOS QUE ESTUVIESEN EN CURSO, DEBIO REMITIRLOS INMEDIATAMENTE "AL RESPECTIVO JUEZ O TRIBUNAL" (ARTICULO 618 IBIDEM)

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, abril nueve de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio).

VISTOS:

Mediante auto de 20 de agosto de 1958, el señor Juez Penal del Circuito de La Dorada provocó colisión negativa de competencias al señor Comandante de la Cuarta Brigada en el presente negocio, adelantado contra los particulares ALEJANDRO ECHEVARRIA, MANUEL MENDOZA TOVAR y otros, sobre la base de que el delito por el cual se les sindicó es uno de los que atentan "contra el régimen constitucional o contra la seguridad interior del Estado", cuyo conocimiento "corresponde a la justicia castrense".

En providencia de 6 de marzo del año en curso el referido Comandante se limitó a manifestar que "no comparte" las razones de dicho Juez y a disponer el envío de "las presentes diligencias a la Honorable Corte Suprema de Justicia para efectos de que decida sobre el particular".

Pasado el asunto al despacho del Magistrado ponente el 31 del último marzo, se entra a resolver con fundamento en las consideraciones que siguen:

A partir del 11 de julio de 1958, fecha en que se inició la vigencia del Decreto 250 del mismo

año, los procesos por delitos previstos por las leyes penales comunes y cometidos por particulares que no se encuentren en ninguno de los casos de sus artículos 307 y 308 son de conocimiento de la justicia ordinaria, y no de la militar. Y en virtud de lo dispuesto por el artículo 618 *ibidem*, la autoridad judicial castrense que hubiera estado conociendo de los que estuviesen en curso, debió remitirlos inmediatamente "al respectivo Juez o Tribunal", como se hizo con estas diligencias.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema—Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, dirime la presente colisión de competencias en el sentido de que es a la justicia ordinaria a la que incumbe el conocimiento de este negocio.

Comuníquese lo resuelto al Comando de la Cuarta Brigada, y envíese el proceso al señor Juez Penal del Circuito de La Dorada.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera
Dominguez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón
Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Gustavo
Rendón Gaviria—Píoquinto León L., Secretario.

LA CORTE NO PUEDE PRONUNCIARSE SOBRE LA ADMISIBILIDAD O INADMISIBILIDAD DE UN RECURSO NO INTERPUESTO NI CONCEDIDO. — EL MINISTERIO PUBLICO NO ES NI PUEDE SER “REPRESENTANTE O DEFENSOR” DE NINGUN REO.—SI UNICAMENTE EL FISCAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR INTERPUSO EL RECURSO DE CASACION, DEBE ENTENDERSE QUE EL MINISTERIO PUBLICO ES LA PARTE RECURRENTE, Y NO EL PROCESADO, AUNQUE AL MOMENTO DE SUSTENTARLO LO HAGA EN TERMINOS QUE PUEDAN FAVORECER A ESTE

1.—El de casación es un recurso extraordinario que sólo se concede y tramita a la parte que lo interpone personalmente, “o por su representante o defensor” cuando se trata del procesado (artículo 558 del Código de Procedimiento Penal), fuera de los supuestos en que se refiere a la indemnización de perjuicios.

2.—El Ministerio Público no es ni puede ser “representante o defensor” de ningún reo, aunque “como representante de la sociedad” debe procurar “la defensa de las personas acusadas sin justa causa” (artículo 92 del Código de Procedimiento Penal) para que aquélla no sufra perjuicios con la condena de un inocente. En consecuencia, si un Fiscal de Tribunal Superior interpone recurso de casación, debe entenderse que el Ministerio Público es la parte recurrente, y no el procesado, aunque al momento de sustentarlo lo haga en términos que puedan favorecer a éste.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, abril nueve de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio).

VISTOS:

Contra la sentencia mediante la cual el Tribunal Superior de Neiva condenó a LUIS CARLOS TOVAR A. y EUGENIO CARDOZO A., como responsables de lesiones personales, recurrieron en casación el señor Fiscal respectivo y el defensor del primero de los procesados, habiendo guardado silencio el segundo de éstos. El sentenciador concedió “los mencionados recursos” y la Corte los declaró admisibles.

El funcionario recurrente presentó oportunamente la demanda del caso, en la cual pide “CASAR LA SENTENCIA” RECURRIDA y en su lugar absolver a LUIS CARLOS TOVAR del cargo que se le hizo en el auto de proceder y rebajar la sanción que le fue impuesta a EUGENIO CARDOZO a dos meses de arresto y multa de diez pesos a favor del Tesoro Nacional”. El otro impugnante también sustentó su recurso en la oportunidad legal, pero sin ser abogado inscrito en la Corte.

El negocio se dio en traslado al señor Procurador Primero Delegado en lo Penal para que, si lo tiene a bien amplíe la demanda del Ministerio Público, y lo devuelve sin cumplir este cometido, por considerar que la Sala “debe pronunciarse en el sentido de declarar también admisible la casación interpuesta con relación al acusado Cardozo Avendaño”, pues “es indudable que el señor Fiscal recurrente impugna la sentencia de que se habla en favor de los mencionados acusados” y que “en su demanda de casación analiza la situación jurídica en que se encuentran los procesados Tovar Andrade y Cardozo Avendaño y termina pidiendo que la sentencia sea casada para cada uno de los inculcados, y en la forma por él indicada”.

Para decidir, se considera:

1º.—El de casación es un recurso extraordinario que sólo se concede y tramita a la parte que lo interpone personalmente, “o por su representante o defensor” cuando se trata del procesado (artículo 558 del C. de P. P.), fuera de los supuestos en que se refiere a la indemnización de perjuicios.

2º.—El Ministerio Público no es ni puede ser “representante o defensor” de ningún reo, aun-

que "como representante de la sociedad" debe procurar "la defensa de las personas acusadas sin justa causa" (artículo 92 del C. de P. P.) para que aquélla no sufra perjuicios con la condena de un inocente. En consecuencia, si un Fiscal de Tribunal Superior interpone recurso de casación, debe entenderse que el Ministerio Público es la parte recurrente, y no el procesado, aunque al momento de sustentarlo lo haga en términos que puedan favorecer a éste, como sucedió en el caso sub-judice.

3º.—Como el acusado Eugenio Cardozo A. no interpuso el referido recurso, el Tribunal no podía concedérselo, como no se lo concedió, ni pronunciarse la Corte sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de un recurso no interpuesto ni concedido.

Por las razones expuestas, vuelva el negocio al señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, para los efectos indicados en el auto de 25 de febrero del año en curso Lo cual se resuelve administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

Notifíquese y publíquese.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera
Dominguez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón
Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Gustavo
Rendón Gaviria.—Píoquito León L., Secretario.



LA PARTE CIVIL NO TIENE CAPACIDAD ALGUNA PARA INTERPONER NI FUNDAR EL RECURSO DE CASACION CONTRA EL FALLO QUE ABSUELVE IN INTEGRUM AL PROCESADO

Los artículos 556 y 557 del Código de Procedimiento Penal, señalan con toda precisión cuáles son las sentencias casables *ratione materiae*. El 558 *ibidem* dice quiénes pueden, en general, interponer el recurso; y el 559 de la misma obra determina, con carácter especialísimo y en términos muy netos quiénes pueden ser recurrentes cuando la sentencia demandada o por demandar es condenatoria.

Este último artículo dice así:

“Las partes mencionadas en el artículo anterior (el procesado y el Ministerio Público) y la parte civil podrán interponer recurso de casación contra las sentencias condenatorias a que se refieren los artículos 556 y 557 en lo referente a la indemnización de perjuicios, cuando la cuantía sea o exceda de tres mil pesos”.

Esto quiere decir: a) Que los artículos 556 y 557 se refieren a sentencias condenatorias y absolutorias; y b) Que el artículo 559 recién transcrito, no reconoce a la parte civil el derecho de recurrir en casación contra las sentencias totalmente absolutorias.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, abril diez de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino).

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en providencia de 12 de diciembre último, revocó la sentencia de fecha 14 de noviembre del mismo año proferida por el Juez Tercero Superior de ese distrito judicial, en la cual condenó a HERMINSUL VARON LEYTON a veinticuatro meses

de prisión y multa de quinientos pesos por el delito de estafa, y en su lugar absolvió al procesado de los cargos que se le habían deducido en este proceso.

Contra este fallo el doctor José Ramírez Castaño como apoderado de la parte civil, interpuso recurso de casación que el Tribunal de instancia concedió en auto de 11 de febrero del año en curso.

El 18 de marzo último, la Corte (folio 3, cuaderno 5) reconoció al doctor Ernesto Lucena Bonilla como representante del procesado absuelto por el Tribunal; y en el mismo auto de sustanciación dispuso fijar el negocio en lista para que dentro del término respectivo, las partes pudiesen alegar “sobre la admisibilidad del recurso de casación”.

Dentro de dicho término el doctor Lucena Bonilla (folios 4 y siguientes, *ibidem*) se ha opuesto a que la Sala admita este recurso extraordinario, con razones que la Corporación encuentra rigurosamente exactas y que pueden resumirse así:

Los artículos 556 y 557 del Código de Procedimiento Penal, señalan con toda precisión cuáles son las sentencias casables *ratione materiae*. El 558 *ibidem* dice quiénes pueden, en general, interponer el recurso; y el 559 de la misma obra determina, con carácter especialísimo y en términos muy netos quiénes pueden ser recurrentes cuando la sentencia demandada o por demandar es condenatoria.

Este último artículo dice así:

“Las partes mencionadas en el artículo anterior (el procesado y el Ministerio Público) y la parte civil podrán interponer recurso de casación contra las sentencias condenatorias a que se refieren los artículos 556 y 557 en lo referente a la indemnización de perjuicios, cuando la cuantía sea o exceda de tres mil pesos”.

Esto quiere decir: a) Que los artículos 556 y 557 se refieren a sentencias condenatorias y absolutorias; y b) Que el artículo 559 recién transcrito, no reconoce a la parte civil el derecho de recurrir en casación contra sentencias totalmente absolutorias.

Como en el presente negocio el procesado ha sido absuelto in integrum, síguese que la parte civil que fue la única que recurrió en casación, no tiene capacidad alguna para interponer y fundar este recurso.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nom-

bre de la República y por autoridad de la ley, **DECLARA INADMISIBLE** el recurso de casación interpuesta contra la referida sentencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera

Domínguez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón

Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Gustavo

Rendón Gaviria—Píoquinto León L., Secretario.

EL BENEFICIO DE LA CONDENA CONDICIONAL AL PROCESADO LO OTORGA O NO EL FALLADOR ATENDIENDO A LO QUE LE DICTE SU CONVICCION INTIMA, PERO ESTA NO PUEDE SER VALIDAMENTE MODIFICADA DENTRO DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION

La Sala estima que el beneficio de la condena condicional (artículo 80 del Código Penal) lo otorga o no lo otorga el fallador atendiendo a lo que le dicte su convicción íntima. Se trata, en este caso, de una facultad que el fallador de instancia sólo puede ejercer si concurren en el procesado los factores a), b) y c) del artículo 80 ibídem.

Si pues el Tribunal, como lo prevé el referido ordinal c) llegó a la convicción de que el procesado no era acreedor al beneficio de la condena condicional, esa convicción íntima no podría ser válidamente modificada dentro del recurso extraordinario de casación.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, abril diez de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino).

VISTOS:

El señor LUIS HERNAN SALCEDO ESCARRIA fue condenado por el señor Juez Tercero Superior de Buga el 24 de septiembre de 1957, a la pena principal de doce meses de prisión y a las accesorias de rigor, como autor de homicidio culposo en la persona de Carlos Martínez Eslava, en jurisdicción de Yotoco (Valle), en la noche del 19 de noviembre de 1954. Así mismo el fallador de primera instancia condenó al procesado, en abstracto, por los perjuicios resultantes, no sin concederle el beneficio de que trata el artículo 80 del Código Penal. Suspendióse pues la ejecución de la sentencia por un término de prueba de tres años mediante el cumplimiento de los requisitos correspondientes.

De la anterior decisión apelaron el reo y la parte civil.

El Tribunal en fallo de 31 de julio de 1958, a) Confirmo lo resuelto por el inferior en cuanto a la pena de doce meses de prisión y a las

accesorias; condenó al reo a pagar \$ 2.000.00 por los perjuicios morales originados en el homicidio, y a pagar en abstracto el valor de los perjuicios materiales de conformidad con lo previsto en el artículo 553 del C. J., y

b) Revocó el beneficio de la condena condicional y en su lugar ordenó la detención del acusado "para que cumpla la pena impuesta".

La defensa interpuso y el Tribunal concedió el recurso extraordinario de casación (folios 276 y vuelto, cuaderno 1).

Agotada la tramitación de este recurso, la Sala procede a resolverlo mediante las siguientes consideraciones:

LOS HECHOS:

"Salcedo Escarria era motorista de profesión. En la noche del 19 de noviembre del lejano año de 1954 prestó sus servicios en el automóvil marcado Plymouth, modelo 46, de tránsito libre, a los señores Carlos Martínez Eslava, Ananías Estupiñán y Eduardo Álvarez. Visitaron varios establecimientos públicos en la zona de tolerancia de esta ciudad. Ingirieron licores embriagantes los paseantes y el motorista. En la madrugada hizo viaje a sus clientes, acompañados de la mujer Victoria Sánchez, al sitio de "Media-canoa", Municipio de Yotoco a la cantina de propiedad de Trina Rengifo. Allí, continuaron comprando y tomando licores. Hacíales compañía el motorista Salcedo Escarria. La fiesta y consiguiente embriaguez duró toda la noche. Llegado el día, a eso de las siete de la mañana del día 20 de noviembre emprendieron regreso a esta ciudad. Se dice en este proceso que Martínez Eslava solicitó reiteradamente al motorista Salcedo le cediera el vehículo, pues dado el estado de embriaguez, no debía conducirlo. Salcedo se negó a entregar el timón. Iniciaron el viaje hacia Buga a donde no llegaron, porque al entrar al segundo puente antes de llegar al principal sobre el río Cauca, el vehículo se precipitó, estrellándose contra el

barandal del puente. Allí perdió la vida el señor Carlos Martínez Eslava. El estado en que quedó el vehículo acusa la altísima velocidad. Por ello, sobran los testimonios y comentarios de los pasajeros que lograron quedar con vida. Basta ver la inspección ocular sobre el vehículo y sobre el terreno para deducir que el accidente se debió únicamente a exceso de velocidad. Los estragos son tan ostensibles que toda versión contraria es inadmisibile. (Ver fotos folios 116 y 118)".

CAUSAL DE CASACION

El recurrente invocó nada más que la primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal que dice:

"Hay lugar a casación: 1º Cuando la sentencia sea violatoria de la ley penal por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma".

En relación con esta causal el recurrente hizo al fallo de segunda instancia dos cargos:

a) El relativo al quantum de la pena principal de doce meses de prisión y b) El de que el Tribunal al revocar la condena condicional concedida al reo por el Juez de primer grado, "incurrió en la misma causal primera por errónea e indebida aplicación de la ley penal".

EXAMEN DEL PRIMER CARGO

Según el demandante, el Juzgado y el Tribunal interpretaron erróneamente la ley penal con aplicación indebida; porque siendo la escala del artículo primero de la Ley 164 de 1938, de seis meses a cuatro años de prisión en el caso de homicidio culposo, el procesado merecía el minimum en atención "a las circunstancias previstas por el artículo 36 del Código Penal, en armonía con el 39 *ibidem*".

"Cuando se trata de hechos culposos —prosigue el recurrente—, en los cuales no existe la intención criminosa, no puede hablarse de gravedad del delito por las circunstancias objetivas en que el hecho no querido tuvo su ocurrencia, pues esas circunstancias objetivas, lo mismo que sus resultados, son ajenos a la voluntad" del reo.

En seguida el demandante aduce un fallo de la Corte (19 de junio de 1946), según el cual "al aplicar el artículo 36 del Código Penal cabe tener en cuenta que la gravedad y modalidades del hecho delictuoso no consiste en asignarle al acto ilícito una gravedad de por sí, independientemente de sus modalidades y circunstancias relievantes,

porque ya se sabe que la infracción de la ley penal es en sí misma un hecho peligroso".

Para desvanecer por completo el cargo basta recordar que: 1—El artículo 39 de la Ley 95 de 1936 no tiene que ver nada con el caso en estudio, porque al reo no se le aplicó ni el máximo (4 años) ni el mínimo de la pena (6 meses). 2— Como lo dijo la Corte en la misma sentencia citada por el recurrente el prescindir para los efectos del expresado artículo 36 "de la gravedad intrínseca que comporta todo delito", no significa que deban descartarse "las particularidades subjetivas y objetivas de su consumación". 3—El conductor profesional de vehículos automotores sabe y tiene que saber que debe estar sobrio para ejercer su oficio y que si se embriega al ir a ejercerlo, incurre en culpa y no en culpa leve sino gravísima. Esta circunstancia, a la vez subjetiva y objetiva, que medió en la consumación del homicidio culposo que se está examinando, fue una circunstancia agravante que como las otras que rodearon el hecho, hicieron indispensable y justo el aumento de seis meses sobre el mínimo de la pena impuesta al procesado.

La defensa alega también que éste bebió porque los pasajeros a quienes conducía le dijeron que bebiese. Ha debido negarse. No lo hizo, y por eso se produjo el accidente fatal.

El representante del reo dice "que el exceso de velocidad de que habla el Juzgado no puede considerarse como una causal independiente de la embriaguez en relación con el accidente, pues aquél no es más que una consecuencia de ésta . . . viniendo así los dos elementos (embriaguez y velocidad) a constituir una sola causa".

Esto quizá pase, pero lejos de prestarle validez al cargo contra la sentencia, arguye más bien en favor de la graduación de la pena en los doce meses de prisión señalados por el Juez y por el Tribunal.

Una misma circunstancia de mayor peligrosidad (numeral 14 del artículo 37 del Código Penal), puede ser más o menos grave y dar lugar en consecuencia, a un aumento mayor o menor de la pena. En el presente caso, esa circunstancia de mayor peligrosidad ocurrió no con caracteres leves o medianos sino francamente graves.

Por último, el recurrente asevera (folio 10, cuaderno 2) que para el Jurado "la existencia del delito culposo que dio lugar a la sanción impuesta, tuvo origen en esos dos elementos (embriaguez y velocidad), de manera que resulta absurdo considerarlos como inseparables del de-

lito, y al mismo tiempo, apreciarlos como circunstancias agravantes de él”.

Esta aseveración no tiene asidero alguno en la realidad procesal. En efecto: al Tribunal Popular se le preguntó:

“El acusado Luis Hernán Salcedo Escarria, de las condiciones civiles y personales anotadas en el respectivo auto de proceder, ¿es responsable, conforme a éste, de haber ocasionado la muerte al señor Carlos Francisco Martínez Eslava, sin el propósito de matar, mediante heridas causadas en el accidente de tránsito ocurrido a las siete de la mañana del 20 de noviembre de 1954 en un puente que existe poco antes del que está situado, sobre el río Cauca, en este distrito judicial?”.

Y el Tribunal Popular contestó, en forma unánime, con un SI escueto.

Resulta, pues, notorio que el veredicto, contra lo que sostiene el recurrente, no se refirió en concreto, ni a la embriaguez excesiva ni a la velocidad extremada.

El primer cargo no prospera.

EXAMEN DEL SEGUNDO CARGO

La Sala estima que el beneficio de la condena condicional (artículo 80 del Código Penal) lo otorga o no lo otorga el fallador atendiendo a lo que le dicte su convicción íntima. Se trata, en

este caso, de una facultad que el fallador de instancia sólo puede ejercer si concurren en el procesado los factores a), b) y c) del artículo 80 ibídem.

Si pues el Tribunal, como lo prevé el referido ordinal c) llegó a la convicción de que el procesado no era acreedor al beneficio de la condena condicional, esa convicción íntima no podría ser válidamente modificada dentro de un recurso extraordinario como el que ahora se está resolviendo.

Tampoco resulta viable el segundo cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo en parte con la Procuraduría y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera

Domínguez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón

Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Gustavo

Rendón Gaviria—Píoquinto León L., Secretario.

PRESCRIPCIÓN DE LOS DELITOS DE CONCUSIÓN, PECULADO Y FALSEDAD, CON EL CARÁCTER DE CONTINUADOS LOS DOS PRIMEROS

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá,
diez y seis de abril de mil novecientos cincuenta
y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía
Jiménez).

VISTOS:

Al doctor Juan N. Mojica Angarita se le llamó a juicio criminal, por el delito de CONCUSIÓN, en providencia del 7 de marzo de 1958, en la cual se dispuso, asimismo, sobreseer temporalmente, en su favor, por el cargo de PECULADO y por el de FALSEDAD.

Se dio al proceso el impulso ritual del caso; y hallándose en trámite el recurso de reposición interpuesto contra dicha providencia, se solicitó por el señor defensor del procesado la aplicación del artículo 153 del C. de P. P., por estimar aquél que la acción penal se halla prescrita.

El señor Procurador no se opone a tal solicitud sino sólo en lo relacionado con el delito de FALSEDAD; y, al efecto, expone lo siguiente:

".....Se tiene que el doctor Juan N. Mojica Angarita fue llamado a responder en juicio por el delito de CONCUSIÓN. Fue esta una infracción cometida de manera continuada, cuyo último acto se cumplió el 31 de marzo de 1953. Es decir, hace seis años y diez días. Y como la pena máxima imponible por tal ilícito es la de seis años de prisión, de acuerdo con el mandato del artículo 105 del Código Penal, inciso segundo, la acción derivada de este ilícito ha prescrito".

"También está prescrita la acción penal a seguir por los delitos de peculado imputados al doctor Mojica Angarita y respecto de los cuales se profirió sobreseimiento temporal. En efecto, las entregas de dineros depositados a órdenes del Juzgado del Circuito de Arauca que aparecen irregularmente decretadas en principio, tuvieron lugar durante el año de 1952, la última en el mes de

septiembre. Como la pena máxima imponible, dada la cuantía, sería la de seis años de prisión (artículo 3º del Decreto-Ley 1.858 de 1951), para esa fecha ya ha transcurrido el lapso que extingue la acción penal originada en tales hechos.

"En cambio, la acción penal por delitos de falsedad, respecto de los cuales se sobreseyó temporalmente también, no ha prescrito. La pena máxima imponible sería la de diez años de presidio (artículo 231 del Código Penal) y por lo mismo aún tiene el Estado derecho de proseguir la correspondiente acción penal".

Para resolver, SE CONSIDERA:

1.—EL CARGO DE CONCUSIÓN

El deducido contra el procesado, en el auto de proceder, lo reprime el artículo 156 del Código Penal con una pena máxima de seis años de prisión. Pero, según se dijo, expresamente, en la referida providencia (y lo advierte la Procuraduría) la infracción fue continuada, lo cual obligaría al aumento previsto en el artículo 32 de dicha obra. Sería entonces el máximo imponible el de nueve años, que no han transcurrido, contándose a partir del último acto de consumación (artículos 105 y 106 del Código Penal), lo cual significa que la acción penal no ha prescrito aún.

2.—EL CARGO DE PECULADO

También la acción criminal imputada se desenvolvió de manera continua o continuada. Sería aplicable el artículo 3º del Decreto Extraordinario 1.858 de 1951, con un máximo de seis años de prisión, más el aumento de tres, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 32 del Código Penal. La prescripción se cumpliría, pues, en nueve años (artículo 195 del Código Penal), que aún no han transcurrido.

3.—FALSEDAD

La prescripción obra en diez años, que no han transcurrido, pues sería aplicable el artículo 231

del Código Penal, en relación con el artículo 105 de la misma obra.

* * *

En cuanto a la demora a que alude la Procuraduría, relacionada con la notificación del auto de proceder, debe proveerse a la investigación correspondiente, como lo solicita en su Vista.

DECISION:

La Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, RESUELVE:

1º.—No hay lugar a declarar la cesación del procedimiento, por causa de prescripción.

2º.—Por la Secretaría se tomarán copias de lo conducente, para la averiguación de los hechos a que alude la Procuraduría. Término, treinta días.

3º.—Ejecutoriada esta providencia, vuelva el negocio al despacho, para tramitar el incidente o recurso de reposición interpuesto contra el auto de proceder.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera
Dominguez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón
Montero Torres.—Pedro Pacheco Osorio—Gustavo
Rendón Gaviria—Píoquinto León L., Secretario.

BASTA LA DECLARACION DE UN SOLO TESTIGO, SIEMPRE QUE LLENE LOS REQUISITOS SEÑALADOS EN EL ARTICULO 429 DEL C. DE P. P., PARA QUE, CUMPLIDOS LOS DEMAS SUPUESTOS LEGALES, PUEDA Y DEBA DICTARSE AUTO DE PROCEDER. — PRESCRIPCION DEL DELITO DE CONCUSION CON EL CARACTER DE CONTINUADO. — NO SE REPONE EL AUTO DE VOCACION A JUICIO PROFERIDO EN ESTE PROCESO

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, seis de mayo de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez).

VISTOS:

Sendos recursos de reposición interpusieron procesado y defensor contra el auto de vocación a juicio criminal, dictado por esta Corte contra el doctor Juan N. Mojica Angarita. No habrá que referirse al primero, que, en forma alguna, fue fundado por el recurrente en cambio, será preciso, para la decisión del interpuesto por el defensor, analizar sus razones o reparos.

Son estos:

a) Que una sola prueba no sirve para enjuiciar, y tal carácter tiene el testimonio de Manuel Antonio Reina en los autos.

b) Que los hechos a que se refiere este declarante, ocurrieron con "mucha anterioridad" al mes de marzo de 1953; por lo tanto, "si se estima como prueba plena del cargo...., ella haría referencia a un tiempo muy anterior a la citada segunda quincena del mes de marzo de 1953".

Para resolver, **SE CONSIDERA:**

a) El artículo 429 del Código de Procedimiento Penal dice textualmente:

"Cuando en el proceso aparezca plenamente comprobado el cuerpo del delito y resultare, por lo menos, UNA DECLARACION 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, el Juez dictará auto de proceder". (Mayúsculas de la Sala).

Es claro el texto, como se observa, en declarar que basta la declaración de un solo testigo, siempre que llene los requisitos señalados en el mismo cánón, para que, cumplidos los demás supuestos legales, pueda y deba dictarse auto de proceder. Luego la tesis sentada por el recurrente carece de fundamento legal.

Tampoco resulta exacto que el auto de cargos se hubiera edificado, exclusivamente, sobre el referido testimonio de Manuel Antonio Reina. En efecto, basta reparar en los siguientes apartes de tal providencia:

"El Tribunal desecha las declaraciones de Carlos Jaime Barrera, Manuel Antonio Reina y otras, en las que se apoya la imputación referente al cargo número 1º (concusión). Dice que sus testimonios tienen una fuerza probatoria mínima por ser denunciantes; porque Barrera había ofrecido tomar represalias del Juez con motivo de su destitución; porque Reina, quien asegura que vio cuando Barrera le entregaba al Juez Mojica una cantidad correspondiente a la que mensualmente se había comprometido a darle, está interesado en sostener su dicho, etc. Más esta es una equivocada dialéctica, porque tanto Barrera como Reina y los demás empleados habían hecho pública manifestación de la onerosa carga a que los había sometido el Juez. Sobre este particular han declarado Alicia Blanco de Pinzón, María Cristina Silva y María Eugenia Puerto. Esta última, al ser preguntada sobre si Nepomuceno Santos Vargas le había dicho alguna vez que el doctor Mojica "lo tenía muy perjudicado porque le descontaba cincuenta pesos mensuales de su sueldo", contestó: "Sí, señor, eso me lo dijo hace unos tres meses cuando pasaba en bicicleta para el río, pasaron los señores Carlos Jaime Barrera y Nepomuceno Santos Vargas, y habiéndose quedado en casa Carlos Barrera me dijo que ese día había sido día de pagos y que el señor Juez le había descontado veinte pesos, motivo por el cual yo

le pregunté a Santos Vargas si eso era cierto y él me dijo que sí. Que al secretario Pinzón Vargas le descontaba cien pesos mensuales; que a Barrera le descontaba veinte pesos mensuales, y que a él, siendo portero, le descontaba cincuenta pesos mensuales”.

“Lo primero que se advierte es que la testigo refiere algo que oyó tres meses antes del 5 de junio de 1953 (fecha de la declaración),—es decir, en marzo, cuando aún no se había producido el rompimiento entre el mencionado Barrera y el doctor Mojica. Luego si se dudaba de la aseveración de Barrera por suponerse en él ánimo de represalia, lo afirmado por María Eugenia Puerto elimina o debilita esa posibilidad”.

“Otra observación que se le hace al testimonio de Carlos Jaime Barrera es el de haber guardado silencio durante tanto tiempo, lo que se estima como circunstancia que desacredita su testimonio. Pero hay aquí otro error de apreciación, porque es natural que esa clase de pactos se mantengan en reserva. Además, el mismo Pinzón Vargas, secretario del Juzgado, y, por lo tanto, explícitamente interesado en conservar su puesto, refiere que “en el curso de seis meses, el doctor Mojica le solicitó mensualmente cierta cantidad y que quizás por esa circunstancia, unida a la de que no le había reintegrado esos dineros, pudo pensar en un momento dado que no se trataba de un préstamo, sino de un acto censurable; pero esa duda se disipó porque a partir de febrero de 1953 el doctor Mojica inició el reintegro de esas sumas...” Y Nepomuceno Santos Rojas dijo que él también le había prestado dinero al Juez cuando recibía su sueldo”.

“De consiguiente, el cargo no se halla desprovisto de la prueba que la ley exige para hacer una

declaración de responsabilidad. Hay respecto a él una afirmación categórica: la de Manuel Antonio Reina.... Por otra parte, existen otros indicios, **los cuales surgen de las declaraciones de que antes se habló**”. (Las subrayas no figuran en el original).

b). En cuanto al hecho presunto de la prescripción, es claro que, rechazada por inexacta la afirmación de que los únicos cargos deducidos contra el procesado, son los que surgen del testimonio del declarante Reina, quien alude a algún hecho concreto cometido en febrero de 1951, lo que se concluye por el recurrente resulta falto de apoyo. Se advirtió, en forma expresa, en el auto de enjuiciamiento, que el delito de concusión tenía el carácter de continuado; y como se observó en la providencia que denegó la aplicación del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, el último acto consumativo ocurrió en marzo de 1953. Sobre las bases de tal proveído, aparece obvio que la prescripción no se ha cumplido, respecto al mencionado cargo de concusión.

La Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO REPONE la providencia a que se alude en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera
 Domínguez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón
 Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Gustavo
 Rendón Gaviria—Pioquinto León L., Secretario.

CAUSAL 1ª.—CUANDO SE ALEGA A TRAVES DE UN EXAMEN DE LOS ELEMENTOS DE JUICIO QUE PERMITIERON LA CONDENA DEL PROCESADO, SOLO PUEDE INVOCARSE COMO SUBSIDIARIA DE LA 2ª — EN LOS JUICIOS EN QUE INTERVIENE EL JURADO Y EN LOS QUE SE DESARROLLAN CON LA INTERVENCIÓN DE CONSEJOS VERBALES DE GUERRA, NO ES PERTINENTE ALEGAR LA CAUSAL 2ª

1.—En verdad la causal 1ª de casación se contrae a un tema de estricto derecho. Por lo tanto, en su examen no pueden involucrarse cuestiones de hecho y mucho menos de prueba con respecto a esos mismos hechos.

Cuando se pretende hacer prosperar la causal en comentario a través de algo así como un examen de los elementos de juicio que permitieron la condena del procesado, sólo puede invocarse como subsidiaria de la segunda, precisamente porque esta última es la que permite debatir los hechos y las pruebas con el fin de demostrar que se ha violado la ley en cualquier forma y concluir en el ámbito de la causal 1ª que es la que concretamente se contrae a semejante violación bien por errónea interpretación de la mencionada ley, que debe ser sustantiva, o por indebida aplicación de la misma.

2.—La distinción entre juicio con intervención de jurado y juicios de consejo verbal de guerra a los fines de que en cuanto a los primeros persista la doctrina de la Corte en el sentido de que en ellos no procede la causal 2ª de casación pero que en los otros se determine un diverso tratamiento que permita el juego de esa causal en forma tan amplia como si en ellos no hubiera intervenido tribunal de conciencia, no es posible formularla sin incurrir en arbitrariedad, precisamente porque la índole de estos juicios, por el aspecto de fallo en conciencia, los hace equiparables, y entonces la consideración de ambos debe ser análoga. Por lo tanto, la doctrina de la Corte según la cual la causal 2ª de casación no procede en los juicios que se deciden con la intervención de tribunales de conciencia, es indispensable sostenerla tanto para el juicio con intervención de jurado como para el que se desarrolla con la intervención de consejos

verbales de guerra. En estos juicios la prueba de la responsabilidad es el veredicto del jurado o del consejo verbal, prueba que no es susceptible de impugnación con invocación de la causal 2ª, precisamente porque ella es general y emerge en el proceso a través de una elaboración de conciencia, al margen por completo de cualquier tarifa legal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, abril diez y seis de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Df. Simón Montero Torres)

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación que se interpuso y fue admitido contra la sentencia del 13 de mayo del año próximo pasado por medio de la cual el Tribunal Superior Militar condenó a Francisco Pérez Duarte, como responsable del delito de homicidio en Bernabé Alfonso Macías y lesiones personales en Elvia A. Bohórquez, a la pena de diez años de presidio, al pago de los perjuicios generados en esos ilícitos y a las penas accesorias correspondientes.

ANTECEDENTES:

En torno a las seis de la tarde del 1º de abril de 1956 se encontraban varias personas, entre ellas José Argemiro y Antonio Vaca, dentro de una tienda de billar, ubicada en el centro de la población de Somondoco, cuando en esas se presentó allí mismo el dragoneante de la Policía Nacional de nombre Francisco Pérez Duarte, quien fue invitado por el aludido don Antonio para que tomase en su compañía una cerveza. Esa invitación suscitó la protesta de José Argemiro y así vino a trabarse una agria discusión de los

hermanos Vaca con el dragoneante, discusión en la que intervinieron algunas otras de las personas reunidas. En estas circunstancias Pérez Duarte salió de la tienda seguido de los Vaca y otros individuos, y, al dar a la puerta alguien lo alcanzó a herir levemente en tanto que otra persona hizo un disparo al aire. En vista de todo esto el miembro de la Policía emprendió carrera hacia el cuartel, tomó su fusil, salió a la calle, se colocó frente al mismo cuartel y como viera en sitio aledaño al maestro de escuela señor Bernabé Alonso Macías, de un tiro le dio muerte para avanzar luégo y al pasar frente de la tienda de Pedro Antonio Bohórquez disparar hacia el interior de ese establecimiento en forma que hirió a la niña Elyvia A. Bohórquez de manera tan grave que prácticamente le cercenó un brazo.

El dragoneante Pérez Duarte, dada su condición de miembro de la Policía Nacional y conforme a las disposiciones legales que por entonces regían, fue juzgado en Consejo Verbal de Guerra. El veredicto fue condenatorio en cuanto a ambos ilícitos y con fundamento en él la presidencia del Consejo expidió la sentencia del caso condenándolo a la pena de nueve años de presidio, multa de doscientos pesos (\$ 200.00) a favor del Tesoro Público y penas accesorias correspondientes. Ese fallo de primera instancia fue revisado por el Tribunal Superior Militar, el cual en sentencia del 13 de mayo del año pasado, lo reformó para elevar la pena principal a diez años de presidio, y en todo lo demás lo confirmó.

DEMANDA DE CASACION:

El recurrente, dentro de la respectiva demanda, invoca las causales 1ª, 2ª y 5ª del artículo 567 del C. de P. P. La 1ª la sustenta del modo siguiente:

“Considera la defensa que se ha violado la ley penal material en el caso de la sentencia recurrida por haberse interpretado mal la determinación del delito cometido por el dragoneante de la Policía Nacional, División Boyacá, FRANCISCO PEREZ DUARTE. No existiendo como en realidad no existe en el expediente la prueba plena y completa para clasificarlo (no aparece la reconstrucción del hecho efectuado en legal forma, ni tampoco el dictamen pericial de balística, para apreciar la distancia a que fue disparada el arma, la inclinación y penetración del proyectil, si fue un solo disparo o fueron varios los que causaron la muerte y las lesiones y quien los pudo disparar, la clase de proyectil que causó la muerte y lesiones, etc.), al proceso solamente se han lle-

vado las declaraciones muy cortas por cierto de los declarantes enemigos del procesado que como era natural se encuentran en abierta contradicción con la declaración indagatoria del sindicado, todo lo cual está demostrando o tipificandó en primer lugar una defensa legítima de la vida, el honor y la autoridad como representante de la Policía Nacional; en el mismo caso que contemplamos se podría tipificar el delito culposo pero nunca en el proceso existe base para catalogar el hecho como homicidio de propósito. Esto en lo que se refiere al homicidio y a las lesiones habidas. Luégo se apreció mal la denominación del delito, porque no se tuvo en cuenta en la instructiva como se puede observar por la forma y manera de preguntar y repreguntar al sindicado, que en este caso se empleó un método especial y para preguntar y repreguntar a los testigos contrarios, se empleó un procedimiento diferente, todo lo cual indica que lo que se quería perseguir no era velar por los fueros sagrados de la justicia sino obtener a toda costa una sanción tremenda contra el procesado, de ello es prueba elocuente: a) La injurada del sindicado; b) La declaración del agente LOPEZ que corre en el Acta del Consejo de Guerra (Folio 130) y c) Las declaraciones de los civiles que auspiciaron la azonada.

“Se aplicó en consecuencia erradamente la norma contenida en el artículo 362 del Código Penal debido a que se interpretó mal la clase de delito que se cometió”.

A estos mismos argumentos el distinguido recurrente les da un desenvolvimiento un poco distinto en los párrafos posteriores de su demanda precisamente para insistir en que Pérez Duarte se limitó a ejercer una legítima defensa, punto sobre el cual formula el siguiente postrer comentario que a su vez importa reproducir:

“Pero es en esta situación del procesado ante el expediente donde la ley está de parte del mismo porque la duda se absuelve en su favor cuando no haya manera de eliminarla y por otra parte hay motivos muy fundados de creerle más a la autoridad, que en estos casos está representada siempre por abnegados y humildes servidores que en la mayoría de las veces pagan siempre con su vida, cuando no están listos a su defensa y prevenidos en las artimañas y engaños de sus enemigos que siempre son poderosos y de ingenio.

“Por haberse apreciado erróneamente el delito, en consecuencia se aplicó indebidamente la ley al fijar la pena que debe corresponder a la infracción, de conformidad con el mandato del artículo

36 del Código Penal. Luego la sentencia recurrida ha violado los artículos 362 y 36 del C. P.”.

La argumentación con respecto a la causal segunda comienza con la declaración de que es acertado el parecer de la Corte, expresado en su reiterada doctrina según la cual esta causal no procede en los juicios que se deciden con la intervención de Tribunales de conciencia. Pero agrega que en esa tesis no se pueden incluir los Consejos Verbales de Guerra porque aunque ellos también obran como tribunales de conciencia, estando integrados por militares, son deficientes en su capacidad para juzgar debidamente, a virtud de que su formación los determina a reparar sólo en el hecho físico, prescindiendo por completo de los móviles, de las causas y de las circunstancias en que ese mismo hecho fue realizado por su autor. Luego de este planteamiento el demandante vuelve sobre los temas que trató en la defensa de la causal primera, recalçando en su crítica sobre la prueba de imputabilidad y de responsabilidad que concurre contra el acusado Pérez Duarte, prueba que al decir suyo es deficiente para condenar y que, de otra parte, se tomó con criterio unilateral puesto que se dejaron de considerar elementos de juicio que acreditan cómo el dragoneante Pérez no incurrió en delito alguno al realizar los hechos que se le atribuyen o de haber incurrido estaría frente a ilícitos culpables o cuando menos verificados en estado de ira e intenso dolor, vale decir, dentro de los presupuestos del artículo 23 del Código Penal. Estos argumentos los resume el propio recurrente conforme a la siguiente conclusión:

“Por todas estas razones se tipifica la tesis de la legítima defensa o la tesis del delito culposos que no fue apreciada y calificada por el Juez y consecuentemente se ha impuesto una pena en la sentencia, por un delito que se apreció erradamente, siendo por esta causa que se ha aplicado la ley indebidamente; se violaron los artículos 42 y siguientes del Código Penal. Artículo 28; artículo 38, ordinal 3º del Código Penal, esto mismo se refiere a las lesiones causadas; g) No se cumplieron los requisitos que para condenar exige el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal; h) No tuvo defensor el sindicado en la etapa instructiva, la cual avocó según la expresión y concepto del procesado un enemigo personal del mismo; i) No se practicaron las pruebas ordenadas por la ley y de especialísima importancia en este caso para poder demostrar la responsabilidad del procesado como son: 1) La diligencia de re-

construcción de los hechos; 2) El peritazgo en balística, etc.”.

Por último, en la demanda se sustenta la causal 5ª por medio del suscinto razonamiento que a continuación se procede a copiar:

“Consecuentemente por los motivos sustentados en la causal segunda para casar la sentencia hay mérito en acceder a considerar la causal quinta y pueden servir los mismos argumentos de sustentación expresados, ya que la prueba es incompleta, adolece de errores y no puede expresar claramente por dicho motivo en lógica jurídica, cuáles son los hechos que se consideran probados. Se violó el artículo 203 del C. de P. P.”.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO:

El delegado del señor Procurador de las Fuerzas Armadas estudia cada una de las causales de casación invocadas en la demanda y así, con respecto a la primera, dice que ha debido aducirse, dentro del rigor técnico del recurso, como subsidiaria de la segunda, la cual, según su criterio, no puede prosperar precisamente por tratarse de un juicio decidido con la intervención de Tribunal de Conciencia, ya que no otra cosa es lo que opera en los Consejos Verbales de Guerra. En cuanto a la quinta sostiene también que no puede prosperar por fuerza de que en la sentencia recurrida aparecen determinados los hechos que se consideraron establecidos, lo que quiere decir que el cargo no se conforma con la realidad. Pide, pues, el señor Procurador Delegado, que no se case la sentencia objetada por ninguna de las causales que se invocan.

SE CONSIDERA:

En verdad, la causal primera de casación se contrae a un tema de estricto derecho. Por lo tanto, en su examen no pueden involucrarse cuestiones de hecho y mucho menos de prueba con respecto a esos mismos hechos. En el caso de que se trata el recurrente pretende hacer prosperar la causal en comentario a través de algo así como un examen de todos los elementos de juicio que permitieron la condena del dragoneante Pérez Duarte, destacando cómo sólo se tuvieron en cuenta aquellos que perjudicaban al acusado para dejar de lado, en cambio, los que lo favorecen y que demuestran, en sentir del demandante, que obró en legítima defensa al consumir los hechos que se le atribuyen o, en su defecto, en circunstancias que apenas podían dar lugar a que se

le atribuyeran semejantes actos en el grado de culpa y no de dolo como se hizo en la sentencia materia del recurso. De manera que la argumentación en favor de la causal primera carece de toda técnica, punto sobre el cual no cabe la menor duda y que se hace aún más evidente al observar que en su esencia esa causal ni siquiera fue tocada dentro de la esfera que le es propia y que como se advierte es de estricto derecho, según lo enseña la forma misma como la enuncia el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. Por otra parte y como lo destaca el Ministerio Público, esa causal sólo podía invocarse como subsidiaria de la segunda, precisamente porque esta última es la que permite debatir los hechos y las pruebas con el fin de demostrar que se ha violado la ley en cualquier forma y concluir en el ámbito de la causal primera que es la que concretamente se contrae a semejante violación bien por errónea interpretación de la mencionada ley, que debe ser sustantiva, o por indebida aplicación de la misma. Finalmente, importa destacar que al Consejo Verbal que juzgó a Pérez Duarte se le propusieron dos cuestionarios, referido el uno a homicidio voluntario consumado en Bernabé Alfonso Macías, y el otro a lesiones personales, también de carácter intencional, en la niña Elvia A. Bohórquez. El Consejo Verbal absolvió estos cuestionarios con un simple Sí, y entonces la presidencia del mismo, con fundamento en ese veredicto condenatorio, en lo tocante con el homicidio, tuvo que aplicar las disposiciones legales concernientes a esa figura delictuosa específica, y en cuanto a las lesiones personales, también afirmadas como intencionales, aplicar a su turno las normas que le son propias. De otra parte, el Tribunal Superior Militar, al revisar la sentencia de primera instancia, necesariamente tuvo que atenerse a las normas del homicidio voluntario y de lesiones del mismo carácter. De ahí que resulte fuera de lugar pretender que en el fallo del recurso se hubiera violado la ley penal sustantiva por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

Como quedó expresado, en la demanda se pretende hacer una distinción entre juicio con intervención de jurado y juicios de consejo verbal de guerra a los fines de que en cuanto a los primeros persista la doctrina de la Corte en el sentido de que en ellos no procede la causal segunda de casación pero que en los otros se determine un diverso tratamiento que permita el juego de esa causal en forma tan amplia como si en ellos no hubiera intervenido tribunal de conciencia. Claro está que esta distinción no es posible formularla

sin incurrir en arbitrariedad, precisamente porque la índole de estos juicios, por el aspecto de fallo en conciencia, los hace equiparables, y entonces la consideración de ambos debe ser análoga. Por lo tanto la doctrina recordada por el recurrente es indispensable sostenerla tanto para el juicio con intervención de Jurado como para el que se desarrolla con la intervención de consejos verbales de guerra. En estos juicios la prueba de la responsabilidad es el veredicto del Jurado o del consejo verbal, prueba que no es susceptible de impugnación con invocación de la causal segunda, precisamente porque ella se genera y emerge en el proceso a través de una elaboración de conciencia, al margen por completo de cualquier tarifa legal.

La causal quinta no fue aducida con especial argumentación sino que, a ese respecto, el recurrente se remitió a los planteamientos que hizo para sostener las causales 1ª y 2ª ya estudiadas. De modo que no hay forma de recoger razones directamente vinculadas a la defensa de esa causal y apenas debe advertirse que en la sentencia recurrida, contrariamente a lo que supone el demandante, aparecen claramente determinados los hechos que se estimaron probados y que sirvieron de base para la condena en contra de Pérez Duarte.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema—Sala de Casación Penal—acorde con el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 13 de mayo del año próximo pasado dictada por el Tribunal Superior Militar en este juicio seguido contra Francisco Pérez Duarte por los delitos de homicidio y lesiones personales, el primero en Bernabé Alfonso Macías y el segundo en Elvia A. Bohórquez.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera
 Domínguez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón
 Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Gustavo
 Rendón Gaviria—Píoquinto León L., Secretario.

EN MATERIA PENAL, LAS RECUSACIONES SE RESUELVEN DE PLANO, Y NO CORRESPONDE AL FUNCIONARIO RECUSADO ORDENAR LA PRACTICA DE PRUEBAS QUE EL RECUSANTE, POR MANDATO LEGAL, DEBE "ACOMPANAR". — LOS SENTIMIENTOS SON LOS FENOMENOS MAS SUBJETIVOS DE LA PERSONALIDAD

Como los sentimientos, según enseñan los psicólogos, son los fenómenos más subjetivos de la personalidad o del psiquismo, en caso de enemistad ésta debe comprobarse plenamente para que prospere la recusación.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, veintisiete de abril de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez).

VISTOS:

El presente negocio (proceso contra José Adán Orozco, por homicidio) fue enviado por el Juez de conocimiento (Segundo Superior de Cali) al Tribunal Superior respectivo, a virtud del recurso de apelación interpuesto contra providencia interlocutoria del mismo Juez.

Hallándose en trámite la actuación, el apoderado de Orozco introdujo incidente de recusación contra el Magistrado doctor Antonio Moreno Mosquera, en escrito del 9 de marzo último, el cual fue resuelto al día siguiente, por medio de proveído en que el funcionario recusado manifiesta no ser exactos los hechos en que se funda la recusación y termina ordenando se remita el proceso a la Corte, para los fines previstos en el artículo 77 del C. de P. P.

Para resolver, SE CONSIDERA:

1º.—De acuerdo con prescripción del artículo 76 del C. de P. P., a la recusación deben acompañarse "las pruebas... en que se funde".

En el caso, el recusante no presentó ninguna; ni ellas obraban ni obran en el proceso. Luego, por este aspecto, la recusación no podía ni puede prosperar.

2º.—El doctor Moreno Mosquera manifiesta, en su auto del 10 de marzo último, que no profesa animadversión alguna contra el recusante, pues, aunque es cierto que se querelló por calumnia e injuria contra él, "ni entonces, ni después, ni ahora ha perturbado el equilibrio de su espíritu aquel supuesto sentimiento de enemistad personal".

En las mismas ideas abunda el auto del 18 del mismo mes, en que el funcionario recusado ratificó sus puntos de vista, al negarse a reformar o adicionar su anterior providencia, para agregar al proceso, como lo pedía el interesado, "copia debidamente autenticada de la querella sobre Injuria y Calumnia mencionada". Actitud perfectamente razonable, ya que, en materia penal, las recusaciones se resuelven de plano, y no corresponde al funcionario recusado ordenar la práctica de pruebas que el causante, por mandato legal, debe "acompañar" (artículo 76 del Código de Procedimiento Penal).

Se tiene, pues, que el interesado no demostró que fueran fundados los motivos de la recusación (enemistad grave), a que alude la causal quinta del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal. Y, aunque el funcionario recusado acepta ser cierto el hecho antecedente de haberse querellado contra el doctor Moreno Mosquera, ni éste admite que de ello haya surgido un sentimiento de grave animadversión, ni, evidentemente, tal premisa (la querella) conduce, necesariamente, en todo caso, a la conclusión que pretendió sacarse.

Siendo como son los sentimientos, según enseñan los psicólogos, los fenómenos más subjetivos de la personalidad o del psiquismo, la conclusión de la enemistad no podría derivarse del hecho escueto de la querella mencionada, sin saberse qué manifestaciones se hicieron en ella, en qué sentido o dirección se produjo, por qué clase de ocurrencia, qué forma de animosidad o, al contrario, de magnanimidad se reveló en sus términos, etc.

En síntesis, no se comprobó en forma alguna la causal de recusación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Peñal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA INFUNDADA la recusación a que se alude en la parte emotiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera

Domínguez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón

Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Gustavo

Rendón Gaviria—Píoquinto León L., Secretario.

EL ERROR ESENCIAL DE HECHO, ACREDITADO EN AUTOS, RESPECTO A LA EDAD EXACTA DE UNA MENOR CON LA QUE SE CONSUMO EL ACTO CARNAL, IMPIDE PREDICAR IMPUTABILIDAD Y CON MAYOR RAZON RESPONSABILIDAD POR EL DELITO DE CORRUPCION DE MENORES

De conformidad con el artículo 11 del Código Penal el fundamento de la imputabilidad es la actividad psicofísica. Por otra parte esa imputabilidad es el presupuesto indispensable de la responsabilidad, la cual se entiende como la obligación de soportar las consecuencias punitivas del hecho que se ha llevado a cabo en condiciones que lo hagan imputable. El artículo 23 del predicho Código se contrae a hipótesis en que no hay lugar a imputabilidad y por lo tanto a responsabilidad. Entre esas hipótesis se encuentra la del error esencial de hecho, situación que excluye la imputabilidad por falta de esa actividad psíquica que sumada a la actividad física viene a determinarla en su carácter de presupuesto para que pueda nacer la responsabilidad y por lo mismo el derecho a imponer sanciones.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, abril veintiuno de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación que fue interpuesto y admitido con respecto a la sentencia del 4 de julio del año próximo pasado por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales condenó a Luis Alberto Quintero Orozco, como responsable del delito de corrupción de menores en la joven Ana Ruiz Gallego, a la pena de trece meses de prisión, le impuso las penas accesorias correspondientes y la obligación de indemnizar los perjuicios generados en aquella infracción.

ANTECEDENTES:

En la tarde del 3 de noviembre de 1957 la menor Ana Ruiz Gallego, quien vivía con sus padres

en la calle 33 número 17-24 de Manizales, salió de allí a pretexto de visitar a una vecina y sin dilación se dirigió al establecimiento de diversión llamado "El Maizal", lugar en donde se encontró con Luis Alberto Quintero Orozco, sujeto que la había visto en el mismo sitio en la madrugada de un día cualquiera anterior en cerca de un mes, en estado de beodez y en momentos en que un agente de la Policía se la llevaba con destino al más inmediato retén de esa entidad. Todo esto determinó que Quintero Orozco avocara a la joven para hablarle y rápidamente proponerle que fueran a un hotel para la práctica del coito. Ella accedió y en consecuencia los dos fueron al hotel El Imán, contrataron una pieza, se ayuntaron, salieron luego, se separaron y posteriormente, a eso de las diez de la noche, se volvieron a encontrar en El Maizal, lugar en donde fueron sorprendidos por el padre de la menor Ana Ruiz, el cual fue a dar allí al salir a buscarla al darse cuenta, como a las seis de la tarde, de que no regresaba a la casa. En vista de que la muchacha lo informó de que acababa de ser deshonrada por Quintero Orozco, el señor Ruiz, progenitor de la joven, hizo capturar al predicho sujeto de un agente de la Policía, y al día siguiente formuló la denuncia que dio origen a la formación del proceso.

El sumario correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito de Manizales, donde fue calificado con fecha 15 de enero de 1958 llamando a juicio, por el delito de corrupción de menores en la joven Ana Ruiz Gallego, al acusado Luis Alberto Quintero Orozco. Ese mismo Juzgado, en sentencia del 22 de febrero del mismo año, absolvió al inculcado. El Tribunal Superior tuvo que revisar por consulta ese fallo y entonces lo revocó en sentencia del 4 de julio del año en cuestión para en su lugar condenar a Quintero Orozco, por el delito del enjuiciamiento, a la pena de trece meses de prisión, al pago de los perjuicios y a las penas accesorias correspondientes.

DEMANDA DE CASACION:

El recurrente, dentro de su respectiva demanda, invoca en primer término, la causal 2ª de casación, prevista en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. Luego aduce la 1ª que señala ese mismo texto legal.

Sostiene el recurrente que el procesado practicó el acceso carnal con Ana Ruiz Gallego porque la entendió mayor de 16 años, como que no otra cosa podía suponer ni tener por evidente al encontrarla en el café El Maizal, sitio de diversión a donde acuden mujeres livianas, precisamente después de haberla conocido allí mismo cuando se encontraba beoda y un agente de la Policía la sacaba para conducirla al más inmediato retén. En estos términos el demandante plantea que Quintero Orozco consumó el acto que en el carácter de corrupción de menores se le imputa por error esencial de hecho con respecto a la edad exacta de la menor, vale decir, dentro de las condiciones previstas en el ordinal 2º del artículo 23 del Código Penal, cuestión que a pesar de estar plenamente probada no fue tomada en cuenta y por esa razón el Tribunal optó por condenar a Quintero Orozco cuando ha debido confirmar la sentencia absolutoria de primera instancia, todo por fuerza de que el error esencial de hecho impide predicar imputabilidad y con mayor razón responsabilidad.

En lo que toca con la causal primera el recurrente afirma que en la sentencia de segunda instancia se violó la ley penal sustantiva por errónea interpretación y por indebida aplicación de la misma, "pues aumentó la pena prevista en el artículo 326 de acuerdo con el artículo 317, ambos del Código Penal, feniendo en cuenta el ordinal 1º de este último artículo Este numeral exige dos condiciones esenciales para el aumento de la pena: a) Que el delito se cometa en la persona de una mujer virgen (no se sabe si el legislador quiso referirse únicamente a la virginidad material) y b) Que la mujer sea de irreprochable honestidad. Y digo que el Tribunal violó la ley penal, porque afirma en su sentencia: "que la ofendida era virgen, más nó era de irreprochable honestidad". Luego falta una de las condiciones esenciales que exige el citado numeral, para el aumento de pena".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal hace un estudio minucioso de las dos cau-

sales invocadas por el recurrente, especialmente de la segunda, la cual confronta con la prueba que opera en los autos para luego concluir en que debe prosperar ya que en verdad aparece perfectamente acreditado el error esencial de hecho en que obró el acusado Quintero Orozco al someter al acto carnal a la menor Ana Ruiz Gallego. Pide, por lo tanto, que se case la sentencia con fundamento en esa causal y se dicte el fallo absolutorio que proceda.

El señor Procurador Delegado toma la causal primera y la aprovecha para discurrir sobre la interpretación que debe dársele al ordinal 1º del artículo 317 del Código Penal referente al aumento de la pena cuando el delito contra la libertad o el honor sexuales se comete en mujer virgen o de irreprochable honestidad.

SE CONSIDERA:

De conformidad con el artículo 11 del Código Penal el fundamento de la imputabilidad es la actividad psicofísica. Por otra parte esa imputabilidad es el presupuesto indispensable de la responsabilidad, la cual se entiende como la obligación de soportar las consecuencias punitivas del hecho que se ha llevado a cabo en condiciones que lo hagan imputable. El artículo 23 del pre-dicho Código se contrae a hipótesis en que no hay lugar a imputabilidad y por lo tanto a responsabilidad. Entre esas hipótesis se encuentra la del error esencial de hecho, situación que excluye la imputabilidad por falta de esa actividad psíquica que sumada a la actividad física viene a determinarla en su carácter de presupuesto para que pueda nacer la responsabilidad y por lo mismo el derecho a imponer sanciones.

En el caso de autos, ciertamente, aparece probado que Quintero Orozco sometió al acceso carnal a la menor Ana Ruiz Gallego por error esencial con respecto a la edad de la joven. Ella, de acuerdo con su partida de bautismo, para la fecha de sus relaciones con el acusado, tenía 15 años, 4 meses y 3 días de edad. Pero sus costumbres, sus maneras y los sitios a donde concurría la mostraban de una edad muy superior.

En efecto, el mismo progenitor de la joven Ruiz, vale decir, el señor Marco Antonio Ruiz, informa que su hija solía escaparse de la casa para divertirse en el establecimiento llamado El Maizal, lugar de holgorio para mujeres perdidas. La muchacha confirma las aserciones de su padre y así ambos respaldan el dicho de Quintero Orozco en el sentido de que conoció a la menor en el

ambiente disuelto del coreográfico llamado El Maizal.

El acusado anota que adquirió ese conocimiento sobre la joven Ruiz en momentos en que se hallaba beoda en aquel sitio y la Policía trataba de conducirla al más inmediato retén. La muchacha también aquí lo confirma y por lo demás los testigos Humberto Cardona Velásquez, Raúl Gómez Posada y Luis Eduardo Restrepo Martínez se encargan de refrendar las aseveraciones del procesado con respecto a la conducta de la menor, propia no de una mujer medianamente recatada sino de una buscona, condición en la que Quintero vino a tratarla cuando la encontró por segunda vez en el mismo Maizal la tarde del 3 de noviembre. Ese trato era el lógico, y cabe destacar que la joven lo aceptó sin reserva alguna, puesto que admitió la entrega inmediata como cualquier mujer en ejercicio de la prostitución, todo lo cual indicaba al procesado que se hallaba ante una mujer cuando menos de más de 16 años. En estos términos apenas es obvio concluir en que está plenamente demostrado el error esencial de hecho que determinó la conducta de Quintero Orozco con relación a la cópula carnal que practicó con la menor Ana Ruiz Gallego.

Ese error esencial de hecho que colocaba a Quintero Orozco al margen de cualquier responsabilidad penal derivada de las relaciones carnales que sostuvo con la menor Ana Ruiz Gallego, no fue tenido en cuenta en la sentencia materia del recurso en donde en vez de confirmarse el fallo absolutorio de primera instancia, se dispuso revocarlo para en su lugar condenar al procesado por el delito de corrupción de menores que se le imputó en la vocación a juicio. Por lo tanto debe concluirse en que prospera la causal 2ª de casación y así aquel fallo recurrido debe invalidarse para en su lugar absolver al mencionado Quintero por el delito de la incriminación en el

auto de proceder, de acuerdo con lo que señala el aparte a) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal.

Ahora, el hecho de que prospere la causal segunda que se deja estudiada hace inútil e innecesario examinar la otra que se invoca y que es la primera. De ahí que la Sala se abstenga de hacerlo y de otra parte estime que también es improcedente tratar de la interpretación que haya de dársele al ordinal 1º del artículo 317 del Código Penal, como lo propone el distinguido representante del Ministerio Público, toda vez que ese tema se incluye en la argumentación que el demandante aportó para objetar la sentencia recurrida con fundamento en la mencionada causal 1ª de casación, la cual como se deja advertido no importa revisar.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema—Sala de Casación Penal—acorde con el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia condenatoria de fecha 4 de julio del año pasado que profirió en este juicio el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales contra Luis Alberto Quintero Orozco por el delito de corrupción de menores en Ana Ruiz Gallego y como consecuencia ABSUELVE al predicho sujeto por el delito en cuestión.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera

Dominguez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón

Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Gustavo

Rendón Gaviria.—Pioquinto León L., Secretario.

SALA DE CASACION LABORAL

LA PENSION ESPECIAL DE JUBILACION NO TIENE POR OBJETO SANCIONAR AL PATRONO POR EL DESPIDO INJUSTO DEL TRABAJADOR CON MAS DE QUINCE AÑOS DE SERVICIO, SINO POR LA INTENCION DE IMPEDIR QUE OBTENGA EL DERECHO A LA PENSION GENERAL AL COMPLETAR VEINTE AÑOS DE TRABAJO. EL TRABAJADOR QUE REUNA LOS REQUISITOS QUE DAN DERECHO A LA PENSION GENERAL JUBILATORIA, NO PUEDE RECLAMAR LA PENSION ESPECIAL

Ha sido pensamiento ininterrumpido de la jurisdicción laboral, en la interpretación del artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo, el de que éste no reviste meramente del carácter de sanción al despido injustificado del trabajador, y mucho menos cuando la injusticia que en ello pueda cometerse se halla suficientemente sancionada en otras disposiciones del mismo Código. Más bien se ha considerado que el objetivo principal del artículo es el de impedir que el patrono lleve a cabo la intención de evitar que el trabajador adquiera el derecho a la pensión general establecida en el artículo 260. Para llegar a tal conclusión, el Tribunal y la Corte han indagado en las actas de la comisión redactora del Código Sustantivo del Trabajo y han verificado la presunción razonable de que el despido sin justa causa después de los quince años no tiene otra finalidad que la de impedir que el trabajador cumpla el tiempo de servicios requerido para el goce de la pensión general de jubilación, con el consiguiente menoscabo de la ley social. Cabe citar especialmente la sentencia de 18 de marzo de 1954, que contiene afirmaciones del siguiente tenor:

“El artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo no tiene el carácter de sanción para el simple despido del trabajador, sino que sanciona la intención de impedir que el trabajador con más de quince años de servicio goce de la pensión de jubilación establecida por el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo. Por tal razón no puede pensarse en que opere la sanción para el despido después de veinte años de servi-

cio. La sanción al despido injusto está establecida en el artículo 64 del mismo Código (.....). Cuando el artículo 267 habla de que se debe una pensión equivalente al 75 por ciento de la que le hubiera correspondido si llena todos los requisitos para gozar de la pensión general, parte de la base de que la jubilación general se ha hecho imposible por el despido injusto y de allí que establezca la sanción, la cual no cabe en el caso de que la jubilación general se haya hecho precisamente posible no obstante el despido, como es el caso del trabajador que ha laborado por más de veinte años”. Y termina la Corporación con el siguiente aserto que da a la disposición debatida un contenido excepcional: “.....los trabajadores que han laborado por más de veinte años no tienen derecho a la pensión especial, pues la finalidad de la disposición no se cumple y no se puede aplicar una sanción cuando la falta que reprime es imposible.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., cuatro de abril de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Vélez García).

Por intermedio de apoderado, Isaac Trujillo demandó ante el Juzgado Segundo del Trabajo del Circuito Judicial de Manizales al Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A., representado por el doctor Vicente de la Cuesta mayor y vecino de Bogotá. Pidió que por sentencia que causare ejecutoria fuese esta entidad condenada a pagarle, a partir del 30 de septiembre de 1955, una pen-

sión mensual vitalicia de jubilación por la suma de doscientos diez y siete pesos con diez y nueve centavos, moneda legal. Solicitó igualmente que para efectos de devolución de cesantías recibidas se le dedujese el 20 por ciento del valor de cada pensión mensual según lo establece el artículo 266 del Código Sustantivo del Trabajo. Tal porcentaje, únicamente hasta reintegrar los valores recibidos correspondientes a veinte años, y en consideración a que la cesantía por el resto del tiempo le pertenece, puesto que ha sido recibida, no dando lugar a devolución o reintegro.

El libelo demandante tuvo como base los siguientes hechos: que el actor prestó sus servicios como mecánico al Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A. desde el 30 de enero de 1935 hasta el 30 de septiembre de 1955; que devengó en el último año de dichos servicios, por lo tocante a salarios un promedio mensual de trescientos ochenta y seis pesos con doce centavos; que en oficio de la última fecha mencionada, emanado de la Gerencia de la Empresa, se comunicó a Trujillo la cancelación del contrato de trabajo y prescindencia definitiva de sus servicios; que es justa causa para el despido, el hecho de que el patrono haya sufrido engaño por parte del trabajador mediante presentación de certificados falsos para su admisión; que dicha causal no se presentó en el caso del demandante; que consta claramente que Trujillo trabajó durante más de veinte años como mecánico, y que el presidente de Cervecerías Bavaria S. A. le dirigió una nota en la cual le manifiesta su satisfacción por su prolongada trayectoria en la empresa y lo señala como a uno de sus mejores colaboradores; que en la copia expedida por la empresa no se mencionó la falta ya citada; que en la manifestación de despido no se anotaron motivos distintos de los expuestos, y, por tanto, "posteriormente no pueden alegarse causales o motivos distintos"; que tiene más de veinte años de servicios a la empresa, suficientes para que, al cumplir los 55 reclame su jubilación completa; que no habiéndose comprobado las causales de despido comunicadas, teniendo más de quince años de servicios y más de cincuenta de edad, posee el derecho a reclamar pensión especial de jubilación; que se le fue pagando la cesantía parcialmente hasta cuando se le despidió del servicio; que el mismo día de la notificación del despido fue a la empresa, acompañado de testigos, a solicitar copia de las acusaciones en su contra; que el señor Gerente de la empresa se negó a dar dicha copia retardando así derechos correspondientes al demandan-

te; que el lugar de la prestación del servicio fue Manizales.

Admitida la demanda, el demandado la contestó aceptando la prestación del servicio por el tiempo afirmado y con el promedio de remuneración indicado por el demandante; expresó que el despido se operó con justa causa debidamente comprobada en el desarrollo del proceso; que ciertamente la empresa que apodera se equivocó en la cita de disposiciones pertinentes; que fundada como debe estarlo la justicia del trabajo en hechos materiales y no formales, la equivocación no tiene ninguna trascendencia jurídica; que el hecho afirmado de cumplir el señor Trujillo veinte años al servicio de la empresa, debía ser probado; que debían probarse de igual manera las afirmaciones hechas del pago de cesantía parcialmente hasta la suspensión del servicio y la negativa del Gerente de la Empresa a facilitar copia de acusaciones en su contra; que el servicio sí se prestó en Manizales. Así mismo propuso la excepción de inexistencia de derecho del actor a la pensión especial de jubilación solicitada por éste en la demanda. Fundamentó su alegato en este punto en repetidas jurisprudencias del extinto Tribunal Supremo, en el sentido de que no puede reclamarse la pensión especial cuando se tiene derecho a la pensión general de jubilación; negó de igual manera el derecho del actor a la mencionada pensión general respaldándose en nuevas apreciaciones de dicho Tribunal, por haber cumplido aquél los 55 años de edad. Por último propuso excepciones de ilegitimidad de personería adjetiva o representación, contenidas en la demanda; de pago completo de cesantía y de petición de pensión de jubilación antes de tiempo.

El Juez del conocimiento dictó sentencia declarando probada en el juicio la excepción de inexistencia de derecho por parte de Isaac Trujillo a demandar del Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A. el pago de pensión especial de jubilación. En consecuencia absolvió a la empresa de los cargos formulados. No se condenó en costas. El demandante apeló oportunamente de la decisión.

En providencia de 18 de diciembre de 1956, el Tribunal Seccional del Trabajo de Manizales revocó la sentencia de primer grado condenando a la empresa demandada al pago de una pensión especial de jubilación de doscientos diez y siete pesos con diez y nueve centavos, a partir del 7 de junio del mismo año, en favor del demandante. Dispuso además que la empresa podía descontar

el veinte por ciento de cada mensualidad, hasta completar los anticipos de cesantía. Declaró igualmente no probada la excepción propuesta por el apoderado de la empresa al contestar la demanda. Tampoco condenó en costas. El argumento de fondo de la parte motiva de la sentencia fue el de que el Tribunal no halló plenamente comprobado el despido justificado del trabajador y más bien fue éste felicitado por la empresa y calificado de "meritorio". De otro lado, considera el Tribunal que, aún no teniendo el demandante los 55 años requeridos para acreditar derecho a la pensión completa de jubilación, no existe ninguna razón válida para que no se le favorezca con la pensión especial. El Magistrado doctor Néstor Ramírez Vélez presentó salvamento de voto considerando que la pensión general, a la cual tiene derecho el señor Trujillo aunque con la expectativa de su goce, excluye la especial, como lo tiene establecido en reiteradas ocasiones el Tribunal Supremo.

Habiendo presentado el apoderado de la parte demandada recurso de casación y una vez tramitado éste en forma legal, se entra a considerar.

Cargo único.

Acusa la sentencia de violación directa por interpretación errónea del artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo, que condujo al sentenciador de segunda instancia a su aplicación indebida. Afirma que el fallador incurrió en tal defecto de interpretación por considerar que le era aplicable al hecho de cumplir el demandante veinte años al servicio de la empresa, hecho sobre el cual recalca que no hay discrepancia entre las partes. Considera que la interpretación dada por el *ad-quem* al artículo mencionado contradice jurisprudencia constante del trabajo, en cuanto que la disposición, cuya aplicación impugna "sanciona la intención de impedir que el asalariado con más de 15 años goce de la pensión de jubilación establecida por el artículo 260 del mismo Código, y que por tal razón no puede pensarse que opere dicho artículo 267 cuando tiene lugar el despido después de 20 años de servicio". Concluye pidiendo que la Corte case en su totalidad la sentencia acusada y ratifique en todas sus partes la absolutoria de primer grado.

La parte opositora rechaza el cargo formulado y presenta al efecto las siguientes razones: Inexistencia de violación directa del artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo, toda vez que establece quince años para tener derecho al cobro

de la pensión en él contenida, estándose en este caso ante más de veinte años de trabajo. El despido además se probó suficientemente como injustificado. Opina el opositor que la jurisprudencia alegada por el recurrente no fija ni puede fijar un criterio inmodificable para la interpretación de la ley. Es por demás injusto disponer que un trabajador que ha cumplido 20 años al servicio de una empresa deba esperar sin recurso alguno un prolongado tiempo para hacer valer su derecho a la pensión general de jubilación.

Se considera.

Ha sido pensamiento ininterrumpido de la jurisdicción laboral, en la interpretación del artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo, el de que éste no reviste meramente del carácter de sanción al despido injustificado del trabajador, y mucho menos cuando la injusticia que en ello pueda cometerse se halla suficientemente sancionada en otras disposiciones del mismo Código. Más bien se ha considerado que el objetivo principal del artículo es el de impedir que el patrono lleve a cabo la intención de evitar que el trabajador adquiera el derecho a la pensión general establecida en el artículo 260. Para llegar a tal conclusión, el Tribunal y la Corte han indagado en las actas de la comisión redactora del Código Sustantivo del Trabajo y han verificado la presunción razonable de que el despido sin justa causa después de los 15 años no tiene otra finalidad que la de impedir que el trabajador cumpla el tiempo de servicios requerido para el goce de la pensión general de jubilación, con el consiguiente menoscabo de la ley social. Cabe citar especialmente la sentencia de 18 de marzo de 1954, que contiene afirmaciones del siguiente tenor:

"El artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo no tiene el carácter de sanción para el simple despido del trabajador, sino que sanciona la intención de impedir que el trabajador con más de quince años de servicio goce de la pensión de jubilación establecida por el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo. Por tal razón no puede pensarse en que opere la sanción para el despido después de veinte años de servicio. La sanción al despido injusto está establecida en el artículo 64 del mismo Código (.....) Cuando el artículo 267 habla de que se debe una pensión especial equivalente al 75 por ciento de la que le hubiera correspondido si llena todos los requisitos para gozar de la pensión general, parte de la base de que la jubilación general se ha hecho

imposible por el despido injusto y de allí que establezca la sanción, la cual no cabe en el caso de que la jubilación general se haya hecho precisamente posible no obstante el despido, como es el caso del trabajador que ha laborado por más de veinte años". Y termina la Corporación con el siguiente aserto que da a la disposición debatida un contenido excepcional: "...los trabajadores que han laborado por más de veinte años no tienen derecho a la pensión especial, pues la finalidad de la disposición no se cumple y no se puede aplicar una sanción cuando la falta que reprime es imposible".

Por todo lo expuesto aparece clara y simplemente que el recurrente en el presente juicio no carece de razón al acusar la sentencia del ~~ad-~~quem de haber incurrido en interpretación errónea por considerarla aplicable aun después de haber cumplido el demandante veinte años al servicio de la Empresa. De igual modo no son aceptables los razonamientos del opositor al calificar de injusta la negativa de pensión especial para quien una vez cumplidos los 55 años de edad puede hacer efectivo su derecho a la pensión general, por lo ya esclarecido de que las dos pensiones obedecen a consideraciones diferentes.

Prospera en consecuencia el cargo, dejando nitidamente establecido que el demandante podrá hacer valer su derecho a la pensión general de jubilación una vez cumplida la edad requerida.

Por ello, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de 18 de diciembre de 1956, proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Manizales y en su lugar, obrando como Tribunal de Instancia, CONFIRMA la del Juzgado Segundo del Trabajo del Círculo Judicial de la misma ciudad de fecha 6 de octubre de 1956.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, 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.—Jorge Vélez García—

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

JORNADA DE TRABAJO DIURNA Y NOCTURNA Y HORAS EXTRAS COMO PROLONGACION DE UNA DE ESTAS JORNADAS. — TECNICA DE CASACION

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., seis de abril de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Alberto Bravo).

ARISTIDES VARGAS, mayor de edad y vecino de Bogotá, por medio de apoderado demandó al DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA, representado por su Personero, para que mediante los trámites de un juicio ordinario se le condenara a pagarle el valor de la remuneración correspondiente al trabajo efectuado en horas suplementarias en una de las dependencias de la Administración Municipal.

Según los hechos de la demanda, Vargas prestó sus servicios al DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA, desde el 11 de abril de 1953, tanto en las horas del día como en las de la noche, en oficios "domésticos", en las oficinas de los Juzgados Municipales; recibió un jornal de \$ 4.65 por su trabajo diurno, pero no se le pagó el trabajo nocturno.

Fundó su derecho en los artículos 17 y siguientes de la Ley 6ª de 1945 y en el Acuerdo Municipal número 33 de 1935.

La entidad demandada negó los hechos y el derecho invocado y solicitó la absolución total.

El Juzgado del conocimiento, que lo fue el 5º del Círculo del Trabajo de Bogotá, absolvió a la parte demandada de todos los cargos de la demanda y condenó en costas al actor.

El Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, al conocer de la apelación interpuesta por el apoderado del demandante, confirmó en todas sus partes el fallo apelado, sin costas en la instancia.

El apoderado del actor interpuso recurso de casación, que admitido, concedido y tramitado legalmente, va a decidirse.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Se solicita por el recurrente que la sentencia de segunda instancia sea casada totalmente, y que en su lugar se hagan las declaraciones pedidas en el libelo inicial.

CARGO UNICO

Acusa la sentencia de violación directa, por aplicación indebida, y de interpretación errónea de los artículos 12 de la Ley 153 de 1887; 4ª del Decreto 2.127 de 1945; 1ª, parágrafo 2º, del Decreto 797 de 1949; 11 de la Ley 6ª de 1945; y 1º del Decreto 895 de 1934. Acusa también de violación de las mismas disposiciones a través de error de hecho, consistente en la falta de apreciación de algunas pruebas que sigulariza.

Sustenta el cargo así:

"VIOLACION DIRECTA. — El artículo 4º ya transcrito es claro y terminante. Además, si el trabajador oficial desempeña funciones que pueden ser desempeñadas por los particulares hay relación laboral contractual entre el trabajador oficial, la empresa, establecimiento o entidad del estado, para quien presta sus servicios. Tal acontece con ARISTIDES VARGAS: fue trabajador, VARGAS, de la Dirección Distrital de Aseo. Esa misma Dirección lo puso a vigilar de noche los edificios donde funcionan los Juzgados Municipales, Civiles y Penales. Como esta función puede ser desempeñada por particulares, es obvio que VARGAS tuvo relación contractual con el Distrito Especial de Bogotá.

"Como la sentencia acusada negó esa relación contractual acuso la sentencia de infracción directa del artículo 4º infine, del Decreto 2.127 de 1945.

"ERROR DE HECHO.—Cometió la sentencia acusada error de hecho porque dejó de apreciar el haz de pruebas que obró en juicio y que puede leerse a los folios 6º, 7º, 8º, 28, 29, 30, 31, 39; 40 y 42. En tales documentos y declaraciones se dá fé de que los cargos que desempeñó VARGAS, tanto en su condición de obrero del ramo de aseo, como en su condición de vigilante o celador de los edificios en donde funcionan los Juzgados Municipales, Civiles y Penales, vigilancia que hacía por la noche. Es curioso que la sentencia no analice para nada tales documentos y declaraciones. Como no lo hizo acuso la sentencia de haber cometido error de hecho y pido que se case el fallo".

SE CONSIDERA:

Al enunciar las modalidades de violación de la ley, el recurrente las invoca indebidamente, y olvida sustentar la relativa a interpretación errónea. En cuanto a la de violación directa, no la presenta como tal, ya que tal especie de violación consiste en aplicar una disposición legal a un caso no contemplado por ella, o dejar de aplicarla, siendo aplicable. Al afirmar que el demandante fue trabajador dependiente de la Dirección Distrital de Aseo y además vigilante nocturno de los edificios donde funcionan los Juzgados Municipales, plantea una simple cuestión de hecho. En consecuencia, y como señala determinadas pruebas, el examen del cargo se limitará a la violación indirecta.

El fallo de segunda instancia dice lo siguiente:

“No hay duda alguna de que el actor estuvo vinculado con el Distrito Especial de Bogotá por una relación contractual laboral en virtud de que dependía del ramo de aseo, cuyas funciones encajan dentro de las relacionadas por el artículo 4º del Decreto 2.127 de 1945”.

“En cuanto a la petición por horas extras, no puede prosperar porque con las afirmaciones hechas en la demanda y con la declaración de Carlos Jula, trabajador del ramo de Aseo y a quien le correspondía hacer las planillas entre las cuales figuraba el demandante, se establece que éste desempeñaba dos labores distintas: así: durante el día laboraba ocho horas como aseo de las oficinas anteriormente relacionadas recibiendo por este trabajo la suma de \$ 4,19 diarios. Durante la noche, vigilante o celador de los mismos edificios, sin recibir suma alguna por este trabajo. Siendo esto así, elemental es concluir que lo que ha debido solicitarse es la remuneración del trabajo efectuado durante la noche y no el valor de horas extras, porque la jornada nocturna no era

prolongación de la diurna. Por estas razones y no por las del a-quo, se impone la absolución de la entidad demandada”.

Como se ve, no es cierto que la sentencia acusada negara que entre las partes existiera una relación de trabajo, en los términos de que trata la segunda parte del artículo 4º del Decreto 2.127 de 1945. En cuanto a las pruebas que señala el recurrente, el fallador tuvo en cuenta precisamente la de folios 28, 29 y 30 que contiene la declaración del señor Carlos Jula, la cual dedujo que el actor desempeñó dos cargos distintos: el de aseo de las oficinas de los Juzgados Municipales y el de Celador del edificio donde éstos funcionan. Y si se abstuvo de mencionar las demás pruebas, ello se justifica porque todas coinciden en la indicación de que efectivamente desempeñó el último de dichos cargos. Pero como la consideración que hace la sentencia es la de que, por tratarse de dos cargos distintos, no hubo prolongación de la jornada, y este hecho básico del fallo no fue destruido por el recurrente, el cargo no puede prosperar.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, 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.—Jorge Vélez García.—

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REGULACION DE LAS RELACIONES LABORALES ENTRE LA ADMINISTRACION Y LOS SERVIDORES PUBLICOS.—DERECHO DE REINTEGRO DEL TRABAJADOR DESPEDIDO.—DECRETO 797 DE 1949

Las relaciones de derecho individual del trabajo de carácter oficial están excluidas del ámbito de la aplicación del Código Sustantivo del Trabajo, en virtud de lo dispuesto en sus artículos 3º y 4º. Ellas se rigen por los estatutos especiales allí previstos, y a falta de éstos, por las normas anteriormente expedidas sobre el particular.

Una de esas normas es la contenida en el artículo 4º del Decreto 2.127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª del mismo año, cuyo texto dice:

"No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, las relaciones entre los empleados públicos y la administración nacional, departamental o municipal no constituyen contratos de trabajo, y se rigen por leyes especiales, a menos que se trate de la construcción o sostenimiento de las obras públicas, o de empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro, o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma".

Esta norma contempla dos hipótesis: Una de índole general y otra de carácter excepcional. Para la primera consagra la presunción de que no existe contrato de trabajo. En cambio, para la segunda, establece la presunción contraria.

Sin duda tal juego de presunciones suscita en la práctica muchas dificultades. Pero en lo que se refiere a la segunda hipótesis el recto entendimiento de la norma enseña que afirmadas y demostradas, las circunstancias relativas a la prestación del servicio y a la remuneración, e indicada como actividad del trabajador una de las enumeradas en aquélla, obra la presunción *prima facie* de que la correspondiente relación es asimilable a las que se rigen por un contrato de trabajo. Esto es, que se da el grado de probabilidad necesario para suponer que el trabajador ha estado vinculado a la administra-

ción pública en la misma forma que en el campo de las relaciones laborales de carácter particular.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., seis de abril de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Alberto Bravo).

La señora ANGELA TELLEZ viuda DE NEIRA demandó por medio de apoderado al MUNICIPIO DE BOGOTA, representado por su Personero, con el fin de que se le condenara a reanudar el contrato de trabajo celebrado entre las partes el 13 de septiembre de 1937, reintegrando a la demandante al cargo de celadora de edificios escolares; a pagarle los jornales dejados de percibir por ésta desde el 1º de enero de 1952, fecha del despido hasta cuando sea reintegrada en su antiguo cargo a reconocerle y pagarle la cantidad de cincuenta y cinco pesos (\$ 55.00) o cuanto más se probare por concepto de pre-aviso; al reconocimiento y pago del aumento del jornal de que tratan varios Decretos Ejecutivos; al reconocimiento y pago de la suma de \$ 253.40, o cuanto más se probare, correspondiente a los salarios de 72 días que le faltaron a la actora para cumplir el último período presuntivo de su contrato de trabajo, y al pago de los intereses legales.

Según los hechos de la demanda la señora Téllez de Neira prestó sus servicios en el cargo de celadora en los edificios escolares del Municipio desde el 13 de septiembre de 1937 hasta el 1º de enero de 1952, habiendo devengado durante los últimos tres meses de labores un sueldo mensual de \$ 110.00; fue despedida sin justa causa cuando le faltaban 72 días para completar un período semestral de trabajo, y no se le pagaron dentro de los 90 días subsiguientes al despido, ni el auxilio de cesantía, ni los salarios del pre-aviso. Dijo haber agotado el procedimiento gubernativo, sin haber obtenido que se accediera a sus peticiones.

Fundó su derecho en la Ley 6ª de 1945 (artículo 11); en los artículos 47 y 65 del Código Sustantivo

del Trabajo; en los Decretos Ejecutivos 2.127 de 1945 (artículo 50), 797 de 1949 y 3.871 del mismo año; en el Acuerdo Municipal de Bogotá número 37 de 1949 y en el artículo 1.600 del Código Civil.

La entidad demandada se opuso a las pretensiones del demandante y propuso las excepciones de incompetencia de jurisdicción, carencia de acción y de título, prescripción, pago y las demás que se probaren.

El Juzgado del conocimiento, que lo fue el Sexto del Circuito Judicial del Trabajo de Bogotá, en su fallo declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada (numeral primero); condenó a ésta a pagar a la demandante cuatrocientos ochenta y tres pesos con noventa y dos centavos (\$ 483.92), por concepto de salarios caídos (numeral segundo) y trescientos diez y nueve pesos con veinte centavos (\$ 329.20) por concepto de aumento (numeral tercero); la absolvió de las demás peticiones del libelo inicial (numeral cuarto) y se abstuvo de condenarla en costas. (Numeral quinto).

Contra la sentencia de primer grado interpusieron el recurso de apelación ambas partes para ante el extinguido Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá. El fallo de éste en su parte resolutoria, dice:

"MODIFÍCASE el numeral 1º del fallo apelado y en su lugar decláranse parcialmente probadas las excepciones perentorias propuestas por el apoderado de la parte demandada, y en cuanto se relaciona con las que él denominó inexistencia de la obligación o falta de título, y prescripción.

"DECLARASE no probada la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada por la parte demandada.

"REVOCASE el numeral segundo del fallo apelado y en su lugar ABSUELVESE a la entidad demandada de pagar suma alguna por salarios caídos.

"MODIFÍCASE el numeral 3º del fallo apelado y en su lugar CONDENASE al Municipio de Bogotá a pagar la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS CON OCHENTA CENTAVOS (\$ 257.80) concepto de aumento de salarios.

"CONFIRMANSE los numerales 4º y 5º del fallo apelado.

"SIN costas en esta instancia".

Salvó su voto el Magistrado doctor Camilo Serrano Carrizosa.

Interpuesto el recurso de casación por ambas partes, concedido, admitido y tramitado debidamente, es el caso de decidirlo previo el estudio de los respectivos escritos.

EL RECURSO DE LA PARTE ACTORA

Pretende el recurrente que se case la sentencia impugnada y que en su lugar se dicte otra que acoja en su integridad las súplicas del libelo inicial.

Formula tres cargos que serán examinados a continuación.

PRIMER CARGO

REINTEGRO-REANUDACION DEL CONTRATO

El recurrente atribuye al Tribunal las razones que expuso la sentencia de primer grado para no acceder a las súplicas sobre el reintegro y reanudación del contrato.

Afirma que hubo violación directa y aplicación indebida del parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949 y del artículo 11 de la Ley 6ª de 1945, porque la sentencia, entendiéndose equivocadamente que la primera de las citadas disposiciones envuelve apenas una sanción pecuniaria, se abstuvo de condenar por los referidos conceptos, no obstante reconocer que el Municipio estuvo en mora de pagar a la demandante su auxilio de retiro.

Sostiene que hubo también interpretación errónea de los mismos textos legales, que "son terminantes en el sentido de sancionar económica y pecuniariamente a los patronos que despiden a los operarios sin ponerse antes con ellos a paz y salvo en punto a los salarios y prestaciones e indemnizaciones que les adeuden".

Manifiesta finalmente que el fallo incurrió en error de hecho al dejar de condenar al Municipio a la reanudación del contrato y al reintegro de la demandante, porque no apreció o apreció mal los documentos de folios 3, 6, 7, 46, 49 y 50 de los autos, que indican que ella fue despedida y que la entidad demandada le pagó con mora la indemnización de cesantía y no le ha cubierto aún los salarios de aumento ni los de preaviso.

SE CONSIDERA:

Aunque el recurrente dirige la impugnación

contra la sentencia de primer grado, que no es objeto del recurso como la de segunda instancia llegó a iguales conclusiones que aquélla se examinará el cargo. Y al hacerlo esta Sala acoge y al efecto reproduce lo que ya se dijo al decidir un caso análogo, en sentencia de fecha 17 de junio de 1957. (Abrahán Muñoz Parra contra el Municipio de Bogotá).

“Para declarar infundado el cargo basta observar que ninguno de los preceptos que se pretenden violados consagra el derecho al reintegro del trabajador despedido. En la legislación colombiana tal derecho, sólo existe para los trabajadores que disfrutaban de fuero sindical, conforme a reglamentación extraña al juicio ordinario de trabajo; y también en los casos de maternidad que prevén los artículos 12 del Decreto 1.632 de 1938 y 241 del Código Sustantivo del Trabajo y en los eventos de suspensión del contrato por llamada del trabajador a prestar servicio militar obligatorio (numerales 5º de los artículos 44 del Decreto 2.127 de 1945 y 51 del Código Sustantivo del Trabajo), o por la paralización temporal de actividades de que tratan los numerales 1º, 2º y 3º del artículo 44 del Decreto 2.127 de 1945 y los mismos numerales del artículo 51 del C. S. del T., en armonía con los artículos 45 del citado Decreto 2.127 y 52 del Código.

“Tanto los artículos 52 del Decreto 2.127 de 1945 y 9º del Decreto 2.541 del mismo año, como el párrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949 hablan de una subsistencia del contrato de trabajo para el caso de que no se paguen al trabajador las deudas laborales dentro del modo y tiempo que dichas disposiciones establecen. Pero ya lo había definido el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo y lo ratifica ahora esta Sala Laboral de la Corte, por las razones que se expondrán al estudiar el cargo segundo, que dichos preceptos no contemplan la subsistencia real del vínculo como efecto punitivo de la mora, porque tal entendimiento enfrentaría los textos reglamentarios a la ley reglamentada, ya que ante el principio general de la cláusula resolutoria que para todos los contratos de trabajo establece el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945 para sancionar el incumplimiento de lo pactado, no puede entenderse que los Decretos reglamentarios citados establezcan precisamente el principio opuesto de convertir ese incumplimiento, en su última etapa del proceso de sanción, en fuente reanudativa del contrato laboral. Además de que semejante interpretación quebrantaría también los efectos jurídicos extintivos que la ley, la doctrina y la juris-

prudencia han reconocido a las diversas causales de terminación del contrato de trabajo (legislación anterior al Código), como son: el cumplimiento del contrato (numerales a), b) y c) del artículo 47 del Decreto 2.127 de 1945; el mutuo consentimiento de las partes (numeral d) ibídem); la muerte del asalariado, por tratarse de un contrato *intuitu personae* (numeral e-ibídem); la imposibilidad de ejecución (numeral f ibídem); la decisión unilateral en los casos previstos en los artículos 16, 48, 49 y 50 del mismo Decreto 2.127, que se fundan, los tres primeros en el incumplimiento de las obligaciones convencionales o legales y el último, en el ejercicio de la cláusula de reserva (numeral g-ibídem); y la cosa juzgada cuando el contrato termina por sentencia de auto-competente (numeral h-ibídem).

“Carecía, pues, el demandante de derecho para obtener la declaratoria de reanudación del contrato y su reintegro al cargo, y el fallo que se abstuvo de ordenar una cosa y otra no pudo violar, por ese motivo, los textos legales indicados”.

En consecuencia, el cargo no prospera.

SEGUNDO CARGO

Salarios caídos.

Acusa la sentencia de infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea del artículo 11 de la Ley 6ª de 1945 y del párrafo 2º, artículo 1º del Decreto 797 de 1949. La acusa además de violación de las mismas disposiciones a través de error de hecho en la apreciación de algunas pruebas.

Dice que a la indemnización moratoria hay lugar no solamente cuando se deja de pagar en la debida oportunidad una prestación social como la cesantía, sino cualquiera otra obligación pendiente, por ejemplo los salarios que se adeuden al trabajador. Afirma que los salarios de aumento y los de preaviso del demandante están insolutos y que el propio Municipio así lo reconoce, por lo cual mientras no acredite haberlos pagado está en “mora debitoria” con Angela Téllez viuda de Neira”, y agrega:

Obsérvese que la información número 01246, de 24 de agosto de 1953 (folio 50), da cuenta de que no se le han pagado ni los jornales de preaviso ni los jornales de aumento. Por consiguiente, la sentencia del Tribunal Seccional, siguiendo la lógica del propio Tribunal, debió condenar al pago de los salarios caídos hasta la fecha en que el Municipio acredite haber pagado los salarios de

aumento y de preaviso de Angela Téllez viuda de Neira”.

SE CONSIDERA:

Este ataque no se ciñe a la técnica de casación en cuanto involucra en un solo cargo modalidades tan distintas de violación de la ley como son la infracción directa, la interpretación errónea y el error de hecho. Sin embargo, por amplitud y en atención a que singulariza una prueba como no apreciada o mal apreciada, la Sala, procede a estudiarlo.

El fallador se abstiene de condenar al pago de los llamados “salarios caídos”, por no haberse demostrado, “en forma clara esto es, sin lugar a dudas, que la demandada incurrió en mora en el pago de la cesantía que le correspondía a la actora”, ya que el oficio enviado por la Caja de Previsión Social Municipal al Juzgado del conocimiento es contradictorio cuando, por una parte, afirma que la señora Téllez viuda de Neira presentó su solicitud para el pago de su cesantía el 8 de mayo de 1952, es decir tres días después de haberse vencido el plazo que señala el Decreto 797 de 1949, y, por otra, anota que la resolución por medio de la cual se le concedió dicho auxilio se le notificó a la demandante el 5 de abril de 1952.

No hay, pues, mora evidente en el pago del auxilio de cesantía. Pero como el fallador dispuso efectuar un reajuste en el aumento de salarios de que tratan los Decretos 3.971 de 1949 y 70 y 71 de 1950, desde el mes de mayo de este último año hasta el día de la salida de la demandante, y al respecto condenó al pago de doscientos cincuenta y siete pesos con ochenta centavos (\$ 257.80) a favor de aquélla, suma que el Municipio reconoce deber en los documentos de folios 49 y 50 vueltos, aparentemente es fundada la acusación. Mas ocurre que conforme a la misma prueba de la que el recurrente dice que no fue apreciada o que fue mal apreciada, la entidad demandada consideró que los decretos mencionados cobijan únicamente a los obreros y que como la señora Téllez viuda de Neira tuvo la condición de empleada en el ramo de educación municipal, no era acreedora al aumento reclamado. De donde se infiere que el Municipio tuvo un razonable motivo de duda para no hacerle el reconocimiento y pago del referido aumento, lo cual, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, es suficiente para eximir al patrono de la indemnización moratoria.

Por tanto, tampoco prospera este cargo.

TERCER CARGO

Pre-aviso.

Sostiene el recurrente que el fallador violó el artículo 50 del Decreto 2.127 de 1945 en forma directa, porque “la facultad de despedir sin desahucio no la tiene el patrono si no consta por escrito” y “en el caso de autos no consta esa facultad en escrito alguno”; que la interpretó erróneamente “porque el despido está acreditado suficientemente en los autos a la vuelta del folio 3º, y reconocido implícitamente en la contestación de la demanda”, y que por último, incurrió en error de hecho manifiesto, en cuanto a los salarios de preaviso, “porque apreció mal los documentos de los folios 3, 6, 46, 49 y 50, sobre suspensión, jornal devengado períodos de pago etc.

Se refiere luego a las normas sobre interpretación de la ley y dice que la que se dé por los Jusces al Decreto 797 de 1949, “por amplia que quiera ser en favor del patrono oficial, en manera alguna puede llegar hasta dejar sin efecto el parágrafo 2º, artículo 1º.....” Agrega algunas consideraciones acerca de la prueba de las Ordenanzas departamentales, los Acuerdos Municipales y los reglamentos particulares y concluye rechazando la tesis de “que el Municipio de Bogotá no puede ser condenado a salarios caídos, en atención a que la cesantía no la pagan los fondos comunes del Municipio de Bogotá sino los fondos especiales de la Caja de Previsión Social de Empleados y Obreros del Municipio de Bogotá....”.

SE EXAMINA EL CARGO

Ya se vio al estudiar la acusación precedente, que el Tribunal Seccional se abstuvo de condenar al pago de indemnización moratoria, no porque entendiéndose que dicha indemnización debe demandarse a la Caja de Previsión Social respectiva y no al Municipio mismo, según lo sugiere sin base alguna el recurrente, sino por una simple cuestión de hecho consistente en la contradicción que ofrecen los términos del oficio del folio 46.

En lo que concierne al preaviso materia especial del cargo que se estudia, el fallador expresó lo siguiente:

“Consta de autos que la demandante fue destituida por Decreto número 60, febrero 5 de 1952 por renuncia, de la señora de Téllez”. De esta constancia, solamente se saca en claro que la terminación del contrato ocurrió el cinco (5) de febrero de 1952, mas no se sabe si fue por retiro

voluntario o por destitución (véase folio 3 vuelto del informativo)".

"No hay lugar a efectuar la condena por preaviso, porque no está probado en autos si el retiro fue voluntario o si hubo despido. Por esta misma consideración no puede prosperar la súplica relacionada con salarios por presuntivo".

De lo que se ha transcrito, es fácil deducir que el sentenciador absolvió al Municipio de Bogotá de la súplica relativa al preaviso, sin dar por establecido que en el caso de autos constara o nó por escrito la facultad de despedir sin deshaucio y sin asignarle determinado alcance a los textos legales que el recurrente estima infringidos.

Y en lo tocante al error de hecho es evidente que del documento del folio 3 no puede saberse si la señora Téllez de Neira fue destituida o presentó renuncia del cargo, punto de referencia necesario para decidir si la demandante tenía derecho al valor de los salarios correspondientes al período regulador del pago de los sueldos que devengaban en el Municipio.

Los otros documentos que cita el recurrente y que se refieren al sueldo devengado (folio 6), solicitud, reconocimiento y pago del auxilio de cesantía (folio 46) y aumento de salarios (folios 49 y 50), en nada desvirtúan la conclusión a que llegó el fallador respecto a la petición de salarios por supuestas terminación de la relación de trabajo sin previo aviso por parte del Municipio.

Tampoco prospera este cargo.

RECURSO DE LA PARTE DEMANDADA

El Municipio de Bogotá, representado por el señor Procurador General de la Nación —Delegado en lo Civil— al impugnar la sentencia, persigue la infirmación de ésta en cuanto consideró que la relación existente entre la demandante y el Municipio era una relación laboral y no una relación de derecho público, y para que; en su lugar se absuelva a la parte demandada de las pretensiones del libelo.

CARGO UNICO

Acusa por interpretación errónea de los artículos 24 del Código Sustantivo del Trabajo y 4º del Decreto 2.127 de 1945, lo cual condujo a la aplicación indebida de los artículos 1º del Decreto 797 de 1949; 43, 50, 51 y 52 del Decreto 2.127 de 1945; 1º del Decreto número 3.871 de 1941 (sic), 1º del De-

creto número 70 de 1950 y 1º, 2º y 4º del Decreto número 71 del mismo año.

Sustenta el cargo así:

"De conformidad con el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo "se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo".

"Esta es la regla general en tratándose de relaciones de derecho individual del trabajo entre particulares. Mas cuando, para el caso, interviene una entidad de derecho público, inviértese la presunción, o sea, que las relaciones de derecho individual del trabajo existentes entre la administración pública y un particular se presumen de derecho público. Excepcionalmente se entienden regidas por un contrato de trabajo.

"Viene a confirmar este aserto lo estatuido por el artículo 4º del Decreto 2.127 de 1945, según el cual, por regla general, las relaciones de trabajo entre la Administración y los trabajadores públicos no constituyen contratos de trabajo "a menos que se trate de la construcción o sostenimiento de las obras públicas, o de empresas industriales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro, o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma".

"Por tanto, en tales eventos, como ocurre en el caso sub-judice, es necesario que el actor acredite debidamente que su vínculo laboral con la persona de derecho público a quien demanda encuadra dentro de los extremos excepcionales previstos en aquella norma, a efecto de destruir la presunción de que antes se hizo mérito. De no ser así, debe reputarse como de derecho público aquel vínculo laboral. De tal hecho, es lo cierto, no existe en autos el menor asomo de prueba.

"Y es que, generalmente, es difícil determinar tal hecho. Por eso comentando esa norma, ha dicho esa Superioridad:

"Surge en ocasiones alguna dificultad para determinar con precisión si ciertas empresas de la Nación los departamentos o los municipios, caben dentro de la excepción que se comenta; si se persigue con su establecimiento algún fin lucrativo o tan sólo llenar una necesidad pública; o si son instituciones idénticas a las que pueden fundarse por los particulares o manejarse por éstos en la misma forma en que lo hacen las entidades oficiales". (Casación del 17 de marzo de 1951).

"Con todo, la Procuraduría no descarta la posibilidad de que en casos como el de que aquí se trata, pueda tenerse por cierta la existencia del contrato de trabajo, en forma indirecta, con apoyo

en una presunción simple. Pero a este efecto, es preciso que el actor ofrezca a la contraparte en su demanda, y pruebe en el debate, los hechos generadores de aquélla (cosa que no ha ocurrido en autos) pues en tal evento la dispensa de la prueba no es total. Ello a fin de que el juzgador pueda, a su vez, establecer la existencia del hecho que se pretende deducir.

“Así, por ejemplo, para el caso en que el demandante considere que la entidad pública a que prestó sus servicios es de aquellas “instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas o manejadas por éstos en la misma forma”, tal factor debe presentarse como un hecho de la demanda a fin de que la parte contraria pueda conocerlo e impugnarlo. De aparecer probado en autos ese hecho, serviría para que el Juez dedujera la existencia del vínculo laboral. De lo contrario, el fallador se expondría, en el supuesto de proferir un fallo condenatorio, a variar los presupuestos procesales que el actor quiso fijar a su acción pues aquella providencia resultaría edificada en consideraciones relativas a hechos ajenos al debate y, por lo mismo, no probados en juicio. Esa sería una sentencia sorpresiva sin el menor apoyo en el acervo probatorio de la causa, y es lo cierto que a tal extremo no puede extenderse, sin mengua de claros preceptos legales, el principio de la libre formación del convencimiento”.

SE CONSIDERA:

Las relaciones de derecho individual del trabajo de carácter oficial están excluidas del ámbito de aplicación del Código Sustantivo del Trabajo, en virtud de lo dispuesto en sus artículos 3º y 4º. Ellas se rigen por los estatutos especiales allí previstos, y a falta de éstos, por las normas anteriormente expedidas sobre el particular.

Una de esas normas es la contenida en el artículo 4º del Decreto 2.127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª del mismo año cuyo texto dice:

“No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, las relaciones entre los empleados públicos y la administración nacional, departamental o municipal no constituyen contratos de trabajo, y se rigen por leyes especiales, a menos que se trate de la construcción o sostenimiento de las obras públicas, o de empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro, o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma”.

Esta norma contempla dos hipótesis: una de índole general y otra de carácter excepcional. Para

la primera consagra la presunción de que no existe contrato de trabajo. En cambio, para la segunda, establece la presunción contraria.

Sin duda, tal juego de presunciones suscita en la práctica muchas dificultades. Pero en lo que se refiere a la segunda hipótesis, el recto entendimiento de la norma enseña que afirmadas y demostradas las circunstancias relativas a la prestación del servicio y a la remuneración, e indicada como actividad del trabajador una de las enumeradas en aquélla, obra la presunción *prima facie* de que la correspondiente relación es asimilable a las que se rigen por un contrato de trabajo. Esto es, que se da el grado de probabilidad necesario para suponer que el trabajador ha estado vinculado a la administración pública en la misma forma que en el campo de las relaciones laborales de carácter particular.

En el caso de autos, se acreditó el hecho de que la demandante prestó sus servicios al Municipio de Bogotá, mediante el pago de una remuneración, y se dijo y comprobó que tuvo a su cargo, no una labor docente a la manera en que equivocadamente lo entendieron la entidad demandada y el propio Tribunal Seccional, sino la de vigilancia y aseo de un edificio escolar del Municipio que, como es obvio, hace parte del conjunto de las obras públicas de éste. Caba, pues, la presunción que consagra la segunda parte del artículo 4º del Decreto 2.127 de 1945, análoga a la que establece el artículo 24 del C. S. del T. para las relaciones individuales de trabajo de carácter particular.

Siendo así, no se configura la interpretación errónea por los aspectos que plantea el recurrente y en consecuencia, habrá de mantenerse la sentencia acusada en cuanto da aplicación al artículo 4º del Decreto 2.127 de 1945, aunque por motivo distinto del que ella expresa.

No prospera el cargo.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia —Sala Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Sin costas.

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

Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiria C.—
Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—
Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONFLICTOS DE LEYES. — SISTEMA COLOMBIANO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. — SU APLICACION EN MATERIA LABORAL.—A FALTA DE TRATADO PUBLICO QUE REGULE EL ASUNTO LITIGIOSO, DEBE APLICARSE LA LEY TERRITORIAL COLOMBIANA, SEGUN EL ORDENAMIENTO JURIDICO NACIONAL. — CONTROVERSA EN TORNO A LA PERSONERIA SUSTANTIVA O EXISTENCIA DE LA PERSONA JURIDICA DEMANDADA. — LA IRREGULARIDAD EN SU CONSTITUCION NO PUEDE SER ALEGADA POR LA SOCIEDAD. PARA SER EXONERADA DE LA CONDENA. — CUANDO PUEDE ALEGARSE INTERPRETACION ERRONEA DE LA LEY. — DOCTRINA DEL ARTICULO 13 DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO. — CAUSALES QUE DAN LUGAR A LA ABSOLUCION EN EL PAGO DE LOS SALARIOS CAIDOS.— ESTA SANCION NO OPERA DE PLANO SINO EN FUNCION DE LA BUENA O MALA FE PATRONAL

1.—Si no obstante el esfuerzo multiseccional de comentaristas y jurisperitos, aún subsisten puntos casi indespejables en el campo del derecho común para resolver las situaciones que plantean el estado, la capacidad y las relaciones de las personas privadas en el campo internacional, con mayor razón surgen dificultades en el terreno del derecho laboral cuyas elaboraciones doctrinarias son incuestionablemente de muy reciente data.

Haciendo abstracción, por no venir al caso, de las múltiples corrientes de opinión doctrinaria en torno al tratamiento que deba dársele al fenómeno del conflicto de leyes, dos tendencias principales se han disputado la primacía en el derecho internacional privado para la solución jurídica de casos como el de autos: la que sustenta la territorialidad de la ley y la que aboga por la aplicación de los estatutos. Propugna aquélla por la validez exclusiva de las leyes del Estado sobre el ámbito territorial del mismo, sin atender a la condición de nacional o extranjero de la persona, y proclama la segunda que las leyes, descompuestas en estatutos de carácter personal y estatutos de carácter real (aquéllos relativos al régimen de las personas y éstos al de las cosas) tiene alcance diversos en el evento de la colisión de normas: los primeros tienen fuerza extraterritorial, se aplican aún a los nacionales que se encuentren en el extranjero; los segundos son estrictamente territoriales.

Sin entrar a calificar el valor científico de tales puntos de vista aunque advirtiendo

que los estudiosos de esta ardua rama del derecho formulan críticas severas a una y otra posición, y avanzan en la búsqueda de nuevas soluciones, es menester reconocer que la legislación colombiana es de un marcado carácter territorialista. Anclada en tal postura (que no por parecer a muchos desueta puede determinar en el aplicador su desobediencia), la vigencia territorial casi absoluta de la ley está consagrada por el artículo 10 de la Carta, por el 18 del Código Civil, más concretamente por los artículos 59 de la Ley 149 de 1888 y 57 de la Ley 4ª de 1913. Estas dos últimas disposiciones que son reformativas de la anterior, se concretan en un texto de idéntico tenor literal.

El principio territorial es igualmente consagrado por el artículo 2º del C. S. del T.

Las críticas al anterior sistema se apoyan especialmente en que la ley colombiana, no obstante acoger el principio de la territorialidad en su artículo 18 del Código Civil, procede inmediatamente a contrariarlo en su artículo 19 *ibidem*, al imponer por este texto a los colombianos residentes en el exterior la ley nacional (estatuto personal). Porque si el sistema territorial tiene su fundamento jurídico en el imperio absoluto de la ley del Estado sobre todas las personas que se hallen dentro del territorio en el cual ejerce su soberanía ese principio acogido por una nación e invulnerable para ella debería ser respetado por tal nación en su integridad a sus semejantes. La cuestión, con todo, es supremamente ardua. En ella

van envueltas materias relativas al estado civil y a la capacidad de las personas que no es del caso dilucidar. Basta aquí destacar que la legislación colombiana propone el sistema de la territorialidad de la ley en combinación con el estatuto personal para sus nacionales en el extranjero.

El sistema de la territorialidad, con todo, tiene un límite en la legislación colombiana. El de los derechos concedidos por los tratados públicos, según se advierte en el texto de las leyes atrás referidas. A este respecto existen dos tratados públicos en los cuales ha intervenido Colombia: El celebrado por este país con el Ecuador y los de Montevideo de 1889 y de 1940. Aquél y éstos estipulan reglas relacionadas con el estado y capacidad de las personas, y, concretamente los segundos, con los contratos y sus efectos. Pero invocar estos tratados —como lo hace el recurrente— para conseguir una solución de una situación contractual del trabajo en la cual las partes intervinientes son de nacionalidad holandesa, con la circunstancia de que el servicio ha sido prestado por el trabajador en Colombia no resulta exactamente adecuado al caso sub-lite. Si existiera un tratado público colombo-holandés que regulara la materia controvertida, a tal instrumento debería someterse el caso, y, en tal virtud, el problema, si aún subsistiera, quedaría notablemente reducido. Pero es lo cierto que son invocables el tratado con el Ecuador ni tampoco los de Montevideo, de los cuales la nación holandesa no fue signataria. La intención de libelista no llega a tanto. Pretende únicamente aplicar, por analogía, al sub-judice las tendencias o doctrinas que acoge el instrumento de Montevideo, y que consisten en la teoría del domicilio, que es quizás, en opinión de los tratadistas, la corriente jurídica más aceptable a la luz de la evolución contemporánea del derecho internacional privado. No se escapa a esta Sala que entre las vías más racionales de solución para los conflictos de leyes existe, en efecto, la mencionada teoría del domicilio, expuesta inicialmente por Savigny y admitida en la actualidad por buena parte de las legislaciones americanas. La Colombiana apenas si ha consagrado dicha solución en los instrumentos de Montevideo, pero en su legislación interna mantiene el principio de la territorialidad. De donde se colige que si

el caso estudiado no cabe dentro de las estipulaciones de dicho tratado, el juzgador necesariamente ha de verse compelido a buscar la solución territorial porque así lo ordenan tanto el derecho común como el estatuto sustantivo laboral, según los textos preinsertos.

2.—a).—Conforme a la doctrina del artículo 36 del C. de P. L., la controversia relativa a la existencia o personería sustantiva de la demandada sólo puede producir efectos en juicio cuando ha sido planteada como cuestión principal del debate, y es sabido que las cuestiones principales sólo pueden suscitarse (como acciones o como excepciones) al comienzo del juicio y hasta la primera audiencia de trámite; momento en el cual queda precisada la relación jurídico-procesal y fijados sus presupuestos.

b).—Desde el año de 1931 ha sostenido la Corte la nulidad por falta de personería sustantiva, siempre y cuando que tal cuestión haya sido controvertida como uno de los presupuestos procesales.

c).—También ha sentado la Corte que la falta de regularidad no puede ser alegada por la sociedad en su descargo, en virtud de lo dispuesto por el artículo 472 y siguientes del Código Civil (sic); pues si fuera absuelta por tal razón, la sanción sobre su propia falta recaería sobre terceros, y la sociedad —que por la ausencia de formalidades sería irregular más no inexistente— obtendría en su beneficio una situación ventajosa contra lo preceptuado en esas disposiciones y contra el principio "nemo auditur propriam turpitudinem allegans" (G. J. Tomo XLIII, página 562).

d).—Es síntesis de la anterior jurisprudencia la doctrina de que, demandada una sociedad bajo la apariencia de ser regular y perfecta, si ella no formula oportunamente reparo alguno acerca de su regularidad y entra a afrontar el debate sobre la acción de fondo, la cuestión de la regularidad no queda sub-judice y no hay motivo para que el Juez la provoque y esquive el problema de fondo. La sociedad no puede alegar, últimamente que se la absuelva por haber faltado al lleno de las formalidades de constitución, porque si por tales omisiones se la absolviese, la sanción por su falta recaería sobre terceros, y ello equivaldría a que la prime-

ra hiciera valer en su favor y en contra de los últimos, su propia culpa.

3.—Tiene sentado la jurisprudencia que la interpretación errónea sólo puede atribuírsele a aquellas disposiciones que se prestan a dos o más interpretaciones de diverso sentido, y se configura cuando dentro de éstos el sentido que el juzgador acoge es erróneo. Cabría el predicado de error interpretativo del artículo 13 si su contenido diera base a ser interpretado de diferentes maneras. Mas su texto es una proposición jurídica inexpugnable: la ley sustantiva consagra un mínimo de prestaciones; todo pacto por debajo de ese mínimo es nulo y carece de efectos.

La interpretación que el recurrente considera verdadera haría decir al texto anterior que todo pacto por encima del mínimo daría derecho a repetición de lo pagado, lo cual no se aviene en manera alguna con la sencilla declaración del mandato legal. O que si los "pluses" reconocidos y pagados lo fueron en desarrollo de un derecho extraño al colombiano, al aplicarse éste debería procederse a una compensación, sin tener en cuenta la heterogeneidad de los extremos, O que, no, habiéndose sobrepasado la prestación colombiana por mera liberalidad, puesto que ésta no se presume, lo dado en exceso al trabajador puede ser compensado por el patrono. Ninguna de estas interpretaciones caben dentro de la norma mencionada.

4.—La jurisprudencia laboral ha sostenido como línea de conducta invariable el principio de que la duda razonable, justificada, seria, acerca de la existencia del contrato de trabajo o del monto de las prestaciones, es causal eximente de la sanción consagrada por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. La tesis jurisprudencial anterior es un desarrollo del carácter exonerativo de la pena que se le ha atribuido a la buena fé patronal, por cuanto ésta, cuando está demostrada, se considera que ampara esos estados de duda razonables.

Se ha sostenido igualmente en la jurisdicción laboral que no sólo la duda atendible y razonable exonera de la sanción moratoria, sino que también produce iguales resultados el convencimiento de buena fé asumido por el patrono respecto de su carencia de obligación para con el trabajador.

5.—El entendimiento del artículo 65 con-

lleva a la luz de la jurisprudencia, la apreciación de los elementos subjetivos de mala mala fé o de buena fé para la aplicación de la norma. La sanción por ella consagrada no opera de plano sobre los casos de supuestas prestaciones sociales no satisfechas por el patrono, ya que tal indiscriminada imposición de la pena pecuniaria entrañaría, en muchos casos una tremenda aberración contraria a las normas del derecho que proponen el castigo como correctivo de la temeridad, como recíproco del ánimo doloso.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá D. E., nueve de abril de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Vélez García).

El señor G. M. G. I. Van Lanschot demandó, por conducto de apoderado, a la sociedad denominada "Compañía Real Holandesa de Vapores", representada por su gerente o inspector general, para que mediante los frámtes de un juicio ordinario del trabajo se hicieran las siguientes declaraciones: que el demandante prestó servicios a la demandada y que existió por tanto entre ellos un contrato de trabajo, desde el 30 de mayo de 1947 hasta el 30 de noviembre de 1952; que al finalizar dicho contrato la compañía no pagó a su trabajador las prestaciones sociales, y que, por ello la demandada debe al demandante dichas prestaciones consistentes en la cesantía de cinco años y seis meses de servicios, el reajuste de vacaciones en el lapso comprendido entre el 7 de agosto de 1950 y el 30 de noviembre de 1952, y la indemnización correspondiente por la mora en el pago de las anteriores prestaciones.

Dice el libelo que el señor Van Lanschot ingresó al servicio de la Compañía el 30 de mayo de 1947 y trabajó en forma continua hasta el 30 de noviembre de 1952; que en los últimos meses su remuneración constaba mensualmente de los siguientes apartes: \$ 845.00 pagaderos en Colombia; U. S. \$ 50.00 pagaderos en Panamá; \$ 266.00 correspondientes al arrendamiento de su casa de habitación y que le eran reconocidos por la empresa demandada, y \$ 250.00 por concepto de gastos de representación.

La entidad demandada contestó la demanda por conducto de apoderado; se opuso a las pretensiones del actor, sustentando que el contrato de trabajo se había formalizado en Holanda para que sus prestaciones, conforme a la legislación neer-

landesa, se cumplieran en dicho país. Según lo pactado, agregó, el trabajador podría ser enviado a otro país para que a nombre de la empresa continuara prestando sus servicios fuera de Holanda; en tal virtud, el señor Van Lanschot empezó a trabajar el 18 de noviembre de 1946, y no el 30 de mayo de 1947, y en desarrollo de dicha estipulación fue enviado no sólo a las ciudades colombianas de Buenaventura y Medellín, sino también a Curazao, en conexión permanente con los directores de Amsterdam. Al terminarse el contrato, la empresa le había satisfecho a Van Lanschot prestaciones superiores a las establecidas por la legislación colombiana, así: cuatro meses de vacaciones por cada cuatro años de servicios fuera del territorio holandés, con derecho a pasajes para él y su familia; vacaciones de dos semanas por cada año de servicio en el país donde lo estuviera prestando; salario consistente en un sueldo fundamental según las escalas de los salarios en vigor en los Países Bajos, sobre el cual se le concedían varios sobresueldos en concordancia con el nivel de vida local; derecho a pensión de vejez a los 55 años, en conexión con un servicio de Montepío compensación para la adquisición de vestuario, participación en las utilidades en proporción a los dividendos pagados en el correspondiente ejercicio y otros derechos adicionales de menor importancia. La demandada aceptó que Van Lanschot trabajó a su servicio en Colombia por el lapso temporal que establece el libelo (4 años y 10 meses), pero sostuvo que en el evento de que en contra de su tesis se la condenara a pagar cesantía, ésta ascendería, dando por sentado que su sueldo hubiere sido de \$ 1.486.50, a la suma de \$ 7.184.75. Y que como el trabajador había recibido prestaciones por un total de \$ 10.393.20, Van Lanschot debería devolver a la Compañía la suma de \$ 3.208.45. Por otra parte, al retirarse el trabajador, y al recibirse los efectos confiados a su cuidado, Van Lanschot le salía a deber a la Compañía la suma de \$ 6.281.47 por lo cual se hizo necesario que aquél girara a favor de ésta una letra de cambio por dicha suma. Propuso las excepciones de declinatoria de jurisdicción, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.

La "Compañía Real Holandesa de Vapores" y su subsidiaria en Colombia la "Compañía de Transportes S. A.", a su turno, presentaron demanda de reconversión contra G. M. G. I. Van Lanschot para que éste fuera condenado a pagarle a aquélla "las sumas percibidas por él en exceso de lo que le correspondía por concepto de pres-

taciones sociales, de conformidad con la ley colombiana, de conformidad con las reglamentaciones que a tal efecto verifique el Juzgado, de acuerdo con lo alegado y probado". Los hechos del libelo de reconversión versan sobre el exceso de \$ 3.208.45 y la suma de \$ 6.281.47 a cargo del trabajador, según lo que antes se deja relatado.

El señor Van Lanschot, por medio de apoderado, negó los hechos de la contrademanda; dijo no ser cierto que el contrato se hubiere celebrado conforme a la legislación holandesa, ni que se le hubieran pagado en exceso sus prestaciones, por concepto de las cuales se le adeudaban más de \$ 10.000.00 y explicó que la suma debida a la empresa al finalizar el contrato obedecía a que, haciendo uso de una autorización concedida a todos los empleados, había tomado avances a cuenta del sueldo, pero que por este concepto sólo le restaba por pagar la cantidad de \$ 2.995.00.

Decisiones de instancia.

Tramitada la litis por el Juez Primero del Trabajo de Bogotá, la demandada fue condenada a pagar al demandante las cantidades por los conceptos que a continuación se expresan: a) \$ 6.062.57 por auxilio de cesantía, b) \$ 2.370.95 por primas de servicio, y c) \$ 1.236.50 mensuales desde el 1º de diciembre de 1952 hasta cuando se efectúe el pago de las prestaciones anteriores, por concepto de indemnización moratoria. La empresa fue absuelta en lo demás y se declararon no probadas las excepciones que propuso. Igualmente se absolvió al demandante Van Lanschot de las peticiones de la demanda de reconversión presentada por la Compañía, a la cual se condenó en costas.

De la decisión anterior apeló la parte demandada. Elevados los autos al Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, esta entidad decidió el recurso por sentencia proferida el 17 de agosto de 1955, por la cual se confirmó el literal a) del fallo recurrido, se modificó el literal b) del mismo, en el sentido de reducir la condena por primas a la cantidad de \$ 550.72, y se revocó el literal c) con lo cual se absolvió a la demandada de la indemnización por mora. La providencia del a-quo fue confirmada en lo demás, y en esta segunda instancia no hubo condenación en costas.

El recurso de casación.

Las partes contendientes han interpuesto el recurso extraordinario de casación; concedido por

el ad-quem y admitido por la Corte, corresponde ahora resolverlo mediante el estudio de las demandas. La Sala cree conveniente realizar en primer término el estudio de la demanda de la parte demandada recurrente.

El recurso de la demandada recurrente.

Pretende la casación del fallo de segundo grado y la revocatoria de la sentencia del a-quo, como consecuencia de la declaratoria que haga la Corte en el sentido de que la ley del contrato fue la holandesa "y que esa situación no puede ser ahora desconocida ni al contrato se le pueden hacer producir ulteriores efectos sometiéndolo a posteriori a la ley colombiana".

Formula dos cargos, a saber:

Primer cargo.

Acusa la sentencia como violatoria de los artículos 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida "a una situación que no podía ser regulada por dichas normas". A tal violación llegó el Tribunal por error de hecho en la apreciación y alcance del contrato de trabajo de folios 135 y 136 del cuaderno segundo, y por falta de apreciación del dictamen del cuaderno primero, folios 79 a 92 "como de los demás documentos del cuaderno 2º", y también por haber interpretado y aplicado erróneamente otras disposiciones. (Más adelante se refiere a los artículos 20 y 18 del C. C., y 721, 722 y 723 del C. J.).

En la demostración argumenta que, para llegar a la conclusión de que el contrato de trabajo estuvo regulado por la ley colombiana y no por la holandesa, el Tribunal manifiesta: "Las razones expuestas por el procurador de la demandada son bastante serias, pero si el problema se estudia atendiendo al principio de la territorialidad de la ley colombiana, y su aplicación tanto a nacionales como a extranjeros, consagrado en las disposiciones legales, y si se mira a la luz de la legislación social de nuestro país, el camino a seguir es bien distinto".

El recurrente agrega que a continuación de lo anterior, el Tribunal transcribe los artículos 20 y 18 del Código Civil como consagratorios de la territorialidad de la ley; cita igualmente en forma vaga a los "tratadistas del Derecho Internacional" y transcribe un párrafo sin indicar su origen, al par que analiza los artículos 2º y 14 del Código Sustantivo del Trabajo y 5º del C. de P. L. Seguidamente transcribe el siguiente texto

de la providencia recurrida: "Quiere esto significar que parte del contrato se sometió a la legislación holandesa, aunque esta última consideración no es valedera ante la legislación colombiana, puesto que el contrato tuvo sus efectos en Colombia".

Dice el apoderado de la demandada que la interpretación que el Tribunal hace de los artículos 20 y 18 del Código Civil y su pretendida aplicación al caso sub-lite son totalmente erróneas. En efecto —agrega—: la primera parte del artículo 20 establece el estatuto real, es decir el régimen de los bienes situados en nuestro territorio y el artículo 18 se refiere a la obligatoriedad de la ley para las personas que se hallen en Colombia, bien se trate de nacionales o extranjeros; pero ninguno de los dos casos tiene nada que ver con el régimen de los contratos celebrados en el extranjero cuando tales contratos no se han celebrado para tener efectos en Colombia de manera exclusiva, sino que el lugar de su cumplimiento es indeterminado, como ocurre en el caso presente.

Afirma que una cosa es el régimen de los bienes y de las personas y otra es el de los contratos. Cita en su apoyo la doctrina expuesta por el profesor Cock A. en su tratado de "Derecho Internacional Privado", 1940 página 198, quien analiza, así el artículo 20 del C. C.:

"Conforme a la disposición copiada, los bienes, cualquiera que sea su naturaleza, ora formen parte del territorio, como los bienes raíces, o simplemente se encuentren en él, como los muebles y las cosas incorpóreas (derechos reales, créditos etc.) se rigen exclusivamente por la ley colombiana tanto en cuanto a su calidad, a su posesión, a su enajenabilidad absoluta y relativa, como en cuanto a las relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles (prendas, hipotecas etc.)".

"Y decimos relaciones de derecho de carácter real porque como lo dice la misma disposición y lo veremos al tratar de los contratos y obligaciones, la sujeción de los bienes en Colombia a la ley territorial es sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos celebrados válidamente en país extraño. Y comenta el recurrente: el trabajo humano no es una mercancía mueble ni inmueble, de allí que no pueda cobijarse por la disposición que regula el régimen de los bienes de los extranjeros en el territorio nacional.

El recurrente transcribe las doctrinas expuestas por el tratadista Joaquín Caicedo Castilla en tor-

no al artículo 18 del Código Civil, virtualmente reemplazado por el 59 de la Ley 149 de 1888, cuyo texto ordena que "las leyes obligan a todos los habitantes del país inclusive los extranjeros, sean domiciliados o transeúntes, salvo respecto de estos los derechos concedidos por los tratados públicos". (Subraya el libelista). A este respecto dice el profesor Caicedo Castilla, citado por el recurrente, que "la doctrina de la territorialidad absoluta es acogida por muy raras legislaciones en la hora presente. El movimiento jurídico se divide hoy entre la teoría de la ley nacional o personalidad del derecho, expuesta por el italiano Mancini y prohijada por la mayoría de los códigos europeos, y la teoría del domicilio, expuesta primeramente por Savigny y admitida actualmente por la mayoría de las legislaciones americanas". Concluye sustentando la tesis de que ni el artículo 20 ni mucho menos el 18 —subrogado como queda dicho— contemplan la situación del régimen de un contrato celebrado en el extranjero y que las partes sometieron expresamente a la legislación de su propio país, "Lex loci contractus". De donde concluye que el Tribunal, al aducir tales disposiciones las interpretó erróneamente y las aplicó a una situación no contemplada por ellas.

Añade que de conformidad con el artículo 2º del Código Sustantivo del Trabajo, dicho estatuto rige en el territorio de la República para todos sus habitantes, sin consideración a su nacionalidad, y según el artículo 14 de la misma obra las normas que regulan el trabajo humano son de orden público y por ende irrenunciables los derechos y prerrogativas que confieren.

Pero para la aplicación del Código —bien se trate de nacionales o extranjeros— es indispensable que entre las partes demandante y demandada exista un contrato de trabajo. Destaca el recurrente los tres elementos que, para la configuración contractual, establece el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, y advierte que en el caso de autos se señala como demandado a la Compañía Real Holandesa de Vapores de Bogotá, mientras que la dependencia o subordinación de Van Lanschot se mantuvo efectivamente con la Compañía Real Holandesa de Amsterdam. Incurrió el Tribunal en manifiesto error de hecho —añade— al no apreciar el dictamen pericial en que claramente se indica que entre el demandante Lanschot y la empresa demandada no existió vínculo contractual alguno sino que Lanschot fue contratado y mantuvo su dependencia con sus patronos de Amsterdam directamente. Afirma que

el Tribunal no dio cumplimiento a los artículos 721, 722 y 723 del Código Judicial que confieren fuerza de plena prueba al dictamen pericial.

Dice que las conclusiones del perito fueron terminantes a saber: 1) El contrato vigente fue el celebrado en Amsterdam cuya traducción aparece a folios 135 y 136 (folio 80); 2) El perito no ha encontrado ningún instrumento sustitutivo de tal contrato y, 3) Todos los documentos evidencian que la casa matriz mantuvo un control minucioso sobre el desarrollo del contrato por parte de su trabajador en Colombia.

Siendo ello así, la dependencia y subordinación del trabajador no obraba respecto de la parte demandada, sino entre el demandante y sus patronos de Amsterdam. No existiendo contrato de trabajo entre las partes, a la luz del artículo 23, había incompetencia de jurisdicción; y ésta, al no ser declarada por el Tribunal, condujo a la violación por éste de las disposiciones reguladoras de la cesantía y de la prima de servicios, cuyo presupuesto esencial es la existencia del contrato de trabajo sometido al régimen legal colombiano.

También se equivoca el Tribunal cuando dice que el contrato estaba parcialmente sometido a la legislación holandesa y parcialmente a la ley colombiana, por apreciación errónea del contrato. El artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo estatuye que la norma que se adopte en caso de conflicto debe aplicarse en su integridad; y que si ello es así respecto de disposiciones de la misma legislación colombiana, a *fortiori* lo es cuando se trata de disposiciones legales que generen conflicto de derecho internacional privado, porque el contrato de trabajo es uno e indivisible.

Aduce que el manifiesto error de hecho consistió en que, al apreciar dicho contrato, el sentenciador estimó que aquél "tuvo sus efectos en Colombia". Del dictamen pericial y de los documentos en que se funda y que fueron materia de la inspección ocular (cuaderno 2º), que no fueron apreciados por el *ad-quem*, se deduce que el contrato se cumplió con arreglo a la ley holandesa, y que durante su ejecución el trabajador recibió derechos emanados de dicha legislación. Por ende, si el contrato se cumplió en su totalidad con arreglo a tal ley, no se puede decir posteriormente que los efectos de aquél puedan someterse a una ley distinta, ya que el contrato es de tracto sucesivo; y después de cumplido un contrato con arreglo a una ley, no puede jurídicamente hacérsele producir efectos con arreglo a otra.

En apoyo de su tesis sustenta tres puntos así:

a) — Los contratantes se sometieron para todos los efectos del contrato a la ley holandesa. Basta leer el texto del último para reconocer esta realidad;

b) — Con dicho contrato no se violaba en manera alguna norma imperativa de la legislación colombiana, porque aquél no fue celebrado para que tuviera cumplimiento en Colombia, sino que el trabajador, al principio contratado como contador de buque, tendría que ir a cualquier parte a donde fuese enviado por el Armador, inclusive a países beligerantes o a puertos bloqueados por la guerra. "El trabajo de Lanschot en nuestro país no fue un hecho que previamente se hubiese exigido, fue más bien accidental u ocasional a pesar de su duración, pues el empleado sabía y admitía que estaba dependiendo de su casa matriz";

c) — "Si era la expresa voluntad de las partes, la de someter el contrato a la ley holandesa, cualquiera que fuese el país a donde se trasladase el empleado, con ello no se estaba violando norma alguna de orden público de la ley colombiana. El centro de gravedad del contrato seguía siendo Amsterdam. No es necesario ver en todas partes intención de violar la ley cuando las partes no han estado en condiciones de poder referirse a una ley determinada. También la ley holandesa confiere derechos sociales y el empleado quiso gozar de ellos".

El recurrente cita en auxilio de su posición las opiniones doctrinarias de los tratadistas Krotoschin y Cock, para afirmar que en Colombia no existe disposición alguna que expresamente prohíba que las partes foráneas puedan libremente disponer que su contrato de trabajo se rija por la ley de su país de origen, cuando ese contrato no se ha celebrado con la finalidad expresa de ejecutarse en su totalidad en Colombia, aunque el trabajador haya podido estar en nuestro país.

De manera que lo fundamental está en indagar si el contrato se celebró o no con la finalidad de cumplirse expresamente en Colombia. Y si no se celebró con tal finalidad, bien podían someterse a su propia ley, que regulaba el centro de gravedad contractual. Dice que esta tesis es el principio acatado por Colombia en el Tratado de Montevideo, en el cual sí existe un criterio de solución para este problema en el campo del derecho laboral. La misma regulación se acoge en el tratado con el Ecuador (cita las normas pertinentes de estos dos tratados) y colige que, aún en materia de contratos sobre prestación de servicios, nuestro país ha admitido que ellos se ri-

gen por la ley del lugar de su celebración cuando el contrato no tiene por finalidad expresa la de cumplirse en Colombia. Es así que en el presente caso el contrato no se celebró para que expresamente produjera efectos en Colombia, luego se rige por las leyes del lugar de su celebración. Añade finalmente que el criterio más acertado para saber a qué ley se sometió un contrato de trabajo ya terminado, es el de analizar la manera como las partes lo ejecutaron; y que, en el caso de autos, el contrato se ejecutó primeramente en el país de su celebración, Amsterdam, Holanda; luego en Buenaventura, Curazao y Medellín, de donde se infiere que el contrato, que es indivisible, no se cumplió solamente aquí, sino en varios países, y entonces su finalidad no fué expresamente la de cumplirse en Colombia, sino que fue, como se desprende de su mismo texto, la de someterse a la jurisdicción holandesa sin obligación del empleado de ir a cualquier lugar indeterminado a donde lo mandaran los patronos.

En adición a todo lo ya expuesto — concluye el recurrente — el Tribunal fue también conducido a las violaciones indicadas por haber incurrido en error de hecho al no tener en cuenta que el folio 144 vuelto se encuentra la prueba de que la Compañía Real Holandesa de Vapores S. A. no aparece inscrita en la Superintendencia de Sociedades Anónimas, como si lo está su Agente que lo es la "Compañía Transportadora S. A.". Esa prueba es de cardinal importancia, agrega, desde el punto de vista de la personería sustantiva de la parte demandada en cuanto ella incide sobre la interpretación del contrato de trabajo. Argumenta diciendo que para que una sociedad anónima tenga existencia y pueda ser demandada en Colombia se requiere que se haya constituido, registrado y obtenido permiso para funcionar — si se trata de sociedad extranjera — con el lleno de los requisitos exigidos por los artículos 1º de la Ley 125 de 1888, 1º y 4º del Decreto Legislativo número 2 de 1906, 2º de la Ley 42 de 1938 en armonía con los artículos 467, 469 y 470 del Código de Comercio, y con sujeción además a las prescripciones del Decreto 2521 de 1950 reglamentario del mismo Código y de la Ley 58 de 1931 en relación con la Ley 66 de 1947, artículo 40.

Si no se ha firmado escritura pública de constitución, ni obtenido permiso, ni registrado etc., la sociedad anónima extranjera carece de existencia legal. La empresa que sí la tiene es la Compañía Transportadora S. A. Entonces, si el contrato de trabajo de Van Lanschot, como él pretende, está sujeto a la ley colombiana (su-

puesto que el recurrente rechaza), entonces sus servicios habrían sido prestados no a la Real Holandesa que es la demandada sino a la Transportadora, sociedad que no ha sido parte en el litigio. Concluye que la falta de apreciación de esa prueba complementada con los errores de hecho ya anotados llevaron al Tribunal a la violación de la ley sustantiva por este último aspecto. Después de hacer una recapitulación sintética de este extenso cargo, pide que la Corte admita su prosperidad.

Se considera:

Si no obstante el esfuerzo multiseccular de comentaristas y jurisperitos, aún subsisten puntos casi indespejables en el campo del derecho común para resolver las situaciones que plantean el estado, la capacidad y las relaciones de las personas privadas en el campo internacional, con mayor razón surgen dificultades en el terreno del derecho laboral cuyas elaboraciones doctrinales son incuestionablemente de muy reciente data.

Entre las diversas fórmulas acogidas por los expertos de jusprivatismo extranjero para resolver los conflictos de leyes en relación con los efectos del contrato, el autor del presente recurso elige la de que aquél debe regirse por la ley del lugar de su celebración, según el enunciado "Lex loci contractus", y rechaza la escogida por el sentenciador consistente en que el contrato se rige por la ley del lugar de su cumplimiento, condensada en el aforismo "Lex loci solutionis", en razón del principio de la territorialidad.

El ataque contra el proveimiento formulado por vía indirecta (con base en mala estimación o desestimación de las pruebas que señale el recurrente), busca demostrar como el ad-quem, al haber acogido la última tesis, contrarió la evidencia de los hechos y transgredió normas de derecho civil tanto sustantivas como de procedimiento al par que violó disposiciones de derecho laboral. El recurrente cita los textos legales que considera violados y la Corte va a estudiar si se configuran las pretendidas transgresiones indirectas que se le atribuyen a la sentencia.

Haciendo abstracción, por no venir al caso, de las múltiples corrientes de opinión doctrinaria en torno al tratamiento que deba dársele al fenómeno del conflicto de leyes, dos tendencias principales se han disputado la primacía en el derecho internacional privado para la solución jurídica de casos como el de autos: la que sustenta la territorialidad de la ley y la que aboga por la aplicación de los estatutos. Propugna aquélla por la validez exclusiva de las leyes del Estado

sobre el ámbito territorial del mismo, sin atender a la condición de nacional o extranjero de la persona, y proclama la segunda que las leyes, descompuestas en estatutos de carácter personal y estatutos de carácter real (aquellos relativos al régimen de las personas y éstos al de las cosas) tienen alcance diverso en el evento de la colisión de normas: los primeros tienen fuerza extraterritorial, se aplican aún a los nacionales que se encuentren en el extranjero; los segundos son estrictamente territoriales.

Sin entrar a calificar el valor científico de tales puntos de vista, aunque advirtiendo que los estudiosos de esta ardua rama del derecho formulan críticas severas a una y otra posición, y avanzan en la búsqueda de nuevas soluciones, es menester reconocer que la legislación colombiana es de un marcado carácter territorialista. Anclada en tal postura (que no por parecer a muchos desueta puede determinar en el aplicador su desobediencia), la vigencia territorial casi absoluta de la ley está consagrada por el artículo 10 de la Carta, por el 18 del Código Civil, y más concretamente por los artículos 59 de la Ley 149 de 1888 y 57 de la Ley 4ª de 1913. Estas dos últimas disposiciones que son reformatorias de la anterior, se concretan en un texto de idéntico tenor literal que a la letra dice:

Artículo 59 de la Ley 149 de 1888 (57 de la Ley 4ª de 1913): "Las leyes obligan a todos los habitantes del país, inclusive los extranjeros, sean domiciliados o transeúntes, salvo, respecto de éstos los derechos concedidos por los tratados públicos".

El principio territorial es igualmente consagrado por el artículo 2º del Código Sustantivo del Trabajo que reza:

"Artículo 2º.—El presente Código rige en todo el territorio de la República para todos sus habitantes, sin consideración a su nacionalidad".

Las críticas al anterior sistema se apoyan especialmente en que la ley colombiana, no obstante acoger el principio de la territorialidad en su artículo 18 del Código Civil, procede inmediatamente a contrariarlo en su artículo 19 *ibidem*, al imponer por este texto a los colombianos residentes en el exterior la ley nacional (estatuto personal). Porque si el sistema territorial tiene su fundamento jurídico en el imperio absoluto de la ley del Estado sobre todas las personas que se hallen dentro del territorio en el cual ejercita su soberanía, ese principio —acogido por una nación e invulnerable para ella— debería ser respetado por tal nación en su integridad a sus se-

mejantes. La cuestión, con todo, es supremamente ardua. En ella van envueltas materias relativas al estado civil y a la capacidad de las personas que no es del caso dilucidar. Basta aquí destacar que la legislación colombiana propone el sistema de la territorialidad de la ley en combinación con el estatuto personal para sus nacionales en el extranjero.

El sistema de la territorialidad, con todo, tiene un límite en la legislación colombiana. El de los derechos concedidos por los tratados públicos, según se advierte en el texto de las leyes atrás referidas. A este respecto existen dos tratados públicos en los cuales ha intervenido Colombia: El celebrado por este país con el Ecuador y los de Montevideo de 1889 y de 1940. Aquél y éstos estipulan reglas relacionadas con el estado y capacidad de las personas, y, concretamente los segundos, con los contratos y sus efectos. Pero invocar estos tratados —como lo hace el recurrente— para conseguir una solución de una situación contractual del trabajo en la cual las partes intervinientes son de nacionalidad holandesa, con la circunstancia de que el servicio ha sido prestado por el trabajador en Colombia, no resulta exactamente adecuado al caso *sub-lite*. Si existiera un tratado público *colombo-holandés* que regulara la materia controvertida, a tal instrumento debería someterse el caso, y, en tal virtud, el problema, si aún subsistiera, quedaría notablemente reducido. Pero es lo cierto que no son invocables el tratado con el Ecuador ni tampoco los de Montevideo, de los cuales la nación holandesa no fue signataria. La intención del libelista no llega a tanto. Pretende únicamente aplicar, por analogía, al *sub-judice*, las tendencias o doctrinas que acoge el instrumento de Montevideo y que consisten en la teoría del domicilio, que es quizás, en opinión de los tratadistas, la corriente jurídica más aceptable a la luz de la evolución contemporánea del derecho internacional privado. No se escapa a esta Sala que entre las vías más racionales de solución para los conflictos de leyes existe, en efecto, la mencionada teoría del domicilio, expuesta inicialmente por Savigny y admitida en la actualidad por buena parte de las legislaciones americanas. La Colombiana apenas si ha consagrado dicha solución en los instrumentos de Montevideo, pero en su legislación interna mantiene el principio de la territorialidad. De donde se colige que si el caso estudiado —como es el que se contempla— no cabe dentro de las estipulaciones de dicho tratado, el juzgador necesariamente ha de verse compelido a buscar la solución territorial porque

así lo ordenan tanto el derecho común como el estatuto sustantivo laboral, según los textos preinsertos.

Un nuevo paso del ataque indirecto se apoya en la desestimación del dictamen pericial en cuanto a que por éste hubo de establecerse que "el contrato vigente fue el celebrado en Amsterdam cuya traducción aparece a folios 135 y 136". Se pronuncia acaso efectivamente el perito acerca de la vigencia de dicho contrato? El encargo que a éste se le encomendó excluía todo concepto de puro derecho —como sería el referente a la vigencia de un contrato— y versaba expresamente, como lo ordena la ley como lo dispuso el Juez a quo, sobre el estudio de un acervo documental determinado a efecto de establecer "que las relaciones que llegaron a existir entre el demandante y las Compañías Real Holandesa y Transportadora de Bogotá, obedecieron siempre a instrucciones precisas de la Casa Matriz de Amsterdam". (Folio 51). El perito destaca la obvia limitación de su cometido cuando advierte que desde la segunda audiencia de trámite se había dispuesto que no podría emitir ningún concepto jurídico, sino que su labor se reduciría "a examinar los papeles que se le entreguen para establecer en qué condiciones o en qué forma trabajó el actor a la Compañía Real Holandesa de Vapores, para que el Juez (.....) pueda deducir si el contrato celebrado entre las partes se regía por la ley colombiana o por la ley de los Países Bajos". (Folio 79).

Ateniéndose rigurosamente a las anteriores orientaciones, el perito rindió sus dictámenes sobre simples hechos que en este particular fueron:

"1.—El actor celebró en Amsterdam, el 18 de noviembre de 1946, con la Compañía Real Holandesa de Vapores, el contrato cuya copia figura a folios 90 y 91, y cuya traducción es visible a folios 135 y 136, para trabajar como contador de buques."

"2.—El 29 de abril de 1947, en Buenaventura, el Inspector de la misma Compañía comunicó verbalmente al actor haber recibido un telegrama de nuestra dirección en Amsterdam, dijo, según el cual se le ofrecía un puesto como empleado en ultramar, inicialmente a título de ensayo. El actor avisó que "aceptaría con mucho gusto esta oferta de la Dirección" lo que el inspector transmitió a Amsterdam. Al día siguiente 30 de abril, se hizo constar por escrito, por vía de confirmación, lo que se deja relatado, (original a folio 176, trad. a fl. 183)."

"3.—Aunque los servicios del actor en Colombia

no empezaron a prestarse inmediatamente (folio 123) sino el 1º de junio 1947, la 'declaración' referente a un 'nuevo contrato celebrado por esta Compañía distinto de los anteriores y que ninguna relación tiene con ellos', sólo se firmó por el actor, ante testigos, en Buenaventura, el 22 de agosto de 1947 (folio 6). Pero el perito no ha encontrado en los autos ningún documento en que conste por escrito este 'nuevo contrato' (Folio 80).

Los hechos que destaca de manera objetiva el perito son: a)—Que obra un contrato celebrado en Amsterdam por el cual el actor se comprometió a prestar sus servicios como Contador de Buque; b)—Que, posteriormente en Buenaventura, le fue ofrecido al actor y fue aceptado por éste, un puesto como empleado de ultramar, y c)—Que aunque el actor declaró ante dos testigos que el nuevo contrato celebrado con la Compañía era distinto de los anteriores, no existe en autos ningún documento en que conste por escrito dicho nuevo contrato. Pero no es exacto, como afirma el recurrente, que el perito se hubiera precipitado a emitir concepto expreso sobre materia jurídica, como sería la de declarar vigente un contrato y de contera tácitamente desechar la validez o existencia de otros. Es lo cierto que el punto séptimo de la peritación indica que la Casa Matriz de Amsterdam mantuvo un control riguroso respecto del desarrollo del contrato del actor en Colombia. Y que todo movimiento, todo aumento de salarios, todo plan de traslados eran consultados a Amsterdam o eran ordenados directamente por la Casa Matriz. Pero lo que importaba saber en principio al juzgador desde el punto de vista del derecho del trabajo no era a quién o a quiénes beneficiaba el servicio de Van Lanschot, sino cuál la realidad objetiva de ese servicio. El artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo da la pauta sobre este particular: dice que toda relación de trabajo personal se presume por un contrato de trabajo. Es decir que todo servicio rendido personalmente por un individuo se presume regulado por un contrato laboral. Haciendo abstracción del sujeto patronal o de la persona o entidad beneficiaria de ese servicio —que es un nuevo sesgo del problema y que también constituye objeto de ataque, como más adelante se verá— lo que le interesaba al juzgador en este primer momento era sopesar la realidad contractual, con el fin consiguiente de valorar a la luz del derecho las diversas modalidades implicadas en la controversia, tales como la ley aplicable y los efectos del contrato. Desde

el punto de vista de la existencia del contrato no aparece error evidente en la evaluación hecha por el sentenciador del dictamen analizado. La Sala se reserva para hacer más adelante el análisis del aspecto subjetivo-patronal del contrato, según los planteamientos formulados por el recurrente.

Ya se ha visto cómo si existiese un tratado colombo-holandés que regulara la materia controvertida, el problema, de subsistir, perdería sus actuales proporciones. La acusación sustenta que, a la luz de los tratados internacionales con el Ecuador y multilateral de Montevedo, si bien el primero acoge la ley del lugar de la celebración y el segundo la ley del domicilio del deudor (salvo si se trata de bienes situados en otra parte), ambos establecen la excepción de que si el contrato debe cumplirse precisamente en el otro país o si su eficacia se relaciona con algún lugar especial donde haya de producir sus efectos, se aplicarán las leyes de este país o lugar.

Ayudado en tal doctrina (Lex loci contractus) y en sus excepciones, el libelista argumenta que "si el contrato no relaciona su eficacia, con algún lugar especial, determinado, la ley aplicable es la del lugar de su celebración". Formula la premisa menor de que el presente contrato "no se celebró para que expresamente produjera efectos en Colombia", y concluye que, por tanto debe regirse por la ley de Holanda que fue el lugar de su celebración. Claro está que tales deducciones no son de *facto*, sino de *jure*, no obstante lo cual el recurrente sobre este aspecto insiste en atribuirle error de hecho al sentenciador.

La Sala discrepa de los puntos de vista del apoderado de la parte demandada en razón de las siguientes consideraciones:

1º—Porque si la solución propuesta corresponde, en abstracto, a la doctrina consagrada por los tratados (colombo-ecuatoriano y de Montevedo), no puede ser acogida en el caso *sub-lite*, en vista de la inexistencia de tratado internacional con Holanda que regule la materia. El juzgador no podía desestimar principios de derecho positivo, como el de la territorialidad, so pretexto de consultar y aplicar una mera tendencia de derecho internacional privado que no regula específicamente la cuestión controvertida, y sólo consagrada en tratados inaplicables al caso.

2º—El fin principal del contrato no fue el de producir efectos en Colombia, pero la realidad contemplada es la de que a causa de circunstancias diversas, el contrato debió cumplirse principalmente en este país. Ante este hecho se pre-

senta una oposición entre la tendencia de aplicar la ley holandesa que reguló la celebración del contrato (comitas gentium, o cortesía internacional), y los mandatos positivos y expresos de la ley colombiana (territorialidad, "lex loci solutionis"), al tenor de las normas precitadas; no es contraria a derecho —sino conforme a él— la adopción hecha por el juzgador de los mandatos positivos con el desechamiento de la mera tendencia, tanto más cuanto que la cuestión debatida se relaciona con el orden público (artículo 14 del C. S. del T.), y los derechos controvertidos eran de carácter irrenunciable.

3º.—A más de las razones anteriores, la Sala advierte que el contrato escrito celebrado en Holanda el 18 de noviembre de 1946 se refiere a la prestación de servicios específicos de **tripulantes contador de buque**, por parte del señor Van Lanschot, y en cambio se observa que el nuevo acuerdo realizado por correspondencia entre éste y Amsterdam, el 30 de abril de 1947 en Buenaventura, versa sobre el desempeño de "un puesto como empleado de ultramar". Hubo por tanto una modificación del servicio por prestar, y esa mutación afectaba indudablemente la relación contractual. A nadie se le oculta que esta suplantación de servicio dejaba en más o menos desuetud las estipulaciones del contrato escrito de Holanda, ya que la labor de un empleado de ultramar es completamente distinta a la de un tripulante contador de barco. Ello exigía que el tratamiento dado a la cuestión se orientara hacia la estimación de un "contrato realidad", más que hacia la acomodación del problema en el texto escrito del primitivo contrato² cuyas estipulaciones no versaban exactamente sobre el servicio real del nuevo acuerdo. Además, habiendo sido rendido tal servicio en el país colombiano, era de rigor aplicar la legislación colombiana debido a su vigencia territorial casi absoluta (normas precitadas), y a la ausencia de un instrumento internacional aplicable. Todo lo cual hace que la Sala no halle configurada ninguna de las violaciones indirectas que el recurrente alega.

Sostiene el recurrente la inexistencia de la Compañía Real Holandesa de Vapores S. A., que es la demandada, de cuyo representante en Colombia el mismo libelista recibió poder para actuar en el presente juicio. Sustenta de igual manera la ilegitimación en causa de la demandada, al decir que la demanda se dirigió contra la Compañía Real Holandesa de Vapores de Bogotá, cuando debía haberse orientado contra la Compañía Real Holandesa de Vapores de Amsterdam.

Es lo cierto que la demanda aparece entablada contra "la Compañía Real Holandesa de Vapores" (Folio 2º cuaderno principal).

Corresponde resolver lo relativo a la pretendida inexistencia de la demandada. En sentir de la Sala el ataque por este aspecto es inadecuado en razón de las siguientes consideraciones:

a)—Conforme a la doctrina del artículo 36 del C. de P. L., la controversia relativa a la existencia o personería sustantiva de la demandada sólo puede producir efectos en juicio cuando ha sido planteada como cuestión principal del debate, y es sabido que las cuestiones principales sólo pueden suscitarse (como acciones o como excepciones) al comienzo del juicio y hasta la primera audiencia de trámite, momento en el cual queda precisada la relación jurídico-procesal y fijados sus presupuestos. (No se advierte en el proceso que la Compañía demandada hubiera alegado en tal oportunidad su inexistencia como excepción).

b)—Desde el año de 1931 ha sostenido la Corte la nulidad por falta de personería sustantiva, siempre y cuando que tal cuestión haya sido controvertida como uno de los presupuestos procesales.

c)—También ha sostenido la Corte que la falta de regularidad (ya que aquí no cabe la inexistencia radical) no puede ser alegada por la sociedad en su descargo, en virtud de lo dispuesto por el artículo 472 y siguientes del Código de Comercio; pues si fuera abuelta por tal razón, la sanción sobre su propia falta recaería sobre terceros, y la sociedad —qua por la ausencia de formalidades sería irregular mas no inexistente— obtendría en su beneficio una situación ventajosa, contra lo preceptuado en esas disposiciones y contra el principio "nemo auditur propriam turpitudinem allegans" (G. J. Tomo XLII, pág. 582).

d)—Es síntesis de la anterior jurisprudencia la doctrina de que, demandada una sociedad bajo la apariencia de ser regular y perfecta, si ella no formula oportunamente reparo alguno acerca de su regularidad y entra a afrontar el debate sobre la acción de fondo, la cuestión de la regularidad no queda sub-judice y no hay motivo para que el Juez la provoque y esquivé el problema de fondo. La sociedad no puede alegar últimamente que se la absuelva por haber faltado al lleno de las formalidades de constitución, porque si por tales omisiones se la absolviese, la sanción por su falta recaería sobre terceros y ello equivaldría a que la primera luciera valer en su favor y en contra de los últimos, su propia culpa. Por todo lo cual, no aparecen configuradas las violaciones

que se le atribuyen a la sentencia, y, por ello, no prospera el cargo.

Segundo cargo.

Se acusa la sentencia por violación de los artículos 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo por aplicación indebida, a la cual fue inducido el fallador por interpretación errónea del artículo 13 ibidem, en armonía con el 21, y por falta de aplicación del artículo 1.714 y siguientes del Código Civil; y error de hecho consistente en la falta de apreciación de la confesión contenida en la contestación a la demanda de reconvencción (folio 31), de los recibos del cuaderno 2º sobre prestaciones extralegales recibidas por el trabajador, debidamente reconocidos en las posiciones de folio 49 y de los documentos que obran a folios 20 y 21 del expediente.

Manifiesta que el Tribunal se niega a operar la compensación entre las sumas recibidas por Van Lanschot y confesadas por éste, sobre cantidades imputadas a derechos no reconocidos por la ley colombiana, por considerar que el artículo 13 del C. S. del T. estatuye apenas un mínimo de derechos.

El sentido de tal disposición —arguye— no es el de que un mismo contrato de trabajo pueda estar revestido del privilegio, de ubicuidad legal consistente en que el trabajador pueda prevalerse de los derechos establecidos por las legislaciones de dos países diferentes. Ello no es posible ni siquiera respecto de normas de la misma legislación colombiana según lo preceptúa el artículo 21 ibidem.

Si se reconoce que el contrato de trabajo se rigió por la ley colombiana, y en parte por la holandesa —como lo hizo el Tribunal— entonces es incontestable que las sumas de dinero por conceptos distintos del salario deben ser repetidas (reintegradas) por el trabajador, porque dos derechos distintos no pueden juntarse para producir efectos respecto de un solo contrato de trabajo. Agrega que tales sumas “recibidas por participación de utilidades, vacaciones con \$ 5.490.00 de remuneración y \$ 1.870.00 por pasajes, carecen entonces de justificación porque fueron pagadas en la inteligencia de que los efectos totales del contrato se regulaban por la ley neerlandesa”.

Añade que el espíritu de liberalidad no se presume. Que la interpretación del artículo 13 del Código del Trabajo no es la de que un mismo contrato de trabajo que se ejecute en Colombia pueda generar para el patrono obligaciones no

otorgadas por nuestra ley, en forma obligatoria. Lo recibido en exceso de lo legal constituye una deuda originada en el contrato de trabajo como resultado de una interpretación errónea que no fue la convenida por las partes.

Si esas sumas constituyen una deuda originada en el contrato laboral, pues ningún otro nexo podía existir entre los contratantes, entonces es de aplicación imperiosa el artículo 1.714 del Código Civil y concordantes de la misma obra, pues la compensación se opera por el solo ministerio de la ley, y en el presente caso ella fue demandada expresamente en la reconvencción.

Examen del cargo:

La formulación de este ataque presenta dos facetas: interpretación errónea del artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo etc., y error de hecho por falta de apreciación de los documentos en los cuales consta que el demandante recibió prestaciones extralegales de conformidad con el contrato escrito y con base en la ley holandesa.

La Sala destaca el hecho de que el ad-queam no inapreció la realidad de que Van Lanschot hubiera recibido de la Compañía demandada las prestaciones a que se contraen las pruebas documentales señaladas. No se configura por ello el error “por falta de apreciación” de éstas como lo dice el recurrente. Aún más: la apreciación hecha por el sentenciador no es contraevidente. La acusación, por tanto, se concreta a la pretendida violación del artículo 13 por interpretación errónea. Este texto preceptúa: “Las disposiciones de este Código contienen el mínimo de derechos y garantías consagrados en favor de los trabajadores. No produce efecto alguno cualquiera estipulación que afecte o desconozca este mínimo”.

La clara manifestación legal del anterior precepto será acaso susceptible de transgresión por entendimiento incorrecto? Tiene sentado la jurisprudencia que la interpretación errónea sólo puede atribuírsele a aquellas disposiciones que se prestan a dos o más interpretaciones de diverso sentido, y se configura cuando dentro de éstos, el sentido que el juzgador acoge es erróneo. Cabría el predicado de error interpretativo del artículo 13 si su contenido diera base a ser interpretado de diferentes maneras. Mas su texto es una proposición jurídica inexpugnable: la ley sustantiva consagra un mínimo de prestaciones; todo pacto por debajo de ese mínimo es nulo y carece de efectos.

La interpretación que el recurrente considera verdadera haría decir al texto anterior que todo pacto por encima del mínimo daría derecho a repetición de lo pagado, lo cual no se aviene en manera alguna con la sencilla declaración del mandato legal. O que si que los "pluses" reconocidos y pagados lo fueron en desarrollo de un derecho extraño al colombiano, al aplicarse éste debería procederse a una compensación, sin tener en cuenta la heterogeneidad de los extremos. O que, no habiéndose sobrepasado la prestación colombiana por mera liberalidad, puesto que ésta no se presume, lo dado en exceso al trabajador puede ser compensado por el patrono. Ninguna de estas interpretaciones caben dentro de la norma preinserta. No se configura por tanto la interpretación errónea que se predica del proveído, y en consecuencia el cargo no prospera.

El recurso del demandante-recurrente.

Aspira a que la Corte case la sentencia recurrida en lo que se refiere a salarios caídos, y en su lugar condene a la Compañía Real Holandesa de Vapores a pagar a G. M. G. I. Van Lanschot la suma que por tal concepto decretó a cargo de aquélla el señor Juez de primera instancia.

Cargo único.

Acusa la sentencia de ser violatoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por interpretación errónea, a consecuencia de lo cual se absolvió a la demandada de la condena por salarios caídos como sanción por no haber pagado al actor el valor de las prestaciones sociales al terminarse el contrato de trabajo.

El impugnador transcribe el aparte pertinente de la sentencia y manifiesta que el mal entendimiento de la norma llevó al sentenciador a declarar que la incertidumbre que tuvo la demandada en saber a cuál legislación —si a la Colombiana u Holandesa— debía someterse el derecho de Van Lanschot, la justifica ante la ley y la disculpa del incumplimiento de su obligación de pagar prestaciones al trabajador de acuerdo con las leyes colombianas. Y se pregunta: ¿en qué parte del artículo 65 se menciona esa circunstancia tan favorable para la parte demandada?

El recurrente continúa diciendo que de dicho texto no se collige que la duda pueda erigirse en eximente de la sanción. No basta que el patrono manifieste tener duda sobre los derechos del trabajador o sobre las leyes que reglamentan esos

derechos, ni ello puede llegar a constituir buena fé en el incumplimiento de la obligación, porque la ignorancia de la ley no sirve de excusa.

Expresa que el artículo 65 no puede amparar esa clase de dudas sin que se contraríen normas de derecho positivo (que el recurrente cita); es verdad —prosigue más adelante— que la empresa demandada confesó desde un principio no deber nada al demandante, pero las razones aducidas para justificar el no pago resultan inexcusables, y en tal caso la buena fé inicial se desvanece y procede la aplicación de la pena. Concluye diciendo que la jurisprudencia interpretativa del artículo 65 hace referencia a la buena fé que pueda ser demostrada jurídicamente pero en el presente asunto no se discutió en juicio la existencia misma del contrato de trabajo ni la naturaleza de la relación que existió entre la Compañía y el trabajador.

Se considera:

La jurisprudencia laboral ha sostenido como línea de conducta invariable el principio de que la duda razonable, justificada, sería, acerca de la existencia del contrato de trabajo o del monto de las prestaciones, es causal eximente de la sanción consagrada por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. La tesis jurisprudencial anterior es un desarrollo del carácter exonerativo de la pena que se le ha atribuido a la buena fé patronal, por cuanto ésta, cuando está demostrada, se considera que ampara esos estados de duda razonable.

Se ha sostenido igualmente en la jurisdicción laboral que no sólo la duda atendible y razonable exonera de la sanción moralatoria, sino que también produce iguales resultados el convencimiento de buena fé asumido por el patrono respecto de su carencia de obligación para con el trabajador. En el asunto sub-lite, notablemente dudoso desde el punto de vista de la fuente legal de la obligación emergente del contrato, el juzgador consideró que no era del caso aplicar la sanción; es decir, no halló en el proceso que la actitud del patrono hubiera sido temeraria, ni que su convicción de no deber se fundase en mala fé, habida cuenta de las indudables dificultades que la controversia planteara. No se le escapa a la Sala que, en este particular, la decisión del ad-queño corresponde a una prudente y cuidadosa apreciación de los hechos y del derecho.

El ataque del proveído por interpretación equivocada de la norma que se dice violada carece de eficacia. Es ineficaz, en primer término, por-

que el entendimiento del artículo 65 conlleva a la luz de la jurisprudencia la apreciación de los elementos subjetivos de mala fé o de buena fé para la aplicación de la norma. La sanción por ella consagrada no opera de plano sobre los casos de supuestas prestaciones sociales no satisfechas por el patrono, ya que tal indiscriminada imposición de la pena pecuniaria entrañaría, en muchos casos, una tremenda aberración contraria a las normas del derecho que proponen el castigo como correctivo de la temeridad, como recíproco del ánimo doloso.

Es ineficaz en segundo término, porque la materia de decisión entrañaba cuestiones de hecho, que destacan la obscuridad y sutileza del problema, su difícil planteamiento y su todavía más ardua solución a la luz del derecho internacional privado. La acusación, por tanto, siendo inadecuada desde el punto de vista de la transgresión directa por comprensión equivocada de la ley, podría haberse planteado sobre la base de la violación indirecta por error evidente de hecho. Pero bien formulada por esta segunda vía, habría sido difícil igualmente hallar, en materia sobremanera

complicada, que la postura patronal hubiera correspondido a actitud temeraria.

Las breves razones anteriores son suficientes para desechar el cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, de fecha 19 de octubre de 1955, objeto del presente recurso.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, 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.—Jorge Vélez García.—

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION POR RUPTURA ILEGAL DEL CONTRATO Y MORA EN EL PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES. — LAS NULIDADES DE PROCEDIMIENTO NO SON ALEGABLES A TRAVES DE LAS CAUSALES DE CASACION LABORAL. — ERRORES IN PROCEDENDO

1.—La impugnación persigue “se declare la nulidad íntegra del juicio, por carencia de los presupuestos procesales.....” Pero ocurre que el artículo 87 del Código Procesal del Trabajo determina perentoriamente las dos únicas causales del recurso de casación en materia laboral, que son: la de ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea y por contener la sentencia decisiones que hagan más gravosa la situación de la parte que apeló de la de primera instancia o de aquella en cuyo favor se surtió la consulta. Se ve, pues, que la petición de nulidad del libelista no encaja en ninguna de las causales anotadas.

2.—Los errores in procedendo por sí solos no dan lugar al recurso de casación. Es necesario que el ataque de los fallos acusados señale las normas sustantivas laborales que se consideren infringidas pues éste es el punto de partida que sirve a la Sala para cumplir su tarea específica de unificar la jurisprudencia nacional del trabajo.—Esta labor sólo puede hacerse confrontando la sentencia impugnada con las disposiciones que consagran los derechos esenciales del contrato de trabajo que se estiman violados.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., abril trece de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Roberto De Zubiría C.)

El actor ARMANDO CUERVO SOLORZANO, por intermedio de apoderado legalmente constituido, instauró juicio ordinario ante la jurisdicción especial del trabajo a fin de que previos los trámites legales el demandado PEDRO MARIA CUERVO, en su condición de arrendatario y gerente de la Fábrica “TEJIDOS SOYLANA”, fuese condenado al pago de las siguientes prestaciones e indemnizaciones sociales: salarios insolutos,

indemnización por ruptura ilegal del contrato y la indemnización por mora del artículo 65 del C. S. del T., reajuste en la liquidación de las prestaciones sociales y las costas del juicio.

El mandatario judicial expuso los hechos en la siguiente forma:

“PRIMERO.—Mi mandante trabajó al servicio del señor Pedro María Cuervo, desde el año 1954, mes de julio, el día 15, hasta el día 12 de marzo del presente año, como administrador de la mencionada fábrica.

“SEGUNDO.—El salario que devengaba mi mandante era la suma de quientos pesos (\$ 500.00), moneda corriente, más un porcentaje de las utilidades o ganancias sobre la venta de los productos brutos de las mercancías elaboradas en la fábrica de “TEJIDOS SOYLANA”.

“TERCERO.—De conformidad con la pregunta anterior el porcentaje o participación de las utilidades prometidas por el demandado a favor de mi representado era la de un 25 por ciento, en razón de las ventas que se hicieran de los productos elaborados en la misma fábrica.

“CUARTO.—De acuerdo con los libros de contabilidad llevados en la mencionada fábrica la venta bruta fue de ochenta mil pesos (\$ 80.000.00), quedando a favor de mi mandante como promedio mensual durante el tiempo que estuvo trabajando la suma de ochocientos pesos (\$ 800.00), como porcentaje, más quinientos pesos (\$ 500.00) moneda corriente fijos que reconocía el demandado como salarios mensuales; es decir, que mi mandante disfrutaba de un salario mensual de mil trescientos pesos (\$ 1.300.00), moneda corriente, como administrador del señor Pedro María Cuervo.

“QUINTO.—El demandado Pedro María Cuervo, al ser citado por los trabajadores de la fábrica de TEJIDOS SOYLANA, de esta ciudad reconoció que mi mandante era su administrador,

de conformidad con el Acta número 7, del día 5 de abril de 1955, en la Inspección Seccional del Trabajo a domicilio de mujeres y menores.

“SEXTO.—El demandado Pedro María Cuervo sin comunicar a su Administrador de la fábrica, señor Armando Cuervo Solórzano, ni a ninguno de los trabajadores que prestaba sus servicios bajo su continuada dependencia, cerró intempestivamente la fábrica de tejidos el 12 de marzo del presente año.

“SEPTIMO.—El demandado Pedro María Cuervo reconoció y pagó a mi mandante los dos primeros meses el salario pactado girados algunas veces en cheques y otras en dinero efectivo, pero sin que hasta la presente se le haya reconocido y pagado a mi mandante el salario excedente y el porcentaje pactado por las partes.

“OCTAVO.—El demandado tampoco ha reconocido las prestaciones sociales, que de acuerdo con el Código vigente del trabajo corresponden a mi mandante”.

Como fundamentos de derecho fueron invocados los artículos 57, 65, 145, 249, 230, 306, 346 y 466 del Código Sustantivo del Trabajo.

El demandado PEDRO MARIA CUERVO, al contestar la anterior demanda, igualmente por medio de apoderado, lo hizo expresando no constarle los hechos 2º, 3º, 4º y 7º., y en cuanto a los demás se refirió a ellos en los siguientes términos:

“Al hecho 1º.—No es cierto. El señor Armando Cuervo nunca ha sido empleado de mi mandante.

“Al hecho 5º.—No es cierto tal como está redactado. El señor Pedro María Cuervo sí fue citado a la Inspección Seccional del Trabajo, pero en dicha dependencia no reconoció que el señor Armando Cuervo fuera su administrador. La única manifestación que en la Inspección Seccional hizo mi defendido es la siguiente: “Que no soy dueño ni administrador ni sucesor ni heredero del señor Pedro R. Cuervo propietario de dicha fábrica, únicamente financiaba préstamos al señor Armando Cuervo, administrador”. Es una afirmación temeraria la que hace el apoderado de la parte actora, máxime teniendo en cuenta que él conoce perfectamente el acta levantada en la Inspección Seccional del Trabajo”.

“Al hecho 6º.—No es cierto tal como se presenta, el señor Pedro M. Cuervo no era patrono del demandante. En cuanto al cierre de la fábrica hay lo siguiente: El señor Pedro M. Cuervo, debido a la grave enfermedad de su padre, señor

Pedro Roberto Cuervo, se ofreció prestar algunos dineros a “Tejidos Soyvana”, dineros que se los entregaba al administrador señor Armando Cuervo. Debido al mal estado del negocio y a que mi poderdante se estaba exponiendo a perder el dinero prestado manifestó al administrador que no prestaba más dinero y que le aconsejaba cerrar la fábrica.

“Al hecho 8º.—No me consta. No sé si hayan sido cubiertas por sus únicos obligados: los herederos del señor Pedro Roberto Cuervo”.

Como excepción fue propuesta la de ILEGITIMIDAD DE PERSONERIA SUSTANTIVA, o sea que la demanda debía dirigirse contra la sucesión del señor Pedro Roberto Cuervo.

El Juzgado del conocimiento, que lo fue el Quinto del Circuito Judicial del Trabajo de Bogotá, al desatar la litis por medio de fallo fechado el doce (12) de noviembre de 1956, lo hizo así en su parte resolutive:

“PRIMERO.—Declárase nó probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva, propuesta y alegada oportunamente por el apoderado de la parte demandada.

“SEGUNDO.—Condénase al señor Pedro María Cuervo, identificado con la de cédula de ciudadanía número 25240, de Bogotá, a pagar a favor del señor Armando Cuervo Solórzano lo siguiente:

a) La cantidad de DOS MIL DOSCIENTOS DIEZ Y SEIS PESOS CON SESENTA Y SEIS CENTAVOS (\$ 2.216.66) moneda corriente, a título de salarios insólutos;

b) La cantidad de DOSCIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS CON SIETE CENTAVOS (\$ 268.07) moneda corriente, por concepto de auxilio de cesantía;

c) La cantidad de CIENTO SESENTA Y OCHO PESOS CON DOS CENTAVOS (\$ 168.02) moneda corriente, por concepto de prima de servicios; y,

d) La cantidad de DIEZ Y SEIS PESOS CON SESENTA Y SEIS CENTAVOS (\$ 16.66) moneda corriente, diarios, contados a partir del trece (13) de marzo de mil novecientos cincuenta y cinco (1955), hasta el día en que se compruebe el pago de las condenas a que se contrae el presente fallo, a título de indemnización por el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales.

“TERCERO. — Absuélvese al señor PEDRO MARIA CUERVO de los demás cargos formulados contra él en la demanda instaurada por Ar-

mando Cuervo Solórzano, por conducto de apoderado.

"CUARTO.—De conformidad con lo prescrito en el artículo 2º del Decreto 0243 de 1951, condénase al señor Pedro María Cuervo, a pagar un setenta por ciento (70%) de las costas del presente juicio".

Al interponer el recurso de alzada contra la anterior providencia el apoderado de la parte demandada, el extinguido Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, en sentencia que lleva fecha 11 de diciembre de 1956, la confirmó en todas sus partes e impuso costas en la segunda instancia a cargo de la parte recurrente.

Corresponde ahora a esta Superioridad entrar a resolver sobre el recurso extraordinario de casación impetrado contra la sentencia proferida por el **ad-quem** por parte del mandatario judicial de la misma parte demandada, para lo cual habrá de examinar los dos cargos formulados en la respectiva demanda de casación. No hubo escrito de oposición.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION:

Aspira el recurrente a que por medio de los dos cargos planteados en su demanda "... se case la sentencia recurrida totalmente y se declare la nulidad íntegra del juicio, por carencia de los presupuestos procesales de la capacidad para obrar procesalmente (legitimatio ad-procesum) en el apoderado del demandante y de una demanda presentada con todos los requisitos legales".

PRIMER CARGO.—Se halla planteado en los siguientes términos:

"Acuso la sentencia materia del recurso, con fundamento en la causal primera del artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral, de ser violatoria de la ley sustantiva, expresada, constitucionalmente, en el artículo 26 de la Carta Fundamental de la República y en relación con el caso aquí debatido, en los artículos 255, 269, 448, 450 y 455 del Código Judicial, aplicables al procedimiento laboral por disposición del artículo 145 del Código que regula esta materia".

"Esta violación de la ley sustantiva es por infracción directa, derivada de haberse dejado de aplicar sus preceptos al caso de autos, siendo obligatoria y procedente su aplicación".

SEGUNDO CARGO.—Lo formula el recurrente de la siguiente manera:

"Acuso la sentencia materia del recurso, con fundamento en la causal primera del artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral, de ser violatoria de la ley sustantiva, expresada constitucionalmente, en el artículo 26 de la Carta Fundamental de la República y en relación con el caso aquí debatido en los artículos 25, 27 y 28 del C. P. L. y 22 del C. S. del T".

"Esta violación de la ley sustantiva es por infracción directa, derivada de haberse dejado de aplicar sus preceptos al caso de autos, siendo obligatorio y procedente su aplicación".

Se estudian conjuntamente las dos acusaciones.

La Sala considera que no es necesario transcribir los párrafos que el recurrente denomina "Demostración del cargo" porque ellos están encaminados a demostrar una pretendida nulidad del juicio, tal como lo indican los encabezamientos preinsertos de los cargos. Y basta con las transcripciones hechas porque ellas, junto con el **petitum** de la demanda en estudio, demuestran que la acusación no puede prosperar por presentar notorias fallas de técnica en la sustentación del recurso.

En primer lugar, se aprecia que la impugnación persigue "se declare la nulidad íntegra del juicio, por carencia de los presupuestos procesales..." Pero ocurre que el artículo 87 del Código Procesal del Trabajo determina perentoriamente las dos únicas causales del recurso de casación en materia laboral, que son: la de ser la sentencia violatoria de ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea y por contener la sentencia decisiones que hagan más gravosa la situación de la parte que apeló de la de primera instancia o de aquella en cuyo favor se surtió la consulta. Se ve, pues, que la petición de nulidad del libelista no encaja en ninguna de las causales anotadas. La argumentación del recurrente podría resultar adecuada como alegato para las instancias del juicio pero no es de recibo en casación.

En segundo término, es oportuno reiterar lo que ya constantemente ha expresado la jurisprudencia laboral, esto es, que los errores **in procedendo** por sí solos no dan lugar al recurso de casación. Es necesario que el ataque de los fallos acusados señale las normas sustantivas laborales que se consideren infringidas pues éste es el punto de partida que sirve a la Sala para cumplir su tarea específica de unificar la jurisprudencia nacional del trabajo. Esta labor sólo puede hacerse confrontando la sentencia impugnada con las disposiciones que consagran los derechos esenciales

del contrato de trabajo que se estiman violados. Y acontece que la simple lectura de los cargos cuestionados demuestra que el recurrente omitió efectuar el cotejo de la providencia de fondo del ad-quem con los preceptos pertinentes del Código Sustantivo Laboral en que se apoya la parte resolutive de aquélla; los cargos no mencionan disposición alguna de dicho Estatuto, con la sola excepción del artículo 22, el cual, por sí solo carece de eficacia para fundar la acusación pues él no contempla ninguno de los derechos y prestaciones sociales a que condenó al sentenciador.

* * *

En mérito de todo lo expuesto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia

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.

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

Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiría C.—

Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ES INADECUADO REALIZAR MUTACIONES PETITORIAS EN EL RECURSO DE CASACION. — TECNICA DE LA DEMANDA

1.—La jurisprudencia de la Corte —como la del antiguo Tribunal Supremo del Trabajo— ha insistido sobre la inconducencia de las demandas de casación que no se ajusten a las formalidades establecidas por la ley para la sustentación de este recurso. Una de ellas —establecida por el artículo 90 del C. de P. L.— es la indicación concreta del concepto de violación, esto es el señalamiento preciso de si la ley ha sido violada por infracción directa, por aplicación indebida o por interpretación errónea. El juzgador de casación —al cual deben presentársele el concepto o conceptos violatorios— carece de facultades y en muchas ocasiones aun de posibilidades para entrar a descubrirlos oficialmente.

2.—Es inadecuado realizar mutaciones petitorias en el recurso de casación. Lo que no se ha pedido en la primera instancia (dentro del lapso procesal que corre desde la demanda hasta la primera audiencia de trámite), no puede demandarse en las subsiguientes etapas procesales y mucho menos en el recurso de casación, que no puede tenerse como otra fase del juicio sino como expediente de excepción y extraordinario que conduce a la confrontación entre el proveimiento del fallador de segundo grado y la ley sustantiva.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., diez y seis de abril de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Vélez García).

Por medio de procurador judicial, el señor Gustavo Ramírez V. instauró demanda por ante el Juzgado Sexto del Trabajo de Bogotá contra el señor Saúl Sonszain, para que mediante los trámites de un juicio ordinario laboral se condenara a éste a pagar en favor de aquél el valor correspondiente a prestaciones sociales, salarios e indemnizaciones de que el actor se consideraba

acreedor en razón de hechos que, establecidos en el libelo, pueden resumirse así: el actor y su esposa celebraron con el demandado un contrato, por medio del cual el último les vendía a los primeros algunos elementos de lavandería y aplanchado por la suma de \$ 2.000.00, lo cual se hizo constar en documento escrito con la firma de los intervinientes —en que no figuró Ramírez— que lleva fecha de 13 de septiembre de 1942 (sic). Los compradores se obligaron a pagar el precio en trabajo, consistente en el aplanchado de cien sacones o sobretodos por semana, y este pago en servicios empezó desde el mismo 13 de septiembre de 1952 (sic), a razón de cuarenta centavos por pieza. El demandado se reservó el dominio de los elementos objeto de la venta, y en el contrato se estableció que Sonszain pagaría semanalmente el trabajo excedente sobre cien piezas. El trabajo por semana fluctuaba entre 150 y 180 piezas, y en el mes de mayo de 1953 quedó cancelado el valor de los elementos comprados “habiéndose acordado meses antes que el demandado le vendía los elementos de la lavandería exclusivamente a la esposa, lo que aceptó, obsequiando mi mandante a ésta de su parte el valor de su trabajo que ya había ejecutado al señor Sonszain”. En razón de lo anterior, el demandado firmó un documento el día 30 de agosto de 1953, por medio del cual le traspasaba, en dominio y propiedad, todos los elementos de la lavandería a la esposa del actor, señora Leonor Martínez de Ramírez. El demandante trabajó al servicio del demandado desde el 13 de septiembre de 1952 hasta el 30 de julio de 1954, en forma continua y a domicilio. Igualmente dice el libelo que el precio del aplanchado por unidad varió de \$ 0.40, \$ 0.55 y \$ 0.70 por pieza o sacón, y que la fábrica de confecciones de propiedad de Sonszain sostenía como único trabajador a Ramírez, a quien aquél le pagaba durante el último año \$ 440.00 mensuales. Termina manifestando que al actor no se le pagaron dominicales ni prestaciones sociales.

El señor Sonszain respondió por medio de apoderado. Reconoció algunos hechos, negó otros y sometió los demás a lo que resultare probado en

juicio. En una extensa explicación sostuvo que, lejos de haber estado vinculado con el demandante por un contrato de trabajo, había celebrado con éste y con su esposa un contrato de compraventa generador de derechos y obligaciones recíprocas de carácter exclusivamente civil. Por tal razón pidió que se rechazaran las peticiones de la demanda y que se condenara en costas al demandante.

Decisiones de instancia.

El Juez del conocimiento (que como ya se dijo fue el Sexto del Trabajo de Bogotá) dirimió la litis planteada mediante la absolución del demandado de todas y cada una de las peticiones formuladas por el demandante y condenó a éste en costas.

Elevados los autos ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, por apelación que interpusiera la parte actora que fue la vencida en juicio, aquella Superioridad resolvió el recurso mediante fallo proferido el 24 de mayo de 1956, por el cual se confirmó en todas sus partes la providencia apelada. En la segunda instancia no se condenó en costas.

El recurso de Casación.

El proveimiento del ad-quem ha sido materia del recurso de casación. Admitido y legalmente tramitado, procede ahora resolverlo, mediante el examen de la correspondiente demanda. Pretende ésta que se case el fallo, "revocándolo en todas sus partes", y que como consecuencia se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera- (...) que hubo un contrato de trabajo a domicilio, adicional al civil, entre Saúl Sonszain y Gustavo Ramírez, hasta cuando fue pagado el valor de las máquinas vendidas por el demandado a los esposos Ramírez, es decir, lo referente a los trabajos excedentes que ejecutaba el demandante Ramírez y que le eran remunerados por el señor Sonszain, o sea del 13 de septiembre de 1952 al mes de mayo de 1953".

"Segunda (...) que entre Saúl Sonszain y Gustavo Ramírez sí existió un contrato de trabajo a domicilio desde el mes de mayo de 1953 al 30 de julio de 1954, en virtud de que en este período ya no existía ningún contrato civil, sino un perfecto contrato de trabajo, ya que las modalidades para la ejecución del trabajo reúnen los requisitos del artículo 23 del C. S. del T."

"Tercera.—Que como consecuencia de las ante-

riores declaraciones (...) se condene al demandado Sonszain al pago de las prestaciones en conformidad a lo pedido en la demanda y lo establecido al través del juicio".

"Cuarta.—Que se condene al demandado al pago de las indemnizaciones de que trata el artículo 65 del C. S. del T."

Formula dos cargos que, por versar sobre la violación de las mismas normas y por basarse en argumentos semejantes, deben agruparse, como en efecto se agrupan, en un solo

Cargo único.

La sentencia del ad-quem es atacada por violación de los artículos 23 y 89 del Código Sustantivo del Trabajo. Apoya la acusación diciendo que el fallador, al sostener que entre las partes hubo un contrato de compraventa, "se olvidó de que en el mismo documento que éstas suscribieron se establece que el demandado se obliga a pagar a Ramírez el exceso sobre el valor de lo convenido", de lo cual deduce el recurrente que hubo un contrato de trabajo adicional al contrato civil. Agrega que aceptando la tesis del Tribunal, el contrato de compraventa "habría estado vigente hasta el mes de mayo de 1953, fecha en que fue cancelado el valor total de las máquinas vendidas por el demandado Sonszain". Mas el sentenciador no tuvo en cuenta que desaparecida o extinguida la obligación por razón del contrato civil, se configuró un contrato de trabajo a domicilio entre las partes, pues Ramírez trabajó desde el mes de mayo de 1953 hasta el 30 de julio de 1954, por un lapso de 15 meses.

Se considera:

La acusación propuesta contraviene los principios de la técnica formal del recurso. La contravención se produce por tres maneras diferentes, a saber a) No establece el concepto de violación; b) Involucra cuestiones de hecho en un ataque al parecer formulado por vía directa y c) Cambia el planteamiento petitorio de instancia.

La jurisprudencia de la Corte —como la del antiguo Tribunal Supremo del Trabajo— ha insistido sobre la inconducencia de las demandas de casación que no se ajusten a las formalidades establecidas por la ley para la sustentación de este recurso. Una de ellas —establecida por el artículo 90 del C. de P. L.— es la indicación concreta del concepto de violación, esto es el señalamiento preciso de si la ley ha sido violada por infracción directa, por aplicación indebida o por interpretación errónea. El libelo examinado se

refiere simplemente a la violación de los artículos 23 y 89 del Código Sustantivo del Trabajo, y el juzgador de casación —al cual deben presentársele el concepto o conceptos violatorios— carece de facultades y en muchas ocasiones aun de posibilidades —como en el presente caso— para entrar a descubrirlos oficiosamente.

Otro de los requisitos de forma es la singularización de pruebas en todo ataque en el cual —como parece serlo el presente— se estime que la transgresión de la ley sustantiva ha ocurrido como consecuencia de errores de hecho. El recurrente aquí se refiere de paso al documento del contrato de compraventa celebrado entre los litigantes, y hace la aseveración de que el pago sobre los excedentes de trabajo crea un contrato laboral marginal al civil etc. Mas estas cuestiones de hecho exigían que el ataque se hubiera orientado en sentido de señalar las pruebas inapreciadas o mal apreciadas por el sentenciador, para que en el recurso pudieran examinarse adecuadamente y confrontarse la exactitud entre los hechos procesales y las conclusiones de la sentencia.

Finalmente, es inadecuado realizar mutaciones petitorias en el recurso de casación. Lo que no se ha pedido en la primera instancia (dentro del lapso procesal que corre desde la demanda hasta la primera audiencia de trámite), no puede demandarse en las subsiguientes etapas procesales y mucho menos en el recurso de casación, que no puede tenerse como otra fase del juicio sino como expediente de excepción y extraordinario que conduce a la confrontación entre el proveimiento del

fallador de segundo grado y la ley sustantiva.

Por ello resultan francamente inadecuados los nuevos planteamientos petitorios que el recurrente somete a la decisión de la Corte. Los novedosos atisbos de contrato laboral marginal o adicional a un contrato civil podrían haber sido sometidos a la consideración y solución de los falladores de instancia —planteados en su oportunidad procesal— pero ellos no pueden ser presentados a última hora ante el fallador de casación, porque si se acogieran se vulnerarían las reglas del equilibrio *inter partes* que debe ubicarse dentro de los términos en que se configura la relación jurídico-procesal y no en ningún otro momento.

Por las consideraciones anteriores se rechaza el ataque.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, de 24 de mayo de 1956, que fue objeto del presente recurso.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, 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.—Jorge Vélez García—
Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LOS PERJUICIOS A CARGO DEL TRABAJADOR POR RUPTURA ILEGAL DEL CONTRATO NO EQUIVALEN A LOS SALARIOS POR EL TIEMPO FALTANTE PARA EL PLAZO PACTADO O PRESUNTIVO.—REGULACION. — LA ALEGACION DE UNA COMPENSACION NO EXONERA AL PATRONO DE LA SANCION POR MORA EN EL PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES

1.—Se incurre en error notorio al considerar que los perjuicios a cargo del trabajador cuando éste es el culpable de la ruptura ilegal equivalen a los salarios correspondientes al tiempo faltante para cumplirse el plazo pactado o presuntivo del contrato. Lo que dispone el numeral 2º del artículo 64 es que "En caso de que el patrono tenga que indemnizar perjuicios al trabajador, por ruptura unilateral e ilegal del contrato, el lucro cesante consiste en el monto de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo". (Subraya la Sala). Como se ve, no es aplicable dicho texto al caso de que el trabajador tenga que indemnizar perjuicios al patrono por ruptura etc. sino al caso contrario.

Los perjuicios por dicha ruptura ilegal, cuando se causan a cargo del trabajador y en favor del patrono, están sometidos a la tasación que se demostrare en juicio y comprenden el lucro cesante y el daño emergente.

2.—No es admisible el parecer de que "el sólo hecho de alegar una compensación supone la existencia de una verdadera buena fé por parte del patrono".—La alegación compensatoria como exculpativa de la falta de pago de prestaciones entronizaría, en casos innumerables, la arbitrariedad patronal.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., diez y seis de abril de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Vélez García).

Mediante procurador judicial el señor Moisés David demandó al señor Miguel Gaviria para que por los trámites de un juicio ordinario laboral fuera obligado este último a satisfacerle al primero: a) Cesantía, b) Primas de servicios, c) Salarios por mora y d) Las costas del juicio.

Fundamentó la demanda en los siguientes hechos:

1º. El demandante prestó servicios personales al demandado durante el lapso comprendido entre el 18 de septiembre de 1953 y el 15 de mayo de 1954;

2º. La labor desempeñada por el actor era la de chofer de la fábrica de "Mosaicos Luz", de propiedad del demandado y consistía en transportar baldosa dentro de la ciudad de Medellín;

3º. El salario devengado por el actor era de \$ 6.00 diarios;

4º. La jornada de trabajo era de 6 a. m. a 5 p. m.;

5º. El demandado se negó a pagarle al demandante el auxilio de cesantía y las primas de servicio.

El libelo cita como fundamentos jurídicos de la acción los artículos 249, 253, 306, 65 y concordantes del Código Sustantivo del Trabajo, y el Decreto Extraordinario número 0243 de 1951.

La parte demandada respondió, por intermedio de apoderado, así:

Dice que el actor debe probar el primer hecho, reconoce el segundo, afirma no recordar el tercero y niega el cuarto. Respecto del quinto manifestó que no se había negado a pagarle las prestaciones al trabajador. "Ocurrió que el actor se retiró sin decir una palabra y no volvió a aparecer hasta ahora que presenta la demanda para tratar de conseguir una indemnización injusta, esperando maliciosamente un lapso de cerca de veinte meses, para procurarse un enriquecimiento sin causa. Se le pagó la prima de servicios proporcionalmente al tiempo servido en el último semestre de 1953. En el año de 1954 no tenía derecho a ella por retiro voluntario, puesto que no había llegado la fecha de su exigibilidad. Como no existió desacuerdo entre las partes sobre el monto de las prestaciones no había obligación de depositar". Agrega que ha hecho el depósito por el valor de la cesantía, y propone las excepciones de petición de modo indebido, pago en lo que se refiere a la prima, y prescripción.

El Juez Tercero del Trabajo de Medellín desató la litis en providencia por la cual se condenó al patrono a pagar al trabajador: \$ 118.49 por cesantía; \$ 31.50 por prima de servicios, \$ 54.00 como indemnización por mora en el pago de las prestaciones. Apelada la sentencia por ambos contendientes, el extinguido Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín resolvió el recurso en sentencia proferida el 22 de mayo de 1956, mediante la cual confirmó la del juzgador de primer grado, con la modificación de concretar en \$ 3.726.00 la indemnización por mora en el pago de las prestaciones.

El Recurso de Casación.

Contra la sentencia del Tribunal ambas partes interpusieron el recurso de casación; pero la única en sustentarlo mediante la correspondiente demanda fue la parte demandada. No hubo escrito de oposición. El objeto de la acusación es conseguir que se case parcialmente la sentencia recurrida, y que, en fallo de instancia, la Corte por su Sala Laboral decida que el patrono no está obligado a pagarle al trabajador suma alguna por concepto de indemnización por mora.

Cargo único.

La sentencia recurrida —dice el impugnador— viola, indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 62, 65 del C. S. del T. y por falta de aplicación los artículos 38, 47, 49 y 64 del mismo Código, y 1.613 y 1.614 del C. C.

Arguye que el sentenciador dio por demostrado que el trabajador no rompió ilegal y unilateralmente el contrato de trabajo y que, habiendo realmente ocurrido tal ruptura por parte del trabajador, éste no debía indemnización alguna por perjuicios. Igualmente que el trabajador reclamó las prestaciones sociales al demandado, señor Miguel Gaviria, y éste se negó a pagarle tales prestaciones. Además, que el patrono no podía alegar la compensación entre las posibles prestaciones sociales a favor del trabajador y la indemnización debida por éste al patrono en razón de ruptura intempestiva del contrato de trabajo. Tales son los errores de hecho evidentes en que incurrió el fallador como consecuencia de la inapreciación de unas pruebas y la mala apreciación de otras.

Las pruebas no apreciadas son la confesión del demandante (folio 14), quien en posiciones confiesa que rompió unilateralmente el contrato de trabajo que regulaba las relaciones con el patro-

no. La declaración del señor Jorge Gaviria (folio 22), en el aparte que reza: "Al decirle yo que me debía 45 días de preaviso que no me había dado al abandonar la fábrica o el trabajo, sin motivo, quedamos sin hacer ningún arreglo".

Como pruebas mal apreciadas cita la declaración del señor Manuel Muñoz (folio 16), quien sólo recuerda que el señor Moisés David reclamó sus prestaciones sociales, sin indicar la forma como reclamó tales prestaciones y las circunstancias de tiempo, modo, lugar sobre dicho reclamo; la declaración de Rafael Álvarez (folio 16 vuelto), quien únicamente recuerda que David reclamó sus prestaciones sociales sin que tampoco indique dichas circunstancias. Y agrega: "Las afirmaciones de estos testigos que no merecen crédito alguno (...) fueron aceptadas por el Tribunal como prueba del reclamo de las prestaciones por parte del trabajador a su patrono".

Seguidamente el impugnador afirma que no existiendo prueba alguna de que el contrato hubiera sido escrito, los derechos y obligaciones de las partes se rigieron por un contrato verbal, de término presuntivo, que se inició el 18 de septiembre de 1953, terminó el 17 de marzo de 1954, y se renovó en esta misma fecha hasta el 17 de septiembre de 1954. Agrega que el mismo trabajador en posiciones confiesa (folio 14) que se retiró intempestivamente, sin alegar causa o motivo justo o legal, el día 15 de mayo. Como en todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable y el trabajador rompió el contrato verbal de trabajo sin motivo justo o legal, quedó debiendo la indemnización de perjuicios al patrono, que no puede ser otra que el valor de los salarios por el tiempo que faltaba para cumplirse el término presuntivo, es decir, del 15 de mayo al 17 de septiembre de 1954, o sea por 123 días, que a \$ 6.00 diarios arroja un total de \$ 738.00, suma ésta que es la equivalente a la indemnización debida por el trabajador al patrono por ruptura ilegal e intempestiva del contrato de trabajo.

Por otra parte —agrega— de la declaración del señor Jorge Gaviria, no contradicha se deduce que éste de buena fé le alegó una compensación entre las prestaciones que pudieran deberse al trabajador y la indemnización que éste debía al patrono por la ruptura ilegal e injusta del contrato de trabajo. Añade que tal buena fé no se destruye porque éste hubiera creído erróneamente que el trabajador le debía sólo el valor de los salarios de 45 días, y no el valor de los salarios

de 123 días que era el lapso que faltaba para cumplirse el segundo período semestral del contrato verbal. Cita al **a-quo**, quien sostuvo: "Dado que la empresa entendía que debía recibir el pago del preaviso por cuarenta y cinco días, que en dinero representa una suma superior inclusive al monto de las condenaciones deducidas en este juicio, posición que no resalta de autos hubiera sido inspirada en la mala fé, como puede apreciarse de los hechos que antecedieron al retiro intempestivo de David, no había lugar a depósito alguno, al menos mientras la reclamación se hizo".

Argumenta que la recta aplicación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo supone que el patrono se haya negado a pagar las prestaciones sociales o a consignar el valor de las que considere deber si el trabajador se niega a recibir. Si la indemnización por perjuicios que debía el trabajador al patrono era superior cuantitativamente a las prestaciones que éste debía a aquél, aún considerando sólo 45 días de salario, no puede concluirse que el patrono debiera prestaciones al trabajador y que por lo tanto estaba obligado a pagarle o a consignar el respectivo valor. El sólo hecho de alegar una compensación supone la existencia de una verdadera buena fé por parte del patrono.

Además, existiendo culpa por parte del trabajador, por haber roto unilateral e ilegalmente el contrato de trabajo, sin alegar motivo alguno de justificación, es hecho que excluye toda sanción para el patrono, porque la obligación de consignar o pagar por parte de éste, supone necesariamente, como presupuesto esencial su mala fé y la buena fé y ausencia de culpa por parte del trabajador. Igualmente, añade, la demora en presentar la demanda judicial hace presumir la intención del trabajador de obtener una suma desproporcionada al monto mismo de las prestaciones a que él creía tener derecho, basado, simplemente, en una interpretación literal de la norma del artículo 65 del C. S. del T.

El recurrente transcribe apartes de la copiosa jurisprudencia que se ha elaborado en torno del artículo 65, y a los elementos de mala fé o buena fé como determinantes de la aplicación de la pena moratoria o de su exoneración. Dice que el administrador de la fábrica de Miguel Gaviria alegó que el trabajador debía indemnización por ruptura ilegal e injusta del contrato de trabajo, y solicitó del trabajador compensar esta indemnización con las respectivas prestaciones sociales, es decir, obró de buena fé. Es más —prosigue—: si tenía el convencimiento de que el trabajador

debía dicha indemnización que excedía el monto de las prestaciones, no tenía obligación de consignar. Si el trabajador, por su parte, obró culposamente al romper sin motivo alguno el contrato de trabajo, sin alegar causal para ello, no debe tener aplicación el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Examen del cargo.

La tesis central del sentenciador sostiene que, aún suponiendo que el trabajador estuviera en la obligación de pagar el valor del preaviso por causa de su retiro intempestivo o ruptura unilateral e ilegal del contrato por su culpa, tal hecho no justificaría la retención de las prestaciones, porque este último evento sólo es admisible en los casos determinados por el artículo 250 del Código Sustantivo del Trabajo.

Esta valoración del dicho de Gaviria no es contraria a la evidencia de los hechos. Porque es lo cierto que el propio Gaviria sostuvo (fl. 22) que cuando David le fue a reclamar las prestaciones, aquél le había manifestado que le debía el preaviso de 45 días, sin que se hubiera llegado a ningún arreglo. Tampoco es el criterio del sentenciador contrario a derecho. Porque tal manifestación de Gaviria fue el punto de partida para una retención injustificada de las prestaciones, que sólo pueda ocurrir —como lo sustenta el *ad-quem*— en la hipótesis del artículo 250 del Código Sustantivo del Trabajo. Además, del proceso se desprende la ocurrencia de tal retención; esto es, que al no haber llegado a un arreglo, (es decir, habiendo ocurrido desacuerdo), el patrono dejó de consignar lo que creía deber.

No dice el recurrente de qué manera hubieran sido mal apreciadas por el sentenciador las declaraciones de los testigos Manuel Muñoz (folio 16) y Rafael Álvarez (folio 16 vuelto). Aunque éstos no hubieran fijado las circunstancias de tiempo modo y lugar que rodearon la reclamación de prestaciones de David a Gaviria, ambos coinciden en el nudo hecho —reconocido por el mismo Gaviria— de dicho reclamo, y no se ve por qué la apreciación de tal nudo hecha por el sentenciador hubiera sido contraevidente. Aún más: todo indica —como acertadamente lo anota el fallador— que la circunstancia temporal del reclamo debió producirse entre el 15 de mayo de 1954, fecha de la desvinculación, y el 21 de junio del mismo año, fecha de la clausura de la empresa. Esta deducción está apoyada en las dos declaraciones anteriores y en el dicho de Gaviria; y de ellas se colige que

el trabajador si solicitó oportunamente sus prestaciones.

Con base en la condición resolutoria del contrato por incumplimiento de lo pactado (artículo 64 *ibídem*), el recurrente argumenta que el retiro intempestivo del trabajador (probado en juicio) originaba responsabilidad por perjuicios a cargo de dicho trabajador y a favor del patrono. Agrega que el valor de la indemnización por perjuicios equivalía a los salarios correspondientes al tiempo que faltaba para cumplirse el plazo presuntivo, en razón de que el contrato era verbal. Efectúa sobre la base anterior las cuentas correspondientes y obtiene un resultado de \$ 738.00, cantidad que excedía a las prestaciones debidas.

El recurrente incurre en un error notorio al considerar que los perjuicios a cargo del trabajador cuando éste es el culpable de la ruptura ilegal equivalen a los salarios correspondientes al tiempo faltante para cumplirse el plazo pactado o presuntivo del contrato. Lo que dispone el numeral 2º del artículo 64 es que "En caso de que el patrono tenga que indemnizar perjuicios al trabajador, por ruptura unilateral e ilegal del contrato, el lucro cesante consiste en el monto de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo" (Subraya la Sala). Como se ve, no es aplicable dicho texto al caso de que el trabajador tenga que indemnizar perjuicios al patrono por ruptura etc. sino al caso contrario.

Los perjuicios por dicha ruptura ilegal, cuando se causan a cargo del trabajador y a favor del patrono, están sometidos a la tasación que se demostrare en juicio y comprenden el lucro cesante y el daño emergente. De suerte que sobre una cuestión sometida a declaración judicial, en ningún caso procede la compensación con las prestaciones realizada arbitrariamente por el patrono.

Tampoco es admisible el parecer del recurrente, de que "el sólo hecho de alegar una compensación

supone la existencia de una verdadera buena fé por parte del patrono". La alegación compensatoria como exculpativa de la falta de pago de prestaciones entronizaría, en casos innumerales, la arbitrariedad patronal.

No halla la Sala, finalmente, de qué manera transgredió el sentenciador el artículo 65 a consecuencia de errores de hecho. Los elementos fundamentales de que la jurisprudencia se vale para interpretar dicho texto son la buena fé, como liberatoria de la sanción y la mala fé como determinante de la misma. Pero la deducción de tales elementos es realizada autónomamente por el juzgador, según el sistema de la persuasión racional acompañada de la sana crítica. Y sí en tal deducción no se advierte —como en el presente caso, respecto de la ausencia de la buena fé del patrono— ningún yerro que destruya ostensiblemente la evidencia de lo real, la decisión del sentenciador necesariamente se hace intangible. Tal es lo que ocurre aquí, y por ello la sentencia debe mantenerse.

En consecuencia, no prospera la acusación.

Por todo lo cual, 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 proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín el 22 de mayo de 1956.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvasse el expediente al Tribunal de origen.

Luis Alberto Bravo.—Roberto De Zubiría C.—

Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

EL TRABAJADOR TIENE DERECHO AL RECONOCIMIENTO DEL DESCANSO DOMINICAL REMUNERADO CUANDO HAYA LABORADO TODA LA SEMANA, Y AL DE FIESTAS NACIONALES Y RELIGIOSAS AUNQUE NO LA HAYA TRABAJADO COMPLETA

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., abril diez y siete de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Roberto De Zubicría C.).

Contra la Empresa "COLGATE PALMOLIVE CO.", Sociedad establecida en Colombia, con domicilio en Cali y que está representada en Bogotá por el doctor CARLOS URRUTIA HOLGUIN, fue incoada acción ordinaria laboral por el demandante JAIME JOHN GIL, por medio de apoderado a fin de que por el procedimiento reglamentario se hiciesen los siguientes pronunciamientos

"1º.—Que se declare que entre la empresa COLGATE PALMOLIVE CO. y el señor JAIME JOHN GIL existió un contrato de trabajo por tiempo indeterminado que empezó el 3 de diciembre de 1953 y terminó el 28 de febrero de 1956 por mutuo consentimiento de las partes.

"2º.—Que se condene a la empresa demandada a pagar a mi poderdante los salarios correspondientes a todos los días domingos, a los días de fiesta que la ley establece, comprendidos entre las fechas de iniciación y terminación del contrato de trabajo, a razón de \$ 12.50 diarios.

"3º.—Que se condene a la Empresa a pagar a mi poderdante, como indemnización, la cantidad de \$ 12.50 diarios por cada día que pase desde la fecha de la terminación del contrato hasta cuando pague los salarios correspondientes a dominicales y días festivos.

"4º.—Que se condene a la Empresa demandada a pagar las costas del presente juicio.

"5º.—Que se condene a la Empresa demandada a pagar a mi poderdante todas las demás cantidades pendientes a que tiene derecho, de acuerdo con la ley".

Los hechos de la demanda fueron expuestos en la siguiente forma:

"A) La Empresa COLGATE PALMOLIVE CIA, contrató los servicios de JAIME JOHN GIL, en su calidad de radio-actor, en forma verbal y sin estipular plazo alguno para el contrato

a fin de que éste desempeñara los papeles que en las diversas grabaciones le asignara la misma. Es decir, que entre la empresa y el demandante se celebró un contrato de trabajo verbal, que de acuerdo con la ley se presume celebrado por términos sucesivos de seis (6) en seis (6) meses.

"B) De acuerdo con los términos del contrato, JAIME JOHN GIL se obligó a grabar un episodio por día, durante todos los días laborables de la semana, a la hora que la empresa le indicara. La Empresa demandada se obligó a pagarle la cantidad de \$ 12.50 por cada grabación. En desarrollo de este pacto, JAIME JOHN GIL acudió siempre, sin falta, cuando el representante del patrono lo llamó a cumplir su compromiso. Si algunas semanas no grabó episodios durante todos los días laborables de la semana fue, siempre, por culpa del patrono, quien lo dispuso así. Jamás dejó de acudir por culpa suya, sino que por el contrario siempre estuvo disponible.

"C) El contrato se extendió desde el 3 de diciembre de 1953, día en que se iniciaron las labores hasta el 28 de febrero de 1956, fecha en que se dio por terminado el contrato por acuerdo de las partes.

"D) En un principio, la empresa o mejor dicho el doctor CARLOS URRUTIA HOLGUIN, su representante, se negó a reconocer cantidad alguna de dinero por concepto de dominicales y días festivos. Posteriormente después de haber recibido la carta fechada el 4 de julio del presente año, cuya copia lleva la firma de la secretaria del doctor Urrutia Holguín en señal de que recibió el original, en forma verbal, ofreció a mi poderdante pagar los salarios correspondientes a los domingos y días de fiesta de aquellas semanas que hubiese trabajado los 6 días. Pero se negó a pagar todos los dominicales y días festivos, aunque aceptó que cuando no se grababa durante todos los días laborables de la semana, era porque la Empresa así lo disponía.

"E) La Empresa no ha pagado suma alguna por concepto de dominicales y días festivos ni la ha consignado como lo ordena la ley".

Como fundamentos de derecho fueron citadas las disposiciones de los artículos 22 y siguientes, 37 y siguientes, 65, 172 y siguientes, 173 y 176 del Código Sustantivo del Trabajo; y además, las pertinentes a esta clase de juicios del Código Procesal del Trabajo.

La citada sociedad, al contestar la anterior demanda por intermedio de su representante doctor Carlos Urrutia Holguín, se refirió a los hechos en los siguientes términos:

“Es cierto que el señor Jaime John Gil prestó sus servicios para la grabación de programas radiales de propaganda destinados a “Colgate Palmolive Compañía” en el período comprendido entre el 3 de diciembre de 1953 y el 24 de febrero de 1956, fecha en la cual se suspendieron definitivamente esos servicios por mutuo consentimiento de las partes.

“No se celebró contrato escrito y las relaciones entre las partes estuvieron regidas por las condiciones conocidas y aceptadas por ambas partes y que en síntesis eran las siguientes:

“El señor Gil intervenía en la grabación de ciertas y determinadas novelas para su futura retransmisión, por medio de discos, en las diversas Emisoras del país y en los programas de propaganda de “Colgate Palmolive Compañía”.

“No es cierto que el señor Gil se haya comprometido a prestar sus servicios durante todos los días laborables de cada semana. Por el contrario conocía de antemano los días y las horas durante los cuales habrían de realizarse las grabaciones y esos días y horas le eran notificados oportunamente en los últimos días de la semana inmediatamente anterior a la de la realización de cada grabación. El señor Gil podía, en los días y horas distintos de los que fijaba “Colgate Palmolive Compañía” para sus grabaciones, prestar servicios semejantes a otras empresas y así lo hizo como oportunamente se demostrará en el curso del juicio. No es cierto por consiguiente que el señor Gil se haya obligado a prestar sus servicios en todos los días laborables de la semana.

“No es cierto tampoco que en un principio, o sea cuando se suspendieron los servicios del señor Gil el representante de “Colgate Palmolive Compañía” se haya negado a reconocer cantidad alguna de dinero por concepto de dominicales y días festivos. Lo que ocurrió fue que cuando se retiró el señor Gil ni él, ni el representante de la Empresa, pensaron que hubiera lugar a la remuneración de dichos dominicales o días festivos. En ese entonces las partes acordaron la cuantía de las prestaciones a las que tenía derecho el se-

ñor Gil, y éste recibió de “Colgate Palmolive Compañía” la suma de UN MIL OCHOCIENTOS VEINTIUN PESOS, TREINTA Y OCHO CENTAVOS (\$ 1.821.38) por concepto de auxilio de cesantía, primas de servicios y vacaciones. El señor Gil firmó el correspondiente recibo y dejó expresa constancia de que “Colgate Palmolive Compañía” quedaba a paz y salvo con él por todo concepto laboral.

“No ignora el suscrito que el pago recibido, y el recibo firmado, por el señor Gil, no significan que él haya renunciado válidamente a las prestaciones a las que pudiera tener derecho pero sí establecen la plena prueba de que en el momento de la liquidación hubo acuerdo entre las partes respecto del monto de las prestaciones adeudadas y que por lo tanto no puede haber lugar en este caso a indemnización por falta de pago de las prestaciones.

“Posteriormente, en el mes de julio del presente año el señor Gil manifestó que creía tener derecho, además de las prestaciones ya recibidas, al pago de la remuneración correspondiente a los domingos y días de fiesta durante todo el tiempo de sus servicios. Consideró la sociedad que represento que no estando reunidas las condiciones establecidas por el parágrafo 1º del artículo 173 del Código Sustantivo del Trabajo no había lugar al pago de dicha remuneración. En vía de transacción ofreció la empresa pagar al señor Gil la remuneración correspondiente a los dominicales en aquellas semanas durante las cuales el señor Gil intervino en todos los días laborables en la grabación de programas radiales.

“Así mismo ofreció la empresa reconocer doble remuneración cuando algunos de esos programas hubieran sido grabados en un día de fiesta legal.

“En la planilla que se acompaña a este memorial aparecen marcados con cruces rojas los programas grabados por el señor Gil con la indicación del valor unitario pagado por cada programa y de la remuneración total devengada en cada mes. Aparece en dicha planilla que solamente fueron nueve las semanas durante las cuales el señor Gil prestó servicios en todos los días de la semana. También se desprende que salvo escasas excepciones el señor Gil intervenía en la grabación de uno o dos programas cuando mucho en un mismo día quedándole por consiguiente tiempo suficiente para atender a otras actividades”.

El fallador de primer grado, que lo fue el Juez Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, por medio de sentencia que lleva fecha de 5 de junio de 1957, absolvió a la mencionada empresa de todos

los cargos que contra ella se formularon en el escrito de demanda e impuso costas a cargo del actor:

Recurrida en apelación la anterior providencia, por el apoderado de la parte actora, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por medio de fallo fechado el 13 de agosto de ese mismo año, desató el recurso confirmando en todas sus partes el proveído del a-quo y condenando en costas de segunda instancia a la parte recurrente.

Interpuesto el recurso extraordinario de casación por el apoderado de la misma parte actora contra el fallo de segundo grado, corresponde ahora a esta Sala entrar a decidir sobre el mismo, previo el estudio de la correspondiente demanda contentiva de dos (2) cargos y del escrito de oposición.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION:

El recurrente en su demanda manifiesta que el recurso se encamina a obtener la casación total del fallo acusado, que se revoque el de primera instancia y que se accede a las peticiones del libelo inicial.

El recurrente formula dos cargos así:

"CAUSA PETENDO. Primer cargo.—"ACUSO LA SENTENCIA RECURRIDA POR LA PRIMERA DE LAS CAUSALES DE QUE TRATA EL ARTICULO 87 DEL CODIGO PROCESAL DEL TRABAJO, ES DECIR, VIOLACION DE LA LEY SUSTANTIVA, POR INTERPRETACION ERRONEA DE LOS ARTICULOS 172, 173 y 176 DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO, EN CONCORDANCIA CON LOS ARTICULOS 22 y siguientes; 65 y siguientes; 172 y siguientes; 249 y siguientes DE LA MISMA OBRA QUE SUSTENTAN LA DEMANDA".

"Segundo cargo.

"TAMBIEN LA ACUSO, POR LA MISMA CAUSAL, O SEA, VIOLACION DE LOS MISMOS PRECEPTOS, A CONSECUENCIA DE ERROR EVIDENTE DE HECHO EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS TESTIMONIALES Y DOCUMENTALES Y DESESTIMACION DE LA CONFESION".

El desarrollo de las dos acusaciones lo hace el impugnador en forma conjunta en un capítulo que denomina "DEMOSTRACION DE LOS CARGOS", en estos términos:

"Dice el H. Tribunal:

"Para decidir el fondo de la litis, el Tribunal considera suficiente transcribir lo sostenido por

esta misma Sala en el negocio adelantado por Víctor Manuel Díaz contra la sociedad demandada, en lo que se refiere al aspecto de dominicales y festivos, único planteado en el caso sub-lite.

"Dijo el Tribunal en el mencionado negocio:

"Como atinadamente lo observa el fallador de primera instancia, el actor no demostró estar obligado a trabajar en todos los días laborales, razón por la cual no tenía derecho al pago del descanso dominical. **Tampoco por la modalidad de la labor desempeñada y la forma como se convino la remuneración de su trabajo, tenía derecho al pago de los días de fiesta.**

"Estas consideraciones, agregadas a la motivación del proveído del a-quo, que el Tribunal acoge, son suficientes para que se confirme en todas sus partes la providencia recurrida".

"1º. Para el efecto de la demostración del primer cargo debo referirme únicamente al aparte subrayado por mí que dice: "Tampoco, por la modalidad de la labor desempeñada y la forma como se convino la remuneración de su trabajo, tenía derecho al pago de los días de fiesta". Veamos cuál era esa modalidad y la forma de la remuneración y cotejémoslas con las normas pertinentes.

"Jaime John Gil se obligó a grabar uno o más episodios radiales al día, durante todos los días de la semana, a la hora u horas que la Empresa indicara. La Empresa (patrono) se obligó a pagarle la cantidad de \$ 12.50 moneda legal colombiana por cada grabación (episodio). Las grabaciones eran determinadas por la Empresa. Se trata de un contrato de trabajo remunerado "por unidad de obra" (episodio). Género de contrato éste comprendido expresamente entre los contemplados por el artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo, que reza: "Cuando no se trate de salario fijo como en los casos de remuneración por tarea, a destajo, o por unidad de obra, el salario computable, para los efectos de la remuneración del descanso dominical, es el promedio de lo devengado por el trabajador en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta únicamente los días trabajados".

Claro está que para que este artículo tenga operancia se requiere que los trabajadores llenen las condiciones del artículo 173 del Código Sustantivo del Trabajo, es decir, que "habiéndose obligado a prestar sus servicios en todos los días LABORABLES de la semana, no falten al trabajo, o que, si faltan, lo hayan hecho por justa causa o por culpa o disposición del patrón", pero el

saber si se llenaron o no tales condiciones es materia de la demostración del segundo cargo.

"2º El error evidente de hecho en la apreciación y estimación de las pruebas incide en tres aspectos: el trabajador sí se obligó a prestar sus servicios durante todos los días laborables de la semana cuando no los prestó fue por "disposición del patron"; y en las semanas en que trabajó durante todos los días laborables no se le pagaron los dominicales. Esto es lo que está demostrado en el proceso. Vamos a verlo por partes:

"A.—El trabajador se obligó a prestar sus servicios durante todos los días laborables de la semana: Tanto en la contestación de la demanda (folio 9) como en todas y cada una de las declaraciones, ya del testigo de la parte actora como de los de la demandada, consta de manera nítida y expresa que la Empresa fijaba en determinado lugar listas donde los actores se notificaban de los episodios que debían grabar durante esa semana. Está muy claro que las listas se fijaban los días sábado de la semana anterior o lunes de la misma semana. Si el actor encontraba que el personaje que encarnaba figuraba durante todos los episodios, pues debía concurrir durante todos los días de la semana, de lo contrario no. En las planillas que obran a los folios 13 y 14, llevadas al expediente por la Empresa y aceptadas por el demandante, consta que un buen número de semanas, más del cincuenta por ciento de las trabajadas, el actor Jaime John Gil trabajó durante todos los días laborables.

"Al contestar la pregunta décima tercera de las posiciones, el representante legal de la Empresa confiesa que le consta que la Empresa efectuaba los repartos. Aclara y, al hacerlo, ratifica la confesión. En efecto dice: "Aclaro que el sistema adoptado consistía en llamar a los actores más indicados para cada reparto y reemplazar a los que no pudieran prestar sus servicios por otros que estuvieran disponibles. En esta forma los actores siempre tenían plena libertad para aceptar o rechazar su inclusión en determinado reparto". Pero una vez aceptado, se presume, tenía obligación de atenerse a las listas semanales y se comprometían a concurrir a las citas cualquiera que fuere el número de ellas". Al contestar la pregunta décima primera, dijo el representante de la Empresa: "Es obvio que la Empresa elaboraba libremente sus programas de grabación, pero no imponía a los actores la asistencia a esas grabaciones ni tenía los medios para hacerlo ya que los actores no tenían horarios fijados de asistencia, sino que se comprometían libremente a intervenir en deter-

minado programa" (Novela o serie de episodios radiales).

"B.—Cuando no prestó sus servicios el trabajador fue por disposición del patrono: "Tanto en la contestación de la demanda (confesión), que obra a los folios 9 a 12, como en las posiciones, folios 30 a 34, como en cada una de las tres declaraciones, folios 36 a 38, 40 a 44, está la afirmación expresa de que quien fijaba las listas donde se distribuía el trabajo, era la empresa. En las planillas consta que unas veces había seis grabaciones a la semana, las más, otras cinco, cuatro, tres o dos. Grabaciones que se fijaban según fuera apareciendo en escena el personaje respectivo de acuerdo con el desenvolvimiento de la trama de la obra ordenada por la Empresa. Estas planillas se hallan en los folios 13 y 14 del expediente.

"C.—En las semanas que trabajó durante todos los días laborables no se le pagaron dominicales: Dice el Honorable Tribunal: "Estas consideraciones, agregadas a la motivación del proveído del a-quo que el Tribunal acoge, son suficientes para que se confirme en todas sus partes la providencia recurrida". Dice el señor Juez (folio 52): "En el caso de autos, no acreditó GIL haber contraído la obligación de que se habla, por una parte; de otro lado, si se reconoce valor legal a las planillas presentadas por la demandada (folios 13 y 14) debe concluirse que en aquellas semanas en que aparece haber trabajado sus días laborables, recibió el pago del descanso en los días en que es legalmente obligatorio y remunerado, al tenor de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 174 del Código Laboral". Esto está en flagrante contradicción con la confesión del representante de la sociedad, que dijo, al contestar la pregunta décima de las posiciones: "No es cierto aclaro que cuando solicitó la liquidación de sus prestaciones el señor Gil no reclamó dominicales ni pago de trabajo en días de descanso obligatorio ni se le ofreció pago por esos conceptos porque siempre se había considerado que la forma como se prestaban los servicios en la grabación de novelas excluía el pago de dominicales. Varios meses después el señor Gil reclamó el pago de los dominicales y como el primer caso que se presentaba de ese tipo de reclamos se convino que los servicios de contabilidad de la Empresa elaborarían una planilla detallada programa por programa y día por día de los servicios prestados por el señor Gil. A título de transacción y sin que eso implicara reconocimiento de que el reclamo estuviera fundado se ofreció pagar al se-

ñor Gil una suma equivalente valor de los dominicales en aquellas semanas en que efectivamente hubiera prestado servicios en todos los días de la semana. Según se puede ver en la planilla eran diez más o menos esas semanas". También está en contradicción evidente con la contestación de la demanda que al folio 10 manifiesta expresamente no haber pagado suma alguna por tal concepto".

"Como puede verse hubo falta de apreciación o apreciación parcial de las pruebas testimoniales; falta de apreciación de la confesión (contestación de la demanda y posiciones), y apreciación incompleta de la prueba documental. Error que conduce indirectamente a la violación de la ley, como de hecho condujo al H. Tribunal a negar inclusive el reconocimiento de los días de fiesta correspondientes a aquellas semanas en que el trabajador laboró durante todos los días hábiles".

SE CONSIDERA:

El primer cargo carece de eficacia jurídica porque presenta vicios formales que le restan capacidad técnica para su viabilidad. Efectivamente, ha sido constante la posición jurisprudencial, tanto del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo como de esta Sala, orientada en el sentido de que la interpretación errónea de la ley consiste en "la interpretación equivocada del contenido de un precepto legal, independientemente de la cuestión de hecho". Y sucede que el recurrente en el desarrollo de su primer cargo se limita a plantear cuestiones de hecho sin expresar en qué radica la interpretación errónea de los textos legales acusados.

En consecuencia, no prospera el cargo por estar mal sustentado.

* * *

En lo que respecta al segundo cargo la Sala considera que el recurrente en parte tiene la razón. La base fundamental del fallo del *ad-quem* estriba en esta motivación:

"Como atinadamente lo observa el fallador de primera instancia, el actor no demostró estar obligado a trabajar en todos los días laborables, razón por la cual no tenía derecho al pago del descanso dominical. Tampoco, por la modalidad de la labor desempeñada y la forma como se convino la remuneración de su trabajo, tenía derecho al pago de los días de fiesta".

Como tesis general, el argumento del Tribunal es cierto. Sin embargo, no puede olvidarse que entre las partes en litigio existió un contrato de trabajo y que la existencia de tal nexo jurídico significa, en principio, la causación de todas sus consecuencias legales. Dentro de este criterio, resulta evidente y así lo confirman las planillas de pago allegadas por la parte demandada, que el demandante no trabajó todos los días laborables de cada semana. Mas, también es cierto y así lo demuestran las mencionadas planillas que en varias ocasiones el servicio contratado se prestó en forma completa durante la semana laboral; ante esta situación, no cabe menos que concluir que el trabajador sí tiene derecho al reconocimiento del descanso dominical remunerado durante esas semanas. Estas breves consideraciones son suficientes para deducir que este cargo es fundamentado y pone de presente el manifiesto error en que incurrió el sentenciador al no apreciar las planillas de folios 13 y 14, en donde aparecen las semanas trabajadas sin interrupciones el actor. En total son nueve (9) semanas.

Por este aspecto, pues, el cargo prospera.

Por las mismas razones que se dejan expuestas, la acusación también es viable en lo relativo al reconocimiento de los días de fiestas nacionales y religiosas, enumerados en el artículo 177 del Código Sustantivo del Trabajo. Este reconocimiento es más amplio que el del descanso dominical por causa de que, conforme al inciso segundo (2º) del artículo antes citado, para la liquidación de estos días festivos no hay lugar "a descuento alguno por faltas al trabajo". Por este concepto se dejaron de reconocer los siguientes días: 1954, catorce (14) días; 1955, dieciocho (18) días; y, 1956, dos (2) días.

También por esta otra modalidad prospera el cargo.

No obstante la acogida favorable que la Sala ha hecho de las peticiones sobre dominicales y festivos nacionales y religiosos, considera que no es del caso aceptar la solicitud sobre aplicación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo porque en verdad hubo acuerdo entre las partes para el pago de las prestaciones del actor en el momento de terminarse el contrato de trabajo, tal como se registra en la contestación de la demanda inicial cuando la entidad demandada manifiesta: "No ignora el suscrito que el pago recibido, y el recibo firmado, por el señor Gil, no significan que él haya renunciado válidamente a las prestaciones a las que pudiera tener derecho pero sí establecen la plena prueba de que en el

momento de la liquidación hubo acuerdo entre las partes respecto del monto de las prestaciones adeudadas y que por lo tanto no puede haber lugar en este caso a indemnización por falta de pago de las prestaciones", lo cual está corroborado en autos. Este acuerdo exonera a la Empresa de la indemnización por mora, ya que el convenio y pago en cuestión excluye la mala fé patrnal.

* * *

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá —Sala Laboral—, de fecha trece (13) de agosto de mil novecientos cincuenta y siete (1957), y, convertida en Tribunal de instancia, REVOCA la sentencia del a-quo, de fecha cinco (5) de junio de ese mismo año, y en su lugar CONDENA a la Sociedad "COLGATE

PALMOLIVE COMPAÑIA" a pagar al actor JAI-ME JHON GIL las siguientes cantidades: a)—Por concepto de DESCANSOS DOMINICALES nueve (9) días a razón de \$ 12.50 diarios, CIENTO DOCE PESOS, CON CINCUENTA CENTAVOS (\$ 112.50); y, b)—Por concepto de FIESTAS NACIONALES Y RELIGIOSAS, treinta y cuatro (34) días a razón de \$ 12.50 diarios, CUATROCIENTOS VEINTICINCO PESOS (\$ 425.00) Mda. |Cte.

Sin costas en el recurso.

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

Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiria C.—

Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REGULACION DE PERJUICIOS EN MATERIA LABORAL CUANDO SE HACE CONDENACION EN ABSTRACTO. — VIOLACION DIRECTA DE LA LEY

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.-Bogotá, D. E., abril diez y ocho de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Roberto De Zubiría C.).

La Empresa "PARDO, RESTREPO y SANTA-MARIA LIMITADA", representada por su Gerente el Ingeniero doctor MANUEL PARDO, fue demandada en juicio ordinario laboral por el actor EUSEBIO ALDEA BEAMONTE, por intermedio de apoderado, a fin de que previos los trámites respectivos fuese condenada aquélla al pago de las siguientes prestaciones e indemnizaciones:

"a) Presuntivo;

"b) Reajuste de primas de servicio y cesantía;

"c) Perjuicios morales, que estimo en la suma de \$ 10.000.00.

"d) En subsidio del literal a), lo que la Empresa resulte a deber por el tiempo que falte para la terminación de las obras del "Centro Urbano Antonio Nariño".

"Pido condenación en costas y que se falle extra y ultra petita".

El actor fundamentó los hechos de la siguiente manera:

"1º.—Don Eusebio Aldea Beamonte entró a prestar sus servicios como Jefe de Construcciones del "Centro Urbano Antonio Nariño" a cargo de la Empresa "Pardo, Restrepo y Santamaría Limitada", el ocho (8) de octubre de 1954;

"2º.—Fue despedido intempestivamente el 15 de mayo de 1956;

"3º.—Entre la Empresa aludida y mi poderdante se celebró un contrato escrito en una de cuyas cláusulas se estipuló un plazo de cuatro (4) meses y en otra se convino que don Eusebio Aldea Beamonte prestaría sus servicios hasta finalizar las obras del mencionado "Centro Urbano Antonio Nariño";

"4º.—El sueldo acordado y devengado fue la suma de ochocientos pesos (\$ 800.00) mensuales, pagaderos por quincenas".

Como normas legales invocadas para sustentar las anteriores peticiones fueron citados los artículos 21, 37, 47, 64, 65, 306, 310 del Código Sus-

tantivo del Trabajo; 2.341 y siguientes del Código Civil; 74 del P. L. y los concordantes de ellos.

La citada sociedad al dar respuesta a la anterior demanda, también por intermedio de apoderado, lo hizo así:

"AL PRIMERO.—Es cierto que Aldea trabajó como empleado de Pardo, Restrepo y Santamaría Limitada a partir del 8 de octubre de 1954;

"AL SEGUNDO.—Es cierto que Aldea fue despedido el 15 de mayo de 1956 por mala conducta, es decir, por tres hechos sucesivos que reflejan falta de lealtad esencial del trabajador hacia el patrono y causa de terminación del contrato: El primero, es haber descubierto recientemente que Aldea no es arquitecto y como tal se contrató. Además lo afirma el propio Aldea en la demanda cuando dice: "La razón de la presente acción tiene por base el hecho del despido injusto de mi mandante, **distinguido profesional de la arquitectura** y quien por el alto cargo que desempeñaba...." El hecho de llamarse profesional de la arquitectura, sin serlo, no es correcto, por decir lo menos, y se deduce una responsabilidad social bastante grave que las autoridades colombianas deben conocer y proceder de conformidad. El segundo es el hecho de haber trabajado con otra empresa a espaldas de su patrono. Todo su tiempo normal de trabajo estaba comprometido o debía estar comprometido con la empresa demandada. Se verá a lo largo del juicio como Aldea trabajó simultáneamente con Pardo, Restrepo y Santamaría Limitada y con Martínez y Cárdenas Compañía Limitada, cometiéndose así otro acto de deslealtad con ambos patronos, pues no era el caso de aceptar la ubicuidad de que el mismo trabajador hubiera podido cumplir sus obligaciones con uno y otro contratista al mismo tiempo. Esta situación la vino a conocer el doctor Pardo hacia los días en que Eusebio Aldea fue suspendido por mala conducta. Cuando menos Aldea por el tiempo que trabajó con Martínez Cárdenas dejó de cumplir sus obligaciones con Pardo, Restrepo y Santamaría Limitada cuales fueron, entre otras, la de vigilar permanentemente la obra y orien-

tar el trabajo en forma tal de que se pudiera entregar la misma en la fecha exigida por el Gobierno que estaba muy próximo en los días en que se retiró Aldea y, por último, cuando el doctor Manuel Pardo Umaña representante de la empresa constructora le hizo al señor Eusebio Aldea algunas observaciones sobre el trabajo que estaba por terminarse, éste no vaciló en inculpar en forma por demás grosera y agresiva al doctor Pardo Umaña en actitud que ningún patrón, en ninguna parte del mundo puede ni debe tolerar para mantener el respeto que debe existir entre las relaciones obrero-patronales.

"AL TERCERO.—Es cierto que Aldea fue contratado para trabajar en las obras del Centro Urbano Antonio Nariño. Que en el contrato escrito se estipuló un término inicial de cuatro meses y prórroga sucesivas por el mismo término. Además, por tratarse de una obra oficial sometida a muchas causas de suspensión tales como la falta de recursos; de apropiaciones presupuestales etc. se dispuso que Eusebio Aldea trabajara hasta la terminación de la obra, lo que quiere decir que si el Gobierno por una u otra causa legal y honorablemente alegada suspende el contrato de obra, así mismo la Empresa demandada someta a sus trabajadores a tal eventualidad. Esta reflexión breve se hace con el objeto de evitar interpretaciones equívocas en el sentido de que la Empresa podría haber invocado dos causas para terminar el contrato, sin que esto conlleve una explicación perfectamente justa;

"AL CUARTO.—Es cierto que Aldea devengó un sueldo de \$ 800.00 mensuales cuando trabajó con la Empresa demandada".

En fallo que lleva fecha 11 de febrero de 1957, el Juzgado Tercero del Trabajo del Circuito de Bogotá desató la anterior controversia absolviendo a la Empresa Pardo, Restrepo y Santamaría Limitada, representada por Manuel Pardo Umaña, de todos y cada uno de los cargos formulados contra la nombrada sociedad por Eusebio Aldea Beamonte, e impuso costas a cargo del actor.

Recurrido en apelación el proveído del **a-quo** por el apoderado del demandante, fue desatado el recurso con fecha 5 de noviembre de 1957 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá —Sala Laboral—, en los siguientes términos de su parte resolutive:

"1º.—**REVOCASE**, en todas sus partes el fallo proferido el 11 de febrero de 1957 por el Juzgado Tercero del Circuito Judicial del Trabajo de Bo-

gotá, en el juicio ordinario de trabajo adelantado por el señor EUSEBIO ALDEA BEAMONTE contra la sociedad "PARDO, RESTREPO Y SANTAMARIA LIMITADA", representada por el señor Manuel Pardo Umaña.

"2º.—**CONDENASE** a la sociedad "PARDO, RESTREPO, Y SANTAMARIA LIMITADA", representada en este juicio por el señor Manuel Pardo Umaña, a pagar al señor EUSEBIO ALDEA BEAMONTE, identificado como aparece en autos, los perjuicios, lucro cesante, causados con la ruptura ilegal del contrato de trabajo que vinculó a las partes y en suma que se determinará por el procedimiento establecido en el artículo 553 del Código Judicial y sobre las bases dadas en la parte motiva de esta sentencia.

"3º.—**ABSUELVESE** a la sociedad "PARDO, RESTREPO Y SANTAMARIA LIMITADA" de las demás peticiones formuladas en el libelo de demanda presentado por EUSEBIO ALDEA BEAMONTE.

4º.—**SIN COSTAS** en las instancias".

El mandatario judicial de la citada sociedad recurrió en casación contra la sentencia del **ad-quem**, recurso que al ser admitido y después de haber sufrido el trámite legal de rigor, va a ser decidido ahora mediante el estudio de la respectiva demanda que contiene dos cargos. No hubo escrito de oposición.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Lo determina el recurrente en la parte final de su demanda, aspirando a que se case la sentencia de segundo grado y se absuelva a la sociedad demandada de la condena que ella contempla.

PRIMER CARGO: Lo plantea el recurrente en los siguientes términos:

"El Honorable Tribunal exoneró al demandante de la obligación que la ley le impone, de probar uno de los hechos fundamentales para obtener la condena que decretó el fallo.

"Subsidiariamente pidió el demandante que se condenara al pago de "lo que la Empresa resulte a deber por el tiempo que falte para la terminación de las obras del Centro Urbano Antonio Nariño".

"Esta petición implica afirmar que la obra para que había sido contratado el trabajador, continuaba y continuó después del despido. Tal petición sólo podría fundarse en el hecho de haber prescindido de los servicios del señor Aldea antes de la terminación de dicha obra, hecho que el demandante estaba obligado a probar para que

prosperara. Así lo reconoció el fallo de primera instancia y por ausencia de esa prueba negó la petición referida.

“El Honorable Tribunal también reconoció en la parte motiva de la sentencia acusada que no se ha probado la fecha en que terminó o haya de terminar la obra a que estaba sometida la duración del contrato, y a pesar de ello accedió a proferir la condena solicitada en las varias veces citada petición subsidiaria.

“Con este proceder el Tribunal exoneró al demandante de la obligación de aportar una prueba indispensable para la existencia de la obligación que demanda.

“A causa de esta exoneración el fallo viola por infracción directa proveniente de no haberlo aplicado el artículo 1.757 del Código Civil, que impone la prueba de las obligaciones a quien las alega. Viola también por infracción directa el artículo 64 del C. S. del T. al aplicarlo indebidamente para decretar el pago de salarios correspondientes a un período cuyo transcurso no se ha probado.

“El cargo incide directamente sobre el fallo porque las violaciones expresadas hicieron posible la condena de la parte recurrente”.

“SEGUNDO CARGO.—Se dice en él lo siguiente:

“El Honorable Tribunal da por establecido un hecho que no tiene prueba alguna en el proceso.

“La sentencia acusada condena al pago de perjuicios, lucro cesante, causados por la ruptura ilegal del contrato de trabajo. De acuerdo con lo expuesto por el numeral 2º del artículo 64 del C. S. del T., en caso de que el patrono tenga que indemnizar perjuicios al trabajador, por ruptura unilateral e ilegal del contrato, el lucro cesante consiste en el monto de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo.

“Para que pueda aplicarse la norma sustantiva laboral citada, y hacerse la condena correspondiente, es imprescindible que aparezca demostrado el hecho de que evidentemente falta un período de tiempo para cumplirse el plazo pactado o presuntivo. La prueba de este hecho le corresponde aducirla a quien la alega, dentro del mismo proceso donde solicita que se declare esa obligación.

“En el expediente de este juicio no aparece prueba ni indicio alguno que establezca que el despido se hizo antes o después de la terminación de la obra del Centro Urbano Antonio Nariño. La circunstancia de que el motivo para pres-

cindir de los servicios del demandante haya sido distinto de la terminación de la obra, no autoriza al fallador de segunda instancia para presumir siquiera que dicha obra estaba o no terminada.

“La demanda, sobre este punto, se limita a decir, en el segundo de los hechos propuestos que el señor Aldea “fue despedido intempestivamente el 15 de mayo de 1956”. Y para considerar que fue despedido intempestivamente se funda principalmente en los plazos sucesivos de cuatro meses que se pactaron como duración del contrato. En el curso de las audiencias el demandante manifestó siempre que el despido había sido ilegal por haberse invocado como causa de él la mala conducta del trabajador y por ello insistió hasta último momento en que se le reconociera como indemnización el plazo presuntivo. Nada alegó respecto a que la obra, reguladora de la duración del contrato, hubiera o no concluido en el momento del despido.

“La ausencia de la prueba de que la precitada obra estuviera o no terminada el 15 de mayo de 1956, fecha del despido, es manifiesta en los autos. La condena hecha en la sentencia, implica forzosamente que la obra no estuviera terminada en la época del despido y por consiguiente, tal sentencia da por establecido un hecho fundamental que no tiene respaldo probatorio en el proceso. De este modo el fallo recurrido, incurre en los siguientes errores:

“1º.—Error evidente de hecho por cuanto afirma la existencia de un hecho consistente en la no terminación de la obra, que carece de prueba en los autos.

“2º.—Error de derecho porque viola el artículo 1.757 del Código Civil al declarar la existencia de una obligación que no está probada.

“A consecuencia de éstos errores, el fallo viola por infracción directa el artículo 64 del C. S. del T. que aplica indebidamente para condenar al pago de perjuicios.

“También este cargo incide directamente sobre el fallo, porque los errores de hecho y de derecho que llevaron al Tribunal a violar las disposiciones sustantivas anotadas, ocasionaron la condena de la parte que represento.

“Considero suficientes estos dos cargos, que he planteado, procurando ceñirme lo más estrictamente posible al artículo 91 del Código de Procedimiento Laboral, para infirmar el fallo combatido”.

SE EXAMINAN LOS CARGOS

El primer cargo se presenta como infracción directa, por falta de aplicación, del artículo 1.757 del Código Civil, e igual concepto de violación, por aplicación indebida, del artículo 64 del C. S. del T. A esta conclusión llega el recurrente por estimar que el Tribunal exoneró al trabajador demandante de la obligación de demostrar el hecho "de haber prescindido de los servicios del señor Aldea antes de la terminación de dicha obra".

En verdad, la Sala no cree que la exoneración de que habla el recurrente produzca las violaciones legales que puntualiza en su acusación. Tal circunstancia no constituye materia fundamental del fallo impugnado: entre otras cosas, porque el hecho mismo del despido de Aldea indica que ello ocurrió antes de la terminación de la obra, ya que si este evento hubiera ocurrido antes del despido, la causal de desvinculación contractual hubiera sido el vencimiento del plazo para la duración de la obra y no el hecho de la ruptura unilateral del contrato "por mala conducta", como categóricamente se reconoce en la contestación de la demanda inicial.

A juicio de la Sala, lo esencial en la motivación del fallo del **ad-quem** es que éste consideró que el despido de Aldea se produjo ilegalmente, ya que no se demostraron las causas justificativas del mismo alegadas por la sociedad demandada. Aceptado tal hecho por el sentenciador, resolvió que correspondía aplicar el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo que contempla la indemnización de perjuicios; y éstos, como es sabido, son susceptibles de regulación por el procedimiento previsto en el artículo 553 del Código Judicial, pues así esta norma expresamente lo dispone.

* * *

El segundo cargo, merece observaciones de importancia por parte de la Sala. En la acusación se habla de violación directa del artículo 1.757 del Código Civil y del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo y, simultáneamente, se exponen cuestiones de hecho discutidas en el juicio y, más aún, concretamente en el cargo se dice que el Tribunal incurrió en "error evidente de hecho" y en "error de derecho". Ya la jurisprudencia ha precisado suficientemente que el concepto de infracción directa de la ley debe estructurarse independientemente de los aspectos de **facto** o probatorios que han sido motivo de polémica entre las partes. Por las circunstancias anotadas, la impugnación carece de suficiente eficacia para quebrantar el fallo acusado.

En consecuencia, los cargos no prosperan.

* * *

En mérito de todo lo anteriormente expuesto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia objeto del presente recurso extraordinario.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Cópiase, publíquese, 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.—Jorge Vélez García—

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LA SUSTITUCION PATRONAL NO INHIBE AL TRABAJADOR PARA DEMANDAR DEL PATRONO SUSTITUIDO EL PAGO DE LA CESANTIA CAUSADA A SU SERVICIO. — IMPUTACION DE LA CONDENA A LA SUMA CONSIGNADA POR EL PATRONO

Los artículos 254 y 68 del Código Sustantivo del Trabajo consagran, en su orden, la prohibición de pagos parciales de cesantía antes de la terminación del contrato y la continuación de éste en caso de sustitución patronal.—La doctrina legal de aquellos textos debe armonizarse con el ordinal 1º del artículo 69 ibídem que sustenta la solidaridad del antiguo y nuevo patrono respecto de las obligaciones que a la fecha de la sustitución sean exigibles de aquél. El meollo del ataque consiste en sustentar que el ordinal 5º ibídem debe interpretarse en el sentido de que, en presencia de las hipótesis por él planteadas, la carga de la totalidad de la cesantía corre por cuenta del nuevo patrono, inclusive en la parte del auxilio que se haya causado por servicios al antiguo. Una interpretación de esta índole produciría un efecto nugatorio de la solidaridad en los términos del ordinal primero, y, por tanto, esta fracción legal resultaría sin ninguna eficacia. Es claro que el trabajador tiene acción para reclamar la totalidad de la cesantía del nuevo patrono, por dos razones: 1º Porque este es solidariamente responsable respecto de la causada por el servicio del antiguo (contra el cual puede repetir), y 2º Porque es exclusivamente responsable de la causada por los servicios que, después de la sustitución, a él se le presten. Pero ello no quiere decir que el trabajador carezca de acción para reclamar contra el antiguo patrono la que se causó a su servicio, porque así lo establece concretamente la ley al imponer la responsabilidad solidaria de los patronos sustituidos y sustitutos respecto de las obligaciones que a fecha de la sustitución sean exigibles a aquél. Si el trabajador escoge al antiguo patrono para que le responda por la cesantía causada a su servicio, y durante el tiempo que le sirvió, podrían surgir otros problemas (base salarial de liquidación, etc.), pero su determinación tendría una incommovible base legal, cual es la de la solidaridad pasiva de los patronos res-

pecto de la cesantía que se causó al servicio del primero. Aún más: puede haber razones de conveniencia (insolvencia del nuevo patrono y solvencia del antiguo, localización etc.) que hagan más aconsejable demandar, por lo que le corresponde, al antiguo.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veinte de abril de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Vélez García).

Ante el señor Juez Quinto del Trabajo de Bogotá, Noel Rodríguez demandó mediante apoderado a Jaime A. Espitia C., para que por los trámites de un juicio ordinario laboral se declarase entre ellos la existencia de un contrato de trabajo, y se condenase a éste además a pagarle las siguientes cantidades: \$ 2.000.00 valor de la prima de servicios correspondiente a dos años de trabajo; 1.000.00 por vacaciones no concedidas ni remuneradas; \$ 2.000.00 por concepto de auxilio de cesantía; \$ 800.00 como indemnización por violación del contrato y según cláusula contenida en él; el valor de los sueldos y comisiones sobre las últimas ventas no pagadas por el patrono; además, la cantidad de \$ 33.00 diarios, en todo el lapso transcurrido entre el día del despido y en el que se pague la deuda, como remuneración por salarios caídos. En subsidio de las peticiones anteriores solicitó todas las sumas de dinero por salarios, indemnizaciones y prestaciones en general que resultaren de las operaciones aritméticas del caso o del dictamen pericial. En fin, por las costas y agencias del juicio.

Como hechos para sustentar la demanda, afirmó primeramente haber entrado el 1º de febrero de 1953 a prestar sus servicios á órdenes de Espitia como agente vendedor de pólizas de clubes, en cumplimiento de contrato verbal. El día 24 de febrero de 1954 convirtieron en escrito el mencionado contrato. Dijo que devengaba como sueldo un porcentaje de \$ 8.00 en pólizas de \$ 3.00 semanales y \$ 10.00 en pólizas de \$ 5.00 semanales, según consta explícitamente en el respectivo

contrato, calculando sobre estos datos un sueldo mensual de \$ 1.000.00. Se refirió a una cláusula penal estipulada por el mismo contrato que contiene una indemnización por valor de \$ 800.00 para el caso de su incumplimiento. El día 11 de abril de 1955 fue despedido de su cargo injustamente por el señor Auditor del Almacén de propiedad del demandado, incurriendo éste en incumplimiento del contrato de trabajo. El 20 de abril de 1955, en vista de haber sido despedido, el actor devolvió al señor Auditor los muestrarios, camioneta y libretas de cobro de los Almacenes y Clubes Embajador. Hasta la fecha de la demanda aseveró no haber recibido comisiones o sueldos sobre las últimas ventas, ni la prima de servicios, ni vacaciones, ni cesantía, y en general ninguna prestación social.

Admitida la demanda y surtido debidamente el traslado, el apoderado del demandado la contestó lacónicamente aceptando ser cierto que Rodríguez trabajó unos pocos meses en 1953, habiéndose retirado voluntariamente en octubre o noviembre, después de la liquidación de todas sus deudas laborales. Aceptó asimismo la conversión del contrato verbal en escrito, aunque dijo no ser cierto el hecho en la forma en que había sido presentado. Negó de igual manera la cuantía de remuneración mensual calculada por el actor. Aceptó la existencia de una cláusula de indemnización por la cantidad de \$ 800.00. Expresó no ser cierta la afirmación de despido sin justa causa. Sobre la devolución por parte del actor de los muestrarios y otros enseres dijo no constarle. Terminó negando rotundamente el que no se hubiera pagado al trabajador sueldos o prestaciones determinados.

El Juez de la litis profirió sentencia con fecha 27 de junio de 1956, condenando a Jaime A. Espitia a pagar a favor de Noel Rodríguez la suma de \$ 78.33 por prima de servicios, \$ 65.00 por vacaciones causadas y no disfrutadas, \$ 143.35 a título de auxilio de cesantía y \$ 493.32 por salarios caídos. Autorizó igualmente a Espitia para deducir la cantidad de \$ 150.00 del monto de las anteriores condenas y absolvió de todos los demás cargos, excepto del pago del 60 por ciento de las costas del juicio.

El apoderado de la parte demandada apeló oportunamente de la decisión ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá. Con fecha 6 de diciembre de 1956 ese Tribunal resolvió el recurso modificando en \$ 65.00 la suma ordenada por el a-quo en lo concerniente a prima de servicios, y en \$ 122.07 la de auxilio de cesantía.

Revocó la condena y absolvió en consecuencia al demandado por lo tocante a vacaciones y salarios caídos. Confirmó la autorización al demandado para deducir \$ 150.00 de la suma debida, la absolución de los restantes cargos en contra y la condenación a pagar parte de las costas. No ordenó costas en la instancia.

Contra el fallo de segundo grado interpuso recurso de casación el apoderado del demandado. Aspira el recurrente a que sea casada parcialmente la sentencia en lo relativo a prima de servicios, cesantía y a que se condene en costas al actor. Formula en su demanda tres cargos principales:

Primer cargo.

Impugna la sentencia de violar directamente el artículo 69 del Código Sustantivo del Trabajo, por interpretación errónea, en relación con los artículos 67 y 68 ibídem, y consecuentemente la aplicación indebida de los artículos 193, 249 y 253 del mismo Código, y por falta de aplicación el 254 en relación con el 68 del mismo estatuto.

Manifiesta la demanda de casación que el sentenciador admite una sustitución de patronos realizada el dos de febrero de 1955, y considera no obstante "procedente la confirmación de la condena por concepto de cesantía, como quiera que no se comprobó el pago por este concepto". Ello equivale —según el recurrente— a asignar al patrono sustituido "la obligación de pagar la cesantía que se cause al servicio del patrono sustituto". Continúa expresando que como la sustitución no extingue el contrato de trabajo y como se prohíbe pagar la cesantía antes de la terminación del mismo, se concluye lógicamente que el derecho a ella no surge a la fecha de sustitución sino con posterioridad, una vez cesado el contrato laboral. Deduce de allí que no es exigible la prestación al antiguo patrono por parte del trabajador sino exclusivamente al nuevo, aunque éste tenga justamente acción contra el primero para repetir lo pagado. Alega que por entender falsamente la disposición citada el sentenciador lo condenó a pagarle la cesantía al actor.

Se considera.

Es bien sabido que la impugnación técnica por violación debida a errónea interpretación de la ley sustantiva ha de asentarse sobre la base de habersele atribuido a la norma una significación distinta de la que jurídicamente le corresponde. Por tal concepto, y en relación con mala inteli-

gencia del artículo 69 del Código Sustantivo del Trabajo, se acusa aquí el fallo de segundo grado y consecuentemente se predica de él la transgresión por aplicación indebida, de los artículos 193, 249 y 253 y por falta de aplicación del artículo 254 en relación con el 68 íbidem.

La aseveración formulada en el cargo, de que el considerarse procedente la condenación por auxilio de cesantía en el sub-lite, lo que se hizo fue colocar al patrono sustituido en la obligación de pagar prestaciones causadas al servicio del sustituto, no corresponde exactamente a la realidad de la decisión atacada. En su parte motiva, el fallador de segunda instancia, después de analizar pruebas practicadas en ésta, concluyó que el contrato existente tuvo un patrono distinto a partir del 2 de febrero de 1955. Decidió en consecuencia que la condenación al pago de cesantía debía mantenerse en cuanto a la legalmente causada por servicios prestados al patrono demandado y hasta la fecha en que fue sustituido. Redujo por ello la condena establecida por el a-quo, habiéndola limitado a la cuantía que resultaba de todo el tiempo servido en beneficio del primer patrono. Es por ello inexacta la aseveración de que por el fallo acusado se hubiere obligado al sustituido al pago de una cesantía causada al servicio del sustituto.

Los principios consagrados, por los Arts. 254 y 68, referentes, en su orden, a la prohibición de pagos parciales de cesantía antes de la terminación del contrato y a la continuación de éste en caso de sustitución patronal no se ve de qué manera hubieran sido violados por falta de aplicación en el proveído que se impugna. Aparte de que la materia constituye cuestión de hecho —y el cargo no se orienta hacia la indicación de errores de facto, sino que es un ataque por vía directa—, la doctrina legal de aquellos textos debe armonizarse con el ordinal 1º del artículo 69 íbidem que sustenta la solidaridad del antiguo y nuevo patrono respecto de las obligaciones que a la fecha de la sustitución sean exigibles a aquél. El meollo del ataque consiste en sustentar que el ordinal 5º íbidem debe interpretarse en el sentido de que, en presencia de las hipótesis por él planteadas, la carga de la totalidad de la cesantía corre por cuenta del nuevo patrono, inclusive en la parte del auxilio que se haya causado por servicios al antiguo. Una interpretación de esta índole produciría un efecto nugatorio de la solidaridad en los términos del ordinal primero, y, por tanto, esta fracción legal resultaría sin ninguna eficacia. Es claro que el trabajador

tiene acción para reclamar la totalidad de la cesantía del nuevo patrono, por dos razones: 1º Porque este es solidariamente responsable respecto de la causada por el servicio del antiguo (contra el cual puede repetir), y 2º Porque es exclusivamente responsable de la causada por los servicios que, después de la sustitución, a él se le presten. Pero ello no quiere decir que el trabajador carezca de acción para reclamar contra el antiguo patrono la que se causó a su servicio, porque así lo establece concretamente la ley al imponer la responsabilidad solidaria de los patronos sustituido y sustituto respecto de las obligaciones que a la fecha de la sustitución sean exigibles a aquél. Si el trabajador escoge al antiguo patrono para que le responda por la cesantía causada a su servicio, y durante el tiempo que le sirvió, podrían surgir otros problemas (base salarial, de liquidación, etc.), pero su determinación tendría una inmovible base legal, cual es la de la solidaridad pasiva de los patronos respecto de la cesantía que se causó al servicio del primero. Aún más: puede haber razones de conveniencia (insolvencia del nuevo patrono y solvencia del antiguo, localización etc.) que hagan más aconsejable demandar, por lo que le corresponde, al antiguo.

No encuentra la Sala que se configure la interpretación errónea del artículo 69 que se predica de la sentencia acusada, y en consecuencia no prospera el cargo.

Segundo cargo.

Es presentado como subsidiario del anterior. Se acusa la violación por aplicación indebida de los artículos 67, 69, 193, 249 y 253 del Código Sustantivo del Trabajo y de no haber aplicado los artículos 68 y 254 del mismo.

“Si se dijere que la falta de argumentación de la sentencia respecto del fundamento jurídico de su condenación al pago de la cesantía —manifiesta la demanda de casación— impide apreciar si el sentenciador le dio realmente al artículo 69 del Código la interpretación que impugno en el “cargo” precedente, entonces incurrió lisa y llanamente en aplicación indebida de las normas sobre pago de la cesantía en caso de sustitución patronal (artículo 67, 79, 193, 249 y 253) que no eran pertinentes y se rebeló contra la aplicación de los artículos 68 y 254, que prohíben dicho pago”.

Examen:

Ya se ha indicado debidamente que el Tribunal

que profirió sentencia de segundo grado condenó al pago de cesantía luego de haberse establecido plenamente la terminación del contrato laboral. Se invocó además el hecho de ser dos patronos que se sustituyen, solidarios entre sí, para efecto de reconocimiento de prestaciones causadas al tiempo de ser titular de la relación laboral el patrono que se vio sustituido, y sobre esta base rechazar la interpretación pretendida por el recurrente en el sentido de que se niegue el derecho a que sea demandado por el trabajador. No es consecuentemente, aceptable el cargo subsidiario.

Por tanto no se acepta.

Tercer cargo.

Va encaminado a obtener que esta corporación declare la violación, por parte del sentenciador, del artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida, en relación con los Arts. 1.625, 1.626, 1.656, 1.657 y 1.663 del Código Civil y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, que dejó de aplicar.

El recurrente explica que la providencia acusada admite que su mandante sólo debía \$ 65.00 por prima de servicios y que consignó judicialmente la cantidad de \$ 150.00 en favor del actor. Afirma luego que la solución jurídica es la de absolverlo de la pretendida deuda y autorizar al beneficiario de la consignación para retirarla, en lugar de condenar al primero por \$ 65.00 y autorizarlo luego a descontar el monto de su consignación. Manifiesta que al no obrar de esa manera incurrió el sentenciador en aplicación indebida de la norma que regula el pago de la prima de servicios, y no aplicación de las que dan al pago por consignación la virtud de extinguir la respectiva obligación.

Se considera:

El demandado consignó \$ 150.00 en favor del actor, pero esta cantidad no fue consignada para

atender exclusivamente a la prima de servicios debida, sino que corresponde al concepto general de "prestaciones sociales" confesadas deber por el patrono.

La Sala no halla por qué causa se produzcan violaciones de ninguna clase en el procedimiento seguido por el Tribunal, consistente en condenar por varias prestaciones sociales y luego ordenar que del valor de éstas se deduzca la suma de \$ 150.00 que han sido consignados a favor del trabajador por el patrono. Este y no otro puede ser el sistema. Porque si se absolviera al demandado por el concepto de la prima que vale \$ 65.00 y se autorizara al trabajador para retirar, por el mismo concepto, \$ 150.00 que es el monto de la consignación, el trabajador resultaría recibiendo más de lo debido por uno de los conceptos de la condena. La Sala entiende que la consignación se refirió a las prestaciones sociales en general, más no a una de ellas, como es la prima por servicios, exclusivamente. Así lo entendió el juzgador de segunda instancia (y aún el de primera), y tal solución no es ilógica ni es contraria a derecho.

Por tanto, no prospera el cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia objeto del presente recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiría C.—

Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INTERES JURIDICO DEL TRABAJADOR QUE NO APELO DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA, TOTALMENTE DESFAVORABLE A SUS PRETENSIONES, Y EN CUYO FAVOR SE SURTIO LA CONSULTA.—RECURSO DE HECHO

Que la consulta se surte en interés de la ley es cosa que no puede remitirse a duda en presencia del Art. 69 del Código Procesal Laboral, que la establece solamente para aquellas sentencias que fueren apejadas y sean en un todo desfavorables al trabajador. El propósito claro de la disposición es por consiguiente la defensa del asalariado más allá de su propio querer, con la finalidad trascendente al orden público de evitar que los derechos reconocidos por las leyes sociales se menguaban o se hagan nugatorios. Esa intervención oficiosa de la ley al ordenar la consulta, suple la actividad del trabajador que no apela, pues éste en presencia de un fallo totalmente desfavorable a sus pretensiones ha podido abandonarse a esa intervención oficiosa de la ley, la consulta, sin que pueda decirse que faltó el interés jurídico en la segunda instancia, pues la ley misma hace que la conserve.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veintidós de abril de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Vélez García).

El apoderado de Fideligno Vargas Martínez interpuso recurso de hecho para que se conceda el de casación contra la sentencia de fecha 23 de julio de 1958, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá —Sala Laboral—, en el juicio seguido por el recurrente contra Fábrica de Cemento Samper.

El Tribunal estimó que no era procedente el recurso de casación porque la parte actora al no apelar del fallo de primera instancia, demostró no tener interés jurídico en tal decisión.

Sostuvo el Tribunal: “El fallo de primera instancia, por haber sido desfavorable a los intereses del trabajador demandante, subió a esta Superioridad en vía de consulta, de donde se des-

prende que el recurrente demostró no tener interés jurídico en tal decisión”.

Contra tal providencia el mismo apoderado solicitó reposición, con base en jurisprudencia del Tribunal que dice: “La consulta en materia laboral es una VERDADERA APELACION POR MINISTERIO DE LA LEY, ya que la institución de la consulta permite la revisión total del proceso por el superior, y en la consulta laboral la jurisdicción queda limitada por el interés de la parte en cuyo favor se surtió la consulta. Por las características especiales de la consulta laboral, NO PIERDE INTERES EN EL JUICIO LA PARTE EN CUYO FAVOR SE HALLA ESTABLECIDA, AUN CUANDO NO SE HAYA APELADO DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA” (Se subraya) (D. del T. V. XVIII número 105-108, página 29).

El fallador de segundo grado no accedió a la reposición solicitada con la siguiente argumentación: “La casación fue negada en virtud de que la parte actora al no apelar del fallo de primera instancia, demostró no tener interés jurídico en tal decisión.

Cita antigua doctrina del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo sobre la habilidad para recurrir y las situaciones que comprende destacando entre éstas el interés jurídico que se tenga para impugnar la sentencia, interés que debe ser actual, del cual carece quien no apela del fallo de primer grado. Afirma que comparte en su integridad la tesis anteriormente transcrita y por ello mantiene la providencia cuya reposición se solicita.

Al sustentar el recurso de hecho, el apoderado del actor reproduce los argumentos que expresó ante el Tribunal y solicita se declare mal denegado el recurso extraordinario interpuesto y que, revocando el auto reclamado, conceda dicho recurso.

Para resolver se considera:

Que la consulta se surte en interés de la ley es cosa que no puede remitirse a duda en presencia del artículo 69 del Decreto 2.158 de 1948, que la establece solamente para aquellas senten-

cias que no fueren apeladas y sean en un todo desfavorables al trabajador. El propósito claro de la disposición es por consiguiente la defensa del asalariado más allá de su propio querer, con la finalidad trascendente al orden público de evitar que los derechos reconocidos por las leyes sociales se menoscaben o se hagan nugatorios. Esa intervención oficiosa de la ley al ordenar la consulta, suple la actividad del trabajador que no apela, pues éste en presencia de un fallo totalmente desfavorable a sus pretensiones ha podido abandonarse a esa intervención oficiosa de la ley, la consulta, sin que pueda decirse que faltó el interés jurídico en la segunda instancia, pues la ley misma hace que lo conserve.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala Laboral—, **DECLARA MAL DENEGADO** el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Fideligno

Vargas contra la sentencia de fecha 23 de julio de 1958, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá —Sala Laboral—, en el juicio seguido por el recurrente contra la Fábrica de Cementos Samper y ordena, en consecuencia, el envío a esa Superioridad del expediente respectivo.

Por la Secretaría, líbrese el Despacho correspondiente con los insertos del caso.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiría C.—

Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ACCION DE NIVELACION DE SALARIOS POR DESEMPEÑAR EL ACTOR LAS MISMAS LABORES DE OTROS TRABAJADORES DE LA EMPRESA. — MANERA DE ACREDITAR LA IGUALDAD DEL TRABAJO. — ERROR DE HECHO.—TECNICA DE LA ACUSACION. — CARGO POR VIOLACION DE NORMAS PROCESALES. — LEY SUSTANTIVA PARA EFECTOS DE LA CASACION

1.—El extinguido Tribunal Supremo del Trabajo en sentencia de 9 de abril de 1951 —juicio seguido por Enrique Sanclemente S. contra “Saavedra, Suso y Compañía Limitada”—, dijo:

“En cuanto al error de hecho en la apreciación de las pruebas, es de observar que según reiterada jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Suprema de Justicia, cuando la sentencia materia del recurso de casación se apoya en un conjunto de medios de prueba que concurrieron todos a formar la convicción del fallador, no basta para infirmarla que se ataquen algunos de tales medios, suponiendo eficaz el ataque, si los que restan son suficientes para apoyar la solución a que llegó aquél, ni tampoco que se hayan dejado de estimar algunas pruebas, si la sentencia se funda en otras que no han sido atacadas”.

2.—Sólo hay error de hecho cuando aparece de manera ostensible cuando es manifiesto, protuberante y se presenta a todas luces en contraposición con la realidad y evidencia procesales. Al disponerlo así, la Corte ha buscado impedir que el amplio y necesario margen de apreciación libre que la ley le concede al juzgador, se vea menoscabado o restringido.

3.—La ley no exige que el hecho de la comparación de trabajos sólo pueda establecerse mediante el cotejo de diplomas o títulos de capacitación y eficiencia laborales sustancialmente válidos, sino que tal hecho se demuestre por los medios probatorios comunes.

4.—Es incuestionable que al señalar como violadas dos normas de carácter procedimental, el escrito del demandado recurrente se queda a medio camino porque no indica que se hubiera llegado en consecuen-

cia a la violación de normas de carácter sustantivo tutelares de derechos emanados de una relación laboral, y como lo exige el tecnicismo de casación en esa materia por su finalidad primordial de ser ese recurso unificador de la jurisprudencia nacional en materia laboral. La formulación del cargo está así mal o incompletamente hecha. Al respecto cabe reproducir aquí la jurisprudencia del Tribunal Supremo del Trabajo, sustentada en sentencia de fecha 25 de junio de 1952, al decidir el recurso de casación interpuesto en el juicio seguido por Carlos Brasseur Krier contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. Se expresó entonces así: “Como fácilmente se observa, todas las disposiciones citadas por el recurrente son de carácter procesal y como repetidamente lo ha dicho esta Corporación, la violación de normas legales de tal categoría, aún consideradas como sustantivas, no dan base, por sí solas, a la casación del fallo recurrido sino que debe alegarse, además, sobre la violación de las normas positivas tutelares de los derechos debatidos en el juicio, de verdadero carácter sustantivo y las únicas que con base en la causal primera del artículo 87 del Código de Procedimiento del Trabajo, pueden ocasionar el desquiciamiento del fallo impugnado y la consiguiente decisión de instancia sobre el fondo del litigio”. Continuando la misma línea de interpretación científica del procedimiento de casación, dijo la misma Corporación en sentencia de 25 de julio del mismo año: “La transgresión de las disposiciones de procedimiento, así sean ellas sustantivas, no es por sí misma motivo de casación. Si se la demuestra, es preciso luego establecer el consiguiente quebrantamiento de algunas normas en que reconozcan u otorguen derechos emanados de la relación de trabajo”.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veintisiete de abril de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Vélez García).

Ante el Juzgado Primero del Círculo Judicial del Trabajo de Barranquilla, Luis Armando Martínez demandó mediante apoderado a Fábricas Filtta S. A., sociedad industrial anónima representada por el señor David Levy mayor de edad, vecino de Barranquilla y presidente de la compañía con atribuciones para representarla, para que por los trámites de un juicio laboral fuese condenada a reconocerle el auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado al servicio de la Empresa, con base en la igualdad de sueldos que debe existir entre nacionales y extranjeros que laboran en idénticas condiciones, esto es \$ 1.000.00 "y más" que es la cantidad que en la fábrica demandada se paga a los extranjeros, o bien la suma exactamente establecida en inspección ocular. Igualmente, al pago de la diferencia de sueldo mensual entre lo por él recibido y lo que se pagaba a los extranjeros que trabajaban en iguales condiciones, suma o diferencia que estableció en \$ 24.000.00, ocho años atrás de la fecha en que fue despedido; en subsidio, a que se condenase a pagar la diferencia resultante de una inspección ocular con intervención de peritos. El demandante terminó así su parte petitoria: "Que se ordene notificar a Fábricas Filtta S. A. de esta ciudad, el reclamo que por medio de esta demanda, hago a nombre del señor Luis Armando Martínez, de que se pague su pensión especial de jubilación cuando cumpla los cincuenta años de edad, en la forma concedida por el inciso 2º del artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo".

El actor dio como hechos de la demanda: que entró a trabajar al servicio de la demandada el día 2 de marzo de 1933, en las funciones de mecánico después de 22 años largos, últimamente como jefe de mecánicos, desgastado por el trabajo, fue despedido sin causa justificativa el día 27 de mayo de 1955. En su condición de jefe de mecánicos de la Sección Diedeichs de la Fábrica Filtta S. A. recibía un sueldo de \$ 450.00 más la suma de \$ 40.00 como prima mensual en razón de su oficio. En la mencionada fábrica trabajaban y trabajan, desempeñando una labor exactamente igual a la del actor, extranjeros con sueldos superiores a \$ 1.000.00. Una vez despedido, al trabajador no se le practicó la liquidación de su cesantía, ni se le ha reconocido igual-

dad de sueldo con los nacionales y extranjeros, siendo así que tanto él como ellos desempeñaban iguales funciones en la posición de jefes mecánicos. Todo el tiempo servido se realizó sin solución de continuidad, Fábricas Filtta S. A. le reconoció liquidaciones parciales para la adquisición de una casa, pretendiendo ahora la empresa haber pagado cesantía definitiva por retiro del actor en diciembre de 1944, lo cual no corresponde a la realidad, toda vez que Martínez nunca dejó de trabajar en beneficio de la Empresa durante todo el tiempo señalado. Afirmó el demandante tener más de 45 años, faltándole por consiguiente cuatro años y algunos meses para tener derecho a la pensión especial de jubilación. La Empresa lo despidió injustamente para diferir el pago de esa pensión.

La demanda fue aceptada y se corrió oportunamente el traslado al señor representante de la entidad demandada. El término del traslado se venció sin que fuera contestado. Después de agotar exhaustivamente el trámite legal, el Juez desató la litis absolviendo a Fábricas Filtta S. A. de todos los cargos de la demanda. El a-quo actuó basado en el convencimiento de que las condiciones entre el actor y el jefe de mecánicos (de origen extranjero) contratado especialmente por la Empresa, eran notoriamente diferentes. Verificó asimismo que "durante la vigencia del contrato de trabajo recibió —el actor— por anticipo de cesantía, \$ 492.38; en 1950, \$ 1.344.36 y por cesantía definitiva recibió en 1955 la suma de \$ 3.260.62". Respecto de la pensión especial de jubilación consideró improcedente ordenarla, siendo así que el actor cumplió el tiempo de servicios requerido para la pensión general del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo.

Apelada la decisión ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla, éste dictó sentencia luego de un detenido examen del material probatorio que lo llevó a la firme creencia de que no eran unas mismas las funciones desempeñadas por el actor y el extremo comparativo, el extranjero mecánico jefe de la sección de lana de Filtta S. A. Con fundamento en ello concluyó que debía negarse la nivelación de salarios pretendida y el reconocimiento de cesantía con base en la misma. Prescindió de considerar la petición de pensión especial de jubilación, considerando que no era intención del actor obtener una decisión acerca de este punto, sino simplemente la notificación del reclamo a la demandada, "lo cual se cumplió con la notificación de la demanda".

Contra la providencia del ad-quem ambas partes interpusieron en tiempo recurso de casación. El escrito de oposición del demandado fue presentado fuera de tiempo, por lo que no se considerará. Cumplidos los trámites legales, se entra a examinar:

El recurso del demandante recurrente.

CARGO UNICO

Encaminado a obtener la casación del fallo recurrido, para que en su lugar se condene a la Empresa demandada según las peticiones de la demanda con excepción de la referente a pensión especial de jubilación por tener derecho el actor a la ordinaria, lo acusa por la no "aplicación correcta" del artículo 74 del Código Sustantivo del Trabajo, en su inciso final.

Para demostrar sus puntos de vista, expresa que el sentenciador decidió la absolución de la Empresa demandada basado en un "pretendido diploma" traído por el extranjero jefe de mecánicos, que lo acredita como "operario metalúrgico", así como en declaraciones testimoniales que dicen que Luis A. Martínez era jefe de mecánicos de seda y Jacobo Baltus (que este es el nombre del extranjero al servicio de la entidad demandada), jefe de mecánicos de lana y paños.

Fueron presentados durante el juicio y obran en el expediente varios documentos en los cuales, representantes autorizados de la Empresa, le dan al actor el calificativo de jefe de mecánicos y lo señalan como poseedor de buenas capacidades en varios tipos de la sección de telares. Particularmente una orden de "ponerse de acuerdo" con Baltus para la instalación en los telares de seda de piezas similares a las existentes en los telares de lana Cree el autor de la demanda de casación que "ponerse de acuerdo" no es propiamente pedir instrucciones, lo que demuestra claramente la igualdad de capacidades y de funciones. Las mencionadas pruebas no fueron apreciadas por el sentenciador, y sobre ello edifica en primer término el recurrente su demanda de casación.

Pero además de no haber tenido en cuenta esas pruebas sobreestimó, dándole demasiado valor, un diploma expedido por una escuela alemana que acredita a Baltus como Operario Metalúrgico. Observa que tal diploma no tiene la certificación de autenticidad del Ministerio de Relaciones Exteriores de Alemania, requisito esencial para su validez dentro de la legislación

colombiana, al tenor de un artículo del Código de Procedimiento Civil, cuyo orden de numeración el recurrente deja en blanco. Hace resaltar que esa certificación es una solemnidad "ad-substantiam actus". Con base en lo expuesto, el fallador de segunda instancia incurrió en estimación indebida del diploma. En su sentencia se trocó este Operario Metalúrgico en técnico de textiles, en perito en asuntos de lanas y de paños.

Se considera.

Puede observarse que el escrito del demandante recurrente carece en absoluto de precisión, de ordenación y de claridad, requisitos elementales para la eficacia del ataque en casación. Es evidente que se incurre en falta de técnica al omitirse la manifestación expresa de la clase de error que se comete en la sentencia del ad-quem al tenor del artículo 90, inciso 5º del Código Sustantivo del Trabajo. Tal omisión bastaría por sí sola para rechazar de plano la demanda, tanto más cuanto que adolece de una lamentable confusión cuando afirma que se tuvo al señor Baltus como experto en lanas y textiles, siendo así que el diploma por él presentado lo acredita como operario metalúrgico, lo que indudablemente sería un error de hecho, dentro del punto en que se alega el requisito *ad-substantiam actus* para la validez del diploma discutido.

Edifica el recurrente su ataque en la consideración de que se abstuvo el sentenciador de valorar piezas importantes del material probatorio, en que Martínez aparece desempeñándose al servicio de la demandada en calidad de mecánico jefe, y, además, con excelentes dotes técnicas, inusitado interés por el aumento de sus conocimientos y gran responsabilidad en el cumplimiento de sus deberes laborales. Ello no es exacto: A todo lo largo de la parte motiva de la providencia recurrida, el fallador está reconociendo todas las cualidades anotadas en cabeza del trabajador Martínez, lo que indica que sí se examinaron las pruebas que así lo manifiestan. Ocurre sin embargo que el sentenciador no creyó que se demostrara consecuentemente una identidad de condiciones técnicas y de manejo con las del extremo de comparación, señor Baltus. El que Martínez fuera un hombre diligente y capacitado, no prueba por sí solo que estuviera en un pie de igualdad con el trabajador extranjero. Tampoco es aceptable llegar a esa demostración por habersele ordenado "ponerse de acuerdo" con aquél, puesto que no se presupone necesariamente una identidad de conocimientos científicos, existiendo indudablemente la posibilidad

de que el uno posea aptitudes y experiencia en mayor grado que el otro. Pero hay algo más decisivo, y es el hecho innegable de que en el fallo se concedió más importancia a otras piezas del haz probatorio, como la diligencia de inspección ocular. Llevada ésta a cabo con el debido cuidado y minuciosidad, produjo en el juzgador de segundo grado, una fuerza de convicción mayor que la contenida en los elementos restantes, y por ello no incurre en error evidente de hecho. Puede citarse aquí la tesis sentada por el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo en sentencia de 9 de abril de 1951 —juicio seguido por Enrique Sanclemente S. contra “Sagvedra, Suso y Compañía Limitada”.— Dijo entonces aquella Corporación:

“En cuanto al error de hecho en la apreciación de las pruebas, es de observar que según reiterada jurisprudencia de esta corporación y de la Corte Suprema de Justicia, cuando la sentencia materia del recurso de casación se apoya en un conjunto de medios de prueba que concurrieron todos a formar la convicción del fallador, no basta para infirmarla que se ataquen algunos de tales medios, suponiendo eficaz el ataque, si los que restan son suficientes para apoyar la solución a que llegó aquél, ni tampoco que se hayan dejado de estimar algunas pruebas, si la sentencia se funda en otras que no han sido atacadas”.

Debe invocarse además la norma tantas veces aceptada por jurisprudencia de esta Sala, en el sentido de que sólo hay error de hecho cuando aparece de manera ostensible, cuando es manifiesto, protuberante y se presenta a todas luces en contraposición con la realidad y evidencia procesales. Al disponerlo así, la Corte ha buscado impedir que el amplio y necesario margen de apreciación libre que la ley le concede al juzgador, se vea menoscabado o restringido. Así, pues, en el presente caso no sería posible acceder a las pretensiones de la demanda de casación sin coartar el criterio valorativo con que obró el sentenciador sobre el acervo probatorio aportado durante el juicio, estando claro que no incurrió abiertamente en el pretendido error de hecho que a su decisión se le atribuye.

La segunda base de impugnación la hace radicar el recurrente en un error que, a juzgar por la forma de su presentación es de derecho, aunque no le da expresamente esta denominación, con lo cual desemboca ostensiblemente en una formulación inadecuada de la demanda. Consiste el pretendido error en que el diploma del señor Baltus no lleva el visto bueno del Ministerio de

Relaciones Exteriores de Alemania o del Ministerio de Educación del mismo país, requisito que es según el recurrente de la categoría de solemnidad *ad sustantiam actus*. Para rebatir este reparo cabe observar que el “tema probandum” no ha sido en el sub-lite la validez de dicho diploma, sino la igualdad o desigualdad del trabajo desempeñado por Martínez y Baltus. Que el mencionado título fuera sustancialmente válido o no, según el lleno o ausencia de solemnidades de fondo, podría haber conducido a su estimación o desestimación con iguales resultados, porque esta última habría influido bien poco en la cuestión básica, que era de *facto*, consistente en comparar dos factores extremos de hecho (trabajo de Martínez y trabajo de Baltus), para deducir de esta comparación su igualdad o diferencia. Porque el título expresado no era en esta comparación de servicios elemento esencial ni mucho menos el medio probatorio único que admitiera la ley para hacer esta ponderación comparativa, sino que existían otros medios demostrativos admitidos por la ley para realizarla. El error de derecho se configura cuando se establece un hecho por un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir esta determinada solemnidad para la validez del acto, pero en el sub-lite y en los casos semejantes la ley no exige que el hecho de la comparación de trabajos sólo pueda establecerse mediante el cotejo de diplomas o títulos de capacitación y eficiencia laborales sustancialmente válidos, sino que tal hecho se demuestre por los medios probatorios comunes. Aún en el evento de que dicho documento careciera de requisitos solemnes indispensables para su validez, no era el único medio admitido por la ley para establecer el hecho por demostrar. Había otros medios, y el sentenciador se valió de éstos a efecto de precisar la semejanza o desemejanza de los extremos comparados, y en el uso de estos medios no aparece que haya incurrido en la transgresión que se le atribuye.

En consecuencia, no prospera el cargo.

La demanda de la parte demandada.

CARGO UNICO:

“Violación de los artículos 145 del Código Procesal del Trabajo y 481 del Código de Procedimiento Civil, por infracción directa proveniente de su no aplicación al caso sub-judice siendo así que los supuestos de hecho exigían la actuación de dichas normas”.

Está enderezada su impugnación a alcanzar que sea casada parcialmente la sentencia de segundo grado y sea absuelta la empresa demandada del cargo formulado en literal c) del libelo inicial, sobre reconocimiento de la pensión especial de jubilación.

Expone sus puntos de vista empezando por recordar cómo el demandante pidió en la iniciación del juicio que se ordenara notificar a Fábricas Filtta S. A. el reclamo que por la misma demanda hizo de que se le reconociera la pensión ordenada por el artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo. Dice que luego de haber el Juez de primera instancia absuelto del cargo, el de segundo grado, en cambio afirma que "como el apoderado del actor ha aclarado suficientemente que no es su intención obtener decisión acerca del punto tercero de la demanda, sino simplemente que se notifique del reclamo a la demandada, lo cual se cumplió con la notificación de la demanda, se prescinde de considerar el punto como un cargo de la demanda". Para absolver al efecto a la demandada sobre igualdad de remuneración respecto de los extranjeros y sobre pago de auxilio de cesantía, sin hacer referencia en absoluto en la parte resolutive del fallo al punto que hace relación con pensión especial de jubilación.

El Tribunal, con su renuencia a resolver sobre uno de los puntos de la acción violó el artículo 481 del Código de Procedimiento Civil dejando "flotante este punto con la consiguiente incertidumbre para las partes y quedando en consecuencia la posibilidad de un nuevo litigio ya que no es posible entender de otra manera el extraño procedimiento solicitado por el actor de que se haga una notificación al través de una sentencia".

Continúa manifestando que como el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo ordena que a falta de disposiciones especiales en el procedimiento laboral se aplicarán las normas del Código Judicial también tal artículo fue violado porque conduce a la aplicación del artículo 481 del Código Judicial y el Tribunal no aplicó esta norma. Conceptúa que "no por estar incluidas las antedichas normas en los estatutos procedimentales dejan de ser preceptos sustantivos". Termina calificando de "extravagante" la pretensión de solicitar una pensión de jubilación después de haber laborado por un lapso distinto al tiempo de servicios exigido por esta norma.

Se considera:

Es incuestionable que al señalar como violadas dos normas de carácter procedimental, el escrito del demandado recurrente se queda a medio camino porque no indica que se hubiera llegado en consecuencia a la violación de normas de carácter sustantivo tutelares de derechos emanados de una relación laboral, y como lo exige el tecnicismo de casación en esa materia por su finalidad primordial de ser ese recurso unificador de la jurisprudencia nacional en materia laboral. La formulación del cargo está así mal o incompletamente hecha. Al respecto, cabe reproducir aquí la jurisprudencia del Tribunal Supremo del Trabajo, sustentada en sentencia de fecha 25 de junio de 1952, al decidir el recurso de casación interpuesto en el juicio seguido por Carlos Brassier Krier contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. Se expresó entonces así: "Como fácilmente se observa, todas las disposiciones citadas por el recurrente son de carácter procesal y como repetidamente lo ha dicho esta Corporación, la violación de normas legales de tal categoría, aún consideradas como sustantivas, no dan base, por sí solas, a la casación del fallo recurrido sino que debe alegarse, además, sobre la violación de las normas positivas tutelares de los derechos debatidos en el juicio, de verdadero carácter sustantivo y las únicas que con base en la causal primera del artículo 87 del Código de Procedimiento del Trabajo, pueden ocasionar el desquiciamiento del fallo impugnado y la consiguiente decisión de instancia sobre el fondo del litigio". Continuando la misma línea de interpretación científica del procedimiento de casación, dijo la misma Corporación en sentencia de 25 de julio del mismo año: "La transgresión de las disposiciones de procedimiento, así sean ellas sustantivas, no es por sí misma motivo de casación. Si se la demuestra, es preciso luego establecer el consiguiente quebrantamiento de algunas normas en que se reconozcan u otorguen derechos emanados de la relación de trabajo".

Queda así demostrada la incorrecta presentación de la demanda, y, en consecuencia, se rechaza la acusación.

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 de fecha 22 de junio de 1953, ema-

nada del Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla, objeto del presente recurso. diente al Tribunal de origen.

Sin costas.

Cópiase, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expé-

Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiría C.—

Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

LOS SEMOVIENTES Y DEMAS EFECTOS QUE HAYAN SIDO DECOMISADOS POR LAS AUTORIDADES, COMO OBJETO DE UN DELITO DE ROBO O HURTI, O EL PRODUCTO DEL REMATE DE LOS MISMOS, NO PUEDE CALIFICARSELES DE MOSTRENCOS, Y EN CASO DE NO SER RECLAMADOS POR SUS VERDADEROS DUEÑOS SE ENTREGAN AL ESTADO

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diez (10) de abril de mil novecientos cincuenta y nueve .

(Magistrado ponente: Dr. Efrén Osejo Peña).

Mediante sentencia de fecha 5 de agosto del año pasado, el Tribunal Superior de Medellín absolvió al Departamento de Antioquia de los cargos hechos por el doctor Jaime Isaza Cadavid, en juicio especial, con el fin de obtener la declaración de que la suma de \$ 58.956.50, depositada en el Banco Comercial Antioqueño, "tiene la situación jurídica de bien mostrenco, y que, en consecuencia, se adjudique al Municipio de Medellín y al actor por iguales partes.

En vista del insuceso, el demandante interpuso el recurso de apelación contra el mencionado fallo, que la Sala procede a revisar, una vez surtida la segunda sentencia en forma normal.

Los fundamentos de hecho, o mejor, el origen de la expresada suma de \$ 58.956.50, lo explica así el actor:

En virtud de los sucesos político-sociales consumados en la República, en el lapso comprendido entre el año de 1950 y el de 1953, "un número indeterminado de animales domésticos quedó sin dueño conocido"; porque muchos semovientes fueron abandonados en las dehesas por sus dueños, que huyeron en busca de seguridad; y porque otros fueron aprehendidos por las autoridades administrativas y castrenses "cuando sorprendieron a personas que los habían sustraído ilícitamente del control de sus dueños, o que no exhibían la prueba legal del dominio sobre ellos, en conformidad con la legislación dictada desde esa época, sin que quedara aparentemente huella alguna para descubrir posteriormente quién o quiénes fueron sus verdaderos propietarios".

La aprehensión de los semovientes, hecha por las autoridades, se encaminaba a "restituirlos a sus legítimos dueños", o sea "tal acto se cumplía sin ánimo de señor y dueño, pero sí a título de

mera tenencia".... en efecto, cuando alguien demostraba la propiedad se le entregaba el semoviente, si existía"; o de no se le entregaba el precio obtenido por la venta, si ya había sido enajenado"; sin embargo algunos "nunca fueron objeto de reclamación por parte de nadie" que alegara tener derecho sobre ellos. En este último caso, las autoridades ordenaron la venta, "procediéndose a su enajenación, por partidas a medida que se hacía imposible el hallazgo de sus presuntos dueños".

El dinero no reclamado por los propietarios fue consignado en el Banco Comercial Antioqueño, en la oficina principal de Medellín, "en cuenta que figura o debe figurar Departamento de Antioquia—Tesorería General—, y que en los libros de contabilidad y en los asientos de la Contraloría General del Departamento lleva el nombre de depósitos a la orden del Gobernador de Antioquia". Pero que constituye un pasivo, "por cuanto la primera autoridad de esta sección tiene facultad de pagar de ello los valores de los semovientes que logren ser acreditados como propiedad de alguien...."; y por esto, "nunca ha sido objeto de incorporación en el presupuesto departamental no obstante que hace más de cuatro años se formó dicha cuenta", que ascendía, en la fecha de la demanda, a la cantidad de cincuenta y ocho mil novecientos cincuenta y seis pesos con cincuenta centavos.

Finalmente, el actor califica al Gobernador de Antioquia "como mero tenedor de la suma que ya indiqué, sobre la cual ni él personalmente, ni como representante del Departamento, pretende dominio".

En derecho el actor funda la acción en los artículos 705, 706, 708 del Código Civil, 8, 82 y 129 de la Ley 153 de 1887; 839 y siguientes del Código Judicial.

La demanda se presentó, inicialmente, ante el Juez Civil del Circuito de Medellín, el 15 de marzo de 1956, para que el juicio se surtiera con audiencia del Personero Municipal, pero co-

mo el Gobernador de Antioquia, mediante escrito de fecha 26 de abril del mismo año se opusiera a las pretensiones del actor, por auto de 7 de mayo, el Juez ordenó pasar el expediente al Tribunal Superior (folios 8 vuelto, cuaderno número 1º) que avocó el conocimiento mediante la admisión de la demanda, notificación de ella al Gobernador y traslado por tres días al personero de Medellín (Folios 9 vuelto).

Directamente contestó la demanda el Gobernador del Departamento de Antioquia, para oponerse "a las pretensiones del actor pues el bien a que éste hace alusión no tiene la calidad del mostrenco....".

El Personero de Medellín fue notificado personalmente con este nuevo auto del Tribunal, pero nada contestó en esta ocasión, quizá porque antes había manifestado ante el Juez del Circuito:

"Como hasta el presente al suscrito no le constan los hechos que fundamentan la demanda aludida me abstengo de coadyuvar la acción del doctor Jaime Isaza Cadavid y como tales dineros figuran a nombre del Departamento de Antioquia, debe notificarse al señor Gobernador, como está ordenado por su Despacho". (Folio 4, cuaderno número 1º).

El Tribunal, en obediencia a lo dispuesto en el artículo 840 del Código Judicial ordenó fijar y publicar el Edicto allí ordenado; y con este objeto se dio aviso al público de que el doctor Jaime Isaza Cadavid pedía se declare como bien mostrenco la cantidad de \$ 58.956.50 con las demás especificaciones expresadas en la demanda.

Durante el término probatorio de primera instancia, a pedimento del actor, se practicaron las siguientes pruebas:

El doctor David Córdoba, Secretario de Gobierno desde junio de 1953 hasta octubre de 1956, sobre el decomiso por las autoridades civiles o militares de varios semovientes, dice no constarle personalmente, sino por meras referencias "o por informes escritos cuyo texto no recuerdo pero que deben estar en los archivos oficiales". También afirma que cuando estuvo en la secretaría de Gobierno, se insinuó u ordenó devolver los semovientes a sus dueños; y respecto de los no reclamados, que se "iniciara y siguiera juicio sobre bienes mostrencos".

Al Tesorero Departamental, Jorge Taborda, nada le consta porque los hechos ocurrieron antes de tomar posesión del cargo; "pero lo que sí es cierto —dice el declarante— es que los fondos que ingresan a la Tesorería con carácter de de-

pósito provisional no ingresan al Presupuesto, porque constituyen depósitos a favor de terceros".

Según las copias expedidas por la Contraloría Departamental (folios 11 a 14, cuaderno número 2º), el depósito provisional se formó con los dineros recaudados de los remates del ganado decomisado a los bandoleros, en distintos municipios del Departamento, conforme a la enumeración contenida en los comprobantes insertos, que incluye también "el valor remesado por el Alcalde Municipal de Salgar, producto de la venta de quince arrobas de café, decomisadas a los bandoleros en el paraje denominado El Barroso (Municipio de Urrao) \$ 501.00".

En las mismas copias aparece que a Jesús Rodríguez Tamayo, Evangelina y Teresa Tamayo, representados por el doctor Gregorio Quiñones G., se les devolvió la suma de \$ 4.862.50 producto de la venta de 37 cabezas de ganado vacuno y de tres equinos.

En el informe financiero rendido por el Contralor del Departamento, en el año de 1954, aparece anotada en la cuenta "101-5- Otros Depósitos", la cantidad de \$ 58.956.50 (página 42 del folleto).

En segunda instancia se recibió el testimonio del doctor Raúl H. Sánchez Mesa, quien afirma que en el lapso de 1952 a 1953 cuando desempeñaba el cargo de SubSecretario de Gobierno, "tanto las autoridades civiles como las militares que estaban en defensa del orden público decomisaron semovientes en las regiones de Abriaquí, Uramita, Salgar, Dadeiba, Frontino, Urrao y otras que por el momento no recuerdo, decomisos que se hicieron a los llamados guerrilleros cuando eran batidos por las fuerzas militares o de policía". En la tercera respuesta dice:

"..... Los decomisos de semovientes que hacían las fuerzas militares o de policía provenían de animales robados por los llamados guerrilleros y entonces aquellas fuerzas de policía o militares recogían esos animales en las poblaciones y después de avisar profusamente durante varios días en busca de sus propietarios o interesados y como el Gobierno Departamental carecía de partida destinada al sostenimiento de esos semovientes, eran vendidos mientras esos fondos se guardaban provisionalmente en espera de sus dueños. (F. 3 cuaderno número 5).

El testigo termina su exposición refiriéndose a la cuenta de depósitos a favor de terceros y hace una enumeración de otras consignaciones hechas

en la Tesorería Departamental, con imputación a la misma cuenta.

De las pruebas mencionadas se deduce, sin la menor duda, que la cantidad de \$ 58.956.50 depositada en el Banco Comercial Antioqueño, tiene como causa el valor del ganado decomisado a los bandoleros, en distintos municipios del Departamento de Antioquia, y rematado por las autoridades en virtud de no haber aparecido sus dueños a reclamarlos ni a recibir el precio, después de la subasta.

El Código Civil en sus artículos 704 a 712, no solamente define qué se entiende por bienes vacantes y mostrencos, sino que también determina, en forma precisa, la persona que tiene derecho a ejercitar la acción correspondiente, mediante los trámites previstos en los artículos 838 y siguientes del Código Judicial.

El artículo 704 del Código Civil impone a la persona que halle una cosa mueble, extraviada o abandonada involuntariamente, el deber de restituirla a su dueño, si fuere conocido; en caso contrario, debe ponerla a disposición de la autoridad competente dentro del plazo de los treinta días siguientes al hallazgo, pues si así no lo hiciera, "será juzgado criminalmente", añade el artículo 705 del mismo Código, que de modo directo alude al artículo 418 del Código Penal, que dice: "Incurrirá en arresto de uno a ocho meses: a) El que se apropie cosas ajenas extraviadas, sin cumplir los requisitos que prescribe la ley".

De consiguiente, el ejercitar la acción correspondiente, para obtener la gratificación o participación prevista por la ley, incumbe únicamente a la persona que efectuó el hallazgo de la cosa extraviada o abandonada, pero no a cualquier persona que promueva el juicio especial reglamentado en los artículos 383 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

En el caso sub-judice, además, no se trata de cosas extraviadas o abandonadas, sino que fueron decomisadas por las autoridades, como objeto de un delito de robo, consumado por los bandoleros o guerrilleros.

El actor, doctor Jaime Isaza Cadavid, no encontró los semovientes, ni éstos se extraviaron o fueron abandonados, sino robados por los bandoleros; de manera, pues, que la situación jurídica de los semovientes decomisados o de la cantidad depositada resulta completamente distinta de la prevista para las cosas mostrencas, como se deduce de las pruebas analizadas antes.

Sin embargo, podría objetarse que, como no se

conoce a los dueños, no se podría demostrar la propiedad y preexistencia de los semovientes vendidos en pública subasta por las autoridades; pero la dificultad la resuelve el artículo 312 del Código de Procedimiento Penal, en estos términos:

"En la investigación de los delitos de hurto o robo, no será preciso probar la propiedad, preexistencia y consiguiente falta de la cosa hurtada o robada, cuando de otros hechos aparezca que ésta es materia de uno de tales delitos. La apreciación de estas circunstancias queda al prudente juicio del funcionario respectivo".

Sobre el destino de los efectos que provengan de la ejecución de un delito, el artículo 59 del Código Penal, dispone,

"Las armas, instrumentos y efectos con que se haya cometido un delito, o que provengan de su ejecución, se confiscarán y entregarán al Estado, a menos que la ley disponga que se destruyan, o que se devuelvan a quien se hubieren sustraído o a un tercero sin cuya culpa se hubiere usado de ellos".

En resumen, los semovientes decomisados a los bandoleros no puede calificárseles de mostrencos, pues no fueron hallados extraviados o abandonados; y en el supuesto de considerarse mostrencos, tampoco fueron hallados por el demandante, sino decomisados por miembros del Ejército y de la Policía, quienes tampoco tendrían derecho a gratificación alguna, aplicando por analogía el inciso 2º del artículo 711 del C. C.

La cantidad depositada en el Banco Comercial Antioqueño no puede considerarse mostrenca, porque se conoce el depositante, como también el destino que debe dársele: restituirla a los propietarios damnificados; y si éstos no aparecieren o no fueren conocidos, el artículo 59 del Código Penal contiene la solución en forma implícita al disponer que se entregarán al Estado los efectos que provengan de la ejecución.

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, CONFIRMA la sentencia proferida por el Tribunal de Medellín.

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

Aníbal Cardoso Gaitán—Ramiro Araújo Grau.
Efrén Osejo Peña—Luis Carlos Zambrano—Jorge García Merlano, Secretario.

EL ACTO ADMINISTRATIVO QUE FIJA LAS LINEAS O PARAMENTOS DETERMINANTES DE LA ANCHURA DE LAS VIAS PUBLICAS, NO IMPLICA OCUPACION MATERIAL DEL TERRENO DE PROPIEDAD PRIVADA NI SU INCORPORACION AL PATRIMONIO DEL ESTADO COMO BIEN DE USO PUBLICO, PERO SI IMPIDE EL USO PLENO DEL INMUEBLE A SU LEGITIMO DUEÑO QUIEN, EN CASO DE RECIBIR PERJUICIOS, TIENE LA ACCION QUE CONSAGRAN LOS ARTICULOS 67 Y 68 DEL C. C. A. A FIN DE QUE SE LE INDEMNICE

El acto administrativo que determina el paramento a que debe sujetarse una construcción dada, aplicando para ello las disposiciones generales sobre planeamiento urbano, no implica, como es obvio, una ocupación material del terreno ni su incorporación al patrimonio del Estado como bien de uso público. Puede sí impedirse con ello al propietario particular el uso pleno de su inmueble y por lo mismo causarle perjuicios.

De acuerdo con los artículos 67 y 68 del Código Contencioso Administrativo, la persona lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil puede demandar directamente de la administración las indemnizaciones correspondientes. La limitación del dominio consistente en impedirle a un propietario hacer una construcción por tener que ajustarse a las normas de desarrollo urbano que fijan líneas o paramentos que determinan la anchura de las vías públicas, es un acto de la administración que si causa daño origina igualmente acciones que conducen a la reparación del perjuicio. La tutela del derecho lesionado en tales casos se alcanza a través del procedimiento previsto en las disposiciones aludidas.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, quince de abril de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Los señores Halim Reveiz, Carim Reveiz y Fuad Reveiz, mayores y vecinos de Cali, promovieron el presente juicio relativo a indemnización por ocupación de la propiedad privada con mo-

tivo de trabajos públicos, contra el Municipio de Cali, ante el Tribunal Administrativo del Valle. Posteriormente el negocio, por imperio de las disposiciones del Decreto 0293 de 1955, dictado como consecuencia del fallo de inexecutable de las normas del Capítulo XXII del Código Contencioso Administrativo, pasó al conocimiento del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el cual dictó la sentencia de primer grado, que lleva fecha 26 de marzo de 1958, cuya parte resolutive dice:

“Primero.—CONDENASE, como en efecto lo hace, al Municipio de Cali, representado por el señor Personero Municipal, a pagar a los demandantes, señores Halim, Carim y Fuad Reveiz, representados por el doctor Antonio Reveiz Valencia, todos de condiciones civiles ya conocidas, la faja o zona de terreno especificada y determinada por los señores peritos en su respectivo informe y en la diligencia de inspección ocular practicada el día 28 de octubre de 1954, cuyos linderos, anexidades y dimensiones son las siguientes: Norte, con lote que fue de Artes Gráficas Sinisterra, hoy de la Logia Masónica; Sur, en extensión de cinco metros (5 mts.) con la zona cedida en venta por medio de la escritura pública número 3.243 de octubre 2 de 1953, de la Notaría Primera de Cali, al Municipio de Cali, por la señora Eugenia Sinisterra viuda de Carvajal, en su propio nombre y en el de sus hermanos Mario, Rafael, María Cecilia, Alicia y Soledad, quienes le dieron poder para ello; Oriente, con lote vendido por los mismos señores Sinisterras V. y por la misma escritura citada y en longitud de ocho metros cuarenta y cinco centímetros (8,45 mts.); Occidente, con lote de propiedad de los demandantes Reveiz, en longitud de ocho metros con cuarenta y cinco centímetros (8,45 mts). La zona anteriormente determinada tiene una superficie de cuarenta y dos metros

con veinticinco centímetros cuadrados (42,25 Mts.2);

“Segundo.—Como los señores peritos le fijaron a la faja o zona de terreno descrita y delimitada en el punto anterior un avalúo de diez mil novecientos ochenta y cinco pesos (\$ 10.985.00) moneda corriente, el Municipio de Cali, representado por su Personero Municipal, deberá pagar a los demandantes señores Reveiz, dentro del término señalado por el artículo 121 del Código Civil Administrativo, la suma de dinero antes determinada, como precio de venta por esa zona o faja de terreno;

“Tercero.—Los demandantes señores Halim, Carim y Fuad Reveiz, una vez que el Municipio de Cali, representado por su Personero Municipal, cumpla con la obligación que se le impone en este fallo, están obligados a hacerle al Municipio de Cali la transferencia, por escritura pública y por venta, de la zona o faja de terreno ya determinada en el punto primero de esta providencia;

“Cuarto. — DECLARANSE no probadas las excepciones propuestas por el Municipio de Cali, por medio de su Personero y también por el señor Agente del Ministerio Público, tanto en la contestación de la demanda como en sus alegatos de conclusión”.

Las partes y el Ministerio Público, inconformes con esta sentencia, apelaron, razón por la cual el negocio vino a esta Sala de la Corte en donde se ha surtido el trámite legal correspondiente a la segunda instancia, hallándose en estado de proferir el fallo definitivo.

* * *

Los hechos que dieron origen a este litigio están consignados en el libelo de demanda en catorce numerales, que pueden sintetizarse así:

1º.—El Municipio de Cali ha llevado hasta ahora una política inestable en materia de ampliación de vías, especialmente en relación con la calle 10. En un principio, de acuerdo con el plan piloto de la ciudad, se fijó la línea de paramento en once metros lineales; posteriormente, de acuerdo con el Plan Brunner, se fijó dicha línea en trece metros, “y en la actualidad, a última hora, el Municipio pretende ampliar dicha línea a la cantidad de dieciocho metros (18 mts.) y aún más”.

2º.—Por escritura pública número 1.033, de 30 de marzo de 1953, de la Notaría Primera de Cali,

los señores Halim, Carim y Fuad Reveiz adquirieron por compra a los señores Mario Sinisterra V., Rafael Sinisterra V. y otros el dominio pleno y la posesión regular de un inmueble situado en la ciudad de Cali, consistente en una casa de habitación, de un piso, construida sobre paredes de adobe y cubierta con tejas de barro, ubicada en la esquina de la calle 10 con la carrera 8ª y su correspondiente terreno con una superficie de 261 metros cuadrados con 75 decímetros cuadrados, comprendido por los siguientes linderos: “Por el Oriente, o sea por el frente principal, la calle diez (10); por el Sur, la carrera octava (8ª); por el Occidente, la casa número 9-47 de la carrera octava (8ª) y por el Norte, predio ocupado casi totalmente por “Artes Gráficas Sinisterra”, que fue de Manuel Francisco Sinisterra V. y distinguido en sus puertas de entrada con los números 7-50 y 7-54”.

3º.—En la cláusula segunda de la mencionada escritura se estipuló: “EL AREA DE TERRENO ES NETA, DEDUCIDAS LAS ZONAS QUE SE DESTINAN PARA LA AMPLIACION DE LAS CALLES”. El precio de la compra fue de \$ 68.055., o sea a razón de \$ 260.00 el metro cuadrado. En la cláusula sexta se dijo: “EL AREA QUE SE ESTIPULA EN LA CLAUSULA SEGUNDA, ES EL AREA NETA QUE QUEDA DESPUES DE HECHA LA DEDUCCION DE LAS ZONAS O FAJAS DE TERRENO DESTINADAS A LAS AMPLIACIONES DE LA CALLE DIEZ (10) Y DE LA CARRERA OCTAVA (8ª), según las líneas de paramento establecidas provisionalmente por la Oficina del Plan Regulador del Municipio de Cali”. Y en la misma cláusula se estipuló: “La zona de terreno que haya de cederse para la ampliación de las calles, NO SE TRANSFIRIERE POR ESTE INSTRUMENTO, pues los vendedores se reservan el derecho de reclamar para sí al Municipio de Cali, el pago de tal zona”.

4º.—Los señores Reveiz resolvieron construir en el lote un edificio de seis pisos para renta, y al efecto solicitaron al Municipio la correspondiente línea o demarcación.

5º.—El Municipio de Cali, por conducto de la Secretaría de Obras Públicas, entregó a los señores Reveiz la Demarcación número 757 de fecha 17 de junio de 1953, ratificando la línea de paramento fijada en el Plan Brunner. El documento dice textualmente así: “Por la calle 10: en la esquina entra cinco metros con cuarenta centímetros (5,40 mtrs.), y con relación al borde exterior del andén entra seis metros con cuarenta

centímetros (6,40 mtrs.) y con relación al paramento de la casa número 7-54 entra cinco metros con treinta centímetros (5,30 mtrs.). Es decir, que quedó para los señores Reveiz una superficie libre edificable de doscientas cincuenta y siete metros con cuarenta centímetros cuadrados (257,40 mtrs.2). A pesar de que en esta forma los señores Reveiz se veían privados de una superficie de cuatro metros con treinta y cinco centímetros cuadrados (4,35 mtrs.) en relación con la cabida NETA que habían adquirido, optaron por aceptarla.

6º.—La demarcación que les fue señalada a los señores Reveiz fue la misma que el Municipio había dado en ocasiones anteriores en la misma calle 10 entre carreras 7ª y 8ª.

7º.—El propio Municipio reconoció que el inmueble de los señores Reveiz “está en línea y constituye un área neta libre de toda zona de ampliación de calles y carreras” como puede verse en la escritura número 3.243, de 2 de octubre de 1953, otorgada en la Notaría Primera de Cali, por la cual el Municipio de Cali adquirió en venta de los señores Sinisterra V. —vendedores de los demandantes— el área de terreno que quedó excluida de la venta que estos hicieron a los señores Reveiz. En la cláusula tercera de esta escritura consta además el pago que los vendedores hicieron al Municipio por concepto de valorización del terreno.

8º.—Con base en estos antecedentes los señores Reveiz contrataron con la oficina de arquitectura del doctor Jaime Castro Córdoba los planos, cálculos, presupuestos y construcción de un edificio de seis plantas. El presupuesto para la construcción ascendió a la cantidad de \$ 286.567.85 moneda corriente, ajustándose a la demarcación de que tratan los hechos 5º, 6º y 7º “pero solamente para efectos de construir, sin renunciar a las acciones del caso en orden a reclamar la zona de 4.35 mtrs.2, de que trata el hecho 5º.

9º.—Para ejecutar la construcción los demandantes contrataron con el señor Alberto Ramírez la demolición de la casa existente, por un valor de \$ 3.500.00 y dicho trabajo se efectuó en los meses de mayo y junio de 1953; la casa mencionada tenía un valor de 25.000.00 sin incluir el terreno y producía por arrendamientos la suma de un mil pesos mensuales.

10.—Los demandantes pagaron al doctor Jaime Castro Córdoba por el trabajo de planos, cálculos y presupuesto la suma de \$ 11.861.25 moneda corriente, de acuerdo con las tarifas acordadas por

la Sociedad Colombiana de Arquitectos.

11.—El ingeniero Castro Córdoba presentó sus trabajos a la Secretaría de Obras Públicas del Municipio de Cali el 12 de agosto de 1953, con dos memoriales uno solicitando la aprobación de los planos y otro pidiendo el correspondiente permiso para construir.

12.—El arquitecto iba a devengar un honorario por la dirección y administración de la obra equivalente al 8 por ciento del presupuesto y se comprometía a entregarla en el término de diez meses a partir del 1º de septiembre de 1953; los dos primeros pisos debía entregarlos en el término de seis meses contados desde la misma fecha.

13.—Los planos y la demás documentación presentados a la Secretaría de Obras Públicas fueron devueltos seis meses después de su presentación, no obstante las reiteradas diligencias que se hicieron durante ese tiempo para que fuese resuelta la solicitud de construcción. La razón que se dio al doctor Castro Córdoba fue la de que los planos no podían ser aprobados, ni concederse el permiso para construir porque el Municipio había determinado fijar una nueva línea de paramento para las construcciones de la calle 10, de 18 metros atrás en vez de los trece que antes se había señalado, debiendo por consiguiente los señores Reveiz ceder al Municipio cinco (5) metros más hacia adentro del paramento que en un principio les había sido señalado. “De esta suerte, por imposición unilateral de las autoridades del Municipio de Cali, que antes habían autorizado la línea de demarcación indicada en varios de los hechos anteriores de la demanda, que la habían reconocido y ratificado por escritura pública como ya se vio, se inutilizó para los señores Halim Reveiz, Carim Reveiz y Fuad Reveiz, en favor de la calle 10 de esta ciudad, de facto, una zona de terreno perteneciente al inmueble que ya se ha deslindado, de ocho metros con cuarenta y cinco centímetros (8,45 mts.) de frente hacia la calle 10, por cinco metros (5 mts.) de fondo, o sea una faja de terreno de cuarenta y dos metros con veinticinco centímetros cuadrados (42,25 mts.2) faja que se inutilizó o expropió, sin convenio, ni sentencia judicial, ni expropiación ni indemnización previa”.

14.—Las órdenes del Municipio de Cali de que tratan los hechos 5º y 13 han causado y están causando a los demandantes grandes perjuicios por daño emergente, lucro cesante y perjuicios

morales, que se indican en el texto de este numeral.

15.—Los anteriores perjuicios los ha causado el Municipio de Cali a los demandantes por haber destinado para el ensanche de una vía pública la zona de terrenos ya expresada, sin convención, ni expropiación legal ni indemnización previa.

16.—La ocupación de la zona de terreno determinada en el hecho 13 se llevó a cabo, de hecho, por el Municipio desde el día 15 de febrero de 1954, fecha en que le fueron devueltos los planos y la documentación al doctor Jaime Castro Córdoba por la Secretaría de Obras Públicas Municipales.

Con fundamento en los hechos que se dejan relacionados, el actor pidió que en la sentencia definitiva se condenara al Municipio de Cali a pagar a los demandantes Halim, Carim y Fuad Reveiz, la cantidad de CIENTO DOS MIL CIENTO SESENTA Y DOS PESOS CON NOVENTA Y UN CENTAVOS MONEDA CORRIENTE (\$ 102.162,91) moneda corriente por concepto de los perjuicios que señala en el hecho 14 de la demanda, y la cantidad que se estime justa y legal por concepto de perjuicios morales. En subsidio, por la suma que se determine pericialmente como compensación de todos los perjuicios.

* * *

De acuerdo con los presupuestos de la acción indemnizatoria incoada, que consagra el artículo 268 del Código Contencioso Administrativo, ha de estudiarse en primer término el relativo al interés jurídico de los demandantes. Para acreditarlo se acompañó a los autos copia debidamente registrada de la escritura pública número 1.033, de 30 de marzo de 1953, otorgada en la Notaría Primera de Cali, por la cual los señores Mario Sinisterra V., Rafael Sinisterra V., Eugenia Sinisterra viuda de Carvajal, María Sinisterra de Rojas y Soledad Sinisterra de Uribe, todos en su propio nombre y además la señora Eugenia Sinisterra viuda de Carvajal en representación de Cecilia Sinisterra V., mayor y vecina de Medellín y Alicia Sinisterra de Coello, mayor y vecina de Bogotá, transfieren a título de venta, en pleno dominio y posesión a los señores HALIM, CARIM y FUAD REVEIZ, en iguales partes para cada uno, el mismo inmueble que se determina por su ubicación, linderos y cabida en el hecho segundo de la demanda, aclarándose en la cláusula segunda de dicha escritura que el área del

terreno es neta, deducidas las zonas que se destinan para la ampliación de las calles, anotación que se reitera en la cláusula sexta, aparte a). (Folios 1 a 4 del cuaderno número 1). Se adujo igualmente por el actor en el curso del juicio, el certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Cali, el 10 de agosto de 1954, del cual aparece que el registro de la escritura 1.033, de 30 de marzo de 1953, que acaba de relacionarse, se halla vigente, pues no ha sido cancelado por ninguno de los medios que indica el artículo 789 del Código Civil, y que los registros anteriores que constituyen la tradición de la propiedad en 30 años atrás al registro vigente, fueron cancelados. (Folios 28 a 31 del cuaderno de pruebas de la parte actora). Hállase pues probada la personería sustantiva de los demandantes en el juicio.

* * *

Principal elemento de la acción que se ventila es el relativo a la ejecución del trabajo público y a la ocupación del inmueble por tal motivo. El señor Personero Municipal de Cali en su alegato de conclusión para la primera instancia, y el Agente del Ministerio Público en su vista fiscal para la misma, niegan en forma absoluta que el Municipio de Cali haya ocupado la zona de terreno de propiedad de los demandantes, objeto de la litis, y la ejecución de trabajo público alguno. Igual cosa alega el señor Procurador de la Nación, Delegado en lo Civil, en su concepto de fondo que como Agente del Ministerio Público ha dado en la segunda instancia del proceso.

Para dilucidar el punto en cuestión conviene examinar previamente los hechos y pruebas que se relacionan con la fijación de la línea de paramento en el inmueble de los demandantes. Según el hecho 1º de la demanda, el primitivo Plan Piloto de la ciudad de Cali determinó un retroceso de once metros en los paramentos de la calle 10; posteriormente, de acuerdo con el Plan Brunner se aumentó a trece metros, y finalmente, a diechocho metros. Examinados los documentos que obran en el expediente, se tiene que para la fecha en que los señores Reveiz adquirieron el inmueble —30 de marzo de 1953— se había señalado por el Municipio la zona de ampliación de las vías, zona que quedó excluida de la compra que dichos señores Reveiz efectuaron, conforme aparece en las cláusulas segunda y sexta de la respectiva escritura. En la cláusula sexta

se expresa "Son condiciones del presente contrato, aceptadas por las partes contratantes: a) El área que se estipula en la cláusula segunda (261,75 mts.2), es el área neta que queda después de hecha la deducción de las zonas o fajas de terreno destinado a las ampliaciones de la calle diez (10) y de la carrera octava (8ª), según la línea de paramento establecida provisionalmente por la Oficina del Plan Regulador del Municipio de Cali". De conformidad con el documento que obra al folio 20 del cuaderno número 1, el 17 de junio de 1953 se determinó en forma precisa la zona excluida de la venta anterior. En efecto, por la Secretaría de Obras Públicas Municipales se expidió en tal fecha, con destino a los señores Reveiz Hermanos Limitada la Demarcación número 7-54 entra 5,30 mts. DETALLES: Esta dequina entra 5.20 mts.; y con relación al borde exterior del andén entra 6.20 mts. Con relación al paramento de la casa número 9-47 entra 6.03 mts. Por la calle: En la esquina entra 5.40 mts.; en relación con el borde exterior del andén entra 6.40 y con relación al paramento de la casa número 7-54 entra 5,30 mts. DETALLES: Esa demarcación caducó a los tres meses. (Fdo.) José R. Córdoba. Ingeniero Demarcador". Este comprobante fue reconocido en legal forma por su signatario (folio 43, cuaderno de pruebas del actor). La zona así determinada y que fue excluida de la venta hecha a los señores Reveiz, la adquirió posteriormente el Municipio de Cali, como consta de la escritura pública número 3.243, de 2 de octubre de 1953, de la Notaría Primera de Cali. En tal contrato el doctor Mario Barberi Zamorano dijo: "Que en la actualidad es Personero Municipal de Cali en ejercicio y que en tal carácter y por tanto en representación del Municipio de Cali, acepta la venta que a dicha entidad se le hace por medio del presente instrumentos público; y que el inmueble materia de esta compraventa lo adquiere el Municipio de Cali con destino a la ampliación de la carrera 8ª y de la calle 10 de esta ciudad, en la intersección de ambas vías de conformidad con lo dispuesto por el Plan Regulador". (La copia del nombramiento y posesión del doctor Barberi Zamorano fueron agregadas legalmente a los autos).

Se afirma en los hechos 8º y 13 del libelo de demanda que el doctor Jaime Castro Córdoba, contratado por los señores Reveiz para la confección de los planos y presupuestos del edificio de seis plantas que aquellos proyectaban levantar en el inmueble, presentó la documentación perti-

nente a la Secretaría de Obras Públicas el 12 de agosto de 1953, la cual le fue devuelta seis meses después sin resolución alguna y con el argumento de que no podían ser aprobados los planos, ni concederse el permiso para construir, porque el Municipio había determinado que la nueva línea de paramento de la calle 10 debería ser de dieciocho metros, y no de trece, como antes se había señalado, debiendo por consiguiente los señores Reveiz ceder al Municipio cinco (5) metros más hacia adentro. Esta aseveración también se halla probada en los autos, al folio 23 del cuaderno de pruebas, con el siguiente documento: "El suscrito Director de la Oficina del Plan Regulador, en atención a la solicitud del memorial que antecede, CERTIFICA: Que para el sector de la calle diez (10) comprendido entre la carrera 6ª y la carrera 15 se adoptó un ancho total entre paramentos de dieciocho metros (18 mts.), el cual está en vigencia desde el mes de octubre del año de mil novecientos cincuenta y tres. Con anterioridad a esta fecha el ancho entre paramentos para el mismo tramo de vía era de trece metros (13 mts.) (Fdo.) Marino Ramírez.—Arquitecto Director". En la declaración que el doctor Marino Ramírez rindió en el juicio (folio 21 del cuaderno de pruebas) explica que después de un amplio debate en el que participó una junta formada por los vecinos y propietarios de dicho sector, se adoptó la rectificación y ampliación de las mencionadas vías para el mejoramiento de la ciudad. Se tiene pues acreditado fehacientemente que en el mes de octubre de 1953 fue determinado un nuevo paramento para las futuras edificaciones de la calle 10.

* * *

El señor Personero Municipal de Cali y los Agentes del Ministerio Público que han actuado en este proceso aceptan que el Municipio demandado adoptó la modificación de las líneas del paramento, pero niegan que el Municipio haya ocupado la zona del inmueble de los señores Reveiz, causa de este litigio, y que se hubiera ejecutado obra pública alguna. El funcionario primeramente nombrado, en su alegato de conclusión visible a folios 52 a 56 del cuaderno número 1, expresa lo siguiente:

"Fundamentan los actores la acción incoada en el hecho de que el Municipio de Cali no hubiera impartido su aprobación a unos planos de un edificio que pretendían levantar en un lote de propiedad de ellos, ubicado en el cruce de la

carrera 8ª con calle 10 de esta ciudad, plano que fue elaborado por el doctor Jaime Castro Córdoba, tomando como base la demarcación número 757 de fecha 17 de junio de 1953, dada por la Oficina de Urbanismo y Arquitectura de la Secretaría de Obras Públicas Municipales. Pretenden los demandados que la aprobación de los planos con base en la demarcación antes citada, implica una expropiación de hecho de una zona de propiedad de ellos, la cual por lo tanto debe ser indemnizada, conjuntamente con cualquier otra clase de perjuicios que pudieran derivarse. Equivocadamente pretende el demandante asimilar el acto o hecho administrativo que señala como causa de los perjuicios que se le han ocasionado, a la categoría de trabajo público..... ¿Dónde está, pues, el trabajo público realizado por la Administración, cuando señala la línea de paramento de las nuevas edificaciones, con relación a las vías públicas? ¿Cuáles son los medios materiales que la Administración está empleando para la ampliación de la calle 10, o la ocupación de hecho que sobre el predio de los demandantes está ejecutando?..... En el caso de autos la Administración Pública se ha limitado a demarcar sobre el plano de la ciudad, el ancho que debe tener una determinada vía, y en cumplimiento de ello indicarle a los particulares, cuando así lo solicitan, cuál es la línea de paramento que debe conservar la nueva edificación que pretenda levantarse, con relación a la que en la actualidad tengan las edificaciones antiguas”.

A su vez el señor Procurador Delegado en lo Civil expone: “En el caso de estos autos no se ha demostrado que la zona de terreno de los demandantes haya sido ocupada por el Municipio de Cali para la vía pública en algunos metros más de la primitivamente delimitada, que en la forma expuesta en los hechos del proceso y aún demostrada en él, sí causa perjuicios a la propiedad de los demandantes; pero no como causa inmediata de haberse ya ocupado por la administración dicha zona, por cuanto todavía pertenece al particular que puede indefinidamente usufructuarse de ella, mientras no construya una nueva propiedad cediendo en forma real y efectiva el terreno que corresponde a la ampliación de la calle según los planeamientos del municipio demandado”.

Coinciden estas apreciaciones o interpretan fielmente la demanda cuando en el hecho trece (13) de la misma se dá como razón o causa de la acción la negativa del Municipio a aprobar los

planos para la edificación proyectada, con base en el paramento fijado el 17 de junio de 1953. Dice así en lo pertinente el hecho 13:

“...Y así pasaron seis meses, hasta que el día lunes quince (15) de febrero del presente año de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954) le fueron devueltos los planos y la documentación al doctor Jaime Castro Córdoba con el argumento de que no podían ser aprobados ni concederse el correspondiente permiso para construir, porque el Municipio había determinado que la nueva línea de paramento de la calle diez (10) de esta ciudad, debería ser de dieciocho metros (18 mts.) y no de trece metros (13 mts.) que antes se había señalado, debiendo por consiguiente los señores Reveiz ceder al Municipio cinco (5) metros más hacia adentro del paramento del edificio San Miguel, ubicado a pocos pasos de su propiedad, y hacia adentro del paramento que en un principio les había sido señalado. De esta suerte, por imposición unilateral de las autoridades del Municipio de Cali, que antes habían autorizado la línea de demarcación indicada en varios de los hechos anteriores de esta demanda, que la habían reconocido y ratificado por escritura pública como ya se vio, se inutilizó para los señores Halim Reveiz, Carim Reveiz y Fuad Reveiz, en favor de la calle 10 de esta ciudad, de facto, una zona de terreno perteneciente al inmueble...”

En el expediente no se encuentra, en efecto, prueba alguna que demuestre ni que tienda siquiera a demostrar la ocupación efectiva por parte del Municipio de la zona o faja de terreno objeto del pleito, ni de la ampliación de las calles, pues los elementos de prueba aducidos se concretan a acreditar el hecho, no negado por el Municipio, de que los planos presentados por los demandantes les fueron devueltos sin la aprobación solicitada por estar elaborados de acuerdo con una demarcación ya inexistente. Al folio 3 del cuaderno número 2 obra la comunicación dirigida al arquitecto Jaime Castro Córdoba por el Jefe del Departamento de Control de la Oficina del Plan Regulador, arquitecto Tulio Isaza Botero, que dice: “Señor Arquitecto. Jaime Castro Córdoba.— La ciudad.— En respuesta a su atenta carta de fecha marzo 17 de 1954, nos permitimos manifestar a usted que los planos del edificio para los señores Reveiz Hermanos, situado en la calle 10 con carrera 8ª de esta ciudad, presentados a esta oficina en agosto de 1953, no fueron aprobados por haberse efectuado el cam-

bio de la línea de paramento de la calle 10. Dichos planos fueron devueltos el 15 de febrero de 1954 por faltar la nueva demarcación sin que hubiere otro motivo contrario a las disposiciones vigentes". A folios 25 y 26 del mismo cuaderno, aparece la copia del nombramiento y posesión del doctor Isaza Botero para el cargo en referencia, y al folio 36 vuelto, figura la diligencia de reconocimiento de la anterior carta y la ratificación de su contenido.

En la diligencia de inspección ocular que se llevó a cabo al inmueble del pleito, se identificó el lote de terreno como el mismo que determina la escritura de compraventa entre los demandantes y la familia Sinisterra Velasco, es decir, que para la fecha de la inspección ocular no se había operado ninguna segregación del terreno y por ende ninguna ocupación por parte del Municipio. A su vez los peritos que intervinieron en la mencionada diligencia judicial expresan que ellos comprobaron las medidas del lote de terreno basándose en el plano que figura en el expediente (folio 46, cuaderno de pruebas), y tal plano es la copia autenticada del que se protocolizó con la escritura número 3.243, o sea la que contiene la compra hecha por el Municipio de Cali a los señores Sinisterra V. Dicho plano representa el inmueble total, es decir, la zona adquirida por los señores Reveiz y la parte que los señores Sinisterras vendieron posteriormente al Municipio para la ampliación de las vías.

Este acervo probatorio demuestra sin lugar a dudas que no ha habido ocupación por parte del Municipio en zona alguna del terreno comprado por los demandantes, y por ende que no se ha producido el ensanche de las calles en el trayecto correspondiente a él. Tiene pues razón la parte demandada al afirmar que en este pleito no se ha acreditado uno de los elementos fundamentales de la acción indemnizatoria que se ventila, cual es la ocupación permanente de la propiedad privada por causa de un trabajo público.

La Corte Suprema de Justicia, en el estudio de las acciones indemnizatorias que se han promovido en ejercicio del derecho que consagra el artículo 268 del Código Contencioso Administrativo, por ocupación permanente de la propiedad privada con motivo de trabajos públicos, ha contemplado diversos casos que la han llevado a exponer un criterio jurídico acorde con la realidad de cada proceso. El señor apoderado de los demandantes en su alegato ante esta Sala transcribe unos pasajes del fallo proferido en el ju-

icio de Juan A. Villamizar contra el Municipio de Bogotá, para apoyar sus pretensiones. Pero tal caso es bien distinto del que trata este expediente. Aquí, como se ha visto, no ha habido construcción porque los propietarios no han aceptado la respectiva demarcación. En el juicio de Villamizar se contempla esta situación: el propietario había edificado ciñéndose al paramento dado por el Municipio y se había operado el ensanche de la calle, pero la entidad pública alegaba la carencia de trabajos públicos sobre la zona de ensanche. Entonces la Corte dijo: "Al levantarse la construcción se produce instantáneamente la segregación de una parte del terreno particular y su incorporación al servicio público. Es decir, la ocupación y el trabajo. El ensanche de la vía queda realizado. De ahí que no parezca necesario demostrar que sobre el terreno se han ejecutado determinados trabajos de pavimentación, etc., porque el trabajo público es la ampliación". También el apoderado transcribe este pasaje de otra sentencia —9 de julio de 1956—, que no apoya su argumentación: "En concepto de esta Sala, lo fundamental en las acciones como la que se ventila en este juicio, consiste en demostrar que por motivo de un trabajo público de interés social se ocupó la propiedad privada sin indemnización al propietario". Esta demostración no se ha dado en este juicio.

El acto administrativo que determina el paramento a que debe sujetarse una construcción dada, aplicando para ello las disposiciones generales sobre planeamiento urbano, no implica, como es obvio, una ocupación material del terreno, ni su incorporación al patrimonio del Estado como bien de uso público. Puede sí impedirse con ello al propietario particular el uso pleno de su inmueble y por lo mismo causarle perjuicios.

De acuerdo con los artículos 67 y 68 del Código Contencioso Administrativo, la persona lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil puede demandar directamente de la administración las indemnizaciones correspondientes. La limitación del dominio consistente en impedirle a un propietario hacer una construcción por tener que ajustarse a las normas de desarrollo urbano que fijan líneas o paramentos que determinan la anchura de las vías públicas, es un acto de la administración que si causa daño origina igualmente acciones que conducen a la reparación del perjuicio. La tutela del derecho lesionado en tales casos se

alcanza a través del procedimiento previsto en las disposiciones aludidas.

* * *

De lo expuesto se deduce que la acción indemnizatoria promovida por los señores Reveiz contra el Municipio de Cali carece de causa, pues la que se alega, o sea la ocupación permanente de la propiedad privada por el Estado con motivo de una obra pública, no ha tenido ocurrencia. Esto configura la excepción perentoria de inexistencia de la obligación que se demanda, y por lo mismo ha de absolverse al demandado de los cargos que se le formulan.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca la sentencia apelada y en su lugar ABSUELVE al Municipio de Cali de los cargos formulados en la demanda.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán—Ramiro Araujo Grau
Efrén Osejo Peña—Luis Carlos Zambrano—Jorge
García Merlano, Secretario.

PARA QUE PROSPERE LA ACCION DE PERTENENCIA DE UN YACIMIENTO PETROLIFERO, ES INDISPENSABLE QUE EL GLOBO DE TERRENO ESTE DETERMINADO POR LINDEROS PRECISOS Y QUE ESTOS SE SUPERPONGAN AL AREA DE LA PROPUESTA DE EXPLORACION Y EXPLOTACION. — OPORTUNIDAD LEGAL PARA ACREDITAR ESTE ELEMENTO DE LA ACCION. — FINALIDAD DE LOS AUTOS PARA MEJOR PROVEER

No habiéndose obtenido dentro de la oportunidad que al efecto señala la ley, la prueba adecuada para la determinación del globo de terreno cuyo dominio del subsuelo petrolífero se pretende, ni que los linderos de éste se superponen al área de la propuesta de exploración y explotación, es improcedente pedir a la Sala que, usando de la facultad que para dictar autos para mejor proveer le confiere el artículo 600 del Código Judicial, ordene practicar, entre otras pruebas, una inspección ocular a fin de lograr dicha identificación del terreno. Porque es claro que, aún admitiendo que tales autos pudieran ser proferidos en juicios de una sola instancia, como el presente, no podrían tener por objeto una prueba como la acabada de aludir, toda vez que al ordenarla, no se trataría de hacer más luz sobre algún punto obscuro o dudoso, sino, simplemente, de establecer hechos respecto a los cuales no existe prueba alguna, lo que pugna con la naturaleza de esta clase de providencias. El auto para mejor proveer supone un principio, a lo menos, de prueba, respecto al punto que se trata de aclarar.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, abril veinte de mil novecientos cincuenta y nueve.
(Magistrado ponente Dr. Ramiro Araújo Grau).

La señora LEONOR PATRON DE NAVARRO, vecina de Cartagena, pidió a esta Sala, por medio de apoderado, que, previos los trámites del juicio ordinario de una sola instancia, hiciera contra la Nación los siguientes pronunciamientos:

“PRIMERO: Que de los terrenos conocidos con el nombre de SANTA BARBARA DE COVENAS o de los SOTOMAYORES, ubicados en el Distrito de Tolú, en el Golfo de Morrosquillo, del

cual hace parte el globo conocido con el nombre de COVENAS, de la señora Leonor Patrón de Navarro, le pertenece a dicha señora en pleno dominio, tanto del suelo como del subsuelo, por los siguientes linderos: a)—Los potreros denominados ‘Reparo’, ‘Oscurana’, ‘Escondido’, ‘Coveñitas’, ‘Buenos Aires’, ‘Gallinazo’, ‘La Isla’ y ‘Corozalito’, que forman un solo globo de tierra con las siguientes colindancias: Por el Norte, los manglares de por medio, con coquera de la sucesión de Julián Sotomayor, cerca del mar y manglares que van al arroyo de la Ciénaga; por el Este, con ‘Calichal’ que hace parte del globo que se adjudica a Mercedes Pizarro viuda de Patrón, y los terrenos de ‘Domingo Gómez’ y ‘Torrente’ que son parte integrante del globo que se adjudica a Virginia Patrón P.; por el Sur, con los terrenos denominados ‘Catalino’, ‘Aurora’, ‘Miguel Díaz’, ‘Cenón’ y ‘Brasil’ que forman el globo o porción que corresponde a Virginia Patrón P., y por el Oeste, camino de Sabaneta de por medio, con terrenos de la Colombian Products Company, y b) La coquera de ‘Coveñitas’ en la costa del mismo nombre, con las siguientes colindancias: Por el Norte, con la coquera de ‘Casa Vieja’ que se adjudica a Julián F. Patrón P. y el arroyo de Amazoguapo, en la desembocadura al mar; por el Este, con potrero ‘Coveñitas’ que se adjudica a esta misma heredera; por el Sur, con terrenos de la Colombia Products Company y la desembocadura del arroyo de Villero, y por el Oeste, el mar y la desembocadura del arroyo de Villero. Estos lotes o potreros lindan entre sí y forman un solo globo con una cabida aproximada de un mil hectáreas.

“SEGUNDO: Que la extensión superficial de terreno dicha en la petición anterior de propiedad de la señora Leonor Patrón de Navarro, debe excluirse del área de las propuestas números 789, 719 y 788, de la Colombian Petroleum Company, Empresa Colombiana de Petróleos, y también de la Colombian Petroleum Company, respectiva-

mente, publicadas en el DIARIO OFICIAL número 29.744 de fecha 21 de agosto de 1958; número 29.099 de fecha 8 de agosto de 1956, y número 29.524 de fecha 29 de octubre de 1957, también respectivamente, exclusión que también ha de afectar el contrato correspondiente a la explotación del petróleo o sustancias hidrocarburadas que se perfeccione o se hubiere perfeccionado entre el Gobierno Nacional y las referidas empresas petrolíferas”

“TERCERO: Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, mi poderdante señora Leonor Patrón de Navarro, tiene derecho a demandar la restitución de los productos que se exploten o se hubieren explotado del subsuelo de los terrenos de su propiedad al tiempo de pronunciarse el fallo definitivo favorable a mi poderdante o a sus herederos o causahabientes, como también al petróleo y demás sustancias hidrocarburadas, y que cuando no fuere posible la restitución en especie, su valor a juicio de peritos”.

“Para el caso de que no se hicieren las anteriores declaraciones, pido subsidiariamente que se decida en sentencia firme: a) Que los terrenos mencionados en la petición primera, conocidos con el nombre de los SOTOMAYORES o SANTA BARBARA DE COVEÑAS, salieron legalmente del dominio español y del Estado Colombiano, y pasaron al patrimonio de particulares a virtud de hechos anteriores al 28 de octubre de 1873; perteneciendo por tanto el petróleo y demás materiales o sustancias del suelo y subsuelo a los causahabientes de hoy, y no a la reserva del Estado Colombiano. b) Que el actual propietario, señora Leonor Patrón de Navarro, tiene derecho para que el Gobierno Nacional, excluya el área de sus terrenos de Coveñas, de las Propuestas número 789, 719 y 788 formuladas por la Colombian Petroleum Company, Empresa Colombiana de Petróleos y Colombian Petroleum Company, respectivamente, y así mismo del contrato si se hubiere celebrado o llegare a celebrarse, y c) Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se deberán las prestaciones y restituciones correspondientes a las sustancias o materiales explotados, según las reglas del derecho común, a cargo del Estado Colombiano”.

Como fundamentos de hecho de tales peticiones formuló los siguientes

1º.—“Desde mucho antes del año de 1726, el Capitán don Manuel de Mélida y Puello, de la Sala de Armas de la ciudad de Cartagena de

Indias, poseyó las tierras que fueron de su abuelo materno don Francisco López Nieto, consistentes en 24 caballerías denominadas Santa Bárbara de Coveñas, ubicadas en el Distrito de Tolú, en la costa de Carbonero y Coveñas, en el Golfo de Morrosquillo, tal como consta en la escritura de protocolización número 136 de fecha 21 de diciembre de 1912, otorgada en la Notaría de Sincelejo, la cual se acompaña a esta demanda”.

2º.—“Estos terrenos de Santa Bárbara de Coveñas, o de los Sotomayores, fueron deslindados y amojonados judicialmente por el Juez Unico del Circuito de Sincelejo, en el año de 1916, a solicitud de su propietario de entonces el señor Julián Patrón A., a quien también se le dio la posesión judicial de ellas, como así consta en las diligencias y actos protocolizados en la Notaría de Sincelejo por medio de la Escritura número 38 de fecha 15 de abril de 1916. Los terrenos están cercados y vienen cultivándose desde tiempos inmemoriales, y explotándose también con cría y levante de ganado vacuno. Estos terrenos son los mismos que actualmente poseen los herederos del señor Julián Patrón A., entre otros mi poderdante la señora Leonor Patrón de Navarro”.

3º.—“El Ministerio de Minas y Petróleos aceptó las Propuestas números 789, 719 y 788 ya relacionadas antes, para la exploración y explotación del petróleo dentro de las áreas señaladas a cada una de ellas, las cuales propuestas se sobreponen o involucran los terrenos de COVEÑAS de propiedad de mi poderdante, señora Leonor Patrón de Navarro, también ya antes especificadas”.

4º.—“El término de dos años de que trata el inciso 2º del artículo 34 del Código de Petróleos, y el año que señala el artículo 2º del Decreto número 3.050 de 13 de diciembre de 1956, no se ha vencido todavía en la fecha de la presentación de esta demanda, porque esa fecha para una de las propuestas es el 28 de octubre corriente y para las otras dos el 18 de diciembre de este año de 1958, y 12 de septiembre del año próximo de 1959”.

En síntesis, se trata de una demanda sobre declaración de dominio privado con relación al suelo y al subsuelo de un determinado globo de terreno.

A la demanda se le dio la tramitación legal correspondiente, y en su alegato de conclusión el señor Procurador Segundo Delegado en lo Civil pide a la Sala niegue las peticiones en aquella formuladas.

Para resolver se considera:

Como bien anota el señor Procurador se echa

de menos en autos una inspección ocular en la que se hubiera identificado debidamente la porción del globo "Coveñas" de propiedad del demandante, y de la que hubiera resultado establecida asimismo, tanto la superposición de dicha porción sobre las áreas de las propuestas citadas en el libelo, como su comprensión dentro de los linderos generales del globo más extenso de "Santa Bárbara de Coveñas" o "de los Sotomayores", el cual, según la demandante, habría salido del dominio del Estado con mucha anterioridad al año de 1873.

Ni por otros medios probatorios aparecen establecidas las circunstancias antes aludidas.

Falta, pues, la comprobación de dos de los requisitos o presupuestos que deben quedar plenamente satisfechos para que prosperen acciones como las incoadas en el libelo, según la reiterada jurisprudencia de esta Sala, por lo cual, sin necesidad de entrar en dilucidaciones sobre los demás, se impone declarar la absolución de la parte demandada.

En reciente memorial el señor apoderado de la demandante ha pedido a la Sala que, usando de la facultad que para dictar autos para mejor proveer le confiere el artículo 600 del Código Judicial, ordene practicar, entre otras pruebas, la inspección ocular a que se acaba de hacer referencia. Pero es claro que, aun admitiendo que tales autos pudieran ser proferidos en juicios de una sola instancia, como el presente, no podrían tener por objeto una prueba como la acabada de

aludir, toda vez que al ordenarla, no se trataría de hacer más luz sobre algún punto obscuro o dudoso, sino, simplemente, de establecer hechos respecto a los cuales no existe prueba alguna, lo que pugna con la naturaleza de esta clase de providencias. El auto para mejor proveer supone un principio, a lo menos, de prueba, respecto al punto que se trata de aclarar, pero en el presente caso no existe siquiera ese mínimo probatorio con relación a los puntos sobre que versaría la inspección ocular a que ha hecho referencia el apoderado de la demandante.

* * *

En mérito de las anteriores consideraciones, la Sala de Negocios Generales de la Corte

RESUELVE:

Absuélvese a la Nación en relación con la demanda que dio lugar al presente juicio. Las costas a cargo de la demandante.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán—Ramiro Araújo Grau.

Efrén Osejo Peña—Luis Carlos Zambrano—Jorge García Merlano, Secretario.

PRESUPUESTO ESENCIAL Y DE PREFERENTE ANALISIS EN LA PROSPERIDAD DE LA ACCION DE PERTENENCIA DE UN YACIMIENTO PETROLIFERO, ES LA DETERMINACION DEL GLOBO DE TERRENO POR LINDEROS PRECISOS Y LA SUPERPOSICION DE ESTOS AL AREA DE LA PROPUESTA DE EXPLORACION Y EXPLOTACION

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales— Bogotá, veintidós de abril de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Zambrano)

El doctor Simón Gómez de Lavalle, invocando su carácter de apoderado especial del señor Horacio Navarro F. y en escrito fechado el 20 de octubre de 1958, instauró juicio ordinario de única instancia contra la Nación ante esta Sala, para que con citación del señor Procurador General de la Nación se declare: que los terrenos conocidos con los nombres de 'Arenal' y 'Paloblanco', los cuales integran la antigua hacienda de 'Santa Rita de la Perdiz', comprendidos dentro de los linderos que determina la demanda y ubicados en el Municipio de Tolú del Departamento de Bolívar, pertenecen en dominio pleno —ya en cuanto al suelo como al subsuelo— al precitado señor Navarro F.; que la extensión superficiaria abarcada por dichos terrenos debe excluirse del área de la propuesta número 718 formulada por la Empresa Colombiana de Petróleos ante el Ministerio correspondiente, exclusión que también debe afectar el contrato sobre exploración de petróleo y demás hidrocarburos que se haya perfeccionado o se perfeccionare entre el Gobierno Nacional y la aludida Empresa; que, en consecuencia, Navarro F. tiene derecho a demandar la restitución de los productos que se exploten o se hubieren explotado del subsuelo de tales terrenos al tiempo de pronunciarse el fallo definitivo favorable al actor o a sus herederos o causahabientes, como también a pedir la restitución del petróleo y demás hidrocarburos.

En el referido libelo también el actor pide, en forma subsidiaria, la declaratoria de que los terrenos en referencia salieron legalmente del dominio del Estado y pasaron al patrimonio de los causantes en virtud de hechos anteriores al 28 de octubre de 1873 y, por lo tanto, el petróleo y otras sustancias hidrocarbonadas no pertenecen

a la reserva del Estado; que el actual propietario de los aludidos terrenos tiene derecho de pedir al Gobierno la exclusión de esos predios del área correspondiente a la propuesta número 718 de la Empresa Colombiana de Petróleos ya mencionada, y del contrato que con motivo de tal propuesta se haya celebrado o llegue a celebrarse; y que, en consecuencia, se deben las prestaciones o restituciones correspondientes a los productos explotados.

Como hechos sustentatorios de las anteriores súplicas se indican en el libelo los que a continuación se sintetizan:

1º.—Desde el año de 1775 y en virtud de Cédula Real del Gobierno Español, se llevó a cabo entre los pobladores del lugar el repartimiento de tierras en el valle de Santiago de Tolú, uno de los cuales comprendió terrenos inmediatos a la población de Tolú y conocidos desde aquel entonces con el nombre 'Santa Rita de la Perdiz', con una extensión superficiaria de tres caballerías.

2º.—Para la determinación y localización de los linderos del referido repartimiento o adjudicación de tierras se fijó el arroyo denominado 'La Perdiz', que desagua en el golfo de Morrosquillo, más o menos a dos kilómetros al sur de la desembocadura del arroyo Pechelín, siendo esta su alindación: Por el Norte, con la antigua hacienda de 'Pechelín' (Nuestra Señora del Rosario); por el Sur, con la antigua hacienda de 'Puerto Viejo'; por el Este, con las mismas tierras de Pechelín; y por el Oeste o frente, con el golfo de Morrosquillo. "Estas tierras —se agrega— han conservado sus primitivas denominaciones y pueden determinarse fácilmente sus originales linderos, pues han venido cultivándose y explotándose desde aquellos tiempos debido a su cercanía de la población de Tolú y se encuentran cercadas con alambres de púas, engrapados sobre postes nacederos y madrinan de corazón".

4º (sic) El Gobierno Nacional (Ministerio de Minas y Petróleos) admitió, por Resolución nú-

mero 599 de 28 de junio de 1956, la propuesta formulada por el doctor Francisco Puyana Martínez en su calidad de Gerente de la Empresa Colombiana de Petróleos para explorar y explotar petróleo sobre un globo de terreno de 49.682 hectáreas con 7.942 metros cuadrados de extensión, ubicado en jurisdicción de los Municipios de Tolú, Toluviejo, San Onofre, Sincelejo y Chalán o Ricaurte, Departamento de Bolívar, propuesta que fue registrada con el número 718 y cuyo extracto se publicó en el Diario Oficial número 29.099 de 8 de agosto de 1956.

5º.—Dentro de los límites del terreno de la anterior propuesta quedan comprendidos los terrenos de 'Arenal' y 'Paloblanco' (La Perdiz) de propiedad de Navarro F., pues dicha propuesta se superpone totalmente sobre los límites de los dichos terrenos litigiosos.

6º.—El término de dos años de que trata el inciso 2º del artículo 34 del Código de Petróleos no está vencido con relación a la fecha de la presentación de la demanda.

Se agrega en esta parte del libelo principal: que el predio denominado 'Santa Rita de la Perdiz' salió del dominio de la Corona Española antes del año de 1775; que posteriormente, al ser redimido del censo que lo gravaba el 24 de octubre de 1868, se le adjudicó al señor Mauricio López por el Gobierno Nacional, tal como consta en la partida número 2.123 del Registro de Rendición de Censos firmada por el Secretario del Tesoro y Crédito Público y el Director del Crédito Nacional, documentos que originales se protocolizaron mediante escritura pública número 1.137, otorgada en la Notaría Segunda de Cartagena el 1º de septiembre de 1958; que, finalmente, el título de las tres caballerías de tierra de 'Santa Rita de la Perdiz' expedido en la época colonial por el Cabildo de Santiago de Tolú, se ha extraviado.

En derecho se acoge el actor a las disposiciones del Decreto 1.056 de 1953.

Con la demanda se presentaron documentos relativos a la personería adjetiva del abogado demandante; títulos referentes a la tradición de los inmuebles objeto del pleito; certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Sincelejo; escrituras de protocolización de actos relacionados con la antigua hacienda de 'Santa Rita de la Perdiz'; planos de los terrenos denominados 'Arenal' y 'Palo Blanco' y de la propuesta número 718; un ejemplar del "Diario Oficial" número 29.099 de 8 de agosto de 1958.

La demanda fue admitida por auto de 8 de noviembre de 1958; surtido el traslado de rigor

al representante legal de la Nación demandada aquél lo contestó en el sentido de oponerse a las declaraciones en ella impetradas y de manifestar, en cuanto a los hechos, que se atiende a la eficacia y conducencia de las pruebas acompañadas al libelo y de las que después se aporten al proceso. La etapa probatoria del juicio se consumó sin actividad alguna de las partes trabadas en la litis.

Cumplidas las ritualidades del juicio se procede a fallar.

Importa advertir que este juicio ordinario se ha originado en virtud de la propuesta para contratar la exploración y explotación de petróleo formulada por la Empresa Nacional de Petróleos y distinguida con el número 718, dentro de cuya área se hallan totalmente comprendidos los terrenos de la parte actora, según lo expresan los hechos y pedimentos de la demanda. Por lo tanto, el objeto primordial de la litis es el de obtener una declaración de dominio privado en relación con el subsuelo petrolífero de los terrenos denominados 'Arenal' y 'Paloblanco', en cuanto resulte que el área de la propuesta se superpone sobre los lindes de los inmuebles reclamados, con fundamento en que dichos terrenos salieron legalmente del dominio del Estado y pasaron al dominio particular en virtud de hechos anteriores al 28 de octubre de 1873.

Casi resulta impertinente recordar que los elementos constitutivos de acciones de la indicada naturaleza, de acuerdo con lo establecido en el Código regulador de la materia, son los que a continuación se enumeran:

1º.—Título proveniente del Estado con el cual se acredite que las tierras de que se trata salieron legalmente del patrimonio de aquel con anterioridad a la reserva del Código Fiscal de 1873;

2º.—Título de propiedad actual del demandante, acompañado del certificado del respectivo Registrador de Instrumentos Públicos y Privados sobre vigencia de su inscripción, y en el que consten tradiciones de dominio que cubran el período propio de la prescripción extraordinaria;

3º.—Identificación del terreno materia de la litis; y

4º.—Demostración de que el área de la propuesta se superpone sobre el inmueble objeto de la acción.

Observa el señor Procurador en su alegato de conclusión que en el caso su-lite no se ha acreditado por el actor, por abandono de todo intento probatorio al respecto, uno de los presupuestos esenciales de la acción promovida, cual es el re-

lacionado con la clara determinación e identificación de los terrenos sobre los cuales se pretende la declaración de dominio impetrada en el libelo principal, y que, al no estar definido y demostrado dicho extremo de la acción, es inútil entrar a estudiar la validez del título que con el carácter de emanado u originario del Estado se presente al proceso.

Ha sido doctrina constante de la Corte —como lo anota el señor Procurador— la de que en tratándose de acciones de dominio referentes al subsuelo petrolífero, con preferencia a la demostración de otros hechos que ellas requieren para su prosperidad, es indispensable la clara determinación e identificación de los terrenos materia del litigio, pues la ley ha hecho del petróleo “un objeto especial de un derecho de dominio, que tiene el carácter sui-géneris de recaer sobre una cosa cuya existencia se ignora. Acaso por esta circunstancia y por la naturaleza misma del petróleo, la única manera de determinar el objeto del derecho es la indicada en la ley y que consiste en señalar los linderos de los terrenos en los cuales pueda encontrarse el petróleo de que se trata...” (G. J. número 2.151, pág. 919).

Si como se acaba de indicar, una de las condiciones axiológicas de la acción encaminada a obtener la declaración de dominio privado sobre petróleos es la identidad de los terrenos en cuyo subsuelo puedan encontrarse aquellos que se disputen en su propiedad, se impone —como en la acción reivindicatoria— la determinación precisa del contenido de dichos terrenos, mediante la descripción de sus límites y la demarcación de su perímetro sobre la tierra, a fin de poder así precisar en la realidad la extensión del derecho de dominio y establecer si los títulos pueden aplicarse efectivamente al objeto que determinar.

La jurisprudencia —como lo recuerda la Corte en sentencia de 12 de noviembre de 1957— ha sido constante en afirmar que el primero y principal presupuesto en acciones como ésta, “es el de la determinación del terreno objeto del litigio, porque debiendo recaer la declaración judicial sobre un cuerpo cierto y determinado, tal declaración no podría hacerse sin conocer exactamente el objeto. Desde luego, en los juicios de petróleos no se discute la propiedad del suelo, pero como el objeto de ellos es precisamente el del petróleo que pueda hallarse en el subsuelo de un determinado terreno, es obvio que dicho terreno debe

estar plenamente determinado e identificado dentro del proceso”.

También de la orientación doctrinal de la Corte a este respecto —observación que asimismo recoge el señor Procurador en su alegato de bien probado— se desprende que la determinación de los terrenos sobre los cuales se alega la propiedad privada del petróleo, entraña la demostración de estos hechos: singularidad e identidad del predio objeto de la litis, es decir, que se acredite que los linderos contenidos en el título corresponden exactamente a la realidad topográfica del terreno; que los terrenos que se afirman salieron del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, son también identificables topográficamente a la luz de la alindación consignada en el título que se alega; que es uno mismo el terreno que se dice salió del patrimonio del Estado antes de la reserva del petróleo y aquel cuyo dominio actual se invoca, o que el primero abarca o comprende a éste en todo o en parte. Con igual persistencia ha expresado esta Corporación que el aludido presupuesto de la determinación, impone la prueba en el proceso respecto de estos otros hechos: identificación también real y objetiva de los límites de la propuesta que ha dado lugar al juicio, como oposición a ella, y superposición entre los límites de los terrenos litigiosos y las áreas de la propuesta.

Como en este proceso no se conoce en realidad el objeto sobre el cual deberían recaer las declaraciones judiciales de dominio y otras consecuentes suplicadas en la demanda, por no haberse determinado e identificado aquél en la forma exigida por la ley y la doctrina, resulta evidente que tales declaraciones no pueden hacerse. Por lo tanto, al no aparecer acreditado en el juicio un presupuesto esencial y de preferente análisis en la prosperidad de la acción incoada, deviene innecesario el estudio de los demás aspectos de la controversia, como los atinentes a la validez jurídica del título traído al debate con el carácter de originario o emanado del Estado, la propiedad actual del demandante sobre el predio reclamado, etc. Ya se dijo que en el caso sub iudice se dejó correr el término probatorio del negocio sin que se produjera prueba alguna tendiente a establecer la identificación y determinación mencionadas.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia,

Sala de Negocios Generales administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, falla:

Niéganse las peticiones impetradas en el libelo de demanda que originó el presente juicio y, en consecuencia, absuélvese a la Nación de los cargos en ella formulados.

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

Aníbal Cardoso Gaitán.—Ramiro Araújo Grau—

Efrén Osejo Peña—Luis Carlos Zambrano—Jorge

García Merlano, Secretario.

LA CONTROVERSIAS NO CONTRACTUAL SUSCITADA ENTRE UN PARTICULAR Y LA NACION EN EL CAMPO DEL DERECHO PUBLICO, CORRESPONDE DECIDIRLA A LA JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, Y EN EL DEL DERECHO PRIVADO, A LA ORDINARIA, CONCRETAMENTE, LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE DISTRITO. — RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA PERDIDA DE MERCANCIAS PUESTAS BAJO LA CUSTODIA DE UNA ADUANA, DURANTE EL TRAMITE DE NACIONALIZACION DE LAS MISMAS. — LA CUSTODIA QUE REALIZAN LAS ADUANAS EN EL REFERIDO LAPSO, ES UNA ACTIVIDAD PURAMENTE ADMINISTRATIVA

Cualesquiera que sean las ideas que se profesen sobre la teoría de la doble personalidad del Estado, es un hecho evidente que en el derecho positivo colombiano se acepta que al Estado pueden aplicársele disposiciones de derecho privado, o, en otras palabras, que el Estado puede verse envuelto no sólo en controversias de derecho público, sino también en controversias de derecho privado. Precisamente a estas últimas se refiere el artículo 76 del Código Judicial, para atribuirle su conocimiento a la llamada jurisdicción ordinaria, concretamente, a los Tribunales Superiores en primera instancia. Como en virtud del artículo 40 del Código Judicial en relación con el 2º de la Ley 67 de 1943, los litigios originados en contratos —sin distinción entre la clase del negocio, si administrativo o civil— deben decidirse en una sola instancia por la Sala de Negocios Generales de la Corte, es obvio, que el artículo 76 antes aludido sólo cobija a los casos de controversias civiles distintas de las contractuales.

En presencia, pues, de una controversia no contractual suscitada entre un particular y el Estado, debe ante todo definirse si ella pertenece al campo del derecho público o al del derecho privado, para efectos de determinar la jurisdicción que deba decidirla: si lo primero, será la de lo contencioso administrativo; si lo segundo, la ordinaria, concretamente, se repite, los Tribunales Superiores en primera instancia.

Al someter las mercancías de importación a los trámites de recibo, almacenaje, reconocimiento, etc., las aduanas, cuya custodia ejercen, realizan actividades típicamente administrativas, que ponen en relación di-

recta al poder soberano del Estado con quien hace la importación.

Para deducir responsabilidad a aquél por la pérdida de mercancías que estaban bajo la custodia de una aduana en virtud del aludido proceso de nacionalización, no es necesario acudir a noción alguna del derecho privado, ya que el propio legislador, en una disposición clara y terminante del Código de Aduanas (Ley 79 de 1931), consagró esa responsabilidad estatal, de manera directa y objetiva, prescindiendo de toda idea de culpa. Esa disposición es el artículo 55 del citado Código, tal como quedó modificado por el artículo 2º del Decreto 630 de 1942, que a la letra dice: "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 la forma legal o su abandono voluntario, o hasta cuando se le considere legalmente abandonada por haberse cumplido el término legal de almacenaje".

Las anteriores conclusiones no están en contradicción con lo resuelto por esta misma Sala en auto de febrero 10 del cursante año, en el que se desató un incidente de competencia negativa suscitado entre el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena y el Juzgado Superior de Aduanas de la misma ciudad. En esa providencia se decidió el punto relativo al efecto inmediato del Decreto 188 de 1958, en lo to-

cante a las normas sobre competencia que estableció con relación a demandas como la que dio lugar al presente proceso (indemnización por la pérdida o sustracción de una mercancía en la aduana de Barranquilla). Como la Sala concluyera que de esta clase de demandas no podían seguir conociendo los Jueces aduaneros, desató el incidente en ese sentido, ordenando que el negocio siguiera en el Tribunal Superior. Pero es obvio que nada se oponía a que el Tribunal, a su vez adoptara la conducta que fuera del caso para que el negocio quedara radicado definitivamente en la oficina judicial que legalmente correspondía.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, abril veinticinco de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau).

La sociedad "Assicurazioni Generali-Trieste", por medio de apoderado, presentó demanda contra la Nación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, pidiendo la condena de ésta a pagarle una determinada suma de pesos "como indemnización por la pérdida o sustracción en la Aduana de Barranquilla de cuarenta y cuatro rollos de alambre de púas número 12½ y diez y ocho rollos más número 14, importados conforme al manifiesto de Aduana número 24917 del 27 de diciembre de 1957 con destino a Antonio Volpe y Compañía Limitada de esta ciudad, importación que estaba asegurada por la sociedad en cuyo nombre hablo..."

En providencia de diez y seis de diciembre del año próximo pasado el Tribunal se abstuvo de aceptar la demanda "por incompetencia de jurisdicción". De esta providencia apeló el demandante.

Entre otras consideraciones hizo el Tribunal las siguientes "...el hecho dañoso se produjo como consecuencia de una deficiencia o falta del servicio aduanero, impuesto unilateralmente por el Estado en su condición de persona de derecho público, circunstancia ésta que no daría competencia a este Tribunal para conocer del presente negocio, sino a la justicia de lo contencioso-administrativo, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 68 de la Ley 167 de 1941, que permite demandar a la Administración por indemnizaciones o reparaciones consecuenciales de un hecho u operación administrativa. Tal hecho u opera-

ción administrativa, consistente en el caso de autos en la obligación que les impone el Estado a los particulares de depositar las mercancías de importación, en forma provisional, en las bodegas oficiales, con las consecuencias que del depósito a cargo del Estado puedan surgir, se encuentra respaldado por imperiosas disposiciones legales que son impuestas unilateralmente a los asociados por la administración en su calidad de persona de derecho público. Por consiguiente, cabe decir que en el caso sub-lite se reúnen a cabalidad aquellos requisitos exigidos por nuestra jurisprudencia para que en este negocio la competencia deba ser atribuida a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, en cuanto el hecho o la operación administrativa, a que alude el precitado artículo 68 de la Ley 167 de 1941, se efectúan como consecuencia inmediata y directa de un determinado acto jurídico previo, el cual puede consistir en una emanación de ley, decreto, ordenanza, acuerdo o resolución oficial, en que el Estado, Departamento o Municipio, obrando en su calidad de entidades de derecho público, imponen a los ciudadanos el hecho o la operación administrativa. De ahí que estime el Tribunal que carece de competencia para avocar el conocimiento del presente negocio, pues su conocimiento correspondería a la justicia de lo contencioso-administrativo, en los términos a que alude el parágrafo 2º del artículo 4º del Decreto número 188 de 1958".

Al descorrer el traslado que se le dio del negocio, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Civil, pidió la confirmación del auto apelado, compartiendo las ideas del Tribunal y agregando algunas consideraciones propias.

El apelante no presentó alegato de lista.

Para resolver se considera:

Cualesquiera que sean las ideas que se profieren sobre la teoría de la doble personalidad del Estado, es un hecho evidente que en el derecho positivo colombiano se acepta que al Estado pueden aplicársele disposiciones de derecho privado, o, en otras palabras, que el Estado puede verse envuelto no sólo en controversias de derecho público, sino también en controversias de derecho privado. Precisamente a estas últimas se refiere el artículo 76 del Código Judicial para atribuirle su conocimiento a la llamada jurisdicción ordinaria, concretamente, a los Tribunales Superiores en primera instancia. Como en virtud del artículo 40 del Código Judicial en relación con el 2º de la Ley 67 de 1943, los litigios originados en contratos —sin distinción entre la clase del ne-

gocio, si administrativo o civil— deben decidirse en una sola instancia por la Sala de Negocios Generales de la Corte, es obvio, que el artículo 76 antes aludido sólo cobija a los casos de controversias civiles distintas de las contractuales.

En presencia, pues, de una controversia no contractual suscitada entre un particular y el Estado, debe ante todo definirse si ella pertenece al campo del derecho público o al del derecho privado, para efectos de determinar la jurisdicción que deba decidirla: si lo primero, será la de lo contencioso-administrativo: si lo segundo, la ordinaria, concretamente, se repite, los Tribunales Superiores en primera instancia.

La litis que dio origen al auto apelado tiene su causa en la circunstancia de haberse perdido en la Aduana Nacional de Barranquilla, estando bajo la custodia de ésta por razón de los trámites legales inherentes a todo proceso de nacionalizaciones de mercancías extranjeras, unos rollos de alambre de púas, importados por un comerciante de la mencionada ciudad.

Ahora bien, es palmario que al someter a las mercancías de importación a los trámites de recibo, almacenaje, reconocimiento, etc., las aduanas realizan actividades típicamente administrativas, que ponen en relación directa al poder soberano del Estado con quien hace la importación.

Por otra parte, para deducir responsabilidad a aquél por la pérdida de mercancías que estaban bajo la custodia de una aduana en virtud del aludido proceso de nacionalización, no es necesario acudir a noción alguna del derecho privado, ya que el propio legislador, en una disposición clara y terminante del Código de Aduanas (Ley 79 de 1931) consagró esa responsabilidad estatal, de manera directa y objetiva, prescindiendo de toda idea de culpa. Esa disposición es el artículo 55 del citado código, según quedó modificado por el artículo 2º del Decreto 630 de 1942, que a la letra dice: "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 la forma legal o su abandono voluntario, o hasta cuando se le considere legalmente abandonada por haberse cumplido el término legal de almacenaje".

No hay duda, pues, de que la demanda que el Tribunal Superior de Barranquilla rechazó en el auto apelado no planteaba una controversia de derecho privado, y que, por tanto no era competente para conocer de ella, a tenor del artículo 76 del Código Judicial.

En virtud del párrafo 2º del artículo 4º del Decreto 188 de 1958, el conocimiento de esa demanda corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Las anteriores conclusiones no están en contradicción con lo resuelto por esta misma Sala en auto de febrero 10 del cursante año, en el que se desató un incidente de competencia negativa suscitado entre el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena y el Juzgado Superior de Aduanas de la misma ciudad. Como bien anota el señor Procurador Delegado, en esa providencia se decidió el punto relativo al efecto inmediato del Decreto 188 de 1958, en lo tocante a las normas sobre competencia que estableció con relación a demandas como la que dio lugar al presente proceso. Como la Sala concluyera que de esta clase de demandas no podían seguir conociendo los Jueces aduaneros, desató el incidente en ese sentido, ordenando que el negocio siguiera en el Tribunal Superior. Pero es obvio que nada se oponía a que el Tribunal, a su vez adoptara la conducta que fuera del caso para que el negocio quedara radicado definitivamente en la oficina judicial que legalmente correspondía.

* * *

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema—Sala de Negocios Generales—

RESUELVE:

Confírmase el auto apelado. Las costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase a la oficina de origen.

Anibal Cardoso Gaitán—Ramiro Araújo Grau.

Efrén Osejo Peña—Luis Carlos Zambrano—Jorge García Merlano, Secretario.

SALVEDADES A LA REGLA GENERAL DE COMPETENCIA FIJADA EN LOS TRIBUNALES DE CARÁCTER CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO POR LOS ARTICULOS 3º Y 4º DE LA LEY 67 DE 1943, PARA EL CONOCIMIENTO DE LAS APELACIONES Y DE LOS INCIDENTES DE EXCEPCIONES Y TERCERIAS QUE SE SUSCITEN EN LOS JUICIOS POR JURISDICCION COACTIVA

Al ser acusados de inexecutable los artículos 3º, 4º y 5º de la Ley 67 de 1943, la Sala Plena de la Corte declaró en sentencia de 26 de julio de 1944: "Primero.—Es executable el artículo 5º de la Ley 67 de 1943. Segundo.—Los artículos 3º y 4º de la mencionada ley son executables, salvo en cuanto dichas disposiciones se refieren: 1º — A incidentes de excepciones cuando el juicio por jurisdicción coactiva se funda en un acto de gestión de la Administración; y 2º. A tercerías, cuando la que se propusiere, o alguna de ellas, se fundaren en un acto de gestión de la Administración o en un acto entre particulares".

De lo pregonado en dicho fallo se desprende —y así lo ha expresado la Corte en varias providencias que desarrollan su contenido— que en tratándose de incidentes de excepciones en juicios por jurisdicción coactiva, su conocimiento corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa cuando se proponen en una acción compulsiva adelantada por una entidad de derecho público con fundamento en un acto de poder de la Administración, y que toca a la justicia ordinaria, de acuerdo con las reglas de jurisdicción y competencia contenidas en el Libro I del Código de Procedimiento Civil, conocer de las excepciones propuestas en juicios de la naturaleza antes indicada, cuando el recaudo se derive de un acto de gestión de la Nación, o de los Departamentos o Municipios.

El fallo primeramente citado de la Corte da un seguro criterio para distinguir los actos allí clasificados como de imperio o como de gestión, y señala algunas de las consecuencias que deben extraerse de ese principio. Son apartes de esa sentencia:

"De las doctrinas transcritas se deduce que esta Corporación tiene admitido que cuando el Estado obra como persona públi-

ca, por actos de autoridad o de poder, y en forma unilateral, las decisiones que dicte son de carácter administrativo, y si sobre ellas hubiere controversia, la contención es de carácter contencioso-administrativo y cae bajo la jurisdicción de los Tribunales correspondientes. Por el contrario, cuando el Estado obra como persona privada y en forma bilateral, entonces sus actos son de gestión y si sobre ellos hubiere controversia, de la contención correspondería conocer a los Tribunales ordinarios...". Más adelante agrega en relación con el punto concreto que aquí debe resolverse: "Dice el artículo 329 del Código Judicial que 'constituye excepción perentoria todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió'. Dentro de un juicio ejecutivo toda excepción tiene el carácter de perentoria, siendo así que si prospera 'el Juez ordena cesar el juicio, y decreta el desembargo de los bienes, con costas a cargo del ejecutante', como dice el artículo 1.026 del mencionado Código. Bien entendido que la excepción puede resultar establecida no respecto al total, sino a una parte de la obligación, y entonces el juicio tan sólo cesará en parte. El artículo 982 ibidem dice: 'Puede exigirse ejecutivamente toda obligación que conste en acto o documento que provenga del deudor, o de su causante, y constituya por sí solo, según la ley, plena prueba contra él, o que emane de una decisión judicial que deba cumplirse'. Y el artículo 1.059 de la misma obra agrega: 'Además de los actos y documentos mencionados en el artículo 982, en estos juicios (los de jurisdicción coactiva) prestan también mérito ejecutivo: 1º—Los alcances líquidos y definitivos deducidos contra los responsables del Erario por el Departamento de Contraloría y los demás tribunales de cuen-

tas nacionales, departamentales y municipales; 2º.—Las copias de los reconocimientos hechos por los Recaudadores a cargo de los deudores de impuestos; 3º.—Las copias de las Resoluciones definitivas ejecutorias proferidas por funcionarios competentes en el ejercicio de sus funciones, sobre multas que deben ingresar al Tesoro Nacional, Departamental o Municipal'. En forma que el recaudo en los juicios por jurisdicción coactiva, puede consistir en un acto de poder de la Administración, verbigracia, un alcance o un reconocimiento; o en un acto de gestión de la misma Administración, verbigracia, un contrato. En ambos casos las excepciones que se propongan en el juicio, se dirigen a discutir la existencia o eficacia de la obligación que trata de hacerse efectiva, y es cierto que si aquella obligación emana de un contrato, o sea de un acto de gestión, la excepción que se proponga plantea una contención relacionada con dicho acto, y como dicha contención no es administrativa, conforme antes se expuso, ha de concluirse que de tales excepciones corresponde conocer a la justicia ordinaria. Lo contrario sucede en el caso de que la excepción se proponga en un juicio por jurisdicción coactiva, en que trata de hacerse efectivo un acto de poder de la Administración".

Por lo tanto, la regla general de competencia para el conocimiento de las apelaciones y de los incidentes de excepciones y tercerías que se susciten en los juicios por jurisdicción coactiva, competencia fijada por los artículos 3º y 4º de la Ley 67 de 1943 en los Tribunales de carácter contencioso-administrativo, tiene estas salvedades: que las excepciones se propongan en un juicio en que se trate de hacer efectivo un acto de gestión de la Administración, o que las tercerías se funden en un acto de gestión de la Administración o en un acto entre particulares, casos en los cuales de los dichos incidentes seguirá conociendo la justicia ordinaria.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintiocho de abril de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Carlos Zambrano).

En el juicio por jurisdicción coactiva que el señor Recaudador de Hacienda Nacional de San Andrés de Sotavento (Córdoba) adelanta contra Pedro Juan Tulena, a fin de obtener el recaudo de la suma de \$ 1.340.40 por concepto de impuestos sobre la renta, el ejecutado en mención propuso por medio de apoderado las excepciones de pago total de la deuda y prescripción de la acción.

El precitado Recaudador de Hacienda Nacional dispuso en providencia de 27 de enero del año en curso la remisión del presente negocio a esta Sala de la Corte, pues estima que el conocimiento del incidente de excepciones en asuntos de tal índole a ella corresponde.

La Sala, en consecuencia, procede a examinar el aspecto fundamental de su competencia para conocer de los medios exceptivos que en su defensa presentó el demandado en la referida ejecución, y para ello considera:

Previenen los artículos 3º, 4º y 5º de la Ley 67 de 1943:

"Artículo 3º.—El conocimiento de las apelaciones y de los incidentes de excepciones y tercerías que se susciten en los juicios por jurisdicción coactiva en asuntos nacionales, corresponde al Consejo de Estado cuando la cuantía del negocio, en su acción principal, sea de quinientos pesos (\$ 500.00) o más. En los demás casos corresponde en única instancia al Tribunal Administrativo de la vecindad del funcionario ejecutor.

"Artículo 4º.—En los mismos juicios, referentes a asuntos departamentales o municipales, conocerá de las apelaciones e incidentes de excepciones y tercerías, en única instancia, el correspondiente Tribunal Administrativo, cuando la cuantía de la acción sea de menos de quinientos pesos (\$ 500.00).

"Habrá lugar a segunda instancia en los incidentes de excepciones y de tercerías cuando la cuantía del negocio sea de quinientos pesos (\$ 500.00) o más.

"Artículo 5º.—Los funcionarios con jurisdicción coactiva, los Tribunales Administrativos y el Consejo de Estado procederán en estos juicios mediante la observancia del procedimiento establecido en el Código Judicial y demás leyes sobre la materia".

Al ser acusadas de inexecutable las anteriores normas, la Sala Plena de la Corte declaró en sentencia de 26 de julio de 1944: "Primero.—Es executable el artículo 5º de la Ley 67 de 1943. Segundo.—Los artículos 3º y 4º de la mencionada ley son executivos, salvo en cuanto dichas dispo-

siciones se refieran; 1º—A incidentes de excepciones cuando el juicio por jurisdicción coactiva se funda en un acto de gestión de la Administración; y 2º—A tercerías, cuando la que se propusiere, o alguna de ellas, se fundaren en un acto de gestión de la Administración o en un acto entre particulares”.

De lo pregonado en dicho fallo se desprende —y así lo ha expresado la Corte en varias providencias que desarrollan su contenido— que en tratándose de incidentes de excepciones en juicios por jurisdicción coactiva, su conocimiento corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa cuando se proponen en una acción compulsiva adelantada por una entidad de derecho público con fundamento en un acto de poder de la administración; y que toca a la justicia ordinaria, de acuerdo con las reglas de jurisdicción y competencia contenidas en el Libro I del Código de Procedimiento Civil, conocer de las excepciones propuestas en juicios de la naturaleza antes indicada, cuando el recaudo se derive de un acto de gestión de la Nación, o de los Departamentos o Municipios.

El fallo primeramente citado de la Corte da un seguro criterio para distinguir los actos allí clasificados como de imperio o como de gestión, y señala algunas de las consecuencias que deben extraerse de ese principio. Son apartes de esa sentencia:

“De las doctrinas transcritas se deduce que esta Corporación tiene admitido que cuando el Estado obra como persona pública, por actos de autoridad o de poder, y en forma unilateral, las decisiones que dicte son de carácter administrativo, y si sobre ellas hubiere controversia, la contención es de carácter contencioso-administrativo y cae bajo la jurisdicción de los Tribunales correspondientes. Por el contrario, cuando el Estado obra como persona privada y en forma bilateral, entonces sus actos son de gestión y si sobre ellos hubiere controversia, de la contención correspondería conocer a los Tribunales ordinarios...”. Más adelante agrega en relación con el punto concreto que aquí debe resolverse: “Dice el artículo 329 del Código Judicial que ‘constituye excepción perentoria todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió’. Dentro de un juicio ejecutivo toda excepción tiene el carácter de perentoria, siendo así que si prospera ‘el Juez ordena cesar el juicio, y decreta el desembargo de los bienes, con costas a cargo del ejecutante’, como dice el artículo

1.026 del mencionado Código. Bien entendido que la excepción puede resultar establecida no respecto al total, sino a una parte de la obligación, y entonces el juicio tan sólo cesará en parte. El artículo 982 ibídem dice: ‘Puede exigirse ejecutivamente toda obligación que conste en acto o documento que provenga del deudor, o de su causante, y constituya por sí solo, según la ley, plena prueba contra él, o que emane de una decisión judicial que deba cumplirse’. Y el artículo 1.059 de la misma obra, agrega: ‘Además de los actos y documentos mencionados en el artículo 982, en estos juicios (los de jurisdicción coactiva) prestan también mérito ejecutivo: 1º—Los alcances líquidos y definitivos deducidos contra los responsables del Erario por el Departamento de Contraloría y los demás Tribunales de cuentas nacionales, departamentales y municipales; 2º.—Las copias de los reconocimientos hechos por los Recaudadores a cargo de los deudores de impuestos; 3º—Las copias de las resoluciones definitivas ejecutoriadas proferidas por funcionarios competentes en el ejercicio de sus funciones, sobre multas que deben ingresar al Tesoro Nacional, Departamental o Municipal’. En forma que el recaudo en los juicios por jurisdicción coactiva, puede consistir en un acto de poder de la Administración, verbigracia, un alcance o un reconocimiento; o en un acto de gestión de la misma Administración, verbigracia, un contrato. En ambos casos las excepciones que se propongan en el juicio, se dirigen a discutir la existencia o eficacia de la obligación que trata de hacerse efectiva, y es cierto que si aquella obligación emana de un contrato, o sea de un acto de gestión, la excepción que se proponga plantea una contención relacionada con dicho acto, y como dicha contención no es administrativa, conforme antes se expuso, ha de concluirse que de tales excepciones corresponde conocer a la justicia ordinaria. Lo contrario sucede en el caso de que la excepción se proponga en un juicio por jurisdicción coactiva, en que trata de hacerse efectivo un acto de poder de la Administración”.

Por lo tanto, la regla general de competencia para el conocimiento de las apelaciones y de los incidentes de excepciones y tercerías que se susciten en los juicios por jurisdicción coactiva, competencia fijada por los artículos 3º y 4º de la Ley 67 de 1943 en los Tribunales de carácter contencioso-administrativo, tiene estas salvedades: que las excepciones se propongan en un juicio en que se trate de hacer efectivo un acto de gestión de la Administración, o que las tercerías se funden en un acto de gestión de la Administración

o en un acto entre particulares, casos en los cuales de los dichos incidentes seguirá conociendo la justicia ordinaria.

El recaudo en el caso de autos tiene como base la liquidación o reconocimiento del impuesto sobre la renta (año de 1945) hecho por el respectivo Administrador de Hacienda Nacional a Pedro Juan Tulena, por cuantía en la acción principal del juicio de \$ 1.340.40. Esa liquidación que se deriva de un acto unilateral y de poder del Estado, le da también a la controversia en mención carácter contencioso-administrativo y no judicial, según lo indican con claridad las precedentes consideraciones.

Por lo anteriormente expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia resuelve que no es competente para conocer de este negocio y, en consecuencia, ordena devolverlo al remitente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Aníbal Cardoso Gaitán—Ramiro Araújo Grau—

Efrén Osejo Peña—Luis Carlos Zambrano—Jorge

García Merlano, Secretario.

I N D I C E

	Págs.		Págs.
SALA DUAL			
Calumnia e injuria. —La sentencia debe guardar armonía con el delito a que se refiere la calificación del sumario. — Se confirma la sentencia absolutoria proferida por el Tribunal Superior de Tunja en favor del doctor Aníbal de J. Medina, denunciado por el delito de calumnia. — Magistrado Ponente: Dr. Arturo C. Posada.....	285	el doctor Pedro J. Vallejo contra Pedro P. Ceballos. — Magistrado Ponente: Dr. Hernando Morales M.	288
SALA DE CASACION CIVIL			
Servicios profesionales para un tercero. — Quien presta servicios inmateriales no queda comprendido dentro del contrato de trabajo, ya que hay ausencia de subordinación entre el que presta el servicio y quien lo recibe, en forma que la actividad del primero es libre respecto al modo, lugar y tiempo de realización.—Retribución o compensación a quien los presta.—Diferencias entre mandato y el arrendamiento de obra y el de servicios.—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.—En el perfeccionamiento de un contrato de servicios médicos a favor de un tercero no hay representación, pues el contrato se concluye en nombre propio y los efectos, cuando no se sitúan en la persona del tercero, afectan exclusivamente a los contratantes. — Puede ser de dos clases el contrato en el cual se promete una prestación a favor de un tercero. — Prueba para acreditar la prestación de servicios médicos. Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre pago de servicios médicos adelantado por	Como el fallo de instancia llega a la Corte cubierto por la presunción de que las pruebas fueron bien apreciadas y el derecho correctamente aplicado por el Tribunal, no basta para la prosperidad del recurso ensayar un nuevo estudio crítico de las probanzas. —No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Cartagena, en el ordinario sobre filiación natural adelantado por Roque Hernández Vitola y otra contra Darío M. Hernández, en calidad de hijo legítimo, único y universal heredero del causante Roque Hernández Sierra.—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez....	298	
		Incurre en manifiesto error de hecho el fallador que da por probados contratos solemnes cuya prueba no obra en el expediente, Como por convenio de los contratantes no se puede sustituir un medio probatorio legal por otro que no lo sea, porque la autonomía de la voluntad está limitada por el orden público y las buenas costumbres, no se puede estipular que para la demostración de una compraventa de bien raíz sea suficiente la prueba de confesión.—Para tal demostración la única prueba legal es la copia de la escritura pública debidamente registrada.—Se ratifica la doctrina referente a la manera como deben llevarse al juicio las escrituras públicas.—Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Cali, en el ordinario sobre simulación de unos contratos de compraventa, adelantado por María Prado Bryon v. de Escobar contra Leonisa Prado B. y otros.—Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Salazar Tapiero	302
		La calidad de heredero depende de dos situaciones diversas: la vocación hereditaria y la	

Págs.

Págs.

aceptación, pudiendo ser esta última expresa o tácita.—En lo que atañe a la primera situación la prueba es específica, lo que excluye la libertad probatoria.—El carácter de heredero puede demostrarse o con el reconocimiento judicial, o en su defecto, con las correspondientes actas del estado civil. La aceptación expresa o tácita de una herencia debe constar en forma clara e inequívoca en hechos o manifestaciones que revelen en forma evidente y cierta la voluntad del asignatario de aceptarla.—Alcance del artículo 1.299 del C. Civil.—El actor debe probar durante la secuela del juicio la vocación hereditaria, pues es uno de los extremos sin el cual no puede configurarse la calidad de heredero.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Neiva, en el ordinario sobre pago de servicios médicos profesionales, adelantado por Santiago Borda contra la sucesión de María Falla v. de Ferro—Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Escallón 306

Prescriptibilidad de la acción de simulación y forma de contar el lapso requerido.—Para el ejercicio de la acción de simulación es requisito indispensable la existencia de un interés jurídico en quien la alega.—Causal

6ª—La nulidad adjetiva solamente puede invocarla en casación la parte que se dice indebidamente representada.—La incongruencia que se alegue entre la acción de nulidad absoluta y la declaración de simulación de un contrato de compraventa—cuando las dos acciones se han propuesto subsidiariamente y con fundamento en los mismos hechos, y el fallador ha desatado la de simulación—, no conlleva sino a la rectificación doctrinaria del orden en que deben resolverse las peticiones principales y subsidiarias acumuladas en una demanda, y no a la casación de la sentencia.—Como el artículo 471 del C. J. no es una norma de carácter sustantivo, su violación no da margen para fundar un cargo en casación.—El cargo referente a error en la interpretación de doctrinas de la Corte, no es de recibo en el recurso extraordinario.—Técnica de la demanda.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Cali, en el ordinario sobre nulidad de un contrato de compraventa, adelantado por la sociedad colec-

tiva de comercio Estrada G. Hermanos contra Pedro Rodríguez Mira y otros.—Magistrado Ponente: Dr. Arturo C. Posada..... 310

La Corte reitera su doctrina respecto a que la acción pertinente en caso de ventas ficticias es la de prevalencia y a que existen notorias diferencias entre la nulidad y la simulación absoluta.—Hasta ahora la jurisprudencia se ha inclinado porque el acto secreto no pueden demostrarlo las partes sino con prueba escrita o con principio de prueba por escrito o con la confesión de la otra parte.—Imposibilidad de preconstituir prueba escrita para probar obligaciones cuyo valor excede de \$ 500.00.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario sobre simulación de unos contratos de compraventa, adelantado por Rosa Antonia Holguín Gañán contra Evelio Sierra Cadavid.—Magistrado Ponente: Dr. Hernando Morales M. 320

Se aclara la parte resolutive de la sentencia anterior.—Así lo resuelve la Corte en el ordinario sobre simulación de unos contratos de compraventa adelantado por Rosa Antonia Holguín Gañán contra Evelio Sierra.—Magistrado Ponente: Dr. Hernando Morales M. 328

La conformidad del vencido con el fallo judicial que le es adverso, lo priva de base adecuada para censurar en casación la sentencia confirmatoria y despoja a la Corte de competencia para calificar el mérito de la respectiva demanda.—El auto que declara admisible el recurso de casación, no impide el pronunciamiento inhibitorio de la Corte.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario sobre pago de perjuicios morales y materiales ocasionados por muerte por electrocución; adelantado por Pedro Casas como representante legal de los impúberes Jesús Antonio Pérez y otros contra el municipio de Betania.—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez..... 329

Se reitera la doctrina expuesta por la Corte sobre las normas que gobiernan la partición de bienes comunes.—No dan margen para

Págs.

Págs.

fundar un cargo en casación los artículos 960, 964 y 965 del C. Judicial, por ser de mero procedimiento, ni las reglas 7ª y 8ª del artículo 1.394 del C. Civil, porque no atañen a normas estructurales del derecho.—Causal de incongruencia.—Su finalidad en casación.—Salvo arbitrariedad manifiesta, la sentencia aprobatoria del trabajo final resuelve en definitiva sobre la validez de todos los reparos a la partición.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el sucesorio de Leocadia Colorado de Rodríguez.—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez..... 331

Para que pueda hablarse de incongruencia entre el fallo y las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, es condición fundamental que se haya dictado sentencia de mérito que, por serlo, resuelva la sujeta materia del litigio.—Carácter y diferencias entre la sentencia formal y la de fondo.—Excepciones dilatorias y perentorias.—Finalidad y clasificación de éstas.—Defecto formal de la demanda que inhibe al juez de fallar el litigio y que le imposibilita su pronunciamiento en el fondo.—Los artículos 209, 328 y 329 del C. J., no son disposiciones de carácter sustantivo.—Acumulación de acciones y de autos.—Su objeto.—Similitud en el fondo de estos dos fenómenos.—La contravención del artículo 471 del C. J., sólo tiene incidencia en casación por medio de la causal 2ª.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario sobre simulación de unos contratos de compraventa, adelantado por María de Jesús Pérez vda. de Ospina y otros contra Félix Ospina Pérez y otra.—Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco..... 336

Únicamente el Juez civil, dentro de la discrecionalidad que le da la ley, es el llamado a decidir si el fallo que debe dictarse en la cuestión penal puede influir en el asunto civil: si opta por la afirmativa, está en la obligación de suspender el proceso civil por medio de una providencia; si no, debe negar la suspensión cuando parte interesada se lo solicita, o simplemente guardar silencio si parte interesada no formula solicitud.—Decretada la suspensión de un proceso civil, el

adelantamiento de éste da origen a nulidad por incompetencia de jurisdicción.—La causal de incongruencia no tiene lugar cuando el recurrente considera que la cuestión resuelta ha debido decidirse por un aspecto distinto a aquel que la sentencia tuvo en mira, sino cuando deja de resolver sobre puntos de la demanda o cuando decide sobre los que no se han propuesto.—Para dar primacía a la expresión en letras sobre la expresión en números de un instrumento negociable, en caso de discrepancia entre ellas, el artículo 20 de la Ley 46 de 1923 no admite diferencia entre cantidades grandes o exiguas.—Interpretación armónica de la regla 1ª del artículo 20 y del artículo 191 de la Ley de Instrumentos Negociables.—Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Barranquilla en el ordinario sobre resolución de un contrato de depósito bancario y otras peticiones, adelantado por Efraín Olivo Bermúdez contra el Banco Comercial Antioqueño —Sucursal de Barranquilla.—Magistrado Ponente: Dr. Hernando Morales M. 345

Es requisito fundamental para la prosperidad de la acción simulatoria, cuya finalidad es la de hacer prevalecer el acto o contrato oculto sobre el aparente, que el demandante pida en la demanda que se descubra ese acto o contrato oculto, fijando los elementos que lo configuran y los defectos de que adolezca.—Incongruencia.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el ordinario sobre simulación de un contrato de compraventa, adelantado por Milciades Roa Oviedo contra Rosa Delia Prada Oviedo.—Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Salazar Tapiero..... 355

El plano equitativo en contrataciones que se renuevan día a día como el arrendamiento de cosas, circunscribe la responsabilidad recíproca de las partes y ninguna de ellas puede deducir pretensión valedera en juicio con fundamento en lo que habría de ser su propia culpa.—Requisitos esenciales de la reconducción tácita.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario sobre pago del valor de unos arrendamientos, adelantado por

Págs.

Págs.

"Tejares Niquía S. A." contra Arturo Pe-
láez Jaramillo.—Magistrado Ponente: Dr.
José Hernández Arbeláez 359

SALA DE CASACION PENAL

Aun cuando el juicio de sucesión no es, por
sí mismo, de carácter contencioso sino de
jurisdicción voluntaria, sí puede tomar a-
quel carácter cuando los herederos o cau-
sahabientes sostienen distintas u opuestas
pretensiones.—No implica falta contra la
moral profesional, la circunstancia de que
el apoderado de uno de los interesados, por
ignorarla a la sazón, manifieste en un su-
cesorio que el causante al morir no dejó
testamento.—Se revoca el fallo proferido
por el Tribunal Superior de Bogotá, y en
su lugar absuelve al doctor Carlos Orrego
Duque de los cargos que le formularon por
faltas contra la ética profesional.—Magis-
trado Ponente: Dr. Gabriel Carreño Malla-
rino 363

Recurso de revisión en materia penal.—Cau-
sales 3ª y 5ª.—"Las pruebas no conocidas"
al tiempo del juicio cuya sentencia se pre-
tende revisar, no pueden ser simples con-
trapuebas que hubieran debido producirse
y no se produjeron en la respectiva opor-
tunidad legal.—Se deniega la revisión del
fallo proferido por la antigua Corte Militar
de Casación y Revisión, en el proceso que
se adelantó contra José Fernando Gallo Ga-
llo, por el delito de homicidio.—Magistra-
do Ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino 367

La confesión del procesado no contradicha
por prueba válida alguna en los autos, debe
tomarse como indivisible.—Se confirma el
sobreseimiento definitivo proferido por el
Tribunal Superior de Medellín, en favor
del doctor Julio de Castro, denunciado por
faltas contra la ética profesional.—Magis-
trado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Ji-
ménez 369

Las partidas de origen eclesiástico son prue-
bas principales de hechos no constitutivos
de estado civil, como sería la muerte de
una persona no invocada como presupuesto

esencial de la calidad de heredero.—La ex-
tinción de la acción penal se declara "de
oficio", es decir, por iniciativa del Juez, y
no "de plano" o sin trámite previo, pues
dichas expresiones no son equivalentes.—
El "previo dictamen favorable" del Minis-
terio Público no es necesario para declarar
la extinción de la acción penal por muerte
del procesado.—Se confirma la cesación del
procedimiento adelantado contra el doctor
Juan B. Espinosa U., como Juez Penal del
Circuito de Corozal, por los delitos de con-
cusión y cohecho.—Magistrado Ponente:
Dr. Pedro Pacheco Osorio 370

Se reafirma la doctrina referente a los requi-
sitos que deben cumplirse para que se con-
figure el delito de intervención en política
de los funcionarios públicos.—El vicio de
las adhesiones políticas y los consabidos
elogios que con carácter oficial se hacen a
los más altos funcionarios del Estado, no es
reprimible en nuestros Códigos Penales.—
Se sobresee definitivamente en favor del
doctor David Rincón Bonilla y otros, como
ex-Magistrados de Tribunal Superior, por
los cargos que se les formularon.—Magis-
trado Ponente: Dr. Gabriel Carreño Malla-
rino 373

Como la posesión ilegítima de armas no está
reprimida como delictuosa por la legislación
penal ordinaria, su conocimiento corres-
ponde a las autoridades militares.—La Cor-
te interpreta el numeral 6º del artículo 308
del Decreto 250 de 1958 (Código de Jus-
ticia Penal Militar).—Se dirime la colisión
de competencias suscitada en el proceso
adelantado a Pedro Juan González, por el
delito de posesión ilegítima de armas.—
Magistrado Ponente: Dr. Pedro Pacheco
Osorio 376

A partir del 11 de julio de 1958, fecha en que
se inició la vigencia del Decreto 250 del
mismo año (Código de Justicia Penal Mili-
tar), los procesos por delitos previstos por
las leyes penales comunes y cometidos por
particulares que no se encuentren en nin-
guno de los casos de sus artículos 307 y 308
son de conocimiento de la justicia ordina-

Págs.	Págs.
<p>ria y no de la militar, y la autoridad judicial castrense que hubiera estado conociendo de los que estuviesen en curso, debió remitirlos inmediatamente "al respectivo Juez o Tribunal" (artículo 618 ibidem).—Se dirime la colisión de competencias suscitada en el proceso adelantado contra Alejandro Echevarría y otros, por delitos contra el régimen constitucional o contra la seguridad interior del Estado.—Magistrado Ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio 378</p>	<p>en el proceso adelantado contra Luis Hernán Salcedo Escarria, por el delito de homicidio.—Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino 383</p>
<p>La Corte no puede pronunciarse sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de un recurso no interpuesto ni concedido.—El Ministerio Público no es ni puede ser "Representante o Defensor" de ningún reo.—Si únicamente el Fiscal del Tribunal Superior interpuso el recurso de casación, debe entenderse que el Ministerio Público es la parte recurrente, y no el procesado, aunque al momento de sustentarlo lo haga en términos que puedan favorecer a éste.—Se ordena remitir el proceso adelantado contra Luis Carlos Tovar A. y otro, por el delito de lesiones personales, al señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, para que si lo tiene a bien amplíe la demanda del Ministerio Público. — Magistrado Ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio..... 379</p>	<p>Prescripción de los delitos de concusión, peculado y falsedad, con el carácter de continuados los dos primeros.—No hay lugar a declarar la cesación del procedimiento, por causa de prescripción, adelantado contra el doctor Juan N. Mojica Angarita, por el delito de concusión. — Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez..... 386</p>
<p>La parte civil no tiene capacidad alguna para interponer ni fundar el recurso de casación contra el fallo que absuelve in integrum al procesado. — Se declara inadmisibile el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso adelantado contra Herminsul Varón Leytón, por el delito de estafa. — Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino 381</p>	<p>Basta la declaración de un solo testigo, siempre que llene los requisitos señalados en el artículo 429 del C. de P. P., para que, cumplidos los demás supuestos legales, pueda y deba dictarse auto de proceder.—Prescripción del delito de concusión con el carácter de continuado. — No se repone el auto de vocación a juicio proferido en este proceso. No se repone el auto de vocación a juicio criminal dictado por esta Corporación contra el doctor Juan N. Mojica Angarita, por el delito de concusión.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez..... 388</p>
<p>El beneficio de la condena condicional al procesado lo otorga o no el fallador atendiendo a lo que le dicte su convicción íntima, pero ésta no puede ser válidamente modificada dentro del recurso extraordinario de casación. — No se invalida el fallo proferido por el Tribunal Superior de Buga</p>	<p>Causal 1ª— Cuando se alega a través de un examen de los elementos de juicio que permitieron la condena del procesado, sólo puede invocarse como subsidiaria de la 2ª. En los juicios en que interviene el jurado y en los que se desarrollan con la intervención de Consejos Verbales de Guerra, no es pertinente alegar la causal 2ª—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior Militar en el proceso adelantado contra Francisco Pérez Duarte, por los delitos de homicidio y lesiones personales.—Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres 390</p>
<p>En materia penal, las recusaciones se resuelven de plano, y no corresponde al funcionario recusado ordenar la práctica de pruebas que el recusante, por mandato legal, debe "acompañar".—Los sentimientos son los fenómenos más subjetivos de la personalidad.—Se declara infundada la recusa-</p>	

Págs.

Págs.

ción propuesta contra un Magistrado del Tribunal Superior, en el proceso adelantado a José Adán Orozco, por el delito de homicidio.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez 394

El error esencial de hecho, acreditado en autos, respecto a la edad exacta de una menor con la que se consumó el acto carnal, impide predicar imputabilidad y con mayor razón responsabilidad por el delito de corrupción de menores.—Se invalida el fallo proferido por el Tribunal Superior de Manizales, en el proceso adelantado contra Luis Alberto Quintero Orozco, por el delito de corrupción de menores—Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres..... 396

SALA DE CASACION LABORAL

La pensión especial de jubilación no tiene por objeto sancionar al patrono por el despido injusto del trabajador con más de quince años de servicio, sino por la intención de impedir que obtenga el derecho a la pensión general al completar veinte años de trabajo.—El trabajador que reúna los requisitos que dan derecho a la pensión general jubilatoria, no puede reclamar la pensión especial.—La Corte casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Manizales, en el ordinario laboral adelantado por Isaac Trujillo contra Consorcio de Cervecerías Bavaria, S. A.—Magistrado Ponente: Dr. Jorge Vélez García.. 399

Jornada de trabajo diurna y nocturna y horas extras como prolongación de una de estas jornadas.—Técnica de casación.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Aristides Vargas contra el Distrito Especial de Bogotá. Magistrado Ponente: Doctor Luis Alberto Bravo 403

Regulación de las relaciones laborales entre la Administración y los servidores públicos. Derecho de reintegro del trabajador despedido.—Decreto 797 de 1949.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional

del Trabajo de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Angela Téllez. vda. de Neira contra el Municipio de Bogotá.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo..... 405

Conflictos de leyes.—Sistema Colombiano de Derecho Internacional Privado.—Su aplicación en materia laboral.—A falta de Tratado Público que regule el asunto litigioso, debe aplicarse la ley territorial colombiana, según el ordenamiento jurídico nacional.—Controversia en torno a la personería sustantiva o existencia de la persona jurídica demandada.—La irregularidad en su constitución no puede ser alegada por la sociedad para ser exonerada de la condena.—Cuándo puede alegarse interpretación errónea de la ley.—Doctrina del artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo.—Causales que dan lugar a la absolución en el pago de los salarios caídos.—Esta sanción no opera de plano sino en función de la buena o mala fe patronal.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por G. M. G. I. Van Lanschot contra la sociedad denominada "Compañía Real Holandesa de Vapores".—Magistrado Ponente: Dr. Jorge Vélez García 411

Acción de indemnización por ruptura ilegal del contrato y mora en el pago de prestaciones sociales.—Las nulidades de procedimiento no son alegables a través de las causales de casación laboral.—Errores in procedendo.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Armando Cuervo Solórzano contra Pedro María Cuervo en su condición de arrendatario y Gerente de la Fábrica "Tejidos Soylana".—Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiria C. 425

Es inadecuado realizar mutaciones petitorias en el recurso de casación.—Técnica de la demanda.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Gustavo Ramírez V. contra Saúl

Págs.

Págs.

Sonszain.—Magistrado Ponente: Dr. Jorge Vélez García 429

Los perjuicios a cargo del trabajador por ruptura ilegal del contrato no equivalen a los salarios por el tiempo faltante para el plazo pactado o presuntivo.—Regulación.—La alegación de una compensación no exonera al patrono de la sanción por mora en el pago de salarios y prestaciones.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, en el ordinario laboral adelantado por Moisés David contra Miguel Gaviria. — Magistrado Ponente: Dr. Jorge Vélez García..... 432

El trabajador tiene derecho al reconocimiento del descanso dominical remunerado cuando haya laborado toda la semana, y al de fiestas nacionales y religiosas aunque no la haya trabajado completa.—Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Jaime John Gil contra la Empresa "Colgate Palmolive Co." —Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiría C. 436

Regulación de perjuicios en materia laboral cuando se hace condenación en abstracto. Violación directa de la ley.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Eusebio Aldea Beamonte contra la empresa "Pardo, Restrepo & Santamaría, Ltda." — Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiría C. 442

La sustitución patronal no inhibe al trabajador para demandar del patrono sustituido el pago de la cesantía causada a su servicio.—Imputación de la condena a la suma consignada por el patrono.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Noel Rodríguez contra Jaime A. Espitia C. —Magistrado Ponente: Dr. Jorge Vélez García..... 446

Interés jurídico del trabajador que no apeló de la sentencia de primera instancia, totalmente desfavorable a sus pretensiones, y

en cuyo favor se surtió la consulta.—Recurso de hecho.—La Corte declara mal denegado el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Fideligno Vargas contra la Fábrica de Cementos Samper.—Magistrado Ponente: Dr. Jorge Vélez García. 450

Acción de nivelación de salarios por desempeñar el actor las mismas labores de otros trabajadores de la empresa. — Manera de acreditar la igualdad del trabajo.—Error de hecho. — Técnica de la acusación.—Cargo por violación de normas procesales.—Ley sustantiva para efectos de la casación.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla, en el ordinario laboral adelantado por Luis Armando Martínez contra Fábrica Filtta, S. A.—Magistrado Ponente: Dr. Jorge Vélez García 452

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Los semovientes y demás efectos que hayan sido decomisados por las autoridades, como objeto de un delito de robo o hurto, o el producto del remate de los mismos, no puede calificárseles de mostrencos, y en caso de no ser reclamados por sus verdaderos dueños se entregarán al Estado.—Se confirma el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio especial sobre bienes vacantes o mostrencos, adelantado por el doctor Jaime Isaza Cadavid contra el Departamento de Antioquia. — Magistrado Ponenté: Dr. Efrén Osejo Peña. 458

El acto administrativo que fija las líneas o paramentos determinantes de la anchura de las vías públicas, no implica ocupación material del terreno de propiedad privada ni su incorporación al patrimonio del Estado como bien de uso público, pero sí impide el uso pleno del inmueble a su legítimo dueño quien, en caso de recibir perjuicios, tiene la acción que consagran los artículos 67 y 68 del C. C. A. a fin de que se le indemnice.—Se revoca el fallo proferido por el Tribunal Superior de Cali, en el or-

Págs.

Págs.

- dinario relativo a indemnización de perjuicios por ocupación de la propiedad privada con motivo de trabajos públicos, adelantado por Halim Reveiz y otros contra el Municipio de Cali. — Magistrado Ponente: Dr. Anibal Cardoso Gaitán 461.
- Para que prospere la acción de pertenencia de un yacimiento petrolífero, es indispensable que el globo de terreno esté determinado por linderos precisos y que estos se superpongan al área de la propuesta de exploración y explotación.—Oportunidad legal para acreditar este elemento de la acción. Finalidad de los autos para mejor proveer. En el ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero, se absuelve a la Nación en relación con la demanda que le promovió Leonor Patrón de Navarro. — Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau..... 469
- Presupuesto esencial y de preferente análisis en la prosperidad de la acción de pertenencia de un yacimiento petrolífero, es la determinación del globo de terreno por linderos precisos y la superposición de estos al área de la propuesta de exploración y explotación.—No se hacen las declaraciones solicitadas en la demanda ordinaria sobre dominio del subsuelo petrolífero, adelantada por Horacio Navarro F. contra la Nación. — Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Zambrano 472
- La controversia no contractual suscitada entre un particular y la Nación en el campo del derecho público, corresponde decidirla a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, y en el del derecho privado, a la ordinaria, concretamente, los Tribunales Superiores de Distrito. — Responsabilidad del Estado por la pérdida de mercancías puestas bajo la custodia de una Aduana, durante el trámite de nacionalización de las mismas.—La custodia que realizan las Aduanas en el referido lapso, es una actividad puramente administrativa. — Se confirma el auto proferido por el Tribunal Superior de Barranquilla, por medio del cual se abstuvo de aceptar, por incompetencia de jurisdicción, la demanda ordinaria sobre indemnización por la pérdida o sustracción de unas mercancías en la aduana de la nombrada ciudad, formulada por la sociedad "Assicurazioni Generali-Trieste" contra la Nación. — Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau 476
- Salvedades a la regla general de competencia fijada en los Tribunales de carácter contencioso-administrativo por los artículos 3º y 4º de la Ley 67 de 1943, para el conocimiento de las apelaciones y de los incidentes de excepciones y tercerías que se susciten en los juicios por jurisdicción coactiva.—La Corte resuelve que no es competente para conocer de las excepciones propuestas en el juicio por jurisdicción coactiva adelantado por el Recaudador de Hacienda Nacional de San Andrés de Sotavento (Córdoba) contra Pedro Juan Tuleña, a fin de obtener el recaudo de una suma de pesos por concepto de impuestos sobre la renta.—Magistrado Ponente: Doctor Luis Carlos Zambrano 479

ERRATAS ADVERTIDAS

Título, renglón 17, página 310, dice "TENICA DE LA DEMANDA", en vez de TÉCNICA DE LA DEMANDA. —

Título, renglón 10, página 336, dice "ACUMULACIN DE ACCIONES Y DE ACTOS", en vez de ACUMULACION DE ACCIONES Y DE AUTOS.

Título, renglón 7º, página 345, dice "SI LA PARTE INTERESADA NO FORMULA SOLICITUD", en vez de SI PARTE INTERESADA NO FORMULA SOLICITUD.

Título, renglón 1º, página 429, dice "MUTACINES", en vez de MUTACIONES.

Página 436, columna 1ª, renglón 4º, dice "DE ZUBICRIA", en vez de DE ZUBIRIA.

Título, renglón 2º, página 458, dice HURTI", en vez de HURTO.

ESTA REVISTA ES EDITADA EN LOS
"TALLERES GRAFICOS MUNDO AL
DIA"—CALLE 14 N° 13-56—TEL. 414325.

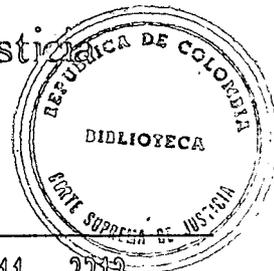
—
Para pedidos y suscripciones llame al telé-
fono número 414325, y será atendido inme-
diatamente.

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: DOCTOR ALBERTO MALO BAÑOS

RELATOR DE LA CORTE



TOMO XC - BOGOTA, COLOMBIA. MAYO Y JUNIO DE 1959 Números 2211 - 2212

S A L A P L E N A

PROPOSICION APROBADA EN SALA PLENA CON MOTIVO DEL FALLECIMIENTO DEL EX-MAGISTRADO DE LA CORTE, DOCTOR LUIS RAFAEL ROBLES

“La Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, deplora el fallecimiento ocurrido en el día de ayer del eminente jurista y actual Conjuez de la Corporación, doctor Luis Rafael Robles; resalta sus virtudes públicas y privadas, lo mismo que sus importantes trabajos en el campo del derecho, y su rectitud y competencia como Magistrado que fue de esta Corte y como abogado en ejercicio”.

“Una comisión designada por la Presidencia pondrá en manos de la familia del extinto copia de esta proposición, y la Corte, en pleno, concurrirá a sus exequias”.

(Sesión del 9 de febrero de 1959).

LA CORTE DEPLORA EL FALLECIMIENTO DEL EX-MAGISTRADO DOCTOR ELEUTERIO SERNA

“La Corte Suprema de Justicia deplora el fallecimiento del señor doctor Eleuterio Serna, ilustre Magistrado que fue de la Corporación; rinde tributo de admiración a su memoria por sus cualidades morales y sus dotes de jurisconsulto eminente; y expresa a su familia el testimonio de su muy sentida condolencia”.

(Proposición aprobada en sesión de Sala Plena de 14 de abril de 1959).

LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA RINDE HOMENAJE A LA
MEMORIA DE RAFAEL URIBE URIBE, AL CUMPLIRSE EL
PRIMER CENTENARIO DE SU NACIMIENTO

“La Corte Suprema de Justicia rinde homenaje a la memoria de Rafael Uribe Uribe al cumplirse en 12 de abril de 1959 el primer centenario de su nacimiento; exalta sus prendas morales de rectitud y honestidad, entereza de carácter y altura de ideales, cifradas en su voluntad perenne y constante al servicio de la vida institucional de la República, que ha elevado su nombre a la categoría de prócer de la Patria”.

(Proposición aprobada en Sala Plena del 14 de abril de 1959).

LA CORTE SE ASOCIA AL DUELO NACIONAL POR EL FALLECI-
MIENTO DE S. E. RVDMA. CRISANTO CARDENAL LUQUE,
ARZOBISPO DE BOGOTA Y PRIMADO DE COLOMBIA

“LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,
reunida en pleno,

Se asocia al duelo nacional por el fallecimiento de S. E. Rvdma. Crisanto Cardenal Luque, Arzobispo de Bogotá y Primado de Colombia;

Rinde tributo de admiración a su esclarecida memoria de patriota ejemplar y virtuoso príncipe de la Iglesia;

Expresa el testimonio de su emocionada condolencia a las dignidades eclesiásticas de toda la nación, del propio modo que a los Excmos. señores Obispos Auxiliares, al V. Capítulo Metropolitano, al señor Secretario y a la familia de S. E.; y

Levanta la sesión para asistir a las solemnidades del sepelio”.

(Moción de duelo aprobada en sesión de Sala Plena de 8 de mayo de 1959).

MOCION DE DUELO APROBADA EN SALA PLENA CON MOTIVO
DEL FALLECIMIENTO DEL EX-MAGISTRADO DE LA CORTE,
DOCTOR GERMAN ALVARADO

“La Corte Suprema de Justicia registra con hondo pesar la muerte del señor doctor Germán Alvarado, varón ejemplar, jurisconsulto eminente, espejo de jueces y de magistrados, quien, como ciudadano, fue paradigma de nobles virtudes cívicas y privadas, y como miembro de esta Corte honró la toga con el saber, con la probidad, con el decoro, con su firme vocación para el derecho y su irrestricta consagración al servicio de la Justicia.

“Comuníquese en nota de estilo a la familia del señor doctor Alvarado y publíquese en la GACETA JUDICIAL”.

(Aprobada en sesión de 14 de mayo de 1959).

CORRESPONDE A LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. —UNA VEZ PRODUCIDA EN SENTIDO AFIRMATIVO POR EL SENADO DE LA REPUBLICA LA DECLARATORIA DE QUE TRATAN LAS REGLAS 2ª Y 3ª DEL ARTICULO 97 DE LA CONSTITUCION—, LA COMPETENCIA PRIVATIVA PARA CONOCER DE LA ACCION PENAL PROMOVIDA EN LA CAMARA DE REPRESENTANTES POR ACTOS ATRIBUIDOS COMO DELICTUOSOS A QUIEN EJERCI LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA. — FUNCIONES QUE EN TAL EVENTO CORRESPONDEN A CADA UNA DE DICHAS ENTIDADES. — INTERPRETACION Y ALCANCE DEL ARTICULO 131 DE LA CARTA. — SI UN FUNCIONARIO PUBLICO AMPARADO POR FUERO ESPECIAL INCURRE EN ALGUN DELITO, DESDE EL MOMENTO MISMO EN QUE LO REALIZA QUEDA SUJETO A ACCION PENAL, LA CUAL DEBE SER EJERCIDA “EXCLUSIVAMENTE” POR SUS TITULARES, AUNQUE, POR NO HABERSE PROMOVIDO ELLA DE INMEDIATO, EL PROCESO A QUE HAYA LUGAR SOLO SE INICIE O PROSIGA CUANDO EL RESPONSABLE HAYA PERDIDO SU CALIDAD OFICIAL. — SE REAFIRMA LA TESIS SENTADA SOBRE LOS PRESUPUESTOS QUE DEBEN CONCURRIR EN UN FUNCIONARIO PUBLICO, PARA SER LO QUE SE DENOMINA EN LA DOCTRINA “FUNCIONARIO DE DERECHO”

Como el delito que se imputa al acusado se hace consistir en hechos ejecutados por él cuando desempeñaba el cargo de Presidente de la República, debe tenerse en cuenta esta calidad para los efectos de determinar su responsabilidad, a quién compete juzgarlo, y mediante el cumplimiento de qué requisitos.

Parece inconcuso que, en virtud de lo dispuesto por los artículos 96, 97, 102 y 151 de la Constitución, y 43, 579 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, corresponde: a la Cámara de Representantes acusar al Presidente de la República (en el período de su cargo y por delitos cometidos durante su ejercicio) ante el Senado; a éste declarar si hay lugar a seguimiento de causa por el delito respectivo; y a la Corte juzgarlo cuando se ha producido tal declaratoria.

No es, sin embargo, tan clara la competencia de tales corporaciones, para hacer lo antes dicho, cuando el acusado ha perdido la calidad de Presidente de la República y ha transcurrido el término para el cual fue elegido, pues se afirma que a ello se opone el artículo 131 de la Carta, cuyo tenor es como sigue: “El Presidente de la República, durante el período para el que sea elegido, y el que se halle encargado del Poder Ejecutivo, mientras lo ejerza, no podrán ser

perseguidos ni juzgados por delitos, sino en virtud de acusación de la Cámara de Representantes y cuando el Senado haya declarado que hay lugar a formación de causa”.

Mas, si se repara cuidadosamente el texto transcrito, con facilidad se advierte que él no señala competencia alguna, sino que consagra una prohibición: la de perseguir o juzgar a dichos funcionarios, en las oportunidades allí previstas, “por delitos”, que pueden haberse cometido por el Presidente durante su período o antes de iniciarse éste, y por el encargado del Poder Ejecutivo durante el ejercicio del mando o antes de él. Se trata, pues, de una prerrogativa que no cobija al ex-Presidente fuera de su período, ni a quien dejó de ejercer el Poder Ejecutivo con el carácter de encargado, y no de una limitación de competencia que los excluya del fuero que para su juzgamiento, por delitos cometidos durante el ejercicio de sus cargos, les reconocen la Constitución y la ley. Para establecer, entonces, a quién corresponde juzgar, y mediante qué requisitos, a las personas que se encuentran en tales circunstancias, hay que prescindir de la examinada norma y acogerse a las reglas generales sobre la materia.

En este orden de ideas se encuentra que los funcionarios públicos en general y el

Presidente de la República en particular son responsables por sus actos u omisiones que violen la Constitución o las leyes (artículos 20 y 130 de la C. N.), y que, por mandato expreso de la propia Carta (artículo 62), "la ley determinará los casos... de responsabilidad de los funcionarios y modo de hacerla efectiva", lo cual equivale a decir que establecerá los delitos y las acciones que de ellos se deduzcan, e indicará quiénes deben ejercerlas y mediante qué procedimientos.

En desarrollo de estos preceptos el C. P. erigió en delitos, entre otros casos de responsabilidad de los funcionarios, los hechos contemplados como "delitos contra la administración pública", entre los cuales figura el que se atribuye al procesado. Y el Código de Procedimiento Penal, en disposiciones comunes a los funcionarios y a los particulares, establece que "toda infracción de la ley penal origina acción penal" (artículo 8º) y que "la acción penal corresponde exclusivamente al Ministerio Público, al funcionario de instrucción y al Juez competente..." (artículo 95). Infírese de lo dicho, como conclusión obvia, que tan pronto como un funcionario incurre en un delito surge acción penal; que ésta debe ser ejercida, desde ese mismo instante, por las personas indicadas, y que no puede ella estar subordinada a eventualidades posteriores no previstas por la Constitución ni la ley.

En consecuencia, si un funcionario público amparado por fuero especial incurre en algún delito, desde el momento mismo en que lo realiza queda sujeto a acción penal, la cual debe ser ejercida "exclusivamente" por sus titulares, aunque, por no haberse promovido ella de inmediato, el proceso a que haya lugar sólo se inicie o prosiga cuando el responsable haya perdido su calidad oficial. Así se explica por qué la Corte ha venido juzgando, desde lejanos tiempos y en forma reiterada, a ex-gobernadores de departamentos y a ex-magistrados de tribunales superiores por actos cometidos durante el anterior ejercicio de sus cargos.

De la misma suerte, si un ciudadano particular, ejecuta un delito no podrá invocar el fuero por el hecho de que antes de abrirse o fallarse el proceso adquiriera la calidad de funcionario que da lugar a él para los actos que el agente efectúe como tal.

Sólo que si el cargo que llegue a ocupar es la Presidencia de la República, el titular, durante el periodo para que sea elegido, y el encargado, durante el término de su ejercicio del Poder Ejecutivo, no podrán ser perseguidos por el Agente del Ministerio Público, y el Instructor respectivos, ni juzgados por el Juez competente, "sino en virtud de acusación de la Cámara de Representantes y cuando el Senado haya declarado que hay lugar a formación de causa", conforme a lo dispuesto, por vía de excepción y privilegio, en el artículo 131 de la Superley. Y nótese que ni siquiera en el caso de que sea necesario el cumplimiento de tales requisitos hay traslado de competencia de unos funcionarios a otros, pues los artículos 151 (atribución 1ª) ibidem y 43 del C. de P. P., que fijan la de la Corte para juzgar al Presidente de la República, sólo se refieren a los supuestos del artículo 97 de la Carta, y no a los de su artículo 131.

De lo expuesto es preciso concluir que si los actos atribuidos como delictuosos al acusado ocurrieron cuando éste era Presidente de la República la acción penal originada por ellos corresponde: A) A la Cámara de Representantes, para los efectos de promover la acusación como Agente del Ministerio Público (artículos 102 —atribución 5ª— de la Carta y 579 del Código de Procedimiento Penal) y de "inquirir", esto es, investigar, averiguar, "los hechos criminosos y la conducta" del acusado (Art. 581 ibidem); B) Al Senado, como a funcionario de instrucción con facultad para detener (arts. 60 y 595 de facultad para detener (artículos 60 y 595 de la misma obra), para los fines indicados en el artículo 97 de la Constitución Nacional, vale decir imponer las penas de destitución del empleo, o privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos, si se trata de "delitos cometidos en ejercicio de sus funciones" por el agente, y seguirle juicio ante la Corte, "si los hechos le constituyen responsable de infracción que merezca otra pena" (regla 2ª); o declarar si hay o no "lugar a seguimiento de causa", "si la acusación se refiere a delitos comunes" (regla 3ª), y C) A la Corte Suprema de Justicia, una vez producida tal declaratoria en sentido afirmativo, la competencia privativa para el juzgamiento (artículos 151 —atribución 1ª— de la Carta y 43 del Código de

Procedimiento Penal). La circunstancia de que, debido a su inexistencia en la práctica, las dos primeras de dichas corporaciones no hubieran podido cumplir antes su deber a este respecto, no las inhiere para ejercer una acción penal que les incumbe y no se ha extinguido en forma alguna.

La competencia de la Comisión Nacional de Instrucción Criminal para investigar los hechos atribuidos al indiciado no ha sido ni podía ser objeto de controversia, por cuanto ella le fue expresamente atribuida por decretos legislativos.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, mayo cuatro de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio).

El H. Senado de la República, previa declaratoria, hecha "con base en el numeral 3º del artículo 97 de la Constitución Nacional", de "que sí hay lugar a seguimiento de causa" contra el señor GUSTAVO ROJAS PINILLA, "por el delito definido y sancionado por el Código Penal en su Capítulo II, Título III, del Libro II", ordenó poner "al procesado y el proceso a disposición de la H. Corte Suprema de Justicia para el juzgamiento que le corresponde".

La sustanciación del negocio le correspondió en reparto al suscrito Magistrado, el cual estima oportuno definir, antes de aprehender su conocimiento y en forma provisional desde luego, los problemas referentes a la competencia de la Corte y de las demás entidades que en él han intervenido. Para ello se tienen en cuenta las consideraciones que se verán en seguida.

Calidad del acusado.

Consta de autos "que en los libros de decretos correspondientes al archivo de este Ministerio (el de Gobierno) aparece firmando como Presidente de la República el General Gustavo Rojas Pinilla, desde el trece (13) de junio de mil novecientos cincuenta y tres (1953) hasta el ocho (8) de mayo de mil novecientos cincuenta y siete (1957)" y que, mediante "Acto Legislativo número 1 de 1953", de 18 de junio, "La Asamblea Nacional Constituyente asume las atribuciones conferidas al Senado de la República por el artículo 125 de la Constitución Nacional, y en consecuencia declara: 1º Que el 13 de junio del pre-

sente año quedó vacante el cargo de Presidente de la República; y 2º Que es legítimo el título del actual Presidente de la República, Teniente General Gustavo Rojas Pinilla, quien ejercerá el cargo por el resto del período presidencial en curso" (folios 115 y 114 del cuaderno número 8). Figuran también en el informativo copias auténticas de las actas correspondientes a las sesiones de la misma Asamblea en las cuales lo eligió Presidente de la República el 3 de agosto de 1954 y le dio posesión del cargo el 7 de los mismos (folios 97 y siguientes *ibidem*). No existe dato alguno indicador de que el procesado hubiera tenido título que le permitiese ejercer la Presidencia de la República en el lapso comprendido entre el 13 y el 18 de junio de aquel año.

Sin que sea necesario discutir la facultad que hubiera podido tener la referida Asamblea para declarar "legítimo" un título inexistente, o para proveer la Presidencia de la República, en el supuesto de que realmente hubiese quedado vacante, es lo cierto que, a partir de esta última fecha invistió al señor Rojas Pinilla del mencionado cargo (reincidiendo en ello el 7 de agosto de 1954), por lo cual debe admitirse que lo ejerció desde entonces y hasta el 8 de mayo de 1954, por lo menos con el carácter de funcionario de hecho, si se tienen en cuenta las siguientes razones, aducidas por la Sala Penal de la Corte en auto de 5 de noviembre de 1958, del cual fue ponente el suscrito Magistrado:

"En un funcionario público deben concurrir, para ser lo que se denomina en la doctrina **funcionario de derecho**, los siguientes presupuestos: a) El **título**, emanado del nombramiento (decreto, elección, resolución, etc.), y que se perfecciona con la confirmación en los casos pertinentes; el cual se demuestra por medio de copias de los actos respectivos; b) La **posesión**, consistente en el juramento que presta el interesado 'de sostener y defender la Constitución, y de cumplir los deberes que le incumban' (artículo 251 del C. de R. P. y M.), la que también se acredita mediante copia del documento en que ella conste, y c) La **investidura**, vale decir, el efectivo ejercicio del cargo, la cual puede establecerse con certificaciones de la autoridad que tenga conocimiento de ella o con los demás medios ordinarios de prueba, inclusive los propios actos públicos del funcionario.

"La existencia material del primero y el último de los anteriores requisitos es esencial al carácter de funcionario. Quien se haya posesionado de un cargo y asumido la investidura, con absoluta

carencia de título, no es más que un **usurpador**, cuyos actos públicos son jurídicamente inválidos, y no responde por éstos sino como particular y por el delito de usurpación de funciones. A su vez, quien haya obtenido el título y la posesión, no es sino un funcionario en potencia mientras no adquiera la investidura.

“No ocurre, en cambio, lo mismo con la posesión, cuya falta da origen, si concurren los otros dos presupuestos, al llamado **funcionario de hecho**, el cual realiza actos públicos jurídicamente válidos y responde por su gestión como si fuere **funcionario de jure**, como expresamente lo indican los artículos 7º del Código Judicial y 252 del C. de R. P. y M. Otro tanto puede decirse de quien tiene un título deficiente o inválido, cuyo vicio no afecta la validez de los actos públicos que realiza, según los modernos expositores de derecho administrativo, y es sobre todo indiferente para los efectos penales, pues para éstos, como lo anota Maggiore, ‘hasta el ejercicio de hecho de las funciones públicas, y al Juez no le queda otra posibilidad de control que la de comprobar la existencia de **hecho** del nombramiento mismo, como título de toma de posesión’”. (G. J., tomo LXXXIX, pág. 576).

Ahora bien, como el delito que se imputa al acusado se hace consistir en hechos ejecutados por él cuando desempeñaba el cargo de Presidente de la República, debe tenerse en cuenta esta calidad para los efectos de determinar su responsabilidad, a quién compete juzgarlo, y mediante el cumplimiento de qué requisitos.

La competencia.

Parece inconcuso que, en virtud de lo dispuesto por los artículos 96, 97, 102 y 151 de la Constitución, y 43, 579 y siguientes del C. de P. P., corresponde: a la Cámara de Representantes acusar al Presidente de la República (en el período de su cargo y por delitos cometidos durante su ejercicio) ante el Senado; a éste declarar si hay lugar a seguimiento de causa por el delito respectivo; y a la Corte juzgarlo cuando se ha producido tal declaratoria.

No es, sin embargo, tan clara la competencia de tales corporaciones, para hacer lo antes dicho, cuando el acusado ha perdido la calidad de Presidente de la República y ha transcurrido el término para el cual fue elegido, pues se afirma que a ello se opone el artículo 131 de la Carta,

cuyo tenor es como sigue: “El Presidente de la República, durante el período para que sea elegido, y el que se halle encargado del Poder Ejecutivo, mientras lo ejerza; no podrán ser perseguidos ni juzgados por delitos, sino en virtud de acusación de la Cámara de Representantes y cuando el Senado haya declarado que hay lugar a formación de causa”.

Mas, si se repara cuidadosamente el texto transcrito, con facilidad se advierte que él no señala competencia alguna, sino que consagra una prohibición: la de perseguir o juzgar a dichos funcionarios, en las oportunidades allí previstas, “por delitos”, que pueden haberse cometido por el Presidente durante su período o antes de iniciarse éste, y por el encargado del Poder Ejecutivo durante el ejercicio del mando o antes de él. Se trata, pues, de una **prerrogativa** que no cobija al ex-Presidente fuera de su período, ni a quien dejó de ejercer el Poder Ejecutivo con el carácter de encargado, y no de una limitación de competencia que los excluya del fuero que para su juzgamiento, por delitos cometidos durante el ejercicio de sus cargos, les reconocen la Constitución y la ley. Para establecer, entonces, a quién corresponde juzgar, y mediante qué requisitos, a las personas que se encuentren en tales circunstancias, hay que prescindir de la examinada norma y acogerse a las reglas generales sobre la materia.

En este orden de ideas se encuentra que los funcionarios públicos en general y el Presidente de la República en particular son responsables por sus actos u omisiones que violen la Constitución o las leyes (artículos 20 y 130 de la C. N.), y que, por mandato expreso de la propia Carta (artículo 62), “la ley determinará los casos... de responsabilidad de los funcionarios y **modo de hacerla efectiva**”, lo cual equivale a decir que establecerá los delitos y las acciones que de ellos se deduzcan, e indicará quiénes deben ejercerlas y mediante qué procedimientos.

En desarrollo de estos preceptos el Código Penal erigió en delitos, entre otros casos de responsabilidad de los funcionarios, los hechos contemplados como “delitos contra la administración pública”, entre los cuales figura el que se atribuye al procesado. Y el Código de Procedimiento Penal, en disposiciones comunes a los funcionarios y a los particulares, establece que “toda infracción de la ley penal origina acción penal” (artículo 8º) y que “la acción penal corresponde

exclusivamente al Ministerio Público, al funcionario de instrucción y al Juez competente....” (artículo 95). Infiérese de lo dicho, como conclusión obvia, que tan pronto como un funcionario incurre en un delito surge acción penal; que ésta debe ser ejercida, desde ese mismo instante, por las personas indicadas, y que no puede ella estar subordinada a eventualidades posteriores no previstas por la Constitución ni la ley.

En consecuencia, si un funcionario público amparado por fuero especial incurre en algún delito, desde el momento mismo en que lo realiza queda sujeto a acción penal, la cual debe ser ejercida “exclusivamente” por sus titulares, aunque, por no haberse promovido ella de inmediato, el proceso a que haya lugar sólo se inicie o prosiga cuando el responsable haya perdido su calidad oficial. Así se explica por qué la Corte ha venido juzgando, desde lejanos tiempos y en forma reiterada, a ex-gobernadores de departamentos y a ex-magistrados de tribunales superiores por actos cometidos durante el anterior ejercicio de sus cargos.

De la misma suerte, si un ciudadano particular ejecuta un delito, no podrá invocar el fuero por el hecho de que antes de abrirse o fallarse el proceso adquiriera la calidad de funcionario que da lugar a él para los actos que el agente efectúe como tal. Sólo que si el cargo que llegue a ocupar es la Presidencia de la República, el titular, durante el período para que sea elegido, y el encargado, durante el término de su ejercicio del Poder Ejecutivo, no podrán ser perseguidos por el agente del Ministerio Público y el instructor respectivos, ni juzgados por el Juez competente, “sino en virtud de acusación de la Cámara de Representantes y cuando el Senado haya declarado que hay lugar a formación de causa”, conforme a lo dispuesto, por vía de excepción y privilegio, en el artículo 131 de la Superley. Y nótese que ni siquiera en el caso de que sea necesario el cumplimiento de tales requisitos hay traslado de competencia de unos funcionarios a otros, pues los artículos 151 (atribución 1ª) *ibidem* y 43 del C. de P. P., que fijan la de la Corte para juzgar al Presidente de la República, sólo se refieren a los supuestos del artículo 97 de la Carta, y no a los de su artículo 131.

De lo expuesto es preciso concluir que si los actos atribuidos como delictuosos al señor Gustavo Rojas Pinilla ocurrieron cuando éste era Presi-

dente de la República, la acción penal originada por ellos corresponde: A) A la Cámara de Representantes, para los efectos de promover la acusación como agente del Ministerio Público (artículos 102 —atribución 5ª— de la Carta y 579 del C. de P. P.) y de “inquirir”, esto es, investigar, averiguar, “los hechos criminosos y la conducta” del acusado (artículo 581 *ibidem*); B) Al Senado, como a funcionario de instrucción con facultad para detener (artículos 60 y 595 de la misma obra), para los fines indicados en el artículo 97 de la C. N., vale decir, imponer las penas de destitución del empleo, o privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos, si se trata de “delitos cometidos en ejercicio de sus funciones” por el agente, y seguirle juicio ante la Corte, “si los hechos le constituyen responsable de infracción que merezca otra pena” (regla 2ª); o declarar si hay o no “lugar a seguimiento de causa”, “si la acusación se refiere a delitos comunes” (regla 3ª), y C) A la Corte Suprema de Justicia, una vez producida tal declaratoria en sentido afirmativo, la competencia privativa para el juzgamiento (artículos 151 —atribución 1ª— de la Carta y 43 del C. de P. P.). La circunstancia de que, debido a su inexistencia en la práctica, las dos primeras de dichas corporaciones no hubieran podido cumplir antes su deber a este respecto, no las inhibe para ejercer una acción penal que les incumbe y no se ha extinguido en forma alguna.

La competencia de la Comisión Nacional de Instrucción Criminal para investigar los hechos atribuidos al indiciado no ha sido ni podía ser objeto de controversia, por cuanto ella le fue expresamente atribuida por decretos legislativos.

En razón de lo dicho, se aprehende el conocimiento de este proceso y se dispone tener como pruebas las que obran en autos.

En providencia separada se ordenará lo conducente al perfeccionamiento de las sumarias.

Notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

PEDRO PACHECO OSORIO

El Secretario,

Jorge Soto Soto

LA NORMA CONSTITUCIONAL QUE FACULTA AL LEGISLADOR PARA PRESCINDIR, EN LA EXPEDICION DE UNA LEY DETERMINADA, DE ALGUNOS DE LOS REQUISITOS GENERICAMENTE EXIGIDOS POR OTRA DISPOSICION DE LA MISMA INDOLE PARA DICTAR LEYES SEMEJANTES, NO SE ENTIENDE IMPLICITAMENTE SUBROGADA POR EL NUEVO PRECEPTO QUE, DEJANDO EN VIGOR EL REQUISITO EXCEPTUADO, REGLAMENTA DE NUEVO Y EN ABSTRACTO LA MATERIA. — LA DEMANDA DE INEXEQUIBILIDAD DE LEYES O DECRETOS DEBE CONTENER, ENTRE SUS REQUISITOS ESENCIALES, LA EXPOSICION DE LAS RAZONES POR LAS CUALES SE ESTIMAN INFRINGIDOS LOS TEXTOS DE LA CARTA QUE SE DICEN VIOLADOS.—SE DECLARA EXEQUIBLE LA LEY 13 DE 1947, POR LA CUAL SE CREO EL DEPARTAMENTO DEL CHOCO

1.—La demanda para que se declare inexecutable por inconstitucional una ley o decreto, debe contener, entre sus requisitos esenciales, la exposicion de las razones por las cuales se estiman infringidos los textos de la Carta que se dicen violados, lo cual es obvio, pues, de no ser así se pondría a la Corte en el inexplicable trance de tener que adivinar los ocultos motivos en que fundamenta su accion el demandante.

2.—La norma constitucional que faculta al legislador para prescindir, en la expedicion de una ley determinada, de alguno de los requisitos genericamente exigidos por otra disposicion de la misma indole para dictar leyes semejantes, no se entiende implicitamente subrogada por el nuevo precepto que, dejando en vigor el requisito exceptuado, reglamenta de nuevo y en abstracto la materia, pues entre el primero y el último canon no existe incompatibilidad alguna, ni éste regula lo que fue objeto exclusivo de aquél. Y es que, en materia constitucional, el criterio de interpretacion requiere positiva exactitud, que excluye en lo posible las derogaciones meramente preventivas o tácitas.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá,
mayo veinte de mil novecientos cincuenta y
nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio)

El ciudadano doctor Hermenegildo Bonilla Gó-

mez, en escrito de ocho de marzo del año anterior, pide a la Corte declarar, con audiencia del señor Procurador General de la Nación, "que la Ley 13 de 3 de noviembre de 1947, es inexecutable por inconstitucional".

La ley acusada, transcrita íntegramente por el demandante, es la creadora del Departamento del Chocó, y viola, en concepto de aquél, el Acto Legislativo número 1 de 1945 (artículo 5º de la actual codificación), como trata de demostrarlo con los argumentos que en seguida se verán.

Es un hecho evidente —dice— que mediante el A. L. número 1 de 1944, se "facultó a la ley para erigir en Departamento la Intendencia del Chocó, aun cuando no tuviera el número de habitantes requeridos por el ordinal 2º del artículo 2º del A. L. número 1º de 1936; pero es también evidente que posteriormente a dicho A. L. que dio la citada autorización a la ley, y sin que se hubiera aprobado la Ley 13 de 3 de noviembre de 1947, se produjo el A. L. número 1º de 1945, que en su artículo primero fijó de manera muy clara y sencilla los elementos o condiciones que se hacen indispensables para que la ley pueda erigir en Departamento una sección territorial del país. Esto significa en sencilla hermenéutica que el A. L. número 1º de 30 de noviembre de 1944 —por cuanto todavía no se había hecho uso de él—, quedó sustituido íntegramente por el A. L. número 1 de 1945 que regula totalmente la materia". Agrega que el sentido común así lo enseña, por lo cual estima innecesario "un estudio de substancial juridicidad" en abono de su tesis, pues bastaría conocer el artículo 3º de la Ley 153 de 1887, que expresa "en qué momento se hace inexistente una disposicion legal o el

cuerpo íntegro de una ley". Afirma que el doctor Tulio Enrique Tascón comparte los conceptos anteriores, y que el legislador debió, "al discutir la Ley 13 de 1947 someterse al nuevo A. L. número 1º de 1945, y de ninguna manera al primero de 1944, por cuanto se entendía derogado o sustituido por el posterior que se ha citado, y éste nada decía en torno a elevar la dicha Intendencia a la categoría de Departamento". Y concluye de esta guisa: "Por otra parte, se trata de una entidad sui generis por cuanto la Nación, conforme a una carga impuesta por la misma ley que acuso, viene recibiendo un auxilio anual, auxilio que, teniendo en cuenta lo que preceptúa el artículo 12 de la citada ley terminó desde noviembre de 1957, por haber sido el plazo de diez años. Entonces, si la Nación queda exonerada de esta carga por mandato de la ley acusada, el Departamento sui-generis del Chocó no podría seguir subsistiendo, ya que sus rentas son insuficientes para atender a los gastos que tiene que sufragar mensualmente un Departamento".

El señor Procurador General de la Nación, al contestar la anterior demanda, sostiene que la ley acusada no es inconstitucional, con fundamento en dos razones principales, a saber: 1º El A. L. de 1945 autorizó al gobierno para codificar, previo dictamen del Consejo de Estado, las disposiciones vigentes de la Carta, y éste aprobó la ponencia del doctor Tulio Enrique Tascón, según la cual el artículo único del A. L. número 1 de 1944 debía ser incluido como artículo 6º en la nueva codificación, y así lo hizo el Gobierno, de donde se deduce que tanto el uno como el otro "consideraron con toda razón que el artículo único del acto legislativo de 1944, se hallaba vigente, después de dictado el acto legislativo de 1945". "Luego, si el Congreso de Colombia dictó la Ley 13 de 1947, en desarrollo del artículo sexto de la Constitución Nacional, o sea del artículo único del Acto Legislativo número uno de 1944, mal puede hablarse de inconstitucionalidad de dicha ley". 2º El artículo 1º del A. L. de 1945 no modificó el de 1944, pues éste facultó "al Congreso para erigir en departamento la Intendencia del Chocó, aun cuando no tenga el número de habitantes requerido por el ordinal 2º del artículo 2º del acto legislativo número 1 de 1936 y sin afectar los territorios de los Departamentos de Antioquia, Caldas y Valle del Cauca", y aquél, al enmendar el A. L. número 1 de 1936 dejó intacto el requisito de "que el nuevo Departamento tenga por lo menos doscientos cincuenta mil habitantes", que era el de que podía prescindir el

legislador. En consecuencia, el acto legislativo de 1945 vino a reformar en parte la Constitución Nacional vigente en el momento de expedirse, y en cuanto al régimen de los departamentos y municipios fijó normas distintas, dejando en pie, sin duda alguna la autorización concedida por el acto legislativo de 1944, ya que ni expresa ni tácitamente lo suspendió o derogó. Luego, si el Congreso de Colombia hizo uso de las autorizaciones que le confiriera tal disposición, para erigir en Departamento la Intendencia del Chocó, por hallarse ella vigente, dictó una ley ceñida a las normas constitucionales y por lo tanto exequible".

Para resolver se considera:

1º Según lo dispuesto por el artículo 2º, numeral 3º, de la Ley 96 de 1936 la demanda para que se declare inexecutable por inconstitucional una ley o decreto, debe contener, entre sus requisitos esenciales, la exposición de las razones por las cuales se estiman infringidos los textos de la Carta que se dicen violados, lo cual es obvio, pues, de no ser así, se pondría a la Corte en el inexplicable trance de tener que adivinar los ocultos motivos en que fundamenta su acción el demandante. Y como el actor ni siquiera ha dicho, en el caso **sub-judice**, cuál de las exigencias del artículo 5º de la Constitución se dejó de cumplir al expedirse la Ley acusada, su solicitud, por este solo aspecto, no puede prosperar. Pero en virtud de las indagaciones que oficiosamente debe hacer la Corporación por mandato de dicho artículo 2º, se examinarán los cargos sugeridos en la demanda.

2º La norma constitucional que faculta al legislador para prescindir, en la expedición de una ley determinada, de alguno de los requisitos genéricamente exigidos por otra disposición de la misma índole para dictar leyes semejantes, no se entiende implícitamente subrogada por el nuevo precepto que, dejando en vigor el requisito exceptuado, reglamenta de nuevo y en abstracto la materia, pues entre el primero y el último cánón no existe incompatibilidad alguna, ni éste regula lo que fué objeto exclusivo de aquél. Y es que, en materia constitucional, el criterio de interpretación requiere positiva exactitud, que excluye en lo posible las derogaciones meramente presuntivas o tácitas.

De consiguiente, si el artículo 1º del Acto Legislativo número 1 de 1945, reformativo del numeral 2º del artículo 2º del Acto Legislativo número 1 de 1936, dejó en vigencia el requisito —genéricamente exigido por éste para la forma-

ción de un nuevo Departamento— de que “tenga por lo menos doscientos cincuenta mil habitantes”, debe concluirse que al ser expedida la ley acusada regía el Acto Legislativo número 1 de 1944, que le sirvió de fundamento y que de modo expreso autorizó al Congreso para convertir en Departamento la Intendencia del Chocó, aun prescindiendo de la mencionada circunstancia.

3º El último cargo aducido contra la exequibidad de la Ley 13 de 1947 es contradictorio en los términos y en nada afecta su constitucionalidad, pues la Carta no prohíbe en parte alguna que la Nación reciba auxilio de un Departamento o éste de aquélla.

En virtud de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena y de acuerdo con el señor Procurador,

Decide:

Es exequible la Ley 13 de 1947, por la cual se crea el Departamento del Chocó.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al señor Ministro de Gobierno y publíquese.

José Hernández Arbeláez — Ramiro Araújo Grau — Humberto Barrera Domínguez — Luis Alberto Bravo—Gabriel Carreño Mallarino —Enrique Coral Velasco—Ignacio Escallón—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón Montero Torres —Hernando Morales—Efrén Osejo Peña—Pedro Pacheco Osorio—Luis Fernando Paredes—Carlos Peláez Trujillo—Arturo C. Posada—Gustavo Rendón Gaviria—Jorge Vélez García—Luis Carlos Zambrano—Ricardo Hinestrosa Daza, Conjuez.—Roberto De Zubiria—Jorge Soto Soto, Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

TECNICA DE LA CAUSAL 1ª DE CASACION. — BUENA O MALA FE EN EL POSEEDOR VENCIDO. — A QUIEN CORRESPONDE SU CALIFICACION. — VENTA DE COSA AJENA. — SU INOPONIBILIDAD AL VERDADERO DUEÑO. — EVICCIÓN DE LA COSA VENDIDA

1.—Es deber del recurrente señalar la prueba que considera apreciada erróneamente por el fallador de instancia, pues el segundo inciso del numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial dice: “Si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba” (se subraya), lo cual implica, que en este caso haya que señalar la prueba apreciada indebidamente a aquélla dejada de apreciar, porque sólo en relación con ella es posible saber si incurrió en falsa apreciación o en ausencia de ésta.

La Sala ha repetido muchas veces que el error de derecho se produce como consecuencia de una equivocada apreciación de pruebas, y viola las disposiciones probatorias pertinentes por darle al medio un valor diverso al que la ley le asigna, por lo cual debe el recurrente indicar el precepto probatorio infringido. Y como esta transgresión debe refluir en normas sustanciales que se quebranten por indebida aplicación o por falta de ésta, ellas deben igualmente indicarse, así como el concepto de violación.

2.—La calificación de la buena o mala fé del poseedor vencido es un punto que permanece dentro de la soberana apreciación del fallador de instancia (G. J. LXIII, pág. 731), salvo demostración de evidente error de hecho en las pruebas que lo llevaron a una conclusión sobre el particular, de modo que hace referencia a violación indirecta por dicho tipo de error.

3.—El artículo 1.871 del Código Civil predica que “La venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del verdadero due-

ño de la cosa vendida mientras no se extingan por el lapso de tiempo”. Es decir, que en últimas consagra un caso de inoponibilidad del contrato celebrado por quien no es propietario en relación con éste. “La venta de cosa ajena... constituye, según lo enseñan los civilistas, uno de los fenómenos típicos e inconfundibles en que ocurre el caso de inoponibilidad de fondo, por falta de concurrencia, inoponibilidad consistente en que para el verdadero dueño de la cosa vendida, no produce efectos el contrato de compraventa, conservando en su patrimonio el derecho de propiedad sobre ella y sus acciones correspondientes” (G. J. Tomo LVIII, página 26). “Además, puestos a salvo los derechos del verdadero dueño, en nada le perjudican en sí escrituras de esa clase, lo que significa su falta de interés jurídico que le diera personería para demandar su anulación y cancelación” (T. LVII, pág. 383).

Respecto al fenómeno de la inoponibilidad dicen Planiol y Ripert, en su obra de Derecho Civil, Tomo VI, página 391: “Pero a veces un acto es ineficaz solamente respecto a los terceros o a determinados terceros, si bien continúa siendo válido en las relaciones entre las partes contratantes; en este supuesto se trata de una simple inoponibilidad”.

4.—La devolución del precio es uno de los elementos del saneamiento por evicción a cargo del vendedor a quien se le haya denunciado el pleito (C. C. Art. 1.904).

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, mayo cuatro de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Hernando Morales M.).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 12 de septiembre de 1957 proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el juicio ordinario promovido por Araminta, Cleonice, Margarita, Ana Mercedes y Guiomar López Cotes frente a Otilia Magri de Infante.

Antecedentes.

Las mencionadas señoritas López Cotes demandaron a la señora de Infante ante el Juzgado Civil del Circuito de Santa Marta para que se declarara de propiedad de las demandantes, conjuntamente, y como herederas de Patrocinio López, sobre una casa situada en la carrera 13 de dicha ciudad y el solar en que está construida, inmueble que se alindó en la forma debida; que la venta que aparece en las escrituras número 64 de 1945 y 125 de 1946 de la Notaría 1ª (sic) del mismo Circuito efectuadas por Dolores Cotes viuda de López a Otilia Magri de Infante es venta de cosa ajena, ya que el inmueble objeto de ella no le fue adjudicado a la vendedora en la sucesión de Patrocinio López; que la demandada debe restituir a las demandantes el referido inmueble y sus frutos naturales y civiles, no sólo los percibidos, sino los que hubieran podido percibir con mediana inteligencia y cuidado a partir del 12 de abril de 1945, fecha de la primera de dichas escrituras.

Los hechos fundamentales pueden resumirse así:

El señor Patrocinio López vendió la casa referida, con pacto de retroventa, a Francina Hernández, pero antes de cumplirse el año acordado para recuperarla falleció, razón por la cual el derecho de recobro lo ejerció la viuda, Dolores Cotes de López, por instrumentó en el cual se expresa que su otorgamiento obedece al cumplimiento del aludido pacto.

En el juicio de sucesión de Patrocinio López se inventarió el inmueble, y en la partición se adjudicó por cuotas iguales a las cinco demandantes, en su carácter de herederas como hijas legítimas del causante. Mas antes de la terminación del citado juicio la viuda de López vendió la casa, como propia, a Otilia de Infante, quien actualmente es su poseedora, por escritura que luego dijo confirmar.

La demandada se opuso y denunció el pleito a su vendedora, quien intervino en el proceso

y aceptó los hechos de la demanda. La primera instancia finalizó con sentencia de 6 de febrero de 1956 que falló de conformidad con las peticiones de la parte actora, pero en cuanto a frutos limitó éstos a los producidos a partir de la contestación de la demanda, ya que consideró de buena fé a la poseedora vencida.

Apelado el fallo por ambas partes, la segunda instancia terminó por sentencia, con salvamento de voto del Conjuez que formó la Sala, que confirmó lo sustancial de la dictada por el Juez, la cual fue sin embargo reformada en el sentido de ordenar que para que se efectuara la restitución debían las demandantes pagar a la demandada la suma de \$ 3.500.00 que aquélla había pagado a Otilia de López como precio de la venta que le hizo, más cuarenta pesos mensuales desde el 12 de abril de 1945 hasta el 25 de julio de 1946. Además, se adicionó la sentencia en lo referente a que los frutos, que igualmente se reconocieron a partir de la contestación de la demanda, comprenderían también los que se hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad, y a que debía liquidarse su monto por el procedimiento del artículo 553 del C. J.

No obstante que ambas partes interpusieron casación, solamente operó el recurso de la parte demandante, pues el de la demandada fue declarado desierto por el Tribunal, después de haberlo concedido, en consideración a que dicho recurrente no pagó oportunamente su cuota en los portes de correo del expediente (artículo 4º Decreto 243 de 1950).

El recurso.

Dos cargos, dentro de la causal 1ª del artículo 520, se aducen por la parte actora, quien expresamente concreta su pretensión así: "Presento la presente demanda a fin de que la sentencia se case parcialmente en cuanto declaró que mis mandantes debían pagar el valor de la casa demandada y el precio de los arriendos, y en cuanto se condenó a la demandada a pagar los frutos de la casa reivindicada como poseedora de buena fé, a partir de la notificación de la demanda, y no como poseedora de mala fé, a partir del 12 de abril de 1945".

Para cumplir con la lógica como lo preceptúa el artículo 537 del C. J., dichos cargos se estudiarán en orden inverso.

1º (Segundo de la demanda). Consiste en que el Tribunal violó indirectamente los artículos

768 y 966 del C. C., pero no se expresa con claridad el concepto de violación.

Considera el recurrente que si bien Otilia de Infante no tuvo conciencia personal y cierta de que hubiera adquirido de quien no era el verdadero dueño, cuando compró la casa a Dolores Cotes de López sí incurrió en error de derecho al juzgar que la cónyuge superviviente de Patrocinio López era heredera de éste y dueña del inmueble vendido, siendo así que la escritura contentiva del recobro otorgado por Francisca Hernández para cumplir lo pactado con Patrocinio, fue conocida por la compradora, quien tuvo por ende ocasión de saber que dicho recobro se hacía para la sucesión de López.

La consecuencia, según el recurrente, es ésta: "El Tribunal no advirtió tal error, que colocaba a la compradora como poseedora de mala fé y por eso lo consideró como excusable, lo cual lo hizo incurrir a él en error de derecho "al apreciar el valor de las pruebas presentadas y concretamente al calificar la naturaleza del error en que había incurrido la demandada, error que, como he dicho, por su propia naturaleza fue un error de derecho de los que hacen presumir la mala fé y no un error de hecho de los que la excluyen. Este error de derecho del Tribunal al calificar una prueba, es un error ostensible y evidente que condujo al fallador a violar tanto el artículo 768 del C. C., como el 966 de la misma obra".

En suma: la demanda de casación considera que la violación aludida se tradujo en no haberse condenado a la demandada a pagar los frutos del inmueble objeto de la reivindicación a partir de la fecha de la venta de Dolores Cotes de López, o sea como poseedora de mala fé, sino desde la contestación de la demanda es decir como poseedora de buena fé, siendo así que el error que le imputa no es de hecho sino de derecho, lo cual configura la posesión de mala fé, a términos del artículo 768 citado.

Se considera:

El cargo así propuesto no es por violación directa, sino por violación indirecta de la ley, o sea que a ésta se llegó, a través de error de derecho en la apreciación de pruebas. Mas el cargo no responde a la técnica de casación y es por tanto inadmisibles por dos motivos:

a) Porque no señala la prueba apreciada erróneamente por el fallador de instancia, carga que correspondía asumir al recurrente, pues el segundo inciso del numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial dice: "Si la violación de la ley

proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de **determinada prueba**" (se subraya) lo cual implica, que en este caso haya que señalar la prueba apreciada indebidamente o aquella dejada de apreciar, porque sólo en relación con ellas es posible saber si incurrió en falsa apreciación o en ausencia de ésta.

b) Porque aunque se hubiera individualizado la prueba mal apreciada, como se invoca error de derecho debía haberse expresado la norma probatoria transgredida en primer término, o sea la que doctrinariamente configuraba la "violación medio", lo cual tampoco se hizo. La Sala ha repetido muchas veces que el error de derecho se produce como consecuencia de una equivocada apreciación de pruebas, y viola las disposiciones probatorias pertinentes por darle al medio un valor diverso al que la ley le asigna, por lo cual debe el recurrente indicar el precepto probatorio infringido. Y como esta transgresión debe refluír en normas substanciales que se quebranten por indebida aplicación o por falta de ésta, ellas deben igualmente indicarse así como el concepto de violación

Pero en el supuesto de que el cargo contuviera acusación por violación directa de las normas en cita, se anota que la calificación de la buena o mala fé del poseedor vencido es un punto que permanece dentro de la soberana apreciación del fallador de instancia (G. J. LXIII, página 731). salvo demostración de evidente error de hecho en las pruebas que lo llevaron a una conclusión sobre el particular, de modo que hace referencia a violación indirecta por dicho tipo de error, aspecto que no se planteó por el recurrente.

La Corte ha dicho:

"Por buena fé se entiende la opinión o creencia en que uno está de que posee legalmente una cosa, y por mala fé el procedimiento en que falta la sinceridad y reina la malicia. Cuestiones ambas de fuero interno que el Juez aprecia en conciencia y basado en los datos que arrojan las pruebas. Por lo tanto, para destruir el concepto del Tribunal no basta atacar por interpretación equivocada de los preceptos reguladores de la buena o mala fé, sino que hay que ir más al fondo, demostrando error evidente de hecho en la apreciación de las pruebas en que el Tribunal se ha fundado" (G. J. LX, 57).

2º (Primero de la demanda). Violación, por falta de aplicación, de los artículos 1.871 y 669 del C. C. Este cargo se resume así:

Cuando el Tribunal condiciona la restitución del inmueble a las propietarias al pago por parte

de éstas a la demandada de la suma de dinero que ella cubrió a su vendedora y de la cantidad de \$ 40.00 durante determinado lapso, "está diciendo que la venta de cosa ajena pueda afectar los derechos del verdadero dueño", precisamente en contraposición con lo que expresa la primera de las normas mencionadas. Como consecuencia, "el Tribunal al subordinar el goce del derecho de mis mandantes a una condición de pago previo de un dinero no recibido por las titulares del dominio, limitó el derecho de propiedad legítimamente adquirido y violó por infracción directa el artículo 669 del C. C....".

Se considera:

El Tribunal después de hallar procedente la acción reivindicatoria, con base en que la venta de Dolores Cotes de López a Otilia Magri de Infante que fue el título aducido por ésta, constituía venta de cosa ajena, pues a la sazón la propietaria era la sucesión de Patrocinio López a cuyas herederas se adjudicó más tarde el inmueble en la partición, expresa:

"Por lo tanto las demandantes deben reembolsar a la demandada la suma de dinero que confesó haber recibido la madre legítima de ellas y cónyuge superviviente, mas los precios mensuales del arrendamiento hasta la fecha de la escritura número 125 (julio 25 de 1946) en que se supone terminó el arrendamiento pactado entre los contratantes de esa época, sin perjuicio de los derechos que tengan a su favor y de las acciones en contra de Dolores Cotes viuda de López para el reintegro de dichas sumas".

Y parece que considera tal condena como una de las prestaciones mutuas que en estos casos deben decretarse, oficiosamente cuando en forma expresa no se han solicitado, pues luego de hablar también sobre frutos expone: "Las circunstancias peculiarísimas del presente juicio en que se encuentran madre e hijas... conducen a que el Tribunal en conciencia, haga el reconocimiento de las prestaciones mutuas en la forma establecida".

Por escritura número 64 de 12 de abril de 1945 pasada en la Notaría Segunda de Santa Marta, Dolores Cotes viuda de López aparece vendiendo a Otilia Magri viuda de Infante por la suma de \$ 2,000.00 la casa número 3 de la carrera 13 de dicha ciudad, o sea la que es materia de esta litis, con la facultad para la vendedora de recobrar el dominio dentro del término de dos años y siempre que se restituyera a la compradora la suma acordada como precio. Además, dice el instrumento: "Y que mientras la exponente hace

uso de la expresada facultad se constituye en arrendataria de la casa que hoy vende con la obligación de pagar a la compradora... un cánón de arrendamiento de cuarenta pesos moneda legal, pagaderos por mensualidades vencidas, respecto de lo cual deberá la actual vendedora estar a paz y salvo con la compradora... al tiempo de la retroventa".

Por escritura número 125 de 25 de julio de 1946 de la misma Notaría, Dolores Cotes viuda de López declara, con la aquiescencia de Otilia de Infante, que el precio justo de la venta contenida en la escritura citada anteriormente es la suma de \$ 3,500.00, por lo cual confirma aquélla y renuncia al derecho de readquirir el inmueble, de modo que la venta queda definitiva.

El artículo 1.871 del Código Civil predica que "la venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del verdadero dueño de la cosa vendida mientras no se extingan por el lapso de tiempo". Es decir, que en últimas consagra un caso de inoponibilidad del contrato celebrado por quien no es propietario en relación con éste "La venta de cosa ajena... constituye, según lo enseñan los civilistas, uno de los fenómenos típicos e inconfundibles en que ocurre el caso de inoponibilidad de fondo, por falta de concurrencia, inoponibilidad consistente en que para el verdadero dueño de la cosa vendida, no produce efectos el contrato de compraventa, conservando en su patrimonio el derecho de propiedad sobre ella y sus acciones correspondientes" (G. J. Tomo LVII, página 26). "Además, puestos a salvo los derechos del verdadero dueño, en nada le perjudican en sí escrituras de esa clase, lo que significa su falta de interés jurídico que le diera personería para demandar su anulación y cancelación" (T. LVII, pag. 383).

Respecto al fenómeno de la inoponibilidad dicen Planiol y Ripert, en su obra de Derecho Civil, Tomo VI, página 391: "Pero a veces un acto es ineficaz solamente respecto a los terceros o a determinados terceros, si bien continúa siendo válido en las relaciones entre las partes contratantes; en este supuesto se trata de una simple inoponibilidad".

Sin embargo, el Tribunal le hizo producir efectos al contrato celebrado entre quien no era la dueña y su compradora respecto a quienes consideró como verdaderas dueñas, ya que obliga a éstas a restituir el precio de la venta. Además, les impone la obligación de cumplir un contrato de arrendamiento ajeno totalmente a ellas, pues subordina la entrega del inmueble al pago de los

cánones pactados a cargo de Dolores Cotes de López. Por esto, al hacer oponible dicho contrato de venta a las demandantes en cuanto a la restitución del precio, la sentencia infringió directamente el artículo 1.871 del Código Civil, ya que dejó de aplicarlo a cabalidad, por lo cual en este punto asiste razón al recurrente y debe casarse la sentencia acusada, no sin recordar de paso que la devolución del precio es uno de los elementos del saneamiento por evicción a cargo del vendedor a quien se le haya denunciado el pleito (C. C. Art. 1.904).

No ocurre lo propio en relación con la carga de pagar los cánones de arrendamiento, pues éste constituye, como ya se expresó, un contrato diferente, no obstante que consta en el mismo instrumento que contiene la compraventa. Vale decir, que tal reconocimiento no es una consecuencia de haber hecho operar el contrato de venta frente a quienes eran extraños a él y a quienes no se podía oponer, puesto que se trata de convención distinta y no de estipulación propia de aquélla. Y si bien esta determinación de la sentencia se aduce como transgresión de normas sustanciales, es lo cierto que ella no afecta las señaladas por el recurrente.

Las consideraciones que sirven para quebrar el fallo son suficientes para basar la sentencia de instancia en lo pertinente, pues implican la supresión de la condena para las actoras de restituir el precio de una venta en que no intervinieron, y no las afectaba.

Resolución.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Santa Marta el doce de septiembre de mil novecientos cincuenta y siete, y en su lugar resuelve:

1º Confirmanse los numerales 1º y 2º de la sentencia proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Santa Marta el seis de febrero de mil novecientos cincuenta y seis, que dicen así:

“Declárase que es de propiedad de las demandantes Araminta López Cotes, Margarita López Cotes de Ruiz, Cleonice López Cotes, Ana Mercedes López Cotes y Guiomar López Cotes la casa ubicada en esta ciudad en la carrera 13 y el solar en que está construída, y alinderada así: NORTE,

en una extensión de treinta y un metros con ochenta centímetros con construcción que fue de Salvador Andreis, en una extensión igual de treinta y un metros con ochenta centímetros; SUR, con solar antes de José Gregorio Sánchez, hoy de los herederos de José Francisco Riascos; ESTE, con una extensión de doce metros con terrenos de José B. Vives; OESTE, en extensión de doce metros con terrenos de Primitivo Valencia, callejón o carrera en medio.

“Que la compraventa verificada mediante escritura pública número 64 de abril de 1945 y número 125 de julio de 1946, corrida en la Notaría de este Circuito, por Dolores Cotes viuda de López, y a favor de la demandada es venta de cosa ajena”.

2º Refórmase el numeral 3º de la misma sentencia del Juzgado, el cual quedará así: Condénase a la señora Otilia Magri de Infante a restituir a Araminta, Margarita, Cleonice, Ana Mercedes y Guiomar López Cotes el inmueble especificado en el numeral 1º de la sentencia del Juzgado antes referida, una vez que las demandantes hayan pagado la cantidad de cuarenta pesos (\$ 40.00) por cada mes transcurrido del doce de abril de mil novecientos cuarenta y cinco al veinticinco de julio de mil novecientos cuarenta y seis.

3º Refórmase el numeral 4º de la misma sentencia que quedará así: Condénase a la señora Otilia Magri de Infante a restituir los frutos civiles de la mencionada casa a partir del día 24 de abril de 1952, como poseedora de buena fé, y los que hubieren podido percibir con mediana inteligencia y actividad las actoras (artículo 964 del C. C.), hasta cuando se verifique el pago, bajo el trámite del artículo 553 del C. J.

4º Las costas de la primera instancia son de cargo de la parte demandada. Sin costas en la segunda instancia ni en el recurso de casación.

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

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco

Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge Soto Soto, Secretario.

ERROR DE HECHO EVIDENTE Y ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACION DE PRUEBAS. — EN QUE CONSISTEN. — EN PUNTO A DICTAMENES PERICIALES EL ERROR DE DERECHO CONSISTIRIA EN NO ATRIBUIRLE VALOR AL CONCEPTO CUANDO LO TIENE EN VIRTUD DE SU FUNDAMENTACION, O, EN FIJARLE UN ALCANCE DIVERSO AL QUE LE OTORGAN LAS NORMAS QUE REGULAN EL VALOR DE ESA PRUEBA, Y LA APRECIACION DE SI ESTA O NO FUNDADO CORRESPONDE VALORARLA LIBREMENTE AL JUZGADOR DE INSTANCIA

El error de hecho evidente a que se refiere el artículo 520 del código de enjuiciamiento civil, consiste en equivocación material u objetiva o en subjetiva también: se está frente al primer caso cuando se da por existente una prueba que no obra en autos o no se aprecia una que allí existe. Se está en el caso de apreciación subjetiva errónea cuando a la prueba existente se le atribuye valor contrario al de la evidencia de hechos que ella demuestre. Por eso, la Corte continuamente ha sostenido que “el error de hecho consiste jurídicamente en pasar por alto una prueba decisiva, como si no hubiera sido producida, o de estimarla en sentido contrario a la evidencia que ella ostente, abstracción hecha del mérito que la ley le confiere”. (Nº 2.142, pág. 823).

El error evidente de hecho, en su caso, o el de derecho, en el suyo, en la apreciación de la prueba, es límite de la soberanía del fallador ad-quem. Si no extralimita o sobrepasa esa linde, la Corte no puede infirmar el fallo, porque la casación es un juicio sobre la sentencia frente a la ley sustancial, si de violación directa o indirecta se trata, o frente a la ley procesal, si es el caso de error in procedendo. Cuando irrumpe el hito que limita su campo de acción e incide en error evidente de hecho o de derecho en la apreciación de determinado medio probatorio, pierde el Tribunal su relativa soberanía y abre posibilidad para llegar a la casación a través de la cuestión de hecho que, de otro modo, no podría enfrentar la Corte. Pero el error de hecho evidente debe ser de inmediata consideración, perceptible sin mayor esfuerzo, resultado de una fácil y obvia comparación o balance, de lo cual

aparezca haberse visto la prueba de modo contra-evidente.

El error de derecho en la apreciación de una prueba consiste, o en negarle el valor que la ley le dá o en atribuirle uno distinto al que ella le fija. En punto a dictámenes periciales el error de derecho consistiría en no atribuirle valor al concepto cuando lo tiene en virtud de su fundamentación, o, en fijarle un alcance diverso al que le otorgan las normas que regulan el valor de esa prueba. La apreciación de si un dictamen pericial está o no fundado, es aspecto que valora libremente el juzgador de instancia para aceptar o negar la fuerza probatoria de él. El error de derecho es cuestión íntimamente vinculada a la apreciación de la prueba; por eso, estimarla en más o apreciarla en menos, es error de valoración, contradicción entre la prueba y la norma.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, mayo once de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Enrique Coral Velasco)

Por sentencia de 28 de mayo de 1957, el Tribunal Superior de Pereira, confirmó la de 30 de mayo de 1956, del Juzgado del Circuito de Apía, en el juicio ordinario de oposición al deslinde, promovido por Manuel Valencia M. contra Sergio Mejía Jaramillo.

ANTECEDENTES

1º En el juicio especial de deslinde y amojonamiento de Mejía Jaramillo contra Valencia M., el Juez del conocimiento, en asocio de peritos y testigos y después de hacer el reconocimiento de

los inmuebles limítrofes y con vista de las escrituras presentadas por las partes, procedió a fijar como lindero entre los predios "Maporita" y "Granja", el siguiente: "De un mojón de piedra que hay en la misma cuchilla, antes de llegar a la orilla de un monte, de éste, a una piedra bastante grande que encima hay un árbol carbonero marcado con una cruz. Dicha piedra se encuentra a la margen izquierda de la quebrada 'Limones'".

2º Manuel Valencia M. se opuso a la fijación del lindero predicho y, por eso, se tramitó el juicio ordinario de oposición al deslinde, en cuya sentencia de primera instancia, el Juzgado decretó que "el lindero litigioso entre los predios de que tratan las demandas, será el señalado por la diligencia practicada por este Juzgado con fecha 17 de septiembre del año de 1954". Y,

3º Apelada la sentencia por el demandante y cumplida la tramitación de segunda instancia, el Tribunal confirmó la de primer grado sin modificación alguna.

DEMANDA DE CASACION

Se acusa la sentencia por errores de hecho evidentes y por error de derecho, como luégo se verá; pues, para la debida solución del problema y, por cuanto, los errores de hecho se refieren a fenómenos semejantes, se agrupan los de cada clase, como cuestión de método, así:

1º—ERRORES DE HECHO EVIDENTES

a) En la apreciación de las escrituras 72 de 1929 y 358 de 1937. (Fls. 3 y 22, cuaderno Nº 2).

Para fundamentar este cargo, argumenta el recurrente que la sentencia del Tribunal incurrió en error de hecho evidente cuando afirmó no haber discrepancia ni disparidad alguna entre el lindero señalado en la diligencia de apeo y el determinado en las escrituras 72 de 1929 y 358 de 1937, título inmediato del señor Valencia M. Dijo el Tribunal: "Si se compara esta línea (se refiere a la fijada por los peritos) con los linderos señalados en el título del señor Valencia, se ve que solamente difiere en cuanto en éste (escritura número 358) se dice que de un mojón que hay en la cuchilla a la orilla de un monte, se sigue por la orilla de un potrero hasta caer a la piedra que hay a la orilla de la quebrada; mientras que en el del doctor Mejía Jaramillo, y que es la línea trazada en el deslinde se habla de la orilla de un monte, y no de un potrero o rastrojo. Esta parte

quedó explicada en la diligencia de deslinde, en la cual los testigos Pastor Orozco y Miguel Angel Patiño declaran, el primero, que conoce los predios materia del deslinde desde hace doce o quince años, y el segundo desde hace unos veinte años, y afirman que conocieron en monte la parte que hoy es potrero o rastrojo. (Folio 54 vuelto y 55), Estos mismos testigos aseveran que los verdaderos linderos de los predios del doctor Mejía y Manuel Valencia, que ellos conocieron desde hace muchos años, son los marcados por la escritura número 72 de 28 de enero de 1929, que les fue leída y que son los mismos fijados en la diligencia de deslinde. Los testigos han sido y son actualmente vecinos de los predios en litigio".

Contra esa apreciación replica el recurrente de esta manera: "Toda la cuestión o el error de la sentencia estriba en que el Tribunal creyó que lo que primitivamente fue monte y hoy es rastrojo no pertenece a la finca de Valencia, y así entendió que fuera monte o rastrojo, y por ahí había de trazarse la línea de deslinde de los predios, como la trazó el Juzgado de la diligencia acogiendo la de los peritos que actuaron en la misma".

"Pero eso no es así. Ese que primitivamente fue monte y que hoy es rastrojo ha sido siempre terreno de la finca de Valencia, desde la escritura 603 de 1928 (folios 1º, cuaderno número 2) En efecto. En esa escritura se lee que el lindero perpendicular al de la disputa o que corta el de la disputa de la finca que compra Marco Hincapié, se traza "continuando por el lomo de la cuchilla abajo hasta llegar a la orilla de un monte. La proposición hasta, como se sabe, expresa el término o último punto a donde llega una cosa. Comenzando de aquí, del término de aquel lindero a la orilla del monte, y siguiendo por la orilla de ese monte, se proyecta en aquella escritura 603 el lindero hoy en disputa a un mojón de piedra que se colocará en la quebrada "Limones". Como se ve, en ese lindero queda un punto impreciso, que es el que le da término en la quebrada "Limones"."

Por su parte, el Tribunal, al estudiar los títulos presentados por el señor Valencia y a que se refiere el párrafo anterior, dijo: "Los títulos del señor Valencia no dan margen por sí solos para considerar como errónea o mal trazada la línea fijada por el Juzgado, pues la diferencia que se observa en relación a los indicados por el doctor Mejía J. y su vendedor, quedó aclarado en la diligencia de deslinde. Por razón del tiempo transcurrido desde que el señor Valencia compró

el inmueble, nada de particular tiene que, como lo dicen los testigos, en aquella época hubiese existido un monte o bosque, y hoy un rastrojo o potrero”.

b) En la apreciación de las escrituras números 15 de 1954 y 603 de 1928 que, han debido entenderse en concordancia con los términos de la escritura 72 de 1929.

Con los mismos argumentos que para el caso anterior, sustenta el recurrente que el Tribunal cayó en error de hecho evidente en la apreciación literal de estas escrituras y concluye: “Con esos errores de hecho... (se refiere igualmente a otro de derecho que luégo se estudiará) el Tribunal violó las disposiciones probatorias de los artículos 722 en armonía con el 721 del C. J. y el artículo 1.759 del C. C. violando también a través de esas disposiciones el artículo 900 del Código Civil”.

c) En la apreciación de la cláusula sexta de la escritura 72 de 1929 (folio 3 del cuaderno número 2), del hecho cuarto de la demanda de deslinde del doctor Sergio Mejía Jaramillo y de las declaraciones de los testigos López Corrales, Puerta Correa, Puerta Tangarife y Rodas Cifuentes, lo que indujo al Tribunal a violar los artículos 696, 697 y 607 del C. J. y 1.759 del C. C. como disposiciones probatorias, y como consecuencia de la violación de los anteriores preceptos, violación de los artículos 1.757, 778, 780, 981, 762, 2.512, 2.518, 2.528 2.529 y 900 del Código Civil.

La cláusula sexta de la escritura 72, en lo pertinente, es como sigue: “...Además, el comprador es obligado al sostenimiento de las cercas medianeras en las partes en que linda con finca... y del señor Marco Hircapié M....”

El hecho 4º de la demanda de deslinde del doctor Mejía Jaramillo, dice: “El señor Manuel Valencia, obrando en forma unilateral y arbitraria, prolongó la línea divisoria, en la parte correspondiente al mojón que está en la cuchilla, antes de llegar a la orilla del monte, y de este mojón, en línea recta a una piedra bastante grande que se encuentra en la margen izquierda de la quebrada de Limones, para extenderla hasta más abajo, comprendiendo terrenos de mi propiedad. Esta línea no está de acuerdo con los puntos de partida que especifica el título de propiedad del causante del señor Valencia, señor Severo Sánchez. No sobra advertirle señor Juez que la escritura de adquisición del señor Valencia, contiene inexplicables variaciones en cuanto a esta parte de la línea divisoria de los dos predios, variaciones que en forma alguna pueden llegar a constituir un título idóneo suficiente para variar ese lindero,

que ha existido en forma normal durante más de 20 años. La línea que pretende el señor Valencia carece de los puntos de partida que consagra su título, no conserva la dirección recta al dirigirse hacia la quebrada de Limones, ni termina al pie de una piedra grande sobre la margen izquierda de dicha quebrada”.

Sobre los testimonios de López Corrales, Puerta Correa, Puerta Tangarife y Rodas Cifuentes, hizo concreto análisis la sentencia de primera instancia, para concluir que no prestan mérito probatorio suficiente.

“Haciendo la crítica —dice el Juzgado— de las declaraciones traídas por el demandante, en el período probatorio para fundamentar su oposición a la línea fijada en la diligencia de deslinde, que en todas ellas, los testigos reconocen que no residen desde hace muchos años por los lados de la finca y que el terreno solamente lo conocieron en épocas pasadas, todos hablan de un período de ocho o diez años atrás, ignorando absolutamente lo que haya sucedido de ese tiempo a esta parte, por ello, si se quiso probar posesión material pacífica y tranquila, sólo se obtuvo hasta hace ocho años esa comprobación, porque de ese tiempo a esta época nada se ha comprobado, solamente que el terreno fue vendido, sin especificar claramente los linderos en el lote o faja a qu se refiere el presente juicio, las declaraciones no arrojan ninguna luz al respecto, no hubo una comprobación directa del Juzgado de tales actos de dominio por medio de una Inspección ocular al terreno objeto de la controversia, y no existen más pruebas con que afirmar que el Juzgado al fijar la línea cometió un error al hacerlo”.

A su vez, el Tribunal, al analizar la prueba testimonial rendida por los declarantes citados por el Juez, dice lo siguiente:

“El dicho de estos declarantes carece de mérito probatorio sobre la cuestión debatida, porque todos ellos manifiestan que hace 8, 9 y 10 años que no van a la zona en disputa. Además, López Corrales, agrega que no sabe siquiera cuál es el pedazo de tierra que se discute, (folio 6) y en cuanto a posesión por parte de Valencia durante el tiempo que ellos conocieron la propiedad, emiten un concepto sobre la generalidad de la finca y no sobre la zona en litigio, sin dar razón de su dicho. Es obvio que si ellos se retiraron de la región desde hace 8, 9 y 10 años y no saben siquiera a qué parte de la finca se concreta el litigio, mal podrían aseverar hechos relativos a la posesión material por parte de Valencia, sobre la faja de terreno en discusión”.

Conviene aclarar que la demanda de casación no formuló cargo ninguno contra la sentencia del Tribunal, en cuanto confirmó la de primera instancia que negó peticiones como la de declaratoria de prescripción adquisitiva ordinaria de dominio, solicitada por Valencia y que a ese aspecto sólo se refirió tangencialmente en el ataque que por error de hecho evidente hace a la sentencia en lo relativo a la apreciación de la cláusula 6ª de la escritura 72 de 1929, como elemento para la fijación de la línea. Y,

d) En la apreciación de los testimonios de Pastor Orozco y Miguel Angel Patiño, violando así los artículos 696 y 697 del C. J. y el artículo 900 del Código Civil.

* * *

Se considera:

El error de hecho evidente a que se refiere el artículo 520 del Código de enjuiciamiento civil, consiste en equivocación material u objetiva o en subjetiva también: se está frente al primer caso cuando se da por existente una prueba que no obra en autos o no se aprecia una que allí existe. Se está en el caso de apreciación subjetiva errónea cuando a la prueba existente se le atribuye valor contrario al de la evidencia de hechos que ella demuestra. Por eso, la Corte continuamente ha sostenido que "el error de hecho consiste jurídicamente en pasar por alto una prueba decisiva, como si no hubiera sido producida, o de estimarla en sentido contrario a la evidencia que ella ostente, abstracción hecha del mérito que la ley le confiere". (Nº 2.142, pág. 823).

El error evidente de hecho, en su caso, o el de derecho, en el suyo, en la apreciación de la prueba, es límite de la soberanía del fallador adquem. Si no extralimita o sobrepasa esa línea, la Corte no puede infirmar el fallo, porque la casación es un juicio sobre la sentencia frente a la ley sustancial, si de violación directa o indirecta se trata, o frente a la ley procesal, si es el caso de error **in procedendo**. Cuando irrumpe el hito que limita su campo de acción e incide en error evidente de hecho o de derecho en la apreciación de determinado medio probatorio, pierde el Tribunal su relativa soberanía y abre posibilidad para llegar a la casación a través de la cuestión de hecho que, de otro modo, no podría enfrentar la Corte. Pero el error de hecho evidente debe ser de inmediata consideración, perceptible sin mayor esfuerzo, resultado de una fácil y obvia comparación o balance, de lo cual aparezca haberse visto la prueba de modo contrario-evidente.

Se ataca la sentencia del Tribunal por error de hecho manifiesto en la apreciación de las escrituras 72 de 1929 y 358 de 1937, en cuanto se refiere a la demarcación del lindero de la controversia. Sucede que, según la escritura 72, la señora María Teresa Mejía vendió al señor Severo Sánchez un terreno por los linderos que trae dicha escritura y en cuanto se refiere concretamente a la línea del litigio, reza: "...hasta encontrar otro mojón de piedra que hay en la misma cuchilla, antes de llegar a la orilla de un monte; de éste, en línea recta, a una piedra bastante grande que se encuentra en la margen izquierda de la quebrada;...".

A su vez, por escritura 358 de 1937, Severo Sánchez vendió a Manuel Valencia M. el mismo inmueble, por estos linderos: "...Siguiendo en línea recta de para abajo hasta encontrar otro mojón de piedra que hay en la misma cuchilla, antes de llegar a la orilla de un monte; de éste en línea recta por la orilla de un potrero, a una piedra bastante grande que se encuentra en la margen izquierda de la quebrada...".

Por su parte, los peritos, con base en los títulos transcritos, fijaron la línea divisoria al practicar la diligencia respectiva en esta forma:

"De un mojón de piedra que hay en la misma cuchilla, antes de llegar a la orilla de un monte, de éste, en línea recta a una piedra bastante grande que encima hay un árbol carbonero marcado con una cruz. Dicha piedra se encuentra a la margen izquierda de la quebrada de "Limones". Y el Juez, previa identificación de los inmuebles, conocimiento de los mismos títulos y recepción de testimonios, la acogió en todas sus partes.

La simple transcripción de los linderos, no pone de manifiesto un error evidente, pues se usan en su casi totalidad los mismos términos en las dos escrituras citadas y en la diligencia de apeo, con la sola diferencia que en esta última se agregó una frase explicativa como es: "...en línea recta a una piedra bastante grande que encima hay un árbol carbonero marcado con una cruz".

Ha de tenerse en cuenta, además, que los testigos Orozco y Patiño, conocedores de la región, confirmaron que el verdadero lindero es el de la escritura 72.

Por no aparecer demostrado, por ningún concepto, el error de hecho evidente propuesto en la demanda de casación, se rechaza este cargo.

* * *

Error evidente de hecho en la apreciación de las escrituras 15 de 1954 y 603 de 1928.

Se considera:

Por escritura 603 de 28 de enero de 1928, la señora María Teresa Mejía vendió al señor Marco Hincapié M. el inmueble determinado en dicha escritura, y, por estos linderos en el punto materia del litigio: "...continuando por el lomo de la cuchilla abajo, hasta llegar a la orilla de un monte; de allí siguiendo la orilla del monte hasta un mojón que se colocará en la orilla de la quebrada 'Limonos';...".

Y por escritura 15 de 8 de enero de 1954, el señor Marco Hincapié Mejía vendió al doctor Sergio Mejía Jaramillo el mismo inmueble, por estos linderos en lo tocante al punto litigioso: "...continuando por el lomo de una cuchilla de para abajo, hasta llegar a la orilla de un monte; de aquí siguiendo por la orilla del monte hasta un mojón que se clavará a la orilla de la quebrada 'Limonos';...". El linderero acogido por el Juzgado y que antes se transcribió, es similar al de que hablan las escrituras anteriores, sin que pueda argüirse que, por el no uso de palabras idénticas y de locuciones gramaticales iguales, haya discrepancia entre ellos. Lo fundamental es que el linderero está determinado por una línea recta, localizada sobre hitos conocidos, como se lee en todos los títulos escriturarios, lo ratifican los peritos y testigos que concurren a la diligencia de apeo, que tiene como base de partida la orilla de un monte y va a dar a una piedra grande, en la margen izquierda de la quebrada "Limonos", sin que tenga importancia ninguna otra aclaración.

Por eso, no se acepta el cargo.

* * *

En relación con error de hecho evidente en la apreciación de la cláusula sexta de la escritura 72 de 1929, antes transcrita, como con buen entendimiento la apreció el Tribunal, su alcance tiene únicamente por objeto crear para una de las partes la obligación del sostenimiento de las cercas, sin que pueda deducirse de allí que tales obligaciones se cumplieron, mientras con otras pruebas no se acredite ese hecho, ni menos, y esto para referirse a la alegación tangencial sobre posesión, puede demostrarse ésta, mientras pruebas específicas no la acrediten fehacientemente.

Por lo demás, la cláusula 6ª, sólo impone la obligación de conservar una cerca, pero no fija linderos, pues eso se hizo en la parte anterior del título y no sería posible que en la misma escritura se fijasen linderos contradictorios.

* * *

Según viene dicho, la cláusula 6ª de la escritura 72 de 1929, impuso a Valencia M. la obligación del sostenimiento de las cercas en la parte que linda con la finca que fue de Marco Hincapié y hoy de Sergio Mejía Jaramillo, cercas fijadas al delimitar las propiedades. Por eso, los declarantes López Corrales, Puerta Correa, Puerta Tangarife y Rodas Cifuentes, de manera muy concreta afirman que las cercas fueron cuidadas por el señor Valencia M., hasta hace 8, 9 y 10 años, época a que se contraen sus declaraciones, sin que les conste más, en virtud de que después de ese tiempo, no volvieron a esos lugares. Por eso, igualmente afirman que no pueden dar razón de cómo estén las cosas para la época del litigio. El error de hecho evidente sería, exactamente el contrario, o sea, servirse de esas declaraciones para tener como cumplidos hechos relativos a una época pretérita, pero apreciados como suficientes para la época de la controversia.

Por eso, Mejía Jaramillo, demandante del juicio de deslinde, planteó su demanda (hecho 4º) sobre la base de haber sido movidas o cambiadas las cercas divisorias, con alteración de los linderos fijados en las escrituras, cuestión aclarada y patentizada en la diligencia de apeo y deslinde que puso de presente la realidad de los linderos.

Por tanto, se rechazan estos cargos.

* * *

El último error evidente de hecho, alegado por el recurrente, se refiere a la apreciación de los testimonios de Pastor Orozco y Miguel Angel Patiño, testigos que actuaron en la diligencia de deslinde y que, además, sirvieron por razón de su conocimiento de los terrenos para que peritos y Juez concluyeran por fijar la línea divisoria, como lo hicieron.

Fuera próspera esta acusación, si apareciera establecido que el Tribunal aceptó como valederas declaraciones contrarias al hecho físico sobre el cual declaran los testigos. Es decir, que el linderero de las propiedades, no es el que los testigos dicen conocer, sino otro. Las demás pruebas presentadas al juicio no ponen en contradicción, al contrario respaldan, las afirmaciones testimoniales. Por esto, no hay el error evidente con que se pretende quebrantar la sentencia recurrida.

No se acepta el cargo.

* * *

2º. ERROR DE DERECHO.—Sostiene el recurrente ser la sentencia del Tribunal violatoria de las disposiciones probatorias de los artículos 722, en armonía con el 721 del Código Judicial y del artículo 1.759 del Código Civil y del 900 de la

misma obra, y por eso, encuentra que se incurrió en "error de derecho en la apreciación del dictamen de los peritos de la diligencia. Folios 42 vuelto, cuaderno número 2. E incurrió en error de derecho en la apreciación de este dictamen, porque le dio valor de convicción sobre certeza en la línea de disputa, sin que los peritos dieran razón ni fundamento alguno para decir que la línea era la que terminaba en esa piedra bastante grande que se distinguía por el Algarrobo señalado por una cruz, árbol y cruz de que no habla ninguno de los títulos; cuando para dar algún fundamento a ese dictamen hubieran podido decir los peritos que esa piedra que en los títulos se enuncia como bastante grande y que aparecía coincidentalmente marcado con una cruz, la escogían como extremo de la línea, porque de entre todas las piedras grandes que se encontraban en la orilla izquierda de la quebrada, como de ordinario se encuentran, esa distinguida por el árbol de Algarrobo era precisamente la más grande; o porque llevando la línea de deslinde a esa piedra de Algarrobo la línea que partía del mojón de la cuchilla venía a correr por lo que debió ser la cerca medianera que conforme a la escritura 72 de 1929 existía ya entre las dos fincas, cerca medianera a cuyo sostenimiento debía concurrir, primero el señor Severo Sánchez, y desde luego después el señor Manuel Valencia, según la cláusula sexta de esa escritura".

El error de derecho en la apreciación de una prueba consiste, o en negarle el valor que la ley le dá o en atribuirle uno distinto al que ella le fija. En punto a dictámenes periciales el error de derecho consistiría en no atribuirle valor al concepto cuando lo tiene en virtud de su fundamentación, o, en fijarle un alcance diverso al que le otorgan las normas que regulan el valor de esa prueba. La apreciación de si un dictamen pericial está o no fundado, es aspecto que valora libremente el juzgador de instancia para aceptar o negar la fuerza probatoria de él. El error de derecho es cuestión íntimamente vinculada a la apreciación de la prueba; por eso, estimarla en más o apreciarla en menos, es error de valoración, contradicción entre la prueba y la norma.

El Tribunal, aceptó el concepto pericial en razón de los fundamentos que los expertos expu-

sieron para tener como cierto el lindero determinado por la escritura 72 de 1929, y la discrepancia conceptual o interpretativa expuesta en la demanda de casación, respecto a esto, no alcanza a demostrar que hubiesen sido violados los artículos 721 y 722 del Código Judicial por parte del fallador de instancia, pues el Tribunal aplicó los artículos citados, con fiel interpretación. El concepto pericial está debidamente fundado; los peritos compararon "todos los títulos que obran en este juicio y que hemos leído concientemente" y "hemos recorrido los linderos de ambos predios", de cuyas bases indujeron cuál debe ser la línea divisoria. Es decir, expusieron sobre hechos sujetos a los sentidos —evidencia externa—, sin lugar a la menor duda, por lo cual esta prueba, por ser uniforme, además, debe tenerse como plena. Y como así lo apreció el Tribunal, no incurrió en error de derecho y el cargo formulado en casación es inaceptable.

FALLO:

Por las razones anteriores, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el presente juicio ordinario de oposición a un deslinde, de Manuel Valencia M. contra Sergio Mejía Jaramillo.

No se causaron costas en el recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al Tribunal Superior de Pereira.

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco.

Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Ar-

turo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jor-

ge Soto Soto, Secretario.

LA AUSENCIA DE ABOGADO TITULADO. E INSCRITO QUE REPRESENTA AL ACTOR EN JUICIO SOBRE DECLARACION DE FILIACION NATURAL, CONSTITUYE ILEGITIMIDAD DE PERSONERIA DEL REPRESENTANTE O APODERADO DE DICHA PARTE. — QUIEN PUEDE PEDIR ESTA NULIDAD. — EL ARTICULO 12 DE LA LEY 45 DE 1936 NO ES UNA NORMA DE CARACTER SUSTANTIVO. — TECNICA DE LA CAUSAL 1ª — EL DOLO ENTENDIDO COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO EN UN ACTO JURIDICO Y EL QUE PUEDE REALIZARSE EXTRA CONTRACTUALMENTE, Y QUE DA SOLO LUGAR A INDEMNIZACION DE PERJUICIOS, NO PUEDE CONFUNDIRSE

1.—El principio de representación del actor por medio de abogado, consagrado en el artículo 12 de la Ley 45 de 1936, quedó ratificado en 1945 no sólo por el artículo 40 de la Constitución sino por el 14 de la Ley 69 del mismo año que dice: "Las regulaciones de la presente ley no implican modificaciones a ninguna otra ley que exija título de abogado para el ejercicio de cualquier acción".

La norma transcrita de la Ley 45 de 1936 ha sido comentada por la Corte así: "Si el requisito de la intervención de abogados titulados tiene el fin y sentido, como está espaciosamente consignado en los antecedentes de la Ley 45 de 1936, de una garantía de honestidad y de técnica jurídica que evite en lo posible el ejercicio temerario de la acción o su uso antisocial como medio de expoliación y de chantaje, garantía que el artículo 40 de la Constitución Nacional amplió a toda clase de litigios, no se ve razón para deducir la imposibilidad de revalidar la actuación pues los fines de la ley se realizan con la presencia en juicio de un abogado calificado que asuma la personería de la parte demandante... Si de esta manera no se burlan los fines sociales de la ley, resultaría exagerada la solución... de la insaneabilidad por omisión del requisito aludido, que en el campo de las nulidades de procedimiento hay que considerarla, como ya lo ha hecho esta Sala, como un caso de ilegitimidad de la personería adjetiva o manera de comparecer en juicio" (G. J., LXIV, pág. 368).

La doctrina se cita en este caso sólo para destacar los fines de la norma respectiva y cómo la Corte ha entendido que la ausencia de abogado inscrito que represente al actor

en los procesos sobre declaración de filiación natural, realmente constituye ilegitimidad de personería del representante o apoderado de dicha parte.

2.—Ha sido doctrina constante de la Corte la de que la nulidad por ilegitimidad de personería no puede ser propuesta sino por quien estuvo ilegítimamente representado, y no por otra de las partes.

3.—La norma del artículo 12 de la Ley 45 de 1936, no constituye ley sustantiva o sustancial, pues no reconoce derechos a los asociados, sino meramente establece requisitos sobre personería procesal, o sea que entroniza un caso de jus postulandi en esta clase de negocios, para los abogados titulados.

4.—Tratándose de violación indirecta de la ley, a través de pruebas equivocadamente apreciadas, el cargo no se ajusta a la técnica de casación cuando no indica la disposición sustancial infringida, que es requisito esencial en estos casos, sino únicamente menciona normas probatorias que se estiman transgredidas.

5.—No puede confundirse el dolo entendido como vicio del consentimiento en un acto jurídico (artículo 1.508) y el que puede realizarse extracontractualmente, y que da lugar sólo a indemnización de perjuicios.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, mayo once de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Hernando Morales M.).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la demandada Zoila Flórez de Fajardo contra

la sentencia del Tribunal de Pasto de 24 de enero de 1958, en el juicio ordinario promovido por Judith Ortega Flórez frente a Zoila Flórez de Fajardo y Luis Flórez.

Antecedentes.

Judith Ortega Flórez demandó a las indicadas personas para que se declarara que la demandante es hija natural de Segundo Flórez, fallecido en Sandoná el 1º de septiembre de 1953, "y como tal heredera abintestato de él, con derecho a recoger los bienes herenciales... con exclusión de los demandados, declarados herederos abintestato... en calidad de hermanos legítimos..."; y en consecuencia para que se condenara a los demandados a restituir a la actora los bienes de la herencia de Segundo Flórez, así como sus frutos naturales y civiles, "a partir de la notificación de la demanda".

Esta se funda en que la demandante fue reconocida como hija natural por Segundo Flórez, en cartas cuyas fechas se indican; en que, además, el presunto padre la trató como hija, privada y socialmente, proveyó a su subsistencia, educación y establecimiento, y la presentó a sus deudos y amigos en calidad de tal por más de diez años; en que los demandados, hermanos de Segundo Flórez, antes y después de la muerte de éste, también trataron a Judith como hija de aquél, y así la reconocieron en documentos públicos; y en que no obstante haberse celebrado una partición de bienes herenciales entre demandante y demandados, los últimos se han hecho reconocer judicialmente como herederos de Segundo Flórez, han inventariado los bienes sucesorales sin anuencia de Judith Ortega, y han realizado actos que perjudican la herencia, especialmente en cuanto a algunos bienes de ella o sus productos están corriendo peligró.

El demandado Luis A. Flórez contestó la demanda aceptando la primera y la segunda petición, aunque respecto a ésta advierte que no se halla poseyendo indebidamente bienes de la herencia de Segundo Flórez, y oponiéndose a la condena en costas, solicitada en el libelo, precisamente por la actitud asumida en relación con éste. En cambio, Zoila Flórez de Fajardo se opuso a todas las peticiones de la actora y propuso las excepciones que denomina "improcedencia de la acción; carencia de interés en el juicio; ilegitimidad de personería; transacción; carencia de acción contra los demandados, y en general, todo hecho que se demostrare y en virtud del cual hu-

biere terminado la justificación en causa, el interés económica de la demandante y en general las obligaciones de la parte demandada, en la suposición de que alguna vez hubiesen existido".

La primera instancia culminó con sentencia de 15 de julio de 1957, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto, la cual declaró no probadas las excepciones propuestas por Zoila Flórez de Fajardo, reconoció a Judith Ortega Flórez el carácter de hija natural de Segundo Flórez, y por lo mismo "como heredera abintestato del causante, con derecho a recoger los bienes herenciales, de toda especie, con exclusión de los demandados"; condenó a éstos a restituir a la actora los bienes de la herencia de Segundo Flórez con sus frutos naturales y civiles "a partir de la notificación de la demanda", e impuso las costas a Zoila Flórez de Fajardo en virtud de su oposición.

Apelado por ella el fallo, el Tribunal Superior de Pasto terminó la segunda instancia en sentencia que confirmó la anterior, con costas para la apelante.

El recurso.

Seis cargos formula el recurrente, los cuales se examinarán en orden lógico para cumplir lo preceptuado en el artículo 537 del C. J.

Cargos Tercero. Primero y Segundo.

El tercer cargo se apoya en el numeral 6º del artículo 520 del C. J., y consiste en que se ha producido la causal 2ª de nulidad prevista en el artículo 448 de la misma obra, o sea "la ilegitimidad de personería en cualquiera de las partes, o en quien figure como su apoderado o su representante".

Se basa la causal en que la parte actora ha estado apersonada en el proceso por abogado cuya calidad de titulado no existe, o no está demostrada oportunamente.

Se considera:

Ante el Juzgado de la primera instancia Judith Ortega Flórez confirió poder al doctor José Elías Dulce, a fin de que promoviera el presente proceso, cuyo objeto principal es la declaración de filiación natural de la actora respecto a Segundo Flórez. En el auto admisorio de la demanda se reconoció la representación mencionada, aunque realmente no existe el informe secretarial respecto a la calidad de abogado diplomado de la persona a quien se otorgó la referida represen-

lación judicial, omisión por la cual se llama la atención a dicha oficina, ya que es deber de la Secretaría rendir en oportunidad tal clase de informes para que el Juez tenga ocasión de proveer sobre la calidad de quien figura como apoderado, máxime en casos como el presente en que la ley exige no sólo el carácter de abogado, sino que éste sea titulado.

El Tribunal, en vista de que tal punto fue planteado por la apelante, consideró que no existía vicio procesal alguno, por razones que la sentencia trae, la principal de las cuales es que "en el libro de matrículas del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, se encuentra la inscripción del abogado doctor José Elías Dulce, en su calidad de abogado titulado, en la partida 149 del folio 23". Es decir, que el Tribunal officiosamente examinó en sus libros la inscripción del abogado demandante y con base en ello encontró acreditada la calidad de aquél para el presente negocio.

El artículo 12 de la Ley 45 de 1936 dice, en su segundo inciso: "Las acciones judiciales dirigidas a obtener que se declare la filiación, se surten precisamente por medio de abogado titulado, salvo cuando las siga el Ministerio Público".

Este principio de representación del actor por medio de abogado, quedó ratificado en 1945 no sólo por el artículo 40 de la Constitución sino por el 14 de la Ley 69 del mismo año que dice: "Las regulaciones de la presente ley no implican modificaciones a ninguna otra ley que exija título de abogado para el ejercicio de cualquier acción".

La norma transcrita de la Ley 45 de 1936 ha sido comentada por la Corte así: "Si el requisito de la intervención de abogados titulados tiene el fin y sentido, como está espaciosamente consignado en los antecedentes de la Ley 45 de 1936, de una garantía de honestidad y de técnica jurídica que evite en lo posible el ejercicio temerario de la acción o su uso antisocial como medio de expoliación y de chantaje, garantía que el artículo 40 de la Constitución Nacional amplió a toda clase de litigios, no se ve razón para deducir la imposibilidad de revalidar la actuación pues los fines de la ley se realizan con la presencia en juicio de un abogado calificado que asume la personería de la parte demandante... Si de esta manera no se burlan los fines sociales de la ley, resultaría exagerada la solución... de la insaneabilidad por omisión del requisito aludido, que en el campo de las nulidades de procedimiento hay que considerarla, como ya lo ha

hecho esta Sala, como un caso de ilegitimidad de la personería adjetiva o manera de comparecer en juicio" (G. J. LXIV, pág. 368).

La doctrina se cita en este caso sólo para destacar los fines de la norma respectiva y cómo la Corte ha entendido que la ausencia de abogado inscrito que represente al actor en los procesos sobre declaración de filiación natural, realmente constituye ilegitimidad de personería del representante o apoderado de dicha parte.

Sin necesidad de entrar en otros aspectos del problema, es evidente que en el presente asunto no puede prosperar el cargo, porque él se ha planteado por parte que carece de interés en proponerlo. Efectivamente, la doctrina de esta Corporación ha sido constante en el sentido de que la nulidad por ilegitimidad de personería no puede ser propuesta sino por quien estuvo ilegitimamente representado, y no por otra de las partes.

La Corte dice:

"Enseña el artículo 457 del Código Judicial que la parte que no fue legalmente notificada o emplazada o que no estuvo debidamente representada en el juicio, puede pedir, por vía ordinaria, que se declare la nulidad de éste, o puede oponer la causal como excepción cuando se trate de ejecutar la sentencia.

"Como se ve, el derecho de accionar o de excepcionar con base en la nulidad del juicio por los motivos indicados, no corresponde a cualquiera de los actores, sino privativamente a la parte ilegalmente notificada o emplazada o indebidamente representada. Es el interesado mismo quien puede alegar esos motivos de nulidad, y no su contraparte.

"Si tal personería se exige para promover el juicio por vía ordinaria y para oponer la excepción cuando se trata de ejecutar la sentencia, la misma personería debe exigirse para alegar en casación nulidad del juicio con apoyo en los referidos hechos, pues no se ve razón para que tan sabias normas dejen de aplicarse en el recurso de casación. En este sentido se ha pronunciado reiteradamente la jurisprudencia de la Corte" (Casación, julio 6 de 1936, tomo XLII, y 2 de mayo de 1941. G. J. número 1.971, página 246).

El primer cargo radica en la violación del artículo 12 de la Ley 45 de 1936, por infracción directa, es decir, através de la primera causal del artículo 520 del Código Judicial, y las razones son las mismas presentadas para respaldar el cargo que se acaba de desechar. Para obrar en igual forma respecto al que ahora se resume,

basta decir que la norma legal en cita no constituye ley sustantiva o sustancial, pues no reconoce derechos a los asociados, sino meramente establece requisitos sobre personería procesal, o sea que entroniza un caso de **jus postulandi** en esta clase de negocios, para los abogados titulados.

El segundo cargo se aduce con fundamento en interpretación errónea de la prueba de la calidad de abogado titulado del apoderado de la demandante, la cual refluye en infracción del mismo artículo 12 de la Ley 45 de 1936, pues, según el recurrente, no existe en los autos el medio probatorio que demuestre tal calidad, y sin embargo la sentencia la encontró acreditada sin dicha prueba y en últimas la consideró suficiente con base en las simples afirmaciones del Tribunal.

Si no se pierde de vista que la primera causal de casación prevista en el artículo 520 del Código Judicial implica en todo caso violación de ley sustantiva, sea directamente o en forma indirecta a través de falsa apreciación de determinada prueba, es claro que para rechazar el cargo existen las mismas razones que para desechar el anterior.

Cuarto Cargo.

Se aduce con base en "la interpretación errónea de las pruebas, ya en cuanto al fondo mismo del negocio...". Critica el recurrente el dictámen pericial que conceptúa que la firma de Segundo Flórez que figura en las cartas a Judith Ortega Flórez de fechas 15 de diciembre de 1935, 2 de septiembre de 1939 y 10 de octubre de 1947, que sirvieron al Tribunal para declarar la filiación con fundamento en la causal 3ª del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 no puede hacer prueba, pues el cotejo de letras "debe ser dirigido por el Juez", y en este caso no hubo siquiera inspección ocular, sino que los peritos obraron por su cuenta al examinar otras firmas de Flórez puestas en los documentos que relacionan en el concepto. Por esta razón, la demanda de casación indica como violados los artículos 723 y 726 del C. J.

Además, dice que hubo violación de los artículos 696 y 697 de la misma obra por cuanto la sentencia apreció erróneamente las declaraciones o testimonios producidos, pues "no hay dos siquiera que estén acordes con el hecho y circunstancias que lo hubiesen acompañado". Agrega que el Tribunal no tuvo en cuenta la tarifa legal de pruebas "y en tal virtud se traen como demostración del reconocimiento la declaración del padre Luis Rodríguez, la de un señor Brand, etc.

etc., cuando todos hablan de palabras o manifestaciones producidas en tiempos diferentes". Por último dice: "Como se habla de una escritura de reconocimiento por parte de Zoila Flórez, ya se indicó cómo no puede tenerse por tal, dadas las circunstancias en que se produjo; y a lo sumo indicaría una transacción que tampoco ha querido declarar la sentencia".

Se considera:

El cargo no se ajusta a la técnica de casación, porque tratándose de violación indirecta de la ley, a través de pruebas equivocadamente apreciadas, no se indica la disposición sustancial infringida, que es requisito esencial en estos casos, sino únicamente se mencionan normas probatorias que se estiman transgredidas. La Corte ha dicho: "Dentro del mecanismo técnico de la causal 1ª de casación, cuando la violación de la ley proviene de apreciación errónea de pruebas, podría llamarse a la del correspondiente artículo que fija el mérito probatorio **violación medio**, porque de ella una vez demostrada, hay que deducir todavía el quebrantamiento de la que propiamente llama el artículo 520 del Código Judicial ley sustantiva, y que es único motivo que da acceso a la casación" (G. J. N.º 2.089 a 2.091, página 528).

Por tanto se desecha el cargo

Cargo Quinto.

Violación del artículo 1.516 del Código Civil, sin decir el sentido de ella, y la cual explica así:

"La sentencia se basa en el dolo producido por parte de Luis Flórez al hacerse titular de los derechos hereditarios de la presunta hija natural, llamada Judith Ortega, con lo cual perjudicó notablemente en sus intereses a su hermana Zoila Flórez de Fajardo, la cual sufrió todas y cada una de las consecuencias que se derivan de la doble personalidad, si se me permite, ejercida a través del juicio por Luis Flórez, actuando como heredero directo del causante, para aceptar la demanda de filiación natural incoada por la persona a quien le había comprado sus derechos previamente, contra el mismo y contra mi poderdante, quienes habían sido reconocidos herederos y tenían por consiguiente personería suficiente para representar a la sucesión".

Se considera:

La sentencia se funda principalmente en que las cartas antes mencionadas, o sea las dirigidas por Segundo Flórez a la demandante, en las que en forma expresa le asigna el título de hija y él

asume el de padre en varios y diversos pasajes, constituyen un acto de reconocimiento de la paternidad natural, ya que contienen confesión inequívoca de ésta. En efecto, el Tribunal dice: "En el texto formal de las cartas está la confesión precisa, formal y seria de la paternidad". Si bien tales misivas fueron objetadas por la demandada Zoila Flórez de Fajardo, para que quien las presentó, o sea la actora, probara su legitimidad, al tenor del artículo 640 del Código Judicial, la prueba correspondiente la encuentra el fallo en primer término en el dictámen grafológico de los peritos, que no fue objetado y cuya conclusión uniforme es la siguiente: "Por lo anterior afirmamos que las firmas y rúbricas que se encuentran en las cartas dirigidas a Judith Ortega (folios 7, 8 y 9, cuaderno 1º), son del puño y letra de Segundo Flórez" y "las firmas de las cartas que nos ocupan son las auténticas firmas de Segundo Flórez, las mismas que usaba en sus actos públicos y privados, pues no se ve por ninguna parte imitaciones ni calcos".

Mas no sólo considera la sentencia que dicho medio sea el que acredita la filiación derivada de las cartas, pues el reconocimiento complementa para los fines probatorios con una serie de indicios que son: el propio resultado del cotejo; el reconocimiento privado de Segundo Flórez de ser Judith Ortega su hija natural, que deduce de las declaraciones de varios testigos en cita; la confesión del demandado Luis A. Flórez, y el reconocimiento de la demandada Zoila Flórez en escritura número 361 de 16 de octubre de 1953 de la Notaría de Sandoná en la que aparece una partición extrajudicial de los bienes de Segundo Flórez realizada por la demandante y los demandados, y en la cual a la primera se le admite como hija natural del causante y, por tanto, su heredera.

No se invoca, pues, la admisión de la demanda por parte de Luis Flórez como base del reconocimiento, ya que este aspecto se menciona sólo como uno de los indicios accesorios.

Pero hay algo más: el artículo 1.516 del Código Civil que se dice infringido expresa: "El dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás debe probarse". No puede confundirse el dolo entendido como vicio del consentimiento en un acto jurídico (artículo 1.508) y el que puede realizarse extrcontractualmente, y que da lugar sólo a indemnización de perjuicios, de modo que aún suponiendo que la sentencia descansara en la cesión de derechos herenciales de Judith a Luis Flórez,

la que ni siquiera menciona y tampoco aparece en autos, o en la aceptación de la demanda por el último, lo cual no es evidente, como se acaba de explicar, el precepto legal a que alude el recurrente es extraño a este asunto. en que el cargo pretende fundarse en la actitud tomada por el demandado Luis Flórez en este proceso civil. Pero si así no fuera, se anota que debiéndose en todo caso demostrar el dolo, el cargo en casación a este respecto no podría ser por violación directa, sino indirecta a través de la prueba respectiva, aspecto que no menciona el recurrente.

Lo dicho es suficiente para hallar infundado el cargo.

Cargo Sexto.

Se plantea así:

"El dolo, la mala fé con que obró Luis Flórez al no oponerse al reconocimiento de la supuesta hija natural, además de perjudicar a mi poderdante, no la obliga, y en cambio constituye un vicio en el consentimiento por ella expresado al repartir los bienes según lo expresado en el hecho señalado con el número 4º de esta demanda, porque ella carecía del conocimiento de toda la serie de actuaciones fraudulentas ejecutadas por el demandado Luis Flórez en convenio con la demandante Judith Ortega, en el juicio de filiación natural, y por lo tanto tal contrato no la obliga sino que carece de causa real y lícita con lo cual se violó el artículo 1.524 del C. C."

Ya se dijo que la sentencia no se apoya solamente en la escritura que contiene la partición de bienes de Segundo Flórez y que se mencionó al estudiar el cargo anterior, sino que ella constituye apenas uno de los indicios complementarios a la prueba que surge de las cartas varias veces aludidas. Además, al referirse el Tribunal a aquél instrumento no lo hace por su contenido mismo, sino en cuanto tal escritura expresa bajo la firma de Zoila Flórez que Judith Ortega es hija natural de Segundo Flórez, es decir, que tiene en cuenta como hecho indicador la aceptación que la primera hizo ante notario de la calidad de la segunda. Así las cosas, no tiene relación con el fallo que la partición carezca o no de causa real y lícita, máxime cuando no se ha comprobado que hubiera sido objeto de anulación por dicho motivo o por cualquier otro.

Así, mal pudo haber violación directa de la norma referida, por lo cual se desecha el cargo.

Se anota, por último, que la invocación que hace el recurrente al final de su escrito sobre que

"se tengan en cuenta los artículos 1.759, 1.769 del Código Civil, cuyo espíritu considero violado por el fallador al analizar la prueba allegada al juicio", aun suponiendo, con la mayor amplitud, que constituya un cargo a la sentencia, es evidente que carece de asidero legal, pues la violación alegada no podría considerarse sino a través de interpretación errónea, la cual sólo puede presentarse en forma directa y no a través de errónea apreciación de pruebas; pero si así no fuera, ocurre que no se habrían indicado los medios probatorios que dieron lugar al error, ni si fue de hecho o de derecho, elementos indispensables para que una acusación de esta índole pueda examinarse. Además, se recuerda que no es posible fundar en casación cargo por violación indirecta con apoyo en apreciación equivocada de la prueba en general, pues en estos casos, conforme al segundo inciso del numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial, se hace necesario expresar cuál fue el medio que dio margen a la equivocación, ya que tal precepto habla de error en la apreciación de "determinada prueba".

Y si todo ello no fuera suficiente, se anota que las disposiciones mencionadas por el recurrente se refieren, la primera al valor probatorio del instrumento público y la segunda al de la confesión, de manera que constituyen preceptos mera-

mente probatorios, y ya se expuso al desechar el cuarto cargo, cómo no es suficiente en estos casos citar las normas de dicho linaje, sino que se requiere mencionar aquéllas que tengan carácter sustancial, que son las que dan entrada al recurso extraordinario de casación, por la primera causal.

Resolución.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Pasto el veinticuatro de enero de mil novecientos cincuenta y ocho.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco.
Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge Soto Soto, Secretario.

DOCTRINA PERMANENTE DE LA CORTE HA SIDO LA DE SOSTENER LA VALIDEZ DEL ACTO JURIDICO TRASCENDENTAL DEL TESTAMENTO, FUNDADA EN EL PRINCIPIO DE QUE ES NECESARIO RESPETAR LA ULTIMA VOLUNTAD DEL TESTADOR Y DE QUE TODO ACTO TESTAMENTARIO LLEVA LA PRESUNCION DE SU VALIDEZ. — FACTORES CONCURRENTES PARA DECLARAR LA NULIDAD DE UN ACTO TESTAMENTARIO. — LA DEMOSTRACION DE UN ESTADO PSICICO ANORMAL, DE CARACTER PERMANENTE, QUE INHIBA A UNA PERSONA PARA TODO ACTO JURIDICO, ES UNA CUESTION EXCLUSIVAMENTE CIENTIFICA QUE SOLO PUEDEN DETERMINAR LOS EXPERTOS EN LA MATERIA Y DE ACUERDO CON LAS FORMULAS O NORMAS LEGALES. — LIMITE DE LA AUTONOMIA DE LOS TRIBUNALES EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS. — INTERPRETACION Y ALCANCE DEL ARTICULO 1.060 DEL C. CIVIL. — FACULTAD DE DELEGACION DEL TESTADOR EN UN ASIGNATARIO PARA LA ESCOGENCIA DE ESPECIES. — SENTIDO DEL ART. 1255 IBIDEM

1.—La doctrina permanente de esta Corporación ha sido la de sostener la validez del acto jurídico trascendental del testamento fundada en el principio de que es necesario respetar la última voluntad del testador y de que todo acto testamentario lleva la presunción de su validez. Sólo por excepción, cuando por omisión de solemnidades esenciales de forma, o porque se demuestre de una manera plena, algunas de las inhabilidades para testar consagradas de una manera taxativa por la ley se puede declarar la nulidad de un acto testamentario, todo lo cual no ocurre de ordinario.

Se necesita para la validez de un testamento que el testador tenga mente sana, según expresión de los expositores, cuando otorga su testamento y de ahí el numeral 3º del artículo 1.061 del Código Civil, que declara inhábil para testar al que no estuviere en sano juicio por ebriedad u otra causa y ésta puede ser proveniente de una perturbación psíquica, sea pasajera, o habitual o permanente.

Pero este último extremo, la comprobación del estado psíquico del testador, que lo inhabilita para otorgar su testamento o un acto jurídico, es hoy una cuestión meramente técnica que depende generalmente de los dictámenes de la ciencia a través de un peritaje y tal peritaje debe ser producido, de la manera como la ley lo señala, señalamiento que hace de una manera taxativa.

Cuando se ataca un testamento o un acto jurídico en general por causa de demencia o perturbación psíquica de quien lo otorga o lo ejecuta se consideran dos hipótesis: a) Que quien otorga el testamento o concurre a otro acto jurídico, esté en interdicción por causa de demencia; b) Que no estándolo no tenga mente sana en el momento de comparecer al acto jurídico.

En la primera hipótesis puede suceder que quien ejecuta un acto jurídico no esté en ese acto privado de razón, sino en el pleno ejercicio de sus facultades mentales, pero como se halla bajo el decreto de interdicción, este decreto incide en todos sus actos, que los considera nulos mientras él rija. En la segunda, se presume la habilidad legal del que ejercita un acto jurídico y es necesario entonces destruir esa presunción por los medios legales adecuados.

En otros términos, en la primera hipótesis existe la presunción de inhabilidad que no puede desvirtuarse mientras rija el decreto de interdicción; en el segundo caso, se presume la habilidad legal del que ejercita un acto jurídico mientras no se desvirtúe plenamente esa habilidad.

Vale la pena observar que para casos tan delicados, como los que versan sobre la aptitud mental de los individuos, la ley ha sentado el principio del reconocimiento directo del paciente por los médicos, por tres veces consecutivas, principio consagrado en el artículo 820 del Código Judicial, por

donde se ve que es el examen y es la percepción directa sobre el paciente, en todo caso, la base fundamental de un dictamen sobre incapacidad mental de una persona.

Con respecto a los artículos 721 y 722 del mismo estatuto, ha dicho la Corte, que esas normas "no establecen la imperativa aceptación mecánica por parte del Juez, del dictamen uniforme de los peritos, sino que es indispensable que esté debidamente fundamentado y que en la apreciación de esta última condición que es la esencial de la prueba pericial, es donde tiene oportunidad y manera de verificarse y justificarse la facultad judicial de apreciación del dictamen de los expertos, aunque sea uniforme y aparezca fundado, para decidir si está fundado debidamente".

La calificación de la capacidad o incapacidad mental de una persona es hoy sobre todo una cuestión absolutamente técnica y científica. Ella no se demuestra con declaraciones de testigos, sino que es necesario el experticio del caso o sea el dictamen de médicos especializados en la materia. La apreciación de unos testigos es meramente subjetiva y empírica; y para llegar ellos a la conclusión de que una persona tiene o no capacidad mental, es sana o no de espíritu, no basta la apreciación de personas ajenas a la ciencia médica o a la psiquiatría. De ahí que sea frecuente la diversidad de testimonios cuando se trata de la capacidad o incapacidad mental de una persona, porque cada testigo declara no basado en principios científicos, sino en su concepto meramente ocasional o subjetivo.

Aún más, pueden existir ciertas debilidades mentales, ciertas enfermedades que causen perturbación psíquica en una persona, transitoria o permanente y que sin embargo, según expertos en psiquiatría, no los inhabilita para la realización de los actos jurídicos. La demostración de un estado psíquico anormal, de carácter permanente que inhiba a una persona para todo acto jurídico, es una cuestión exclusivamente científica, que sólo pueden determinar los expertos en la materia y de acuerdo con las fórmulas o normas legales.

2.—El Tribunal goza de libertad de criterio para estimar las pruebas aportadas a los autos, según las reglas de la sana crítica y la tarifa legal y tal apreciación o valoración

de los tribunales es intocable en casación y sólo hay lugar a nueva calificación probatoria en el caso de error de hecho manifiesto o de error de derecho.

3.—Es verdad, que el artículo 1.175 del Código Civil, subrogado en su primer inciso por el artículo 29 de la Ley 57 de 1887, rige sólo para los legatarios y de allí que tal norma se halle incorporada en el Título IV Capítulo VI del Libro III del Código Civil, que regula lo tocante a las asignaciones a título singular.

El artículo 1.060 del Código Civil, consagra un principio o una regla general, a saber: que la facultad de testar es indelegable. Y rige para todo asignatario, llámese heredero o llámese legatario. Tal principio o regla abolió el llamado antiguamente testamento comisorio, en el cual se podía delegar a una persona la facultad de testar por ella.

Los doctrinantes y comentadores de nuestro derecho civil, al fijar el alcance del precitado artículo 1.060 del Código Civil, consideran con razón, que dada la trascendencia jurídica y patrimonial del acto testamentario, su carácter esencialmente personal y la circunstancia de ser la facultad de testar, como dice Grotius, un derecho natural inalienable, bien está que la ley en forma perentoria prohíba delegar aquella facultad.

Pero una cosa es el testamento en sí, o sea, el acto más o menos solemne, en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días, como lo define el artículo 1.055 del Código Civil, y otra cosa es su contenido, o sea el conjunto de sus cláusulas dispositivas, por medio de las cuales y sin que ello implique delegación alguna de la facultad de testar, puede el testador conferir a alguno de sus asignatarios ciertas facultades relacionadas con los bienes sucesorales, así como puede delegar también determinadas atribuciones a su albacea o ejecutor testamentario.

El principio general que gobierna entre nosotros el fenómeno jurídico de la sucesión es el siguiente: el juzgador debe respetar la voluntad del causante, no pudiendo cambiarla, sino cuando abiertamente pugna con las disposiciones que rigen la materia.

Lo dicho anteriormente, viene a corroborar

rar la tradicional doctrina de la Corte armónica con el principio de la libertad de testar, que desde luego no es absoluta, pues tiene como límite lo que toca con las asignaciones forzosas, las cuales, en ningún caso, pueden ser afectadas por el testador. Oportuno resulta transcribir aquí el pensamiento autorizado del expositor chileno, Barros Errázuris, quien dice lo siguiente:

“Don Andrés Bello, redactor del Código Chileno, era partidario de la libertad de testar, pero encontró resistencia para la implantación de ese sistema. En su proyecto primitivo trató siquiera de suprimir el tercio de mejoras que existía en el antiguo derecho español, para dejar así mayor libertad al padre de familia. Nuestro Código (que es el mismo colombiano) optó por el sistema de la división forzosa, combinado con la libertad de hacer ciertas mejoras, en el orden de los descendientes legítimos y de disponer libremente de una parte del patrimonio y estableció lo que se llaman las asignaciones forzosas, siendo éstas las que el testador está obligado a hacer y que se cumplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus decisiones testamentarias expresadas” (Derecho Civil, 4ª Edición, pág. 229).

El artículo 1.255 del Código Civil se refiere en forma especial y concreta a las legítimas. Sus términos limitativos no permiten aplicar dicha norma por analogía, ni menos aún, generalizar la prohibición con el fin de hacerla extensiva a situaciones o modalidades jurídicas distintas al caso previsto en el referido artículo.

Carece de consistencia el argumento basado en la suposición de que al aceptarse la tesis de que el testador pueda delegar en un asignatario la escogencia de especies, éste puede hacerlo lesionando a los demás herederos, especialmente cuando se hubiese hecho un avalúo desproporcionado e inequitativo de los bienes sucesorales; porque sobre una mera hipótesis o simple conjetura no puede fundarse sólidamente una doctrina jurídica. Al sentenciador corresponde resolver las controversias sometidas a su decisión, situándose dentro del marco de la realidad objetiva del derecho. Sus sentencias, como lo prescribe expresamente el artículo 471 del Código Judicial, no pueden tener fundamentos distintos a los ordena-

mientos jurídicos de la ley, y es por ello, que el mencionado artículo exige al fallador expresar las disposiciones legales que sirven de soporte a su fallo.

El riesgo consistente en la eventual lesión que pueden sufrir algunos de los herederos cuando la facción de inventarios y avalúos de los bienes relictos se ha hecho en forma inequitativa e irregular, está conjurado por la misma ley, al brindarle al lesionado los medios procesales adecuados, o bien para que objete la partición dentro de los términos prescritos por el artículo 964 del Código Judicial, o bien para que promueva la acción rescisoria expresamente consagrada en el artículo 1.405 del Código Civil.

Si bien es cierto que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.392 del Código Civil, “el valor de tasación por peritos será la base sobre que procederá el partidor para la adjudicación de las especies”, ello no quiere decir que tal avalúo deba ser la norma, cuando dentro de las acciones a que se ha hecho referencia, la parte que impugna la partición demuestre en forma eficaz y por los medios probatorios adecuados que en los avalúos se cometieron por ignorancia o por convenios o actuaciones ilícitas graves errores o equivocaciones lesivas de los derechos y de las asignaciones patrimoniales de los respectivos herederos o asignatarios.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, mayo trece de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Ignacio Escallón).

ANTONIO ISAZA LLANO, demandó por medio de apoderado a la señora Adela Escobar viuda de Isaza, a Eduardo Isaza Llano y a las demás personas naturales y jurídicas, beneficiadas con el testamento del señor José Manuel Isaza para que se hicieran, con su citación y audiencia y previos los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía las siguientes declaraciones:

Primera.—Que es nulo de nulidad absoluta por causa de demencia del testador, o por falta de consentimiento por incapacidad legal, el testamento otorgado por José Manuel Isaza ante el Notario 3º del circuito de Medellín, el día 11 de junio de 1947, que se declaró abierto por el Juez 5º Civil del Circuito también de Medellín.

Segunda.—Que como consecuencia de la anterior declaración el acervo sucesoral dejado por

el señor José Manuel Isaza debe repartirse entre sus herederos abintestato, de acuerdo con las disposiciones legales.

Subsidiariamente, para que se declare que es nula la disposición de dicho testamento en la que expresa que su esposa queda facultada para elegir los bienes en que haya de hacérsele las adjudicaciones y como consecuencia, se declare que el testamento queda reformado en ese sentido.

El Juez del conocimiento dictó sentencia de primer grado con fecha 28 de enero de 1955, en la cual declaró la nulidad absoluta del testamento otorgado por José Manuel Isaza por causa de demencia de éste y como consecuencia sentenció que los bienes dejados por el señor Isaza deben repartirse entre los herederos abintestato de dicho causante de acuerdo con las disposiciones legales.

Apelada esta sentencia por ambas partes, el Tribunal Superior de Medellín, en fallo de 28 de octubre de 1955 revocó la sentencia del inferior y decidió que no es el caso de hacer ninguna de las declaraciones principales contenidas en la parte petitoria de la demanda, pero declaró nula de nulidad absoluta la parte correspondiente a la cláusula 6ª del testamento, donde delega el testador a su esposa Adela Escobar de Isaza, la facultad de elegir entre los bienes que dejara el causante aquellos en los cuales debe pagársele la asignación que se le hace en la mencionada cláusula 5ª.

Los apoderados de ambas partes interpusieron recurso de casación, el cual les fue concedido y es hoy el caso de decidirlo.

ANTECEDENTES

Para mayor claridad cree la Corte oportuno señalar algunos de los antecedentes de este litigio.

El señor José Manuel Isaza contrajo matrimonio con doña Manuelita Llano en 1882 en Salamina, y de ese matrimonio nacieron los siguientes hijos: Néstor, Eduardo, Clímaco, Sofía, Antonio, Laura, Rosa María, Inés, Elvira y Adela Isaza Llano.

Doña Manuela Llano falleció en Medellín el 19 de enero de 1945 y pocos meses después don José Manuel Isaza contrajo matrimonio en Salamina con la señorita Adela Escobar, el cual se llevó a cabo el primero de mayo de 1945.

El 11 de junio de 1947 el señor José Manuel Isaza extendió y firmó en Medellín su testamento cerrado, el cual fue abierto previa la observancia

de las prescripciones legales, testamento que dice así:

"Yo, José Manuel Isaza, hallándome en mi entero juicio, he resuelto por mi espontánea voluntad otorgar testamento secreto como en efecto lo hago en la siguiente forma: Primero. Soy natural del Municipio de Sonsón y vecino del de Medellín, ambos del departamento de Antioquia, en la República de Colombia, nación a que pertenezco. Tengo ochenta y dos años de edad cumplidos. Estoy casado en segundas nupcias con la señora Adela Escobar de quien no tengo hijos. En primeras nupcias contraí matrimonio con la señora Manuelita Llano de quien tuve los siguientes hijos que viven: Antonio, Néstor, Eduardo, Clímaco, Sofía, Laura, Rosa María, Inés, Elvira y Adela. La sociedad conyugal que tuve con esta mi primera esposa al disolverse se liquidó y se verificó la correspondiente partición y adjudicación de bienes, por lo cual los bienes que hoy poseo están desligados de la mencionada sociedad. Segundo.—La mitad de mis bienes se repartirá por iguales partes entre todos mis hijos. Tercero. Es mi voluntad que la cuarta de mejoras se divida en diez (10) cuotas iguales de las cuales corresponderá una décima a cada uno de mis siguientes hijos: Antonio, Sofía, Rosa María, Elvira, Laura, Inés y Adela; una décima para mis nietos José Manuel, Horacio y Fernando, hijos de mi hijo Néstor y de la señora Paulina Jaramillo; otra décima que se distribuirá por partes iguales para mis nietos Angela y Blanca Beatriz, hijas de mi hijo Eduardo y de la señora Julia Londoño; y la décima restante para repartir por iguales partes entre mis nietos Oscar, Aura, Amanda, Jorge y Nora, hijos de mi hijo Clímaco y de la señora Ester Isaza. Cualquiera de mis siete hijos nombrados en esta cláusula que promoviere pleito en mi juicio de sucesión perderá la décima que se le asigna de mejora, lo cual aumentará la mitad de mi haber de que trata el ordinal segundo. Igualmente si el que promoviere el pleito fuere el padre de alguno de mis nietos a quienes mejoro, éstos perderán la mejora que les hago y esa mejora aumentará la legítima. Cuarto.—Es mi voluntad que para cubrir el valor de las mejoras que hago a mis nietos ya nombrados, en la diligencia de partición y adjudicación, se les adjudique a los mismos sendos derechos en los bienes raíces ubicados en el Municipio de Medellín. Si no existieren estos bienes, los derechos mencionados se adjudicarán preferencialmente en el orden siguiente: en la finca "La Sonora" del Municipio de Marulanda: en la finca

"La Frisolera" del Municipio de Salamina y en la finca "La Violeta" del Municipio de Pácora. Estos derechos se adjudicarán y así ha de quedar constancia clara en las hijuelas respectivas, con la expresa condición de que ninguna persona, ni los representantes de mis nietos mejorados ni éstos mismos los podrán enajenar, hipotecar o gravar en ninguna forma hasta que los asignatarios cumplan cada cual para poder vender, veintiún años. Si se violare esta cláusula por cualquier motivo, los derechos respectivos volverán al acervo común y los herederos de que hablo en la cláusula segunda podrán ejercitar las acciones respectivas. El usufructo de esos derechos pertenecerán a los asignatarios. Quinto.—De la cuarta de libre disposición dispongo así: lego a Carmen Taborda, mi sirvienta, quinientos pesos (\$ 500.00); lego a Mercedes Isaza de Álvarez, mi hermana, trescientos pesos (\$ 300.00); a Enrique Escobar E., mi cuñado, dos mil pesos (\$ 2.000.00); a la Sociedad de San Vicente de Paúl de Medellín, mil pesos (\$ 1.000.00); para el Asilo de Salamina, seiscientos pesos (\$ 600.00); para la Iglesia de la Milagrosa en la parte alta del barrio Quijano de esta ciudad de Medellín, doscientos pesos (\$ 200.00); para el Colegio Pío XII de Salamina, trescientos pesos (\$ 300.00); y para sufragios por mi alma cinco mil pesos (\$ 5.000.00). Hechas las anteriores deducciones, lo que resta de la cuarta de libre disposición lo lego a mi actual esposa Adela Escobar, fuera naturalmente de lo que le corresponde a título de gananciales. Mi nombrada esposa queda facultada para elegir los bienes en que haya de hacerse las adjudicaciones, entre los que yo dejare al morir. Sexto. Nombro de albacea al señor Antonio J. Palacio U., actualmente vecino de Medellín y como sustituto para el caso de que no pueda o no quiera aceptar el cargo al señor Agapito Botero, de igual vecindad, cualquiera de ellos que entre a desempeñar el cargo tendrá la tenencia y administración de bienes. Quien desempeñe el cargo tendrá la remuneración la suma de mil pesos (\$ 1.000.00), cantidad que podrá aumentar el Juez de la causa si lo considera de justicia. Séptimo. Por el presente testamento revoco todos los que hasta el presente haya otorgado. Octavo.—Es mi voluntad que todos los descendientes vivan y mueran dignamente, como conviene a los buenos cristianos y que profesen y practiquen la religión católica, apostólica y romana, fuera de la cual no hay salvación que es la que yo he profesado y en cuyo seno pido a Dios me permita morir. Para constancia firmo en Medellín, a once de junio de

mil novecientos cuarenta y siete (Fdo.) José M. Isaza".

En el segundo matrimonio del señor don José Manuel Isaza no hubo descendencia y el expresado señor murió el 1º de agosto de 1950.

El 18 de enero de 1951, Antonio Isaza Llano confirió poder para promover el presente pleito, el cual versa principalmente sobre la nulidad del testamento otorgado por el causante por incapacidad legal de éste para dicho acto por haber estado afectado en sus facultades psíquicas provenientes de amnesia y demencia senil cuando otorgó su testamento.

Todo el debate, como es claro y dada la intención de la demanda ha rodado sobre este asunto, es decir, si el causante José Manuel Isaza tenía o no capacidad mental, tenía o nó por lo tanto voluntad cuando otorgó el testamento, o en otros términos, si era o nó capaz por su estado psíquico, por su estado mental, de otorgar ese acto jurídico.

De ahí que las pruebas principales aducidas en este juicio hayan sido las procedentes de psiquiatras y médicos.

La sentencia acusada.

El sentenciador de Medellín, hizo un largo y prolijo estudio sobre la materia, analizó las pruebas presentadas por ambas partes y especialmente los dictámenes y conceptos periciales y después de ese estudio, concluyó que no estaba demostrada plenamente la incapacidad mental o psíquica del señor Isaza para otorgar su testamento.

El análisis del acervo probatorio como se acaba de expresar, es minucioso y está respaldado por observaciones legales y conceptos técnicos, muy pertinentes al caso.

Acusación de la parte recurrente demandante.

Dentro de la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, el apoderado de la parte recurrente acusa la sentencia por cinco motivos, los cuales se estudiarán enseguida, pero antes de ese estudio cree la Corte pertinente hacer dos observaciones:

Primera.—La doctrina permanente de esta Corporación ha sido la de sostener la validez del acto jurídico trascendental del testamento fundada en el principio de que es necesario respetar la última voluntad del testador y de que todo acto testamentario lleva la presunción de su validez. Sólo por excepción, cuando por omisión de solemnidades esenciales de forma, o porque se demuestre

de una manera plena, algunas de las inhabilidades para testar consagradas de una manera taxativa por la ley se puede declarar la nulidad de un acto testamentario, todo lo cual no ocurre de ordinario.

Segunda.—Se necesita para la validez de un testamento que el testador tenga mente sana, según expresión de los expositores, cuando otorga su testamento y de ahí el número 3º del artículo 1.061 del Código Civil, que declara inhábil para testar al que no estuviera en sano juicio por ebriedad u otra causa y ésta puede ser proveniente de una perturbación psíquica, sea pasajera, o habitual o permanente.

Pero este último extremo, la comprobación del estado psíquico del testador, que lo inhabilita para otorgar su testamento o un acto jurídico, es hoy una cuestión meramente técnica que depende generalmente de los dictámenes de la ciencia a través de un peritico y tal peritico debe ser producido; de la manera como la ley lo señala, señalamiento que hace de una manera taxativa.

Cuando se ataca un testamento o un acto jurídico en general por causa de demencia o perturbación psíquica de quien lo otorga o lo ejecuta se consideran dos hipótesis: a) Que quien otorga el testamento o concurre a otro acto jurídico, esté en interdicción por causa de demencia; b) O que no estándolo no tenga mente sana en el momento de comparecer al acto jurídico.

En la primera hipótesis puede suceder que quien ejecuta un acto jurídico no esté en ese acto privado de razón, sino en el pleno ejercicio de sus facultades mentales, pero como se halla bajo el decreto de interdicción, este decreto incide en todos sus actos, que los considera nulos mientras él rija. En la segunda, se presume la habilidad legal del que ejercita un acto jurídico y es necesario entonces destruir esa presunción por los medios legales adecuados.

En otros términos, en la primera hipótesis existe la presunción de inhabilidad que no puede desvirtuarse mientras rija el decreto de interdicción; en el segundo caso, se presume la habilidad legal del que ejercita un acto jurídico mientras no se desvirtúe plenamente esa habilidad.

En el primer motivo acusa el recurrente la sentencia por error de derecho en la apreciación probatoria del dictamen pericial de los doctores Edmundo Rico y Juan Saldarriaga, con quebranto directo del artículo 722 del Código Judicial y de contragolpe, dice el recurrente, los artículos 553

y 1.504 del Código Civil, cuyas disposiciones se citan como infringidas en todos los cargos de la demanda de casación.

La Corte considera: Los doctores Edmundo Rico y Juan Saldarriaga rindieron su dictamen pericial el 5 de diciembre de 1953, el cual corre a los folios 79 a 91 del cuaderno número dos, y en ese dictamen concluyeron que don José Manuel Isaza al otorgar su testamento el 11 de junio de 1947, se hallaba afectado de una demencia senil presbifrénica y que por consiguiente, carecía de capacidad civil.

Este dictamen fue rendido seis años después del otorgamiento del testamento y tres años, tres meses y medio después de la muerte del testador. Ninguno de los peritos examinó, ni como psiquiatra ni en forma alguna al señor Isaza y su dictamen está basado en los datos y pruebas que arroja el expediente sobre el psiquismo del expresado señor Isaza, y así se pidió en el memorial en que se solicitó la práctica del dictamen pericial mencionado.

Se trata, pues, de un dictamen de carácter retrospectivo por peritos que no trataron ni examinaron en vida al señor Isaza.

El Tribunal al analizar y valorar ese dictamen tuvo en cuenta los datos fundamentales que al respecto existen en el expediente. En efecto, el doctor Arango Ferrer nueve días después de que el señor Isaza otorgó su testamento dio un dictamen favorable a la capacidad del del testador para otorgar su testamento. El doctor Gabriel Jaramillo Echeverri, en virtud de un reconocimiento hecho al señor Isaza, expidió un certificado con fecha 14 de septiembre de 1950, es decir a los tres años y tres meses después de otorgado el testamento en el que dice que "por lo avanzado de la demencia senil simple que le diagnosticué y teniendo presente la progresividad de esta dolencia, es necesario admitir que cuando don José Manuel fue examinado por mí, en marzo de 1948, tenía que llevar muchos años padeciendo de esa demencia senil", pero como lo observa el Tribunal fallador cuando se le preguntó si podía afirmar bajo juramento que el señor Isaza cuando hizo su testamento no estaba en condiciones mentales de otorgarlos, otorgamientos que se hicieron en 1945, 1946 y 1947, contestó: "Nada puedo decir con relación a esa pregunta", y más tarde declara: "No sé si cuando don José Manuel Isaza otorgó sus testamentos estaba en el pleno uso de sus facultades mentales. (Cuaderno número 2º, folio 62).

El médico doctor Rafael Villegas Arango expidió un certificado el 23 de septiembre de 1950 o sea a los tres años y tres meses del otorgamiento del testamento y al mes y medio de la muerte del señor Isaza. El doctor Villegas Arango ratificó esa certificación bajo juramento y declaró: "Cuando el señor José Manuel Isaza otorgó sus testamentos, sus condiciones mentales no eran buenas, aunque sí tenía sus momentos lúcidos, motivo por el que considero que éste señor no estaba en el pleno goce de sus facultades mentales para considerarlo capaz de esos actos de otorgamiento; pero luégo al folio 21 vuelto del cuaderno número 2 y continuando su declaración se expresa al contestar una pregunta: No estoy en condiciones de afirmar que en los días de los otorgamientos de los tres testamentos del señor Isaza en 1945, 1946 y 1947, Isaza estuviera privado del uso de sus facultades mentales".

"El médico doctor J. Peláez Botero, dio un certificado en el que dice en síntesis que por haber asistido a su laboratorio el señor Isaza pudo darse cuenta del descenso progresivo de su mentalidad hasta los días vecinos a su muerte, pero, como lo observa también el fallador de Medellín, dicho facultativo no estuvo en capacidad de expresar ni en el certificado, ni en su declaración que corre a los folios 23 del cuaderno número dos, cuáles fueron los años a que se refiere su experiencia con respecto al señor Isaza, ni si en esos años, está comprendido el en que se otorgó el testamento atacado.

Para valorar el dictamen de los peritos, Rico y Saldarriaga, el Tribunal tuvo en cuenta los dictámenes médicos a que se acaba de hacer referencia y no encontró que con ese acervo probatorio se hubiera demostrado plenamente la incapacidad del señor Isaza cuando otorgó el testamento cuya nulidad se impetra en este juicio.

El recurrente estima que al no haberse acogido el dictamen de los peritos Saldarriaga y Rico se violó el artículo 722 del Código Judicial y por ende las disposiciones sustantivas que cita.

Los peritos que acaban de mencionarse dieron un concepto retrospectivo fundados en datos que corren en los autos especialmente en los dictámenes de los otros médicos o psiquiatras. En realidad de verdad, tales peritos no hicieron otra cosa sino deducir el estado mental del testador, por las pruebas y datos que corren en el expediente y siendo eso así su dictamen no reúne las condiciones que expresa el artículo 722 del Código Judicial, que enseña que hace plena prueba el dictamen uniforme de dos peritos sobre los

hechos sujetos a los sentidos y lo que expongan, según su arte, profesión u oficio, sin lugar a la menor duda como consecuencia de aquellos hechos.

No habiendo los peritos examinado ni reconocido al señor Isaza, se encuentra que no se trata de un hecho que haya caído bajo la percepción de los sentidos, sino de un dictamen deducido de elementos y factores extraños a la percepción directa de los peritos y al cual se refiere en forma expresa el artículo 723 del Código Judicial. Constituye, pues, ese dictamen una deducción, no emanada directamente de un reconocimiento, sino de conceptos de otros técnicos que en definitiva no se pronunciaron por la incapacidad mental del señor Isaza.

Es claro que siendo así las cosas, el Tribunal no podía darle aplicación al artículo 722 al cual se ha acogido el recurrente, y es también claro que esa norma no pudo ser infringida por la sentencia que se acusa.

Vale la pena observar que para casos tan delicados, como los que versan sobre la aptitud mental de los individuos, la ley ha sentado el principio del reconocimiento directo del paciente por los médicos, por tres veces consecutivas, principio consagrado en el artículo 820 del Código Judicial, por donde se ve que es el examen y es la percepción directa sobre el paciente, en todo caso la base fundamental de un dictamen sobre incapacidad mental de una persona. Y aunque el dictamen fuera el previsto en el artículo 722 del Código Judicial, tampoco habría servido de elemento de convicción por carecer de fundamento, como al efecto lo consideró el Tribunal.

Por lo demás, con respecto a los artículos 721 y 722, ya citados, ha dicho la Corte, que esas normas "no establecen la imperativa aceptación mecánica por parte del Juez, del dictamen uniforme de los peritos, sino que es indispensable que esté debidamente fundamentado y que en la apreciación de esta última condición que es la esencial de la prueba pericial, es donde tiene oportunidad y manera de verificarse y justificarse la facultad judicial de apreciación del dictamen de los expertos, aunque sea uniforme y aparezca fundado, para decidir si está fundado debidamente".

En el caso de autos, el dictamen de los peritos Rico y Saldarriaga está fundado en datos y pruebas del proceso, pero esos no son hechos sujetos a los sentidos de los peritos, sino hechos relatados por unos testigos, y por eso los mencionados peritos afirman que no reconocieron al testador, que el cuerpo de éste y sus potencias mentales y

volitivas no fueron materia de la aplicación o ejercicio de los sentidos de los expertos. De ahí que se expresen así: "Trátase aquí señor Juez nada menos que de formular un diagnóstico retrospectivo o post mortem. Esta tarea desde luego es difícil aunque no imposible en tratándose de nosotros que no tuvimos la oportunidad de examinar personal y objetivamente al señor José Manuel Isaza. En ocasiones, y con alguna frecuencia los diagnósticos retrospectivos son endeble y veleidosos como frágil y deleznable".

Y no se diga que el Tribunal incidió en error de hecho o de derecho al no tener en cuenta otras pruebas, como declaraciones y cartas del señor Isaza, porque no está demostrado que en la apreciación de esos factores, hubiera incidido en error el Tribunal de Medellín. El Tribunal tuvo muy en cuenta, casi de una manera principal los certificados y las declaraciones de otros médicos que ya quedan transcritas en el cuerpo de este fallo, en que se apoya especialmente el dictamen de los expertos Rico y Saldarriaga y por esas solas transcripciones puede verse que no pudo haber apreciación errónea ni error de ninguna especie al respecto por parte del fallador de Medellín.

Todo lo expuesto anteriormente, lleva a la conclusión de que no resultan violados ni el artículo 722 del Código Judicial ni los artículos del Código Civil, a que alude el recurrente y por lo tanto, el motivo de casación alegado no dá base para infirmar la sentencia por este concepto.

El cargo, pues, no es fundado.

Segundo cargo.

Acusa el recurrente la sentencia por error de derecho en la apreciación de la correspondencia, atribuida según dice, a don José Manuel Isaza allegada al debate por la parte demandada, la cual figura en el expediente al folio 30 a 62 del cuaderno número 5.

El recurrente estima que se violó el artículo 645 del Código Judicial por cuanto dicha correspondencia fue rechazada por la parte demandada, y por lo tanto, en ese caso, la parte demandante ha debido probar la autenticidad de tales cartas, lo cual no hizo.

La Corte observa:

Esas cartas no son el apoyo fundamental de la sentencia. El Tribunal encontró que esa correspondencia es cordinal y esta cordinación, dijo el Tribunal, implica "una fuerte duda sobre la realidad de la incapacidad del señor Isaza el 11 de

junio de 1947, o sea, en la fecha en que otorgó el testamento, por razón de enfermedad mental".

El Tribunal basa su sentencia, sobre el extremo de que con el dictamen pericial no se comprobó la incapacidad del testador.

No pudo, por lo tanto, el Tribunal infringir el artículo 645 del Código Judicial por errónea apreciación de la correspondencia mencionada, porque el fallador no asevera que con ella se demuestre la capacidad jurídica del testador Isaza cuando otorgó su testamento sino que apenas, y tangencialmente dice, que esa correspondencia implica una fuerte duda sobre la realidad de la incapacidad de dicho testador.

El cargo, no es pues, fundado.

Tercer cargo.

Lo hace consistir el recurrente en error de hecho y de derecho en la apreciación probatoria de las declaraciones rendidas por los facultativos doctores Gabriel Jaramillo Echeverri, Rafael Villegas Arango y Jesús Peláez Botero, médicos que examinaron en vida a don José Manuel Isaza. El recurrente estima que fue violado por este concepto el artículo 697 del Código Judicial.

No encuentra la Corte que el Tribunal hubiera incidido en manifiesto error de hecho y en error de derecho al apreciar y valorar las declaraciones de dichos médicos. Basta leer la transcripción de esas declaraciones, contenidas tanto en la sentencia de segundo grado como en el presente fallo, para deducir que ellas no dan asidero para una conclusión favorable a la petición principal de la parte actora, porque de ellas no se deduce la incapacidad mental del señor Isaza para otorgar su testamento. No se ve por esto que el Tribunal hubiera incidido en los errores que señala en este cargo el recurrente.

Se rechaza, pues, este cargo.

Cuarto cargo.

El recurrente acusa el fallo por errores de hecho evidentes y de derecho que cometió el Tribunal, por falta de una apreciación adecuada de las múltiples declaraciones de testigos que obran en el expediente de las cuales, según el recurrente, el testador Isaza era un demente cuando otorgó su testamento. Señala como violado el artículo 594 del Código Judicial.

La Corte observa, en primer término, la calificación de la capacidad o incapacidad mental de una persona es hoy sobre todo, una cuestión abso-

lutamente técnica y científica. Ella no se demuestra con declaraciones de testigos, sino que es necesario el experticio del caso o sea el dictamen de médicos especializados en la materia. La apreciación de unos testigos es meramente subjetiva y empírica; y para llegar ellos a la conclusión de que una persona tiene o no capacidad mental, es sana o no de espíritu, no basta la apreciación de personas ajenas a la ciencia médica o a la psiquiatría. De ahí, que sea frecuente la diversidad de testimonios cuando se trata de la capacidad o incapacidad mental de una persona, porque cada testigo declara no basado en principios científicos, sino en su concepto meramente ocasional o subjetivo.

Aún más, pueden existir ciertas debilidades mentales, ciertas enfermedades que causen perturbación psíquica en una persona, transitoria o permanente y que sin embargo, según expertos en psiquiatría, no los inhabilita para la realización de los actos jurídicos. La demostración de un estado psíquico anormal, de carácter permanente que inhiba a una persona para todo acto jurídico, es una cuestión exclusivamente científica, que sólo pueden determinar los expertos en la materia y de acuerdo con las fórmulas o normas legales.

En el caso de autos, existen pruebas contrarias a las presentadas por la parte demandante y el Tribunal se refirió tanto a las pruebas del demandante como a las del demandado. No aceptó las conclusiones del dictamen pericial, valoró todos los elementos probatorios presentados por ambas partes y concluyó negándole la eficacia legal a ese dictamen y teniendo en cuenta todo el acervo probatorio.

No puede decirse entonces, que el Tribunal dejó de apreciar las declaraciones presentadas por la parte actora ni que incidió en su apreciación o valoración, porque ese error no aparece de manifiesto en los autos, ni puede aparecer por lo mismo que existen factores en ellos, que desvirtúan la prueba que pudiera emanar de esas declaraciones.

El Tribunal goza de libertad de criterio para estimar las pruebas aportadas a los autos, según las reglas de la sana crítica y la tarifa legal y tal apreciación o valoración de los tribunales es intocable en casación y sólo hay lugar a nueva calificación probatoria en el caso de error de hecho manifiesto o de error de derecho.

El cargo por lo tanto, no puede prosperar.

Quinto cargo.

El quinto y último cargo consiste, según el recurrente, en error de derecho en la sobreestimación del valor probatorio que el sentenciador le atribuye a las declaraciones del médico doctor Dionisio Arango Ferrer, del notario Bernardo Ceballos Uribe y de los testigos instrumentales Emilio Upegui y Vicente Valencia.

La Corte considera:

El notario doctor Bernardo Ceballos Uribe, ante quien el testador otorgó su testamento y los testigos Emilio Upegui L. y Vicente Valencia N., declararon que el testador estaba en su sano juicio el día que otorgó su testamento, o sea el 11 de junio del año de 1947.

El Tribunal no estimó estas pruebas como comprobación plena de que el testador estaba en su entero y cabal juicio cuando otorgó su testamento, ni esas declaraciones son la base exclusiva y única de su fallo. Sino que las conjugó con otras, para deducir que la demencia o incapacidad del testador no estaba plenamente comprobada. Por eso dijo así en su fallo: "Estas circunstancias, agregadas a los interrogantes que abren la diversidad de criterio científico sobre la naturaleza de la enfermedad, o por lo menos la especie a que pertenece dentro de la forma genérica de demencia senil, la indeterminación de los hombres de ciencia que han actuado en este asunto, en cuanto al período en que se encontraba el presunto enfermo cuando otorgó el testamento, la posición vertical de uno de ellos sobre la inexistencia de alguna enfermedad demencial en ninguna época en relación con el señor Isaza... implican una fuerte duda sobre la realidad de la incapacidad del señor Isaza el 11 de junio de 1947, o sea, la fecha en que otorgó el testamento".

Se ve por esto, que el Tribunal no erró ni sobreestimó las declaraciones a que acaba de hacerse referencia.

Por las mismas razones lo expuesto anteriormente, es aplicable a la declaración del médico doctor Arango Ferrer, quien sí conoció y trató al paciente señor Isaza y expidió con conocimiento de causa un certificado sobre la sanidad mental del mencionado señor, habiendo sido tal certificado ratificado posteriormente por medio de una declaración rendida con todas las formalidades legales durante la secuela del juicio, por el expresado médico doctor Arango Ferrer.

La parte demandante es la que ha debido demostrar la incapacidad del testador Isaza, por eso acudió a la prueba adecuada, que es el dictamen

de los peritos Saldarriaga y Rico, con la cual no pudieron triunfar las peticiones de la parte actora y ya se vio y se demostró por qué ese dictamen no puede tener la fuerza probatoria que señala el artículo 722 del Código Judicial.

Todas las demás pruebas de la parte actora fueron valoradas y estimadas lo mismo que las de la parte demandada y de esa estimación y valoración, el Tribunal concluyó que no estaba demostrada la incapacidad del testador y esa estimación y apreciación no adolece de error manifiesto de hecho ni de error de derecho, porque no es contraria a la evidencia y siendo esto así es intocable por la Corte.

No hubo, pues violación de los artículos 594, 596 y 664 del Código Judicial señalados por el recurrente en apoyo del cargo que se estudia.

Para el Tribunal no fue convincente el peritazgo o dictamen de los expertos Rico y Saldarriaga, quienes lo edificaron sobre las pruebas y datos del expediente.

Esos datos y pruebas entraron en la apreciación del Tribunal que no los estimó convincentes. El Tribunal no pasó inadvertida ninguna de las pruebas de las partes ni basó su sentencia en hechos que no están demostrados, sino que no estimó que el dictamen pericial mencionado, que es la prueba esencial y básica en estos asuntos no demostraba sin lugar a duda, la incapacidad mental del testador Isaza. Al proceder así no violó, como se ha dicho, las normas a que alude el recurrente.

El cargo, pues, no puede prosperar.

Acusación de la parte recurrente demandada.

Antecedentes.

Según el testamento ya transcrito, el señor José Manuel Isaza por medio de la cláusula quinta de su memoria testamentaria, dividió la cuarta de libre disposición entre varias personas naturales y jurídicas y dispuso que pagadas estas asignaciones, el remanente de dicha cuarta, lo legaba a su esposa Adela Escobar viuda de Isaza, fuera de lo que le correspondiera por concepto de gananciales, facultándola a la vez para elegir los bienes en que haya de hacerse sus adjudicaciones.

Demandada la nulidad de la referida cláusula así lo declaró el Tribunal de Medellín, y contra esta decisión va enderezada la demanda que se estudia en la cual, han sido formulados cuatro cargos que procede a estudiarse.

Examen de los cargos.

Primero y segundo cargos.

En el primer cargo se acusa la sentencia recurrida, por errónea e indebida aplicación del artículo 1.175 del Código Civil y en el segundo, por el mismo motivo el artículo 1.060 ibídem. Dada la conexión que existe entre estos dos cargos, la Corte los estudiará conjuntamente.

Como ya se dijo, a la señora viuda de Isaza, le dejó el causante el remanente de la cuarta de libre disposición, una vez pagados los legados que con imputación a dicha cuarta se hicieron; es decir, a la citada señora se le hizo una asignación a título universal y esa clase de asignaciones al tenor de lo preceptuado en el artículo 1.011 del Código Civil; se denominan "herencia" y las a título singular "legados". "El asignatario de herencia se llama heredero, y el asignatario delegado; legatario".

Según esto, teniendo la calidad de heredera la nombrada asignataria, no podía el Tribunal, dice el recurrente, aplicar en este caso el artículo 1.175 del Código Civil, cuya disposición, agrega el mismo recurrente, 'sólo es aplicable a los legados y no a las asignaciones de herencia. El Tribunal no lo podía aplicar al caso en litigio. Como lo aplicó para declarar nula la cláusula testamentaria, lo violó por aplicación indebida". A este respecto observa la Corte:

Es verdad, que el artículo 1.175 del Código Civil, subrogado en su primer inciso por el artículo 29 de la Ley 57 de 1887, rige sólo para los legatarios y de allí que tal norma se halla incorporada en el Título IV. Capítulo VI del Libro III del Código Civil, que regula lo tocante a las asignaciones a título singular. Refiriéndose a tal disposición, el Tribunal una vez sentado el principio de que nuestro derecho civil consagra la libertad plena en lo tocante a la cuarta de libre disposición" y le otorga al causante la doble facultad de elegir no solamente las personas a quienes asigna todo o parte de dicha cuota, sino de determinar la cuantía de cada asignación, dentro del globo de la cuota de que se trata", dice lo siguiente:

"Puede uno elegir las especies en que se han de hacer efectivas las asignaciones, lo que hace por medio de legados de cosas singulares, pero no puede en ningún caso delegar la facultad de elegir en terceras personas, ni aun en el obligado o en el legatario, sino con sujeción a las reglas establecidas. Esta delegación no puede ser general ni absoluta, sino particular y limitada, puede

decirse alternativa, así puede el testador decir: el legatario podrá elegir que se le pague el legado, en dinero o en la casa de la calle 10, o en ganado de la finca X, o en acciones, y tal delegación es válida, lo mismo que si la elección la deja al arbitrio del heredero u obligado entre esos mismos bienes, pero en ningún caso está autorizado para delegar en aquél o en éste la elección entre todos los bienes relictos”.

Como se advertirá, el sentenciador concretóse a hacer un comentario interpretativo del precitado artículo 1.175, sin que por ello pueda deducirse que ésta fue la norma que operó como fundamento de derecho en el caso de autos, ya que fue el artículo 1.060, sobre indelegabilidad de la facultad de testar y que como principio general que es, rige para todo asignatario, llámese heredero o llámese legatario. Y tan cierto es que el artículo 1.060 fue el que rigió esta litis y fue a través de tal norma, como fue dilucidado el punto controvertido de la nulidad de la cláusula testamentaria en cuestión, que el Tribunal expresamente dijo en la motivación de su fallo lo siguiente:

“La cláusula acusada es, por consiguiente, en concepto de la Sala, nula de nulidad absoluta y así habrá de declararlo el presente fallo, porque atenta contra el principio de la indelegabilidad de testar. (Art. 1.060 C. C.)”.

Por lo expuesto, se deduce que ni hubo interpretación errónea del artículo 1.175 tantas veces citado, ni menos aún, aplicación indebida de dicha norma al caso sub-lite, como se dice en el cargo que ha sido analizado, que ineficaz resulta para infirmar el fallo.

En lo que dice relación al artículo 1.060 del Código Civil, de cuya errónea interpretación e indebida aplicación se queja el recurrente en el segundo de los cargos formulados, la Corte observa lo siguiente:

Aquella norma consagra un principio o una regla general, a saber: que la facultad de testar es indelegable.

Este principio o regla abolió el llamado antiguamente testamento comisorio, en el cual se podía delgar a una persona la facultad de testar por ella.

Los doctrinantes y comentaristas de nuestro derecho civil, al fijar el alcance del precitado artículo 1.060 del Código Civil, consideran con razón, que dada la trascendencia jurídica y patrimonial del acto testamentario, su carácter esencialmente personal, y la circunstancia de ser la facultad de testar, como dice Grotius, un derecho natural inalienable, bien está que la ley en forma

perentoria prohíba delegar aquella facultad.

Pero una cosa es el testamento en sí, o sea, el acto más o menos solemne, en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días, como lo define el artículo 1.055 del Código Civil, y otra cosa es su contenido, o sea el conjunto de sus cláusulas dispositivas, por medio de las cuales y sin que ello implique delegación alguna de la facultad de testar, puede el testador conferir a alguno de sus asignatarios, como ocurrió en el caso de autos, ciertas facultades relacionadas con los bienes sucesorales, así como puede delegar también determinadas atribuciones a su albacea o ejecutor testamentario.

Mas, el Tribunal de Medellín confundiendo el acto testamentario con su contenido, consideró erróneamente que la cláusula de la memoria testamentaria, por medio de la cual, el causante confirió a su cónyuge superviviente la facultad de escoger las especies sucesorales para el pago de su respectiva asignación, constituía una delegación de la facultad de testar. Resulta ilógica la consideración del Tribunal hecha al respecto, pues mal puede en el caso de autos, hablarse de delegación después de que el acto testamentario había sido ya otorgado y había hecho tránsito a una realidad jurídica por la muerte del causante.

Para la Corte no hay, pues, en el contenido de la cláusula testamentaria impugnada, delegación alguna de la facultad de testar. Sencillamente el causante hubo de concretarse en ella a otorgar una simple opción a favor de su cónyuge y a trazar en resumen, un criterio que en cuanto no fuera contrario a derecho ajeno debía tenerse de presente al tiempo de llevar a cabo la partición de los bienes hereditarios.

Y si no hubo delegación de la facultad de testar, no podía el sentenciador declarar nula, de nulidad absoluta la referida cláusula, así como tampoco era el caso de aplicar el artículo 1.060 como equivocadamente lo hizo el Tribunal, de donde se deduce que el cargo formulado por este concepto es fundado y está llamado a prosperar.

Por lo demás, “para que haya nulidad absoluta, viene diciendo la doctrina de la Corte desde el 17 de septiembre de 1887, es preciso que el acto ejecutado esté prohibido por la ley, porque si no lo está no hay nulidad”. (G. J. N.º XXXIX).

En todo caso, la realidad jurídica es que sin afectar el derecho ajeno y obrando dentro del campo de lo lícito, decidió el testador consignar sobre este particular su última voluntad en la forma dicha, y esta determinación debe ser aca-

tada, porque el principio general que gobierna entre nosotros el fenómeno jurídico de la sucesión, es el siguiente: el juzgador debe respetar la voluntad del causante, no pudiendo cambiarla, sino cuando abiertamente pugna con las disposiciones que rigen la materia, lo cual no ha ocurrido en este caso.

Lo dicho anteriormente, viene a corroborar la tradicional doctrina de la Corte armónica con el principio de la libertad de testar, que desde luego no es absoluta, pues tiene como límite lo que toca con las asignaciones forzosas, las cuales, en ningún caso, pueden ser afectadas por el testador. Oportuno resulta transcribir aquí el pensamiento autorizado del expositor chileno, Barros Errázuriz, quien dice lo siguiente:

“Don Andrés Bello, redactor del código chileno, era partidario de la libertad de testar, pero encontró resistencia para la implantación de ese sistema. En su proyecto primitivo trató siquiera de suprimir el tercio de mejoras que existía en el antiguo derecho español, para dejar así mayor libertad al padre de familia. Nuestro código (que es el mismo colombiano) optó por el sistema de la división forzosa, combinado con la libertad de hacer ciertas mejoras, en el orden de los descendientes legítimos, y de disponer libremente de una parte del patrimonio y estableció lo que se llaman las asignaciones forzosas, siendo éstas las que el testador está obligado a hacer y que se cumplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus decisiones testamentarias expresadas”. (Derecho Civil. 4ª Edición pág. 229).

En el caso sub-judice, como consta en el testamento ya transcrito en los antecedentes de este fallo, el causante expresamente reconoció a favor de sus descendientes legítimos las asignaciones que son de ley, es decir, las **legítimas** y a la vez, los instituyó también herederos de la cuarta de mejoras en las proporciones determinadas en su memoria testamentaria, luego se ajustó a los preceptos legales reguladores de nuestro sistema sucesoral.

Siendo esto así, no puede sostenerse con fundamento que la cláusula en cuestión afecte los derechos de los herederos forzosos, por el hecho lícito y legal de haber el causante instituido a su cónyuge como heredera del remanente de la cuarta de libre disposición y con facultad para escoger dentro de los límites de tal asignación las especies para el pago de ella.

Estas consideraciones bastarían para casar la sentencia recurrida en lo referente a la cláusula testamentaria declarada absolutamente nula por

el Tribunal de Medellín. Pero la trascendencia doctrinal del problema controvertido y la importancia de los puntos de vista presentados por el demandante recurrente, obligan a la Corte a estudiar los diferentes aspectos planteados sobre el particular por aquella parte en la demanda de casación.

Dice el demandante recurrente:

“Ahora, si la delegación para escoger las especies no la permite la ley ni con relación a los legitimarios, menos es tolerable con relación a otros herederos testamentarios. A ella se oponen los mismos motivos que inspiraron el artículo 1.125. El de orden jurídico y el de orden práctico. Donde hay la misma razón debe regir la misma disposición, según la conocida máxima de hermenéutica legal”. Para apoyar su argumentación, también cita el recurrente el artículo 1.255 del Código Civil.

La Corte considera:

El artículo 1.255 dice:

“El que deba una legítima podrá, en todo caso, señalar las especies en que haya de hacerse su pago; pero no podrá delegar esta facultad a persona alguna, ni tasar los valores de dichas especies”.

La disposición anteriormente transcrita, se refiere en forma especial y concreta a las legítimas. Sus términos limitativos no permiten aplicar dicha norma por analogía, ni menos aún, generalizar la prohibición con el fin de hacerla extensiva a situaciones o modalidades jurídicas distintas al caso previsto en el referido artículo.

Dice finalmente el mismo apoderado al contestar la demanda de casación de la parte recurrente demandada:

“La delegación que prohíbe la disposición comentada obedece pues a razones muy serias. Las apunta el mismo Claro Solar. Un motivo de orden jurídico: que la facultad de señalar las especies en que haya de cubrirse una asignación, concedida a un tercero entraña una delegación de testar, prohibida por el artículo 1.060. Y un motivo de orden práctico: conjurar que por medio de la elección de bienes queden lesionados los demás herederos y se complique la distribución de bienes”.

La Corte considera:

El argumento del recurrente se halla basado en una suposición, cual es, la de que al aceptarse la tesis de que el testador pueda delegar en un asignatario la escogencia de especies, éste puede hacerlo lesionando a los demás herederos, especialmente cuando se hubiese hecho un avalúo des-

proporcionado e inequitativo de los bienes sucesorales, como lo afirma el actor del juicio en uno de los hechos por él relacionados en su libelo de demanda. A este respecto se observa:

Sobre una mera hipótesis o simple conjetura, considera la Corte no puede fundarse sólidamente una doctrina jurídica. Al sentenciador corresponde resolver las controversias sometidas a su decisión, situándose dentro del marco de la realidad objetiva del derecho. Sus sentencias, como lo prescribe expresamente el artículo 471 del Código Judicial, no pueden tener fundamentos distintos a los ordenamientos jurídicos de la ley, y es por ello, que el mencionado artículo exige al fallador expresar las disposiciones legales que sirven de soporte a su fallo.

En cuanto al otro peligro, consistente en la eventual lesión que pueden sufrir los otros herederos cuando la facción de inventarios y avalúos de los bienes relictos se ha hecho en forma inequitativa e irregular, tal riesgo está conjurado por la misma ley, al brindarle al lesionado los medios procesales adecuados, o bien para que objete la partición dentro de los términos prescritos por el artículo 964 del Código Judicial, o bien para que promueva la acción rescisoria expresamente consagrada en el artículo 1.405 del Código Civil.

Finalmente, debe observarse:

Si bien es cierto que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.392 del Código Civil, "el valor de tasación por peritos será la base sobre que procederá el partidor para la adjudicación de las especies", ello no quiere decir que tal avalúo deba ser la norma cuando dentro de las acciones a que se ha hecho referencia, la parte que impugnare la partición demuestre en forma eficaz y por los medios probatorios adecuados que en los avalúos se cometieron por ignorancia o por convenios o actuaciones ilícitas graves errores o equivocaciones lesivas de los derechos y de las asignaciones patrimoniales de los respectivos herederos o asignatarios.

Las consideraciones anteriormente expuestas, que son suficientes para quebrar la sentencia recurrida, sirven también de fundamento al fallo de instancia que corresponde dictar a la Corte.

RESOLUCION:

En mérito de las consideraciones expuestas, la

Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Superior de Medellín con fecha veintiocho (28) de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco (1955), REVOCA a su vez, la dictada por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Medellín, de fecha veintiocho (28) de enero de mil novecientos cincuenta y cinco (1955), providencias que fueron dictadas en el juicio ordinario de Antonio Isaza Llano y otros contra Adela Escobar viuda de Isaza y otros y en su lugar resuelve:

Primero.—No se declara nulo el testamento cerrado, otorgado por el señor José Manuel Isaza el día once (11) de junio de mil novecientos cuarenta y siete (1947) ante el notario tercero (3º) del circuito de Medellín. ◻

Segundo.—En consecuencia, no se accede a decretar la declaración contenida en el numeral segundo de la parte petitoria principal de la demanda.

Tercero.—No se declara nula la parte correspondiente de la cláusula quinta del referido testamento, por la cual el causante, José Manuel Isaza otorgó a su cónyuge, señora Adela Escobar viuda de Isaza la facultad de elegir las especies para el pago de su asignación y que está concebida en los siguientes términos: "Mi nombrada esposa, queda facultada para elegir los bienes en que hayan de hacerse las adjudicaciones entre los que yo dejare al morir".

Sin costas ni en las instancias del juicio ni en el presente recurso.

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

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco.

Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Arturo C. Posada.—Gustavo Salazar Tapiero.—Jorge Soto Soto, Secretario.

CONDICIONES NECESARIAS PARA LA ACCESION DE TERRENOS ALUVIALES EN LA HIPOTESIS DEL ARTICULO 720 DEL CODIGO CIVIL.—PREVALECE ANTE LA CORTE LA CONVICCION DEL SENTENCIADOR LEGALMENTE ADQUIRIDA DENTRO DEL MARCO DISCRECIONAL DE SUS PODERES DE APRECIACION EN LA INSTANCIA

1.—En la hipótesis del artículo 720 del Código Civil, el criterio legal para determinar la accesión a los predios ribereños de los terrenos aluviales dentro de sus respectivas líneas limítrofes prolongadas directamente hasta el agua, descansa obviamente sobre dos bases necesarias: a) Que en realidad se trate del aumento recibido por la ribera de un río o lago a consecuencia del lento e imperceptible retiro de las aguas (719); y b) Que las líneas de demarcación de las heredades ribereñas estén ya definidas sobre el suelo, que es precisamente la finalidad propia del juicio de deslinde y amojonamiento.

De manera que si esta vía judicial se halla en proceso, no habrá definición de la línea limítrofe sino cuando esté ejecutoriado el fallo que ponga fin a la controversia: sólo así la linde podrá ser prolongada directamente hasta el agua para enseñar el crecimiento por aluvión de aquellas heredades.

Y cuando no se contempla el lento e imperceptible retiro de las aguas sino la presencia de corrientes devastadoras de los hitos, no hay duda de que entonces la tarea jurisdiccional en el deslinde ha de concretarse a esclarecer y restituir la verdadera colindancia según las pruebas allegadas a los autos, con apoyo primordial en las titulaciones de las partes.

2.—La convicción del fallador, legalmente adquirida dentro del marco discrecional de sus poderes de apreciación prevalece ante la Corte en virtud de la naturaleza rigurosa y estricta del recurso extraordinario encaminado a la acusación del fallo en interés de la ley, sobre la base de que por regla general los soportes de hecho quedaron bien examinados y definidos al concluir el segundo grado del proceso.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, trece (13) de mayo de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. José Hernández Arbeláez)

Ante el Juez Civil del Circuito de Girardota, Secundino Cadavid inició juicio para el deslinde y amojonamiento de su propiedad de El Caimito con La Vega de Doña Concha perteneciente a Alberto Cadavid S. y Gabriela Sierra de Cadavid, de quien el actor había adquirido aquel inmueble según escritura pública 1.293 de 29 de mayo de 1941, Notaría 2ª de Medellín, por estos límites:

“Tomando como punto de partida la entrada de la quebrada Caimito a la finca, quebrada abajo hasta el pontón o alcantarilla que cruza la carrilera, siguiendo la misma quebrada hasta un mojón de riel, y de aquí a otro mojón línea recta al río Medellín; río arriba a encontrar lindero con los herederos de Plácido Londoño, hasta volver a encontrar el río Medellín dándole vuelta al lote de estos herederos; de aquí siguiendo río arriba, a buscar lindero con herederos de Félix Cadavid Duque hasta salir en línea recta a la carrilera del Ferrocarril de Antioquia; de aquí, pasando la carrilera, línea recta a buscar el lindero de la finca del comprador, que fue antes de Jesús Antonio Restrepo hasta el camino que conduce para El Hatillo; siguiendo este camino abajo hasta encontrar la quebrada Caimito, primer lindero”.

Señalada por el Juez del conocimiento la línea divisoria con fecha 3 de marzo de 1954, Secundino Cadavid la objeto en este trayecto:

“Del pontón o alcantarilla que cruza la carrilera del Ferrocarril de Antioquia, en la quebrada Caimito, quebrada abajo hasta donde se encuentra un árbol de sauce, como a unos tres metros a un lado de la margen izquierda de dicha que-

brada, al cual se le hizo un pelado en su corteza; de éste, por una línea de sauces, que siguen en línea recta a un último árbol de la misma calidad (sauce), al cual se le hizo también otra señal o pelado en su corteza, y que está situado como a unos cinco o seis metros de la margen izquierda del río Medellín; de dicho árbol, traye pre línea recta del primero, recto al río Medellín”.

Y pidió el objetante:

“1) Que la línea de separación debe mantenerse a todo lo largo del lindero, trátase de tierra firme o de accésiones aluviales de los últimos diez años.

“2) Que la línea recta de que hablan los títulos de las dos partes colindantes es la más corta entre el mojón de la quebrada y las aguas del río Medellín.

“3) Que la línea de separación entre el predio del demandante Secundino Cadavid y el predio de los demandados es la línea recta, o sea, la línea más corta del mojón inicial sobre la quebrada fijado por el Juzgado hasta llegar al río. Esta línea más corta o línea recta entre el mojón inicial y el río debe fijarse atendiendo a la dirección más probable y al cauce del río existente a la fecha en que los señores Alberto Cadavid S. y Gabriela S. de Cadavid compraron el lote limítrofe, compra realizada en el año de 1951 y 1947. Esta línea más corta o ese punto sobre el río debe consultar la orientación que trae la quebrada **Caimito** en el trayecto del pontón o alcantarilla que cruza la carrilera y el punto de partida y el mojón inicial o punto de partida del Juzgado”.

Concluyó la primera instancia en el juicio ordinario de oposición por fallo de 9 de febrero de 1955 en que el Juez de la causa declaró firme el deslinde.

Desató la alzada interpuesta por el demandante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, quien, después de plantear la cuestión debatida, dice en su sentencia del 7 de mayo de 1957:

“SEGUNDA INSTANCIA. — INSPECCION OCULAR. — El Tribunal tuvo ocasión de darse cuenta objetiva del problema planteado en éste juicio en la inspección ocular efectuada en esta instancia.

“En esta inspección el apoderado de la parte demandante manifestó que ellos no han aceptado como línea demarcatoria la fijada por medio de sauces, sino en cuanto del último sauce se voltea hacia el río, pues hay que tener como indivisible

este **modus vivendi** entre las partes y que no es lógico que la parte demandada acepte esta línea hasta donde le conviene y la rechace en lo demás. Los peritos nombrados al efecto rindieron su dictamen el cual se reduce a afirmar que los linderos deben trazarse de acuerdo con los títulos; que de seguir la línea trazada por el Juzgado sí pierde el señor Secundino Cadavid su condición de riberano del río Medellín, en el sector debatido; que los linderos de los predios de la región, en forma general, llevan una inclinación más o menos perpendicular al río Medellín; agregan los señores peritos que no se puede concluir, con los datos del juicio, que la línea recta de sauces, que acordaron las partes sea o no la reconstrucción del lindero que indicaban los mojones de riel.

“CONCLUSIONES. — Del análisis de todo lo expuesto y aportado al juicio, el Tribunal concluye lo siguiente:

“**Primero.**—Que el arreglo celebrado entre las partes y del cual no quedó constancia escrita, por medio del cual fijaron una línea y la sembraron de sauces, para definir la división entre ellos del terreno de aluvión, no puede servir de pauta para decidir que la línea de separación, que ahora se discute entre las partes, debe seguir directamente hasta el río, como lo resolvió el Juzgado; la razón está en que las partes vinieron estableciendo **modus vivendi** a medida que las aguas se retiraban. Pero esto sólo no afecta el derecho que los títulos escriturarios consagran.

“**Segundo.**—El Tribunal entiende que en el presente caso es más bien un estudio de los títulos, el dictamen de los peritos y las demás pruebas aportadas, lo que debe resolver la cuestión **sublite**.

“**Tercero.**—Respecto de los títulos, los de ambas partes están de acuerdo en que la línea divisoria, en el lugar del litigio, eran unos rieles que iban rectos al río; de esto se puede colegir que la línea no puede ser más o menos paralela al río, como es la que trata de imponer la parte demandada y como lo informan los señores peritos, sino que en realidad, según la titulación, debe buscarse la línea recta más cercana a la corriente.

“**Tercero (sic).**—El Tribunal acepta el convenio de las partes, como un todo indivisible, hasta

llegar al río, por una línea de sauces, tal como lo pretende la parte demandante por que en esto están de acuerdo ambas, los títulos hablan de línea recta, por lo cual bien puede voltearse rectamente al río.

“Cuarto.—De conformidad con la situación de las propiedades de ambos litigantes, al decir de los señores peritos, ellas llevan una dirección más o menos **perpendicular** al río Medellín; además el plano acompañado y la fotografía ampliada están mostrando claramente la dirección de la quebrada **Caimito**, que separa ambas propiedades y que va en dirección casi perpendicular al río; los testigos de la parte demandante también afirman que la dirección de los predios es hacia el oriente; sobre esta base es necesario deducir que la línea separatoria de los predios no puede ser paralela al río, sino perpendicular a éste. Sostiene la parte demandada que tomando el río en una extensión mayor no puede afirmarse la orientación que se ha dejado descrita; pero en este sentido puede afirmarse que el río Medellín, en esta zona, lleva una dirección de sur a norte más o menos, y que las fincas caen a él en dirección, también más o menos, de occidente a oriente.

“Quinto.—Pero existe además otro argumento de importancia, alegado por la parte demandante, que se funda en el hecho de que la señora Gabriela Sierra viuda de Cadavid fue quien vendió a don Secundino Cadavid, por escritura número 1.293 ya mencionada, el terreno sobre el cual recae la accesión que hoy se discute y en dicho instrumento se dijo que el lindero llegaba al río Medellín para seguir éste arriba a encontrar lindero con herederos de Plácido Londoño, hasta volver a encontrar el río Medellín, dándole la vuelta al lote de estos herederos; el terreno vendido tiene pues derecho de riberanía, según esa escritura y de conformidad con el mapa acompañado la tiene en la parte que linda con herederos de Plácido Londoño, el cual está situado precisamente al frente de la línea que hoy se discute; todo esto contribuye a formar el criterio del Tribunal en el sentido de que la línea de separación debe voltear recta al río, desde el último sauce convenido por las partes, en lugar de prolongarse la línea de sauces directamente y casi paralela al río.

“El aspecto que se deja anotado tiene importancia porque la vendedora está obligada a salir al saneamiento de lo vendido.

“Sexto.—La renuncia informal de derecho de accesión que pudo haber hecho Secundino Cadavid en los anteriores convenios como para señalar la línea divisoria, es necesario tomarla con carácter restrictivo y en la forma indivisible en que él la admite; de esta manera ha estudiado el Tribunal este problema y lo deja resuelto legalmente, sobre las bases que se han expuesto”.

LA ACUSACION

En el recurso interpuesto por la parte demandada, se invoca la causal 1ª, descompuesta en cuatro motivos conducentes en su conjunto a sostener violación indirecta de los artículos 669, 713, 719, 720, 721, 900, 1.602 del Código Civil y 862 del Código Judicial como normas sustanciales, a través de error manifiesto de hecho en la apreciación de los títulos de propiedad, así como también de errores de la misma índole además de yerro de derecho en la calificación de algunos testimonios, confesiones de los litigantes y dictamen pericial, con quebranto de los artículos 604, 606 y 697 del Código Judicial como infracción de medio por cuanto hace a los aludidos errores de derecho.

Estima la demanda que el fallo incurre en error de hecho y se contradice al considerar primero el acuerdo entre las partes “**como un todo indivisible**” para no admitirlo después sino hasta el último sauce a cuatro o cinco metros del río, cuando la realidad procesal demuestra que el convenio comprendió la línea divisoria, excluida la última parte, y cita al efecto los testimonios de Fidel Cadavid, Vicente Saldarriaga, Celedonio Jaramillo, Jesús A. Londoño, Juan Venegas, José María Mazo y Manuel S. Tobón, además de lo que declara el demandante, de donde deduce y puntualiza que el error de hecho estriba en extender el acuerdo referente a una parte de la línea, a toda ella.

Con respecto a los títulos de propiedad y a la conclusión tercera de la sentencia, alega también error de hecho, por cuanto si no hay duda de que la línea divisoria “eran unos rieles rectos al río”, no ha de serlo para torcer a la izquierda “en busca de la distancia más corta a la corriente, como pretende el actor y lo dispone la sentencia”. Y agrega:

“Lo que dicen los títulos, todos de acuerdo, es: La quebrada **Caimito** abajo ‘hasta encontrar un mojón, ésta en línea recta a buscar otro mojón de riel y de éste a otro recto al río’ (escritura número 2.211 de 22 de junio de 1946: compra de Ga-

briela Sierra viuda de Cadavid); '...quebrada Caimito y siguiendo por ésta abajo... hasta un mojón; sigue en línea recta a buscar otro mojón de riel y de éste a otro, línea recta al río Medellín' (Escritura número 2.112 de 28 de junio de 1951: compra de Albérto Cadavid Sierra) y '...siguiendo la misma quebrada (Caimito) hasta un mojón de riel y de aquí a otro mojón recto al río Medellín' (escritura número 1.293 de 29 de mayo de 1941: compra de Secundino Cadavid)".

De esto desprende que: "Quebrar la línea para seguir a la corriente, no está previsto en las escrituras y hacerlo por la vía más corta tampoco". Así impugna el fallo por error manifiesto de hecho.

Cuanto hace a la consideración del Tribunal acerca de que las propiedades aledañas y la quebrada de El Caimito llevan dirección en sentido perpendicular y no paralelo al río Medellín, dice la acusación que todos esos hechos indicadores confluyen en el supuesto de que la corriente vaya de Sur a Norte, pero que si en "ese sector deja de discurrir de Sur a Norte para correr de Oriente a Occidente o Noroeste, la línea perpendicular se torna paralela a la corriente". Sostiene que así acontece en el caso de autos con referencia a las declaraciones de Celedonio Mesa, Jesús A. Londoño, Isaías Calavíd, José María Mazo y Antonio Cadavid para deducir que en el sitio litigioso el río dio una vuelta, "de modo que parte de esa vuelta siguió el rumbo general del río —de Sur a Norte— y parte, el rumbo contrario aproximado: de Oriente a Occidente o Noroeste, pues de otro modo no se trataría de una vuelta. En estas circunstancias —agrega— la prolongación de la línea de demarcación sobre el aluvión formado del lado izquierdo de la corriente, línea que lleva un rumbo de Occidente a Oriente y que cuando en tal sitio las aguas corrian de Sur a Norte, era perpendicular, ahora sigue paralela a ese sector de la vuelta que marcha de oriente a occidente o Noroeste, más o menos".

Sobre la circunstancia de que el actor Secundino Cadavid adquiriera por compra hecha a la demandada Gabriela Sierra viuda de Cadavid con derecho de riberanía y que por ello la línea debe ir al río en forma que le conserve esa calidad, expresa el recurrente:

"Ello quiere decir que la finca que se vende con riberanía, sobre todo si la enajena quien continúa como propietario del fundo colindante, ha de permanecer riberana y sus linderos deben señalarse de modo que subsista la riberanía.

"Lo cual, en principio, como enunciación de una norma no merece objeción. Pero, como aplicación de la norma en el caso de autos, sí, porque, en tratándose de fenómenos de aluvión y de cambio de curso de una corriente de agua, puede acontecer que en razón de los mismos fenómenos no sólo se reduzca la extensión del fundo y cambie éste de figura, sino que además pierda, incluso, el acceso a las aguas, esto es, la riberanía".

Alega error de hecho en el sentenciador por no tomar en cuenta, como si no figuraran en el proceso, los testimonios de Fidel Cadavid, Vicente Saldarriaga, Celedonio Mesa Jaramillo, Jesús A. Londoño, y la confesión del actor acerca de los fenómenos de la acesión-aluvión y cambio de curso de la corriente, modificativos y destructores de la riberanía.

Y comenta:

"Las pruebas referidas demuestran que a lado y lado de la hilera de sauces —sustitutos de la hilera de rieles clavados, desaparecidos— quedaron terrenos de aluvión originados en el retiro de las aguas del río y el cambio operado en su curso, al dar una vuelta en un corto sector; que la ribera izquierda de ese trayecto aumento por el aluvión y que al prolongar el lindero continuando la recta formada por los sauces, sobre ese aluvión de acuerdo con lo prescrito en el artículo 721 (sic) del Código Civil, el fundo del demandante quedó privado de acceso al río, en todo o en parte, ya que el concepto de los peritos de la segunda instancia no precisa al respecto".

SE CONSIDERA:

1.—En la hipótesis del artículo 720 del Código Civil, el criterio legal para determinar la acesión a los predios ribereños de los terrenos aluviales dentro de sus respectivas líneas limítrofes prolongadas directamente hasta el agua, descansa obviamente sobre dos bases necesarias: a) Que en realidad se trate del aumento recibido por la ribera de un río o lago a consecuencia del lento e imperceptible retiro de las aguas (719); y b) Que las líneas de demarcación de las heredades ribereñas estén ya definidos sobre el suelo, que es precisamente la finalidad propia del juicio de deslinde y amojonamiento.

De manera que si esta vía judicial se halla en proceso, no habrá definición de la línea limítrofe sino cuando esté ejecutoriado el fallo que ponga fin a la controversia: sólo así la linde podrá ser prolongada directamente hasta el agua para en-

señar el crecimiento por aluvión de aquellas heredades.

Y cuando no se contempla el lento e imperceptible retiro de las aguas sino la presencia de corrientes devastadoras de los hitos, no hay duda de que entonces la tarea jurisdiccional en el deslinde ha de concretarse a esclarecer y restituir la verdadera colindancia según las pruebas allegadas a los autos, con apoyo primordial en las titulaciones de las partes.

2.—En el caso **sub iudice** no discrepan las palabras escriturarias de los títulos que ambas partes ostentan para respaldar sus pretensiones, y la sentencia que así lo admite no es susceptible al respecto de tacha por yerro de ninguna índole. Y si al interpretar la línea en contacto con el suelo aparece concretamente exteriorizado el acuerdo de las partes sobre una hilera de sauces para sustituir mojoneros arrasados por el agua, aunque el demandante aclare sobre el mismo hecho que más allá del último árbol quedó la línea sin definir, nada impide al sentenciador, y menos cuando hizo inspección ocular sobre el terreno, admitir el acuerdo de voluntades para el trayecto indiscutido, y aceptar el reconocimiento del actor tal y como fue hecho, en lo adverso y en lo favorable, sin que pueda impugnarse su juicio por error de hecho al apreciar la probanza como objetivamente es, ni tampoco por error de derecho si considera indivisible esa confesión y la valora conforme a la tarifa. Ni resulta atacada en casación la indivisibilidad del reconocimiento cuando la demanda alude a la divisibilidad de la línea limítrofe, que es cosa claramente descompuesta en trayectos, de tal modo que la confesión sobre una de sus partes no es la confesión sobre la totalidad de los linderos.

En consecuencia, si para la sección restante a partir del último sauce convenido, careció el sentenciador del mismo apoyo en el acuerdo de voluntades de los litigantes, bien pudo considerarse en la necesidad de aclarar la terminación del límite por los títulos de ambas partes que revelan su posición de ribereños sobre la misma orilla del río Medellín y la circunstancia muy ilustrativa a la vez, de ser el actor causahabiente de la demandada que como vendedora le dio tal calidad de propietario ribereño.

Si, pues, con fundamento en ese mismo carácter dispuso el sentenciador que la demarcación voltee en línea recta a encontrar las aguas del río Medellín, en vez de seguir la trayectoria sensiblemente paralela de su curso según el querer de la demanda, con privación de la riberanía para la

heredad del actor y pugna con los títulos de ambas partes, tampoco se descubre yerro en derecho al calificar los medios, ni menos aún ostensible error de hecho al apreciarlos en concreto, cuando la sentencia se sustenta en escrituras públicas, concepto de peritos y demás medios aportados, de modo principal en inspección ocular, de preferencia a declaraciones de algunos testigos que no restaron fuerza a la convicción del fallador, legalmente adquirida dentro del marco discrecional de sus poderes de apreciación prevalecientes ante la Corte en virtud de la naturaleza rigurosa y estricta del recurso extraordinario encaminado a la acusación del fallo en interés de la ley, sobre la base de que por regla general los soportes de hecho quedaron bien examinados y definidos al concluir el segundo grado del proceso.

No es imposible en abstracto que el curso de una corriente tornadiza cambie caprichosamente de dirección hasta el punto de privar de la riberanía a este o aquel fundo. Pero si en forma vaga se habla de vuelta que diese el río sin determinar de ninguna manera el grado y posición de la curvatura, nada permite concluir en el sentido radical de que el fenómeno se cumplió efectivamente y con claridad probatoria tal que lo haga evidente en el proceso. Debe entonces prevalecer el juicio de quien, como el sentenciador, tuvo a la vista los terrenos que el litigio contempla.

Por todo lo cual la demanda no prospera.

RESOLUCION:

Así, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín proferida en el presente litigio con fecha 7 de mayo de 1957.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y vuelva el proceso al referido Tribunal.

José Hernández Arbeláez—Hernando Morales M.—Ignacio Escallón—Enrique Coral Velasco—Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge Soto Soto, Secretario.

LA DEMANDA DE CASACION PUEDE FORMULARSE CON ANTELACION AL AUTO DE TRASLADO PARA FUNDAR EL RECURSO. — EL RECURSO DE CASACION NO ES OPORTUNIDAD PARA ATACAR UNA SENTENCIA APROBATORIA DE PARTICION CON BASE EN OBJECIONES QUE NO SE PROPUSIERON EN EL TERMINO DEL TRASLADO Y POR TANTO NO FUERON OBJETO DE DEBATE EN INSTANCIA

1.—La ley establece el término de treinta días para fundar la casación (C. J. artículo 530), vencidos los cuales si así no se hace debe declararse desierto el recurso (artículo 532 ibídem). Dicho término preclusivo tiene por fin que el recurrente asuma en tiempo razonable la carga de fundar el recurso, lo cual es indispensable para que la Corte precise su radio de acción, ya que, como es sabido, esta entidad no puede moverse sino en el campo que el recurrente le delimita en cuanto a las causales invocadas y sus aspectos diversos.

Pero nada se opone a que con antelación a dicho plazo pueda aducirse la demanda, pues lejos de entorpecer el procedimiento puede que en algunos casos se acelere. Además, la demanda ya ha ingresado al proceso cuando el término para proponerla se concede, de modo que el opositor la tiene a su disposición en el momento en que le corresponde contestarla, como si se hubiera aducido dentro del traslado respectivo, por lo cual los principios preclusivos no se afectan.

2.—“El recurso de casación no es oportunidad procesal ni medio adecuado para atacar la legitimidad de una sentencia aprobatoria de una partición... con base en objeciones no formuladas dentro del término legal de traslado que establece el artículo 964 del C. J., o distintas de las que los interesados opusieron efectivamente en esa única oportunidad del proceso” (G. J. LXIII, pág. 675).

por Gonzalo Peláez contra la sentencia de 25 de abril de 1958 dictada por el Tribunal Superior de Buga en el sentido de aprobar la partición dentro del juicio de liquidación de sociedad conyugal promovido por Inés Rodríguez de Peláez frente al nombrado señor.

Antecedentes.

Inés Rodríguez de Peláez demandó ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Tuluá a Gonzalo Peláez a fin de que se decretara la separación de bienes y se ordenara la liquidación de la sociedad conyugal nacida por el hecho del matrimonio entre ellos. El Juzgado, rituado el procedimiento especial respectivo, proveyó de acuerdo con la demanda, en fallo confirmado por el Tribunal de Buga.

Para dar cumplimiento a tal ordenamiento se adelantó el juicio de liquidación de la sociedad conyugal, en el que se practicó la partición oportunamente. Esta fue objetada por Gonzalo Peláez, y sólo la tercera de sus objeciones prosperó, por lo cual se dispuso que el partidador rehiciera el trabajo, ajustándose al contenido del auto de 20 de noviembre de 1957 que resolvió el incidente de objeciones.

El partidador presentó nuevamente la partición y el Juzgado hallándola ceñida a las instrucciones a que se ha hecho mérito, la aprobó por sentencia de 7 de diciembre de 1957 que apelada por el marido, fue confirmada por el Tribunal.

El recurso.

Dos cargos, dentro de la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, se formulan contra la sentencia, a saber: 1º Violación, por infracción directa, del artículo 1.833 del Código Civil, cargo que se sintetiza así: La deuda inventariada a favor de Dionisio Cobo consta en documento auténtico y de ella responde la sociedad conyugal,

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, mayo trece de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Hernando Morales M.).

Se decide el recurso de casación interpuesto

o sea que tal pasivo debe afectar todos los bienes sociales y no los gananciales de determinado cónyuge. De modo que si el partidor al rehacer el trabajo, se limitó a deducir de los bienes o gananciales correspondientes a Gonzalo Peláez dicho crédito y no lo sustrajo primero de la totalidad del activo social, infringió la norma en cita. Y la sentencia, al aprobar el trabajo rehecho, también la transgredió, máxime cuando no se atemperó a la providencia que decidió las objeciones, la que simplemente ordenó que el crédito susodicho se adjudicara a uno de los cónyuges, preferentemente al que lo contrajo, y no al propio acreedor como lo hizo la partición inicial.

2º Violación, por aplicación indebida, del artículo 1.834 del Código Civil, pues la partición aprobada hace recaer sobre el marido exclusivamente la totalidad del pasivo social y "esa disposición quedó tácitamente reformada por el artículo 2º de la Ley 28 de 1932", norma que establece que ante terceros los cónyuges responden solidariamente de las deudas que tienden a satisfacer las ordinarias necesidades domésticas de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes. Agrega el recurrente que como todas las deudas adquiridas por el marido, especialmente la inventariada, tuvieron dicha finalidad, el marido no debe responder sino de la mitad.

Se considera:

Como el opositor propone que se declare desierto el recurso por haberse aducido la demanda de casación extemporáneamente, debe examinarse este aspecto en forma previa.

En efecto, dicha demanda llegó a la Secretaría de esta Sala el 5 de agosto de 1958 y fue remitida desde Tuluá donde se presentó personalmente el 30 de julio anterior. Y el traslado a la parte recurrente se confirió en auto de 4 de septiembre subsiguiente y comenzó a correr el 8 del mismo mes, o sea que la demanda se incorporó al proceso tiempo antes de que empezara el plazo para aducirla y aún con anterioridad a la admisión del recurso.

La ley establece el término de treinta días para fundar la casación (Código Judicial artículo 530), vencidos los cuales si así no se hace debe declararse desierto el recurso (artículo 532 *ibidem*). Dicho término preclusivo tiene por fin que el recurrente asuma en tiempo razonable la carga de fundar el recurso, lo cual es indispensable para que la Corte precise su radio de acción, ya que, como es sabido, esta entidad no puede moverse sino en el campo que el recurrente le delimita en

cuanto a las causales invocadas y sus aspectos diversos.

Pero nada se opone a que con antelación a dicho plazo pueda aducirse la demanda, pues lejos de entorpecer el procedimiento puede que en algunos casos se acelere. Además, la demanda ya ha ingresado al proceso cuando el término para proponerla se conceda, de modo que el opositor la tiene a su disposición en el momento en que le corresponde contestarla, como si se hubiera aducido dentro del traslado respectivo, por lo cual los principios preclusivos no se afectan. Por eso la Corte ha dicho al respecto: "Los dos términos, el de interposición y el de fundación del recurso, son fatales para el interesado si el trabajo se presenta después del respectivo término, pero el que se da para fundar el recurso no es obstáculo para que desde antes y aún durante el término para la simple interposición se haya presentado la demanda, pues la garantía para el opositor, o para el otro recurrente cuando lo hay, en nada se merma, con tal de que a su tiempo pueda conocer las causales de casación, las cuales, por lo que respecta a la Corte, se presentan así con más anticipación para el estudio y meditación de los fines del recurso" (G. J. número 1.899, página 308).

Lo anterior basta para considerar que el recurso fue fundado en tiempo y, por tanto, se proceda a su examen.

Las objeciones a la partición presentadas por el apoderado del señor Peláez y que no prosperaron fueron en síntesis: que el crédito de Dionisio Cobo no había sido inventariado; que el crédito de Emilió Duque no constaba en documento auténtico; que el partidor no señaló valor a un inmueble adjudicado al marido; que se incluyó como pasivo el monto de honorarios en que el partidor estimó su labor, sin previa consulta con el objetante; que se contabilizó como activo determinada suma que representa el precio de venta de algunos semovientes enajenados por el secuestre sin que éste hubiese hecho la consignación correspondiente; y que en la composición de un lote adjudicado a la cónyuge no se dio cumplimiento a la regla 9ª del artículo 1.934 del Código Civil.

La objeción que prosperó, o sea la tercera, dice: "Al hacerse la adjudicación del crédito a favor del señor Dionisio Cobo se le formó a éste hijuela separada, lo que no podía hacerse, ya que es a las partes interesadas a quienes se impone la obligación de cubrir los créditos pendientes para lo cual se les señala la cuota respectiva con la

que deben satisfacer el pago (artículo 1.411 del Código Civil)".

El Juzgado al resolver las objeciones dispuso en auto firme que el partidor debería rehacer la cuenta sujetándose a las observaciones hechas en la parte motiva, en la cual se lee: "Al aceptarse por el Juzgado la objeción tercera, en la parte resolutive de esta providencia se incluirá la declaración consecüente a fin de que por el partidor se adjudique la hijuela de deudas a uno de los cónyuges separado de bienes, de preferencia a quien contrajo la única obligación (crédito pasivo) inventariada. Lo cual en manera alguna significa que el partidor debe afectar por eso la hijuela del adjudicatario, pues en el trabajo objetado se gravó correctamente con la deuda a favor del señor Cobo la totalidad de la masa partible en aplicación del artículo 1.411 del Código Civil". Es decir, que como el partidor para cubrir el crédito de Dionisio Cobo por \$ 4.648.00 había adjudicado a éste especies, con lo cual se configuraba una dación en pago sin consentimiento del acreedor, el Juzgado ordenó que la hijuela de deudas se adjudicara a uno de los cónyuges a fin de que él pagara tal deuda, para cuyo efecto se le adjudicarían bienes suficientes.

En la partición inicial el crédito a favor de Cobo se dedujo del activo de la sociedad conyugal, o sea \$ 33.955.00, de modo que sustraído su monto, junto con las demás deudas, del valor de los bienes inventariados, se obtuvo un activo líquido que se repartió en dos para establecer la suma que por gananciales correspondía a los cónyuges que es \$ 27.779.08, la cual dividida entre ellos arroja la cifra de \$ 13.889.54 para cada uno.

En la partición reformada el partidor, ajustándose a lo dispuesto por el Juzgado, procedió en igual forma en cuanto a que el mencionado pasivo lo dedujo del activo social y no del monto de los gananciales de Gonzalo Peláez como lo afirma el recurrente, por lo cual el valor de aquéllos no cambió de la primera a la segunda partición. Esta se modificó, de acuerdo con el auto que decidió las objeciones, sólo para adjudicar la hijuela contentiva de dicha deuda al marido, a quien por tanto se asignaron bienes por el mismo valor para que pudiera pagarla. En efecto allí se expresa: "Hijuela de deudas. A favor del señor Gonzalo Peláez. Vale la suma de \$ 4.648.00. Para pagarle se le adjudica al señor Peláez, con cargo de pagar el crédito inventariado al señor Dionisio Cobo por el mismo valor de \$ 4.648.00, lo siguiente: (aquí los mismos bienes muebles que en el primer trabajo se habían adjudicado al propio

acreedor en dación en pago). Por este motivo, el valor de la hijuela de Peláez, a título de gananciales, no sufrió alteración, y así se encuentra que ella vale \$ 13.889.54, lo mismo que en la partición objetada, todo lo cual pregona que el partidor obedeció lo ordenado por el Juzgado al desechar las objeciones propuestas, salvo la tercera que fue acogida.

Del anterior recuento resulta:

a) Que en ninguna de las objeciones se adujo que la deuda a favor de Cobo hubiera afectado el monto de los gananciales del marido en vez de ser deducida previamente del activo de la sociedad conyugal, fuera de que la partición no se apartó de éste proceder, el cual, no se califica porque no está comprendido en el presente recuento.

b) Que en ninguna de las objeciones se adujo que tal crédito no debía pagarse sólo por el marido, ni se planteó que se tratara de deuda contraída para satisfacer las ordinarias necesidades de crianza, educación y sostenimiento de los hijos comunes.

c) Que, por lo mismo, el contenido de los cargos en casación no fue materia de las objeciones oportunamente presentadas, es decir, no dio lugar a debate en instancia.

d) Que, por lo tanto, no pueden prosperar los cargos, pues es sabido "que el recurso de casación no es oportunidad procesal ni medio adecuado para atacar la legitimidad de una sentencia aprobatoria de una partición... con base en objeciones no formuladas dentro del término legal de traslado que establece el artículo 964 del Código Judicial, o distintas de las que los interesados opusieron efectivamente en esa única oportunidad del proceso" (G. J. LXIII, pág. 675).

Resolución.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Buga el veinticinco de abril de mil novecientos cincuenta y ocho.

Las costas del recurso de cargo del recurrente.

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

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco.
Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge Soto Soto, Secretario.

LA EXISTENCIA DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA DE INMUEBLES, CUYA PRUEBA NO ES OTRA QUE LA COPIA REGISTRADA DEL RESPECTIVO INSTRUMENTO PUBLICO, NO SE DEMUESTRA CON EL CERTIFICADO DEL REGISTRADOR DEL CIRCUITO, QUE APENAS TIENE EL VALOR DE PRUEBA SUPLETORIA SUBORDINADA A LAS CONDICIONES PRESCRITAS POR EL ARTICULO 2.675 DEL C. CIVIL, NI POR MEDIO DE CONFESION, —SEA JUDICIAL O EXTRAJUDICIAL—, NI TAMPOCO CON DOCUMENTO PRIVADO. — CUANDO EXISTE EL ERROR DE DERECHO. — EL MANDATARIO QUE CONTRATA EN NOMBRE PROPIO Y ASI OBTIENE LA TRADICION CON LA INSCRIPCION DE SU TITULO, ADQUIERE PARA SI, PERO SOLO MIENTRAS NO SE ESTABLEZCA PLENAMENTE QUE OBRO EN EL EJERCICIO DE SU MANDATO. — ALCANCE JURIDICO DEL ARTICULO 2.083 DEL C. CIVIL

1.— Si bien es cierto que un principio de amplitud informa nuestro régimen legal en materia de pruebas, también lo es, que allí mismo se establece por razones de orden público, que las partes no gozan de libertad para la escogencia de los medios de prueba, los cuales son específicos, cuando se trata de comprobar ciertos hechos o situaciones jurídicas, v. gr. en lo referente a extremos que tocan con el estado civil, o cuando se trata de contratos solemnes relativos a la compraventa de inmuebles, en los cuales, es la copia registrada del respectivo instrumento público la exigida por la ley.

“El certificado del registrador de instrumentos públicos de un contrato de compraventa de inmuebles, no es prueba del contrato: la escritura pública en los contratos solemnes no puede suplirse por otra prueba sino en el caso del artículo 2.675 del Código Civil”. (Casación, 23 de julio de 1925, Tº XXXVII, pág. 91).

Según los términos del artículo 2.675 del Código Civil, el certificado expedido por un registrador de instrumentos públicos, no tiene el valor sino de prueba supletoria y su eficacia legal está subordinada a las condiciones allí mismo prescritas.

No hay norma legal dentro de nuestra tarifa de pruebas, ni disposición alguna en la ley que establezca como medio adecuado para comprobar la compraventa de inmuebles, ni la confesión, sea judicial o extrajudicial, ni tampoco el documento privado.

2.— El error de derecho conforme lo ha decidido la Corte en numerosos fallos, no

puede existir sino cuando se dá a una prueba un valor que legalmente no tiene, o al contrario, se desconoce el que tiene conforme a la tarifa.

3.—“La acción para hacer efectivo el derecho del mandante en el caso de que el mandatario haya estipulado y adquirido en su propio nombre y se niegue a transferir el derecho adquirido, la concede el artículo 2.177 del Código Civil al autorizar el mandato oculto; nace de la representación misma del contrato y es una acción personal contra el apoderado para que se declare, a través de un adecuado establecimiento probatorio del mandato, que los efectos del contrato le corresponden a él y a él lo benefician exclusivamente. El mandatario que contrata en nombre propio y así obtiene la tradición con la inscripción de su título, adquiere para sí, pero sólo mientras no se establezca plenamente que obró en el ejercicio de su mandato”. (G. J. Nº 2.051, página 616).

4.— Si bien es cierto que la sociedad se disuelve, como lo preceptúa el artículo 2.125 del Código Civil, “por la finalización del negocio para que fue contraída”, también lo es que hay normas sustantivas especiales que rigen la vida jurídica de las sociedades de hecho, entre las cuales se halla el artículo 2083 ibidem, que faculta a cualquiera de los socios para pedir en cualquier tiempo la liquidación de sus operaciones, debiéndose efectuar tal liquidación, como lo dice expresamente otro precepto especial, de acuerdo con las normas establecidas para

la participación de los bienes hereditarios.

El alcance jurídico del artículo 2.083 del C. Civil lo fijó la Corte en los siguientes términos:

"La sociedad de hecho no es de duración obligatoria; cualquier socio puede pedir que se liquiden las operaciones anteriores para sacar su propio capital, que (sin desprenderse de su dominio) hubiere puesto al servicio del negocio común o sin intereses; restitución que puede hacerse antes de toda partición de beneficios". (Casación, 10 de diciembre de 1925, T. XXXII, pág. 206, 28 de febrero de 1933, T. XLI, pág. 202).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, mayo catorce de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado Ponente Dr. Ignacio Escallón)

Ante el Juzgado 9º Civil del Circuito de Bogotá, José Manuel Rodríguez Vega, demandó a los señores Ricardo Gallego Valencia y Alfredo Londoño M., para que previos los trámites del juicio civil ordinario de mayor cuantía, se les condenase a pagar al demandante los perjuicios materiales y morales por las sumas de \$ 300.000.00 y \$ 50.000.00, respectivamente, y también para que se les ordenase a correr a favor del demandante la escritura de copropiedad de la tercera parte de los bienes inmuebles enumerados en el punto cuarto de los hechos del respectivo libelo de demanda, como al pago de las costas del juicio y el valor de los honorarios de abogado.

Subsidiariamente solicitó que los perjuicios demandados fueren pagados según lo dictaminen peritos legalmente nombrados; y que en el caso, de que los inmuebles que debieron ser comprados para los socios de la compañía hubiesen sido enajenados o traspasados, se avaluara la parte que de ellos debió corresponder al demandante condenándose a los demandados a pagar dicha suma.

Para fundamentar sus peticiones relaciona el actor una serie de hechos que son en resumen los siguientes:

1º—Por documento privado de fecha 24 de octubre de 1950, Ricardo Gallego Valencia y Alfredo Londoño M., por una parte, y José Manuel Rodríguez Vega por la otra, celebraron una sociedad de hecho para la explotación de unas minas de asfalto ubicadas en Pesca, Departamento

de Boyacá, y de las cuales eran arrendatarios Gallego Valencia y Londoño.

2º—Se estipuló en el referido contrato destinar un 20% de las utilidades para formar un fondo de reserva con el cual debería atenderse entre otras cosas, a pagar a Enrique Londoño E. el valor de las tierras y mejoras que con dicho señor se estaban negociando y fincas que debían adquirirse por iguales partes, o sea, a razón de una tercera parte para cada uno de los socios Rodríguez, Gallego Valencia y Londoño.

3º—No obstante esta estipulación, Gallego Valencia y Londoño compraron únicamente para sí a Enrique Londoño por escritura pública número 4.010 de 23 de diciembre de 1950 otorgada ante el notario 3º del circuito de Bogotá, los inmuebles que aparecen relacionados en el punto 4º de la demanda, violando así, con perjuicio de Rodríguez el contrato ya mencionado.

4º—Los demandados Gallego Valencia y Londoño M., al absolver posiciones confesaron ser cierto haberse formado con el demandante la citada sociedad de hecho, pero afirmando el primero que dicha sociedad había sido liquidada y el segundo que no había sido liquidada.

La cuantía de este negocio fue estimada en la suma de \$ 500.000.00 y se invocaron como fundamento de derecho los artículos 734 y 100 (sic) del Código Judicial y los artículos 1313, 1614 y demás concordantes del C. Civil.

Admitida la demanda al corrérseles traslado de ella a los demandados la contestaron por medio de apoderado, quien aceptó ser cierta la constitución de la sociedad de hecho, negó el segundo de los hechos en la forma como estaba redactado, aceptó parcialmente el cuarto, y finalmente negó los demás hechos del respectivo libelo. Al propio tiempo formuló las excepciones de ineptitud sustantiva de la demanda y la de contrato no cumplido por el demandante y la de carencia de acción.

El mismo apoderado en escrito aparte formuló demanda de reconvencción solicitando se declarara que la referida sociedad de hecho terminó por la realización del negocio para la cual fue constituida y que como al liquidarse arrojó una pérdida de \$ 3.836.68, el socio José Manuel Rodríguez V. debe pagar la suma de \$ 1.762.51 que le corresponde por concepto de pérdidas y además la suma de \$ 639.35 valor del saldo a su cargo en cuenta corriente. Finalmente, pidieron los contrademandantes se declarara que en vista de las pérdidas sufridas por la sociedad ninguna obli-

gación tenían ellos con el socio Rodríguez en relación con los lotes por ellos comprados a Enrique Londoño.

Como petición subsidiaria se solicitó la disolución y en estado de liquidación la mencionada compañía de hecho, y en caso de accederse a ella, debería llevarse a cabo sobre la base de que Rodríguez soportara el 45 % de las pérdidas de acuerdo con lo que al respecto fue estipulado en la cláusula undécima del contrato suscrito el 24 de octubre de 1950.

Los hechos afirmados en la demanda de reconvencción son en resumen los siguientes:

a) Que por documento privado de fecha 24 de octubre de 1950, se formó entre Alfredo Londoño y Ricardo Gallego V., por una parte, y José Manuel Rodríguez, por otra, una sociedad de hecho para la explotación de unas minas de asfalto, denominadas "San Emigdio", "El Retiro" y "El Tajo", ubicadas en terrenos de Salvador Pérez y arrendadas por éste a Londoño y Ricardo Gallego V.

b) Que el objeto de tal sociedad era suministrarle a los doctores Víctor Jiménez Suárez y Ricardo Escobar Alvarez, según contrato con ellos celebrado la cantidad de 1.500 metros cúbicos de asfalto a razón de \$ 12.50 metro cúbico.

c) Que el socio Rodríguez Vega quien contractualmente se había obligado a dirigir la explotación de las minas ya nombradas, no cumplió con sus obligaciones.

d) Que según lo estipulado, Rodríguez Vega tenía derecho a un 45% de las utilidades o pérdidas que arrojara el negocio.

e) Que el negocio de venta asfáltica a los ingenieros Jiménez Suárez y Escobar Alvarez, sólo duró hasta el 8 de mayo de 1951, en vista de que el Ministerio había decretado la caducidad del contrato celebrado sobre el particular con estos ingenieros.

f) Que durante el desarrollo y ejecución de la sociedad, se hicieron gastos por la suma de \$ 10.747.00 y que de conformidad con la contabilidad de la compañía, existe a cargo de ésta un saldo de \$ 3.836.68, de cuya suma corresponde pagar al socio Rodríguez V., el 45%.

El apoderado de Rodríguez contestó la demanda oponiéndose a las declaraciones impetradas en el libelo, admitió ser cierto lo referente a la formación de la sociedad de hecho, negó que su poderdante hubiera dejado de cumplir con sus obligaciones contractuales, negó que la sociedad se hubiera liquidado y se le hubieran presentado o

rendido cuentas y negó las demás afirmaciones hechas por el procurador de los contrademandantes.

Agotado el trámite de primera instancia el juzgado 9º del circuito de Bogotá, desató la litis por medio de sentencia de fecha 6 de marzo de 1956, y en su parte resolutive hizo las siguientes declaraciones:

"Primera.—Decláranse no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada al contestar la demanda principal, consistentes en ineptitud sustantiva de la demanda, petición antes de tiempo y de un modo indebido.

"Segunda.—Absuélvese a los demandados señores Alfredo Londoño M. y Ricardo Gallego Valencia, de los cargos formulados en la demanda propuesta por el señor José Manuel Rodríguez Vega, motivo de este juicio.

Tercera.—Condénase al mismo demandado señor José Manuel Rodríguez Vega, al pago de las costas del juicio. Tásense.

"Cuarta.—Declárase terminada la sociedad de hecho formada el 24 de octubre de 1950, entre los señores Ricardo Gallego V., Alfredo Londoño M. de una parte, y José M. Rodríguez V. de otra, por la realización del negocio para que fue contraída y en consecuencia, se ordena su liquidación inmediata.

"Quinta.—Niéganse las peticiones segunda, tercera, cuarta y quinta, de la demanda de reconvencción y en consecuencia, se absuelve al contrademandado señor José M. Rodríguez V., de los cargos allí formulados.

"Sexta.—Niéganse las súplicas contenidas en la petición segunda subsidiaria de la referida demanda de reconvencción.

"Séptima.—Sin costas para ninguna de las partes en la demanda de reconvencción".

Los apoderados de ambas partes apelaron de la anterior providencia, y después de surtidos los trámites de la segunda instancia, el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de fecha 16 de junio de 1957, decidió la litis en los siguientes términos:

"Primero.—Refórmase el numeral 1º resolutive de la sentencia apelada de seis de marzo de mil novecientos cincuenta y seis, en el sentido de que no es el caso de hacer declaración alguna sobre las excepciones propuestas por los reos en la demanda principal.

"Segundo.—Confírmense los numerales 2º, 3º, 5º y 6º con la aclaración de que la condenación

en costas hecha en el 3º se refiere al actor José Manuel Rodríguez Vega.

“Tercero.—Revócase el numeral 42 y en su lugar se niegan las peticiones de la demanda de reconvencción sobre disolución y liquidación de la sociedad de hecho.

“Cuarto.—Revócase el numeral 7º para condenar a los contrademandantes en las costas de ambas instancias en esa demanda.

“Quinto.—Condénase al actor a pagar las de la segunda instancia en la demanda principal”.

Interpuso el recurso de casación contra la anterior providencia del tribunal el apoderado de la parte demandante, y procede a resolverse por hallarse cumplidos todos los trámites de rigor.

La demanda

El recurrente después de criticar en su demanda tres aspectos de la sentencia recurrida, procede a formular contra ella tres cargos que a continuación se estudiarán.

EXAMEN DE LOS CARGOS

Primer cargo

“La sentencia, dice el recurrente, es violatoria de la ley sustantiva por vía indirecta, por la apreciación errónea de unas pruebas fundamentales en el negocio”.

En desarrollo de su cargo, dice así el recurrente:

“Como lo hemos visto, al sentenciador no se le hicieron suficientes las pruebas que obran de autos sobre la existencia de un contrato de sociedad que incluye la adquisición para ella, para los tres socios, de un determinado bien raíz. Las pruebas son estas:

“1.—Posiciones, que comportan la confesión de los demandados sobre el particular.

“Esas posiciones han sido determinadas ya a lo largo de este escrito.

“2.—Documentos admitidos como válidos de autos, como el en que contratando los tres socios con los señores Octavio Rosselly Quijano y Hernando Martínez, ellos declaran que aceptan un contrato sobre tierras de propiedad de los tres, de Rodríguez y Londoño y Gallego, quienes afirman con su firma lo mismo, es decir que los tres son dueños de las tierras que se debieron comprar para todos ellos.

“3.— Un certificado del registrador de instru-

mentos públicos y privados de Sogamoso.

“Como se ha visto, los señores juzgadores de la segunda instancia consideran que esas pruebas no sirven para establecer la verdad de la existencia de una sociedad de hecho y de sus consecuencias y propósitos.

“Y lo han dicho en la parte respectiva expresamente.

“Con esta actitud y con esta parte del fallo se han violado las siguientes disposiciones del Código Civil: 2637, cuando esa disposición calumniada por la sentencia ni es taxativa ni prohíbe la utilización del medio de prueba a que se refiere a otros casos no contemplados por ella.

“A través de los artículos correspondientes del Código Judicial, que fueron violados con este desdén y de hecho de las pruebas, o sea los artículos 603, 604, 606, 632, se violaron las disposiciones sustantivas correspondientes del Código Civil, artículos 669, 2.083, 673, 740, 754, 2.079, 2.081 y 1.546”.

“Estamos en presencia de un error de derecho.

“Aquellas disposiciones del Código Judicial son también sustantivas porque se refieren al valor que tienen las pruebas de confesión, documentos públicos, etc.”

Expuesto lo anterior, la Corte considera:

La sociedad de hecho formada por los señores Gallego Valencia, Londoño M. y José Manuel Rodríguez V., que no sólo consta en el documento privado de fecha 24 de octubre de 1950 y que ha obrado como prueba en este juicio, sino que también su existencia jurídica ha sido expresamente confesada en este litigio por ambas partes, quienes no discrepan a este respecto, es cuestión que está fuera de controversia y hecho procesal reconocido en los fallos de instancia.

Punto fundamental planteado en esta litis por la parte demandante, es la de si Gallego Valencia y Alfredo Londoño, están o no obligados, como se impetra en la demanda principal, y como lo prescribe el acuerdo pactado entre ellos, y Rodríguez Vega, a hacerle a este último escritura pública de traspaso a su favor de la tercera parte de los inmuebles relacionados en el punto cuarto de la demanda y que los primeramente nombrados compraron a Enrique Londoño V., mediante la escritura pública número 4.010 de 23 de diciembre de 1950, pasada ante el notario 3º del circuito de Bogotá, la cual se concretó a citar en su demanda el actor.

Para mayor claridad y siguiendo un principio general de hermenéutica contractual consagrado

en el artículo 1.621 de nuestro Código Civil, conviene transcribir y relacionar debidamente las cláusulas pertinentes que se hallan consignadas en el documento por medio del cual, se constituyó la referida sociedad de hecho. Tales cláusulas son del siguiente tenor:

“Sexto.—Igualmente convienen en que se destine un porcentaje no inferior a un veinte por ciento (20%) de las utilidades que vayan quedando para destinarlas al pago de los terrenos y mejoras y decovil, etc., que se están negociando con Enrique Londoño al pie de las minas citadas, hasta la cancelación de dicha deuda con él. La compra que se haga al citado Enrique Londoño se hará para los tres firmantes por partes iguales entre ellos.

“Noveno.—Después de cancelar estas dos deudas y cualquiera otras a que hubiera lugar, entonces podrá pensarse en empezar a repartir utilidades pero de todas maneras desde ahora se conviene en que siempre se dejará un 20% de utilidades para ir formando un fondo de reserva con destino a este fondo, bien a hacer uso de la opción que tiene Londoño y Gallego para la compra en firme del subsuelo de aquellas minas a Salvador Pérez, compra que se hará para los tres firmantes y que les dará derecho a cada uno de ellos a una tercera parte sobre aquellas minas, o bien, para cualquier emergencia o inversión que de común acuerdo se convenga hacer”.

De las cláusulas anteriormente transcritas fluye con evidencia la obligación que contrajeron Londoño y Gallego Valencia para con Rodríguez V., de transpararle a éste la tercera parte de los inmuebles que le llegasen a comprar a Enrique Londoño. Pero demandada judicialmente, como lo ha sido, por parte de Rodríguez la efectividad de la expresada obligación, le correspondía probar durante la secuela del juicio dos extremos esenciales a saber: Primero, que se le proporcionaron los socios Londoño y Valencia los recursos necesarios para la compra, los cuales, como se estipuló, deberían tomarse del 20% de las utilidades destinadas para formar el fondo de reserva; y segundo, que efectivamente Londoño M. y Valencia Gallego le compraron a Enrique Londoño los inmuebles a que esta litis se refiere.

Con respecto al primer extremo no hay constancia alguna en el proceso, de que Londoño M. y Valencia Gallego hubieran percibido el dinero necesario para la compra prevista en el contrato de sociedad. Al contrario, según declaración que obra al folio 4 del cuaderno número 4, el señor

Bruno Pérez, como contador y contabilista de la sociedad, declara enfáticamente que según el balance y contabilidad de la empresa, la compañía arrojó un saldo de pérdida de \$ 3.836.68. Este testimonio y los documentos exhibidos sobre el particular, no fueron desvirtuados en forma alguna durante el debate judicial, y por ello, es de suponer que la situación económica de la empresa no permitió suministrarle a Londoño M. y Gallego V., el dinero necesario para efectuar la compra de los referidos inmuebles. Aunque este aspecto del problema no fue tratado, sino en forma incidental en la sentencia recurrida, la Corte ha considerado conveniente destacarlo al examinar este cargo.

Pero aun suponiendo que se hubiese probado debidamente el suministro de fondos a los socios Londoño M. y Gallego V., esto no relevaba al actor de su obligación de comprobar que los inmuebles relacionados en el punto cuarto de su demanda, fueron en realidad comprados a Enrique Londoño por los socios antes nombrados. Y como este hecho básico de la litis, no fue objeto de comprobación judicial, el sentenciador de Bogotá, confirmando la sentencia de primer grado, en este punto, despachó favorablemente las súplicas impetradas por el actor en su libelo, exponiendo, entre otras razones, la siguiente que en realidad constituye el soporte jurídico de la sentencia acusada. Dice así la sentencia:

“La compra de los inmuebles a que se refiere la demanda principal y el certificado del registrador de Sogamoso, que se dice hicieron Londoño M. y Gallego V., no puede acreditarse sino con copia debidamente registrada de la escritura que contiene dicho contrato”.

Naða tiene que observar la Corte a la anterior consideración hecha en la sentencia, porque si bien es cierto, que un principio de amplitud informa nuestro régimen legal en materia de pruebas, también lo es, que allí mismo se establece por razones de orden público, que las partes no gozan de libertad para la escogencia de los medios de prueba, los cuales son específicos, cuando se trata de comprobar ciertos hechos o situaciones jurídicas, v. gr. en lo referente a extremos que tocan con el estado civil, o cuando se trata de contratos solemnes relativos a la compra-venta de inmuebles, en los cuales, es la copia registrada del respectivo instrumento público la exigida por la ley, y ésta fue la que no adujo el actor del juicio en el caso sub-lite. A propósito ha dicho la Corte:

"El certificado del registrador de instrumentos públicos de un contrato de compraventa de inmuebles, no es prueba del contrato, la escritura pública en los contratos solemnes no puede suplirse por otra prueba sino en el caso del artículo 2.675 del Código Civil". (Casación, 23 de julio de 1925. Tomo XXXVII, pág. 91).

Siguiendo la anterior jurisprudencia y dándole cabal cumplimiento a claros preceptos legales, el Tribunal de Bogotá al calificar el mérito demostrativo del certificado de libertad expedido por el registrador de instrumentos públicos de Sogamoso, referente al registro de la escritura de la compra de inmuebles, a que este litigio se refiere, no lo halló apto para comprobar el objetivo que con él se propuso el actor del juicio. Al efecto dijo así en la motivación de su fallo:

"Con el certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Sogamoso, el cual da cuenta de que por escritura número 4.010 de 23 de diciembre de 1950, autorizada en la notaría 3ª de Bogotá, Enrique Londoño E. vendió a Alfredo Londoño M. y Ricardo Gallego Valencia los inmuebles especificados en la demanda, pretende acreditar que los demandados adquirieron en cabeza de ellos los inmuebles de que trata la estipulación sobre mandato.

"Sin embargo, ante los términos perentorios del artículo 2.637 del C. C. que señala al registro taxativamente los objetos de servir de medio de tradición del dominio y demás derechos reales en inmuebles; dar publicidad a los actos o contratos que trasladan, mudan el dominio de los bienes raíces, o dar mayores garantías de autenticidad y seguridad a los actos o documentos que deben registrarse, no se ve que sea el certificado del registrador de instrumentos públicos y privados el que acredite la compra de un inmueble".

Como se advertirá, el sentenciador lejos de haber quebrantado la tarifa legal, se atuvo estrictamente a los términos del artículo 2.675 del Código Civil, según el cual, el certificado expedido por un registrador de instrumentos públicos, no tiene el valor sino de prueba supletoria y su eficacia legal está subordinada a las condiciones allí mismo prescritas, de donde se deduce que ni incurrió en error de derecho el tribunal en la estimación de la prueba en cuestión, ni violó tampoco las normas legales citadas por el recurrente

en su demanda ante la Corte.

Afirma además el actor, que también incidió en error de derecho el sentenciador de Bogotá en la apreciación probatoria de las posiciones que fueron absueltas por los demandados y en el documento que recogió el contrato celebrado por los tres litigantes con los señores Octavio Roselli Quijano y Hernando Martínez Pedroza, de fecha 7 de enero de 1952, cuya cláusula primera dice:

"Los señores Londoño Gallego y Rodríguez, declaran que son dueños de una parte de la mina de asfalto denominada 'La Emilia', ubicada en la vereda de Chiguá en jurisdicción de Pesca". A este respecto la Corte considera:

El error de derecho conforme lo ha decidido la Corte en numerosos fallos, no puede existir sino cuando se da a una prueba un valor que legalmente no tiene, o al contrario, se desconoce el que tiene conforme a la tarifa.

Como de acuerdo con las pruebas a que alude el recurrente, se propuso con ellas demostrar la compra de los inmuebles tantas veces mencionados, y como esa clase de pruebas, según se ha dicho, no son las conducentes para el caso, procedió correctamente el sentenciador al no reconocerles eficacia legal, sin que por ello pueda imputársele error de derecho, pues no hay norma legal dentro de nuestra tarifa de pruebas, ni disposición alguna en la ley que establezca como medio adecuado para comprobar la compraventa de inmuebles, ni la confesión, sea judicial o extrajudicial, ni tampoco el documento privado. Por tal motivo asiste razón al Tribunal, cuando al valorar los elementos probatorios citados, dijo en la parte motiva de su fallo:

"Esta confesión extrajudicial, lo mismo que la que hacen los demandados en las posiciones absueltas fuera y dentro del juicio de que si le compraron los inmuebles en cuestión, tampoco sería prueba del correspondiente contrato, dado que no es la confesión el medio para acreditar un contrato solemne, como es el de compraventa de inmuebles".

En resumen, y como consecuencia de lo anteriormente expuesto, la Sala ha llegado a la conclusión de que la sentencia materia de este recurso, no se halla afectada ni de error evidente de hecho, ni de error de derecho en la apreciación de las pruebas citadas por el recurrente y por ello el cargo formulado no puede prosperar.

Segundo cargo

Lo formula así el recurrente:

"Segunda causal. — La sentencia es violatoria de la ley sustantiva por infracción directa de ella".

Y lo sustenta así:

"Como se ha visto en forma expresa la sentencia ha enfocado equivocadamente como mandato oculto lo que es una sociedad de hecho y sus consecuencias. Por conducto de esa interpretación directa de una disposición del Código Civil, la contenida en el artículo 2.177, se ha llegado a negar los derechos de mi cliente amparados en las disposiciones sustantivas que he citado, las referentes a propiedad, a los derechos que comparta una sociedad, y a los que se derivan del fenómeno de la acordada compraventa.

"Pero es más: al tratar equivocadamente de configurar un mandato en lo que es una sociedad de hecho, y darle consecuencias de mandato a este esquilme de un derecho sustantivo de mi cliente, no falló en consonancia; el juzgador de instancia puede con autonomía, con soberanía aplicar el derecho en donde lo encuentre y proceder en consecuencia a condenar; ha debido decir: como consecuencia de este mandato oculto que yo alcanzo a descubrir que hubo aquí, el mandatario debe repartir con su mandante oculto la propiedad comprada que debió ser también para él. Es decir, debió proceder a condenarlos a los dos mandatarios a repartir entre los tres lo comprado a Enrique Londoño.

"En el capítulo respectivo yo precisé muchos de los aspectos de esta violación a espacio, y quedan ahí para obrar sus efectos en este capítulo.

"Se violaron a través de un artículo, sustantivo también violado, los artículos del Código Civil arriba citados, 669, 673, 740, 756, 2.083, 2.079 y siguientes y —como digo— las citadas antes".

La Corte considera:

El cargo tal como ha sido formulado se ende-
reza a combatir el siguiente considerando de la
sentencia recurrida:

"Por manera que, si de los hechos alegados y que ha pretendido demostrar el demandante se deduce únicamente que Londoño M. y Gallego Valencia pudieron faltar al acuerdo de adquirir de Enrique Londoño M. los inmuebles para sí y para el doctor Rodríguez, por cuanto los hayan habido para ellos dos exclusivamente, no se puede hacer la condenación a los demandados para que otorguen la escritura a Rodríguez de la tercera

parte de los inmuebles a que se refiere el libelo, ya que de los hechos analizados no se deduce ninguna obligación de hacer basada en el artículo 1.546 (sic) del Código Civil, sino un mandato sin representación del cual nace solamente la acción declarativa de que los efectos de la compra-venta de tales bienes efectuada por Londoño M. y Gallego Valencia con Enrique Londoño, le corresponde a Rodríguez y lo benefician a él en la tercera parte de aquellos".

El pasaje anteriormente transcrito lleva a la conclusión, de que el Tribunal no incurrió en la equivocación a que aludí el recurrente y sin quebrantar las normas sustantivas por él mencionadas, ni desconocer los derechos del demandante emanados del contrato de sociedad de hecho, hubo de limitarse a interpretar la voluntad contractual consignada en la cláusula sexta, en cuyos términos no halló la obligación de hacer, concretamente suplicada por el actor del juicio, sino configurada una relación jurídica de mandato sin representación, que da origen a la acción prescrita en el artículo 2.177 del Código Civil, que lejos de haber sido infringido, lo aplicó correctamente en este caso el fallador, siguiendo así una doctrina vigente de la Corte, que dice:

"La acción para hacer efectivo el derecho del mandante en el caso de que el mandatario haya estipulado y adquirido en su propio nombre y se niegue a transferir el derecho adquirido, la concede el artículo 2.177 del Código Civil al autorizar el mandato oculto; nace de la representación misma del contrato y es una acción personal contra el apoderado para que se declare, a través de un adecuado establecimiento probatorio del mandato, que los efectos del contrato le corresponden a él y a él lo benefician exclusivamente. El mandatario que contrata en nombre propio y así obtiene la tradición con la inscripción de su título, adquiere para sí, pero sólo mientras no se establezca plenamente que obró en el ejercicio de su mandato". (G. J. número 2.051, pág. 616).

Por lo demás, al proceder el sentenciador en su tarea interpretativa de la cláusula contractual ya mencionada en la forma en que lo hizo, no sólo obró dentro de la órbita normal de sus funciones jurisdiccionales, sino en cumplimiento de un deber que a todo juzgador incumbe. Bien ha dicho por ello, Planiol y Ripert:

"Dado que la obligación convencional tiene su origen en la voluntad de las partes que han determinado su contenido, **los tribunales que conocen de un litigio deberán en primer lugar inves-**

tigar el alcance en que los litigantes han pretendido regular el extremo discutido. Cuando una cláusula ha sido válidamente aceptada por las dos partes, siendo lícita y clara, deberá aplicarse tal cual". (Derecho Civil, pág. 518, Tomo VI, 373).

En la demanda de casación se dice además, que de hallarse configurado el mandato oculto al cual se refiere la sentencia recurrida, como consecuencia de ello ha debido "el tribunal condenar u ordenar a los dos mandatarios a repartir entre los tres lo comprado a Enrique Londoño".

En sentir de la Corte, no hubiera sido lógico por parte del sentenciador hacer una condena en la forma pretendida por el recurrente, desde luego que no se comprobó judicialmente con la prueba conducente, como ya se ha dicho, la existencia del contrato de compra-venta tantas veces mencionado.

Por las razones expuestas, el cargo no resulta eficaz para infirmar la sentencia recurrida.

Tercer cargo

Se halla formulado así:

"Al revocar la sentencia casada (sic) el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia que declara terminada la sociedad de hecho formulada el 24 de octubre de 1950 entre los contendientes en este asunto, viola la ley sustantiva directamente, porque desconoce el derecho que el artículo 2.083 concede a los socios de hecho".

La Corte considera:

El tribunal al revocar el numeral 4º de la sentencia del juzgado 9º del circuito de Bogotá, que declaró terminada la sociedad de hecho formada entre los señores Gallego V., Londoño M. y Rodríguez V. al propio tiempo que ordenó su liquidación inmediata, adujo como razón la de no haberse demostrado durante la secuela del juicio que la referida sociedad de hecho hubiera cumplido la finalidad social para la cual fue constituida.

La Corte no está de acuerdo en la tesis sustentada por el tribunal para hacer la revocación a la cual se ha hecho referencia, porque si bien es cierto que la sociedad se disuelve, como lo preceptúa el artículo 2.125 del Código Civil, "por la finalización del negocio para que fue contraída", también lo es que hay normas sustantivas especiales que rigen la vida jurídica de las sociedades de hecho, entre las cuales se halla el artículo 2.083 ibidem, que faculta a cualquiera de los socios para pedir en cualquier tiempo la liquidación de sus operaciones, debiéndose efectuar tal

liquidación, como lo dice expresamente otro precepto especial, de acuerdo con las normas establecidas para la partición de los bienes hereditarios. Siendo ello así, era de rigor aplicar, como al efecto lo aplicó, el juez de primera instancia el artículo 2.083 ya citado, cuyo alcance jurídico lo ha fijado la Corte en los siguientes términos:

"La sociedad de hecho no es de duración obligatoria: cualquier socio puede pedir que se liquiden las operaciones anteriores para sacar su propio capital, que (sin desprenderse de su dominio), hubiere puesto al servicio del negocio común con o sin intereses; restitución que puede hacerse antes de toda partición de beneficios". (Casación 10 de diciembre de 1925. XXXII, pág. 206; 28 de febrero de 1933, XLI, 202).

Mas, como en el caso sub-judice, la disolución y liquidación de la referida sociedad no fue cuestión suplicada en su demanda por el actor del juicio, sino impetrada en la de reconvencción por los demandados y estos no interpusieron el recurso de casación contra la sentencia del tribunal, es obvio, que por esta circunstancia para ellos quedó ejecutoriada dicha providencia, y mediando tal situación procesal la Corte no puede en este recurso sin salirse del *status causae controversia*, infirmar el fallo recurrido para decretar una disolución y liquidación, que como se ha dicho, no fue materia ni en sus peticiones principales, ni tampoco de las subsidiarias por parte del demandante.

Por lo expuesto, no se acepta el cargo.

SENTENCIA

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha diez (10) de junio de mil novecientos cincuenta y siete (1957), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario seguido por José Manuel Rodríguez contra Ricardo Gallego y otros.

No hay lugar a costas en este recurso por haber dado lugar a rectificar doctrinalmente un aspecto de la sentencia recurrida.

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

Hernando Morales — Enrique Coral Velasco.
Ignacio Escallón — José Hernández Arbeláez.
Gustavo Salazar Tapiero — José J. Gómez R.,
Conjuez. — Jorge Soto Soto, Secretario.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL. — PARA LA PROSPERIDAD DE LA ACCION INDEMNIZATORIA, EL ACTOR DEBE PROBAR DEBIDAMENTE EL LLAMADO VINCULO DE CAUSALIDAD ENTRE LA CULPA Y EL PERJUICIO. DENTRO DE LOS MEDIOS PROBATORIOS ESTABLECIDOS POR LA LEY, LA PRUEBA ES COMPLETAMENTE LIBRE PARA ESTABLECER ESE VINCULO DE CAUSALIDAD

Es evidente que para que se pueda predicar responsabilidad extracontractual en contra de una persona no basta demostrar la culpa de ésta ni el perjuicio sufrido por la parte demandante, sino que es necesario establecer que el perjuicio sea consecuencia de la culpa. Es el llamado vínculo de causalidad entre la culpa y el perjuicio, que se debe probar debidamente para que pueda prosperar la acción indemnizatoria. Porque podría ocurrir que la culpa probada no fuera la causa del perjuicio o porque haya otras culpas extrañas al demandado que fueran la causa determinante del daño.

Sólo que para establecer ese vínculo de causalidad la prueba es completamente libre dentro de los medios probatorios establecidos por la ley, por cuanto se trata de demostrar la existencia de un hecho y no de un acto jurídico. Por tal motivo el demandante puede acudir a la prueba de testigos, a inspecciones oculares, a presunciones, etc., si en cada caso concreto considera que uno de tales medios o todos ellos en conjunto sirven para llevar certeza legal al juzgador respecto de la conexidad entre la culpa atribuida al demandado y el daño o perjuicio sufrido por el actor. Lo que sucede es que el medio más adecuado en la mayoría de los casos será la prueba de peritos, por tratarse en general de dilucidar cuestiones que exigen conocimientos especiales en determinada ciencia o arte. Pero no es prueba exclusiva.

Para efectos de fijar el vínculo entre la culpa y el perjuicio es suficiente que aparezca demostrada una causa atribuida a culpa del demandado, con fuerza suficiente para producir el daño.

Lo antes expresado sobre la noción de causalidad entre la culpa y el perjuicio es doctrina de la Corte. De los varios fallos en

que aparece es importante destacar el de fecha 17 de septiembre de 1935 (G. J., tomo XLIII, página 305), porque corresponde a un juicio de responsabilidad extracontractual por hechos semejantes al del presente.

La Corte en repetidos fallos ha sostenido que las entidades de derecho público son responsables por los daños ocurridos como consecuencia de culpas y errores cometidos por sus agentes legales en la organización y en el funcionamiento de los servicios públicos. (Fallos de 17 de septiembre de 1935, G. J., número 1.907, 26 de mayo de 1936, G. J. número 1.909, 31 de octubre de 1946, G. J. número 2.040, entre otros).

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, mayo catorce de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Gustavo Salazar).

ANTECEDENTES

El 3 de mayo de 1954, a las 10½ de la mañana, se desprendió un gran bloque de tierra de la parte alta de la cabecera del Corregimiento de Montebonito, que hace parte del Distrito de Marulanda, bloque que al rodar sobre la parte baja destruyó seis casas, entre otras la de propiedad de la señora Isabel Duque viuda de Quintero y causó la muerte de la señora Lola Gallego de Duque, de las señoritas Elvia Quintero y Elvira Chica y de los menores Edgar y Mélida Gutiérrez Quintero.

La señora viuda de Quintero demandó al Municipio de MARULANDA para que se le declare civilmente responsable de los perjuicios materiales que sufrió, consistentes en la destrucción de la casa de su propiedad y de la pérdida de los muebles que allí tenía, entre otros un billar y los enseres de un establecimiento de café que fun-

cionaba en la misma casa, más diez cargas de café que tenía secando en uno de los salones destinados para tal efecto, todo lo cual estima en la cantidad de ochenta mil pesos, o en subsidio, para que el Municipio le pague la cantidad que fijen los peritos o la que resulte de regulación hecha por el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial.

La demandante funda su petición en el hecho de que la causa del deslizamiento de tierra se debió a la infiltración de los sobrantes de agua del acueducto de propiedad del Municipio demandado, que al correr por una zanja común, sin revestimiento de ninguna clase, hacía previsible el derrumbe, dada la pendiente natural del terreno.

Relaciona como antecedentes que indican la negligencia y descuido en que incurrió el Municipio al no tomar las medidas necesarias para evitar la infiltración, construyendo una acequia adecuada que recogiera las aguas sobrantes, los continuos reclamos que hicieron algunos vecinos y su difunto marido al Concejo de Marulanda, el deslizamiento que ocurrió por la misma causa en el mes de abril de 1942 y las varias proposiciones que aprobó el Comité de Cafeteros del lugar en el mismo sentido, sin que las autoridades hubieran hecho nada para conjurar el peligro.

La entidad demandada constituyó apoderado especial para que la representara en el juicio, quien se opuso a que se hicieran las declaraciones solicitadas, propuso varias excepciones y en primer lugar la de que la catástrofe se debió a un caso fortuito.

Finalizó la primera instancia con sentencia de 22 de junio de 1956, dictada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Manzanares, en el sentido de declarar probada la primera excepción alegada, negando las súplicas de la parte demandante y condenando a ésta en las costas del juicio.

LA SENTENCIA ACUSADA

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, por sentencia de 6 de noviembre de 1956, resolvió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el fallo de primera instancia, encontrando plenamente probados tanto el perjuicio de la demandante como la culpa del Municipio, pero no así el vínculo de causalidad entre ésta y aquél.

Dice el Tribunal: "En cuanto al elemento culpa, la cual, se recuerda, consistió según la demanda en que el Municipio demandado omitió construir un desagüe adecuado para evitar que

las aguas sobrantes del tanque se infiltraran en el subsuelo, numerosos testigos de la parte demandada, tales como Desiderio Rivera, Alvaro Montoya, Gerardo Naranjo, Francisco Giraldo, Carlos Montoya, José Jesús Giraldo y Jesús Chica, todos vecinos del lugar, declaran ser cierto que las aguas sobrantes del tanque corrían por una zanja abierta en la tierra, sin revestimiento de cemento ni en general obra de defensa alguna que impidiera su infiltración. De esta suerte, pues, el hecho concreto constitutivo de la culpa afirmada en la demanda no puede tenerse menos que por plenamente demostrada".

Entra luego el Tribunal al análisis del tercer elemento necesario para que pueda prosperar la acción indemnizatoria por culpa extracontractual y encuentra que si bien pudo ser la infiltración de las aguas sobrantes del acueducto la causa del perjuicio, ello apenas constituye una mera hipótesis, ya que pudo haber otras causas. Y agregó: "Cuando una de esas infiltraciones produce tal consecuencia, es porque otros factores han contribuido a ella, a manera de concausas positivas o negativas, tales como el volumen del agua infiltrada, la inexistencia de capas subterráneas impermeables, etc."

Además el sentenciador estima que un caso como el planteado en este juicio, de saber si las aguas que corrían por la zanja fueron la causa de la catástrofe, "constituye un problema técnico cuya solución exige conocimientos especiales en geología y un análisis científico de la naturaleza de las tierras que forman el suelo y el subsuelo del lugar", que sólo puede ser resuelto por peritos en la ciencia o arte a que pertenece el hecho por demostrar, en la forma indicada por el artículo 705 del Código Judicial, quedando excluida la prueba testimonial. Y que como tal prueba de peritos no se produjo ya que la llevada a cabo quedó trunca, por no haber intervenido el perito tercero, por el desacuerdo de los principales, es el caso de confirmar la sentencia apelada, pero aclarando que la absolución de la parte demandada procede por no haberse demostrado todos los elementos de la acción, nó por estar acreditada la excepción de caso fortuito, como lo resolvió el Juzgado de primera instancia".

LA DEMANDA DE CASACION

Interpuso demanda de casación contra el fallo del Tribunal el apoderado de la demandante, que funda en dos cargos que en el fondo vienen a ser uno solo y que pueden resumirse así:

Por haber apreciado mal desde el punto de vista probatorio unos testimonios aportados al juicio y dejado de apreciar otros que demuestran el vínculo de causalidad entre el daño y el perjuicio. El Tribunal incurrió en error de derecho que lo llevó a la violación, por falta de aplicación, de los artículos 2.341 y 2.347 del Código Civil que establecen la obligación de indemnizar los daños causados por culpa de la persona que la comete.

Dice el recurrente que el legislador no ha establecido la prueba de peritos como única para probar hechos de la naturaleza materia de esta litis; y que por lo mismo ha debido tener en cuenta los testimonios llevados al debate, tales como los de Desiderio Rivera, Alvaro Montoya, Gerardo Naranjo, Olaff Gómez Villegas, José Jesús Giraldo y Jesús Chica, quienes afirman que las aguas sobrantes del acueducto corrían por una zanja abierta que permitía la infiltración que fue la causa directa del deslizamiento de tierra que ocasionó el perjuicio a la demandante. Y que además, esos mismos declarantes, dan cuenta de las gestiones adelantadas por los vecinos del lugar y especialmente por el señor Roberto Quintero, ante las autoridades de Marulanda para que se evitara la infiltración ya que prevenían que ello podía ocasionar el derrumbe, como efectivamente sucedió el 3 de mayo de 1954.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, a quien se le corrió traslado de la demanda de casación, se manifiesta de acuerdo con la sentencia recurrida y reafirma el concepto del Tribunal de que el deslizamiento de tierra que ocasionó el perjuicio es cuestión técnica, que sólo puede establecerse por medio de la prueba pericial, por lo que pide mantener el fallo acusado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Surtidos como están los trámites del recurso de casación, la Corte procede a decidirlo, mediante las siguientes consideraciones:

1. Es evidente, como lo afirma el Tribunal, que para que se pueda predicar responsabilidad extracontractual en contra de una persona no basta demostrar la culpa de ésta ni el perjuicio sufrido por la parte demandante, sino que es necesario establecer que el perjuicio sea consecuencia de la culpa. Es el llamado vínculo de causalidad entre la culpa y el perjuicio, que se debe probar debidamente para que pueda prosperar la acción indemnizatoria. Porque podría ocurrir que la culpa probada no fuera la causa del perjuicio o

porque haya otras culpas extrañas al demandado que fueran la causa determinante del daño.

2. Sólo que para establecer ese vínculo de causalidad la prueba es completamente libre dentro de los medios probatorios establecidos por la ley, por cuanto se trata de demostrar la existencia de un hecho y no de un acto jurídico. Por tal motivo el demandante puede acudir a la prueba de testigos, a inspecciones oculares, a presunciones, etc., si en cada caso concreto considera que uno de tales medios o todos ellos en conjunto sirven para llevar certeza legal al juzgador respecto de la conexidad entre la culpa atribuida al demandado y el daño o perjuicio sufrido por el actor. Lo que sucede es que el medio más adecuado en la mayoría de los casos será la prueba de peritos, por tratarse en general de dilucidar cuestiones que exigen conocimientos especiales en determinada ciencia o arte. Pero no es prueba exclusiva.

3. Estuvo, por tanto, equivocado el Tribunal sentenciador cuando afirmó que la única prueba apta para demostrar la causa del deslizamiento de tierra que causó el perjuicio a la señora Isabel Duque viuda de Quintero era la de peritos, sin que fuera admisible la de testigos, ya que el legislador no ha hecho esta limitación.

Esta equivocación llevó al Tribunal a apreciar erradamente los testimonios de Desiderio Rivera, Alvaro Montoya, Gerardo Naranjo, Francisco Giraldo, Carlos Montoya, José Jesús Giraldo y el de Olaff Gómez Villegas, quienes hacen afirmaciones concordantes en relación con hechos concretos que pueden ser plenamente establecidos por medio de la prueba testimonial, hechos que permiten a su turno fijar la causa del deslizamiento de tierra que causó el daño cuya indemnización se cobra.

Los seis primeros de los declarantes nombrados afirman que por ser vecinos de Montebonito, en donde han residido siempre, y encontrarse el 3 de mayo de 1954 allí, les consta: a) Que las aguas sobrantes del acueducto corrían por una zanja destapada que permitía la infiltración, lo que ocasionó el primer deslizamiento en el mes de abril de 1942, causando también perjuicios de consideración; b) Que los vecinos elevaron varias peticiones a las autoridades de Marulanda a fin de que se hiciera una acequia adecuada para la conducción de tales aguas, ya que con el antecedente del derrumbe de 1942, estaban seguros que de continuar las cosas como estaban, sucedería una nueva desgracia dada la situación natural del terreno, sin que las autoridades hubieran hecho

nada al respecto; c) Que el día 3 de mayo de 1954 hacía buen tiempo, esto es, no había invierno intenso, ni ocurrió ningún hecho especial como temblor de tierra, por lo que consideran que la causa única del desastre se debió a la infiltración de las aguas sobrantes del acueducto.

Y el Tribunal, por el mismo error de considerar que sólo la prueba pericial podía fijar la causa del deslizamiento, apreció mal la declaración del Ingeniero doctor Olaff Gómez Villegas, Jefe de la Cooperativa de Municipalidades de Caldas, a quien la Gobernación comisionó para que se trasladara a Montebonito a fin de que investigara las causas del desastre que ocasionó los perjuicios a que se refiere este juicio, quien en el informe rendido y luego ratificado bajo juramento dice: "Apenas hube llegado al sitio de la tragedia me percaté al instante del problema: un gran alud de tierra se había desprendido y había arrollado a seis de las mejores casas de la población, alud motivado a mi juicio por la infiltración de los sobrantes del agua del acueducto que a mala hora circulaban por la parte alta del talud, causa del destrozo. Inmediatamente ordenó circular la misma agua, causa del desastre, por en medio de los escombros haciendo lo que en el argot popular se llama un bombeo. Así se facilitaba el transporte de los materiales y se obviaba la falta de herramientas".

4. Todos estos hechos afirmados por los declarantes indican que el deslizamiento de tierra tuvo por causa la infiltración de las aguas sobrantes del acueducto, infiltración que se debió a la falta de diligencia y cuidado de las autoridades de Marulanda por no haber construido un canal adecuado que impidiera tal fenómeno, como repetidamente lo solicitaron los vecinos del lugar; negligencia que sube de punto si se tiene en cuenta que en años anteriores había ocurrido un deslizamiento semejante, aunque de menor magnitud, por la misma causa anotada por los declarantes, sin que ello hubiera movido a los encargados de la administración municipal a poner los medios indispensables para evitar el nuevo y tremendo desastre. El hecho indicado por el Ingeniero Gómez Villegas de que en el fondo de la tierra dejado por el bloque desprendido encontrara un gran depósito de agua corrobora la afirmación de todos los declarantes que afirman que la causa fue la infiltración de las aguas sobrantes del acueducto.

5. Pudo haber causas colaterales a la infiltración, pero para efectos de fijar el vínculo entre la culpa y el perjuicio es suficiente que aparezca

demostrada una atribuida a culpa del demandado, con fuerza suficiente para producir el daño. En el caso de autos es indudable —con los testimonios analizados— que el factor determinante del daño fue la infiltración de las aguas, que no habría ocurrido de haber hecho el municipio demandado las obras necesarias para evitarla.

6. Cuanto atrás queda dicho sobre la noción de causalidad entre la culpa y el perjuicio es doctrina de la Corte. De los varios fallos en que aparece, es importante destacar los siguientes párrafos de la sentencia de 17 de septiembre de 1935 (GACETA JUDICIAL, tomo XLIII, página 305), porque corresponden a un juicio de responsabilidad extracontractual contra el Municipio de Bogotá por hechos semejantes al del presente:

"Para que pueda decirse que la culpa de una persona ha sido efectivamente la causa del perjuicio cuya reparación se demanda, es menester que haya una relación necesaria entre dicha culpa y el perjuicio; es decir, una relación tal que si la culpa no hubiera ocurrido, el perjuicio no se habría producido. En este caso, como siempre que en cuestiones jurídicas se habla de causas, se requiere el elemento de necesidad en la relación. Si una culpa que aparece relacionada con el perjuicio está plenamente demostrada, pero se establece que el perjuicio se habría causado aunque esa culpa no se hubiera cometido, no habrá relación de causalidad ni consiguiente derecho por parte del perjudicado a la reparación. Pero acontece que en la mayor parte de los casos un daño o perjuicio no es el resultado de una causa única sino de una serie de antecedentes, de suerte que si éstos no se hubieran reunido, no habría habido el daño. En tales casos, de acuerdo con la llamada teoría de la causalidad ocasional, basta que entre las diversas causas cuya concurrencia fue necesaria para que hubiera habido daño, exista una que pueda ser imputada a culpa de una persona determinada para que ésta sea responsable de la integridad del perjuicio. En estos casos, si la persona culpable se hubiera conducido correctamente, el perjuicio no habría ocurrido, y por ello hay relación de causalidad. En otros términos: en el caso frecuente de la pluralidad de causas basta —para establecer la relación de causalidad— que aparezca que sin la culpa del demandado no se habría producido el daño. Y como en esa misma hipótesis de pluralidad de causas, cada una de éstas ha producido el daño en su totalidad y no simplemente en una fracción, puesto que el daño no se habría producido sin la existencia de cada una de tales cau-

sas, es obvio que quién creó culpablemente una de las condiciones sin las cuales no habría habido perjuicio, está obligado a una reparación total del daño, salvo que entre las otras causas figure una culpa de la víctima, y siendo entendido que si la culpa del demandado ha concurrido con culpas de otras personas a causar el daño, el demandado culpable, que ha indemnizado la totalidad del perjuicio, puede recurrir contra esas otras personas para que éstas le reembolsen, en una parte proporcional, el valor de la indemnización pagada”.

7. En el caso de autos aparece que el Municipio de Marulanda incurrió en grave negligencia, al no hacer las obras necesarias para evitar la infiltración de las aguas sobrantes, que fue la causa directa del deslizamiento de tierras que ocasionó el daño a la demandante, según la prueba de testigos que el Tribunal estimó erróneamente, lo que lo llevó a la violación, por falta de aplicación, de los artículos 2.341 y 2.347 del Código Civil, que establecen la obligación de indemnizar los perjuicios cuando tienen como causa el descuido e imprevisión, reveladores de culpa, en que incurren las personas, comprendidas las de derecho público.

Prospera, por tanto, el cargo formulado contra el fallo del Tribunal, el cual se debe casar y en su lugar corresponde dictar el que debe reemplazarlo.

FALLO DE INSTANCIA

La señora Isabel Duque viuda de Quintero, acreditó legalmente la calidad de dueña de la casa que fue destruida por el deslizamiento de tierra ocurrido en Montebonito, jurisdicción del Municipio de Marulanda, el tres de mayo de mil novecientos cincuenta y cuatro. Según testimonio de varios vecinos del lugar, se trataba de una buena construcción, en cuya primera planta funcionaban un teatro, dos establecimientos de café y cantina, las oficinas de la Telefonista y tres apartamentos destinados para renta; y en la segunda planta, estaban las habitaciones de la familia de la demandante.

El Municipio demandado, por otra parte, no ha discutido ni la propiedad del inmueble, ni que la destrucción tuviera por causa el deslizamiento de tierra ocurrido en la citada fecha. Lo que ha negado es que la causa del deslizamiento de tierra fuera consecuencia de la infiltración de las aguas sobrantes del acueducto, ya que considera que se debió a un caso fortuito

Sin embargo, de las pruebas aportadas por la parte actora están probados estos hechos:

a) En el mes de abril de 1942 ocurrió el primer deslizamiento de tierra en el mismo sitio del ocurrido en la fecha a que se refiere este juicio, causando algunos daños en las propiedades cercanas, por lo que el Comité de Cafeteros de Montebonito aprobó una proposición en la que dejaba constancia de que la causa del derrumbe había sido la infiltración de las aguas sobrantes del acueducto, no obstante los continuos reclamos que el mismo Comité le había hecho al Concejo de Marulanda en el sentido de que pusiera los medios para arreglar el mal estado de la acequia, por lo que le atribuye a dicha Corporación la responsabilidad por los daños ocasionados en esa fecha.

b) El propio marido de la demandante, señor Roberto Quintero, se dirigió en varias oportunidades a las autoridades de Marulanda, pidiendo se hicieran las obras indispensables para evitar el peligro por el mal estado de la acequia, sin conseguir nada al respecto, como se desprende de la nota de fecha 22 de mayo de 1943 dirigida por el Corregidor de Montebonito al señor Quintero, en la que le manifiesta:

“He tomado atenta nota de su comunicación en la cual me insinúa como de primordial necesidad el que el agua del acueducto debe quitarse durante la noche para evitar que se derrame el excedente durante esas horas y ocasione daños que pueden ser de consideración si se tiene en cuenta que en la parte baja del desagüe del tanque hay casas habitadas. Sobre el particular me conversé con el Fontanero y éste me manifestó la inconveniencia de tal medida por el motivo de que se pueden presentar incendios en el caserío y el agua es de imperiosa necesidad para extinguirlos.

“Por tratarse de bienes de uso público, viene a ser el señor Personero Municipal quien puede resolver estos asuntos, pues bien se deja ver que sobre el caso de que se trata hay motivo para un litigio o querella y como a este Despacho le corresponde conocer del asunto es natural que por hoy no puedo emitir concepto sobre el particular ya que las autoridades del orden administrativo sólo les compete conservar el estatu quo (sic) mientras el Poder Judicial derime (sic) las diferencias de intereses encontrados”.

Si a los anteriores hechos se agregan los testimonios que atrás se tuvieron en cuenta, que de manera acorde sostiene la forma descuidada como el Municipio demandado mantenía la acequia

que servía para recoger las aguas sobrantes, que permitía la infiltración con el consiguiente peligro para los moradores del Corregimiento y para sus casas que se encontraban en la parte baja, y el gran depósito de agua que encontró entre los escombros el Visitador doctor Olaff Gómez Villegas al día siguiente de ocurrida la catástrofe, se tiene que la causa del deslizamiento fue la negligencia y descuido de las autoridades del Municipio de Marulanda al mantener en deplorables condiciones el servicio público de acueducto, por lo que debe indemnizar el Municipio demandado los perjuicios que efectivamente haya sufrido la demandante.

No se preocupó el Municipio por demostrar que la causa del deslizamiento obedeciera a caso fortuito, como lo sostuvo en la contestación de la demanda. Por el contrario, los declarantes que fueron llamados al juicio sostienen que en la época de la catástrofe hacía buen tiempo y que en el día en que sobrevino el deslizamiento no hubo temblor de tierra al cual pudiera atribuírsele el hecho.

La segunda excepción propuesta por el Municipio es la culpa de la víctima, que sostiene de la siguiente manera: "Consiste esta excepción en que si la parte demandante sabía que existía un peligro, como lo expresa en la demanda, ha debido retirar oportunamente la edificación y no tener allí enseres de ninguna clase, a menos de estar sometida a las consecuencias". La sola lectura de la excepción demuestra que carece de todo fundamento y hasta de seriedad, si se tiene en cuenta que las casas no pueden ser trasladadas de un lugar a otro, a voluntad de su dueño.

Las demás excepciones propuestas se limitó el apoderado del Municipio a enunciarlas, sin que ninguna tenga respaldo legal ni procesal. Son estas: "Carencia de causa para demandar; carencia de acción; ilegitimidad de personería sustantiva de la parte demandante, inepta demanda".

La Corte en repetidos fallos ha sostenido que las entidades de derecho público son responsables por los daños ocurridos como consecuencia de culpas y errores cometidos por sus agentes legales en la organización y en el funcionamiento de los servicios públicos. (Fallos de 17 de septiembre de 1935, GACETA JUDICIAL número 1.907, 26 de mayo de 1936, GACETA JUDICIAL número 1.909, 31 de octubre de 1946, GACETA JUDICIAL número 2.040, entre otros).

Como la demandante no demostró la cuantía de los perjuicios sufridos por el deslizamiento de tierra ocurrido el 3 de mayo de 1954, se debe determinar por el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial, debiéndose tener en cuenta que el valor del inmueble destruido y los muebles que allí se encontraban es el que tenían comercialmente en la fecha de la catástrofe.

RESOLUCION

En mérito de las consideraciones antes expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de seis de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, revoca la de veintidós de junio del mismo año dictada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Manzanares, y falla este juicio así:

1º Decláranse no probadas las excepciones propuestas.

2º Se condena al Municipio de Marulanda a pagar a la señora Isabel Duque viuda de Quintero los perjuicios materiales que sufrió con el deslizamiento de tierras que ocurrió en la cabecera del Corregimiento de Montebonito, en jurisdicción del mismo municipio, el tres de mayo de mil novecientos cincuenta y cuatro, a las diez y media de la mañana, consistentes tales perjuicios en la destrucción de la casa de su propiedad así como los muebles que allí tenía, perjuicios que serán determinados por el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial, de acuerdo con las bases sentadas en la parte motiva de este fallo.

Sin costas en el recurso ni en las instancias.

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

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco.

Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge Soto Soto, Secretario.

SOCIEDAD DE HECHO ENTRE COCUBINOS. — DEFINICION Y CLASIFICACION DE LAS SOCIEDADES DE HECHO. — SOCIEDADES DE HECHO QUE SE FORMAN POR VIRTUD DE UN CONSENTIMIENTO EXPRESO Y SOCIEDADES DE HECHO QUE SE FUNDAN EN UN CONSENTIMIENTO TACITO O IMPLICITO Y SE ORIGINAN EN LA COLABORACION DE DOS O MAS PERSONAS EN UNA MISMA EXPLOTACION. — REQUISITOS QUE DEBE REUNIR ESA EXPLOTACION PARA QUE PUEDA INDUCIRSE DE LOS HECHOS EL CONSENTIMIENTO IMPLICITO Y POR CONSIGUIENTE LA EXISTENCIA DE LA SOCIEDAD DE HECHO. — REQUISITOS ADICIONALES NECESARIOS EN EL CASO DE QUE LA SOCIEDAD DE HECHO SE CONSTITUYA ENTRE CONCUBINOS. — CONTRATOS VARIOS QUE PUEDEN CELEBRARSE ENTRE AMANCEBADOS. — EJERCICIO DEL DERECHO DE RENUNCIA QUE TIENEN LOS SOCIOS CUANDO EN EL CONTRATO DE SOCIEDAD NO SE HA EXPRESADO PLAZO O CONDICION PARA QUE ELLA TENGA FIN. — SIN- TESIS DE LOS PRINCIPIOS CONTENIDOS EN LOS ARTICULOS 2091, 2134, 2135 Y 2136 DEL C. CIVIL. — LA COLABORACION TRANSITORIA NO ES SUFICIENTE PARA DEMOSTRAR EL CONSENTIMIENTO EN LA FORMACION DE LA SOCIE- DAD DE HECHO ENTRE CONCUBINOS. — CONSIDERACIONES SOBRE EL PRO- BLEMA DE LOS LLAMADOS “PRONUNCIAMIENTOS IMPLICITOS”. — ENTRE NOS- OTROS NO ES POSIBLE RECURRIR SINO RESPECTO A LA PARTE RESOLUTIVA DE LA SENTENCIA, SIN QUE ELLO IMPLIQUE QUE DICHA PARTE SE EN- CUENTRE SIEMPRE EN LA RESOLUCION, YA QUE A VECES ESTA SE REMITE A LA PARTE MOTIVA PARA DETERMINADOS EFECTOS. — LA TESIS DE QUE LA COSA JUZGADA COMPRENDE UNICAMENTE LO DISPOSITIVO DE LA SEN- TENCIA, ES LA QUE HA PREVALECIDO EN ULTIMAS. — LA EXCEPCION DE PRESCRIPCION ES NECESARIO PROPONERLA, PARA QUE EL JUZGADOR DEBA EXAMINARLA

1.—La existencia de las sociedades de he- cho está reconocida en nuestra legislación por el artículo 2.083 del Código Civil, que principia diciendo, “si se formare de hecho una sociedad...”, y por el artículo 472 del Código de Comercio que enseña que produce nulidad absoluta entre los socios la omisión de la escritura social y las solemnidades prescritas en el artículo 469 y 470 del mismo Código, pero agrega que los socios, “sinem- bargo responderán solidariamente a los ter- ceros con quienes hubieren contratado a nombre y en interés de la sociedad de he- cho”, principalmente teniendo en mira el in- terés de terceros que hayan contratado con la sociedad, que en apariencia tiene todos los visos de legalidad, pero que es nula por falta de cumplimiento de los requisitos o so- lemnidades que la ley exige para que la so- ciedad nazca a la vida jurídica.

De esta suerte, además de las sociedades de hecho que se forman en virtud de consen-

tiimiento expreso de las partes pero que no alcanzan a la categoría de sociedades de de- recho, por falta de las solemnidades requere- ridas, existen otras sociedades que nacen de la colaboración de dos o más personas que aúnan sus esfuerzos en orden a la realización de operaciones encaminadas a obtener bene- ficios comunes, circunstancias de las cuales se puede deducir el consentimiento implícito de formar la sociedad.

La doctrina de la Corte ha admitido la existencia de sociedad de hecho entre concu- binos a partir de la sentencia de 30 de no- viembre de 1935 (G. J. números 1.901 y 1.902, página 476), siempre que se reúnan de- terminados requisitos, y sobre la base de que debe aparecer el consentimiento de los socios, el cual puede inferirse de determinadas cir- cunstancias de hecho. Dice la Corte:

“Se presumirá este consentimiento; se in- ducirá de los hechos el contrato implícito de sociedad, y se deberá, en consecuencia, ad-

mitir o reconcer la sociedad creada de hecho, cuando la aludida colaboración de varias personas en una misma explotación reúna las siguientes condiciones:

"1ª Que se trate de una serie coordinada de hechos de explotación común;

"2ª Que se ejerza una acción paralela y simultánea entre los presuntos asociados, tendiente a la consecución de beneficios;

"3ª Que la colaboración entre ellos se desarrolle en un pie de igualdad, es decir, que no haya estado uno de ellos con respecto al otro u otros, en un estado de dependencia proveniente de un contrato de arrendamiento de servicios, de un mandato o de cualquiera otra convención, por razón de la cual uno de los colaboradores reciba salario o sueldo y esté excluido de una participación activa en la dirección, en el control y en la supervigilancia de la empresa;

"4ª Que no se trate de un estado de simple indivisión, de tenencia, guarda, conservación o vigilancia de bienes comunes, sino de verdaderas actividades encaminadas a obtener el beneficio".

Además, es necesario: "1º Que la sociedad no haya tenido por finalidad el crear, prolongar, fomentar o estimular el concubinato, pues si ello fuere así, el contrato sería nulo por causa ilícita, en razón de su móvil determinante; 2º Como el concubinato no crea por sí solo comunidad de bienes, ni sociedad de hecho, es preciso para reconocer la sociedad de hecho entre concubinos, que se pueda distinguir claramente lo que es común actividad de los concubinos en una determinada empresa creada con el propósito de realizar beneficios de lo que es el simple resultado de una común vivienda y de una intimidad extendida al manejo, conservación o administración de los bienes de uno y otro o de ambos".

Por último, la Corte es explícita cuando afirma:

"Sobra advertir que la posibilidad de que exista una compañía o sociedad en el hecho y por los hechos dentro de un concubinato, no da base a pensar, porque sería jurídica y moralmente imposible, en una sociedad conyugal de hecho... La sociedad conyugal no se origina en el consentimiento particular; se forma fuera de la zona contractual del derecho privado, dentro de la institución familiar que corresponde al orden pú-

blico como una consecuencia legal del matrimonio, que es su fuente y su antecedente ineludible". (G. J. tomo LXII, pág. 348).

Estas doctrinas, que hoy se reiteran, tuvieron su fuente en la jurisprudencia francesa, que, como dice Nast, por lo general, reconoce la acción pro socio, "cuando se comprueba que realmente ha existido sociedad de hecho entre los amancebados y especialmente cuando, como acontece a menudo, los amantes han explotado en común hacienda, comercio o industria".

Verdaderamente no sería jurídico desconocer dicha acción, comprobada la sociedad de hecho, aclarándose que es posible que entre amancebados pueda celebrarse otra clase de contratos, ya que la colaboración de uno en los negocios del otro es factible que determine figuras diversas, como el contrato de trabajo, el mandato, el mutuo, las compañías civiles regulares, las cuentas en participación, etc.

..2.—Los principios contenidos en los artículos 2.091 2.134, 2.135, 2.136, 2.137 y 2.138 del C. C., se pueden sintetizar así:

a) Cuando la sociedad contiene un tiempo fijo o se ha contraído para un negocio de duración limitada, la renuncia no produce ningún efecto.

b) La regla anterior tiene dos excepciones que son: Primera. Cuando en el contrato de sociedad se hubiere autorizado expresamente el derecho de renuncia; Segunda. Cuando existiere grave motivo para efectuarlo, de que serían ejemplos la inejecución de las obligaciones del otro socio, la pérdida de un administrador inteligente que no pueda ser reemplazado entre los socios, la enfermedad habitual del renunciante que lo inhabilite para el ejercicio de sus funciones sociales, y el mal estado de sus negocios por circunstancias imprevistas (C. C. art. 2.134).

c) Cuando la sociedad no contiene plazo fijo ni objeto de duración limitada, la renuncia de uno de los socios finaliza el contrato social, mas para ello se necesitan dos requisitos: Primero. Que la renuncia sea notificada a los socios, tal cual lo ordena el artículo 2.135; Segundo. Que la renuncia se haga de buena fé y no sea intempestiva (artículo 2.136 C. C.).

3.—La colaboración transitoria no es suficiente para demostrar el consentimiento en la formación de la sociedad de hecho

entre concubinos, ni la prueba de que alguno de ellos ha trabajado para determinada empresa del otro lleva en sí la de que entre ambos haya habido sociedad, aún tratándose de colaboración permanente, porque ésta puede haber sido a cualquier título, como la prestación gratuita de servicios o la prestación onerosa de ellos, o simplemente el mandato o la agencia oficiosa.

Por eso se encuentra acertado lo que expone Nast en conocido comentario (G. J. número 1.898, página 153): "Como que no puede haber solución única para todos los casos que se presentan a diario, todo es asunto de hecho, y depende cada solución de la intención de los amantes; la que se inferirá a veces de la conducta de cada uno de los amancebados para con el otro. Cuando ambos amantes han explotado un establecimiento industrial o comercial o un fundo rural, se dirá, según las circunstancias, que entre los dos existió asociación en participación o sociedad colectiva o de hecho; por el contrario, cuando sea que uno ha colaborado en la explotación gerenciado por el otro, que no hubo sociedad, sino prestación de servicios sujeta a una renumeración".

4.—Si bien la decisión judicial viene a ser la resolución de las cuestiones en litigio, se hace menester precisar cuáles son éstas en cada caso, ya que la cosa juzgada sólo sobrevendrá respecto a lo que haya constituido la materia del fallo, o sean las cuestiones resueltas por éste.

Carnelutti dice al respecto: "Ello no significa que la cosa juzgada se limite a aquellas cuestiones que han recibido decisión expresa, desde el momento en que la decisión viene a ser una declaración, que al igual que cualquiera otra, contiene cuestiones que se subentienden lógicamente sin necesidad de expresarlas. Especialmente, cuando la solución de una cuestión supone como prius lógico la solución de otra, esta otra se halla también implícitamente contenida en la decisión (el llamado juzgamiento implícito). Se hallan implícitamente resueltas todas las cuestiones cuya solución sea lógicamente necesaria para llegar a la solución expresada en la decisión" (Sistema de Derecho Procesal Civil, tomo I, pág. 318).

Desde luego, como el mismo autor lo anota, mientras a veces es sencillo determinar

cuántas y cuáles fueron las cuestiones resueltas, otras veces se presentan dificultades, que deben aclararse mediante la interpretación. Las cuestiones resueltas constituyen un extremo "que por lo general se infiere de la parte de la decisión que contiene la invitación conclusiva del efecto de su solución (parte dispositiva)... Se suele decir, por ello que el lugar del juzgamiento está en la parte dispositiva. Esta máxima ha de tomarse, sin embargo, con gran cautela, precisamente porque "lo que haya formado la materia de la sentencia" no se puede decidir, por vía de interpretación, sino de la sentencia entera, y especialmente, por tanto, de su parte motiva o motivación, de la que igual puede surgir una restricción que una ampliación del fallo, o sea porque de ella resulte que algunas cuestiones no han sido resueltas ni implícita ni explícitamente, pese a la amplitud de la fórmula conclusiva, sea porque, en cambio, otras cuestiones que no aparezcan comprendidas en ésta, resulten en realidad consideradas o resueltas" (obra y páginas citadas).

Si bien los asertos anteriores pueden llegar a ser admisibles, tratándose de sentencias ejecutoriadas, que requieran interpretación al aplicarlas, el problema no puede resolverse sino con base en los principios que gobiernan el interés procesal para hacer uso de los recursos que la ley establece contra las providencias judiciales, cuando se trata de aquéllas que no han adquirido total ejecutoria, ya que solamente puede utilizar los medios de impugnación quien haya recibido un gravamen con el respectivo proveimiento, es decir, que la parte que ha conseguido una situación enteramente favorable no tiene capacidad para entablar recurso contra la respectiva resolución judicial. En efecto, dice De la Plaza: "Sólo el perjudicado por la sentencia puede utilizar medios de impugnación para solicitar que se revoque o se enmiende, porque él únicamente está gravado por el resultado del proceso. En esta sencilla consideración, por otra parte perfectamente razonable, estriba lo que se ha llamado interés en recurrir, que no es sino la legitimación en orden al medio de impugnación solicitado".

Y por la misma razón expresa la Corte: "Las partes singularizan en cada pleito las cuestiones de su interés personal cuya

cisión someten al Juez, y es ésta lo que las vincula y lo que buscan como fin de su litigio, no las consideraciones y apreciaciones que han conducido al juzgador a pronunciarlas. Los particulares no están obligados a suscitar o a afrontar discusiones académicas, y así el que ha ganado un pleito porque la sentencia le concede cuanto pidió, o lo absuelve de todos los cargos de la demanda, mal haría en apelar en razón de que la opinión del sentenciador expuesta en la parte motiva no es precisamente la de ese litigante sobre los hechos o el derecho... Lo favorable o desfavorable a que mira el artículo 494 del Código Judicial está en lo que concede, niega u ordena, esto es, en su parte resoltiva" (G. J. Tomo XLI, página 835).

La misma Corporación reitera la doctrina anterior en los términos que siguen: "Es necesario que la sentencia contra la cual se interpone la casación infiera agravio a la parte recurrente, porque la casación, lo mismo que la apelación, legalmente ha de entenderse interpuesta en lo desfavorable al recurrente" (G. J. Tomo LXIV, pág. 792).

Así las cosas, entre nosotros no es posible recurrir sino respecto a la parte resoltiva de la sentencia, sin que ello implique que dicha parte se encuentre siempre en la resolución, ya que a veces ésta se remite a la parte motiva para determinados efectos. O sea, que la facultad de recurrir está subordinada al hecho de no haber sido satisfechas las pretensiones deducidas en el proceso, es decir, que sólo puede hacer valer el recurso quien ha visto insatisfecha alguna de sus aspiraciones.

Eduardo J. Couture tratando de la apelación por quien ve triunfar sus pretensiones expresa lo siguiente que es aplicable al caso sub-lite: "Se da, asimismo, la situación del que ha visto triunfar sus pretensiones pero por fundamentos que le son perjudiciales... No obstante, ese agravio no da mérito al recurso de apelación. Los fundamentos de la sentencia no son motivo de recurso, sino su parte dispositiva". (Fundamentos de Derecho Procesal Civil, página 260).

Y Chioventa expone: "En conclusión: objeto de la cosa juzgada es la conclusión última del razonamiento del Juez, y no sus premisas; el último e inmediato resultado de la decisión y no la serie de hechos, de re-

laciones o de estados jurídicos que en la mente del Juez constituyeron los presupuestos de dichos resultados" (Instituciones, tomo I, página 416).

De manera que, en últimas, ha prevalecido la tesis de que la cosa juzgada comprende únicamente lo dispositivo de la sentencia, que fue la orientación alemana que se sobrepuso a la enseñanza de Savigny respecto a que la sentencia es un todo único e inseparable, de modo que entre el fundamento y lo dispositivo media relación tan estrecha que no puede desmembrarse, tesis ésta que ha recuperado fuerza en los últimos años en algunos países.

5.—La excepción de prescripción es necesario proponerla, para que el juzgador deba examinarla, ya que el artículo 343 del Código Judicial expresa que la prescripción siempre debe proponerse o alegarse por el demandado. Desde luego, esta norma comprende toda clase de prescripción, en forma que no es posible entrar en ninguna de ellas, si expresamente no se ha aducido.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, mayo veinte de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Hernando Morales M.).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, de fecha 24 de agosto de 1955, proferida en el juicio ordinario promovido por María Dolores Becerra viuda de Montes frente a Francisco Alvarez.

Antecedentes.

María Dolores Becerra viuda de Montes, demandó ante el Juez Promiscuo de Puerto Berrío a Francisco Alvarez "en juicio o acción ordinaria de Disolución, Liquidación de la sociedad de hecho existente, distribución y consiguientes restitución o reivindicación de los bienes", "para que se hagan las siguientes o similares declaraciones:

"a) Se declare que entre mi mandante señora María Dolores Becerra viuda de Montes y el señor Francisco Alvarez existe una sociedad de hecho, constituida desde el año de 1909 y se decrete su disolución, liquidación y correspondiente distribución o partición de los bienes que componen el haber social de la misma, ya que, no puede sub-

sistir legalmente, ni como sociedad, ni como donación, ni como contrato alguno, pues es facultativo a mi mandante pedir la liquidación de las operaciones y su voluntad de disolverla”;

“b) Que como consecuencia de lo anterior, se declare igualmente que, la mitad de todos los bienes que componen o compongan el haber social de la misma, son de exclusiva propiedad de mi poderdante señora María Dolores Becerra viuda de Montes, y consecuentemente, tiene derecho a reivindicarlos o solicitar su restitución, si hubiere lugar a ello o fuere necesario”;

“c) Se declare además, que el señor Francisco Alvarez está en la obligación de reconocer y pagar a favor de mi mandante Becerra, y de consiguiente debe ser condenado a ello, el lucro cesante y daño emergente que es de rigor”;

“d) Que de la misma manera anterior, el señor Francisco Alvarez, sea condenado a pagar a la señora Becerra, los gastos costas y agencias en derecho del presente juicio”.

La demanda agrega: “Como consecuencia de la presente acción, se pretende demandar la reivindicación de los bienes que pertenecen a mi mandante, y los que detallo en el ordinal décimo-séptimo, están situados todos en esta ciudad”.

Las peticiones anteriores se fundan en los hechos que se concretan así:

1º Desde 1895 Dolores Becerra viuda de Montes se trasladó a Puerto Berrío, donde mediante su trabajo pudo reunir algún dinero, que empleó en la tumba de monte y construcción de dos casas de habitación, de madera y techos de paja, donde la demandante estableció un negocio de costurero y servicio de mesa, para alimentar los trabajadores de la región.

2º Durante unos catorce años la señora Becerra estuvo dedicada a este trabajo, hasta el año de 1909 en que conoció a Francisco Alvarez, trabajador en la construcción del Ferrocarril de Antioquia, y quien no tenía bienes, pues era peón raso del Ferrocarril.

3º Ambos resolvieron viajar a Puerto Wilches, con el objeto de conseguir dinero para ensanchar el negocio de Puerto Berrío, y en aquel puerto, por espacio de seis meses, se dedicaron a los mismos trabajos que tenían en Berrío.

4º De vuelta, instalaron en Puerto Berrío una tienda que administraba Alvarez, y Dolores continuó sus labores, todo con los ahorros hechos en Puerto Wilches.

5º Los negocios fueron progresando hasta completar 70 casas en Puerto Berrío, en 1925; pero a raíz del incendio que se presentó en dicha loca-

lidad, en el mencionado año, éstas se vieron reducidas a 35.

6º. Después del incendio, la señora Becerra se trasladó a Medellín y comisionó al señor Alvarez para la venta de un ganado que tenía y comprarle con ello una casa.

7º. Dolores Becerra volvió a Berrío en agosto de 1926 y se fue a vivir en la nueva casa ubicada en la calle 7ª, entre carreras 3ª y 4ª, casa en la cual aún habitaba y que fue construida con el valor de la venta del ganado.

8º. Todas las propiedades adquiridas durante la sociedad de hecho figuran a nombre del demandado Alvarez, inclusive las que poseía Dolores Becerra en 1909.

9º. En la casa que habitaba la señora Becerra en 1926, estaban guardados los caudales y los documentos o escrituras de las propiedades, pero a raíz del incendio del Teatro Olaya, en el año de 1929, todo fue trasladado a casa de una sobrina de ella, Luisa Becerra.

10º En 1929, a raíz de este incidente, optó Francisco Alvarez por no seguir haciendo vida común con Dolores Becerra, pues se iba a casar y por ello le exigió la entrega de los bienes, pero sin liquidar la sociedad de hecho que tenía formada con la señora Becerra.

11º. La señora Becerra entregó los títulos a Alvarez, cuando éste se iba a casar, en el año de 1930, pero le dijo que liquidaran la sociedad de hecho, a lo que se opuso dicho señor, manifestando que ella continuaba, en la misma forma que venía operando, es decir, obrando él como administrador, lo cual aceptó la referida señora.

12º Por eso, dicha sociedad no ha sido liquidada, hasta la fecha, y ha ido aumentando el patrimonio en los bienes que más adelante se detallaron, administrándolos todos Alvarez.

En la contestación, el demandado niega la mayor parte de los hechos; acepta que convivió con Dolores Becerra en Puerto Wilches “por espacio de unos seis meses”; afirma que no ha tenido negocio en compañía con la actora; rechaza la afirmación de que entre él y la Becerra hubiera existido o exista una sociedad de hecho; dice que no ha sido administrador de ningunos bienes sociales, y propone las siguientes excepciones: “Prescripción y la genérica, o sea todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió”. Agrega: “Hago consistir la primera en que, como lo estableceré oportunamente, caso de que hubiera existido una sociedad de hecho entre la señora Becerra viuda de Montes y

el infrascrito opositor, la acción que hoy está mal mal empleando dicha señora debiera haberla ejercitado desde hace más de veinte años, bien cuando rompimos las conocidas relaciones u ora cuando contraje matrimonio”.

La primera instancia finalizó con la sentencia de fecha cinco de mayo de mil novecientos cincuenta y cinco, cuya parte resolutive en lo pertinente dice: “No se hacen declaraciones (sic) imputadas por el doctor Aicardo Gómez R., personero judicial de Dolores Becerra viuda de Montes, en el presente juicio, instaurado contra don Francisco Alvarez (a. el Nato Pizano)”. Además, ordenó cancelar la inscripción de la demanda, en lo referente a los inmuebles que fueron afectados; decretó el levantamiento del embargo y secuestro preventivos de los depósitos bancarios de propiedad del señor Alvarez que fueron embargados con motivo de esta demanda; dispuso la cancelación de las fianzas otorgadas con ocasión de esta acción, e impuso las costas al demandante.

Contra esta sentencia interpuso apelación la parte actora, y en segundo grado conoció el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, cuya sentencia dijo:

“Se revoca la sentencia de 5 de mayo del presente año, del Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Berrío, y en su lugar declara que ha prescrito la acción y el derecho de la parte demandante y de que trata la parte petitoria de la demanda. No se hace condenación en costas, en ninguna de las instancias”.

El recurso.

El recurrente, con apoyo en la primera de las causales del artículo 520 del Código Judicial, formula cinco cargos, y además propone uno con apoyo en la segunda causal. Tales cargos pueden sistematizarse así:

PRIMERO: Violación por infracción directa del artículo 1.374 del Código Civil que consagra la imprescriptibilidad de la acción de partición, ya que el Tribunal declaró prescrita tal acción; violación por errónea interpretación y aplicación indebida de los artículos 2.512 y 2.535 del mismo código “al interpretarlos en el sentido de que ellos establecen la prescriptibilidad de dicha acción y al aplicarlos a ella”; y violación, por no haberlo aplicado al caso, del artículo 2.141 de la obra citada.

El Tribunal, según el recurrente, reconoce que efectivamente hubo una sociedad de hecho entre

las partes durante muchos años; este reconocimiento, no ha sido atacado en casación ni por el demandado ni por la demandante por lo cual ha quedado en firme. Sólo que el Tribunal, después de declarar la existencia de la sociedad de hecho agregó que como llegó un momento en que la separación fue ostensible, vino una especie de indivisión, en la cual ya no intervenía Dolores Becerra y prácticamente la sociedad de hecho no volvió a funcionar.

El Tribunal para declarar la prescripción partió de las bases siguientes:

1ª Habiéndose casado legítimamente el demandado en 1931 y habiéndose formado una sociedad conyugal entre él y su cónyuge, la acción intentada por María Dolores Becerra había prescrito pues desde entonces a hoy han transcurrido más de veinte años; 2ª Para contestar el argumento según el cual la prescripción no es declarable en el presente juicio, la sentencia aduce los artículos 2.091 y 2.134 del Código Civil en cuanto en ellos se establece que la sociedad puede expirar por renuncia de uno de los socios, pero no se atreve a afirmar que se hubiera producido esa renuncia. Se limita, a exponer que en unas posiciones la demandante había declarado que años antes de 1929 se habían terminado las relaciones con el demandado. 3a. El Tribunal sostiene que sí prescribe la acción de pedir la liquidación de la sociedad de hecho y aduce los artículos 2.512 y 2.535 del Código Civil para aplicarlos. 4ª El Tribunal entró a discurrir sobre la prescripción adquisitiva del dominio de los bienes sociales, a pesar de que tal prescripción nunca fue alegada durante el juicio.

El recurrente dice que no está demostrada la renuncia que hiciera la demandante de sus derechos de socio, porque ni se sabe cuándo fue esa renuncia, ni en caso de existir aparece notificada al otro socio, de modo que no puede producir efecto según los artículos 2.135, 2.136 y 2.139 del Código Civil.

SEGUNDO.—Se acusa la sentencia por aplicación indebida de los artículos 2.143, 2.135, 2.136, 2.137 y 2.138 del Código Civil y se fundamenta el cargo así: “Si la causal de disolución de una sociedad consistente en la renuncia está sujeta a las normas de los artículos citados, éstos fueron violados por aplicación indebida, al aplicarlos, para deducir que la sociedad se había disuelto, a un hecho que el mismo Tribunal no se atrevió a llamar renuncia, hecho que consiste en que la demandante dijo en posiciones que antes del año

de 1929 se habían terminado las relaciones de ella con el demandado Alvarez, pero quedando en su poder la caja de caudales. Es obvio que el hecho de que hubieran cesado las relaciones de concubinato y de común vivienda no implicaba una renuncia que disolviera la sociedad”.

TERCERO.— “...error de hecho, que aparece de modo manifiesto en los autos y como consecuencia del cual se violaron, por indebida aplicación, los mismos artículos 2.134, 2.135, 2.136, 2.137 y 2.138 del Código Civil. El error de hecho, en la hipótesis de que el Tribunal hubiera admitido que hubo renuncia, aparece de modo manifiesto, puesto que de las respuestas de la señora Becerra, citadas por el Tribunal al folio 35 del cuaderno respectivo, no puede inducirse en forma alguna, que hubo una renuncia que cumpliera con los requisitos de los textos citados y que por lo mismo pudiera disolver la sociedad”.

CUARTO.— “...el Tribunal violó los artículos del Código Civil que establecen las causales de disolución de una sociedad, o sean los artículos 2.124, 2.125, 2.126, 2.127, 2.128, 2.129, 2.131, 2.132, 2.133, 2.134, y 2.135. En efecto el Tribunal, sin que interviniera ninguna de las causales establecidas en estos textos, da por disuelta la sociedad al decir que surgió un estado de indivisión, lo cual implica indebida aplicación de los referidos textos. Indebida porque se aplican a un hecho no previsto en ellos para dar por disuelta la sociedad, cuando las causales de disolución están limitativamente expuestas en dichos artículos”.

QUINTO.— “El mismo razonamiento del Tribunal expuesto en el párrafo anterior implica violación directa del artículo 1.347 y del artículo 2.141, puesto que en el supuesto establecido por el Tribunal, de que surgió un estado de indivisión, se violaron esos artículos al considerar que la acción de partición para ponerle fin a la indivisión, había prescrito”.

Segunda Causal.— El Tribunal al afirmar que está probada la prescripción de treinta años en favor del demandado “porque se reconoce que éste ha estado en posesión de los bienes por ese lapso con ánimo de señor y dueño” incurrió en la causal mencionada, ya que la prescripción no fue alegada ni se produjeron pruebas sobre posesión *pro suo* de parte de Alvarez sobre determinados bienes.

* * *

Consideraciones de la Corte.

Para obrar en orden lógico, de acuerdo con el artículo 537 del Código Judicial, se estudia en primer lugar el cargo que se apoya en la segunda causal, y que se hace consistir en que, cuando la sentencia afirma que está probada la prescripción adquisitiva de dominio, incurrió en disonancia entre lo pedido y lo fallado, ya que dicha prescripción no fue alegada en ningún momento, ni hubo pruebas respecto a ello.

Ciertamente, el demandado propuso dos excepciones al contestar la demanda, a saber: la de prescripción y la que la doctrina denomina “genérica”, es decir, la que se configura en cualquier hecho en virtud del cual la ley desconoce la existencia de la obligación o la declara extinguida si alguna vez existió.

La excepción de prescripción, como se transcribió anteriormente, se basó en que en el supuesto de que hubiera existido la sociedad de hecho invocada en la demanda, “la acción que hoy está mal empleando dicha señora debiera haberla ejercitado desde hace más de veinte años...”, lo que implica que se propusiera exclusivamente la prescripción extintiva de la acción instaurada, y no la prescripción adquisitiva de los bienes que según la misma pieza pertenecen a la sociedad de hecho.

De otro lado, es evidente que la excepción de prescripción es necesario proponerla, para que el juzgador deba examinarla, ya que el artículo 343 del Código Judicial expresa que la prescripción siempre debe proponerse o alegarse por el demandado. Desde luego, esta norma comprende toda clase de prescripción, en forma que no es posible entrar en ninguna de ellas, si expresamente no se ha aducido.

En este caso la única prescripción que se opuso fue la extintiva de la acción, vale decir, que la adquisitiva no fue presentada, de manera que era injurídico proveer en relación con ella.

Sin embargo, la causal no puede prosperar, porque la sentencia no declaró en la parte resolutive que estuviera demostrada la prescripción adquisitiva, como se deduce de sus palabras que dicen: “...Se declara que ha prescrito la acción y el derecho de la parte demandante y de que trata la parte petitoria de la demanda”. Las peticiones de ésta solicitan declaración de la existencia de una sociedad de hecho y su consecuencia de que se decrete la disolución, liquidación y correspondiente distribución o partición de los bienes que forman el haber social de la misma:

la declaración de que la mitad de dichos bienes son de propiedad de la actora, quien tiene derecho a reivindicarlos, "si hubiere lugar a ello o fuere necesario", y la de que el demandado está en la obligación de pagar el lucro cesante y el daño emergente que es de rigor, así como las costas del proceso.

La sentencia, como era lógico, se limitó a examinar la acción principal, esto es, la de declaración de existencia de una sociedad de hecho, la cual encontró prescrita, y así decidió la litis. La referencia que en la parte motiva hace sobre la prescripción adquisitiva es subsidiaria y a mayor abundamiento, mas en ningún momento determinó la solución de la controversia, la cual fue definida exclusivamente, se repite, a través de la prescripción extintiva de la acción. Por eso dijo el Tribunal en su motivación: "Pero del año 29 en adelante se pierde todo rastro de contacto o relación entre las partes. Hasta el advenimiento de la demanda han transcurrido más de veinte años de inactividad completa y ello mata la presente acción, y tiene que ser así porque es imposible creer que las cosas podrían durar en un estado de inseguridad, de un modo indefinido".

De esta manera, no hay lugar a que la sentencia no se halle en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

* * *

En cuanto al segundo y al tercer cargo de la demanda de casación que guardan íntima relación, y por economía del recurso se examinan simultáneamente, se observa:

La existencia de las sociedades de hecho está reconocida en nuestra legislación por el artículo 2.083 del Código Civil, que principia diciendo: "Si se formare de hecho una sociedad...", y por el artículo 472 del Código de Comercio que enseña que produce nulidad absoluta entre los socios la misión de la escritura social y las solemnidades prescritas en los artículos 469 y 470 del mismo código, pero agrega que los socios, "sin embargo responderán solidariamente a los terceros con quienes hubieren contratado a nombre y en interés de la sociedad de hecho", principalmente teniendo en mira el interés de terceros que hayan contratado con la sociedad, que en apariencia tiene todos los visos de legalidad, pero que es nula por falta de cumplimiento de los requisitos o solemnidades que la ley exige para que la sociedad nazca a la vida jurídica.

De esta suerte, además de las sociedades de hecho que se forman en virtud de consentimiento

expreso de las partes pero que no alcanzan a la categoría de sociedades de derecho, por falta de las solemnidades requeridas, existen otras sociedades que nacen de la colaboración de dos o más personas que aunan sus esfuerzos en orden a la realización de operaciones encaminadas a obtener beneficios comunes, circunstancias de las cuales se puede deducir el consentimiento implícito de formar la sociedad.

La doctrina de la Corte ha admitido la existencia de sociedad de hecho entre concubinos a partir de la sentencia de 30 de noviembre de 1935 (G. J., números 1.901 y 1.902, página 476), siempre que se reúnan determinados requisitos, y sobre la base de que debe aparecer el consentimiento de los socios, el cual puede inferirse de determinadas circunstancias de hecho. Dice la Corte:

"Se presumirá este consentimiento; se inducirá de los hechos el contrato implícito de sociedad, y se deberá, en consecuencia, admitir o reconocer la sociedad creada de hecho, cuando la aludida colaboración de varias personas en una misma explotación reúna las siguientes condiciones:

"1º Que se trate de una serie coordinada de hechos de explotación común;

"2º Que se ejerza una acción paralela y simultánea entre los presuntos asociados, tendientes a la consecución de beneficios.

"3º. Que la colaboración entre ellos se desarrolle en un pie de igualdad, es decir, que no haya estado uno de ellos con respecto al otro u otros, en un estado de dependencia proveniente de un contrato de arrendamiento de servicios, de un mandato o de cualquiera otra convención, por razón de la cual uno de los colaboradores reciba salario o sueldo y esté excluido de una participación activa en la dirección, en el control y en la supervigilancia de la empresa.

"4º. Que no se trate de un estado de simple indivisión, de tenencia, guarda, conservación o vigilancia de bienes comunes, sino de verdaderas actividades encaminadas a obtener beneficios".

Además, es necesario: "1º Que la sociedad no haya tenido por finalidad el crear, prolongar, fomentar o estimular el concubinato pues si ello fuere así, el contrato sería nulo por causa ilícita, en razón de su móvil determinante; 2º Como el concubinato no crea por sí solo comunidad de bienes, ni sociedad de hecho, es preciso para reconocer la sociedad de hecho entre concubinos, que se pueda distinguir claramente lo que es común actividad de los concubinos en una determinada empresa creada con el propósito de realizar

beneficios de lo que es el simple resultado de una común vivienda y de una intimidad extendida al manejo, conservación o administración de los bienes de uno y otro o de ambos”.

Por último, la Corte es explícita cuando afirma:

“Sobra advertir que la posibilidad de que exista una compañía o sociedad en el hecho y por los hechos dentro de un concubinato, no da base a pensar, porque sería jurídica y moralmente imposible, en una sociedad conyugal de hecho... La sociedad conyugal no se origina en el consentimiento particular; se forma fuera de la zona contractual del derecho privado, dentro de la institución familiar que corresponde al orden público, como una consecuencia legal del matrimonio, que es su fuente y su antecedente ineludible”. (G. J. T. LXII, página 348).

Estas doctrinas, que hoy se reiteran, tuvieron su fuente en la jurisprudencia francesa que, como dice Nast, por lo general, reconoce la acción *pro socio*, “cuando se comprueba que realmente ha existido sociedad de hecho entre los amancebados, y especialmente cuando, como acontece a menudo, los amantes han explotado en común hacienda, comercio o industria”.

Verdaderamente no sería jurídico desconocer dicha acción, comprobada la sociedad de hecho, aclarándose que es posible que entre amancebados pueda celebrarse otra clase de contratos, ya que la colaboración de uno en los negocios del otro es factible que determine figuras diversas, como el contrato de trabajo, al mandato, el mutuo, las compañías civiles regulares, las cuentas en participación, etc.

El Tribunal considera que se reúnen en este caso los requisitos doctrinarios y jurisprudenciales para la existencia de la sociedad de hecho, y que las pruebas son suficientes para demostrarlos. En efecto, dice: “Por todo lo anterior, se concluye que tendría la presente demanda finas asas jurídicas para sostenerla, si no en la integridad de los bienes del demandante (sic), si en parte de ellos, si no por todo el lapso de existencia que va corrido desde 1909, sí por varios años, en que el negocio no tomó el auge ni se desvió hacia otras actividades más lucrativas y de más especulación que trabajo”.

Sin embargo, también considera que tal sociedad terminó en virtud de renuncia de la demandante, pues no de otra manera puede interpretarse el siguiente pasaje del fallo: “No es exactamente jurídica la anterior apreciación (se refiere a un argumento contra la prescripción de la acción de liquidación propuesto por el apoderado

del demandado), por cuanto hay un fenómeno que pone fin a la sociedad y es la renuncia. A ella se refiere el artículo 2.099 del Código Civil...”. Por esta causa, en seguida la sentencia analiza las respuestas dadas por la actora a dos preguntas que se formularon en posiciones dentro del proceso y que dicen: “Es verdad, sí o nó, que las conocidas relaciones que existieron entre el señor Alvarez y usted terminaron desde 1918 o 1919?”. Contestó: Es verdad, por mi propia voluntad, pero seguí haciéndole de comer y arreglándole la ropa”. “Es verdad, sí o nó, que muchos años antes de 1929, usted y el señor Alvarez le habían puesto fin a las consabidas relaciones que cultivaban, y usted no tenía en su poder por ese año de 1929 objetos que fueran de propiedad del señor Alvarez?”. Contestó: Es verdad y explico: Seis años antes con anterioridad a 1929 se habían terminado las relaciones de los dos, y en el año de 1929 yo conservaba en mi poder y aquí en esta casa que ocupo, la caja de caudales del señor Alvarez, la que fue retirada pocos días antes de su matrimonio. También le seguí haciendo de comer, durante un año, al señor Alvarez y a su señora”.

Y de este análisis concluye: “Se podrán referir estas relaciones únicamente al concubinato?. No es posible hacer una distinción donde la absolvente no especifica y antes ratifica que es lo contrario, al agregar que le siguió haciendo la comida y arreglándole la ropa. Es decir, el negocio de sociedad de hecho, propiamente dicho, había cambiado de su primitiva forma y ahora era Alvarez quien había tomado la dirección exclusiva de los negocios”. Y agrega, para justificar la prescripción de la acción: “Aplicándolo a este juicio (se refiere al artículo 2.535 del Código Civil), tenemos que indudablemente en los años 1926 y 1929 todavía aparecen transacciones (sic) entre las partes, como la venta de un ganado y la venta de una casa, por parte de la demandante al demandado, quedando con derecho de habitación mientras viva. Pero del año 29 en adelante se pierde todo rastro de contacto o relación entre las partes. Hasta el advenimiento de la demanda han transcurrido más de veinte años de inactividad completa y ello mata la presente acción...”. “La obligación era ya exigible, porque la sociedad de hecho había perdido totalmente su primitivo carácter y se había convertido en la dirección, administración y posesión de un solo socio, respecto de todos los bienes”.

Así las cosas, como ya se dijo, en realidad el Tribunal estimó que por lo menos en la fecha en

que se presentaron las últimas negociaciones entre las partes, año de 1929, o en 1931 cuando Alvarez contrajo matrimonio, finalizó la sociedad de hecho que estimó demostrada antes, en virtud de renuncia de Dolores Becerra.

El artículo 2.091 del Código Civil dice: "No expresándose plazo o condición para que tenga principio la sociedad, se entenderá que principia a la fecha del mismo contrato; y no expresándose plazo o condición para que tenga fin, se entenderá contraída para toda la vida de los asociados, salvo el derecho de renuncia. Pero si el objeto de la sociedad es un negocio de duración limitada, se entenderá contraída por todo el tiempo que durare el negocio".

A su turno, el artículo 2.134 dice en lo pertinente: "La sociedad puede expirar también por la renuncia de uno de los socios. Sin embargo, cuando la sociedad se ha contraído por tiempo fijo o para un negocio de duración limitada, no tendrá efecto la renuncia, si por el contrato de sociedad no se hubiere dado la facultad de hacerla, o si no hubiere grave motivo...".

El artículo 2.135 *ibidem* reza: "La renuncia de un socio no produce efecto alguno sino en virtud de su notificación a todos los otros; la notificación al socio o socios que exclusivamente administran, se entenderá hecha a todos. Aquellos de los socios a quienes no se hubiere notificado la renuncia, podrán aceptarla después, si vieren convenirles, o dar por subsistente la sociedad en el tiempo intermedio". Por último, el artículo 2.136 establece que no vale la renuncia que se hace de mala fé o intempestivamente, fenómenos que se definen en los artículos 2.137 y 2.138, los cuales no es necesario reproducir porque no inciden en la cuestión que se analiza.

Los principios contenidos en las normas citadas se pueden sintetizar así:

1. Cuando la sociedad contiene un tiempo fijo o se ha contraído para un negocio de duración limitada, la renuncia no produce ningún efecto.

2. La regla anterior tiene dos excepciones, que son: a) Cuando en el contrato de sociedad se hubiere autorizado expresamente el derecho de renuncia; b) Cuando existiere grave motivo para efectuarlo, de que serían ejemplos la inejecución de las obligaciones del otro socio, la pérdida de una administrador inteligente que no pueda ser reemplazado entre los socios, la enfermedad habitual del renunciante que lo inhabilite para el ejercicio de sus funciones sociales, y el mal estado de sus negocios por circunstancias imprevistas (Código Civil artículo 2.134).

3. Cuando la sociedad no contiene plazo fijo ni objeto de duración limitada, la renuncia de uno de los socios finaliza el contrato social, mas para ello se necesitan dos requisitos: a) Que la renuncia sea notificada a los socios, tal cual lo ordena el artículo 2.135; b) Que la renuncia se haga de buena fé y no sea intempestiva (Artículo 2.136 del Código Civil).

Como se ha visto, el Tribunal se fundamenta para decir que Dolores Becerra, de acuerdo con el artículo 2.091 del Código Civil, ejercitó el derecho de renuncia que tienen los socios cuando en el contrato de sociedad no se ha expresado plazo o condición para que ella tenga fin, en el reconocimiento en posiciones sobre que sus relaciones con Alvarez habían terminado en 1919, o seis años antes de 1929, o en último caso en dicho año, ya que en éste aparecen aún "transacciones" entre las partes como la venta de ganado y de una casa por parte de la demandante al demandado; lo que determina que tal sea la fecha base para contar el término de prescripción de la acción, que declaró en la parte resolutive.

La sociedad que encontró el Tribunal no contiene un tiempo fijo ni se contrajo para un negocio de duración limitada, por lo cual, en principio, dentro de su razonamiento, la renuncia procedería.

Mas la sentencia aplica los artículos 2.134 y 2.135 del Código Civil sin fijarse en que tal renuncia, para que produjera efecto, era indispensable notificarla al otro socio, lo cual no aparece demostrado, fuera de que tampoco se ha comprobado que realmente Dolores Becerra hubiera hecho dicha manifestación para aquella época, de modo que la aplicación indebida de las normas en cita aparece con claridad. Y si a lo anterior se agrega que la simple aceptación de que las relaciones terminaron, no puede tener el significado de una renuncia, entre otras cosas porque no se especificó por la absolvente cuáles fueron las relaciones finalizadas, se concluye que el error de hecho invocado por el recurrente resulta demostrado, ya que dicha entidad dio por probado un hecho cuya existencia no se acredita, desde el momento que, para la Corte, las manifestaciones de la Becerra no constituyen la aludida renuncia.

Dicho error de hecho lleva a la violación indirecta, por indebida aplicación, de los textos citados del Código Civil por el recurrente. Tan evidente es esto, que el propio opositor expresa al dar respuesta a la demanda de casación: "Convengo con el recurrente... que esa posición o actitud confesada por Dolores Becerra no es la

renuncia de que habla el 2.134 del Código Civil y que el Tribunal lo aplicó indebidamente”.

Lo dicho es suficiente para encontrar fundados los cargos examinados y, por ende, para proferir sentencia de instancia, sin necesidad de estudiar los demás (C. J. Art. 538).

Sentencia de Instancia.

La petición principal de la demanda se dirige a que se declare la existencia de una sociedad de hecho constituida desde el año de 1909 entre María Dolores Becerra viuda de Montes y Francisco Álvarez, y a que se decrete su disolución y liquidación. Es obvio, entonces, que lo primero que debe precisarse es si realmente aparece demostrada tal sociedad en el proceso.

Mas antes de proceder a esta indagación, se hace necesario establecer si, como lo dice el recurrente, es éste un punto sobre el cual no es posible volver, ya que “la existencia misma de la sociedad de hecho, admitida explícitamente por el Tribunal, no ha sido acusada por ese concepto”, lo cual reitera con las siguientes palabras: “Dicha admisión de la existencia de la sociedad de hecho está contenida no sólo en la parte motiva del fallo del Tribunal sino en la resolutive, pues no a otra cosa equivale la revocación del fallo de Puerto Berrio”.

Del enunciado de los antecedentes se desprende que el Juez de Circuito negó las peticiones de la demanda y absolvió al demandado con fundamento en que el actor no cumplió con su carga probatoria en relación con la cuestión capital del negocio, o sea la existencia de la sociedad de hecho. Y que el Tribunal se separó de este criterio, pues en su motivación estimó que la sociedad estaba acreditada, pero que en virtud de la renuncia de Dolores Becerra, ocurrida a más tardar en 1929, de esta fecha en adelante transcurrieron hasta la notificación de la admisión de la demanda más de veinte años, lo que configuró la prescripción extintiva de dicha acción, que fue una de las dos excepciones propuestas por el demandado.

En suma, el Juez absolvió al demandado porque no encontró establecida una de las condiciones de la acción, o sea la relación sustancial invocada, al paso que el Tribunal vino a absolverlo por hallar una excepción perentoria, con fuerza de medio extintivo, suficientemente comprobada.

De esta manera el resultado procesal para el demandado fue igual, ya que por dos caminos diferentes vino a ser liberado de los cargos de la

demanda, y le resultó en este caso equivalente que el actor no obtuviera éxito por falta de fundamento de la acción, o que no lo hubiese logrado en virtud del progreso de un medio exceptivo.

Como los eminentes apoderados de las partes han debatido sobre el problema de los llamados “pronunciamientos implícitos”, es menester hacer algunas consideraciones a este propósito.

Si bien la decisión judicial viene a ser la resolución de las cuestiones en litigio, se hace menester precisar cuáles son éstas en cada caso, ya que la cosa juzgada sólo sobrevendrá respecto a lo que haya constituido la materia del fallo, o sean las cuestiones resueltas por éste.

Carnelutti dice al respecto: “Ello no significa que la cosa juzgada se limite a aquellas cuestiones que han recibido decisión expresa, desde el momento en que la decisión viene a ser una declaración, que al igual que cualquiera otra, contiene cuestiones que se subentienden lógicamente sin necesidad de expresarlas. Especialmente, cuando la solución de una cuestión supone como *prius* lógico la solución de otra, esta otra se halla también implícitamente contenida en la decisión (el llamado juzgamiento implícito). Se hallan implícitamente resueltas todas las cuestiones cuya solución sea lógicamente necesaria para llegar a la solución expresada en la decisión” (Sistema de Derecho Procesal Civil, Tomo I, pág. 318).

Desde luego, como el mismo autor lo anota, mientras a veces es sencillo determinar cuántas y cuáles fueron las cuestiones resueltas, otras veces se presentan dificultades, que deben aclararse mediante la interpretación. Las cuestiones resueltas constituyen un extremo “que por lo general se infiere de la parte de la decisión que contiene la indicación conclusiva del efecto de su solución (parte dispositiva)... Se suele decir, por ello, que el lugar del juzgamiento está en la parte dispositiva. Esta máxima ha de tomarse, sin embargo, con gran cautela, precisamente porque “lo que haya formado la materia de la sentencia” no se puede decidir, por vía de interpretación, sino de la sentencia entera, y especialmente, por tanto, de su parte motiva o motivación, de la que igual puede surgir una restricción que una ampliación del fallo, o sea porque de ella resulte que algunas cuestiones no han sido resueltas ni implícita ni explícitamente, pese a la amplitud de la fórmula conclusiva, sea porque, en cambio, otras cuestiones que no aparezcan comprendidas en ésta, resulten en realidad consideradas o resueltas” (obra y página citadas).

Si bien los asertos anteriores pueden llegar a

ser admisibles, tratándose de sentencias ejecutoriadas, que requieran interpretación al aplicarlas. el problema no puede resolverse sino con base en los principios que gobiernan el interés procesal para hacer uso de los recursos que la ley establece contra las providencias judiciales, cuando se trata de aquellas que no han adquirido total ejecutoria, ya que solamente puede utilizar los medios de impugnación quien haya recibido ur gravamen con el respectivo proveimiento, es decir, que la parte que ha conseguido una situación enteramente favorable no tiene capacidad para entablar recurso contra la respectiva resolución judicial. En efecto, dice De la Plaza: "Sólo el perjudicado por la sentencia puede utilizar medios de impugnación para solicitar que se revoque o se enmiende, porque él únicamente está gravado por el resultado del proceso. En esta sencilla consideración, por otra parte perfectamente razonable, estriba lo que se ha llamado interés en recurrir que no es sino la legitimación en orden al medio de impugnación solicitado".

Y por la misma razón expresa la Corte: "Las partes singularizan en cada pleito las cuestiones de su interés personal cuya decisión someten al Juez, y es ésta lo que las vincula y lo que buscan como fin de su litigio, no las consideraciones y apreciaciones que han conducido al juzgador a pronunciarlas. Los particulares no están obligados a suscitar o a afrontar discusiones académicas, y así el que ha ganado un pleito porque la sentencia le concede cuanto pidió, o lo absuelve de todos los cargos de la demanda, mal haría en apelar en razón de que la opinión del sentenciador expuesta en la parte motiva no es precisamente la de ese litigante sobre los hechos o el derecho. Lo favorable o desfavorable a que mira el artículo 494 del Código Judicial está en lo que concede, niega u ordena, esto es, en su parte resolutive" (G. J. Tomo XLI, pág. 835).

La misma Corporación reitera la doctrina anterior en los términos que siguen: "Es necesario que la sentencia contra la cual se interpone la casación infiera agravio a la parte recurrente, porque la casación, lo mismo que la apelación, legalmente ha de entenderse interpuesta en lo desfavorable al recurrente" (G. J. Tomo 64 página 792).

Así las cosas, entre nosotros no es posible recurrir sino respecto a la parte resolutive de la sentencia, sin que ello implique que dicha parte se encuentre siempre en la resolución, ya que a veces ésta se remite a la parte motiva para determinados efectos. O sea, que la facultad de recu-

rrir está subordinada al hecho de no haber sido satisfechas las pretensiones deducidas en el proceso, es decir, que sólo puede hacer valer el recurso quien ha visto insatisfecha alguna de sus aspiraciones.

Eduardo J. Conture tratando de la apelación por quien ve triunfar sus pretensiones expresa lo siguiente que es aplicable al caso *su-lite*: "Se da, asimismo, la situación del que ha visto triunfar sus pretensiones pero por fundamentos que le son perjudiciales. . . . No obstante, ese agravio no da mérito al recurso de apelación. Los fundamentos de la sentencia no son motivo de recurso, sino su parte dispositiva" (Fundamentos de Derecho Procesal Civil, página 260).

Y Chiovenda expone: "En conclusión: objeto de la cosa juzgada es la conclusión última del razonamiento del Juez, y no sus premisas; el último e inmediato resultado de la decisión y no la serie de hechos, de relaciones o de estados jurídicos que en la mente del Juez constituyeron los presupuestos de dichos resultados" (Instituciones, Tomo I, página 416).

De manera que, en últimas, ha prevalecido la tesis de que la cosa juzgada comprende únicamente lo dispositivo de la sentencia, que fue la orientación alemana que se sobrepuso a la enseñanza de Savigny respecto a que la sentencia es un todo único e inseparable, de modo que entre el fundamento y lo dispositivo media relación tan estrecha que no puede desmembrarse, tesis ésta que ha recuperado fuerza en los últimos años en algunos países.

Como la sentencia fue totalmente favorable al demandado, lo que le impedía interponer recurso de casación contra ella, no es admisible el razonamiento del recurrente, en cuanto a que se hace intangible la conclusión de la parte motiva de ella sobre la existencia de la invocada sociedad de hecho, pues estaba cerrada la puerta para que dicho punto pudiera ser motivo de casación por el demandado.

Por estas razones, es menester averiguar si la pretendida sociedad de hecho posee entidad probatoria suficiente, y a ello se dedica en seguida la Sala.

El demandado en la contestación de la demanda acepta que hizo vida marital con la actora por un lapso de seis meses más o menos, en Puerto Wilches, pero sostiene que ésta en forma alguna intervino en sus negocios; que es cierto que vendió a petición de ella seis vacas de su propiedad por \$ 200.00, dinero que afirma haber entregado a la dueña; y que la Becerra ocupa la casa a que

la demanda se refiere, pero añade que no fue construida con el dinero proveniente de la venta de dicho ganado.

Explica el demandado en posiciones que conoció a la actora en Soplavientos, Puerto Wilches, donde él tenía tienda de mercancías, licores y rancho y que allí se iniciaron las relaciones sexuales, sin que ella tuviera negocios de ninguna clase; que luego viajaron a la Costa Atlántica, una vez vendida la tienda, y en Barranquilla adquirió con dinero de su exclusiva propiedad algunos objetos que le sirvieron para establecerse en Puerto Berrío. Acepta que la señora Becerra realizaba determinadas labores, como eran la preparación de comestibles que se vendían en la tienda de Alvarez, así como en otros establecimientos de la misma índole, pero que el producto, que se liquidaba semanalmente, lo invertía tal señora en su mayor parte en el sostenimiento de la familia de Julio Becerra, hermano de ella, sin que quedara en poder de Alvarez ni un solo centavo por ese concepto.

A su turno la demandante acepta en posiciones que en Puerto Wilches fue donde conoció a Alvarez, no obstante que en la demanda afirma que sus relaciones con éste comenzaron en Puerto Berrío, en época anterior; expresa que en este último puerto edificó dos ranchos después de hacer tumbar monte, y que en su casa cortaba y cosía trajes que le llevaban para tal efecto; que hacía artículos alimenticios para surtir la tienda que tenía Francisco Alvarez en Puerto Wilches y en Puerto Berrío, y admite que cuando su hermano Julio Becerra estuvo allí, ella destinaba la mayor parte del producido de tales alimentos para ayudarle a su subsistencia y a la de su familia. Por último, se ha visto oportunamente que confiesa que las relaciones terminaron en 1918 o 1919, aunque en la misma diligencia dice que por lo menos con seis años de anterioridad a 1929, concluyeron ellas.

Del dicho de los testigos presentados por la parte actora, Visitación Arrubla, María del Rosario Cruz, Catalino Velásquez, Jesús Ochoa, María Josefa Lastra, Marcial y Reyes Delgado, Leonor Alzate y otros, cuyos dichos fueron analizados por el Juzgado de primera instancia pormenorizada y en forma acertada se desprende:

a) Que Francisco Antonio Alvarez y Dolores Becerra vivieron juntos primero en Puerto Wilches y luego en Puerto Berrío a donde llegaron a fines de 1909;

b) Que para esa época Dolores tenía dos casitas

de madera, techadas de paja, en una de las cuales fijaron residencia común;

c) Que cuando llegaron a Puerto Berrío trajeron varios artículos que destinaron a surtir una tienda de víveres que manejaba el señor Alvarez, pero sin que a ciencia cierta se sepa con dinero de quién fueron adquiridos;

d) Que Dolores tenía panadería y hacía comestibles, productos que vendía en las tiendas del poblado y también en la que administraba Francisco;

e) Que además la señora Becerra ayudaba a Alvarez en otros sentidos, pues le preparaba los alimentos, le arreglaba la ropa y lo asistía en sus enfermedades.

Además, los testigos en pasajes que no versan sobre narración de hechos, inducen que el esfuerzo de Dolores en los trabajos de amasijo y preparación de comestibles fueron los que determinaron la prosperidad del primitivo negocio de Alvarez y posteriormente de los demás a que éste se dedicó, y concluyen, que de acuerdo con el decir de las gentes, todos los bienes que figuran en cabeza de dicho señor pertenecen realmente a éste y a Dolores Becerra.

Para la Sala, por ninguna parte se descubrió la común actividad de negocios conjuntos entre los concubinos, de modo que parece que el caso se reduce a una unión libre entre éstos, pero sin que en ella existiese el previo ánimo de asociarse para trabajar en común beneficio. Por el contrario, de las pruebas sólo resulta que como consecuencia del concubinato la mujer ayudaba al hombre preparándole los alimentos, arreglándole la ropa, e incluso elaborando comestibles para vender en la tienda que aquél dirigió, mas ninguno de los testigos expresa que la ayuda de la mujer consistiera en una colaboración directa en los negocios que Alvarez realizaba, los cuales por cierto tampoco aparecen demostrados, aunque se afirma que es dueño de varios inmuebles, cuya ubicación y demás características se ignoran, así como el título de adquisición.

Tampoco hay en el proceso material probatorio que conduzca a la convicción de que Dolores Becerra interviniera en las operaciones que pudieran considerarse que implicaran el giro ordinario de los negocios, pues fuera de sus actividades ya mencionadas, nadie la vio participar en los negocios de Alvarez, que llevaron a éste a una próspera situación económica, según se informa.

A este respecto es muy importante destacar que la colaboración transitoria no es suficiente para demostrar el consentimiento en la formación

de la sociedad de hecho entre concubinos, ni que la prueba de que alguno de ellos ha trabajado para determinada empresa del otro lleva en sí la de que entre ambos haya habido sociedad, aún tratándose de colaboración permanente, porque ésta puede haber sido a cualquier otro título, como la prestación gratuita de servicios o la prestación onerosa de ellos, o simplemente el mandato o la agencia oficiosa.

Por eso se encuentra acertado lo que expone Nast en conocido comentario (G. J., número 1.898, página 153): "Como que no puede haber solución única para todos los casos que se presentan a diario, todo es asunto de hecho, y depende cada solución de la intención de los amantes; la que se inferirá a veces de la conducta de cada uno de los amancebados para con el otro. Cuando ambos amantes han explotado un establecimiento industrial o comercial o un fundo rural, se dirá, según las circunstancias, que entre los dos existió asociación en participación o sociedad colectiva o de hecho; por el contrario, cuando sea que uno ha colaborado en la explotación gerenciado por el otro, que no hubo sociedad, sino prestación de servicios sujeta a una remuneración".

En conclusión para la Sala no se hallan acreditados hechos de los cuales pudiera deducirse la existencia de la sociedad de hecho que se invoca, ya que las actividades de la demandante en relación con el demandado no constituyen situaciones de las cuales pueda inferirse el consentimiento implícito a través de explotación común, ni se ha demostrado que los concubinos hubieran ejercido

acción paralela y simultánea tendiente a la consecución de beneficios, ni que hubiera colaboración entre ellos en pie de igualdad. Por tanto, la acción principal carece de fundamento y, debe negarse, sin que haya lugar, por razones sabidas de orden procesal, a examinar las consecuentes, ni a proveer sobre las excepciones propuestas por el demandado.

* * *

RESOLUCION

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín el veinticuatro (24) de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco (1955), y en su lugar confirma la proferida por el Juzgado Promiscuo de Puerto Berrío el cinco (5) de mayo del mismo año.

Sin costas en la segunda instancia ni en el recurso de casación.

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

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco.
Ignacio Escallón—Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Ricardo Hinestrosa Daza, Conjuez.
Jorge Soto Soto, Secretario.

EL HEREDERO QUE HAYA POSEIDO Y EXPLOTADO ECONOMICAMENTE UN BIEN DE LA COMUNIDAD HERENCIAL DENTRO DE LAS CONDICIONES DETERMINADAS EN LA LEY 51 DE 1943, PUEDE DEMANDAR PROSPERAMENTE LA DECLARACION DE PERTENENCIA POR USUCAPION ORDINARIA O EXTRAORDINARIA. — CUANDO PUEDE ATACARSE EN CASACION LA APRECIACION QUE EL TRIBUNAL HIZO DE LA PRUEBA INDICIARIA. — EN MATERIA CIVIL NO PUEDE RESOLVERSE SOBRE LO FUTURO HIPOTETICO. — COMO LA CAUSAL DE INCONGRUENCIA CONSTITUYE ERROR IN PROCEDENDO, ES DE PREFERENTE ANALISIS EN CASACION

1.—La herencia es una cosa universal y la comunidad es posible sobre una cosa universal.

El artículo 1º de la Ley 51 de 1943, estableció que el comunero, que posea materialmente, en las condiciones legales, el predio común, proindiviso o en parte de él, podrá hacer valer en su favor la prescripción adquisitiva del dominio, ordinaria o extraordinaria, según el caso, contra los demás comuneros, lo mismo que contra terceros extraños a la comunidad, sobre lo que tenga poseído y explotado económicamente.

Si es posible la comunidad sobre cosa herencial, comunidad universal, y si la Ley 51 no hizo diferencia ni distinción alguna, para efecto de la prescripción, respecto a si el comunero lo era a título singular o a título universal, es decir, sobre bien determinado o concreto o sobre universalidad, es claro que no hay inconveniente para que pueda prescribirse con base en la posesión alguno o algunos de los bienes de la herencia, sin que sea oportuno distinguir, conforme a la Ley 51, ni si la comunidad es universal, ni si lo es singular, ni si el prescribiente es heredero o es tercero a la sucesión.

La herencia no es cosa distinta que el conjunto de bienes dejados por el muerto. Mientras la herencia no se liquide, forma una comunidad universal entre los herederos que, aunque sui generis, no deja de ser comunidad sujeta en cada uno de sus bienes al fenómeno posesorio, base de la usucapion. Si la herencia es una comunidad, cuyos comuneros son los herederos —de allí el juicio de sucesión en orden a liquidarla para atribuir a cada uno de ellos lo que le

cupiere—, no se explica por qué uno de los herederos no pueda poseer contra los demás, si demuestra y comprueba posesión pro suo, dentro de las condiciones que la ley civil establece para hacerla fundamento y matriz de la usucapion.

“La herencia constituye una universalidad jurídica. Las universalidades pueden ser de hecho y de derecho o jurídicas. La universalidad de hecho no difiere de los bienes que la componen; se habla de universalidades de hecho cuando existe un conjunto de bienes que se denominan jurídicamente. Ejemplo: una biblioteca.

“La universalidad de derechos se caracteriza, en cambio, porque es un continente distinto de su contenido. Difieren totalmente de los elementos que la componen. Mientras vive una persona, su patrimonio, como atributo de la personalidad que es constituye una universalidad jurídica, porque difiere de los bienes (elementos activos) y de las obligaciones (elementos pasivos) que lo forman”. (Somarriva. Derecho Sucesorio, tomo I, página 37).

“Las disposiciones de la ley 51 de 1943 se aplican tanto a la comunidad de cosa singular como a la comunidad de cosa universal. Así, el heredero que haya poseído y explotado económicamente un bien de la comunidad herencial dentro de las condiciones determinadas en la ley, puede demandar prósperamente la declaración de pertenencia por usucapion ordinaria o extraordinaria”. (G. J., número 2.149, pág. 155).

No importa para el efecto, que el prescribiente reconozca su condición de condómino en el bien singular o en la cosa universal, si demuestra el hecho de su posesión

como prevalente en relación con la situación titular de los otros comuneros, "siempre que su posesión haya sido personal y no realizada en favor de la comunidad, y carece de importancia que el pretendido prescribiente desconozca la comunidad o se declare condómino" (G. J., número 2.150, pág. 564).

2.—El Tribunal es soberano en la apreciación de la prueba por indicios. Y la Corte no puede modificar esa valoración, sino mediante demostración de error evidente en el mérito atribuido al hecho indicador.

3.—El objeto de todos los juicios es resolver sobre lo que es materia de la controversia. No puede resolverse en materia civil sobre lo futuro hipotético.

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

(Magistrado ponente: Dr. Enrique Coral Velasco).

Hermelindo Heliodoro Rivera, llamó a juicio ordinario a la sucesión ilíquida de Narciso Rivera y Ascensión Pineda, representada por Zoila Rivera, "mayor de edad y vecino de Sora y por los demás herederos inciertos y cuya vecindad se desconoce, para que con su citación y audiencia previas las ritualidades de rigor", se declare que el demandante "ha poseído sin interrupción, violencia ni clandestinidad y por un lapso mayor de treinta (30) años y está poseyendo en la actualidad, un lote de terreno "Maraguay" ubicado en la fracción de "Chita" y "Chon", de la jurisdicción municipal de Sora", alindado en la forma visible en el aparte a) de la demanda; que el actor "ha adquirido por prescripción extraordinaria el inmueble alinderado y determinado en la petición anterior y que por consiguiente le pertenece en dominio y propiedad; y, que la declaración de pertenencia sea inscrita en el Libro número Primero de la Oficina de Registro del Circuito de Tunja".

Se fundamentan estas tres peticiones en los siguientes hechos:

a) Posesión y explotación económica del terreno por parte del actor desde antes del año de 1905 y posesión actual;

b) La posesión cumplida por el demandante se ha manifestado y se manifiesta con hechos "como sembrar y cosechar las sementeras, pastorear animales además de otros actos que ha ejecutado

siempre por creerse dueño y señor exclusivo de tal inmueble;

c) El actor "ha ejecutado y está ejecutando los actos de posesión sobre el inmueble sin que nunca haya sido perturbado por persona alguna y esos actos los ha ejecutado de manera pública y en forma pacífica, sin violencia ni clandestinidad";

d) La posesión se ha ejercitado por más de treinta años sin oposición alguna por parte de nadie, "lo cual le da derecho a que se declare dueño de él, por haber adquirido los bienes por prescripción adquisitiva";

e) "Se demanda a la sucesión ilíquida de los señores Narciso Rivera y Ascensión Pineda, representada por su heredera conocida Zoila Rivera y por los herederos inciertos y desconocidos, porque en el juicio de sucesión Rivera-Pineda, se ha pretendido alistar e inventariar el terreno como perteneciente a tal sucesión";

f) La demanda se dirige contra Zoila Rivera porque fue declarada heredera en el juicio de sucesión doble Rivera-Pineda y, contra los herederos inciertos y desconocidos; y

g) El actor de este juicio es también heredero en tal sucesión, "pero al entablar esta demanda, lo hace en su condición de tercero, porque no puede permitir que se inventarien bienes que le pertenecen exclusivamente".

En derecho, se fundó la demanda en lo dispuesto en el Título XLI, Libro 4º del Código Civil y en el Título VII del mismo Código, así también como en lo dispuesto en la Ley 200 de 1928 (sic), en armonía con lo ordenado en el artículo 737 y ss. del C. de P. Civil.

* * *

Tramitada la primera instancia del juicio, el Juez del conocimiento falló de conformidad con las pretensiones del actor y reconoció en su favor prescripción adquisitiva de un "terreno denominado "Maraguay", ubicado en las veredas de "Pita" y "Chon" o "Crone", de la jurisdicción municipal de Tunja, Corregimiento de Sora, y determinado por los linderos que se relacionan en la primera súplica de la demanda que originó este juicio". Igualmente ordenó la inscripción de la sentencia en el Libro Número Primero de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Tunja para los efectos de que trata el artículo 2.534 del Código Civil.

* * *

El Tribunal Superior de Tunja, por sentencia de 10 de junio de 1957, confirmó en "todas sus

partes" la sentencia proferida por el Juez Civil de ese Circuito, el 15 de junio de 1956.

El historial de este negocio se reduce a lo siguiente:

Por medio de la escritura número 53 de 11 de febrero de 1898, de la Notaría Primera de Tunja, Marcelino Amado vendió a Narciso Rivera el terreno ubicado en la vereda de "Chone", Municipio de Sora, cuya linderación corresponde a la del predio "Maraguy", según inspecciones oculares y declaraciones de testigos.

Narciso Rivera, fue casado con Ascensión Pineda y falleció el 26 de mayo de 1898.

Ascensión Pineda, contrajo segundas nupcias con Adolio Rojas, quien adquirió durante la sociedad conyugal, por escritura pública número 679 de 21 de diciembre de 1906, por compra a José María Acosta y Concepción Simijaca, un terreno ubicado en la sección "Chone" y que en verdad "se afirma constituir un solo globo con el comprado por Narciso Rivera. Comprobóse que aquel lote corresponde al conocido con el nombre de "El Gavilán", con el cual guarda relaciones de contigüedad y continuidad, y ambos lotes fueron inventariados en el juicio de sucesión doble de Narciso Rivera y Ascensión Pineda, cursante en el Juzgado 2º Civil de este Circuito".

DEMANDA DE CASACION

En dos capítulos divide el recurrente su demanda e invoca tres causales, así:

1º. Violación directa de la ley sustantiva por indebida aplicación de los artículos 1º y 2º de la Ley 51 de 1943;

2º Violación indirecta de los artículos 2.518, 2.531 y 2.532 del Código Civil, "conclusión a que llegó el Tribunal mediante manifiesto error de hecho en la apreciación de las pruebas o por falta de apreciación de otros elementos demostrativos"; y

3º No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por el actor.

Para cumplir con la ordenación impuesta por la ley procedimental (artículo 537), se principia el estudio de las causales en orden inverso al propuesto por el demandante, porque la causal de incongruencia constituye error in procedendo, de preferente análisis en casación.

CAUSAL PRIMERA—(Tercera de la demanda).

Se sustenta esta causal sobre la base de que la parte resolutive de la sentencia del Tribunal, confirmatoria de la del Juzgado, hizo las declaraciones siguientes:

"2º Declárase que el señor Hermelindo Heliodoro Rivera, mayor y vecino de Chíquiza, ha poseído sin interrupción, violencia ni clandestinidad, por un lapso mayor de treinta años y está poseyendo en la actualidad materialmente y explotándolo económicamente un terreno denominado "Maraguy", ubicado en las veredas de "Pita" y "Chon" o "Chone" de la jurisdicción municipal de Tunja, Corregimiento de Sora, y determinado por los linderos que se relacionan en la primera súplica de la demanda que originó este juicio;

"3º Declárase igualmente que el mencionado señor Hermelindo Heliodoro Rivera, de las condiciones civiles dichas, ha adquirido en virtud del fenómeno jurídico de la prescripción extraordinaria, el inmueble a que se refiere la declaración inmediata anterior y que, por consiguiente, le pertenece en dominio y propiedad".

Al paso que las peticiones de la demanda, están concebidas en los siguientes términos:

"a) Que el señor Hermelindo Heliodoro Rivera, mayor de edad, vecino de Chíquiza, ha poseído sin interrupción, violencia ni clandestinidad y por un lapso mayor de treinta años y está poseyendo en la actualidad, un lote de terreno llamado "Maraguy", ubicado en la fracción de "Chita" y "Chon", de la jurisdicción municipal de Sora, alinderado así:";

"b) Que el señor Hermelindo Heliodoro Rivera, mayor de edad y vecino de Chíquiza; ha adquirido por prescripción extraordinaria el inmueble alinderado y determinado en la petición anterior y que por consiguiente le pertenece en dominio y propiedad".

Enfrentadas así las peticiones a) y b) de la demanda con que se inició el juicio y los numerales 2º y 3º de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, confirmada después por el Tribunal, el recurrente en casación afirma que, "lo que pidió el actor lo ubicó en vereda de "Chita" y "Chon", jurisdicción de Sora; lo que le decretó la sentencia se ubica en veredas de "Pita" y "Chon" de la jurisdicción municipal de Tunja, Corregimiento de Sora". Y que hay incongruencia, "entre lo pedido y lo resuelto, porque no es lo mismo

vereda de "Chita" que vereda de "Pita", y no aparece corrección de la demanda".

Se considera:

1º La demanda se presentó ante el Juzgado respectivo el 19 de agosto de 1954, y la sentencia de primera instancia se produjo el 15 de junio de 1956. Entre tanto, se dictó por el Gobierno Nacional, el Decreto número 2.453 de 1954 (agosto 20), en cuyo artículo 1º se suprimieron varios municipios en el Departamento de Boyacá, entre ellos el de Sora, y sus territorios se anexaron política y administrativamente al Municipio de Tunja, en calidad de Corregimientos.

Esto explica por qué, la demanda habla de la jurisdicción municipal de Sora, mientras la sentencia se refiere al corregimiento de ese nombre, Municipio de Tunja.

Y adviértase, que esta cuestión la explicó el Juez, específicamente, en su sentencia; y

2º A más de lo anterior, y como argumento definitivo, la parte recurrente no ha impugnado los linderos del inmueble que en la sentencia son los mismos de la demanda y, es la demarcación por linderos la forma de singularizar un inmueble. La discrepancia se refiere únicamente a que la demanda usa la expresión "fracción de "Chita" y "Chon" ", mientras la sentencia se refiere a la ubicación del terreno "Maraguay", "en las veredas de "Pita" y "Chon" o "Chone" ", circunstancias que en nada alteran la singularización del terreno por sus linderos, hecha en la demanda y acogida en la sentencia.

No se acepta el cargo.

SEGUNDA CAUSAL.—(Primera de la demanda).

"Violación directa de la ley sustantiva por indebida aplicación de los artículos 1º y 2º de la Ley 51 de 1943 al caso del pleito, pues resolvió el litigio referente a la posesión ejercida por un heredero sobre un bien de la universalidad sucesoral con la aplicación de disposiciones relativas a la posesión ejercida por un comunero sobre determinada cosa común. Puso la Ley 51 de 1943 a resolver un caso que le es extraño, que no está comprendido en ella".

Después de afirmar el recurrente, cómo Hermelindo Heliodoro Rivera principió a poseer el inmueble "por razón de ser heredero", expresa que la Ley 51 de 1943, al igual que una jurisprudencia de la Corte que transcribe (LXXIV, página 568), no se refieren a prescripción entre coherederos ni contra la sucesión o la herencia, sino de la posibilidad de realizarse esa figura jurídica

"entre comuneros o contra la comunidad". Y concluye: "De suerte que el Tribunal sentenciador tuvo por probado en el pasaje transcrito que Hermelindo Heliodoro Rivera, "empezó poseyendo por razón de ser heredero", pero que eso no impide que haya continuado los actos de explotación económica con ánimo de dueño exclusivo, lo que, en su sentir lo autoriza para usucapir conforme a los artículos 1º y 2º de la Ley 51 de 1943. Es clara la infracción de estos preceptos por haberlos aplicado indebidamente al caso del pleito, violación que es directa, así como lo es la del artículo 780, párrafo 2º, que no aplicó siendo procedente".

Se considera:

"La comunidad de una cosa universal o singular, entre dos o más personas, sin que ninguna de ellas haya contratado sociedad, o celebrado otra convención relativa a la misma cosa, es una especie de cuasicontrato". (C. C. 2.322).

"Si la cosa es universal, como una herencia, cada uno de los comuneros es obligado a las deudas de la cosa común, como los herederos en las deudas hereditarias" (Ibíd. 2.324).

La herencia es una cosa universal y la comunidad es posible sobre una cosa universal.

El artículo 1º de la Ley 51 de 1943, a su vez, estableció que el comunero, que posea materialmente, en las condiciones legales, el predio común, proindiviso o en parte de él, podrá hacer valer en su favor la prescripción adquisitiva del dominio, ordinaria o extraordinaria, según el caso, contra los demás comuneros, lo mismo que contra terceros extraños a la comunidad, sobre lo que tenga poseído y explotado económicamente.

Si es posible la comunidad sobre cosa herencial, comunidad universal, y si la Ley 51 no hizo diferencia ni distinción alguna, para efecto de la prescripción, respecto a si el comunero lo era a título singular o a título universal, es decir, sobre bien determinado o concreto o sobre universalidad, es claro que no hay inconveniente para que pueda prescribirse con base en la posesión alguno o algunos de los bienes de la herencia, sin que sea oportuno distinguir, conforme a la Ley 51, ni si la comunidad es universal, ni si lo es singular, ni si el prescribiente es heredero o es tercero a la sucesión.

La herencia no es cosa distinta que el conjunto de bienes dejados por el muerto. Mientras la herencia no se liquide, forma una comunidad universal entre los herederos que, aunque sui generis, no deja de ser comunidad sujeta en cada uno

de sus bienes, al fenómeno posesorio, base de la usucapión. Si la herencia es una comunidad, cuyos comuneros son los herederos —de allí el juicio de sucesión en orden a liquidarla para atribuir a cada uno de ellos lo que le cupiere—, no se explica por qué uno de los herederos no pueda poseer contra los demás, si demuestra y comprueba posesión **pro suo**, dentro de las condiciones que la ley civil establece para hacerla fundamento y matriz de la usucapión.

“La herencia constituye una universalidad jurídica. Las universalidades pueden ser de hecho y de derecho o jurídicas. La universalidad de hecho no difiere de los bienes que la componen; se habla de universalidades de hecho cuando existe un conjunto de bienes que se denominan jurídicamente. Ejemplo, una biblioteca.

“La universalidad de derecho se caracteriza, en cambio, porque es un continente distinto de su contenido. Difieren totalmente de los elementos que la componen. Mientras vive una persona, su patrimonio, como atributo de la personalidad que es constituye una universalidad jurídica, porque difiere de los bienes (elementos activos) y de las obligaciones (elementos pasivos) que lo forman”. (Somarriva. Derecho Sucesorio. T. I, pág. 37).

“Las disposiciones de la Ley 51 de 1943 se aplican tanto a la comunidad de cosa singular como a la comunidad de cosa universal. Así, el heredero que haya poseído y explotado económicamente un bien de la comunidad herencial dentro de las condiciones determinadas en la ley, puede demandar prósperamente la declaración de pertenencia por usucapión ordinaria o extraordinaria” (G. J. Corte, número 2.149, página 55).

No importa para el efecto, que el prescribiente reconozca su condición de condómino en el bien singular o en la cosa universal, si demuestra el hecho de su posesión como prevalente en relación con la situación titular de los otros comuneros, “siempre que su posesión haya sido personal y no realizada en favor de la comunidad, y carece de importancia que el pretendido prescribiente desconozca la comunidad o se declare condómino”. (Corte. Nº 2.150, pág. 564).

Por lo dicho, el cargo es inválido.

TERCERA CAUSAL (Segunda de la demanda).

“Incurrió el Tribunal en violación indirecta de los preceptos sustantivos que gobiernan la prescripción adquisitiva extraordinaria del dominio al aplicarlos al caso del pleito, por haber considerado que el actor poseyó durante más de trein-

ta años, de manera exclusiva, el terreno el “Maraguay”, conclusión a que llegó mediante manifiesto error de hecho en la apreciación de las pruebas o por falta de apreciación de otros elementos demostrativos”. Los artículos que el recurrente señala como violados son: 2.518, 2.531 y 2.532 del Código Civil.

Inversamente a lo sostenido en el “cargo primero” de la demanda al afirmar la imposibilidad de prescribir entre comuneros, en la causal transcrita se concreta la acusación contra la sentencia del Tribunal “por haber considerado que el actor poseyó durante más de treinta años el terreno el “Maraguay”...” y, por eso, afirma que hubo violación de los citados artículos del Código Civil, indirectamente: a) Por “manifiesto error de hecho en la apreciación de las pruebas”; y b) “Por falta de apreciación de otros elementos demostrativos”.

Para comprobar este cargo, el recurrente hace largo y minucioso análisis de la prueba testimonial, principalmente, y de lo que él llama “otros elementos demostrativos”, como son: tres recibos del impuesto predial aducidos por el demandante, “que vienen como valioso indicio” a respaldar la prueba testimonial; certificado del Juzgado Segundo Civil de Tunja, sobre reconocimiento de Hermelindo Heliodro Rivera, en calidad de heredero, en el juicio de sucesión-doble de Narciso Rivera y Ascensión Pineda; y, por fin, inspección ocular de primera y segunda instancia.

Se considera:

Si se compara la lista de testimonios puntualizados por el recurrente, con el estudio sobre esa prueba realizada por el Tribunal, en el cual acoge las razones expuestas por el juzgador de primera instancia, se patentiza que hubo estudio de ese medio probatorio. No se estaría, por eso, frente al error de hecho evidente objetivo o material, ya que no se da por existente una prueba que no obra en autos, ni se ha dejado de apreciar la que allí existe.

Pero como el cargo se refiere concretamente a “manifiesto error de hecho en la apreciación de las pruebas o por falta de apreciación de otros elementos demostrativos”, es necesario, para su buen suceso, establecer que el Tribunal, de modo ostensible y palmario vio las pruebas de manera distinta o contraria a lo que ellas dicen, abstracción hecha del mérito que la ley les asigne.

La sentencia del Tribunal aceptó sin reserva alguna el estudio sobre prueba testimonial hecha por el Juez de primera instancia y, éste, en vista de que los testigos citados por la parte actora

rindieron sus declaraciones en forma completamente favorable a ella, y, al contrario, los de la parte demandada, tras de explicar esa situación y hacer la crítica de esas declaraciones, se acogió a lo dispuesto por el artículo 702 del Código Judicial y prescindió de ellas para apreciar exclusivamente las que no tuvieran estigma alguno. Y sobre la base de tales declaraciones llegó a la conclusión de que el actor del juicio es el poseedor del terreno el "Maraguay".

En la segunda instancia del proceso se recibieron otros testimonios, correctamente criticados por el Tribunal y, después de encontrarlos depurados por los contra-interrogatorios, como igualmente sucedió con los de primera instancia, llegó a esta conclusión:

"Como se ve, el plenario de esta instancia no alcanzó el efecto apetecido por el opositor de mejorar la prueba básica del fallo querellado y por consiguiente, fuerza es conservar el status de derecho establecido en éste"

Los argumentos presentados por el recurrente para obtener el quebrantamiento de la sentencia de segunda instancia en lo relativo a la prueba testimonial, no son suficientes ni eficaces para poner de presente o demostrar el cargo. Los conceptos del recurrente apenas podrían servir para patentizar su modo distinto de cribar la prueba, pero nó el error de hecho evidente pretendido.

El Tribunal y Juzgado, en el estudio depurativo de la prueba testimonial, desecharon con facultad otorgada por el artículo 702 del Código Judicial, las que no juzgaron dignas de apreciación, para aceptar solamente aquellas que por su contenido, calidad y condiciones de los testigos, vieron adecuadas para determinar su criterio y, reconocer que el actor del juicio ha poseído con las condiciones legales, como dice el artículo 2.518 del Código Civil y, como contra esa apreciación no se ha demostrado la contraevidencia capaz de determinar la ruptura del fallo recurrido, la acusación no tiene fundamento.

Se desecha, por tanto, la primera parte del presente cargo.

La segunda, se refiere a "falta de apreciación de otros elementos demostrativos", frase de contenido abstracto y acusación anti-técnica y contraria a específicas exigencias y modalidades del recurso de casación; pero, como a continuación del estudio de la prueba testimonial el recurrente enumera otra serie de elementos probatorios presentes en el proceso, la Sala, interpreta que a ellos se refiere, y por eso los estudia.

1º Recibos del impuesto predial.—Que el Tri-

bunal no paró mientes en tres recibos de impuesto predial que adujo el demandante (folios 1, 2 y 3 de del cuaderno número 2), "valioso indicio", asegura el recurrente, para respaldar lo dicho por los ocho testigos de la parte demandada, "acerca de la posesión exclusiva de Hermelindo Heliodoro Rivera sólo se ha ejercitado sobre el terreno Maraguay desde la muerte de su madre Ascensión Pineda, ocurrida en 1947".

Se considera:

El Tribunal es soberano en la apreciación de la prueba por indicios. Y la Corte no puede modificar esa valoración, sino mediante demostración de error evidente en el mérito atribuido al hecho indicador. Al estudiar la primera parte de este cargo, se vio como el Tribunal, no incurrió en ningún error.

Por otra parte, el pago de impuestos, acto cumplido por el actor del juicio, precisamente refuerza y respalda su posición en el presente litigio.

o o o

2º Juicio de sucesión de Narciso Rivera y Ascensión Pineda.

"Cursa en el Juzgado 1º Civil del Circuito de Tunja, según certificado de folio 26 del cuaderno 3º, certificado de folios 5 vuelto y 6 del cuaderno número 5, y copia del acta de inventarios y avalúos (folios 17, 18 y 19 del cuaderno últimamente citado). En los dos certificados aludidos consta que Hermelindo Heliodoro Rivera se hizo parte y está reconocido como heredero de los causantes en dicho juicio de sucesión".

Se considera:

Nada importa la presencia del actor de este juicio en el de sucesión de sus causantes, como razón para desvirtuar la posesión exclusiva sobre uno de los bienes de la universalidad herencial. A esto se refirió la Sala al estudiar el cargo segundo (primero de la demanda).

El Tribunal, si hubiera apreciado tales certificados, hubiera incurrido en error de derecho, ya que, ellos no constituyen prueba sino cuando versan sobre hechos que no constan en los expedientes (Art. 632 C. J.).

o o o

3º Dictamen pericial de la segunda instancia.

Luégo de transcribir el párrafo pertinente de la sentencia del Tribunal, dice el recurrente:

"Se reconoce, pues, por el Tribunal que los terrenos el "Maraguay" y el "Gavilán" forman un solo globo y que tienen relación de continuidad y contigüedad. Si por esta continuidad están formando un solo cuerpo, es de necesidad impres-

cindible conocer exactamente la línea divisoria de los dos predios, pues de lo contrario, podría el presunto prescribiente avanzar cuando quisiera sobre el terreno de "El Gavilán" que no es materia de la demanda".

Se considera:

El objeto de todos los juicios es resolver sobre lo que es materia de la controversia. No puede resolverse en materia civil sobre lo futuro hipotético. Si posteriormente el "presunto prescribiente" avanza sobre otros terrenos, los perjudicados iniciarán las acciones que crean pertinentes.

Se rechaza la segunda parte de este cargo.

RESOLUCION

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil de Casación, administrando justicia en

nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja de fecha 19 de junio de 1957.

Costas en casación a cargo del recurrente.

Publiquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al Tribunal respectivo.

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco.

Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Ar-

turo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge

Soto Soto, Secretario.

LA FALTA DE CITACION DIRECTA O POR EMPLAZAMIENTO DE LAS PERSONAS QUE HAN DEBIDO SER LLAMADAS A JUICIO, IMPIDE QUE NAZCA LA RELACION JURIDICO-PROCESAL. — QUIEN PUEDE ALEGAR LA NULIDAD QUE OCASIONA AQUELLA. — CASACION CONTRA SENTENCIA APROBATORIA DE LA PARTICION EN JUICIO DIVISORIO

La falta de citación directa o por emplazamiento de las personas que han debido ser llamadas a juicio, impide que nazca la relación jurídico-procesal, por ello induce a nulidad de todos los juicios y es motivo de casación por la causal 6ª a consecuencia de error in procedendo, siempre que la parte se encuentre legitimada en el recurso.

Porque si el no citado o emplazado se apersona en el proceso, vela por su interés deducido en justicia y guarda silencio sobre el vacío para esgrimirlo en casación si la sentencia le fuere en cualquier aspecto desfavorable, viene a ser claro que no puede aducir su omisión inicial como fundamento legítimo para hacer inoficiosa la actividad de las jurisdicciones.

Es elemental que el llamamiento a juicio significa para el sujeto pasivo de la litis la necesidad de apercibirse a la defensa dentro de las formas propias de cada juicio, de tal suerte que si el proceso demuestra que la parte demandada se valió de todas las oportunidades y recursos previstos por las normas para el ejercicio del derecho de impugnación, queda al margen cualquier género de duda sobre la validez del procedimiento cuando en concreto aparece bien protegida la pretensión del demandado. La finalidad de la citación se cumple así con plenitud, lo que en derecho hace entender que la misma citación consumó su efecto o que estuvo válidamente renunciada por la persona en cuyo exclusivo interés y provecho se halla establecida por la ley.

Si la propia parte en favor de la cual se organiza la nulidad por falta de emplazamiento no es oída cuando la invoca después de representar en el juicio sin protesta, es obvio a fortiori que carece de legitimación para aducirla en el recurso extraordinario el litigante que vino al juicio por notificación personal de la demanda, que intentó

oponerse a la partición para desistir en seguida e ipso jure en defecto de la garantía requerida para cubrir los perjuicios de su oposición, que objetó más tarde el trabajo realizado por motivos que desvirtúan implícitamente sus primitivas pretensiones de ser titular exclusivo de las mejoras; que, en fin, representa para todos los efectos en el proceso y aún en casación. No puede verse entonces en forma más nítida la ausencia de interés jurídico en tal litigante al invocar en último trance la falta de citación o emplazamiento de personas extrañas a la tutela de su derecho y que más bien tendrían pretensiones contrapuestas.

Se trata, en efecto, de causal de nulidad estatuida para proteger el interés privado y exclusivo de la persona o personas mal emplazadas, las que pueden a su propio albedrío, y no el de otro litigantes, pasar por lo hecho sin pedir la declaración de invalidez, o si lo prefieren impugnar por nulidad lo actuado en su ausencia.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, veintiséis (26) de mayo de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. José Hernández Arbeláez).

Por los trámites del juicio divisorio de comunidades ordinarias MARIA HERRERA DE FUENTES demandó la partición material de dos lotes de mejoras alinderados dentro de la gran comunidad conocida con el nombre de Rivera de Arriba, cuyos límites expresa también la demanda, en jurisdicción municipal de Rivera, Departamento del Huila. Con el carácter de comuneros citó a Hilario, Gil, Agripina, Mercedes y MARCOS HERRERA GUTIERREZ.

Gil y Mercedes convinieron en la partición, no fue conocido el domicilio de Hilario y Agripina,

y Marcos se opuso con base en que debía pedirse la división de todo el globo de **Rivera de Arriba**, y, además, para enervar la acción por sostener que a su favor habían prescrito aquellos lotes de mejoras según la Ley 51 de 1943 por haberlos poseído con antelación mayor de treinta años.

Mediante edicto emplazatorio en que el objeto por dividir es llamado **Viso de Rivera** quedaron provistos de curador *ad litem* Agripina e Hilario Herrera Gutiérrez. Y fue precisamente a solicitud del curador como el Juez del conocimiento, Primero Civil del Circuito de Neiva, ordenó que el opositor Marcos Herrera Gutiérrez prestara caución de \$ 500.00 para responder de los perjuicios que su oposición originara. Transcurrido el término correspondiente sin constituirse la garantía, el Juez consideró por ello consumado el desistimiento de la oposición, pero en el mismo proveído del 9 de junio de 1952 se abstuvo de decretar la partición.

Al conocer de la alzada interpuesta por la actora, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en providencia del 19 de mayo de 1953 se ocupó de la cuestión concerniente a nulidad de lo actuado por falta de emplazamiento legal de Hilario y Agripina Herrera, y la rechazó por estimar arreglado a derecho el respectivo edicto; revocó lo resuelto por el Juez en cuanto se abstuvo de decretar la partición, y dispuso que este trabajo se efectuara.

Marcos Herrera objetó la partición: 1º Porque el partidor no tuviese en cuenta las mejoras de cacao plantadas y la casa de habitación construída por el propio Marcos Herrea; 2º Porque no atendiera a lo dispuesto por el artículo 1.396 del Código Civil en materia de frutos; y 3º Por cuanto el partidor adjudicara lote de gastos a María Herrera de Fuentes para subastarlo, a pesar del recibo de la misma señora donde apareciera cubierta la totalidad de los gastos.

El Juez encontró fundados los reparos, y también el Tribunal Superior, pero este último sólo en parte y en la forma que explica su proveído del 17 de junio de 1957.

Rehecha la partición de los lotes de labranza en el globo de la gran comunidad de **Rivera de Arriba**, fue aprobada el 13 de noviembre de 1957, día de la sentencia de primera instancia que en 12 de marzo de 1958 recibió confirmación del Tribunal, al resolver sobre la alzada interpuesta por Marcos Herrera, ahora recurrente en casación.

LA DEMANDA

Están invocadas las causales 6ª, 2ª y 1ª, y su estudio se hará en el correspondiente orden lógico (537).

I

Cuanto a la causal 6ª se alega nulidad por falta de emplazamiento en forma legal de Agripina e Hilario Herrera Gutiérrez (3ª, 448 del Código Judicial), ya que en el edicto se habla de la división de **El Viso de Rivera**, cuando la demanda inicial está referida a la comunidad **Rivera de Arriba**, de modo que el emplazamiento a los ausentes para estar a derecho en el juicio no puede entenderse efectuado en debida forma.

SE CONSIDERA:

1. La falta de citación directa o por emplazamiento de las personas que han debido ser llamadas a juicio, impide que nazca la relación jurídico-procesal, por ello induce a nulidad de todos los juicios y es motivo de casación por la causal 6ª a consecuencia de error *in procedendo*, siempre que la parte se encuentre legitimada en el recurso.

Porque si el no citado o emplazado se apersona en el proceso, vela por su interés deducido en justicia y guarda silencio sobre el vacío para esgrimirlo en casación si la sentencia le fuere en cualquier aspecto desfavorable, viene a ser claro que no puede aducir su omisión inicial como fundamento legítimo para hacer inoficiosa la actividad de las jurisdicciones.

Es elemental que el llamamiento a juicio significa para el sujeto pasivo de la litis la necesidad de aperebirse a la defensa dentro de las formas propias de cada juicio, de tal suerte que si el proceso demuestra que la parte demandada se valió de todas las oportunidades y recursos previstos por las normas para el ejercicio del derecho de impugnación, queda al margen cualquier género de duda sobre la validez del procedimiento cuando en concreto aparece bien protegida la pretensión del demandado. La finalidad de la citación se cumple así con plenitud, lo que en derecho hace entender que la misma citación consumió su efecto o que estuvo válidamente renunciada por la persona en cuyo exclusivo interés y provecho se halla esablecida por la ley.

2. Si la propia parte en favor de la cual se organiza la nulidad por falta de emplazamiento

no es oída cuando la invoca después de representar en el juicio sin protesta, es obvio a fortiori que carece de legitimación para aducirla en el recurso extraordinario el litigante que vino al juicio por notificación personal de la demanda, que intentó oponerse a la partición para desistir en seguida e ipso iure en defecto de la garantía requerida para cubrir los perjuicios de su oposición, que objetó más tarde el trabajo realizado por motivos que desvirtúan implícitamente sus primitivas pretensiones de ser titular exclusivo de las mejoras; que, en fin, representa para todos los efectos en el proceso y aún en casación. No puede verse entonces en forma más nítida la ausencia de interés jurídico en Marcos Herrera al invocar en último trance la falta de citación o emplazamiento de personas extrañas a la tutela de su derecho y que más bien tendrían pretensiones contrapuestas.

Se trata, en efecto, de causal de nulidad estatuida para proteger el interés privado y exclusivo de la persona o personas mal emplazadas, las que pueden a su propio albedrío, y no el de otro litigantes, pasar por lo hecho sin pedir la declaración de invalidez, o si lo prefieren impugnar por nulidad lo actuado en su ausencia.

3. Por lo demás, en providencia ejecutoriada del 9 de mayo de 1953, el Tribunal descartó la existencia de la nulidad.

II

Con el ánimo de sustentar la causal 2ª dice el recurrente:

"Cuando el H. Tribunal Superior confirma la sentencia del Juzgado Primero del Circuito Civil de Neiva, que dijo en su ordinal a) 'Aprobar el trabajo de partición material de las mejoras que componen el globo de tierra denominado Viso de Rivera' sentenció en-desacuerdo con las peticiones de la demanda, pues ésta no pide la división de la comunidad llamada Viso de Rivera, sino la división de la comunidad denominada Rivera de Arriba, que es bien diferente, con características exclusivas y con comuneros distintos, en su mayoría, pues la comunidad el Viso de Rivera tiene más de ciento cincuenta comuneros".

A lo cual se observa que no se ensaya siquiera la demostración de que las mejoras determinadas en la demanda inicial son individualmente distintas de las que fueron objeto del trabajo cumplido por el partidador y aprobado por la justicia. Antes bien la petición con que el procedimiento fue ini-

ciado demuestra con su lectura que no intenta "la división de la comunidad denominada Rivera de Arriba" sino que se limita a solicitarla con respecto a dos lotes de mejoras, que fueron la sujeta materia de la partición. De suerte que si no hay duda sobre la identidad misma del objeto partible, es intrascendente al recurso el nombre de Viso de Rivera que aquellos dos lotes de mejoras recibieran en la cuenta aprobada del partidador.

III

En apoyo de la causal 1ª el recurrente se limita a manifestar:

"Al desestimar el H. Tribunal Superior de Neiva, la excepción de prescripción adquisitiva del dominio, propuesta a favor de Marcos Herrera, respecto de los bienes que se trataba de dividir materialmente, violó, en forma directa, o mejor infringió directamente el artículo 1º de la Ley 51 de 1943, que establece el derecho de usucapir los terrenos comunes o los bienes comunes, a favor del comunero que posee con los requisitos legales, contra los otros comuneros, y le otorga la facultad de proponer tal prescripción como excepción en el juicio divisorio, pues no le dio a tal disposición legal la aplicación que le correspondía en esta litis, sino que se negó llanamente a darle aplicación".

Pero si se considera que el cargo por infracción directa no es adecuado cuando el supuesto esencial guarda nexo inseparable con la prueba del hecho posesorio en las condiciones necesarias para la prescripción entre comuneros, lo que habría de predicar errónea apreciación de los medios con quebranto consecencial e indirecto de las normas que organizan y sustentan el derecho, bastaría ello para no admitir el reparo en cuestión.

Mas se agrega que, según lo visto, es fundamental e indiscutible por su efecto preclusivo que la oposición de Marcos Herrera, en ausencia de la garantía exigida para responder de perjuicios, quedó desierta junto con la prescripción allí aducida, a virtud del desistimiento consumado por ministerio de la ley, que es como si la oposición no hubiera existido jamás.

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 del

12 de marzo de 1958 proferida en el presente juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva.

No aparecen costas causadas en el recurso.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la

GACETA JUDICIAL y vuelva el proceso al Tribunal de su origen.

José Hernández Arbeláez—Enrique Coral Velasco—Hernando Morales M.—Arturo C. Posada. Ignacio Escallón—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge Soto Soto, Secretario.



TECNICA DE LA DEMANDA DE CASACION. — EN ESTE RECURSO EXTRAORDINARIO NO PUEDE REABRIRSE EL DEBATE PROBATORIO, CERRADO PARA SIEMPRE EN LA INSTANCIA. — ERROR DE HECHO Y DE DERECHO EN LA APRECIACION DE PRUEBAS

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, mayo veintiseis de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Gustavo Salazar).

El doctor Pedro Sanz Mazuera, en su propio nombre, demandó ante el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá a la señora Carmen Gutiérrez viuda de Aguirre para que mediante los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía se hicieran las siguientes declaraciones:

“PRIMERA.—Que soy propietario de los lotes de terreno distinguidos en la actual nomenclatura urbana con el número 66-39 de la carrera 21 de esta ciudad, determinados en la escritura pública número 1.499 de 25 de agosto de 1949 otorgada en la Notaría Primera de este Circuito, lotes que han quedado determinados y alinderados en los hechos 2º, 3º y 4º de esta demanda; y que, por lo tanto, esos inmuebles son de mi exclusiva propiedad, junto con sus edificaciones, anexidades y dependencias.

“SEGUNDA.—Que se condene a la demandada Carmen Gutiérrez viuda de Aguirre a restituírme los mencionados inmuebles inmediatamente que quede ejecutoriada la sentencia que así lo ordene, o dentro del término que ese Despacho le señale.

“TERCERA.—Que se condene a la misma demandada a pagarme los frutos naturales y civiles de dichos terrenos y edificaciones, devengados desde la fecha en que adquirí la propiedad hasta aquella en que los restituya y no solamente los percibidos sino los que hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad al tener esos bienes en mi poder.

“CUARTA.—Que la cuantía en dinero de esos frutos será la que resulte probada en este juicio o en la ejecución de la sentencia.

“QUINTA.—Que se declare a la demandada poseedora de mala fé por haber retenido los citados inmuebles con posesión viciosa, a sabiendas de un título de propiedad sobre ellos y contra la voluntad de sus legítimos dueños y poseedores inscritos; y que se le condene en las costas del juicio”.

Apoyó su demanda en los siguientes hechos:

“1º Por escritura pública número 2.487 de 2 de diciembre de 1943, otorgada en la Notaría 5ª de este Circuito, se protocolizó el juicio de sucesión testada del señor Juan Francisco Aguirre.

“2º En dicho juicio de sucesión se adjudicó al señor Gerónimo Julio Luna un lote de terreno con la edificación en él existente y el codo que queda en los costados occidente, sur y oriente, lote que tiene diez metros de frente por 37 metros de fondo, que está situado en el Barrio Uribe Uribe que hace parte del de Chapinero de esta ciudad y alinderado así: “Por el Norte, con el lote número 259, adjudicado en la misma sucesión a la señorita Isabel Luna; por el Oriente, con la carrera 19, hoy carrera 21, por el Sur, con propiedad que fue de Jacobo Junca Ospina, hoy casa número 66-27/31 de la carrera 21; y por el occidente con lote que fue de Marcos Ferré, hoy de José María Samper Brush. El codo linda por las partes sur y oriente con propiedad de Julio Pedraza y por el occidente con propiedad de León Maldonado y Siberiano Alfonso.

“3º En la misma sucesión se adjudicó a la señorita Isabel Luna un lote de terreno contiguo al anterior, igualmente ubicado en el barrio Uribe Uribe, con frente de cinco metros sobre la carrera 21 y fondo de 37 metros y demarcado así: “Occidente, con propiedad de Santos Morales; Oriente, con la carrera 21; Norte, con el lote cuyo usufructo le fue adjudicado al Presbítero doctor Antonio Castañeda (usufructo que es hoy de Carmen Gutiérrez viuda de Aguirre) y cuya nuda propiedad es de los sobrinos del causante y que el causante había comprado al señor Virgilio Piñeros; y por el Sur, con el lote adjudicado al señor Gerónimo Julio Luna”.

"4º Los dos lotes de terreno relacionados en los hechos 2º y 3º que preceden son contiguos, forman un solo todo y están distinguidos conjuntamente en la actual nomenclatura urbana con el número 66-39 de la carrera 21 de esta ciudad. Su alinderación general es como sigue: Por el Oriente, en extensión de 15 metros, con la carrera 21; por el Norte, en extensión de 37 metros, con el lote cuyo usufructo fue adjudicado al Presbítero doctor Antonio Castañeda, hoy de Carmen Gutiérrez viuda de Aguirre; por el Occidente, en parte con lote que fue de Marcos Ferré, hoy de José Mariá Samper Brush y en parte con propiedad de Santos Morales, hoy predios números 66-28 a 66-46 de la carrera 22; y por el Sur, con propiedad que fue de Jacobo Junca Ospina, hoy casa número 66-27|31 de la carrera 21; y el codo, que demora en la parte suroeste de este globo, linda como antes se dijo, por las partes sur y oriente, con propiedad de Julio Pedraza y por el occidente con propiedad de León Maldonado y de Siberiano Alfonso.

"5º Los dos lotes en cuestión, fueron adquiridos por el exponente Sanz Mazuera a título de permuta con los anteriores propietarios los nombrados Gerónimo Julio e Isabel Luna y mediante la escritura pública número 1.499 de 25 de agosto de 1949 otorgada en la Notaría 1ª de este Circuito.

"6º Los relacionados inmuebles fueron adquiridos por el causante señor Juan Francisco Aguirre y en la forma que rezan los respectivos títulos de propiedad; fueron poseídos por él como señor y dueño desde que los adquirió hasta el momento de su muerte y los tuvo siempre en quieta y pacífica posesión sin que nadie hubiera tratado de arrebatarlos.

"7º Cuando falleció el mencionado Juan Francisco Aguirre, la señora Carmen Gutiérrez viuda de Aguirre, quien contrajo nupcias con él **in artículo mortis**, asumió la tenencia de esos lotes a nombre de la sucesión, pero una vez terminado el juicio mortuario se declaró poseedora y aún dueña de esos bienes y en la actualidad los tiene, los posee y disfruta como dueña, aunque de modo indebido y violento.

"8º En varias ocasiones Gerónimo Julio e Isabel Luna reclamaron a la señora Carmen Gutiérrez viuda de Aguirre que les transmitiera la tenencia de los lotes de propiedad de aquéllos, pero no quiso entregarlos y antes al contrario les impidió por medios violentos la posesión de los mismos y les formuló amenazas para el caso de que insistieran en recobrar esa tenencia y posesión.

"9º También el exponente Sanz Mazuera fue

varias veces al domicilio de la citada señora Gutiérrez viuda de Aguirre, en compañía de varias personas, a suplicarle en nombre de los Lunas la restitución de esos bienes y tampoco accedió a entregarlos.

"10. Debido a las vías de hecho que la señora Gutiérrez viuda de Aguirre había usado contra los legítimos propietarios y a su resistencia en entregar de modo voluntario lo que era de éstos, fue demandada ante la Inspección 10ª de Policía de Bogotá y allí manifestó al señor Inspector que reconocía la propiedad de los Lunas sobre los lotes de terreno a que se refiere esta demanda y se obligó expresamente a entregarlos el día 1º de junio de 1949. Esa obligación consta en el acta suscrita ante el Inspector, que en copia se acompaña.

"11. No obstante el reconocimiento expreso que hizo la demandada Gutiérrez de Aguirre, sobre el derecho de propiedad de los Lunas y el compromiso de entregar los lotes, cuando llegó la fecha señalada para la entrega no quiso hacerla y en cambio se declaró poseedora y dueña de los dos globos de terreno en cuestión.

"12. De consiguiente, Carmen Gutiérrez viuda de Aguirre es en la actualidad la poseedora de los expresados inmuebles y viene ejerciendo en ellos toda clase de actos posesorios.

"13. Gerónimo Julio Luna demandó a la señora Gutiérrez viuda de Aguirre para que le entregara el terreno, de conformidad con el pacto de que se hizo mención en los hechos 10 y 11. La acción se siguió en el Juzgado Cuarto de este Circuito conforme al procedimiento ejecutivo de entrega señalado en el artículo 987 del Código Judicial. Pero el Tribunal Superior declaró que la acción no debía ser de entrega sino de restitución de tenencia, por obligación de hacer, reglamentada en el artículo 990 de la misma obra. Intentada esta acción, el Tribunal declaró que el documento emanado de la Inspección Municipal y contenido del pacto de entrega acordado entre la demandadora Gutiérrez de Aguirre y el propietario Luna no tenía valor alguno por no estar en papel sellado y no tener estampillas! Item más, Luna por la temeridad de su acción fue condenado en costas, que montaron a más de \$ 1.600.00. Cito estos casos para demostrar que los propietarios Lunas intentaron todas las acciones legales y judiciales a su alcance, aunque sin éxito, para recuperar la posesión y tenencia de sus bienes.

"14. En el lote determinado en el hecho 2º de este libelo, construyó el causante Juan Francisco Aguirre dos piezas de habitación y una cocina y

esas construcciones fueron adjudicadas a mi transmisor Gerónimo Julio Luna en la partición de bienes practicada en la mortuoria de Aguirre. Luna, a su vez, las enajenó a mi favor en la citada escritura número 1.499 de 1949. La señora viuda de Aguirre las posee y vive en ellas.

"15. La misma señora Gutiérrez viuda de Aguirre ha tenido el disfrute y aprovechamiento de los bienes que pertenecían a Gerónimo Julio e Isabel Luna y que ahora son del suscrito demandante Sanz Mazuera; ha vivido en las edificaciones que fueron adjudicadas a Luna y ha arrendado el resto de las propiedades tomando para sí los productos.

"16. La señora viuda de Aguirre intervino en la causa mortuoria de Juan Francisco Aguirre, aprobó por conducto de su apoderado las diversas diligencias practicadas en el juicio de sucesión, entre ellas la de inventario de avalúos, aprobó igualmente las adjudicaciones hechas a los Lunas y era tenedora de los bienes relictos mientras esa sucesión se liquidaba. Su apoderado en dicha causa fue el doctor Nepomuceno Bernal Méndez.

"17. Resumo los hechos que han quedado expuestos, así: Tengo el derecho de dominio pleno y perfecto sobre los dos globos de terreno antes relacionados, con las edificaciones hechas por el causante; y la señora Carmen Gutiérrez viuda de Aguirre es la poseedora violenta, clandestina y de mala fé de esos bienes".

El Juez del conocimiento puso fin a la primera instancia por sentencia fechada el 1º de julio de 1954 en la cual declaró que el doctor Pedro Sanz Mazuera es propietario de los lotes de terreno marcados con el número 66-39 de la carrera 21 de esta ciudad, determinados en la escritura pública número 1.499 de 25 de agosto de 1949 otorgada en la Notaría Primera de este Circuito, "lotes que han quedado determinados y alindados en los hechos 2º, 3º y 4º de esta demanda; y que, por lo tanto, esos inmuebles son de su exclusiva propiedad, junto con sus edificaciones, anexidades y dependencias"; condenó a la demandada a restituir al actor el referido inmueble; e igualmente a pagar los frutos naturales y civiles de dicho predio, devengados desde la fecha de la adquisición por el demandante hasta que los restituya "y no solamente los percibidos sino los que hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad al tener esos bienes en poder el citado doctor Sanz Mazuera"; negó la restitución de frutos "anteriores a la contestación de la demanda en lo relativo a las edificaciones.

o piezas ocupadas por la demandada, respecto de las cuales la consideró "poseedora vencida pero de buena fé" y de mala fé en cuanto al solar. Respecto de la cuantía de los frutos estimados en dinero, el fallo dispone que será la que resulte probada en la ejecución del mismo. Condenó en costas a la parte vencida.

De este fallo apelaron ambas partes y el Tribunal Superior de Bogotá, por sentencia de 19 de julio de 1956, reformó los numerales 4º y 6º, los cuales quedaron así: "Cuarto. Condénase a la demandada Carmen Gutiérrez viuda de Aguirre al pago de los frutos de todo el inmueble, anteriores a la contestación de la demanda, en lo relativo a las edificaciones o piezas ocupadas por ella, desde la adquisición de los inmuebles por el demandante, y como poseedora de mala fé. Sexto. Declárase a la demandada como poseedora de mala fé de todo el inmueble relacionado en la parte motiva de esta providencia".

Contra la sentencia anterior la parte demandada interpuso recurso de casación y agotada la tramitación legal correspondiente la Corte entra a decidirlo.

PRIMER CARGO

El recurrente invoca la causal primera del artículo 520 del Código Judicial y ataca la sentencia por aplicación indebida del artículo 946 del Código Civil y por violación directa del mismo al haber aceptado al demandante como dueño en virtud de los títulos que presentó porque éstos no coinciden exactamente en cuanto a linderos y extensión con los que tiene en su poder la demandada, es decir, no estableció debidamente la identidad de los referidos inmuebles.

Señala también una nueva infracción del artículo 946 del Código Civil por interpretación errónea, por haber aceptado el Tribunal como prueba de la identidad de los predios las declaraciones de José Joaquín Muñoz Domínguez y Domingo Bernal; la diligencia de inventarios y avalúos de los bienes correspondientes a la sucesión de Francisco Aguirre y la de secuestro practicada dentro de la misma mortuoria.

Como en este cargo se ataca la sentencia porque el Tribunal "aplicó indebidamente el artículo 769 del Código Civil "al considerar a la demandada como poseedora de mala fé de todo el inmueble y este cargo lo repite el recurrente en el capítulo siguiente (segundo cargo) será esa la oportunidad de estudiarlo para guardar mayor claridad y lógica en el examen de la demanda.

La Corte considera:

El recurrente hace consistir el cargo en la violación por aplicación indebida del artículo 946 del Código Civil, por cuanto el sentenciador aceptó que el demandante probó su derecho de dominio sobre el predio que trata de reivindicar, cosa inexacta, según el recurrente; y para justificar el cargo hace un análisis de los títulos de propiedad que el actor adujo al juicio y que sirvieron de base al Tribunal para aceptar el carácter de dueño del demandante, análisis que podría ser aceptable en instancia pero que no es de recibo en casación, en donde no se puede reabrir el debate probatorio.

Además, como se trata de un cargo de violación indirecta de ley sustantiva, por error de derecho en la apreciación de la prueba de dominio del demandante sobre los lotes que se reivindicaban, ha debido señalar el recurrente la violación medio, esto es, la norma probatoria quebrantada por la cual se llegó a la infracción indirecta del artículo 946 del Código Civil, lo que omitió el impugnador, por lo que por este aspecto también el cargo está mal formulado y no puede prosperar.

En cuanto a la identidad de los predios reivindicados con los que tiene en su poder la demandada, hay que tener en cuenta que ésta aceptó los hechos de la demanda en que se determinan por sus dimensiones y linderos; así como también los hechos 6º y 7º en los cuales se afirma que "los relacionados inmuebles fueron adquiridos por el causante señor Juan Francisco Aguirre en la forma que rezan los respectivos títulos de propiedad; fueron poseídos por él como señor y dueño desde que los adquirió hasta el momento de su muerte y los tuvo siempre en quieta y pacífica posesión sin que nadie hubiera tratado de arrebatarla", y que cuando falleció el señor Aguirre la demandada "asumió la tenencia de esos lotes a nombre de la sucesión, pero una vez terminado el juicio mortuario se declaró poseedora y aun dueña de esos bienes y en la actualidad los tiene, los posee y disfruta como dueña, aunque de modo indebido y violento".

En estas circunstancias no cabe la menor duda que los lotes que fueron de propiedad de Juan Francisco Aguirre, que en el juicio de sucesión de éste se adjudicaron a los Luna y que éstos transfirieron a título de permuta a favor del demandante, son los mismos que tiene en su poder la demandada, y que las observaciones hechas para tratar de desvirtuar esa identidad carecen por completo de fundamento.

El recurrente hace observaciones en cuanto a

la alinderación de cada uno de los lotes y sus respectivas dimensiones, olvidando que generalmente, sobre todo tratándose de operaciones antiguas, las alinderaciones son muy vagas y no se expresan las dimensiones o apenas se hace de una manera aproximada que al verificarse técnicamente resulta equivocada.

Para efectos de demostrar la identidad de los predios existen también las declaraciones de José Joaquín Muñoz Domínguez y Domingo Bernal, quienes conocen los bienes, los han recorrido detenidamente y acompañaron a Luna a reclamar a la demandada la entrega. Los testigos manifiestan que los lotes de propiedad del actor, poseídos por la demandada, están comprendidos por los linderos señalados en la demanda.

Estas consideraciones son suficientes para que no prospere el cargo formulado.

SEGUNDO CARGO

Se acusa también la sentencia por aplicación indebida del artículo 769 del Código Civil, por violación directa de él, "que consistió en no respetar la buena fé de mi mandante y considerarla en cambio poseedora de mala fé". Desarrolla así el cargo:

"Doña Carmen Gutiérrez de Aguirre en el testamento otorgado por su esposo adquirió el derecho de habitación de las edificaciones existentes en el lote que Juan Francisco Aguirre había comprado a Milcíades Herrera, cuando dijo: "...mientras tanto, ésta (es decir Carmen Gutiérrez de Aguirre) ocupará sin perturbación alguna las edificaciones o piezas que le dejo a aquél (es decir Jerónimo Julio Luna). En el lote que le compré a Milcíades Herrera".

"De modo que el Tribunal no podía en forma alguna desconocer esta situación jurídica favorable para ella, a menos que el demandante hubiera presentado la prueba de la mala fé, lo que no aparece en el expediente".

Dentro del mismo cargo acusa la sentencia por infracción del artículo 966 del Código Civil, al haberlo dejado de aplicar, porque la demandada es propietaria de mejoras que constan en un arreglo suscrito entre las partes en la Inspección 10ª de Policía de Bogotá el 25 de mayo de 1949 y en diferentes recibos que fueron presentados al juicio. Afirma al mismo tiempo que fue violado el artículo 494 del Código Judicial, porque el fallo del Tribunal reformó los numerales cuarto y sexto de la sentencia dictada por el Juzgado cuando

en realidad el demandante solamente había apelado de lo resuelto en el citado numeral cuarto.

Se considera:

Respecto de la buena fé que alega la parte demandada, la señora Gutiérrez de Aguirre carece de todo título aun aparente y además sabía que los lotes que tiene en su poder pertenecen al actor. Esas circunstancias las reconoció expresamente al contestar la demanda y solamente observó que tenía derecho para ocupar una parte de los lotes en virtud de la cláusula testamentaria establecida por el señor Juan Francisco Aguirre que le daba a ella el derecho de habitación en unas piezas construídas sobre uno de tales lotes.

El testamento de Juan Francisco Aguirre que oportunamente fue traído a los autos (folios 23 vuelto y siguientes del cuaderno número 3) no tiene ningún valor legal porque carece de la correspondiente nota de registro y la copia registrada que se encuentra a los folios 18 y siguientes del cuaderno número 6, tampoco puede tenerse en cuenta por haberse traído al proceso en la audiencia que se verificó ante el Tribunal, es decir, dentro de una oportunidad que no está autorizada por ningún precepto legal. Sin embargo, no sobra transcribir lo que sobre el particular expresa juiciosamente el Tribunal y que la Sala comparte integralmente:

"La obligación de Luna como albacea, no como legatario, era la de construir en el frente del lote dejado a Carmen Gutiérrez una casa o pieza por un valor hasta de doscientos cincuenta pesos (\$ 250.00), provenientes por una parte del sobrante del valor de los enseres de la tienda, una vez hechos los gastos de última enfermedad y de entierro, y, por otra, del mayor valor del inmueble dejado a Luna, luego de cubierto el crédito a su favor y a cargo del testador. En definitiva, la obligación del albacea estaba subordinada a que hubiera un sobrante en el valor de los artículos de la tienda, y el mayor valor del inmueble destinado a cubrir una deuda hereditaria.

"De las copias tomadas de la mortuoria de Francisco Aguirre, traída al juicio en la primera instancia, aparece:

"El inmueble dejado a Jerónimo Julio Luna se halla determinado en la partida primera de la diligencia de inventario, y el asignado a Isabel Luna, en la partida tercera (folios 7 vuelto y 8 cuaderno 2º.

"Las mercancías de la tienda número 22-98 de la calle 65 quedaron inventariadas en la partida trece del activo.

"El trabajo de partición expresa que el lote

de terreno de la partida primera fue avaluado en la suma de mil cuatrocientos cuarenta y cinco pesos (\$ 1.445.00); el de la partida tercera, en ciento ochenta y cinco pesos (\$ 185.00) y la tienda de la partida trece en ciento veinticinco pesos (\$ 125.00).

"El mismo trabajo computa los gastos comprobados por Jerónimo Julio Luna en la suma de sesenta y un pesos con cuarenta centavos (\$ 161.40). (sic).

"El crédito de Luna con los intereses lo liquidó por la suma de mil trescientos cinco pesos (\$ 1.305.00).

"Estas dos partidas solamente suman mil cuatrocientos sesenta y seis pesos con cuarenta centavos (\$ 1.466.40) (Cuaderno número 2, folio 9 vuelto y siguientes).

"El bien raíz que le dejó el causante para cancelar el crédito le fue adjudicado por la suma en que fue avaluado, esto es, mil cuatrocientos cuarenta y cinco pesos (\$ 1.445.00), de suerte que no alcanzó a cubrir el crédito del adjudicatario y los gastos que hizo en la mortuoria. Así que no hubo el mayor valor que de esta finca destinó el testador a la construcción impuesta a Luna.

"La tienda, avaluada en ciento veinticinco pesos (\$ 125.00) le fue adjudicada al presbítero Antón Castañeda, cesionario de Carmen Gutiérrez de Aguirre, para completarle el valor de la cuarta parte que correspondía a ésta, y una parte de gastos comprobados (folios 9 vuelto y 10 *ibidem*).

"Estas anotaciones serían suficientes para concluir que de la tienda tampoco hubo excedente alguno, para que Jerónimo Julio Luna cumpliera la obligación que le fue impuesta en favor de Carmen Gutiérrez de Aguirre.

"Pero el partidario explica perfectamente esto con las observaciones que al respecto hace en su trabajo: "2ª La tienda de que habla el causante en su testamento, que según informes valía más de mil pesos, y que ha debido recibir el albacea, se le adjudica al cesionario de la señora Carmen Gutiérrez por haber dispuesto de ella dicha señora. 3ª Por cuanto la referida tienda sólo valió \$ 125.00 no hubo mayor valor en la venta de ésta y el albacea quedó exonerado de la obligación que le impuso el testador para el caso de que hubiera recibido y hubiera valido lo que éste creía. Tampoco hubo mayor valor en el lote y edificaciones legados al albacea, pues apenas alcanzan para cubrirle parte de los gastos acreditados y sus créditos". (Folio 11 vuelto, cuaderno 2).

“Lo expuesto permite hacer estas deducciones: “El legado de Jerónimo Julio Luna no fue condicional, ya que estaba destinado a pagarle una deuda del testador.

“El de Isabel Luna no se sometió a ninguna modalidad.

“Al primero, en su calidad de albacea, se le impuso la obligación de construirle a Carmen Gutiérrez viuda de Aguirre en el lote dejado a ella en usufructo una casa o piezas de un costo hasta de doscientos cincuenta pesos (\$ 250.00), provenientes del excedente del precio de los artículos de la tienda y del mayor valor del lote destinado al mismo Luna, una vez cubiertos su crédito y los gastos de entierro y última enfermedad.

“Esta obligación se hizo imposible, dado que no hubo ni el excedente ni el mayor valor señalados para su cumplimiento.

“Hecha imposible esta obligación, el derecho de habitación que el testador legó a Carmen Gutiérrez viuda de Aguirre en las edificaciones existentes en el terreno dejado a Jerónimo Julio Luna, mientras se le ponía en posesión de la construcción ordenada, se extinguió o no tuvo valor, porque el hecho futuro e incierto, al cual estaba sometido, no acaeció.

“Asignación condicional, dice el artículo 1.128 del Código Civil es en el testamento la que depende de una condición, esto es, de un suceso futuro e incierto, de manera que según las intenciones del testador no valga la asignación si el suceso positivo no acaece, o si acaece el negativo. La habitación legada a Carmen Gutiérrez viuda de Aguirre en las edificaciones del inmueble asignado a su acreedor Luna, era perfectamente temporal mientras éste como albacea levantaba la construcción ordenada, y condicional en cuanto la obligación dependía de la existencia de los dos bienes sucesorales, señalados al efecto, el excedente del valor de las mercancías de la tienda y el mayor valor del inmueble, adjudicado a Jerónimo Julio Luna. No habiendo arrojado el patrimonio del causante Aguirre, el dinero destinado para la construcción, mejor, habiéndose hecho imposible la condición, necesariamente dejaron de valer ambas asignaciones, la de edificarle la casa o piezas a Gutiérrez de Aguirre, y la del derecho de habitación. Así se infiere del trabajo de partición que claramente exoneró al albacea de la obligación impuesta al mismo. De otra parte no hay constancia de que la demandada, que estuvo apersonada en el juicio (folios 7 y 9, cuaderno número 2), hubiera objetado la

diligencia de inventarios ni el trabajo de partición, ni de que le hubiera adjudicado el derecho de habitación”.

* * *

Por lo que hace a la infracción del artículo 966 del Código Civil por haberlo dejado de aplicar, teniendo en cuenta que la demandada alegó ser propietaria de mejoras y haber efectuado diferentes gastos que aparecen en recibos que fueron traídos al juicio, también el Tribunal los reconoció expresamente cuando dijo:

“En lo relativo a expensas y mejoras, la demandada ha presentado algunos comprobantes de pagos hechos por concepto de pavimentación, andén y sardinel e impuesto predial del inmueble 66-29 de la carrera 21 de esta ciudad. Como ellos implican desembolsos que el propio dueño habría hecho, si hubiera estado en posesión del inmueble, se le deben abonar a la demandada de conformidad con el artículo 965 del Código Civil.

“En la contestación del libelo, manifiesta la demandada que ha efectuado obras como edificaciones, relleno de lotes, instalación eléctrica y de acueducto. No las comprobó, pero en caso de que así fuere y las hubiere incorporado dentro del tiempo que comprende la demanda, es decir, desde la terminación del juicio de sucesión de Francisco Aguirre, tiene derecho a que se le abonen como poseedora de mala fé, dando aplicación a los artículos 966 y 967 del Código Civil en lo pertinente”.

Como se observa, el cargo es infundado y debe rechazarse.

* * *

La reforma del numeral **sexto** de la sentencia dictada por el Juzgado es una consecuencia lógica de la que hace al numeral **cuarto**, porque éste declaró a la demandada poseedora de buena fé en cuanto a las edificaciones o piezas ocupadas por ella y el numeral **sexto** dijo que era poseedora de mala fé en cuanto al solar, “excepción hecha de las edificaciones”. De tal manera que habiendo reformado el Tribunal el citado numeral **cuarto** en el sentido de condenar a la demandada “al pago de los frutos de todo el inmueble, anteriores a la contestación de la demanda, en lo relativo a las edificaciones o piezas ocupadas por ella, desde la adquisición de los inmuebles por el demandante y como poseedora de mala fé”, se imponía como consecuencia necesaria la declaración de que la misma demandada era poseedora de mala fé de todo el inmueble que actualmente ocupa.

Por estos motivos, tampoco puede prosperar el cargo.

TERCER CARGO

En el tercer cargo el recurrente señala una serie de errores de hecho y de derecho, que carecen de la necesaria claridad y técnica que para estos casos se exige en casación, teniendo en cuenta que no se trata aquí de una tercera instancia en que pueda revivirse el debate probatorio y que el error de hecho debe aparecer de una manera indudable y manifiesta para que pueda ser aceptada por la Corte. En efecto, dice que el Tribunal incurrió en error de derecho en la apreciación de las declaraciones de Joaquín Muñoz y Guillermo Bernal, relacionadas con la identificación de los predios y que por este motivo se violaron los artículos 668 y 697 del Código Judicial; que se incurrió en error de derecho al apreciar como prueba de identificación la escritura de adquisición de Juan Francisco Aguirre; las hijuelas de adjudicación de los Lunas y la permuta que efectuaron con el actor, lo cual trajo como consecuencia la violación del artículo 946 del Código Civil; que el Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho al no apreciar como prueba el testamento de Juan Francisco Aguirre, pero no señala las disposiciones legales infringidas. En fin, anota otros errores de derecho por no haberse tenido en cuenta la diligencia suscrita entre las partes en la Inspección 10ª Municipal de Bogotá, olvidando que en esa diligencia la demandada se comprometió a hacer entrega del lote a más tardar el 1º de junio de 1949.

Como se ve, este cargo es una repetición de los anteriores que ya se estudiaron, se encontraron infundados y se vio que el Tribunal no solamente no incurrió en errores de hecho o de derecho, sino que apreció debidamente las pruebas y llegó a conclusiones que se ajustan estrictamente a la ley.

Sobre estas cuestiones la Corte se ha expresado muy claramente en numerosos fallos, entre otros en el de 24 de marzo de 1950 (G. J., número 2.081, página 120). Allí se dijo:

“Esta postrera acusación de la demanda de casación dista mucho de ajustarse a las condicio-

nes y requisitos que la ley exige sustancialmente para los casos de que la violación legal se haga provenir de apreciación errónea o falta de apreciación de pruebas, como se ve simplemente del compendio hecho de las razones con citas de piezas y textos legales, que realmente no son sino un análisis general de las pruebas del juicio, utilizable a lo sumo para alegato de instancia, pero inútil como base de estudio en el recurso de casación. No basta proponer conclusiones probatorias distintas de las adoptadas por el Tribunal como base de su decisión; es indispensable demostrar los errores de hecho o de derecho que se le imputen, con el sentido y alcance que a estas figuras corresponde dentro de la técnica de la casación, demostrando que con la prueba mal estimada u omitida, o apreciada sin sujeción a su mérito legal, resulta la certidumbre total y manifiestamente contraria a la verdad aceptada por el Tribunal, con incidencia, naturalmente, sobre la resolución de la controversia, como ha sido explicado en numerosas sentencias de esta Sala”.

RESOLUCION

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, con fecha diez y nueve de julio de mil novecientos cincuenta y seis en el presente juicio ordinario de Pedro Sanz Mazuera contra Carmén Gutiérrez viuda de Aguirre.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvanse los autos al Tribunal de origen.

Enrique Coral Velasco—Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Gustavo Salazar—Alejandro Bernate, Conjuez.—José Joaquín Rodríguez, Conjuez.—Jorge Soto Soto, Secretario.

MEDIO NUEVO DE ORDEN PUBLICO. — DECLARACION OFICIOSA DE LA NULIDAD ABSOLUTA EN EL ACTO O CONTRATO.—REQUISITOS PARA SU OCURRENCIA. — NO ES NECESARIO QUE EL PODER PARA VENDER BIENES RAICES DEBA APARECER EN ESCRITURA PUBLICA. — EL MANDATO ES UN CONTRATO CONSENSUAL Y NO SOLEMNE, QUE SE PERFECCIONA POR EL SOLO CONSENTIMIENTO, SIN NECESIDAD DE FORMALIDAD ALGUNA.—NO DEBEN CONFUNDIRSE, POR SER DISTINTOS, LOS CONTRATOS DE ENAJENACION DE INMUEBLES, O SEA LOS QUE TIENDEN A TRANSFERIR ESTOS; CON LOS QUE SIMPLEMENTE CONTIENEN UN MANDATO PARA QUE EL MANDATARIO REPRESENTE AL VENDEDOR EN EL RESPECTIVO ACTO. — LA FALTA DE DERECHO EN EL DEMANDANTE NO ES UNA EXCEPCION, EN SU SENTIDO CONCRETO, SINO UNO DE LOS ELEMENTOS DE LA ACCION CIVIL

1.—El artículo 2º de la Ley 50 de 1936 reza que: “La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el Juez, aun sin petición de parte cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato”. Es decir, que como se halla establecida en interés público, la disposición aludida constituye una excepción al principio de que los Tribunales, en materia civil, no pueden proceder sino a solicitud de parte, ya que fuera de los casos en que están autorizados para actuar de oficio, al proveer sobre puntos no solicitados fallarían ultra petita, o sea que las sentencias se extenderían a cuestiones no debatidas.

Lo que algunos llaman medio nuevo de orden público, lejos de ser inadecuado, debe analizarse por la Corte.

Respecto a las cuestiones nuevas que tocan con el orden público y su admisibilidad, dice Faye: “El medio derivado de la violación de una regla de orden público no puede jamás ser considerado como nuevo; él está siempre en la causa desde que debe ejercer influencia sobre la decisión en un sentido o en otro, sea en el fondo, sea desde el punto de vista de la admisibilidad de la acción, y el Juez, desde que ha podido conocerlo, incurre en falta si no lo reconoce de oficio” (El Recurso de Casación, página 145).

2.—Para la actuación del artículo 2º de la Ley 50 de 1936 en el aspecto analizado, se necesita ante todo que exista la nulidad respectiva y que aparezca de manifiesto en el acto o contrato, fuera de otros requisitos que la doctrina ha considerado indispensa-

bles, a saber: “a) Que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos u obligaciones para las partes; y b) Que al pleito concurren 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 declaración de nulidad de un acto o contrato en su totalidad, no puede pronunciarse sino con audiencia de todos los que lo celebraron” (VII, 261; VIII, 340; XXX, 59; LXII, 373; XLVIII, 66, y 238; LX, 363).

“El sentido genuino de la expresión manifiesto que usa el artículo 2º de la Ley 50 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 de proceso o elementos probatorios, sin que sea susceptible de interpretación ni de discusiones” (XLVIII, 66; LVIII, 45).

Y Arturo Alessandri Rodríguez expone al respecto:

“Según el artículo 20 del Código Civil, las palabras de la ley deben entenderse en su sentido natural y obvio; y manifiesto, según el diccionario es lo que está patente o visible, que salta a la vista con sólo leer el contrato; tenemos, entonces, que la nulidad aparece de manifiesto cuando basta sólo leer el acto, sin relacionarlo con ninguna otra pieza ni antecedentes del proceso, para que sea constatada... En el momento mismo en que el Tribunal tenga que relacionar el contrato con otros antecedentes

para establecer la nulidad, deja ésta de aparecer de manifiesto" (De los Contratos, página 76). A este respecto cita un caso en que la Corte Suprema Chilena encontró que la Corte de Apelaciones había procedido correctamente al no declarar una nulidad de oficio, porque si bien de los antecedentes resultaba que la propiedad estaba embargada al tiempo del contrato, ello no aparecía del mismo contrato sino de tales antecedentes.

En este asunto, y en el supuesto que se está contemplando, ocurre, que, por un lado, el poder con que obró el apoderado de la vendedora, si bien se halla incorporado a la copia de la escritura de venta, no es parte de ésta, es decir, implica una prueba diversa, de modo que la ausencia de escritura pública no se descubre de la lectura del contrato de compraventa sino que para ello habría que acudir a ese otro medio, y por otro, ocurre que la nulidad alegada ha sido materia de interpretaciones y discusiones, vale decir, que no aparece de bulto, en forma clara e indiscutible.

3.—Es innegable que algunos autores han sostenido la tesis de que es necesario que el poder para vender inmuebles debe aparecer en escritura pública, con las bases que siguen: a) Si el artículo 2.149 del Código Civil no determina cuál debe ser la forma de un mandato, es porque deja la resolución de este punto a las reglas generales del derecho, por lo cual el poder no debe ser inferior, en cuanto a solemnidades, a las del acto o contrato a que se refiera, cuando éste es solemne; b) Como el consentimiento del vendedor debe constar en la escritura pública en que se hace la venta, en la misma forma debe ser extendido el mandato, ya que es en el momento de otorgarse el poder, cuando el mandante, que en últimas es el vendedor, presta su consentimiento; c) El ánimo contractual específico por parte del mandante se expresa en el mandato y, por medio de su mandatario, en el contrato llevado a cabo por éste en nombre de aquél, que viene a desarrollar los propósitos jurídicos de quien confirió el encargo. Por tanto, el mandato debe considerarse inseparable, desde el punto de vista jurídico, de las gestiones realizadas por el mandatario, de modo que la prueba del ánimo del mandante debe someterse a las mismas exi-

gencias probatorias que las gestiones y contratos de que trata el mandato, especialmente en cuanto a la publicidad para terceros, lo que determina para el poder la necesidad de la escritura pública y su registro.

Igualmente es cierto que la Corte en algunas ocasiones ha acogido la tesis de que el mandato para actos o contratos solemnes debe tener la misma solemnidad que éstos, y al respecto basta citar la sentencia de 4 de diciembre de 1957 (G. J. números 2.188 a 2.190, página 569).

No obstante lo expuesto, la propia Corte en sentencia posterior, de 4 de septiembre de 1958 (G. J. número 2.202, página 35), ha dicho: "La Corte reafirma ahora la doctrina que ha sostenido en muchas ocasiones en el sentido de que no es necesario que el poder para vender bienes raíces deba aparecer en escritura pública, pues en ninguna parte la ley ordena que tal poder deba otorgarse en esta forma, por el contrario, el artículo 2.149 del Código Civil preceptúa que "el encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aún por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra".

A lo cual se agrega el contenido del artículo 2.150 de la misma obra que reza: "El contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario. La aceptación puede ser expresa o tácita. Aceptación tácita es todo acto en ejecución del mandato. Aceptado el mandato no podrá disolverse el contrato sino por mutua voluntad de las partes".

Es decir, que de acuerdo con la estructuración legal, el mandato, salvo disposición expresa, como ocurre con el poder para que el varón contraiga matrimonio (Ley 57 de 1887, artículo 11) acto éste que es solemne y con el poder para litigar, que debe constar por escrito sea por escritura pública si comprende toda clase de pleitos o varios juicios, o por memorial presentado personalmente, si se trata de un solo proceso, sin duda tal contrato es de los llamados consensuales, esto es, de los que se perfeccionan por el solo consentimiento de las partes a términos del artículo 1.500 *ibidem*.

Dé dichos textos se desprende, obviamente, que el mandato es un contrato con-

sensual y no solemne, que se perfecciona por el solo consentimiento, sin necesidad de formalidad alguna. Inclusive probatoriamente se considera incluido entre las excepciones a la restricción de prueba testimonial, cuando valga más de quinientos pesos. Por eso la Corte ha dicho: "Entre las excepciones que establece el artículo 91 de la Ley 153 de 1887 a la regla general sobre restricción de la prueba testimonial por razón de la cuantía, hay que considerar incluido el mandato, contrato que según el artículo 2.149 del Código Civil puede celebrarse verbalmente o de cualquier otro modo inteligible y aún por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra, pues si se exigiera prueba escrita cuando el objeto del mandato excediera de quinientos pesos, no tendría cumplimiento esta última disposición especial para el mandato, y como tal, de preferente aplicación a la del artículo 91 citado" (G. J. XIX, 87; XXII, 295; XXXIV, 48; LXII, 619, LXII, 670).

Esta doctrina, descansa, fuera de las razones antedichas, en que el artículo 2.149 del Código Colombiano no contiene el siguiente pasaje que trae el artículo 2.123 del Código Chileno: "Pero no se admitirá en juicio la prueba testimonial sino de conformidad a las reglas generales, ni la escritura privada cuando las leyes requieran un instrumento auténtico". En cambio, el artículo 1.985 del Código Francés, establece prácticamente los mismos principios del colombiano, ya que advierte que la prueba de testigos para el mandato debe darse de acuerdo con las reglas generales del título de las obligaciones consensuales.

En esta forma, ante disposiciones expresas de ineludible aplicación, no puede concluirse que la categoría del mandato deba estar conforme con la del acto para el cual se confiere, ya que las reglas generales de derecho determinan que sea la norma que regula el caso la que debe actuar, y que no sean de recibo disposiciones que reglamenten materias diferentes. Por otro lado, no puede desconocerse que se trata de dos contratos distintos, el de mandato y el de compraventa, el primero de los cuales genera derechos y obligaciones personales que no pueden afectar la situación jurídica del segundo, por lo cual quien da su consenti-

miento para vender, en nombre del mandante, es el mandatario, de manera que la solemnidad de la escritura, indispensable para tal manifestación, no lo es para la del mandante que puede expresarse en cualquiera de las formas previstas por el artículo 2.149 a que se ha hecho mérito, desde el momento en que, como dice el artículo 1.505 del Código Civil, lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultado para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado con él.

Por último, el argumento relativo a la publicidad no se desvirtúa, ya que por un lado la escritura de venta específica que ésta se celebró en virtud de poder del vendedor (o del comprador) y así debe constar en el registro, y por otro, al aducirse el poder en forma auténtica, como ocurre en el presente caso en que aquél fue presentado ante dos funcionarios públicos que identificaron al mandante, no hay lugar a engaño. Además, desde que nuestra legislación admite el mandato no representativo, permite establecer ante terceros una apariencia sobre la persona que actúa en determinado acto jurídico, fuera de que la necesidad de escritura pública a que se refiere el artículo 2.577 del Código Civil debe entenderse para los contratos relativos a la enajenación de bienes inmuebles y no los que puedan conducir a ellos, cual es el mandato para celebrarlos, de modo que la resolución número 352 de octubre 14 de 1940 del Ministerio de Hacienda, publicada en el Diario Oficial número 24.489 (referente a una consulta hecha por un notario sobre si el poder para vender inmuebles debía constituirse por escritura pública, absuelta afirmativamente) no es aceptable desde el punto de vista jurídico, pues no es admisible confundir los contratos de enajenación de inmuebles, o sea los que tienden a transferir éstos, con los que simplemente contienen un mandato para que el mandatario represente al vendedor en el respectivo acto, contrato que no puede afirmarse que sea relativo a inmuebles, pues la naturaleza del mandato es la gestión de negocios ajenos siendo el objeto de éstos una cuestión de diverso orden en la convención.

Lo dicho antes se respalda con la opinión

de Enneccerus, en su obra de Derecho Civil (T. I, Volumen III, pág. 275).

"El otorgamiento del poder (apoderamiento) tiene íntimo parentesco con el consentimiento y se hace, como éste, mediante declaración unilateral recepticia. Constituye la declaración de que los negocios a celebrar en nuestro nombre por el apoderado, o las declaraciones de voluntad que ha de recibir él mismo en nuestro nombre, deban surtir efecto inmediato a favor y en contra de nosotros, mientras que el consentimiento se refiere a negocios a celebrar en nombre propio. El apoderamiento no es una parte del negocio o de los negocios, cuya conclusión eficaz para el poderdante posibilita, sino que es un negocio jurídico con sustantividad propia. Por consiguiente, no requiere la forma que en su caso se prescriba para el negocio a que se refiere, sino que no está sujeto a forma más que cuando así se prescriba por excepción".

4.—La noción amplia de excepción, o sea cualquier defensa del demandado, incluso la simple negación del derecho invocado por el actor, no es de recibo dentro de la concretización procesal que considera la excepción como aquellas defensas fundadas en otras circunstancias de las constitutivas del derecho del demandante. Por esto, se ha dicho que el Juez lo primero que tiene que indagar es si se reúnen los elementos de la acción civil, pues si falta alguno de ellos debe absolver, sin entrar en el análisis de las excepciones. La Corte expresa: "... se comienza por estudiar la acción ejercitada y por indagar si al demandante le asiste. Cuando esta sugestión inicial es respondida negativamente, la absolución del demandado se impone: pero cuando se halla que la acción existe y que le asiste al actor, entonces sí es procedente estudiar si hay excepciones que la emboten; emerven o infirmen, háyanse opuesto por el reo como la de prescripción o la de compensación, o surjan del proceso, opuestas o nó por éste, tal como corresponde a los artículos 343 del Código Judicial y 1.719 del Código Civil" (XLVI, pág. 623).

Así las cosas, es evidente que la falta de derecho en el demandante no es una excepción, en su sentido concreto, sino uno de los elementos de la acción-pretensión. "Por eso la carencia de acción y derecho para de-

mandar, no puede ser jamás una excepción, porque esta presupone la acción que ella destruye o enerva. Pero no temer la acción es vicio tan fundamental que su sola presencia basta para proferir el fallo como si existiendo fuese destruida por una excepción" (XLIII, 621).

Corte Sucrema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, mayo veintinueve de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Hernando Morales M.).

Se decide el recurso de casación interpuesto por Virginia Erazo de Santacruz y Clemencia Erazo contra la sentencia de once de diciembre de 1957 proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el juicio ordinario promovido por las mencionadas señoras, en representación de la sucesión de Mariana de Jesús Erazo, frente a Mercedes Erazo de Moncayo.

Antecedentes.

Las citadas Erazos, en el carácter indicado, demandaron ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto a Mercedes Erazo de Moncayo para que se declare la rescisión por lesión enorme de la venta contenida en la escritura número 296 de 9 de marzo de 1956 otorgada ante el Notario Primero del mismo Circuito por Mariana de Jesús Erazo a favor de Mercedes Erazo de Moncayo; se restituyan los bienes objeto de dicha venta a las demandantes y para la sucesión de la vendedora, y se cancele el registro del nombrado título escriturario. También solicita la demanda que si la demandada lo prefiere ésta le dé cumplimiento a lo determinado en la primera parte del inciso 1º del artículo 1.948 del C. C.

Las peticiones se fundan en que se vendieron inmuebles por la suma de \$ 5.000.00, cuando valían \$ 32.000.00; en que la demandada se encuentra en posesión de tales bienes, y en que las actoras derivan su interés procesal de ser herederas reconocidas judicialmente de la vendedora.

Mercedes Erazo de Moncayo se opuso y adujo las excepciones perentorias "de carencia de acción y derecho para demandar". La primera instancia terminó por sentencia de 8 de julio de 1957 que declaró probada la segunda de tales excepciones y absolvió a la parte demandada de los cargos formulados en la demanda. Apelada por la parte actora, el Tribunal la confirmó, con ba-

se en que Mercedes Erazo de Moncayo vendió por escritura número 216 de 28 de julio de 1956 a Carmen Guzmán de Moncayo los mismos inmuebles comprados y por el mismo precio, por lo cual "en vista de los términos precisos del artículo 1.951 del C. C., se desprende categóricamente la imposibilidad de poder iniciar acción de rescisión por lesión enorme, cuando el inmueble se perdió en poder del comprador o cuando éste lo hubiere enajenado... Vendido el inmueble, el vendedor pierde la acción de lesión enorme".

Y si bien el fallo entiende que el Juzgado no acertó al declarar probada como excepción la carencia de derecho en el actor, pues este fenómeno no constituye tal figura procesal, dice para concluir: "La falta de derecho para ejercitar la acción, obliga a la absolución de la parte demandada, bien declarando probada la excepción de carencia de derecho para demandar, como lo hizo el Juez de primera instancia, o bien, simplemente, con declaración de absolución, como sería más técnico. Pero no en el fondo una y otra forma se equivalen, el

El recurso.

Dos cargos, dentro de la causal 1ª del artículo 520 del C. J., se formulan por el recurrente, y se pasan a estudiar por la Corte, separadamente.

1º Violación directa, por falta de aplicación, del artículo 2º de la Ley 50 de 1936, en relación con los artículos 1.741, 1.760, 1.857 aparte 2º, y 2.149 del C. C., también por falta de aplicación.

El ataque se sintetiza así:

La venta de bienes raíces requiere escritura pública, *ad solemnitatem*, por lo cual no se reputa perfecta mientras no se haya otorgado dicho instrumento. Es nula absolutamente la venta de tales bienes si no se ha cumplido con el requisito indicado. Uno de los requisitos esenciales en estos casos es el consentimiento, expresado conforme a la ley, es decir, en escritura pública. Y como cuando se vende por poder, el que se obliga a transferir la cosa es el poderdante, ya que el apoderado sólo representa al vendedor, el consentimiento de éste se expresa al otorgar el poder, por lo cual su expresión debe revestir la solemnidad que la ley determina para el contrato a que el poder concierne, en este caso la venta de bienes inmuebles. "Si no se manifestó tal consentimiento por escritura pública, hay nulidad absoluta del contrato de compraventa, por falta del cumplimiento de una solemnidad impuesta por razón de la naturaleza del contrato, según el

artículo 1.741 del C. C. en armonía con el 1.740 de la misma obra".

De este planteamiento concluye el recurrente que la falta del instrumento público que ha de contener el consentimiento del vendedor no puede ser reemplazado por un memorial dirigido al Notario en que conste el poder correspondiente, y que, como en este caso Mariana de Jesús Erazo para otorgar la escritura de venta a que se refiere la litis no confirió el poder por escritura pública sino por memorial presentado ante un Inspector de Policía y luégo ante un Juez Municipal, su consentimiento para la enajenación no reúne los requisitos legales y se configura la nulidad absoluta de la compraventa a favor de Mercedes Erazo de Moncayo.

En consecuencia, añade, que el Tribunal ha debido declarar de oficio, la mencionada nulidad, en obediencia al artículo 2º de la Ley 50 de 1936, y como no lo hizo, infringió este precepto por inaplicación, ya que, por otro lado, se reúnen los requisitos para haberlo aplicado, cuales son que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato; que éste se invoque en el proceso como fuente de derechos y obligaciones para las partes y que figuren en el litigio quienes fueron parte en el acto jurídico, o sus causahabientes.

Se considera:

En primer lugar, y en consideración a que la acción promovida es la de rescisión por lesión enorme y no la de nulidad absoluta del contrato de venta ya mencionado, debe establecerse si el contenido del cargo constituye un medio nuevo inadmisibles en casación, o si por el contrario es necesario darle entrada y examinarlo.

El artículo 2º de la Ley 50 de 1936 reza que: "La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el Juez, aun sin petición de parte cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato". Es decir, que como se halla establecida en interés público, la disposición aludida constituye una excepción al principio de que los Tribunales, en materia civil, no pueden proceder sino a solicitud de parte, ya que fuera de los casos en que están autorizados para actuar de oficio, al proveer sobre puntos no solicitados fallarían *ultra petita*, o sea que las sentencias se extenderían a cuestiones no debatidas.

Si bien en las instancias no se propuso el punto que ahora se presenta, e indudablemente es la primera ocasión en que éste se debate, no constituye propiamente un medio nuevo, porque su contenido excluye, técnicamente hablando, la

configuración de dicho fenómeno, ya que implica lo que algunos llaman medio nuevo de orden público, que lejos de ser inadecuado, debe analizarse por la Corte.

Respecto a las cuestiones nuevas que tocan con el orden público y su admisibilidad, dice Faye: "El medio derivado de la violación de una regla de orden público no puede jamás ser considerado como nuevo; él está siempre en la causa desde que debe ejercer influencia sobre la decisión en un sentido o en otro, sea en el fondo, sea desde el punto de vista de la admisibilidad de la acción, y el Juez, desde que ha podido conocerlo, incurre en falta si no lo reconoce de oficio" (El Recurso de Casación, pág. 145).

Definido así este aspecto, debe indagarse si la sentencia debía haber declarado oficiosamente la nulidad invocada por la demanda de casación. Para la actuación del artículo 2º de la Ley 50 de 1936 en el aspecto analizado, se necesita ante todo que exista la nulidad respectiva y que aparezca de manifiesto en el acto o contrato, fuera de otros requisitos que la doctrina ha considerado indispensables, a saber: "a) Que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos u obligaciones para las partes; y b) Que al pleito concurren 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 declaración de nulidad de un acto o contrato en su totalidad, no puede pronunciarse sino con audiencia de todos los que lo celebraron" (VII, 261; VIII, 340; XXX, 59; LXII, 373; XLVII, 66, y 238; LX, 363).

Ante todo se anota que en el supuesto de que la falta de escritura pública para constituir un poder para vender inmuebles, implicara la nulidad que el recurrente alega, ella no aparecería de manifiesto en el acto o contrato celebrado en virtud de ese poder, pues no se deduciría de la venta misma, no aparecería al leer su contenido, que es elemento primordial para que la nulidad pueda declararse oficiosamente. En efecto, dice la Corte: "El sentido genuino de la expresión 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" (XLVII, 66; LVIII, 45).

Y Arturo Alessandri Rodríguez expone al respecto:

"Según el artículo 20 del Código Civil, las pala-

bras de la ley deben entenderse en su sentido natural y obvio; y manifiesto, según el diccionario es lo que está patente o visible, que salta a la vista con sólo leer el contrato; tenemos, entonces, que la nulidad aparece de manifiesto cuando basta sólo leer el acto, sin relacionarlo con ninguna otra pieza ni antecedente del proceso, para que sea constatada... En el momento mismo en que el Tribunal tenga que relacionar el contrato con otros antecedentes para establecer la nulidad, deja ésta de aparecer de manifiesto" (De los Contratos, página 76). A este respecto, cita un caso en que la Corte Suprema Chilena encontró que la Corte de Apelaciones había procedido correctamente al no declarar una nulidad de oficio, porque si bien de los antecedentes resultaba que la propiedad estaba embargada al tiempo del contrato, ello no aparecía del mismo contrato sino de tales antecedentes.

En este asunto, y en el supuesto que se está contemplando, ocurre que, por un lado, el poder con que obró el apoderado de la vendedora, si bien se halla incorporado a la copia de la escritura de venta, no es parte de ésta, es decir, implica una prueba diversa, de modo que la ausencia de escritura pública no se descubre de la lectura del contrato de compraventa sino que para ello habría que acudir a ese otro medio, y por otro, ocurre que la nulidad alegada ha sido materia de interpretaciones y discusiones, vale decir, que no aparece de bulto, en forma clara e indiscutible.

En efecto, no se niega que algunos autores han sostenido la tesis que el recurrente aduce, con las bases que siguen: a) Si el artículo 2.149 del Código Civil no determina cuál deba ser la forma de un mandato, es porque deja la resolución de este punto a las reglas generales del derecho, por lo cual el poder no debe ser inferior, en cuanto a solemnidades, a las del acto o contrato a que se refiera, cuando éste es solemne; b) Como el consentimiento del vendedor debe constar en la escritura pública en que se hace la venta, en la misma forma debe ser extendido el mandato, ya que es en el momento de otorgarse el poder, cuando el mandante, que en últimas es el vendedor, presta su consentimiento; c) El ánimo contractual específico por parte del mandante se expresa en el mandato, y, por medio de su mandatario, en el contrato llevado a cabo por éste en nombre de aquél, que viene a desarrollar los propósitos jurídicos de quien confirió el encargo. Por tanto, el mandato debe considerarse inseparable, desde el punto de vista jurídico, de las

gestiones realizadas por el mandatario, de modo que la prueba del ánimo del mandante debe someterse a las mismas exigencias probatorias que las gestiones y contratos de que trata el mandato, especialmente en cuanto a la publicidad para terceros, lo que determina para el poder la necesidad de la escritura pública y su registro.

Igualmente es cierto que la Corte en algunas ocasiones ha acogido la tesis de que el mandato para actos o contratos solemnes debe tener la misma solemnidad que éstos, y al respecto basta citar la sentencia de 4 de diciembre de 1957 (G. J. números 2.188 a 2.190, pág. 569).

No obstante lo expuesto, la propia Corte en sentencia posterior, de 4 de septiembre de 1958 (G. J. número 2.202, página 35), ha dicho: "La Corte reafirma ahora la doctrina que ha sostenido en muchas ocasiones en el sentido de que no es necesario que el poder para vender bienes raíces deba aparecer en escritura pública, pues en ninguna parte la ley ordena que tal poder deba otorgarse en esta forma, por el contrario, el artículo 2.149 del Código Civil preceptúa que "el encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aun por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra".

A lo cual se agrega el contenido del artículo 2.150 de la misma obra que reza: "El contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario. La aceptación puede ser expresa o tácita. Aceptación tácita es todo acto en ejecución del mandato. Aceptado el mandato no podrá disolverse el contrato sino por mutua voluntad de las partes".

Es decir, que de acuerdo con la estructuración legal, el mandato, salvo disposición expresa, como ocurre con el poder para que el varón contraiga matrimonio (Ley 57 de 1887, artículo 11) acto éste que es solemne y con el poder para litigar, que debe constar por escrito sea por escritura pública si comprende toda clase de pleitos o varios juicios, o por memorial presentado personalmente, si se trata de un solo proceso, sin duda tal contrato es de los llamados consensuales, esto es, de los que se perfeccionan por el solo consentimiento de las partes a términos del artículo 1.500 *ibidem*.

De dichos textos se desprende, obviamente, que el mandato es un contrato consensual y no solemne, que se perfecciona por el solo consentimiento, sin necesidad de formalidad alguna. Inclusive probatoriamente se considera incluido en

tre las excepciones a la restricción de prueba testimonial, cuando valga más de quinientos pesos. Por eso, la Corte ha dicho: "Entre las excepciones que establece el artículo 91 de la Ley 153 de 1887 a la regla general sobre restricción de la prueba testimonial por razón de la cuantía, hay que considerar incluido el mandato, contrato que según el artículo 2.149 del Código Civil puede celebrarse verbalmente o de cualquier otro modo inteligible y aun por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra, pues si se exigiera prueba escrita cuando el objeto del mandato excediera de quinientos pesos, no tendría cumplimiento esta última disposición especial para el mandato y, como tal, de preferente aplicación a la del artículo 91 citado" (G. J. XIX, 87; XXII, 295; XXXIV, 48; LXII, 619; LXII, 670).

Esta doctrina, descansa, fuera de las razones antedichas, en que el artículo 2.149 del Código Colombiano no contiene el siguiente pasaje que trae el artículo 2.123 del Código Chileno: "Pero no se admitirá en juicio la prueba testimonial sino de conformidad a las reglas generales, ni la escritura privada cuando las leyes requieran un instrumento auténtico". En cambio, el artículo 1.985 del Código Francés, establece prácticamente los mismos principios del colombiano, ya que advierte que la prueba de testigos para el mandato debe darse de acuerdo con las reglas generales del título de las obligaciones consensuales.

En esta forma, ante disposiciones expresas de ineludible aplicación, no puede concluirse que la categoría del mandato deba estar conforme con la del acto para el cual se confiere, ya que las reglas generales de derecho determinan que sea la norma que regula el caso la que debe actuar, y que no sean de recibo disposiciones que reglamentan materias diferentes. Por otro lado, no puede desconocerse que se trata de dos contratos distintos, el de mandato y el de compraventa, el primero de los cuales genera derechos y obligaciones personales que no pueden afectar la situación jurídica del segundo, por lo cual quien da su consentimiento para vender, en nombre del mandante, es el mandatario, de manera que la solemnidad de la escritura, indispensable para tal manifestación, no lo es para la del mandante que puede expresarse en cualquiera de las formas previstas por el artículo 2.149 a que se ha hecho mérito, desde el momento en que, como dice el artículo 1.505 del Código Civil, lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultado para representarla, produce respecto del re-

presentado iguales efectos que si hubiese contratado con él.

Por último, el argumento relativo a la publicidad no se desvirtúa, ya que por un lado la escritura de venta específica que ésta se celebró en virtud de poder del vendedor (o del comprador) y así debe constar en el registro, y por otro, al aducirse el poder en forma auténtica, como ocurre en el presente caso en que aquél fue presentado ante dos funcionarios públicos que identificaron al mandante, no hay lugar a engaño. Además, desde que nuestra legislación admite el mandato representativo, permite establecer ante terceros una apariencia sobre la persona que actúa en determinado acto jurídico, fuera de que la necesidad de escritura pública a que se refiere el artículo 2.577 del Código Civil debe entenderse para los contratos relativos a la enajenación de bienes inmuebles y no los que puedan conducir a ellos, cual es el mandato para celebrarlos, de modo que la Resolución número 352 de octubre 14 de 1940 del Ministerio de Hacienda publicada en el Diario Oficial número 24.489 (referente a una consulta hecha por un Notario sobre si el poder para vender inmuebles debía constituirse por escritura pública, absuelta afirmativamente) no es aceptable desde el punto de vista jurídico, pues no es admisible confundir los contratos de enajenación de inmuebles, o sea los que tienden a transferir éstos, con los que simplemente contienen un mandato para que el mandatario represente al vendedor en el respectivo acto, contrato que no puede afirmarse que sea relativo a inmuebles, pues la naturaleza del mandato es la gestión de negocios ajenos siendo el objeto de éstos una cuestión de diverso orden en la convención.

Lo dicho antes se respalda con la opinión de Enneccerus, en su obra de Derecho Civil (Tomo I, Volumen II, pág. 275).

"El otorgamiento del poder (apoderamiento) tiene íntimo parentesco con el consentimiento y se hace, como éste, mediante declaración unilateral recepticia. Constituye la declaración de que los negocios a celebrar en nuestro nombre por el apoderado, o las declaraciones de voluntad que ha de recibir él mismo en nuestro nombre, deban surtir efecto inmediato a favor y en contra de nosotros, mientras que el consentimiento se refiere a negocios a celebrar en nombre propio. El apoderamiento no es una parte del negocio o de los negocios, cuya conclusión eficaz para el poderdante posibilita, sino que es un negocio jurídico con sustantividad propia. Por consiguiente,

no requiere la forma que en su caso se prescribe para el negocio a que se refiere, sino que no está sujeto a forma más que cuando así se prescriba por excepción".

Por estas razones, no hay lugar a la nulidad invocada, y el cargo debe desecharse, aún sobre la base de que sea admisible su presentación a través de violación directa de la norma.

2º Violación, por aplicación indebida, del inciso 2º del artículo 1.951-del Código Civil. Esta acusación se sintetiza así:

La sentencia confirma la del Juez que declaró probada la excepción de carencia de derecho para demandar la rescisión por lesión enorme pedida por la parte actora, ya que dicha excepción no es de recibo jurídicamente, pues siendo ésta en general un medio de defensa, su uso presupone necesariamente la existencia de la acción.

Se considera:

Ya se vio que el Tribunal si se percató del error técnico del Juez al declarar probada la mencionada excepción, y que llegó a confirmar el fallo de primer grado porque en el fondo entendió que no obstante que la carencia de derecho no implica excepción, en este caso el resultado era igual, sea que se absolviera por ausencia de una de las condiciones de la acción civil impetrada o por carencia de derecho, entendido este fenómeno como medio de defensa.

La noción amplia de excepción, o sea cualquier defensa del demandado, incluso la simple negación del derecho invocado por el actor, no es de recibo dentro de la concretización procesal que considera la excepción como aquellas defensas fundadas en otras circunstancias de las constitutivas del derecho del demandante. Por esto, se ha dicho que el Juez lo primero que tiene que indagar es si se reúnen los elementos de la acción civil, pues si falta alguno de ellos debe absolver, sin entrar en el análisis de las excepciones. La Corte expresa: "...se comienza por estudiar la acción ejercitada y por indagar si al demandante le asiste. Cuando esta sugestión inicial es respondida negativamente, la absolución del demandado se impone pero cuando se halla que la acción existe y que le asiste al actor, entonces si es procedente estudiar si hay excepciones que la emboten, enerven o infirmen, háyanse opuesto por el reo como la de prescripción o la de compensación, o surjan del proceso, opuestas o no por éste, tal como corresponde a los artículos 343 del Código Judicial y 1.719 del Código Civil". (XLVI, página 623).

Así las cosas, es evidente que la falta de dere-

cho en el demandante no es una excepción, en su sentido concreto, sino uno de los elementos de la acción-pretensión". "Por eso la carencia de acción y derecho para demandar, no puede ser jamás una excepción, porque ésta presupone la acción que ella destruye o enerva. Pero no tener la acción es vicio tan fundamental, que su sola presencia basta para proferir el fallo como si existiendo fuese destruida por una excepción" (XLII, 621).

Más si todo esto es cierto, también lo es que no obstante el defecto de técnica que entraña el reconocimiento de la mal llamada excepción de carencia de derecho, el resultado en este caso es igual, pues si al demandante no le asiste la acción-pretensión aducida, en el fondo eso es lo que declara el fallo, máxime cuando su parte resolutive, confirmatoria del proveído del Juzgado, comprende la absolución del demandado expresamente contenida en el último. Claro que en ocasiones el reconocimiento de una excepción puede dar lugar a la casación del fallo que en vez de hacerlo, debía simplemente absolver por ausencia de un elemento de la acción; pero no es éste el evento contemplado, en el cual, como ya se dijo, la discrepancia se reduce a las expresiones formales, pues la idea central que originó la absolución es la falta de derecho invocado por

el actor, por lo cual no estuvo indebidamente aplicado el artículo 1.951 del C. C. en su segundo inciso.

RESOLUCION:

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Pasto el once (11) de diciembre de mil novecientos cincuenta y siete (1957).

Las costas del recurso son del cargo del recurrente.

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

Hernando Morales—Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge Zamudio Aguirre, Conjuez.—
Jorge Soto Soto, Secretario.

LA INDEBIDA ACUMULACION DE ACCIONES EN UNA DEMANDA, POR SI MISMA NO ES BASE PARA CONFIGURAR LA INCOMPETENCIA DE JURISDICCION, SINO QUE DA MARGEN A LA EXCEPCION DILATORIA DE INEPTA DEMANDA. — NULIDADES ALEGABLES EN CASACION.—RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL. — PRESCRIPCION E INTERRUPCION DE ESTA POR SOLIDARIDAD DE LOS SOCIOS RESPECTO DEL PASIVO GENERAL DE LA COMPANIA EN LIQUIDACION. — SI LA REFERIDA ACCION SE EJERCITO NO CONTRA LA SOCIEDAD DISUELTA DEFINITIVAMENTE SINO CONTRA CADA UNO DE LOS EX-ASOCIADOS, ES DEBER DEL ACTOR ACREDITAR QUE TAL PERSONA MORAL EXISTIO POR LA EPOCA EN QUE SE COMETIO EL DAÑO CUYA INDEMNIZACION PERSIGUE. — PRUEBA DE SU CONSTITUCION. — AL ESTABLECER LA RESPONSABILIDAD DE LOS EMPRESARIOS POR EL HECHO DE SUS DEPENDIENTES MIENTRAS ESTEN BAJO SU CUIDADO, NO IMPORTA TANTO DETERMINAR LA PERSONA QUE HIZO LA DESIGNACION DEL TRABAJADOR, SINO LA RELACION DE DEPENDENCIA ENTRE LA EMPRESA Y ESTE ULTIMO

1.—La indebida acumulación de acciones en una demanda, por sí misma no es base para configurar la incompetencia de jurisdicción, sino que dá margen a la excepción dilatoria de inepta demanda, o cuando ésta no se propone, a la inhibición del juzgador para dictar sentencia de mérito por defecto del presupuesto procesal de demanda en forma.

Como es sabido, cada parte en un juicio puede constar de una o de varias personas y en este segundo caso se conocen con el nombre de litis-consortes, que pueden ser activos o pasivos, según sean demandantes o demandados. Es la llamada acumulación subjetiva que la ley permite a fin de evitar fallos contradictorios y por economía procesal.

2.—En forma repetida ha dicho la Corte que las nulidades a que se refiere el artículo 520, numeral 6º, del Código Judicial, no son todas las que adolezca o pueda adolecer un juicio, sino únicamente las consagradas en los tres numerales del artículo 448 del citado estatuto y siempre que no hayan sido saneadas. Las demás no son alegables en casación ni viables en el recurso.

3.—Es evidente que el artículo 2.358 del Código Civil establece que las acciones para la reparación del daño que puedan ejercitarse contra terceros responsables, con base en las disposiciones del Título 34 del Libro 4º del Código Civil, prescriben en

tres años contados desde la perpetración del acto.

Pero cuando en la escritura de liquidación de una sociedad, los socios establecieron la solidaridad respecto del pasivo general de la compañía que se liquidaba, de conformidad con el artículo 2.540 del Código Civil, con la notificación que judicialmente se haya hecho a algunos de los demandados antes de expirar el plazo de tres años, se interrumpe la prescripción en perjuicio de los demás codeudores notificados fuera de dicho término.

4.—Cuando la acción de responsabilidad civil se ha ejercitado no contra la sociedad disuelta definitivamente, sino que se ha incoado contra cada uno de los ex-asociados, la responsabilidad extracontractual que contra ellos se pretende deducir depende de su extinguida calidad de socios de aquella sociedad disuelta y liquidada y por tanto el actor tiene que acreditar que tal persona moral existió por la época en que se cometió el daño cuya indemnización persigue.

5.—De la prueba del registro comercial de la escritura de constitución de una sociedad en la Cámara de Comercio y de la publicación del mismo, como lo ordenan los artículos 469 y 470 del Código de Comercio en armonía con el artículo 3º de la Ley 124 de 1937, no puede argumentarse con validez que sea la única de que dispone el actor para demostrar la constitución de la socie-

dad que causó el daño, porque el artículo 477 ibídem establece que los socios no podrán alegar la falta de una o más de las solemnidades mencionadas contra terceros interesados en la existencia de la sociedad y que éstos podrán acreditarla por cualquiera de los medios probatorios que reconoce el mismo Código de Comercio, uno de los cuales es el consagrado en el artículo 465 que dice: "La sociedad se forma y prueba por escritura pública, registrada conforme al Código Civil".

6.—Cuando el legislador ha dicho que los empresarios son responsables del hecho de sus dependientes mientras estén bajo su cuidado, no ha limitado esa responsabilidad a que el trabajador sea nombrado directa y personalmente por el gerente o director de la empresa, sino que ello lo cobija siempre que aparezca que hay una relación de dependencia entre la empresa y el trabajador.

Para saber si existe esa relación no importa tanto determinar la persona que hizo la designación sino la situación en que se encuentre el trabajador frente a la empresa, de tal suerte que si se halla dedicado a actividades propias del empresario, con el consentimiento de éste o de sus agentes, lo que se supone si no ha sido desautorizado expresamente, hay lugar a deducir la responsabilidad contra el empresario, responsabilidad consagrada en el artículo 2.347 del Código Civil.

Los expositores Mazcaud dicen a este respecto: "Cada vez que alguna persona ejerza o aún deje de ejercer por otra una función comprendida dentro del círculo de sus actividades, puede afirmarse que la primera ha escogido a la segunda. Sin duda no siempre la primera ha designado a la segunda por sí misma, pero al dejar obrar a la persona designada, ratifica la designación. Esta ratificación tácita, equivale a una verdadera elección" (Tratado Teórico y Práctico de la responsabilidad Civil delictual y contractual, pág. 333).

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, mayo veintinueve de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Gustavo Salazar).

ANTECEDENTES

1. Ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Popayán, Manuel Antonio Astudillo Salazar demandó a J. Nepomuceno, Miguel A., Gerardo, Otoniel, Marco Tulio, Manuel, Josefina y Ana Ilija Ordóñez R. para que mediante el trámite de un juicio ordinario se les declare civilmente responsables, de manera solidaria, de los perjuicios materiales y morales que sufrió el demandante "como consecuencia del accidente de que fue víctima por parte de Fidel Montilla (hijo), empleado de la Sociedad "Manuel S Ordóñez V. y Compañía Limitada", ya liquidada, con una carretilla de tracción animal perteneciente a la misma, en el sitio de Antomoreno, en la carretera nacional Popayán-Timbío, el día viernes 22 de diciembre de 1950, como consecuencia del cual sufrió el acortamiento, de por vida, de la pierna izquierda", perjuicios que fija en la cantidad de \$ 20.000.00 o la que resulte probada en el juicio.

2.—Como hechos adujo, en síntesis, estos: Los demandados constituyeron legalmente una sociedad anónima, que luego, por escritura número 1.620 de 14 de diciembre de 1945 de la Notaría Segunda de Popayán, transformaron en sociedad de responsabilidad limitada, bajo la razón social de "Manuel S. Ordóñez V. y Compañía Limitada". con domicilio en Popayán, la cual se disolvió por la escritura número 1.765 de 20 de noviembre de 1951 de la misma Notaría y se liquidó por la número 1.995 de 31 de diciembre del mismo año de la Notaría Primera de Popayán. El 22 de diciembre de 1950, a las nueve de la mañana una carretilla de tracción animal, cargada de leche y conducida por Fidel Montilla, se dirigía a gran velocidad de la hacienda La Laguna a la ciudad de Popayán, cuando en el sitio de Antomoreno, sobre la carretera nacional Pasto-Popayán, derribó y cogió entre las ruedas a Astudillo Salazar, sufriendo graves heridas y quedando con un acortamiento definitivo de la pierna izquierda, reducida su capacidad para el trabajo y con complejo de inferioridad por la cojera. El vehículo era de propiedad de la sociedad antes mencionada, el conductor empleado de la misma y cuando ocurrió el accidente vehículo y empleado estaban desarrollando una actividad propia del giro de negocios de la Compañía.

3. Los demandados se opusieron a que se decretaran las peticiones solicitadas, manifestaron que ignoraban los hechos relacionados con la existencia de la sociedad "Manuel S. Ordóñez V. y Compañía Limitada", negaron que Fidel Montilla

hubiera sido empleado de la misma y declararon que nada sabían del accidente sufrido por Astudillo y de las consecuencias que le ocasionó el mismo. Propusieron las excepciones siguientes, sin fundarlas: "Petición de modo indebido; inepta demanda sustantiva; y prescripción de la acción".

4. El Juzgado del conocimiento encontró que el actor no demostró la existencia legal de la sociedad "Manuel S. Ordóñez V. y Compañía Limitada", ni la disolución de la misma, por lo que faltaba un presupuesto procesal y por tal causa se inhibió de fallar en el fondo, por sentencia de 12 de julio de 1956.

LA SENTENCIA ACUSADA

El recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra el fallo del Juzgado lo resolvió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, por sentencia de 29 de marzo de 1957, por el que lo revoca y en su lugar condena a los demandados a pagar a Astudillo Salazar los perjuicios materiales, cuya cuantía se determinará por el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial, y de los morales, que fija en quinientos pesos, más las costas del juicio.

El Tribunal, a diferencia de lo estimado por el Juzgado de primera instancia, encontró que la acción ejercitada no está dirigida contra la sociedad "Manuel S. Ordóñez V. y Compañía Limitada", sino contra cada uno de los ex-socios de la misma, en su condición de personas naturales, por lo que la parte demandada no es la sociedad en referencia, que no tiene, por lo mismo, el carácter de sujeto pasivo de la acción. Consideró también el Tribunal que el Juzgado había incurrido en grave error al dejar de estimar el valor probatorio de las escrituras de disolución y liquidación de la misma sociedad, que en copia auténtica y con la nota de registro se trajeron oportunamente a los autos.

Además el sentenciador de segunda instancia encontró probado los siguientes actos y hechos: a) La existencia de la sociedad "Manuel S. Ordóñez V. y Compañía Limitada", y la calidad de socios de ella de los demandados, cuando ocurrió el accidente de que fue víctima el actor; b) Que el vehículo que atropelló a Astudillo era de propiedad de la sociedad citada y que el conductor del vehículo era dependiente de la misma; c) Que en el momento de ocurrir el accidente, vehículo y conductor estaban desarrollando una actividad propia del giro de los negocios de la Compañía en referencia; d) Que el accidente se

debió a exceso de velocidad del vehículo; y e) Los perjuicios materiales y morales sufridos por Astudillo a consecuencia del accidente.

Con base en tales actos y hechos y con fundamento en los artículos 2.341 y 2.347 del Código Civil, así como en la doctrina de la Corte conforme a la cual "el acreedor, después de clausurada la liquidación tiene el derecho de perseguir individualmente a cada ex-accionista hasta concurrencia de las sumas o de los valores que éste haya retirado de la liquidación en proporción a sus acciones". (Sentencias de 11 de julio de 1939 y 31 de mayo de 1955, GACETA JUDICIAL, tomo XLVIII, página 387 y tomo LXXX, página 372, respectivamente), llega a la resolución de que se hizo mérito arriba.

LA DEMANDA DE CASACION

Tramitado como está el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra el fallo del Tribunal, procede la Corte a decidirlo.

PRIMER CARGO

Con base en la causal 6ª del artículo 520 del Código Judicial, sostiene el recurrente que hay nulidad por incompetencia de jurisdicción a partir del auto que admitió la demanda con que se inició el juicio, por cuanto se hizo una acumulación de acciones que no contempla el artículo 209 *ibidem*, ya que se demandó personalmente a ocho personas distintas para que respondan de un daño, causado por tercera persona, la sociedad "Manuel S. Ordóñez V. y Compañía Limitada", por lo que el Juez del conocimiento carecía de competencia para resolver sobre tales acciones ilegalmente acumuladas.

Se considera:

1. La indebida acumulación de acciones en una demanda, por sí misma no es base para configurar la incompetencia de jurisdicción, sino que dá margen a la excepción dilatoria de inepta demanda, o cuando ésta no se propone, a la inhibición del juzgador para dictar sentencia de mérito por defecto del presupuesto procesal de demanda en forma.

2. Como es sabido, cada parte en un juicio puede constar de una o de varias personas y en este segundo caso se conocen con el nombre de litis-consortes, que pueden ser activos o pasivos, según sean demandantes o demandados. Es la llamada acumulación subjetiva que la ley permite a fin de evitar fallos contradictorios y por eco-

nomía procesal y que en el caso de autos contempla el numeral 4º del artículo 398 del Código Judicial, ya que la acción propuesta contra los ocho demandados tiene una misma causa y están ligados por el mismo motivo jurídico la sociedad de la cual fueron socios y a la que se le atribuye el daño cuya indemnización se persigue.

3. Por lo demás, en forma repetida ha dicho la Corte que las nulidades a que se refiere el artículo 520, numeral 6º, del Código Judicial, no son todas las que adolezca o pueda adolecer un juicio, sino únicamente las consagradas en los tres numerales del artículo 448 del Código Judicial y siempre que no hayan sido saneadas. Las demás no son alegables en casación ni viables en el recurso.

Se desecha el cargo.

.. TERCER CARGO

Se estudia este tercer cargo antes del segundo de la demanda para guardar el orden indicado en el artículo 537 del Código Judicial.

Lo funda en la causal 2ª del artículo 520 del Código Judicial por cuanto, dice el recurrente, el Tribunal dejó de proveer en la parte resolutive del fallo sobre la excepción de prescripción de la acción, propuesta por los demandados.

Se considera:

Sobre las excepciones propuestas, dijo el Tribunal en la motivación del fallo recurrido: "No es el caso de entrar a un estudio especial sobre las excepciones que como perentorias propone la parte demandada en el escrito de contestación del libelo principal, o sea, la de petición de un modo indebido y la de inepta demanda sustantiva, por cuanto los largos razonamientos que se han formulado a este respecto, en la parte motiva de esta providencia, indican la falta de fundamentos y bases legales que pudieran amparar los reconocimientos de esos medios exceptivos. Tampoco procede el estudio pormenorizado de la excepción de prescripción de la acción, también propuesta en el escrito aludido, si se considera que esta acción civil de responsabilidad extracontractual se ejercitó antes del vencimiento del término prescriptivo que señala sobre el particular la ley civil".

De tal suerte que el Tribunal sí consideró la excepción de prescripción de la acción, sólo que en la parte resolutive nada dijo explícitamente sobre ella. Pero si se tiene en cuenta que la analizó en la motivación y encontró que no tenía asidero legal y, además, condenó a los demandados

al pago de los perjuicios ocasionados con el daño, lo que contradice la excepción de prescripción de la acción, se tiene que el fallo sí está en consonancia con las pretensiones deducidas por los litigantes.

Se rechaza el cargo.

SEGUNDO CARGO

Lo formula así el recurrente:

"Con fundamento en la causal 1ª del mencionado artículo 520 del Código Judicial, y para el caso de que la Corte pueda considerar como regularmente deducidas dentro de la misma demanda las pretensiones que en ella se proponen contra distintas personas; y válida —por dicho motivo— la actuación procesal adelantada, acuso —subsidiariamente— la sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán en este juicio, por ser ella violatoria de los artículos 2.538, inciso 2º (sic), 2.535 y 2.524 del Código Civil, por falta de aplicación al caso del pleito, proveniente: del manifiesto error de hecho en que incurrió al estimar el libelo de demanda, las diligencias de notificación de la misma y del auto admisorio hecha a los demandados Ana Iliá, Gerardo, Manuel Bolívar y Otoniel Ordóñez, visibles estas últimas a folios 44 vuelto, 45 y 45 vuelto del cuaderno principal, y los escritos de contestación que a la propia demanda le dieron mis poderdantes, y en los que hicieron valer la excepción de prescripción; y del error de derecho consistente en haber considerado como legalmente interrumpida la prescripción de la acción por obra exclusiva de la fecha en que se presentó la demanda, sin parar mientes en las de las notificaciones de la misma a los demandados, y para las cuales ya se había consumado la expresada prescripción";

Entra luego el impugnador a sostener que por haberse notificado el auto admisorio de la demanda a los demandados Ana Iliá, Gerardo, Manuel Bolívar y Otoniel Ordóñez después de los tres años de ocurrido el hecho que causó el perjuicio al actor, la acción propuesta está prescrita para tales demandados, de conformidad con el artículo 2.358 inciso 2º del Código Civil (y no según el 2.538 citado erróneamente al principiar el cargo), artículo que el Tribunal violó por falta de aplicación, de manera indirecta, al no tener en cuenta la fecha de las notificaciones del auto en que se admitió la demanda y ordenó correr traslado de la misma, dejando de declarar la ex-

cepción de prescripción de la acción, propuesta por los citados demandados.

Se considera:

Es evidente que el artículo 2.358 del Código Civil establece que las acciones para la reparación del daño que puedan ejercitarse contra terceros responsables, con base en las disposiciones del Título 34 del Libro 4º del Código Civil, prescriben en tres años contados desde la perpetración del acto. Y es evidente también que a los demandados que cita el recurrente en este cargo se les notificó el auto admisorio de la demanda después de tres años, contados a partir del día 22 de diciembre de 1950, fecha del accidente.

Tendría fundamento el cargo de violación del citado artículo del Código Civil en cuanto el Tribunal dejó de declarar la prescripción de la acción respecto de los demandados citados, si no fuera porque en la escritura de liquidación de la sociedad "Manuel S. Ordóñez V. y Compañía Limitada", que en copia autorizada obra en los autos, los socios establecieron la solidaridad respecto del pasivo general de la Compañía que se liquidaba, por lo que, de conformidad con el artículo 2.540 del Código Civil, con la notificación que judicialmente se les hizo a los restantes demandados antes de expirar el lapso de tres años, se interrumpió la prescripción en perjuicio de los demás codeudores.

No era, por tanto, el caso de declarar la prescripción extintiva de la acción alegada por el recurrente.

CUARTO CARGO

Con apoyo también en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial acusa el recurrente al Tribunal de haber incurrido en errores de hecho y de derecho al apreciar la demanda y el mérito de las escrituras números 1.620 de 14 de diciembre de 1945 de la Notaría Segunda de Popayán, 1.765 de 20 de noviembre de 1951 y 1955 de 31 de diciembre del mismo año, ambas de la Notaría Segunda del mismo Circuito, errores que lo llevaron a violar los artículos 2, 3 y 10 de la Ley 124 de 1937 y 469, 470 y 471 del Código de Comercio, por haberlos dejado de aplicar, "en cuanto consideró como puntos extraños a la controversia los de transformación de la sociedad anónima en limitada y constitución, disolución y posterior liquidación de esta última; y por haber quebrantado los artículos 4, 10 y 11 de la misma Ley 124 de 1937, 472 del Código de Comercio y 2.084, 2.347 y 2.352 del Código Civil,

por aplicación indebida, en cuanto —subsidiariamente al anterior planteamiento— estimó debidamente acreditados tales hechos, para llegar así a las conclusiones declarativas que el fallo contiene".

Sostiene el recurrente que el demandante pretende deducir una responsabilidad personal indemnizatoria contra los demandados en cuanto éstos fueron socios de la sociedad "Manuel S. Ordóñez V. y Compañía Limitada", sociedad que derivaba su existencia de la anterior llamada "Manuel S. Ordóñez V. y Compañía S. A.", pero sin que el actor hubiera acreditado la constitución de estas dos sociedades, ni tampoco las solemnidades del registro comercial y publicación del extracto.

Se considera:

1. El Tribunal hizo una recta interpretación de la demanda cuando dijo que de ésta "se desprende en forma indubitable que la acción de responsabilidad extracontractual no se ha promovido contra la sociedad "Manuel S. Ordóñez V. y Compañía Limitada", la cual se señaló como ya liquidada al tiempo en que ella se instauró, sino que ella se dirige individualmente contra cada uno de los ex-socios, precisamente por razón de la clausura de la liquidación de esa sociedad. Debe añadirse que a la demostración de ese hecho reiteradamente afirmado en el libelo principal, o sea, la disolución definitiva de ese ente jurídico, se ha encaminado el haz probatorio traído a los autos por la parte actora: como también, desde luego, a la demostración de la calidad que se les atribuye a los reos, es decir, la de ex-socios de esa persona moral. Conclúyese de lo anteriormente expuesto que la demanda no puede interpretarse en el sentido de que es el ejercicio de la acción de responsabilidad civil contra la sociedad prenombrada —ya que la litis se ha sentado sobre la base de la disolución definitiva de aquel ser—, sino en el de que esa acción se ha incoado contra cada uno de los ex-asociados".

2. Interpretada así la demanda, resulta que la acción no está dirigida contra la sociedad "Manuel S. Ordóñez V. y Compañía Limitada", sino contra los demandados como personas naturales. Sólo que la responsabilidad extracontractual que contra ellos se pretende deducir depende de su extinguida calidad de socios de aquella sociedad disuelta y liquidada y por este aspecto sí tiene el actor qué acreditar que tal persona moral existió por la época en que se cometió el daño cuya indemnización persigue.

Con tal fin el demandante trajo a los autos en legal forma copia autorizada de las siguientes escrituras, con la correspondiente nota de haber sido inscritas en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados:

a) De la número 1.620, de 14 de diciembre de 1945, de la Notaría Segunda de Popayán, por la cual se transformó la sociedad "Manuel S. Ordóñez V. y Compañía S. A.", constituida por la escritura número 1.245 de 31 de diciembre de 1943 de la misma Notaría en sociedad de responsabilidad limitada "la cual continuará en su nueva forma idéntica así misma, dueña de todo su activo y responsable de todo su pasivo bajo la nueva razón social de "Manuel S. Ordóñez V. y Compañía Limitada"; en la que figuran como únicos socios los demandados de este juicio, con un capital de un millón de pesos, figurando entre los bienes raíces aportados la finca rural denominada La Laguna, situada en jurisdicción de Sotará;

b) De la número 1.765 de 20 de noviembre de 1951, de la Notaría Primera de Popayán, por la que los socios de la sociedad antes mencionada decretan su disolución y nombran liquidador al Gerente de la sociedad, señor J. Nepomuceno Ordóñez R., ordenándole que la liquidación debe hacerla "mediante distribución y adjudicación entre los accionistas de todos los haberes de la Compañía por el valor que éstos tengan en el balance de 30 de noviembre de 1951, y según el interés de cada socio, interés que se establecerá dividiendo el capital de la sociedad, el fondo de reserva legal y los demás fondos constituidos hasta el momento, por el número de mil (1.000) acciones nominativas de valor de \$ 1.000.00 cada una, en que se consideró dividido el capital social según el parágrafo del artículo 4º de los estatutos consignados en la escritura número 1.620 de 1945 de la Notaría Segunda de Popayán";

c) De la número 1.995, de 31 de diciembre de 1951, por la que el liquidador señor J. Nepomuceno Ordóñez R., procede a liquidar la Sociedad de que se ha hecho mérito "de acuerdo y conforme a las bases que le señaló la Asamblea General de Accionistas en la Resolución número 2 de 1951", distribuyendo el capital líquido de la siguiente manera: a J. Nepomuceno Ordóñez R., por 227 acciones, \$ 939.899.16; a Ana Ilia Ordóñez de Sosa, por 167 acciones, \$ 691.467.67; a Miguel A. Ordóñez R., por 157 acciones, \$ 650.062.42; a Manuel Bolívar Ordóñez R., por 132 acciones, \$ 546.549.29; a Marco Tulio Ordóñez R., por 132 acciones, \$ 546.549.29; a Otoniel Ordóñez Ordóñez

R., por 64 acciones, \$ 264.993.60; a Gerardo Ordóñez R., por 62 acciones \$ 256.172.55; a Josefina Ordóñez de Avila, por 59 acciones, \$ 244.290.97.

3. Por cuanto la acción no está dirigida contra la sociedad "Manuel S. Ordóñez V. y Compañía Limitada", sino contra las personas naturales que fueron socios de ella, es suficiente la copia autorizada de la escritura de constitución de la sociedad y de la de disolución y liquidación de la misma para efectos de establecer los hechos en que la demanda se funda y de manera especial la calidad de ex-socios de los demandados y el valor del interés social que retiraron de la sociedad al disolverse y liquidarse para efectos de establecer la responsabilidad de los mismos, ya que por tratarse de una Compañía de responsabilidad limitada, en ningún caso los socios podrían responder por más de lo que aportaron y retiraron en el momento de verificarse la liquidación.

Sin que pueda la parte demandada argumentar con validez que el actor no probó la constitución de la sociedad que causó el daño por no haber traído la prueba de registro comercial de la escritura de constitución en la Cámara de Comercio y de la publicación del mismo, como lo ordenan los artículos 469 y 470 del Código de Comercio en armonía con el artículo 3º de la Ley 124 de 1937, porque el artículo 477 *ibidem* establece que los socios no podrán alegar la falta de una o más de las solemnidades mencionadas contra terceros interesados en la existencia de la sociedad y que éstos podrán acreditarla por cualquiera de los medios probatorios que reconoce el mismo Código de Comercio, uno de los cuales es el consagrado en el artículo 465 que dice: "La sociedad se forma y prueba por escritura pública, registrada conforme al Código Civil".

No incurrió, por tanto, el Tribunal en los errores de hecho y de derecho alegados por el recurrente, ni en violación de las disposiciones que el mismo cita en este cargo, por lo que es el caso de rechazarlo.

QUINTO CARGO

También con base en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial acusa el recurrente la sentencia de ser violatoria de los artículos 2.347, 2.349 y 2.356 del Código Civil, por aplicación indebida al caso *sub-lite*, proveniente la violación de haber apreciado erróneamente varios testimonios traídos al debate y la escritura número 1.995 de 31 de diciembre de 1951, de la Notaría Primera de Popayán.

Sostiene el impugnador que de los testimonios de Ismael López, Julio Delgado, Margarita Rengifo de Méndez, Idulfo Antonio Rengifo y Jesús María Muñoz no aparece la prueba de la relación de dependencia de Fidel Montilla, conductor del vehículo que atropelló a Astudillo Salazar, respecto de la Sociedad "Manuel S. Ordóñez V. y Compañía Limitada", como lo estableció el Tribunal, ya que ninguno de ellos afirma que entre la sociedad y Montilla se hubiera acordado contrato de trabajo.

Además, que según la diligencia de inspección ocular practicada a los libros de contabilidad de la sociedad, no aparecía Montilla como empleado de la misma, sino Eduardo Bonilla, como mayordomo de la hacienda La Laguna. Y que de dictamen de los peritos que intervinieron en la diligencia resulta que Montilla figura en los libros auxiliares de contabilidad como lechero de la misma finca hasta el 2 de septiembre de 1949 y Eduardo Bonilla como mayordomo desde el 26 de septiembre de 1949 hasta el 31 de diciembre de 1951, de lo que se deduce que Montilla no era empleado o dependiente de la sociedad por la época en que ocurrió el accidente motivo del presente juicio.

Por último, el recurrente analiza el testimonio de Eduardo Bonilla, quien en su declaración afirma que era mayordomo de la hacienda La Laguna, por contrato celebrado con el Gerente de la sociedad propietaria de la finca y que entre sus obligaciones estaban las de ordeñar y entregar la leche en Popayán, debiendo pagar de su sueldo los vaqueros y lecheros, personal éste que designaba sin consultar con el Gerente de la Compañía, por lo que en el segundo semestre de 1950 nombró a Fidel Montilla como encargado de transportar la leche a Popayán. De esta declaración concluye la parte recurrente que Montilla no era empleado de la sociedad y que por lo mismo no era el caso de darle aplicación a los artículos 2.347, 2.349 y 2.356 del Código Civil que establecen la obligación de indemnizar el daño de aquéllos que están bajo cuidado o dependencia.

Se considera:

1. Todo el cargo está enderezado a demostrar que por cuanto el conductor del vehículo que produjo el daño no fue nombrado **directamente** por el Gerente de la Sociedad "Manuel S. Ordóñez V. y Compañía Limitada", sino por el mayordomo de la hacienda La Laguna, no es el caso de deducir contra la citada Compañía la responsabilidad indemnizatoria que persigue el actor.

2. Cuando el legislador ha dicho que los empresarios son responsables del hecho de sus dependientes mientras estén bajo su cuidado, no ha limitado esa responsabilidad a que el trabajador sea nombrado directa y personalmente por el gerente o director de la empresa, sino que ella lo cobija siempre que aparezca que hay una relación de dependencia entre la empresa y el trabajador.

Para saber si existe esa relación no importa tanto determinar la persona que hizo la designación sino la situación en que se encuentre el trabajador frente a la empresa, de tal suerte que si se halla dedicado a actividades propias del empresario, con el consentimiento de éste o de sus agentes, lo que se supone si no ha sido desautorizado expresamente, hay lugar a deducir la responsabilidad contra el empresario, responsabilidad consagrada en el artículo 2.347 del Código Civil.

Los expositores Mazeaud dicen a este respecto: "Cada vez que alguna persona ejerza o aún deje ejercer por otra una función comprendida dentro del círculo de sus actividades, puede afirmarse que la primera ha escogido a la segunda. Sin duda no siempre la primera ha designado a la segunda por sí misma, pero al dejar obrar a la persona designada, ratifica la designación. Esta ratificación tácita, equivale a una verdadera elección". (Tratado Teórico y Práctico de la responsabilidad Civil delictual y contractual, página 333).

3. En el caso de autos está demostrado que el conductor del vehículo que ocasionó el daño desarrollaba una actividad en función de la sociedad "Manuel S. Ordóñez V. y Compañía Limitada", en el momento en que ocurrió el accidente y que ocupaba una situación de dependencia con respecto a la citada sociedad.

No prospera el cargo.

SEXTO CARGO

Lo formula así el recurrente: Por último, y también con fundamento en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial —Y EN SUBSIDIO DE LOS CARGOS ANTERIORES— acuso la sentencia del Tribunal de Popayán pronunciada en este juicio, por ser violatoria de los artículos 2.341 y 2.357 del Código Civil, por indebida aplicación del primero, y falta de aplicación del segundo, proveniente tales infracciones del manifiesto error de hecho en que incurrió al apreciar las declaraciones de Idulfo A. Rengifo (folios 11

a 12 vuelto y 47 vuelto y 48 ibídem), así como el acta de inspección ocular que se verificó sobre el sitio del accidente (folios 51 vuelto a 53 ibídem).

"De acuerdo con lo expuesto por los mencionados testigos y lo verificado en la diligencia de inspección, por la carretera Popayán-Pasto bajaban hacia la primera de estas ciudades los declarantes con otras personas, unas en pos de otras, y conservando la derecha; entre tales personas formaba Manuel Antonio Astudillo, quien a distancia como de DOS METROS seguía a Idulfo A. García (sic). Detrás y en la misma dirección habían visto venir una carretilla que era la manejada por Fidel Montilla; y en sentido opuesto, un camión cargado que subía, y que alcanzó a cruzarse primero con los del grupo inmediatamente después con la carretilla que ya les alcanzaba. Rengifo, lo dice expresamente en su declaración, se cerró más **hacia su derecha** para darle paso a la carretilla, en tanto que Astudillo **SE ABRIÓ SOBRE SU IZQUIERDA**, produciéndose así el atropello por el cual demanda la indemnización de que trata este juicio. Tal fue la realidad.

"Es decir, que el accidente no se produjo por culpa del conductor de la carretilla que cargada bajaba la pendiente, y que regular y reglamentariamente no podía pasar sino por el lado izquierdo; el evento se produjo por culpa de la víctima, que imprudentemente se abrió por la izquierda, colocando de hecho al conductor de la carretilla en el caso de atropellarlo, o de tener que atropellar a Rengifo, entonces sí con flagrante violación de los reglamentos de tránsito, por haber él buscado correctamente el cierre hacia su derecha. Y si esto es así, quiere ello decir, que el artículo 2.341 del Código Civil fue indebidamente aplicado por el sentenciador. O, por lo menos, y si ese hecho no llegara en el concepto de la Corte, a exculpar totalmente al conductor de la carretilla, que se estaría en el caso de una **CONCURRENCIA DE CULPAS**, que debía haber llevado al Tribunal a aplicar el artículo 2.357 del mismo Código, el cual violó por falta de aplicación, para reducir en consonancia con este precepto, el monto de la indemnización".

Se considera:

Conviene transcribir lo que dicen los declarantes cuyo testimonio afirma el recurrente apreció erróneamente el Tribunal para saber si tiene razón en el ataque a que se concreta el cargo.

El testigo Idulfo Rengifo, dijo: "Personal y directamente me consta que el día viernes, veinti-

dós de diciembre de mil novecientos cincuenta, como a eso de las nueve de la mañana, el señor Manuel Antonio Astudillo se dirigía a pié desde el sitio de La Cabaña, hacia la ciudad de Popayán, hecho que me consta por ese día encontrarme en el punto de La Honda, comprando carne en el expendio de José María Valverde, cuando pasó por ahí el citado Astudillo en compañía de Jesús M. Muñoz, quien venía de a caballo. Como ellos eran mis amigos me les reuní y los tres continuamos el viaje con dirección a Popayán. En la fecha mencionada yo vivía permanentemente en el punto de La Honda. Manuel Antonio Astudillo en la semana con mucha frecuencia viajaba desde La Cabaña hasta Popayán, durante los días martes y viernes a merca. Por venir conmigo, sé y me consta que el día viernes veintidós de diciembre de mil novecientos cincuenta, como a eso de las nueve o nueve y media de la mañana, en el punto de Antomorenno, sitio ubicado en la carretera Popayán-Pasto, mi amigo y compañero Manuel Antonio Astudillo fue arrollado por una carretilla de tracción animal, conducida por el señor Fidel Montilla, lechero de la finca de La Laguna, perteneciente a los señores Manuel S. Ordóñez y Compañía Limitada, de Popayán. La carretilla, como venía bajando, traía gran velocidad. Yo me hice hacia el lado izquierdo de la carretera Popayán-Pasto y Astudillo se abrió hacia el lado derecho, pero entonces fue cogido por las ruedas de la carretilla manejada por Montilla, habiéndolo arrastrado unos cinco o cuatro metros y las flores —azucenas— que traía en la mano se volvieron pedazos. Astudillo alcanzó a gritar: "Virgen Santísima"; cuando recibió el primer golpe quiso incorporarse, pero nuevamente fue atropellado por la carretilla y materialmente no pudo ya levantarse". (Cuaderno 3, folios 6 y 40 v.).

El otro declarante citado por el recurrente es Jesús María Muñoz González que, en lo pertinente, dijo: "Es verdad que el día viernes veintidós de diciembre de mil novecientos cincuenta, yo viajaba en compañía de Manuel Antonio Astudillo e Idulfo Rengifo con destino a Popayán, pero con la circunstancia de que yo viajaba a caballo, detrás de mí, en su orden, venían Idulfo Rengifo y Manuel Antonio Astudillo, pero todos veníamos cargados a la orilla derecha del camino, o sea, contra la cuneta de la vía o carretera nacional. Es evidente que al mirar yo hacia atrás, divisé como a una cuadra de distancia, la carretilla de tracción animal conducida por Fidel Montilla hijo, cargada de leche, procedente de La Laguna,

inmueble perteneciente a la sociedad comercial "Manuel S. Ordóñez V. y Compañía Limitada", Manuel Antonio Astudillo, Idulfo A. Rengifo y yo marchábamos por la carretera, con destino a Popayán, cargados a la orilla derecha, como es costumbre viajar. De repente la carretilla que hacía poco habíamos observado se vino sobre Astudillo, súbitamente, pues traía mucha velocidad, y lo atropelló violentamente, pues lo dejó sin sentido y hubo necesidad de auxiliarlo. Cómo serían los golpes sufridos, que creímos que Astudillo estaba muerto o no sobreviviría después de semejante accidente. La carretilla en referencia no dio tiempo para defenderse del impacto, pues la velocidad que traía y su aparición repentina originaron el atropello a Astudillo, en forma violenta e intempestiva". (Cuaderno número 3, folios 11 y 47 vuelto).

Lo que afirman estos declarantes se tuvo en cuenta para la diligencia de inspección ocular que cita el recurrente y que obra a folios 51 vuelto y siguientes del cuaderno número 3.

Se tiene entonces que los declarantes lo que afirman es justamente lo contrario de lo sostenido por el recurrente, ya que dicen en forma enfática que Astudillo al oír el carro manejado por Montilla "se abrió por la derecha", esto decir, hacia la cuneta de la carretera, para dejar libre el paso al vehículo, lo que indica que obró con prudencia, ya que si lo hace hacia la izquierda, se habría dirigido hacia el centro de la calzada, entonces sí, con violación de las normas sobre tránsito.

No aparece así que el hecho ocurriera por culpa de la víctima, sino que la causa fue el exceso

de velocidad del vehículo, por culpa del conductor, quien, no obstante transitar por un punto en que había escasa visibilidad debido a las curvas de la carretera y por terreno pendiente, según aparece en la diligencia de inspección ocular, no disminuyó la velocidad, por lo que no pudo frenar la carretilla al encontrarse con el actor, a quien arrastró seis metros, lo que indica la manera imprudente de conducir.

No prospera el cargo.

RESOLUCION:

En mérito de las consideraciones que anteceden, 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 veintinueve de marzo de mil novecientos cincuenta y siete dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán en el presente juicio ordinario.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco.

Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Arturo C. Posada—Gustavo Salazar T.—Jorge Soto Soto, Secretario.

REIVINDICACION PARA LA HERENCIA. — TITULARIDAD DEL ACTOR. — APERTURA DEL JUICIO SUCESORIO. — RECONOCIMIENTO DEL TITULO DE HEREDERO. — VOCACION HEREDITARIA DEL HERMANO NATURAL DEL CAUSANTE. — PRUEBA TESTIMONIAL DE LA POSESION NOTORIA DEL ESTADO CIVIL. — CASCACION IN PEIUS. — CAUSAL SEGUNDA DE CASCACION

1.—El actual llamamiento de la ley para aceptar o repudiar la herencia, en que la delación consiste (1013), se produce en el momento mismo de la muerte del causante, salvo asignación condicional, y se materializa en el trámite especial del juicio sucesorio por medio del emplazamiento a todos los que tuvieren interés de hacerse parte en el proceso.

No es discutible entonces que quien se crea llamado a la herencia puede tomar la iniciativa y promover el dicho trámite especial de la ley con aquel ineludible edicto emplazatorio a los que a su turno se crean con igual o mejor derecho de intervenir, especialmente en las diligencias de inventarios y avalúos como base insustituible para liquidar la sucesión. Hay, en efecto, intereses de orden superior, inclusive de índole fiscal, que imponen la necesidad de que en breve término actúe quien haya de suceder al causante y administre sus bienes, puesto que en su defecto es el caso de proveer de curador a la herencia yacente.

Si por mérito y consecuencia de aquella iniciativa se ha cumplido el rigor procedimental que la materia sucesoria comporta, obtendrá el favorecido la investidura de heredero y habrá titularidad para conseguir que dentro del caudal hereditario figuren los bienes que al causante pertenecieran por cualquiera causa jurídica y, en concreto, como marido o mujer de sociedad conyugal disuelta e ilíquida.

Pero no es bastante que determinado parentesco se admita, para que de plano surja necesariamente la calidad de heredero, con prescindencia de la ritualidad exigida para adquirir el derecho de administrar los bienes hereditarios (1.279 C. C.). El pretendiente no es autónomo para adoptar la vía ordinaria cuando la ley dispone que se ob-

serven los trámites especiales del juicio de sucesión por causa de muerte (734 C. J.).

Por manera que si la acción instaurada no obedece al ordenamiento y por ello no emplaza a otros posibles interesados, y se encamina directamente contra quien ocupó en su tiempo el lugar jurídico del cónyuge sobreviviente, el debate judicial viene a ser inadecuado, por cuanto carece de aptitud para ventilar el título de heredero con omisión de aquel emplazamiento dentro del juicio de sucesión como vía especial prevista y exigida por la ley.

No es suficiente, en efecto, que de un modo general exista parentesco con el cónyuge premuerto para acreditar en concreto la investidura de heredero que hubo de obtenerse previamente y ser demostrada, sin perjuicio de tercero, de acuerdo con el respectivo juicio sucesorio. Y sin esa titularidad el actor no está legitimado en la causa para pedir que ingrese a la herencia de la mujer premuerta el interés que le asista en su condición de partícipe de la sociedad conyugal ilíquida sobre determinada lista de bienes.

2.—Puede en abstracto el hermano natural ser llamado a la herencia de la cónyuge, si faltan los herederos de orden preferente dentro del sistema legal. Pero obvio es que la materia concierne al juicio de sucesión, de donde en concreto debe surgir la prueba de la titularidad para enderezar el procedimiento que pretende recuperar bienes pertenecientes a la sociedad conyugal.

3.—Exige el equilibrio jurídico que si por rectificación de la doctrina se alcanza el fin principal de uniformar la jurisprudencia que persigue el recurso extraordinario, no sea susceptible de infirmación el fallo cuando ya la Corte como juez de instancia en materias vinculadas exclusivamente al interés privado, estaría en la necesidad de

resolver en forma empeorativa de la situación procesal del recurrente.

Ello porque si el orden público no entra en juego y hay acuerdo de las partes sobre lo que válidamente ha resuelto el sentenciador sobre algunos extremos de la litis, no sería plausible en casación quebrantar la aquiescencia del adversario no impugnador del fallo, porque prosperara el recurso de la contraparte que está conforme también con la resolución del sentenciador sobre esos mismos extremos, y se limita a mostrar su inconformidad con lo resuelto sobre los extremos restantes a través del ejercicio del derecho de recurrir en casación. El correcto empleo de un derecho que se manifiesta en la prosperidad de la censura, no podría sin mengua de la justicia volverse nunca contra su legítimo titular, lo que sería el resultado de la casación in peius.

4.— Para demostrar la posesión notoria del estado civil no es bastante prueba el dicho de dos testigos, sino que el rigor legal exige que los elementos constitutivos del mismo estado se acrediten en forma irrefragable.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, tres (3) de junio de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. José Hernández Arbeláez).

Pedro Santander Castro inició el presente proceso por libelo dirigido contra Nicolás Orozco Franco en su doble calidad de heredero universal y albacea testamentario de Federico Orozco Campo, con súplicas tendientes a la declaración de ser el actor hermano natural de Amira Santander Castro de Orozco y por ello su heredero sin perjuicio de terceras personas; de que a título de gananciales en la sociedad conyugal formada con Federico Orozco Campo pertenece a la herencia de Amira Santander Castro de Orozco la mitad de los bienes relacionados en la demanda, los cuales deben excluirse de la sucesión del primero y entregarse a la segunda en cabeza del hermano natural heredero, junto con sus accesorios y frutos desde el día del fallecimiento de la dicha Amira Santander.

La cuestión de hecho ha consistido en sostener que Pedro y Amira son hijos naturales de Víctor Santander y Ana Castro; que Amira contrajo ma-

trimonio el 22 de septiembre de 1890 con Federico Orozco Castro y la sociedad conyugal así formada se disolvió el 7 de febrero de 1921 por muerte de Amira; que el cónyuge sobreviviente continuó con el disfrute de todos los bienes sociales; y que en los inventarios y avalúos del juicio de sucesión por causa de muerte de Orozco Campo aparecen relacionados no sólo sus bienes propios sino también los pertenecientes a la sociedad conyugal ilíquida, y aún restan otros bienes sociales no inventariados.

La sentencia de primer grado proferida por el Juez Segundo Civil del Circuito de Cartagena, al encontrar probada la excepción perentoria de ineptitud sustantiva de la demanda, denegó todas las súplicas e impuso las costas al actor, quien recurrió en alzada.

En su fallo del 6 de febrero de 1958 el Tribunal Superior revocó lo resuelto por el juez, declaró en el demandante la condición de hermano natural de Amira Santander Castro, no accedió a las demás peticiones del libelo y condenó al demandante en las dos terceras partes de las costas.

Corresponde ahora a la Corte decidir sobre el recurso de casación interpuesto por Santander Castro.

LA ACUSACION

Se descompone en seis cargos por la causal 1ª y uno por la causal 2ª sobre diversos matices que no cambian el planteamiento fundamental de la censura en casación. Por ello el estudio apenas separa lo concerniente a cada una de esas dos causales.

CAUSAL PRIMERA

Expone el recurrente que el orden sucesorio establecido por la Ley 45 de 1936 en sus artículos 21 y 22 le da al hermano natural del causante el carácter de heredero, a falta de descendientes o de padres, por lo que estima que el Tribunal estuvo en el deber de examinar solamente si el actor Pedro Santander tenía esa calidad respecto de Amira para reconocerle simultáneamente el título de heredero y despachar a su favor las súplicas consecuenciales de la demanda, puesto que si el sentenciador pensaba en la existencia de otra persona con rango hereditario preferente, le había bastado atender a la naturaleza de la declaración pedida sin perjuicio de terceros, máxime cuando el debate no ha versado sobre

Se considera:

En principio no se aviene a la técnica de casación proponer respecto a una misma prueba un error de derecho y un error de hecho en su estimación, pues si el sentenciador le negó el mérito legal a un medio probatorio o le dio el que no poseía, es obvio que la apreció, desde el punto de vista de la evidencia, ya que en el primer caso dejó de estimarla en su valor legal y en el segundo, la estimación fue jurídicamente equivocada.

Sin embargo, cuando se aducen cargos con tal defecto, la Corte obrando en vía de amplitud, examina de preferencia el referente al error de derecho, que presupone que la prueba no se ha ignorado, lo que descarta generalmente la posibilidad del error de hecho.

Así las cosas, se observa que el sentenciador no cometió error de derecho en la apreciación de la escritura señalada por el recurrente, en lo relativo a la determinación o singularización de los bienes vendidos, ya que no le asignó un valor probatorio diversa al que la ley le da. Por el contrario, la estimó en su integridad e incluso la analizó desde el aspecto de sus requisitos externos y de su validez formal, lo cual lo condujo a concluir que reúne los elementos previstos en el artículo 2.595 del Código Civil y no ofrece ningún reparo que induzca a nulidad, de acuerdo con el artículo 333 de la Ley 57 de 1887, precepto que pretende reforzar con la cita del artículo 2.609 (sic) del Código Civil. A este propósito se anota que tal examen, en lo concerniente a la ausencia de los testigos instrumentales al momento de firmar la vendedora, estaba fuera de lugar, pues la nulidad invocada en la demanda no se refirió a este aspecto, es decir que descansa sobre causas diferentes.

Si a lo anterior se agrega que el recurrente no cita la norma probatoria violada con el error imputado, lo cual es indispensable tratándose de cargo que se basa en error de derecho, ya que el primer impacto se produce en dicha ley, como lo tiene repétido esta Sala, el motivo alegado no puede prosperar. Mas en el supuesto de que la demanda de casación en el fondo proponga violación directa de las normas por ella indicadas en este punto, por errónea interpretación e indebida aplicación, se entra a analizar el referido aspecto.

Como acertadamente lo dice el opositor, no es de recibo atacar simultáneamente por aplicación indebida e interpretación errónea de una misma norma, ya que la primera noción significa que

aquella no ha debido hacerse operar sobre la cuestión litigiosa, por ser ajena a ésta, mientras que la segunda consiste en hacer actuar la norma que corresponde al caso controvertido, pero en un sentido diverso del que ella tiene. En otros términos: la indebida aplicación se presenta cuando entendida rectamente una norma se aplica a un hecho o a una situación no prevista o regulada por ella, al paso que la errónea interpretación se produce cuando el juzgador acierta en la norma que debe aplicar, pero yerra en su verdadero significado.

Ya se vio que la demanda expresamente contiene la solicitud de nulidad del contrato de venta varias veces mencionado, "por violación y omisión de los requisitos que señala el artículo 1.867 del Código Civil", igualmente "por cuanto no se especificaron los bienes inmuebles que se vendían, ni fueron vendidos como cuerpo cierto, no obstante poseer título de hijuela la vendedora, y en cuanto fueron vendidos en globo o universalmente, sin linderos".

El artículo 1.867 del Código Civil dice: "En la venta de todos los bienes presentes, muebles o de unos y otros, va se vende el total o por cuota; pero será válida la venta de todas las cosas, géneros y cantidades que se designen en escritura pública, aunque se entienda a cargo del vendedor posea o espere adquirir, con tal que comprenda objetos ilícitos. Los casos en que comprendidos en esta designación se entenderá que no lo son en venta; toda estipulación contraria es nula";

Arturo Alessandri Rodríguez comentando el artículo 1.811 del Código Chileno, equivalente al que se acaba de transcribir expresa: "La cosa vendida debe ser determinada. No hay en esto sino aplicación de las reglas generales que rigen el objeto de las obligaciones; si la cosa que se vende es indeterminada, no hay contrato, porque no hay una cosa sobre que recaiga la obligación del vendedor; sólo resta por agregar aquí a las reglas generales que la cosa que se vende debe ser singular; la ley no acepta que se venda una universalidad jurídica, porque, no hay transferencias a título universal; puede sí una persona vender todas las que tiene, pero entonces debe enumerarlas; y si algo se le escapa de la enumeración, se entenderá que eso no lo vende porque no se entienden comprendidos en la venta sino los objetos enunciados; y desde el momento que en el contrato se designan nominativamente las cosas vendidas, la venta es a título singular, aun-

que el vendedor venda todo su patrimonio" (De los Contratos, página 96).

El contrato que ha dado margen a este litigio, dice en lo pertinente: Irene Ferrer viuda de Angel vende a Cicerón Angel Ferrer y Miguel Angel Ferrer "los derechos herenciales que le correspondan o puedan corresponderle en la sucesión de su finado hijo señor Julio E. Angel Ferrer, fallecido en esta ciudad y cuyo juicio de sucesión se siguió en uno de los Juzgados de este circuito" (Cláusula 1ª). Agrega que la vendedora responde de su calidad de madre legítima del causante y de que éste murió sin dejar descendientes (Cláusula 2ª). Más adelante expresa: "Que como en la sucesión ya hubo adjudicación de bienes, esos mismos que le fueron adjudicados, son materia de este contrato" (Cláusula 5ª). Por último, al final se lee: "Advierten los otorgantes que la presente compraventa se refiere sólo a los derechos que a la vendedora le corresponden en los bienes raíces del causante. Advierten que la sentencia aprobatoria de la partición fue registrada en Quibdó el 23 de abril de 1950 en el Libro de Causas Mortuorias, Tomo 1º, folio 5º v. a 8 frente, partida número 5".

Las partes han estado acordes en que este contrato contiene venta de derechos proindiviso sobre bienes inmuebles, ya que la demandante en lo pertinente hace descansar la nulidad invocada en la ausencia de linderos de tales bienes, y la demandada a todo lo largo de las instancias y en el recurso de casación presupone dicha clase de venta.

La Corte comparte esta interpretación, ya que si la venta se hizo el 16 de febrero de 1954 y desde el 23 de abril de 1950 se registró la hijuela de la vendedora en la sucesión de su hijo Julio Angel Ferrer, en la cual se le adjudicaron entre otros los bienes vendidos, es obvio que en la fecha del otorgamiento de la escritura que se comenta no existían derechos herenciales en cabeza de Irene Ferrer viuda de Angel, puesto que la sucesión respectiva había finalizado, como lo expresa la propia escritura, por lo cual el verdadero significado del negocio se encuentra en la cláusula 5ª que dice que la venta recae sobre los mismos bienes que le fueron adjudicados a la vendedora en dicha sucesión.

Por la misma razón, la advertencia final debe entenderse en el sentido de que los derechos que correspondían en ese momento a Irene Ferrer de Angel en los bienes raíces del causante, eran precisamente los derivados de la adjudicación aludida, o sea el derecho de dominio en común

con otras personas. Se recuerda que dentro de las reglas de interpretación de los contratos se hallan: el artículo 1.621 del Código Civil que expresa que cuando no apareciere voluntad contraria deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato; el 1.622 que dispone que las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad, y el 1.620 que ordena al intérprete que el sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto deberá preferirlo a aquél en que no sea capaz de producir efecto alguno.

Sobre esta base, resulta que el contrato mencionado no contiene una venta de todos los bienes presentes de la vendedora, es decir, que no se refiere a una universalidad de bienes, sino a aquellos bienes inmuebles recibidos por la vendedora en la sucesión tantas veces nombrada, operación que no es nula, de conformidad con el artículo 1.867 del Código Civil que menciona la venta de todas las especies que se designen por escritura pública para asignarle completa validez. Según el texto transcrito de la escritura, fueron objeto de la venta "esos mismos (bienes) que le fueron adjudicados" a la vendedora.

Queda por analizar la segunda faz en que se apoya la nulidad propuesta, o sea la referente a la falta de linderos en la escritura de venta.

Este punto debe mirarse desde dos ángulos diferentes, a saber: la nulidad de la escritura contentiva del contrato de venta y la nulidad del propio contrato, ya que ambas cuestiones se plantean en la demanda del juicio y en la de casación.

El artículo 2.594 del C. C. dice, en lo pertinente:

"Por regla general los instrumentos que se otorguen ante Notario contendrán (aquí los requisitos)... Las cosas y las cantidades serán determinadas de una manera inequívoca, y si en el instrumento se tratare principal o accesoriamente de inmuebles, se pondrá constancia de la situación de éstos y de sus linderos, expresándose si el inmueble fuere rural, su nombre y el distrito o distritos de la situación; y si urbano, además, la calle, en que estuviere situado, y el número del inmueble si lo tuviere. Las designaciones del nombre, de la situación y de los linderos de una finca se harán aun cuando sólo se trate de enajenación... de la parte de una finca que se posea proindiviso. En tal caso se designará el nombre, la situación y los linderos de la finca común,

expresándose que en ella está contenida la parte enajenada...".

El artículo 2.595 *ibidem* predica: "Son formalidades sustanciales en las escrituras públicas cuya falta invalida el instrumento, sin perjuicio de los motivos legales de nulidad de los actos o contratos que pasan ante los Notarios, las siguientes: (aquí la expresión del lugar, fecha del instrumento, nombre del Notario, de los otorgantes o sus representantes legales y de los testigos, a más del de los testigos de abono, en su caso)".

A su turno, el artículo 333 de la Ley 57 de 1887 dispone: "No se anularán los instrumentos públicos por la omisión de las formalidades de que habla el artículo 2.595 del Código Civil adoptado, cuando sean conocidos el Notario ante quien se otorgaron, las personas que intervinieron como otorgantes, aceptantes y testigos, y sean suyas las firmas aunque no sean enteras".

De esta manera, la omisión de las formalidades sustanciales que especifica el artículo 2.595 del Código Civil no da lugar a la anulación de la escritura, cuando sean conocidos el Notario y las personas que intervinieron como partes, lo mismo que los testigos. Por eso, por ejemplo, la Corte ha dicho que "la falta de indicación de la vecindad y sexo de los otorgantes no anula el instrumento, no habiendo duda sobre que son personas conocidas..." (LXI, pág. 57).

Y si la ausencia de formas que la ley eleva a la categoría de sustanciales no implica invalidez, siempre que el requisito del conocimiento de las personas que intervinieron en el instrumento se cumpla, con más veras la falta de cualquiera de las determinaciones previstas en el artículo 2.594 de la misma obra, que no revisten la calidad de sustanciales, entre las que se encuentra la indicación de los linderos, tratándose de actos o contratos referentes a inmuebles, no es posible que origine nulidad de la escritura.

Se recuerda que el artículo 2.658 del mencionado Código, cuya cita por analogía es pertinente, expone: "Todo título o documento que se presente al registro deberá designar claramente el nombre, apellido y domicilio de las partes; el nombre, la situación, los linderos y el valor de las fincas, y las demás circunstancias que en su caso contribuyan a hacer conocer perfectamente el acto o contrato". Y que en relación con esta norma la Corte ha dicho: "El artículo 2.658 del Código Civil prescribe que los actos o documentos que se presenten al registro han de contener, entre otras designaciones, los linderos de las fincas que son materia del acto o contrato sobre que

versa el documento registrable. Este artículo es imperativo, y si bien está sancionado con la nulidad del registro, artículo 2.664, ésta no es necesaria ni de aplicación ineludible, sino que la omisión que origina ordinariamente puede subsanarse por ciertos medios, que son: o por los términos mismos de la inscripción, o por lo que resulte del título a que se refiere el registro. Estos medios subsidiarios, que pueden llenar al respecto las omisiones de la diligencia misma, demuestran que, como ha declarado la Corte en otras casaciones, "el no haberse expresado en la diligencia de registro de una escritura los linderos de la finca, es informalidad que no constituye causal de nulidad de la diligencia, si de esta misma y del título presentado se viene a conocimiento de lo que se echa de menos en aquélla, circunstancia ésta que hace válida la diligencia" (Jurisprudencia de Corte, Tomo II, número 2.118). La doctrina así sentada, entrañe siempre una cuestión de hecho, que consiste en averiguar si de la diligencia misma de inscripción y por lo que resulte del título a que ésta se refiere, se llega al conocimiento de la designación que se ha dejado de hacer, expresa y especialmente en el artículo 2 de mayo 1932, XL, pág. 500.

Los principios anteriores no son sino una consecuencia del que propugna la ley y que el cumplimiento de las obligaciones debe ser determinado y determinable. A este propósito el artículo 2.658 del Código Civil llega a decir que la cantidad de la cosa objeto de una obligación puede ser incierta, lo que implica que el acto o contrato debe tener los elementos que sirvan para determinarla, lo que implica que la ley admite un cierto grado de indeterminación de la cantidad, siempre que ésta no sea tal que haga ilusorio el derecho del acreedor, y desde luego que la determinación sea posible. Por eso, varios autores enseñan que lo importante es que la convención proporcione los elementos necesarios para determinar la cosa indeterminada en su calidad o cantidad.

Se destaca, entonces, que la propia doctrina de la Corte, antes transcrita, en materia de registro establece que si bien la expresión de los linderos es imperativa, pues constituye el factor principal para determinar el inmueble, su omisión no da lugar siempre a nulidad del registro del instrumento correspondiente, pues puede subsanarse por otros medios como los elementos que resulten del título a que se refiere el registro, remitiéndose a lo que en cada caso resulte de aquél, a fin de indagar si por su intermedio se puede conocer la designación que se ha dejado de hacer en for-

ma expresa. Con su base se podría explicar que por similar causa el artículo 2.594 del Código Civil emplee la locución "por regla general" cuando indica los requisitos de los instrumentos que se otorguen ante Notario, entre los cuales figuran los linderos de las fincas respectivas. De modo que permite pensar que frente a esa disposición de generalidad puedan existir casos en que la ausencia de ellos sea subsanable cuando en el contenido de la escritura aparezcan elementos de los que sea factible deducir claramente la determinación de los límites que en forma expresa de- jaron de incluirse.

Tal ocurre precisamente en el caso de autos, pues las partes manifestaron que los bienes vendidos eran aquellos que la vendedora adquirió en la sucesión de su hijo Julio E. Angel, cuyo registro de la partición se determina concretamente. Tal razón permite concluir que si bien no hubo una determinación por linderos en el objeto vendido, sin embargo éste es determinable con la sola consulta de la hijuela correspondiente, y de la partición en general, en la cual sí aparecen los linderos de las fincas que en proindiviso fueron adjudicadas a la señora Irene Ferrer viuda de Angel. A este propósito se advierte que figurando dicha partición y las hijuelas que forman parte de ella en el protocolo notarial y habiendo sido registrada, no puede decirse que carezca de publicidad en relación con terceros.

Por las razones anteriores no se encuentra violación por interpretación errónea de ninguna de las disposiciones analizadas, ni del artículo 2.675 del Código Civil que versa sobre prueba supletoria del instrumento público, que es punto ajeno al asunto.

2º Violación de los artículos 1.502, 1.508 y 1.510 del Código Civil.

Según el recurrente, la vendedora Irene Ferrer viuda de Angel en la escritura materia de esta litis entendió vender los derechos hereditarios en la sucesión de su hijo Julio y así lo expuso, pero apareció vendiendo "unos bienes que ya le habían sido adjudicados; vendió algo que legal y jurídicamente ya no tenía existencia. Y los compradores entendieron adquirir derechos en bienes raíces; así lo manifestaron y así lo han venido sosteniendo en las distintas etapas del proceso". Existió, entonces, un error de hecho que violó el consentimiento.

Además, la vendedora sufría de frecuentes obnubilaciones de conciencia, pese a lo cual el Tribunal encuentra acreditada la lucidez mental de dicha señora.

Por tanto, el sentenciador apreció indebidamente el texto de la escritura número 1.259 de la Notaría Primera de Medellín, así como las declaraciones de los testigos Rafael Montoya Mejía, Marcos Robledo y Néstor Castro Torrijos, de modo que "incurrió en error de hecho y en error de derecho. Error de hecho por cuanto el concepto del Tribunal pugna con la realidad procesal, o sea el texto mismo de las pruebas señaladas, lo que es ostensible. Y de derecho por cuanto partió de una falsa noción de la ley sustantiva a través de la cual analizó y valoró esas mismas pruebas. Hubo errónea interpretación e indebida aplicación".

Se considera:

Este cargo al igual que el anterior, no se acomoda a la técnica de casación, pues propone al tiempo error de hecho y error de derecho respecto a las mismas pruebas; en relación con el segundo no indica las disposiciones probatorias violadas, y aduce al tiempo aplicación indebida e interpretación errónea de la ley, de modo que las razones que allí se dieron sobre tales aspectos se dan aquí por reproducidas.

Mas obrando con amplitud, la Corte se referirá al contenido de la acusación, suponiendo que por el lado del error como vicio del consentimiento, el ataque se refiere a violación directa de las normas respectivas, y haciendo un examen respecto al error de hecho en la apreciación probatoria.

En primer lugar, la posición del recurrente es contradictoria con la que asumió en el cargo anterior, pues mientras allí parte de la base de que la venta fue de derechos proindivisos radicados en bienes inmuebles, aquí afirma que realmente se trató de venta de derechos hereditarios. Es obvio que si el último concepto hubiera sido el inspirador del primer cargo, éste no habría tenido siquiera apariencia, pues la presencia de los linderos no es elemento ni orden accidental en los contratos de cesión de derechos herenciales. Es decir, que para argumentar con base en la ausencia de linderos tenía el recurrente que partir, como partió, del supuesto de que se habían vendido derechos proindivisos radicados en inmuebles, que fue lo que suscitó allí su objeción a la sentencia del Tribunal.

En segundo término, se anota que de acuerdo con la interpretación del contrato, realmente éste contiene una venta de derechos en proindiviso en bienes inmuebles, como quedó explicado, y en lo cual coinciden las partes a lo largo de las instancias.

si podían o no presentarse en el futuro otros herederos de mejor derecho.

Para que el heredero de orden inferior sea desplazado —continúa la censura— no basta que quien pretenda mejor calificación “esté ligada con el causante por un determinado vínculo de parentesco” sino que se requiere además que se trate de heredero, lo cual exige: a) El parentesco o la institución testamentaria; b) Capacidad para recibir la herencia, por existir en el momento de la delación y no estar dentro de ninguna de las causales de incapacidad señaladas por la ley; c) No ser indigno; y d) Aceptar la herencia.

De donde desprende que no está probada la capacidad de Amira Socorro Santander como hija natural de la causante, porque no se acreditó que existiera a tiempo de abrirse la sucesión. Sobre la posible indignidad el recurrente considera que en este proceso nada puede saberse al respecto, por cuanto la hija natural no figura como parte y ese debate exige su audiencia; y que si bien la indignidad no suspende el reconocimiento judicial de heredero sino a partir de la sentencia que la declare, su efecto es retroactivo al día de la apertura de la herencia. Y cuanto a la aceptación, la considera como requisito esencial para adquirir el carácter de heredero, ya que si repudia se entiende que nunca lo ha sido, y aquí no se sabe si la hija de Amira ha aceptado o no, expresa o tácitamente, la herencia en cuestión.

Esfuerza el argumento en el sentido de decir que ni siquiera en el caso de que la persona haya existido a tiempo de la delación, haya aceptado, se le haya reconocido como heredera y se le haya adjudicado bienes, se le puede negar el carácter de heredero al pariente llamado por la ley a la sucesión, mientras no estén prescritas las acciones sobre incapacidad, inhabilidad o indignidad, en que la sentencia produce efecto retroactivo y el pariente más lejano entra a suceder inmediatamente al difunto.

Y mira así en concreto: Como el Tribunal de Cartagena al denegarse a declarar heredero de Amira a Pedro Santander dió por establecido que lo era la hija natural de la causante sobre la base de una simple partida de bautismo, sin la demostración de que sea capaz de heredar y de que haya aceptado la herencia, a más de que contra la misma pueden haber las acciones de indignidad o inhabilidad que la priven del carácter de heredera, ha violado el fallo las normas sustanciales que gobiernan esas materias, por confusión del sentenciador “que decidió la controversia como

si ante él se estuviera ventilando un juicio de sucesión y no un juicio ordinario que tiene como objeto exclusivo la declaratoria de hermano y heredero respecto de la causante, del señor Pedro Santander”. Subraya el recurrente, y agrega:

“El error fundamental del Tribunal fue hacer las veces de Juez en la causa sucesoral ante quien debe demostrarse la capacidad y aceptar la herencia”.

En lo que atañe a la naturaleza jurídica y mérito probatorio de las partidas de origen eclesiástico, el recurrente encuentra que de acuerdo con los artículos 22 de la Ley 57 y 79 de la Ley 153, ambas de 1887, y hasta la vigencia de la Ley 92 de 1938 fueron pruebas principales del estado civil. Pero que aún así ellas solamente hacen fé sobre el hecho de haberse otorgado y su fecha, además de la circunstancia de haberse efectuado las declaraciones que allí constan, pero no acerca de la verdad de las mismas declaraciones, al tenor del artículo 1.759 del Código Civil; y que respecto de terceros no son plena prueba sino una simple presunción de veracidad.

Así asevera que sin ser Amira Socorro parte en el presente juicio era inútil alegar contra la partida de su bautismo, que, por lo demás, apenas habría presumir el parentesco, y eso sin demostrar el carácter de heredero y menos aún su mejor derecho, y en ningún caso que Pedro Santander no sea heredero de su hermana natural. Estima en consecuencia que a la partida se le dió un mérito probatorio que no tiene, de donde deduce error de derecho en su apreciación, y también error manifiesto de hecho al suponer que ese medio “puede acreditar algo distinto del estado civil de una persona y su parentesco con otra”. Y añade:

“Como es evidente el error de hecho de reconocer a alguien como heredero, cuando se ignora, procesalmente, si existía a la muerte del causante, si era incapaz o indigno por algún concepto y si había aceptado o repudiado la herencia, pues sobre ninguna de tales circunstancias hay la menor prueba en el expediente”.

Sobre si pudo el sentenciador tener a Amira Socorro como hija natural de la causante, sostiene la demanda que si bien recibe esa calidad respecto de la madre soltera o viuda por el sólo hecho del nacimiento, cuando se trata de mujer casada no puede el hijo reconocerse como natural, salvo que el marido lo desconozca y por sentencia ejecutoriada se declare que no es hijo suyo, lo cual no sucedió en el caso de Amira Socorro, nacida el 2 de diciembre de 1912, dentro del ma-

trimonio de su madre con Federico Orozco Campo que, contraído el 22 de septiembre de 1890, duró hasta el 7 de febrero de 1921, de modo que el fallo acusado no pudo basarse en la existencia de esa hija natural.

Por último estima el recurrente que el sentenciador desconoció el valor legal de las escrituras que aparecen agregadas a los autos y que demuestran pertenecer a la sociedad conyugal Orozco Santander los bienes a que tales titulaciones se refieren, y patentizan cómo desaparece la personería para reclamar la parte correspondiente a la herencia de la mujer premuerta, si el fallo le niega el carácter de heredero al actor y llega a ser que la supuesta hija natural no existe.

Todo lo anterior en apoyo de la causal 1ª, por violación de los artículos 1, 2, 3, 18, 19, 20, 21, 22 de la Ley 45 de 1936, 7º de la Ley 95 de 1890, 3º de la Ley 92 de 1938, y 318, 324, 1018, 1019, 1297, 1298, 1299, 1300, 1301, 1302 y 1791 del C. C.

SE CONSIDERA:

1. El actual llamamiento de la ley para aceptar o repudiar la herencia, en que la delación consiste (1013), se produce en el momento mismo de la muerte del causante, salvo asignación condicional, y se materializa en el trámite especial del juicio sucesorio por medio del emplazamiento a todos los que tuvieren interés de hacerse parte en el proceso.

No es discutible entonces que quien se crea llamado a la herencia puede tomar la iniciativa y promover el dicho trámite especial de la ley con aquel ineludible edicto emplazatorio a los que a su turno se crean con igual o mejor derecho de intervenir, especialmente en las diligencias de inventarios y avalúos como base insustituible para liquidar la sucesión. Hay, en efecto, intereses de orden superior, inclusive de índole fiscal, que imponen la necesidad de que en breve término actúe quien haya de suceder al causante y administre sus bienes, puesto que en su defecto es el caso de proveer de curador a la herencia yacente.

2. Si por mérito y consecuencia de aquella iniciativa se ha cumplido el rigor procedimental que la materia sucesoria comporta, obtendrá el favorecido la investidura de heredero y habrá titularidad para conseguir que dentro del caudal hereditario figuren los bienes que al causante pertenecieran por cualquiera causa jurídica y, en concreto, como marido o mujer de sociedad conyugal disuelta e ilíquida.

Pero no es bastante que determinado parentesco se admita, para que de plano surja necesariamente la calidad de heredero, con prescindencia de la ritualidad exigida para adquirir el derecho de administrar los bienes hereditarios (1279 C. C.). El pretendiente no es autónomo para adoptar la vía ordinaria cuando la ley dispone que se observen los trámites especiales del juicio de sucesión por causa de muerte: (734 Código Judicial).

Por manera que si la acción instaurada no obedece al ordenamiento y por ello no emplaza a otros posibles interesados, y se encamina directamente contra quien ocupó en su tiempo el lugar jurídico del cónyuge sobreviviente, el debate judicial viene a ser inadecuado, por cuanto carece de aptitud para ventilar el título de heredero con omisión de aquel emplazamiento dentro del juicio de sucesión como vía especial prevista y exigida por la ley.

No es suficiente, en efecto, que de un modo general exista parentesco con el cónyuge premuerto para acreditar en concreto la investidura de heredero que hubo de obtenerse previamente y ser demostrada, sin perjuicio de tercero, de acuerdo con el respectivo juicio sucesorio. Y sin esa titularidad el actor no está legitimado en la causa para pedir que ingrese a la herencia de la mujer premuerta el interés que le asista en su condición de partícipe de la sociedad conyugal ilíquida sobre determinada lista de bienes.

3. Se observa en el presente proceso que quien pretende la herencia como hermano natural de Amira Santander Castro no ha demostrado que por su iniciativa se adelantara la tramitación especial del juicio sucesorio, ni ha encaminado su acción contra quien pudiera disputarle el título como heredero de mejor derecho. La demanda cita a quien ocupa el lugar que tuvo el marido como cónyuge sobreviviente a tiempo de la disolución de la sociedad conyugal Orozco-Santander. Puede en abstracto el hermano natural ser llamado a la herencia de la cónyuge, si faltan los herederos de orden preferente dentro del sistema legal. Pero obvio es que la materia concierne al juicio de sucesión, de donde en concreto debe surgir la prueba de la titularidad para enderezar el procedimiento que pretende recuperar bienes pertenecientes a la sociedad conyugal.

En ausencia de ese presupuesto de la acción, las súplicas de la demanda no podían prosperar, y ello es bastante para que el cargo reciba la misma suerte.

4. Exige el equilibrio jurídico que si por rectificación de la doctrina se alcanza el fin principal de uniformar la jurisprudencia que persigue el recurso extraordinario, no sea susceptible de infirmación el fallo cuando ya la Corte como juez de instancia en materias vinculadas exclusivamente al interés privado, estaría en la necesidad de resolver en forma empeorativa de la situación procesal del recurrente.

Ello porque si el orden público no entra en juego y hay acuerdo de las partes sobre lo que válidamente ha resuelto el sentenciador sobre algunos extremos de la litis, no sería plausible en casación quebrantar la aquiescencia del adversario no impugnador del fallo, porque prosperara el recurso de la contraparte que está conforme también con la resolución del sentenciador sobre esos mismos extremos, y se limita a mostrar su inconformidad con lo resuelto sobre los extremos restantes a través del ejercicio del derecho de recurrir en casación. El correcto empleo de un derecho que se manifiesta en la prosperidad de la censura, no podría sin mengua de la justicia volverse nunca contra su legítimo titular, lo que sería el resultado de la casación *in peius*.

Ahora bien aunque la acusación quebrara los fundamentos del fallo, no habría lugar a infirmarlo puesto que la Corte al obrar en ese evento como juzgador de instancia no hallaría base para declarar el parentesco natural entre el actor y Amira Santander Castro: 1º Porque el cónyuge sobreviviente Federico Orozco Campo o quien ocupa en derecho su lugar, no está legitimado por sí solo para responder en el juicio donde la cuestión sea debatida; y 2º Porque para demostrar la posesión notoria de estado civil no es bastante prueba el dicho de dos testigos, sino que el rigor legal exige que los elementos constitutivos del mismo estado se acrediten en forma irrefragable.

En esos términos el fallo habría de ser empeorativo para el recurrente en casación.

CAUSAL SEGUNDA

Sobre la base de que el Tribunal reconoció el parentesco natural del actor como hermano de la causante, pero le negó la calidad de heredero por consideraciones ajenas a los hechos y peticiones de la demanda, el recurrente estima que

el fallo desconoce el artículo 471 del Código Judicial en cuanto preceptúa que las sentencias deben ser claras, precisas y en consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes. Alega que el sentenciador no podía tomar decisiones respecto de Amira Socorro por tratarse de persona que no es parte en el juicio, con reconocimiento de derechos que no ha pedido, ni negar las pretensiones de la demanda por avocar problemas que no están dentro de la litis.

"Saber a quién se defiere la herencia —dice— es un problema que sólo puede ser decidido por el Juez que conozca del juicio de sucesión de Adela Amira Santander, o por otros jueces a quienes se someta la decisión correspondiente a tales puntos".

Y además repite el argumento de que si sucedió en efecto Amira Socorro no pueda heredar, el hermano natural heredero se hallaría en la posición absurda de encontrar un fallo ejecutoriado que le niega esa calidad y le impide ejercitar sus claros derechos.

SE CONSIDERA:

Aunque las consideraciones hechas en el estudio de la causal primera no respaldan muy bien la motivación del fallo recurrido, de allí no se desprende que el sentenciador dejara sin solución extremo alguno del litigio, o que lo disminuyera, variara o extralimitara. El fallo no despachó favorablemente sino la súplica acerca de la hermandad del actor con la causante, pero la razón de la causal segunda no consiste en que la sentencia sea adversa en lo demás, cuando aparece que ninguna de las pretensiones quedó sin resolver.

Si la vocación hereditaria debió ventilarse previamente en el juicio sucesorio, no hay duda de que la falta de prueba de la calidad de heredero como condición necesaria para que las súplicas restitutorias recibiesen despacho favorable, puede acaso argüir vacíos en la deducción inicial de las pretensiones del actor, pero no incongruencia entre lo pedido y lo fallado.

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 febrero de 1958 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena.

No aparecen costas causadas en el recurso.

Publiquese, notifíquese, cópiese, insértese en la

GACETA JUDICIAL y vuelva el proceso al Tribunal de su origen.

José Hernández Arbeláez—Enrique Coral Velasco—Hernando Morales M.—Arturo C. Posada.

Ignacio Escallón — Gustavo Salazar Tapiero —

Jorge Soto Soto, Secretario.

ELEMENTOS FUNDAMENTALES QUE CONFIGURAN LA ACCION REIVINDICATORIA O DE DOMINIO. — SU COMPROBACION JUDICIAL ES ESENCIAL PARA EL EXITO DE ELLA. — PARA LA DEMOSTRACION DE LA IDENTIDAD QUE EXISTE ENTRE LA COSA QUE PRETENDE REIVINDICARSE Y LA POSEIDA POR EL REO, LA PRUEBA MAS ADECUADA ES LA INSPECCION OCULAR. — PRESUNCION DE DOMINIO. — STATU-QUO. — OPORTUNIDAD PARA LA ESTIMACION DEL ACERVO PROBATORIO. — LA DEMANDA Y SU CONTESTACION CONSTITUYEN LAS PIEZAS PRINCIPALES DEL JUICIO CIVIL, Y EL JUEZ NO PUEDE DECIDIR SOBRE SUPPLICAS NO FORMULADAS EN EL LIBELO NI SOBRE EXTREMOS EXTRAÑOS AL DEBATE

1.—La acción reivindicatoria o de dominio, está configurada por cuatro elementos fundamentales, cuya comprobación judicial es esencial para el éxito de ella. Son estos: a) Cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular; b) Derecho de dominio del demandante; c) Posesión material en el demandado; y d) Identidad entre la cosa que se pretende y la poseída por el reo.

Mas no basta en esta clase de juicios, determinar concretamente en la demanda el bien que pretende reivindicarse, por sus linderos, para poder decirse que con ello quedó satisfecho el primero de los requisitos necesarios para la procedencia de la acción, pues, es necesario acreditar por los medios probatorios adecuados, que el lote sobre el cual versa la acción de dominio, es el mismo que ocupa o detenta el reo, y de ahí que la Corte reiteradamente haya dicho en sus fallos, que una vez llenado el requisito de la identificación y si no hay defectos procesales, es cuando procede estudiar los títulos exhibidos por las partes comprometidas en el litigio, para decidir sobre su prevalencia.

2.—Para la comprobación judicial de la identidad que existe entre la cosa que pretende reivindicarse y la poseída por el reo, ciertamente nuestro derecho probatorio no exige en estos casos una prueba específica, pero en todo caso la más adecuada para tal fin es la prueba de inspección ocular.

3.—La presunción de dominio subsiste a los ojos de la ley, en virtud de la cual, el

hecho de la posesión debe ser amparado y respetado mientras no se presente un título de propiedad debidamente registrado anterior a aquella posesión, lo cual como es obvio, presupone estudiar el título de propiedad presentado por el reivindicante y el exhibido por el reo para decidir cuál de ellos debe prevalecer. Si el sentenciador no falla en el fondo el litigio y no tiene por ende oportunidad de decidir sobre la legitimidad de la titulación presentada por las partes comprometidas en el litigio, no tiene otro camino que conservar el statu-quo.

4.—La labor estimativa del acervo probatorio, como lo enseña el derecho procesal, tiene su oportunidad y ésta es, según lo prescrito en el artículo 472 del Código Judicial, al tiempo de proferirse la decisión de fondo sobre la litis. Esta ha sido también, la tradicional doctrina de la Corte, como puede verse, entre otras, en providencia de 28 de enero de 1948, G. J. Tomo LXIII, No 2057-2058, pág. 912).

5.—Tanto la demanda como su contestación constituyen las piezas principales del juicio civil, pues ambas vienen en definitiva a fijar los términos de la controversia debiendo sobre ella recaer la sentencia que corresponde dictar al juez de instancia quien no puede decidir ni sobre súplicas no formuladas en el libelo, ni sobre extremos extraños al debate.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ignacio Escallón).

La sociedad anónima denominada "Urbanización Nacional", por medio de apoderado demandó por la vía ordinaria a Faustino Echavarría y a Eugenia Echavarría de Echavarría, con el fin de obtener por sentencia definitiva las siguientes declaraciones:

"a) Que la "Urbanización Nacional", sociedad anónima, entidad demandante, es propietaria plena del inmueble que se ha dejado especificado en el ordinal décimo de la demanda, el cual adquirió en mayor extensión por compraventa celebrada con Seguros de Urbanización en liquidación, según consta en la escritura pública número 5.249 de 16 de diciembre de 1944, otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Medellín y debidamente registrada en la oficina de registro de esta misma ciudad.

"b) Que la misma entidad demandante es poseedora inscrita del inmueble que se reivindica y lo fue materialmente desde que adquirió por la ameritada escritura pública número 5.249 del 6 de diciembre de 1944, hasta que los demandados usurparon su posesión.

"c) Que, en consecuencia, Faustino Echavarría y Eugenia Echavarría de Echavarría, deben restituir a la sociedad demandante, en el término de seis (6) días después de la ejecutoria de la sentencia o en el que el Juzgado fije, el inmueble que es objeto del litigio, especificado en el ordinal décimo.

"d) Que los mismos demandados deben restituir a la sociedad demandante los frutos naturales y civiles del bien que se reivindica, no solamente los percibidos, sino los que se pudieron haber percibido con mediana inteligencia y actividad, por el verdadero dueño, y sin que aquéllos tengan derecho a que se les abonen las mejoras implantadas, si es que existieron al tiempo de la entrega;

"e) Que los mismos demandados deben cubrir a la sociedad demandante las costas y agencias en derecho si se opusieron a la prosperidad de esta acción y afrontaren el litigio".

Para fundamentar su demanda la compañía demandante expuso varios hechos que pueden resumirse así

Primero.—Por escritura pública número 5.249 de 16 de diciembre de 1944, pasada ante el Notario Primero del Circuito de Medellín, la compañía demandante adquirió por compra de Seguros y Urbanización, sociedad en liquidación, varios lotes de terreno entre ellos uno, cuya ca-

bida es de 17.355 v2. ubicado en Medellín y alinderado en la forma expresada en el ordinal A) de la demanda.

Segundo.—Hecha la anterior compra, la sociedad adquirente realizó un plan de urbanización y logró vender a distintas personas cinco lotes de los diez, en que fue dividido el lote comprado a Seguros y Urbanización, quedando sin vender los lotes números 5, 6, 8, 9 y 10, sobre los cuales los demandados iniciaron varias construcciones afectando íntegramente el lote número 9 y parcialmente los números 6, 8 y 10.

Tercero.—Los lotes que han venido poseyendo en forma irregular y viciosa desde junio de 1952, los esposos Echavarría, pueden refundirse en uno solo "situado, afirma el demandante, en la ciudad de Medellín Barrio La Polka, que se distingue por los siguientes linderos: Por el frente u oriente, con un ramal que se desprende de la carretera de Majalo o 45-A (37 varas) en parte, y en parte, con propiedad de Adolfo Miller G. (27,03); por el sur, con la carretera de Majalo desde un ochave que mide 4,74 varas, hasta un muro de adobe que está dividiendo el lote número 10; por atrás u occidente, con terrenos de propiedad de Urbanizadora Nacional (partes de lotes números 10, 8 y 6) y por el norte, en parte con propiedad de Adolfo Miller (13 varas) y en parte con la prolongación del callejón de la Polka".

Cuarto.—En el lote cuyos linderos acaban de expresarse, el señor Echavarría, previa licencia otorgada por el Municipio de Medellín, ha levantado construcciones, así como también las ha llevado a cabo, al frente y por el callejón de la Polka.

Quinto.—Los demandados ya nombrados, vienen poseyendo sin justo título y de mala fé desde junio de 1952, los lotes en cuestión, en los cuales venía ejerciendo la compañía demandante su posesión quieta y pacífica desde el año de 1944.

En derecho fundó su acción el actor del juicio en los artículos 669, 762, 764, 785, 789, 946, 949, 950, 951, 952, 961, 963, 964, 966, 968 y pertinentes del Código Civil.

Admitida la demanda se corrió traslado de ella a los demandados, quienes en forma separada dieron respuesta a ella, negando los hechos fundamentales del libelo y aceptando otros de dichos hechos.

Se opusieron a las peticiones del actor y propusieron las excepciones de que trata el artículo 329 del Código Judicial y la de prescripción.

Después de una actuación sobre denuncia del pleito, por parte de los demandados, que no tuvo ninguna incidencia en el juicio, se abrió éste a prueba y una vez agotado el trámite de la primera instancia y previa la práctica de las pruebas pedidas por ambas partes, el Juzgado Quinto Civil del Circuito, de Medellín, por sentencia de fecha 12 de marzo de 1957, decidió la litis no accediendo a ninguna de las declaraciones impetradas por Urbanizadora Nacional, la cual, interpuso apelación ante el Tribunal y esta entidad en Sala de Decisión, mediante providencia de fecha 18 de noviembre de 1957, reformó la sentencia apelada y declaró existir en el referido juicio la excepción de petición de un modo indebido. Contra esta decisión del Tribunal, interpuso el recurso extraordinario de casación el apoderado de la parte demandante, que habiéndose tramitado en forma legal, ha llegado el momento de decidirlo.

ANTECEDENTES

Para mayor claridad, oportuno juzga la Corte, señalar algunos de los antecedentes de este litigio.

La acción promovida en este juicio, ha sido la reivindicatoria o acción de dominio, consagrada en el artículo 946 del Código Civil, en cuya norma sustantiva principalmente se ha basado el actor quien al efecto la ha citado expresamente, como fundamento de derecho. Esta acción, como lo ha dicho reiteradamente la Corte en sus fallos, está configurada por cuatro elementos fundamenales, cuya comprobación judicial esencial para el éxito de ella. Son estos elementos: a) Cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular; b) Derecho de dominio del demandante; c) Posesión material en el demandado; y d) Identidad entre la cosa que se pretende y la poseída por el reo.

En cuanto hace relación al primero de los elementos, o sea, cosa singular reivindicable, la parte demandante determinó en el hecho décimo de su demanda el lote que pretende reivindicar y con respecto al cual, no sólo pidió en la parte petitoria de su libelo que se le declarase como dueña, sino que además, solicitó que los demandados fueran obligados a restituírle tal inmueble.

Mas, no basta en esta clase de juicios, determinar concretamente en la demanda el bien que pretende reivindicarse, por sus linderos, para poder decirse que con ello quedó satisfecho el primero de los requisitos necesarios para la proce-

dencia de la acción, pues, es necesario acreditar por los medios probatorios adecuados, que el lote sobre el cual versa la acción de dominio, es el mismo que ocupa o detenta el reo, y de ahí que la Corte reiteradamente haya dicho en sus fallos, que una vez llenado el requisito de la identificación y si no hay defectos procesales, es cuando procede estudiar los títulos exhibidos por las partes comprometidas en el litigio, para decidir sobre su prevalencia,

En el caso sub-judice ciertamente la parte demandante pidió oportunamente una serie de pruebas encaminadas a establecer la identidad del lote objeto del reivindicatorio, pero el Juez de primer grado después de haber hecho un prolijo estudio del aceyo probatorio de acuerdo con la tarifa legal, como lo prescribe el artículo 601 del Código Judicial, no halló que los medios de prueba aportados por la parte demandante fueran suficientes para formar su convicción judicial en lo referente a la identidad del inmueble y de ahí que hubiera decidido la litis absolviendo de los cargos de la demanda a la parte demandada.

Según lo que acaba de decirse, halla la Corte explicable que el juzgador de primera instancia no hubiese entrado en el estudio a fondo sobre los títulos de propiedad aducidos durante la secuela del juicio para demostrar su derecho de dominio sobre el lote en litigio, así como tampoco hizo tal estudio el Tribunal por razones a las cuales se hará referencia al examinarse los cargos de la demanda de casación.

El título de propiedad exhibido por la parte demandante, según se ha dicho, fue la escritura pública número 5.249 de 16 de diciembre de 1944 de la Notaría Primera de Medellín, en la cual consta que adquirió a título de venta de la compañía 'Urbanizadora Nacional' en liquidación, varias propiedades y entre ellas un inmueble con una cabida de 17.355 v2, cuyos linderos se expresaron en la demanda.

Para llevar a efecto su plan de urbanización la compañía demandante dividió el globo de terreno a que hace referencia la precitada escritura número 5.249 en varios lotes. Los demandados sin título alguno ocuparon algunos de dichos lotes y al efecto, dice la demanda, "que Faustino Echavarría y Eugenia Echavarría de Echavarría iniciaron varias construcciones sobre los lotes no vendidos, afectándolos así: el número nueve (9) íntegramente y en parte a los números 6, 8 y 10, dándose en esta forma por poseedores de dichos terrenos ocupados". Planteado así el problema correspondía al actor establecer adecuadamente

la identificación entre el lote del cual es dueña la compañía, y el ocupado por los llamados poseedores irregulares.

Concretábase, pues, en este caso la litis, según lo dijo en su fallo el Juzgado 5º Civil del Circuito de Medellín, a localizar dentro del lote global que compró la compañía demandante "Urbanizadora Nacional", el bien que fue singularizado en el hecho décimo de la demanda.

Con el fin de establecer la identidad del inmueble que pretende reivindicarse, la parte demandante solicitó la práctica de una inspección ocular con intervención de peritos.

Ciertamente, nuestro derecho probatorio no exige en estos casos una prueba específica para la comprobación judicial de la identidad que existe entre la cosa que pretende reivindicarse y la poseída por el reo, pero en todo caso la más adecuada para tal fin es la prueba de inspección ocular, la cual se practicó en el caso sub-lite, con fecha 29 de marzo de 1955, según consta al folio 65 del cuaderno número 2 y a ella concurrieron como peritos designados por las partes oportunamente, los ingenieros Antonio Mondragón y Gabriel Panesso, quienes de común acuerdo rindieron inicialmente su dictamen y lo compendiaron en la siguiente forma:

"Para terminar, señor Juez, nos permitimos, muy respetuosamente compendiar nuestro dictamen así: Existe actualmente una superposición de lotes en una cabida de 1.420, 78 v2 incluyendo el lote del señor Adolfo Miller 1.070, 44 v2. sin incluirlo, superposición que se explica de la siguiente manera: El lindero occidental del lote número 3 de la finca "La Polka" que figura en el plano levantado por el ingeniero Vicente D. Balcázar está ubicado a 16 metros del hilo occidental de la carrera 45-A y hacia el occidente y el lindero oriental del terreno comprado por Urbanizadora Nacional según plano levantado por el ingeniero Luis F. Osorio, está situado en el hilo occidental de la carrera 45-A. Ambos linderos corren, aproximadamente paralelos, de norte a sur, desde la calle 65-B hasta la calle 65-A".

Del anterior dictamen pericial ordenó el Juez del conocimiento correr traslado a las partes por el término legal y el apoderado de la parte demandante solicitó oportunamente que los peritos ampliasen su dictamen, lo cual hicieron por separado, discrepando fundamentalmente en lo que se refería a la identidad del inmueble objeto de este reivindicatorio y el Juez de Circuito al hacer la correspondiente calificación probatoria del dic-

tamen en cuestión, se expresó en los siguientes términos:

"Se provocó luego, por el doctor Ortiz, apoderado de la sociedad demandante, una ampliación para los expertos y éstos, a pesar de haber presentado el dictamen en una sola declaración, dado el acuerdo sobre las cuestiones o puntos a ellos sometidos, emitieron en forma separada y distinta su concepto. Aluden allí, con nueva motivación, a referencias diferentes y el doctor Panesso atribuye 'excelente precisión' al plano elaborado por el doctor Vicente Balcázar, al paso que el doctor Mondragón moteja dicho plano de confuso e indeterminado. Este, a su vez, alude a la vaguedad y confusión de los lotes números 2 y 3 y encuentra que dentro de las 20.637,05 v2. del lote primitivo, sólo son posibles 11.160,99 v2, al través de las diversas adquisiciones, para el señor Echavarría y señora, no obstante que éstos compraron y pagaron 16.565,95 v2. Finalmente, fuera de otras circunstancias que uno y otro perito presentan en sus respectivas y extensas ampliaciones, el doctor Mondragón encuentra ahora incierta la posición del lindero occidental del lote número 2 del plano Balcázar.

"Esta anómala postura de los peritos, desquicia la fundamentación que hacen y resta seriedad a sus exposiciones, amén de que el doctor Panesso concluye su explicación y ampliación al dictamen primitivo aportando 'para abundar en pruebas', 'la escritura número 1.593 de la Notaría Tercera por medio de la cual, la sociedad del Zancudo vendió al Municipio de Medellín entre otras cosas, una faja de terreno que linda por el occidente, con terrenos de Ramírez Gómez, hoy de Faustino Echavarría y señora'.

Qué luz pueden aportar, en concreto, estas peritaciones a pesar del prolijo estudio que se hizo de ellas?"

Fundándose el juzgador en que la parte demandante no había logrado establecer durante la secuela del juicio la identidad del inmueble objeto del reivindicatorio y considerando además, que la "faja cuya reivindicación se pretende no aparecía amparada por la titulación de la sociedad demandante, resolvió al fallar la litis no acceder a las declaraciones solicitadas por Urbanizadora Nacional contra Faustino Echavarría y Eugenia Echavarría de Echavarría".

Según lo expuesto anteriormente, fue por deficiencia probatoria con respecto a uno de los extremos esenciales de la acción de dominio, que no fueron despachadas favorablemente en la pri-

mera instancia las súplicas impetradas en su demanda por el actor del juicio.

Del fallo del Juzgado apeló el apoderado de la parte demandante y el Tribunal después de cumplidos los trámites de la segunda instancia, reformó la sentencia apelada "para declarar, en su lugar, que existe en el presente juicio, una petición de modo indebido".

No satisfecha la misma parte con la anterior providencia interpuso recurso extraordinario de casación que se decide ahora por hallarse cumplidas todas las formalidades de rigor.

LA DEMANDA

El recurrente en la demanda de casación acogiéndose a la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, acusa el fallo del Tribunal "por violación de la ley sustantiva, tanto por aplicación indebida como por error de hecho en la apreciación de las pruebas y por interpretación errónea" y al efecto formula cuatro cargos, los cuales procede la Corte a examinar.

Examen de los cargos

Primero y segundo cargos.

En el primero se acusa la sentencia por aplicación indebida de los artículos 762, 952, 956 del Código Civil, y en el segundo, por infracción por aplicación indebida al caso sub-judice del artículo 949 *ibídem*. Dada la conexión que existe entre estos dos cargos, la Corte los estudiará conjuntamente.

Para sustentar su primer cargo, dice en resumen el recurrente que el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 952 del Código Civil al considerar que ha debido demandarse a la comunidad y no a los poseedores y que asimismo aplicó indebidamente el precitado artículo 949 en cuya violación incidió el Tribunal, pues equivocadamente entendió que este reivindicatorio versaba sobre una cuota en común y proindiviso sobre el inmueble relacionado en el hecho décimo de la demanda, cuando el demandante había enderezado su demanda con el objeto de que se le reconociese el derecho pleno y absoluto que como poseedor inscrito tiene sobre el referido inmueble. Dice finalmente la demanda de casación que el artículo 949 se refiere al comunero reivindicante, pero en forma alguna al comunero poseedor demandado, como erróneamente lo interpretó el sentenciador.

La Corte considera:

La finalidad de la acción promovida fue la de obtener se declarase judicialmente que la compañía demandante es propietaria plena del inmueble relacionado en el hecho décimo de la demanda, que adquirió con mayor extensión por medio de la escritura pública número 5.249 de fecha 16 de diciembre de 1944, otorgada en la Notaría primera de Medellín, cuya copia debidamente registrada se adjuntó al libelo y que como consecuencia de ello y de ser poseedora inscrita y material del referido inmueble desde que lo adquirió, los demandados deberían ser condenados a su restitución y a la de los frutos naturales y civiles, no sólo los percibidos, sino los que se hubiesen percibido con mediana inteligencia y actividad. Así lo dijo en su demanda el actor y sobre los hechos allí relacionados que fueron oportunamente contestados por los demandados al descorrer el traslado legal de la demanda, se trabó la litis.

Como es sabido, tanto la demanda como su contestación constituyen las piezas principales del juicio civil, pues ambas vienen en definitiva a fijar los términos de la controversia debiendo sobre ella recaer la sentencia que corresponde dictar al Juez de instancia quien no puede decidir ni sobre súplicas no formuladas en el libelo, ni sobre extremos extraños al debate.

Mas, en el caso sub-judice, no procedió el sentenciador con sumisión a las normas anteriormente mencionadas, ya que habiendo el actor del juicio reclamado en su demanda, el reconocimiento del derecho de dominio sobre una cosa singular que determinó concretamente por sus linderos en el hecho décimo y habiendo señalado a los demandados a quienes emplazó en el juicio no como comuneros, sino como poseedores actuales del inmueble en cuestión, como lo exige para estos casos el artículo 952 del Código Civil, no obstante ello, el Tribunal sin fundamento legal alguno consideró que la acción reivindicatoria promovida, versaba sobre una cuota proindiviso en un inmueble perteneciente a varios comuneros a todos los cuales ha debido demandarse. Y fue basándose en tan equivocada premisa como falló la litis, declarando la petición de un modo indebido. Para sustentar su resolución, dijo así el sentenciador:

"De todo lo expuesto se deduce lo siguiente:

"a) Que Urbanizadora Nacional S. A. en su calidad de denunciada en el juicio ordinario de Faustino Echavarría y señora contra Adolfo Miller, obtuvo sentencia favorable por el hecho de no haber los demandantes pedido para la comu-

nidad, en relación con el lote número 3 del plano Balcázar.

"b) En el presente juicio, *mutatis mutandis*, la providencia ha de ser desfavorable a Urbanizadora Nacional S. A. por el hecho de no haber demandado a dicha comunidad, poseedora del lote número 3 ya mencionado, sino a los comuneros Echavarría y prescindiendo de María Luisa, María Josefa y Rita Ramírez, comuneras en dicho lote.

"c) El artículo 949 del Código Civil autoriza para reivindicar una cuota determinada proindivisa de una cosa singular; esto supone que contra los esposos Echavarría únicamente procedía esta forma de acción".

Para la Corte, carece de todo fundamento jurídico la tesis expuesta por el Tribunal como soporte de su resolución, pues no sólo implica una injustificable alteración de los términos como fue planteado este debate, sino que entraña un quebranto manifiesto de las normas sustantivas que regulan en este caso la acción de dominio entre las cuales se halla el artículo 952 del Código Civil, según el cual, la acción de dominio debe dirigirse contra el actual poseedor. Así lo hizo el actor, quien señaló a los señores Echavarría como poseedores del inmueble en cuestión y quienes no negaron tal situación jurídica al contestar la demanda. En este hecho procesal no reparó el Tribunal y de ahí el que hubiese aplicado en este litigio ordenamientos jurídicos que no eran los conducentes.

De todo lo dicho anteriormente, se deduce que la acción desde el punto de vista procesal se enderezó con arreglo a las normas que gobiernan en nuestro régimen civil la acción de dominio, y dadas sus modalidades no era el caso de aplicar como indebidamente lo hizo el sentenciador el artículo 949 del Código Civil que se refiere a la reivindicación de una cuota determinada proindiviso de una cosa singular, es decir, a una situación jurídica distinta a la planteada en su demanda por el actor del juicio.

Estima la Corte que al enfocar el Tribunal la cuestión debatida en la forma como lo hizo, incidió en la violación de las normas sustantivas a que alude el recurrente. Lógica consecuencia de este quebrantamiento de la ley sustantiva sería la infirmación de la sentencia objeto de este recurso, mas no podrá hacerlo así la Corte, dada la circunstancia de que sólo la parte demandante interpuso el recurso extraordinario de casación y el quebrarse la sentencia para sustituirla *vr. gr.* con una resolución negando la intención de

la demanda por no haberse comprobado alguno o algunos de los extremos de la acción (la identidad del inmueble) vendría a quedar desmejorada su situación procesal y a ello se opone el artículo 449 del Código Judicial que consagra la figura procesal de la *reformatio in peius* que opera también en el recurso de casación en lo pertinente, como lo ha sostenido la Corte en numerosas sentencias, una de las cuales dice así:

"La figura procesal de la *reformatio in peius*, ha dicho la Sala, se halla expresamente reconocida por el artículo 494 del Código Judicial. El Superior que conoce por apelación de un auto, o bien con las ritualidades previstas para los autos interlocutorios, tiene un límite que le impide enmendar el auto objeto del recurso en el sentido de agravar la situación procesal adquirida por la parte apelante con la sentencia o el auto recurrido. Este criterio que se aplica también al recurso de casación en lo pertinente". (G. J. número XLVII, pág. 418).

Por las razones expuestas, el cargo no puede prosperar.

Tercer cargo.

Lo formula así el recurrente:

"La sentencia aludida del Tribunal Superior de Medellín violó también por aplicación indebida el artículo 956 del Código Civil a la que lo condujeron varios errores de hecho y de derecho, que puntualizaré al considerar que los demandados son poseedores del lote objeto de esta acción, en virtud de su carácter de herederos o de cesionarios de derechos herenciales".

En desarrollo de su cargo dice el recurrente:

"Al asignar la sentencia acusada el carácter de poseedores con título a los demandados, desconoció por tanto, el hecho demostrado en los autos, de que éstos, ni aún si se les tiene como actuales herederos de José M. Ramírez Gómez, lo pueden ser en la parte del antiguo lote número 3 que pasó a formar parte del lote número 4 por causa de la escritura 315 ya citada.

"De esta escritura 315 de 1904 viene el título de Urbanizadora Nacional sobre la faja que los demandados disputan para sí, y también desde la fecha de esta escritura, 16 de febrero de 1904, la posesión ha estado en cabeza de Urbanizadora Nacional o de sus causantes que han sido en orden retrospectivo, "Seguros y Urbanización S. A." "Urbanización Mutuaria S. A.", José F. Restrepo (por dos títulos diversos) y Manuel J. Alvarez. Y esta posesión ha sido ininterrumpida desde la

fecha indicada hasta que se realizaron los actos perturbadores de los demandados, bien hayan ocurrido ellos, para el caso no importa, en 1952 o 1955.

"Pero no es que con lo anterior se esté alegando a favor de Urbanizadora Nacional, una prescripción adquisitiva sobre parte del lote número 3, contra los titulares precedentes, sino que se proclama frente a los demandados, un título contra el hecho de la posesión que éstos han realizado desde 1952, no como herederos, no como poseedores de nudo hecho.

"Porque aquí no se trata, como lo pretenden los demandados, de justificar una posesión titulada, que no ha existido, sino de confrontar la posesión precedente que tuvo Urbanizadora Nacional, desde 1904 hasta 1952 y de que fue despojada por los actuales demandados, con las obras iniciadas en este año. En otras palabras, no se trata de alegar prescripción contra los demandados, sino negar que éstos hayan poseído con anterioridad a 1952, o aún a 1944, esto es, que hayan poseído como causahabientes de don José M. Ramírez Gómez.

"Esto es tan obvio en el caso presente que bien aparece de los autos que el juicio de sucesión del señor José María Ramírez y de su esposa, de cuyos herederos pretenden los demandados derivar su título, ni aún se ha abierto y se desconoce si los cedentes de esos derechos hereditarios van a ser en realidad reconocidos como herederos en el juicio citado".

La Corte considera:

En realidad, el cargo anterior se halla rebatido con las razones expuestas al examinar el primero y segundo de los cargos de la demanda de casación. No obstante ello, la Corte estima conveniente hacer las siguientes observaciones:

No es exacto que la sentencia en parte alguna haya reconocido a los demandados como poseedores con título legítimo sobre el inmueble materia de este juicio, porque tal declaración no podía haber sido hecha, sino en un fallo de fondo que no se dictó en el caso sub-lite, pues como ya se dijo, el sentenciador por razones que la Corte no comparte, no se pronunció sobre la esencia del problema.

Además, como los demandados se hallaban en posesión del inmueble disputado, es decir, se hallaban amparados por la presunción de dominio de que trata el artículo 762 del Código Civil, no era posible dentro de los términos de una resolución como la dictada por el Tribunal, desconocer aquella situación jurídica. En estos casos, es sabi-

do, la presunción de dominio subsiste a los ojos de la ley, en virtud de la cual, el hecho de la posesión debe ser amparado y respetado mientras no se presente un título de propiedad debidamente registrado anterior a aquella posesión, lo cual como es obvio, presupone estudiar al título de propiedad presentado por el reivindicante y el exhibido por el reo para decidir cuál de ellos debe prevalecer. Mas como el sentenciador, según se ha dicho, no falló en el fondo el litigio y no tuvo por ende la oportunidad de decidir sobre la legitimidad de la titulación presentada por las partes comprometidas en el litigio, no tenía otro camino que conservar, como al efecto lo hizo, el statu-quo.

Por las consideraciones expuestas, no se acepta el cargo.

Cuarto cargo.

Lo formula así el recurrente:

"Incurrió el sentenciador en error de hecho en la apreciación de las pruebas decisivas del debate, que aparece de manifiesto en los autos, al omitir el estudio de las pruebas testimonial, pericial y de las reiteradas confesiones que aparecen en el proceso, en relación con la posesión material exclusiva y única de los demandados, sobre el predio litigioso, lo que lo condujo a la violación de las disposiciones sustantivas sobre dominio o reivindicación, es decir, los artículos 782, 946, 950, 951, 952 y 964 del C. C. como se verá luégo".

Para sustentarlo dice:

"Las pruebas anteriores no apreciadas por el Honorable Tribunal Superior, lo llevaron a la violación de los artículos 762, 946, 950, 951, 952 y 964 del Código Civil que configuran la acción de dominio o reivindicación, preceptos que omitió y no aplicó para la decisión de fondo de este litigio y que en parte aplicó indebidamente, como se demostró en los cargos anteriores.

"La prueba omitida demuestra el presupuesto de la posesión material necesario para la reivindicación; la escritura acompañada a la demanda, que tampoco fue apreciada por el H. Tribunal, en unión de los títulos anteriores hasta el año de 1904 que obran a folios 103 del cuaderno principal, acreditan el dominio; y la inspección ocular de segunda instancia con el dictamen de los peritos ya referidos, establece el tercer punto sobre la cosa singular reivindicable debidamente identificada.

"Por lo tanto incurrió el H. Tribunal sentenciador en notorio error de hecho en la aprecia-

ción de las pruebas que obran en el proceso debidamente producidas, que incidió en la violación de las disposiciones sustantivas citadas, que configuran la acción reivindicatoria o de dominio".

La Corte considera:

Las pruebas a que alude el recurrente, en verdad obran todas ellas en los autos y fueron pedidas y practicadas oportunamente, pero como el sentenciador prácticamente inhibió para proferir una resolución de fondo sobre la controversia, es claro que no tuvo ocasión de hacer la correspondiente calificación probatoria a que de suyo está obligado todo sentenciador de conformidad con lo preceptuado en los artículos 597 y 601 del Código Judicial.

Sobre este particular cabe decir que la labor estimativa del acervo probatorio, como lo enseña el derecho procesal, tiene su oportunidad y ésta es, según lo prescrito en el artículo 472 del Código Judicial, al tiempo de proferirse la decisión de fondo sobre la litis. Esta ha sido también, la tradicional doctrina de la Corte, la cual, ha dicho a propósito lo siguiente:

"La labor discriminatoria del valor que las pruebas tengan en relación con las pretensiones de parte y fundamento del derecho sub-lite, tiene su oportunidad. El Juez realiza esta labor al proferir la decisión de fondo. Quiere ello decir, que es entonces cuando puede hacer la disección de las pruebas para verificar hasta donde reúnen ellas las condiciones que las habilita como elemento de convicción y por donde carecen de eficacia legal. En este momento es cuando el Juez tiene que apreciar las pruebas con su estimación

legal". (S. N. G. 28 de enero de 1948. G. J. N.º 2057, página 912).

Por lo dicho, el cargo no procede.

* * *

FALLO:

Por lo anteriormente 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 ocho (18) de noviembre de mil novecientos cincuenta y siete (1957), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio ordinario iniciado por la Sociedad Anónima Urbanizadora Nacional contra Faustino Echavarría y otra.

No hay costas en este recurso, por haber dado lugar a una rectificación a la doctrina expuesta por el Tribunal.

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

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco.

Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Ar-
turo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge
Soto Soto, Secretario.

QUIENES PUEDEN ALEGAR CON EFICACIA LEGAL LAS CAUSALES DE ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERÍA EN QUIEN FIGURE COMO SU APODERADO O REPRESENTANTE Y LA FALTA DE CITACION EN FORMA LEGAL DE LAS PERSONAS QUE HAN DEBIDO SER LLAMADAS AL JUICIO. — TECNICA DE CASACION EN EL ERROR DE DERECHO.—AUTONOMIA DE LOS TRIBUNALES EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS

1.—Las causales de ilegitimidad de la personería en quien figure como su apoderado o representante y la falta de citación en forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio, consagradas en los numerales 2º y 3º del artículo 448 del Código Judicial, sólo pueden ser alegadas con eficacia legal por la persona indebidamente representada o no citada, como en forma repetida lo ha dicho la Corte, porque es en favor de tales personas que las ha establecido la ley, ya que es a ellas a quienes puede perjudicar la actuación. Por lo mismo, el interés jurídico necesario para demandar la invalidación de lo actuado radica exclusivamente en la persona mal representada o no citada al juicio (GACETA JUDICIAL, Tomo XLIII, página 784; Tomo LVI, página 34; Tomo LXIII, página 113).

2.—Cuando se acusa el fallo de instancia de error de derecho en la apreciación de pruebas, se debe señalar por el recurrente la prueba apreciada indebidamente, así como la norma probatoria y la norma sustancial infringida a causa del error y el concepto de la violación.

3.—Ha sido doctrina constante de la Corte la de que la apreciación de las pruebas hecha por el Tribunal debe ser respetada en casación, aun cuando ella no sea compartida por la Corte, porque el recurso de casación no tiene por objeto hacer un nuevo análisis de los elementos probatorios, ni rectificar el criterio del juzgador de instancia sobre las cuestiones de hecho.

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

(Magistrado ponente: Dr. Gustavo Salazar).

El Tribunal Superior de Bogotá, por sentencia de 30 de septiembre de 1957, confirmó la de primer grado proferida por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá, de fecha 14 de febrero de 1956, por la que negó las súplicas de la demanda presentada por Demetrio Aldana contra los herederos ab-intestato de Campo Elías Aldana, que son las de que se le declare hijo natural de éste y heredero universal del mismo, con exclusión de los demandados.

Fundó la acción de filiación natural en el artículo 4º, numerales 4º y 5º, de la Ley 45 de 1936, y como hechos sustentadores los de que Griselda Aldana fue empleada doméstica de la casa paterna de Campo Elías Aldana, en la población de Tibirita, habiendo tenido en la misma casa relaciones sexuales con éste, de las cuales resultó el embarazo y nacimiento de Demetrio Aldana, el actor, lo que ocurrió en la población de "La Capilla de Tenza", el 8 de octubre de 1914, ayudando después Campo Elías y sus padres para la subsistencia, vestido y educación de Demetrio, y presentando aquél a éste ante parientes y amigos como a su hijo y más tarde, dándole dinero para que comprara en Bogotá un taller de Cerrajería para que atendiera a su subsistencia. Y que Campo Elías Aldana murió en esta ciudad el 3 de junio de 1952, estando soltero y sin dejar testamento, por lo que se presentaron y fueron reconocidos como herederos sus hermanos legítimos Felisa Aldana de Rincón, Sofía Aldana de Jiménez, Dolores Aldana de Gutiérrez, Betulia Aldana de Gaitán y Eva Aldana de Rodríguez, las tres primeras personalmente y las dos últimas representadas por sus hijos legítimos por haber fallecido antes que el causante.

El Tribunal, por lo que hace a las relaciones sexuales estables y notorias que fija la ley para que se pueda declarar judicialmente la paternidad natural y que el demandante invocó en apoyo de su acción de filiación, encontró que no estaban probadas, ya que de los testimonios traídos

al juicio con tal fin "no se encuentra en ellos la relación acorde de hechos presenciados por dos testigos siquiera, y que sean indicio cierto y necesario de la unión sexual entre Griselda Aldana, madre natural del demandante, y Campo Elías Aldana, pretendido padre del mismo". Fuera de que, agrega el Tribunal, como lo afirma el actor, tales relaciones se llevaron cuando Griselda era doméstica de los padres de Campo Elías, por lo que se supone que debieron llevarse a cabo disimuladas ante la familia y ocultas ante el grupo social de Tibirita, por lo que en manera alguna aparece que fueran "sucesivas, frecuentes, inequívocas, regulares y notorias", como lo tiene establecido la Corte, en interpretación de la causal invocada.

Por lo que hace a la posesión notoria del estado de hijo natural, el Tribunal después de transcribir la doctrina de la Corte consignada en la sentencia de 22 de septiembre de 1955 sobre esta causal, hace un detenido y prolijo análisis probatorio de la prueba testimonial que fue traída al debate con tal fin y encontró que ella no establecía con certeza que Campo Elías Aldana hubiera atendido a la educación, sostenimiento y establecimiento del demandante. Y por lo que hace relación a los testimonios recibidos durante la diligencia de inspección ocular practicada en la segunda instancia, estimó que las declaraciones de Luis Roberto Lince Villate y Alejandro Goubert no guardaban relación alguna con la diligencia de inspección ocular, única prueba decretada oportunamente a solicitud del demandante. Y en cuanto a los de Luis Hernando Ospina y Misael Infante, recibidos en la misma diligencia, entró a estimarlos y analizarlos, en atención a la conexidad entre lo afirmado por los declarantes y lo que el Magistrado sustanciador observó en el establecimiento inspeccionado, pero sin que tampoco, en concepto del sentenciador, probaran el hecho de que el pretendido padre hubiera atendido a la educación y establecimiento de Demetrio Aldana.

LA DEMANDA DE CASACION

Contra el fallo del Tribunal interpuso recurso de casación el demandante, y en la demanda en que lo sostiene formula dos cargos:

Primer cargo: Con base en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, acusa al fallo de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, errores que llevaron al Tribunal

a la violación de las normas que establecen la posesión notoria del estado de hijo natural.

Los errores de derecho los hace consistir en que el Tribunal negó todo valor probatorio a las declaraciones de Luis Hernando Ospina, Alejandro Goubert, Luis Lince Villate y Misael Infante, cuando ha debido tomarlas en consideración, pues en concepto del recurrente la razón que expuso el sentenciador no es valedera, ya que, afirma, "dentro de una inspección ocular las partes pueden aportar testimonios tendientes a aclarar los puntos controvertidos".

Agrega el impugnador que de haber tomado en consideración tales testimonios, el Tribunal habría encontrado probado el hecho de que Campo Elías Aldana trataba a Demetrio Aldana como a su hijo y que proveyó a su educación y establecimiento.

Además, estima que el Tribunal valoró mal las declaraciones recibidas en la primera instancia, según las cuales aparecía probado que los familiares de Campo Elías y el vecindario de Tibirita consideraban a aquél como padre natural de Demetrio, en atención al tratamiento que le prodigaba y porque así lo declaró el propio Campo Elías a varios de sus amigos, quedando establecida la posesión notoria del estado de hijo natural, que el Tribunal dejó de declarar, con violación de los artículos 4º, numeral 5º, y 6º de la Ley 45 de 1936.

Segundo cargo: Con fundamento en la causal 6ª del artículo 520 del Código Judicial, pide el recurrente que se declare la nulidad del presente juicio, por la ilegitimidad de la personería del demandado Francisco Ignacio Gaitán Aldana y por falta de citación de la demandada Ana Lucila Gaitán de Pabón, quienes fueron demandados en representación de su difunta madre Betulia Aldana de Gaitán.

Funda este cargo en que al señor Francisco Ignacio Gaitán no se le notificó personalmente el auto que admitió la demanda y por cuanto el poder general que presentó la señorita Inés Didier para conferir poder especial en nombre de aquél para este juicio no comprendía tal facultad. Y respecto de la señora Ana Lucila de Pabón dice el recurrente que el auto admisorio de la demanda menciona es a "Ana Lucía de Pabón" y que la persona que como tal confirió poder especial para representarla en este juicio fue "Lucila de Pabón Núñez" sin haberse identificado debidamente.

Como el recurso de casación ha recibido el trámite legal, procede la Corte a decidirlo, haciendo un estudio de los cargos en orden lógico.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.—Las causales de ilegitimidad de la personería en quien figure como su apoderado o representante y la falta de citación en forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio, consagradas en los numerales 2º y 3º del artículo 448 del Código Judicial, sólo pueden ser alegadas con eficacia legal por la persona indebidamente representada o no citada, como en forma repetida lo ha dicho la Corte, porque es en favor de tales personas que las ha establecido la ley, ya que es a ellas a quienes puede perjudicar la actuación. Por lo mismo, el interés jurídico necesario para demandar la invalidación de lo actuado radica exclusivamente en la persona mal representada o no citada al juicio. (GACETA JUDICIAL, Tomo XLIII, página 784; Tomo LVI, página 34; Tomo LXIII, página 113).

Como en el presente caso la nulidad la alega el demandante en favor de dos de los demandados, carece de interés jurídico para ello y, por lo mismo, el cargo no puede prosperar.

2.—Cuando se acusa al fallo de instancia de error de derecho en la apreciación de pruebas, se debe señalar por el recurrente la prueba apreciada indebidamente, así como la norma probatoria violada y la norma sustancial infringida a causa del error y el concepto de la violación.

En el caso de autos el recurrente no cumplió con estos requisitos que impone la técnica de casación, ya que dejó de indicar la norma probatoria violada y el concepto de violación de la ley sustancial infringida.

Con todo, es conveniente dejar establecido que el Tribunal sí analizó la prueba recibida en la segunda instancia y encontró que dos de los testimonios recibidos en la diligencia de inspección ocular no guardaban ninguna conexión con los hechos controvertidos y las otras dos no probaban que Campo Elías Aldana hubiera atendido al establecimiento de Demetrio Aldana, que era la finalidad buscada por el demandante con tales testimonios.

3.—Por lo que hace al cargo de error de hecho en la apreciación de la prueba testimonial recibida en la primera instancia en que, según el recurrente, incurrió el Tribunal, y de la cual aparece probada la posesión notoria del estado de

hijo natural de Demetrio Aldana respecto de Campo Elías Aldana, se trata también de un cargo por error de valoración en la prueba, esto es, de un error de derecho, por lo que también son valederas las observaciones que se hicieron en el punto anterior, ya que el cargo no está debidamente fundado.

Por lo demás, ha sido doctrina constante de la Corte la de que la apreciación de las pruebas hecha por el Tribunal debe ser respetada en casación, aun cuando ella no sea compartida por la Corte, porque el recurso de casación no tiene por objeto hacer un nuevo análisis de los elementos probatorios, ni rectificar el criterio del juzgador de instancia sobre las cuestiones de hecho. "Por eso, para que haya error de derecho en la apreciación de una prueba, se necesita que, al estimarla, se haya contravenido a la ley que la establece y valora. Y, por tanto, este concepto de error de derecho no comprende todo error en que haya podido incurrir el Tribunal sentenciador en la estimación de los elementos lógicos que determinaron su convicción, sino que es necesario que el error implique la violación de un precepto legal sustantivo. El artículo 697 del Código Judicial, implícitamente exige que el testigo deponga sobre hechos concretos. Pero cual deba ser el grado de concreción o determinación de esos hechos, es cosa que la ley no precisa y que deja, por tanto, a la discreta estimación del Tribunal sentenciador. Y la Corte no puede sustituir esa discreción por la suya propia, sin exceder los límites que la ley ha señalado cuando, en tratándose de casación por mala apreciación de la prueba, no ha querido que pase por encima de la que ha hecho el Tribunal, sino por motivos determinados, uno de los cuales es el error de derecho, que sólo existe, en este caso, cuando los testimonios no aparecen acordes en cuanto a las circunstancias concretas de los hechos sobre que deponen, o cuando no expresan esas circunstancias". (Casación Civil, octubre 7 de 1955, Tomo LXXXI, página 392).

En el presente negocio, el Tribunal sentenciador hizo un minucioso examen de la prueba testimonial, muy abundante por cierto, recibida en la primera instancia y halló que no acreditaba la posesión notoria del estado de hijo natural del demandante respecto de Campo Elías Aldana, sin que aparezca que el Tribunal hubiera incurrido en error de derecho evidente en esa valoración, único caso en que podría ser modificado el fallo recurrido.

Por lo expuesto, tampoco prosperan los cargos formulados por el actor contra el fallo del Tribunal fundados en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial.

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 treinta de septiembre de mil novecientos cincuenta y siete dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el presente

juicio ordinario de Demetrio Aldana contra los herederos de Campo Elías Aldana.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco.

Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Ar-

turo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge

Soto Soto, Secretario.

LA FALTA DE EXPRESION DE LOS LINDEROS EN LA COMPRAVENTA DE INMUEBLES NO SIEMPRE ES MOTIVO DE NULIDAD DEL ACTO. ESTA OMISION PUEDE SUBSANARSE CUANDO EN EL CONTENIDO DE LA ESCRITURA PUEDEN ENCONTRARSE ELEMENTOS DE LOS QUE SEA FACTIBLE DEDUCIR CLARAMENTE LA DETERMINACION DE LOS LIMITES. — ES ANTITECNICO PROPONER RESPECTO A UNA MISMA PRUEBA UN ERROR DE DERECHO Y UN ERROR DE HECHO EN SU ESTIMACION. — NO ES DE RECIBO ATACAR SIMULTANEAMENTE POR APLICACION INDEBIDA E INTERPRETACION ERRONEA DE UNA MISMA NORMA. — EN QUE CONSISTEN ESTAS. — REQUISITOS PARA QUE SE DECLARE NULO EL ACTO O CONTRATO CELEBRADO POR PERSONA ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. — TECNICA DE CASACION. — AUTONOMIA DE LOS TRIBUNALES EN LA APRECIACION DEL DICTAMEN PERICIAL

1.—En principio no se aviene a la técnica de casación proponer respecto a una misma prueba un error de derecho y un error de hecho en su estimación, pues si el sentenciador le negó el mérito legal a un medio probatorio o le dio el que no poseía, es obvio que la apreció, desde el punto de vista de la evidencia, ya que en el primer caso dejó de estimarla en su valor legal y en el segundo, la estimación fue jurídicamente equivocada.

Sin embargo, cuando se aducen cargos con tal defecto, la Corte obrando en vía de amplitud, examina de preferencia el referente al error de derecho, que presupone que la prueba no se ha ignorado, lo que descarta generalmente la posibilidad del error de hecho.

2.—No es de recibo atacar simultáneamente por aplicación indebida e interpretación errónea de una misma norma, ya que la primera noción significa que aquélla no ha debido hacerse operar sobre la cuestión litigiosa, por ser ajena a ésta, mientras que la segunda consiste en hacer actuar la norma que corresponde al caso controvertido, pero en un sentido diverso del que ella tiene. En otros términos: la indebida aplicación se presenta cuando entendida rectamente una norma se aplica a un hecho o a una situación no prevista o regulada por ella, al paso que la errónea interpretación se produce cuando el juzgador acierta en la norma que debe aplicar, pero yerra en su verdadero significado.

3.—La omisión de las formalidades sus-

tanciales que especifica el artículo 2.595 del Código Civil no da lugar a la anulación de la escritura, cuando sean conocidos el Notario y las personas que intervinieron como partes, lo mismo que los testigos. Por eso, por ejemplo, la Corte ha dicho que "la falta de indicación de la vecindad y sexo de los otorgantes no anula el instrumento, no habiendo duda sobre que son personas conocidas..." (LXII, pág. 57).

Y si la ausencia de formas que la ley eleva a la categoría de sustanciales no implica invalidez, siempre que el requisito del conocimiento de las personas que intervienen en el instrumento se cumpla, con más veras la falta de cualquiera de las determinaciones previstas en el artículo 2.594 de la misma obra, que no revisten la calidad de sustanciales, entre las que se encuentra la indicación de los linderos, tratándose de actos o contratos referentes a inmuebles, no es posible que origine nulidad de la escritura.

Se recuerda que el artículo 2.658 del mencionado código, cuya cita por analogía es pertinente, expone: "Todo título o documento que se presente al registro deberá designar claramente el nombre, apellido y domicilio de las partes; el nombre, la situación, los linderos y el valor de las fincas, y las demás circunstancias que en su caso contribuyan a hacer conocer perfectamente el acto o contrato". Y que en relación con esta norma la Corte ha dicho: "El artículo 2.658 del Código Civil prescribe que los actos o documentos que se presenten al regis-

tro han de contener, entre otras designaciones, los linderos de las fincas que son materia del acto o contrato sobre que versa el documento registrable. Este artículo es imperativo, y si bien está sancionado con la nulidad del registro, artículo 2.664, ésta no es necesaria ni de aplicación ineludible, si no que la omisión que la origina ordinariamente puede subsanarse por ciertos medios, que son: o por los términos mismos de la inscripción, o por lo que resulte del título a que se refiere el registro. Estos medios subsidiarios, que pueden llenar af respecto las omisiones de la diligencia misma, demuestran que, como ha declarado la Corte en otras casaciones, "el no haberse expresado en la diligencia de registro de una escritura los linderos de la finca, es informalidad que no constituye causal de nulidad de la diligencia, si de esta misma y del título presentado se viene a conocimiento de lo que se echa de menos en aquélla, circunstancia ésta que hace válida la diligencia" (Jurisprudencia de Corte, Tomo II, num. 2.118 —Garavito—, y G. J. Tomo XXI, 261, 1^a). La doctrina, así sentada, entraña siempre una cuestión de hecho, que consiste en averiguar si de la diligencia misma de instrucción y por lo que resulta del título a que ésta se refiere, se llega al conocimiento de la designación que se ha dejado de hacer, expresa y especialmente" (Casación, 2 de mayo de 1932, XL, 38 y 39).

Los principios anteriores no son sino una derivación del que propugna porque el objeto de las obligaciones debe ser determinado o determinable. A este propósito el artículo 1.518 del Código Civil llega a decir que la cantidad de las cosas objeto de una obligación puede ser incierta con tal de que el acto o contrato fije reglas o contenga elementos que sirvan para determinarla, lo que implica que la ley admite un cierto grado de indeterminación de la cantidad, siempre que ésta no sea tal que haga ilusorio el derecho del acreedor, y desde luego que la determinación sea posible. Por eso, varios autores enseñan que lo importante es que la convención proporcione los elementos necesarios para determinar la cosa indeterminada en su calidad o cantidad.

4.—La doctrina sentada por la Corte en materia de registro (Casación, mayo 2 de 1932, G. J., Tomo XL, páginas 38 y 39), es-

tablece que si bien la expresión de los linderos es imperativa, pues constituye el factor principal para determinar el inmueble, su omisión no da lugar siempre a nulidad del registro del instrumento correspondiente, pues puede subsanarse por otros medios como los elementos que resulten del título a que se refiere el registro, remitiéndose a lo que en cada caso resulte de aquél, a fin de indagar si por su intermedio se puede conocer la designación que se ha dejado de hacer en forma expresa. Con su base se podría explicar que por similar causa el artículo 2.594 del Código Civil emplee la locución "por regla general" cuando indica los requisitos de los instrumentos que se otorguen ante Notario, entre los cuales figuran los linderos de las fincas respectivas. De modo que permite pensar que frente a esa disposición de generalidad puedan existir casos en que la ausencia de ellos sea subsanable cuando en el contenido de la escritura aparezcan elementos de los que sea factible deducir claramente la determinación de los límites que en forma expresa dejaron de incluirse.

5.—Es cierto que hay nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces, entre las cuales se hallan los dementes conforme a los artículos 1.741 y 1.504 del Código Civil, pero para ello se requiere que el contratante se encuentre en estado de interdicción judicial o se demuestre que en la época de contratar padecía de enfermedad mental que le impedía el goce de sus facultades de esta índole (C. C. Artículo 553).

6.—Se ha dicho por la Corte en varias ocasiones que cuando el fallo recurrido descansa en diversas bases, si deja de atacarse alguna de ellas que sea suficiente para justificarlo, no es posible quebrarlo aunque llegaran a prosperar acusaciones en relación con otros fundamentos.

7.—La circunstancia de que un dictamen hubiera sido objetado por error grave y no hubieran prosperado las objeciones, no quiere decir que el fallador estaba atado a él y no podía apartarse de su contenido. Una cosa es que las objeciones no consigan éxito porque realmente el dictamen no contenga el error que se le imputa, y otra, que carezca de la debida fundamentación. Lo primero se analiza en el fallo del incidente,

y hace referencia a situaciones objetivas en relación con las conclusiones; lo segundo se examina al apreciar la prueba, esto es, al sentenciar, y se refiere a las bases o motivación de las conclusiones. El dictamen puede no ser objetivamente equivocado, pero si no está debidamente fundado, no hace prueba plena a tenor del artículo 721 del Código Judicial, punto éste que, como se ha dicho repetidas veces por la Corte, permanece dentro de la autonomía del Tribunal.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernando Morales M.).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 26 de febrero de 1958, proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario instaurado por Adelaida Angel Chaux y otros contra Cicerón y Miguel Angel Ferrer.

ANTECEDENTES:

Adelaida, Alberto y Cecilia Angel Chaux, constituyeron apoderado para demandar a Cicerón y Miguel Angel Ferrer, y efectivamente aquél promovió demanda contra éstos, mas en ella incluyó como actor a Víctor y Angel Chaux, no obstante que éste no suscribió el poder, pues lo firma en su nombre, sin que aparezca autorización para ello, Adelaida Angel Chaux.

La demanda, repartida al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Medellín, solicita se hagan estas declaraciones:

"a) Que la escritura número 1.259 de 16 de febrero de 1954 otorgada ante el señor Notario Primero de Medellín, en la que consta el contrato de compraventa celebrado entre la señora Irene Ferrer viuda de Angel y los señores Cicerón y Miguel Angel Ferrer, es nula, de nulidad absoluta, por violación y omisión de los requisitos que señala el artículo 1.867 del Código Civil, y es igualmente nulo el contrato de compraventa contenido en ella, por cuanto no se especificaron los bienes inmuebles que se vendían, ni fueron vendidos como cuerpo cierto, no obstante poseer título de hijuela la vendedora, y en cuanto fueron vendidos en globo o universalmente sin linderos.

"b) Que en consecuencia, queda resuelto (sic), por vicio de nulidad absoluta, el contrato men-

cionado en la anterior petición".

c) Que los bienes inmuebles vendidos por la escritura referida deben volver a la sucesión de Irene Ferrer viuda de Angel para ser adjudicados a los herederos conforme a las reglas de la sucesión intestada.

d) Que en el caso de que tales inmuebles hayan sido enajenados por Cicerón y Miguel Angel Ferrer, "se concede a los herederos de la sucesión de la señora Irene de A. el derecho de reivindicarlos de manos de terceros..."

e) Que los demandados deben pagar a la sucesión de la indicada señora "los arrendamientos y frutos naturales percibidos hasta la entrega de los inmuebles a ellos vendidos por la escritura mencionada, y además los perjuicios por este acto ilícito ocasionados, considerándolos como poseedores de mala fé, así como los deterioros que a los inmuebles hayan ocasionado".

Consecuencialmente, pide la cancelación de los registros de la escritura citada en el ordinal a) y la inscripción en su lugar de la sentencia que se pronuncie en el juicio.

Como primera petición subsidiaria, se solicitan las mismas declaraciones por causa de que en el momento de otorgarse la escritura de venta, la vendedora, Irene Ferrer de Angel, "no se encontraba en condiciones físicas, ni en su sano y cabal juicio para darsé cuenta de la escritura que firmaba y del contrato de compraventa que por ella celebraba. Es decir, que hubo falta de capacidad, falta de consentimiento por error, fuerza y dolo, objeto y causa ilícitos en la celebración de dicho contrato".

Como segunda petición subsidiaria, sin que el poder contenga facultad de interponer esta acción, se solicitan las mismas declaraciones, con base en que la referida escritura es simulada, pues oculta una verdadera donación, la cual es ilegal por falta de insinuación "y por las demás causas ya expresadas y por las que se expresarán, puesto que los demandados no dieron ninguna cantidad de dinero por los inmuebles que se dice a ellos vendidos".

La tercera petición subsidiaria solicita "que se declare la prevalencia del contrato oculto que es una donación y en tal virtud, de conformidad con los artículos 1.239 a 1.245, declárese que las legítimas rigurosas han sido menoscabadas con este acto, y que se debe proceder a integrarlas acumulando dichas donaciones al acervo hereditario de la sucesión de la señora Irene Ferrer de A."

La cuarta petición subsidiaria solicita que se declare rescindido el nombrado contrato de com-

praventa por causa de lesión enorme, a menos que los demandados se avengan a completar el justo precio con deducción de una décima parte, y que en uno y otro caso se ordene que dichos inmuebles o el dinero complementario ingresen a la sucesión de Irene Ferrer de Angel.

La demanda se funda en los hechos que a continuación se resumen:

1. A Irene Ferrer viuda de Angel le fueron adjudicados en la sucesión de su finado hijo Julio Angel Ferrer, fuera de algunos bienes muebles, los siguientes derechos en bienes inmuebles ubicados en Quibdó: la mitad, avaluada en \$ 5.000.00, de una casa de habitación situada en la carrera 1ª; la mitad, estimada en \$ 900.00, de un lote de terreno situado en la calle 7ª, y una cuarta parte de la finca denominada "El Rocío", situada en la ribera derecha del río Atrato, cuota que fue justipreciada en la suma de \$ 2.000.00.

2. Por la escritura citada en el ordinal a) de la petición principal de la demanda, dicha señora dijo transferir por venta a sus hijos, Cicerón y Miguel Angel Ferrer, por la suma de \$ 5.500.00, "los derechos herenciales que le corresponden o puedan corresponderle en la sucesión de su finado hijo Julio E. Angel... y cuyo juicio de sucesión se siguió en uno de los Juzgdos de este Circuito... Advierten por último los otorgantes, que la presente compraventa se refiere sólo a los derechos que a la vendedora le correspondan en los bienes raíces del causante".

3. La señora Irene Ferrer viuda de Angel, falleció el 1º de marzo de 1954 y cuando otorgó la escritura de venta a sus hijos no tenía otros bienes.

4. En el momento del otorgamiento de dicho instrumento la referida señora se encontraba "ya postrada y en estado grave".

5. Irene Ferrer viuda de Angel dejó al morir, además de sus dos hijos ya nombrados, a los hijos de su hijo premuerto, Eladio Angel Ferrer, entre los cuales se encuentran los demandantes.

6. Los bienes vendidos por tal señora a Cicerón y Miguel Angel Ferrer "tienen hoy día, un valor catastral y real mayor de \$ 13.000.00".

7. El citado contrato de compraventa, fuera de ser nulo "porque se vendieron cosas corporales inmuebles, es decir bienes raíces adjudicados con hijuela registrada, sin determinarlos, especificarlos, singularizarlos y alinearlos convenientemente", es simulado, por cuanto la vendedora no recibió dinero de los compradores y por cuanto "ella no entendió, dado su estado de suma gravedad, lo que vendía...".

8. Con la indicada compraventa "se quiso deshacer a los herederos del hijo de doña Irene, señor Eladio Angel F., sin previa autorización judicial y sin causa justificativa".

Los demandados se opusieron y al mismo tiempo adujeron las excepciones de "carencia de acción y derecho en el actor" y la denominada "genérica".

La primera instancia terminó con sentencia del Juzgado de fecha de 10 de junio de mil novecientos cincuenta y siete, la cual declaró no probadas las excepciones propuestas, y rescindido por lesión enorme el contrato de compraventa materia de la litis (dejando a salvo de los demandados el derecho previsto en el artículo 1.948 del Código Civil); condenó a éstos, a restituir a la sucesión de Irene Ferrer viuda de Angel, representada por los demandantes, sus hermanos, y también por los demandados, los bienes que fueron objeto de la compraventa rescindida, e impuso las costas a la parte demandada.

Apelada por ambas partes, el Tribunal la revocó, y en su lugar absolvió a los demandados de todos los cargos de la demanda.

EL RECURSO:

Cuatro cargos, dentro de la causal 1ª del artículo 520 del C. J., se proponen contra la sentencia y se estudian separadamente.

1º Violación de los artículos 1.741, 1.867, 2.594, 2.567 y 2.658 del C. C.

Según el recurrente, la escritura número 1.259 de 16 de febrero de 1954 de la Notaría Primera de Medellín, es nula, pues contiene una venta de todos los bienes de la vendedora, sin especificarlos ni singularizarlos por linderos, siendo éstos requisito indispensable en todos los contratos sobre inmuebles.

Al aceptar el Tribunal que en el texto de la susodicha escritura pública aparece la determinación o singularización de los inmuebles objeto de la compraventa "cometió un error de hecho y un error de derecho. Error de hecho, por cuanto ello pugna con la realidad procesal, o sea el texto de tal instrumento; y error de derecho por cuanto partió de una falsa noción de la ley sustantiva a través de la cual analizó y valoró esa misma prueba. Hubo errónea interpretación e indebida aplicación. Y ese error de hecho y ese error de derecho lo llevaron a violar las normas sustantivas citadas cuyo alcance y cuyo valor jurídico quedan precisados en los apartes anteriores, que son fundamento del cargo".

Y en cuanto a que se hubiera entendido por la vendedora venta de derechos hereditarios en vez de venta de derechos proindiviso radicados en inmuebles, es un punto que requería prueba concreta que no llegó a producirse, pues la escritura habla de venta de los bienes raíces adjudicados a la vendedora en la sucesión de su hijo Julio, de modo que no puede predicarse contraevidencia originaria de error de hecho, ni de la sola escritura es posible deducir el error que ahora se invoca. El problema se reducía a interpretar el significado verdadero de un contrato, y se repite que las partes no han discrepado sobre ello y que la Corte encuentra acertada dicha interpretación.

Respecto a las declaraciones de los testigos citados, se observa:

La sentencia sí analizó tales declaraciones, y expresamente a ellas se refirió diciendo que de su texto no sólo no aparecía la enfermedad mental imputada a la vendedora en el momento del contrato, sino que, por el contrario, resultaba que ella se hallaba en pleno uso de sus facultades intelectuales. Además, a los testimonios de dichas personas, agrega el Tribunal los de Margarita Múnera de Saldarriaga, Cristina Betancur de Betancur y Alicia Angel de Restrepo (no atacados por el recurrente), quienes visitaban con frecuencia a la señora Angel durante su última enfermedad y en ningún momento le notaron alteraciones de orden psíquico, y, por el contrario, pudieron observar su lucidez mental permanente y su trato social no sólo normal sino ameno.

Rafael Montoya Mejía, quien fue el Notario que autorizó la escritura de venta, dice en las dos declaraciones que rindió que en el acto del otorgamiento de ésta Irene Ferrer estaba en pleno uso de sus facultades mentales, lo cual pudo observar el testigo, ya que conversó con ella por espacio de más de diez minutos; que dicha señora le hizo manifestación expresa de su voluntad de celebrar el contrato aludido; que la firma fue puesta por ella, de su puño y letra; y que si bien en un momento llamó a una empleada del servicio para que firmara a ruego por razón de la enfermedad que padecía, el declarante le insistió que firmara ella misma, pues estaba en condiciones de hacerlo, como efectivamente lo hizo. Por último, reitera su concepto de que objetivamente estuvo en capacidad de observar que la señora Ferrer viuda de Angel se hallaba en pleno uso de sus atributos mentales, pues no se dio cuenta de que sufriera ninguna perturbación de esta índole.

El doctor Marcos Robledo, médico que fue du-

rante algún tiempo de la vendedora, rindió dos declaraciones, una a solicitud de cada parte. En la primera de ellas expresa: que por la edad avanzada de la señora viuda de Angel, tenía una merma en su estado psíquico, como en el somático, pero que no observó en ella francos trastornos intelectuales, salvo en aquellos momentos en que se presentaban alteraciones circulatorias cerebrales; que nunca presentó síntomas de demencia senil ni el médico la encontró en estado de síncope; que varias veces la vio en estado lipotímico, provocado por la deficiente circulación cerebral y a consecuencia del cual padecía obnubilación mental y ligera inconciencia, pero bajo la acción del tratamiento recuperaba pronto su lucidez mental; que dejó de ser médico de tal señora un mes más o menos antes de su muerte. En la segunda declaración dice que asistió en su carácter de médico a Irene Ferrer viuda de Angel durante varios años; que las condiciones psíquicas de dicha señora eran normales, expresaba con claridad sus conceptos y nunca observó en ella trastornos de sus facultades intelectuales, morales y afectivas, "tal como sucede por ejemplo, en la demencia senil"; que admiraba en ella esa normalidad por tratarse de una persona de avanzada edad; que se le presentaban con alguna frecuencia lipotimias provocadas por perturbaciones circulatorias cerebrales y durante ellas se observaba obnubilación mental de ligera inconciencia, pero reaccionaba pronto al tratamiento y recuperaba la lucidez.

El doctor Néstor Castro Torrijos, quien también fue médico de la señora Ferrer viuda de Angel durante el último año de su enfermedad y hasta su muerte, expone: que ella siempre disfrutó de su pleno conocimiento y lucidez mental y que con excepción de algunas ocasiones en que se presentaban estados lipotímicos de corta duración, pasados los cuales había restitución íntegra de las facultades mentales, sin dejar lesión orgánica que comprometiese la integridad de aquéllas, la señora referida en todo tiempo conservó su lucidez mental y estuvo en uso de su razón hasta la víspera del fallecimiento.

De las declaraciones anteriores no surge la incapacidad mental de la vendedora para la época del contrato, sino afecciones transitorias que no alcanzan a constituir la incapacidad referida. Además lejos de haberse acreditado que dichos estados anómalos se hubieran producido en la época del otorgamiento de la escritura, de la declaración del Notario y de las personas antes mencionadas, cuyos dichos no se han atacado en

casación, se infiere que tenía plena lucidez en tal ocasión, como lo admitió el Tribunal.

Es cierto que hay nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces, entre las cuales se hallan los dementes conforme a los artículos 1.741 y 1.504 del Código Civil, normas no citadas por el recurrente, pero para ello se requiere que el contratante se encuentre en estado de interdicción judicial o se demuestre que en la época de contratar padecía de enfermedad mental que le impedía el goce de sus facultades de esta índole (C. C. Art. 553).

Las declaraciones aludidas llevaron al Tribunal la convicción de que la señora de Angel estaba en uso de sus facultades intelectuales cuando firmó la escritura de venta, y no aparece que en dicha apreciación, hubiera incurrido en error manifiesto de hecho, pues de su contexto no resulta que en esa fecha padeciera de incapacidad mental que le suprimiera el consentimiento libre. La Corte ha dicho: "Cuando un individuo no está, ni ha estado en interdicción por causa de demencia, no pueden ser declarados nulos sus actos mediante la simple demostración de que tal persona ha sufrido una psicosis; es necesario que se aduzca una doble prueba a saber: a) Que ha habido una perturbación patológica de la actividad psíquica que suprime la libre determinación de la voluntad... o que excluya la capacidad de obrar racionalmente... b) Que esa perturbación patológica de la actividad psíquica fue concomitante a la celebración del contrato" (LXVI, 641).

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Violación de los artículos 1.766, 1.849, 1.857, y 1.458 del C. C.

Según el recurrente, la escritura materia de la es simulada y bajo la apariencia de venta de una donación para los compradores, hijos nos de la vendedora. Considera la demanda casación que ello está demostrado por: las suyas relaciones de parentesco entre los contendientes, la circunstancia de que la vendedora era gravemente enferma en el momento de la escritura, el hecho de que el precio que se dice no apareciera por parte alguna, la forma precipitada como suscribió el instrumento público que contiene la venta, el texto de las cláusulas de ésta que es contradictorio, vago e impreciso, y la convivencia de la vendedora con el comprador, ya que aquélla habitaba en la misma casa de éste y estaba bajo su control, vigilancia y cuidado.

Por tanto, la sentencia incurrió en error de hecho y en error de derecho en la apreciación de la

propia escritura, las partidas y prueba supletoria sobre el estado civil referido, el testimonio de los médicos Marcos Robledo y Néstor Castro Torrijos, el de quienes fueron testigos instrumentales del acto, el dictamen grafológico sobre la firma de la vendedora y la inspección ocular practicada por el Juzgado de primera instancia en la Notaría Primera de Medellín y la absolución de posiciones del demandado Cicerón Angel Ferrer.

Expresa el recurrente: "Incurrió en error de hecho por cuanto el juicio del Tribunal pugna con la realidad procesal, con la lógica conclusión que se desprende del conjunto probatorio, contradicción que es ostensible. E incurrió en error de derecho por cuanto partió de una falsa noción de la ley sustantiva a través de la cual analizó y valoró esas mismas pruebas. Hubo errónea interpretación e indebida aplicación".

El cargo, como los anteriores, no se ciñe a la técnica de casación. Además, por la faz del error de hecho sucede lo siguiente:

El Tribunal encontró no demostrada la simulación a base del razonamiento que en seguida se transcribe:

"Se advierte de los elementos probatorios allegados a los autos que el pacto de compraventa fue celebrado entre la señora Ferrer viuda de Angel y dos de sus hijos; que la vendedora se hallaba en estado de gravedad, minada por la enfermedad que le causó su deceso, y que vivía en la casa de uno de los contratantes. Fuera de éstos indicios no ha hallado la Sala otros elementos de convicción que persuadan que la negociación fue efectivamente simulada. Y como las presunciones son débiles y no aportan el grado de convicción requerido en las disposiciones legales, para que pueda declararse la simulación invocada por los demandantes, sin necesidad de consideraciones de distinto orden estima el Tribunal que el fenómeno simulatorio no aparece establecido en los autos". Es decir, que el Tribunal sí apreció los medios probatorios que el recurrente señala, pero no encontró que ellos constituyeran prueba indiciaria suficiente para acreditar la simulación, o sea que el error de hecho no se produjo, puesto que no hubo ignorancia sobre medios probatorios que obran en el expediente.

En cuanto al error derivado de que de esos elementos de prueba no dedujera el Tribunal fuerza probatoria, es sabido que en este campo el sentenciador de instancia goza de plena autonomía, que la Corte no puede modificar en casación. "Cuando los indicios no son necesarios... el gra-

do de fuerza y su relación más o menos estrecha con el hecho que se trata de demostrar son materia de una apreciación inductiva del juzgador, que escapa a la casación, desde luego que en esa operación de la inteligencia, que es una serie de razonamientos, no puede haber el error evidente... indispensable para poder variar la estimación de la prueba hecha por el sentenciador" (LVII, página 93). "Acepta la Corte que es acto que concierne exclusivamente a la conciencia individual del juzgador la estimación del grado de certidumbre que arroje la prueba indiciaria, lo cual veda que en la mayoría de los casos tal prueba sea revisable en casación, mientras no se demuestre que son falsos los hechos accesorios o se evidencie su falta completa de relación con que el que se pretende dar por establecido. Por eso la Corte, en repetidos fallos ha sentado que la prueba de indicios escapa más que otra alguna en casación al cargo de apreciación indebida o errónea..." (L, página 403).

Por las razones antedichas el cargo no puede prosperar.

4º Violación de los artículos 1.946 y 1.947 del Código Civil.

La demanda de casación considera que los peritos que intervinieron en el avalúo de las cosas enajenadas concluyeron que para la época de la escritura tenían un valor mayor al doble de aquél en que fueron vendidas. Que el dictamen se encuentra explicado y debidamente fundamentado, y proviene de dos peritos. Que dicho dictamen fue objetado por error grave y sin embargo no prosperaron las objeciones. Y que al desestimar el Tribunal para demostrar el fenómeno de la lesión enorme "cometió error de hecho y error de derecho. Error de hecho por cuanto el concepto del Tribunal pugna con la realidad procesal, con el contenido de la prueba pericial que es legal, de un modo manifiesto. Y error de derecho por cuanto partió de una falsa noción de la ley sustantiva a través de la cual analizó y valoró esas mismas pruebas. Hubo errónea interpretación violación de los artículos 721 y 597 del Código Judicial.

Se considera:

Este cargo tampoco se ajusta a la técnica, aunque en menor grado que los otros, ya que se citan disposiciones probatorias como violadas, con lo cual se cumple el requisito indispensable en lo referente al error de derecho invocado.

El Tribunal encontró que el dictamen de los peritos, que realmente concluye en el sentido de

que los bienes vendidos valían más del doble del precio pactado, carece de la debida fundamentación, necesaria para hacer prueba plena. En efecto expresa: "No obstante que los peritos expusieron de modo uniforme, la Sala no acoge el dictamen por estimar que no aparece explicado y debidamente fundamentado y ser estas condiciones necesarias, al tenor del artículo 721 del Código Judicial...". Y agrega que aún aceptándolo, al relacionarlo con la prueba pericial en materia de mejoras practicada en la segunda instancia en el inmueble donde las incorporó Carlos Dualiby, se llega a la conclusión de que la lesión alegada no existió, porque dichas mejoras no pudo tenerlas en cuenta la vendedora en el acto de la celebración del contrato, pues no eran de su propiedad. Y como tales mejoras valían, según dos de los peritos que participaron en dicha prueba \$ 10.000.00 y \$ 9.000.00 respectivamente, este factor le resta mérito al avalúo pericial de la primera instancia y le hace perder eficacia en sus conclusiones.

De esta manera, el Tribunal sí consideró el dictamen lo cual excluye el error de hecho alegado; solamente no le asignó el mérito de prueba plena en vista de que no lo halló debidamente fundamentado, y este factor pertenece a la apreciación soberana del juzgador de instancia y no puede ser variado en casación sino ante la comprobación de error evidente de hecho o de error de derecho. "En innumerables decisiones de la Sala de Casación se ha aceptado la jurisprudencia de que el dictamen pericial cuando es uniforme, explicado y debidamente fundamentado hace plena prueba, pero es necesario que sea debidamente fundamentado. Esta condición la aprecia libremente el juzgador, y el superior (es decir la Corte) no puede variarla sino en tanto que se compruebe que en esa apreciación se incurrió en verdadero error de hecho que aparezca de bulto o de manifiesto en los autos" (LIII, 391; LIV bis, 198; LIX, 839).

Y en cuanto a la segunda faz en que se apoyó el Tribunal, el recurrente no presenta ningún cargo, por lo cual dicho soporte se mantiene, de modo que sería suficiente para sostener la sentencia en esta parte. Se ha dicho por la Corte en varias ocasiones que cuando el fallo recurrido descansa en diversas bases, si deja de atacarse alguna de ellas que sea suficiente para justificarlo, no es posible quebrarlo aunque llegara a prosperar acusaciones en relación con otros fundamentos.

Se observa que la circunstancia de que el dictamen hubiera sido objetado por error grave y no

hubieran prosperado las objeciones, no quiere decir, como lo insinúa el recurrente, que el Tribunal estaba atado a él y no podía apartarse de su contenido. Una cosa es que las objeciones no consigan éxito porque realmente el dictamen no contenga el error que se le imputa, y otra, que carezca de la debida fundamentación. Lo primero se analiza en el fallo del incidente, y hace referencia a situaciones objetivas en relación con las conclusiones; lo segundo se examina al apreciar la prueba, esto es, al sentenciar, y se refiere a las bases o motivación de las conclusiones. El dictamen puede no ser objetivamente equivocado, pero si no está debidamente fundado, no hace prueba plena al tenor del artículo 721 del Código Judicial, punto éste que, como se ha dicho, permanece dentro de la autonomía del Tribunal.

RESOLUCION

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín el veintiséis (26) de febrero de mil novecientos cincuenta y ocho (1958).

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco.
Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Arturo C. Posada.—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge Soto Soto, Secretario.

ACCION DE NULIDAD ABSOLUTA DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA. — INTERES DEL ACREEDOR EN LA ACCION CONTRA SU DEUDOR. — SE RATIFICA LA DOCTRINA SENTADA AL RESPECTO, CON LA ACLARACION DE QUE NO OBSTANTE ESTAR CONSAGRADA LA NULIDAD ABSOLUTA EN INTERES GENERAL DE LA MORAL Y LA LEY, QUIEN QUIERA ALEGARLA CON FUNDAMENTO EN UN INTERES PRIVADO, DEBE DEMOSTRAR QUE ESTE INTERES ES ACTUAL Y POSITIVO, PORQUE SUS DERECHOS SUFRIRIAN MENGUA O LESION POR CAUSA DEL CONTRATO AFECTADO DE NULIDAD. — ESTIMACION Y MERITO DE LAS PRUEBAS PRESENTADAS EN INSPECCIONES OCULARES U OTRAS DILIGENCIAS EN QUE INTERVIENEN LAS PARTES Y EL JUEZ. — ES LEGAL LA PRESENTACION DIRECTA DE LOS INSTRUMENTOS PUBLICOS DURANTE EL TERMINO DE PRUEBAS. — REQUISITOS Y OPORTUNIDAD PARA DARLE MERITO A LAS PARTIDAS SOBRE ESTADO CIVIL ADUCIDAS EN INSPECCIONES OCULARES. — APLICACION PRACTICA DEL ARTICULO 472 DEL C. DE P. CIVIL. — EN CASACION NO SON ADMISIBLES CENSURAS O ATAQUES DE SENTENCIAS FUNDADOS EN CUESTIONES NO CONTROVERTIDAS EN LAS INSTANCIAS. — A TENOR DEL ARTICULO 1.521 DEL C. CIVIL, HAY UN OBJETO ILICITO EN EL OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA DE VENTA DE UN INMUEBLE EMBARGADO, PERO LA FALTA DE INSCRIPCION DEL TITULO NO AFECTA LA ESENCIA DEL CONVENIO. — EL TERCERO PERJUDICADO POR EL ACTO DE SU DEUDOR EN RAZON DEL CONTRATO CELEBRADO POR ESTE, NO ESTA DENTRO DE LA POSIBILIDAD DE HECHO DE REALIZAR LO QUE LA LEY LLAMA "PRESTACIONES MUTUAS". — INTEPRETACION DEL ARTICULO 1.746 DEL C. CIVIL

1. — No siempre fue uniforme el criterio de la Corte respecto a si la sola condición de acreedor constituye interés jurídico para demandar la nulidad o la simulación de los actos ejecutados por el deudor. Se sostuvo en un tiempo que era suficiente con establecer la calidad de acreedor; posteriormente, se afirmó que no solamente era indispensable demostrar esa calidad sino que la enajenación o acto ejecutado por el deudor cause perjuicio al acreedor por la incapacidad de aquél para pagarle total o parcialmente el crédito.

Así, en fallo de 30 de noviembre de 1935 (G. J. número 1.907-1.908, página 400), en cuyo texto se citan sentencias del mismo contenido se expresó:

"La ley, que lejos de fomentar actos o contratos viciosos, antes bien facilita el pronunciamiento de la nulidad que por viciosos los castiga, atribuye, lógicamente, la potestad de alegarla a todo el que tenga interés en ella; tales las palabras del citado artículo 15 (Ley 95 de 1890), sin más excep-

ción que, por vía de sanción personal, la de quien a sabiendas ejecutó el acto o celebró el contrato nulos".

"Tanto el artículo 1.742 del Código Civil como el 15 de la Ley 95 de 1890, que lo reemplaza, al establecer tiempo de alegar la nulidad absoluta han dicho: todo el que tenga interés en ello, y a renglón seguido agrega como única salvedad o cortapisa, 'excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba'.

"Si esta es la única limitación a la amplia frase inmediatamente anterior (todo el que tenga interés en ello) y si donde el legislador no distingue no es dado al juzgador distinguir, se ve con claridad que éste no tiene cómo ni por qué, establecer exclusión distinta, lo que vale como decir que, dando a la palabra interés su sentido legal, ha de reconocérsele al acreedor del que oculta bienes mediante enajenación simulada.

"Imposible negar que cada cual es un in-

interesado en que su deudor tenga respaldo y en que éste no se merme.

“Se ha creído que al acreedor no asiste más acción, como tal, que la consagrada en el artículo 2.491 del Código Civil y que, por tanto, no puede ser oído quien con el sólo título y calidad de acreedor ejercita la acción del citado artículo 15. Pero este concepto es inaceptable. Basta ver que cada una de estas dos disposiciones contempla su caso, distinto del de la otra. El 2.491 mira el perjuicio del acreedor por enajenaciones o gravámenes contratados por su deudor concursado o que ha hecho cesión de bienes, sin detenerse a considerar esa disposición o a exigir que esos contratos en sí mismos tengan o nó determinada condición de validez. El artículo 15 versa sobre nulidad absoluta y confiere la acción consiguiente a todo interesado en ella”.

“... Si nuestra ley separándose de otras legislaciones que atienden de manera más técnica a las consecuencias que se derivan de la naturaleza misma de la nulidad absoluta —establece que sólo puede alegarla el que tiene interés en ello—, obvio es que tal concepto de interés puede y debe tomarse en el sentido más amplio y comprensivo y que consecuentemente, debe admitirse que los acreedores tienen con respecto a la solvencia de su deudor y a la consiguiente posibilidad de hacer embargos que garanticen la efectividad de sus créditos, un interés de esos que la ley exige para poder alegar la nulidad absoluta”.

Posteriormente, la Corte cambió su tesis y afirmó que “no es aceptable que un acreedor pueda ejercitar ilimitada e irrestrictamente las acciones que la ley le ofrece para defender su derecho contra la insolvencia de su deudor: la pauliana, la de simulación o la de nulidad. Es indispensable que tenga interés; pero no el simple y general representado en su calidad de acreedor y consistente en la conveniencia de que el obligado acrezca su capacidad de pago, sino el concreto y real representado en el perjuicio directo y determinado que el acto de enajenación de su deudor le irroga, porque a virtud de él se incapacita para pagarle parcial o totalmente”.

“... Si el demandante no prueba que el acto tachado de nulo o simulado, aminora la capacidad económica del deudor para pagar

sus deudas, es decir, si el acto tachado de nulo o simulado deja en el patrimonio del deudor bienes suficientes con qué pagar el crédito que persigue el acreedor, éste naturalmente no tiene interés ni jurídico ni material, en hacer volver al patrimonio del deudor un bien cuya enajenación no perjudica sus intereses. La palabra interés traída en el artículo 15 de la Ley 95 de 1890, y 2º de la Ley 50 de 1936, no puede tomarse en un sentido amplísimo. Ella ha de interpretarse en un sentido restrictivo; que el acto o contrato tachado de nulo o de simulado produzca la insolvencia total o parcial del deudor, de tal suerte que si ese bien no vuelve a su patrimonio se haga imposible al acreedor la eficacia de su crédito, en todo o en parte”. (G. J. número 2.016, pág. 45). En el mismo sentido, entre otras, pueden verse las siguientes sentencias: Tomo LXVIII, pág. 64, Tomo XLIX, pág. 71, Tomo LXIII, pág. 41, etc.

La Sala acoge y ratifica esta última doctrina, con la aclaración de que en casos como éste corresponde al demandado demostrar que no se afectó su capacidad de pago y su solvencia económica por figurar en su patrimonio otros bienes suficientes para atender a sus compromisos, porque, indudablemente, no obstante estar consagrada la nulidad absoluta en interés general de la moral y la ley, quien quiera alegarla con fundamento en un interés privado, debe demostrar que ese interés es actual y positivo, porque sus derechos sufrirían mengua o lesión por causa del contrato afectado de nulidad.

2.—La ley de procedimientos civiles determina en sus disposiciones el modo de pedir, decretar y practicar pruebas. Al mismo tiempo, generalmente, les fija su valor. Esas normas son de orden público, su cumplimiento obligatorio para el Juez y para las partes. Dentro de esos principios, como cuestión fundamental e ineludible están consagrados los de contradicción y publicidad, base y fundamento de la lealtad entre las partes contendientes y de la igualdad de derechos en el litigio, pues para ninguna de las partes puede existir ni prueba oculta, ni prueba que, por lo menos en principio, no pueda impugnarse. Entre esas normas, el artículo 593 establece que toda decisión judicial, en materia civil, se funda en los he-

chos conducentes de la demanda y de la defensa, si la existencia y verdad de unos y otros aparecen demostrados, de manera plena y completa según la ley, por alguno o algunos de los medios probatorios especificados en el presente Título y conocidos universalmente con el nombre de pruebas.

Luégo, en el artículo 597, se lee la siguiente ordenación:

Para estimar el mérito de las pruebas, éstas han de formar parte del proceso.

1º) Por haberse acompañado a los escritos de demanda o de excepciones, o a las contestaciones respectivas.

2º) Por haberse presentado en inspecciones u otras diligencias en que intervienen el Juez y las partes.

3º) Por haberse pedido dentro de los términos señalados al efecto, y practicado antes de la citación para sentencia, cuando se requiera tal formalidad, y de no, antes de proferirse la correspondiente decisión.

4º) Por haberse decretado sin petición de parte, cuando el Juez tenga esa facultad.

Por modo que debe estimarse el mérito de las pruebas, entre otros casos por el artículo enumerado, cuando se presentan en inspecciones oculares u otras diligencias en que intervienen las partes y el Juez. Eso es lo fundamental, que las partes no desconozcan las pruebas que recíprocamente se presentan para efecto de que puedan gozar de los derechos respectivos dentro del procedimiento civil. Desde luego, la inspección misma es una prueba que tiene por objeto el examen y reconocimiento que, para juzgar con más acierto, hace el Juez, acompañado de peritos o testigos, de cosas o hechos litigiosos relacionados con el debate, según el artículo 724 del citado código, pero es también un medio para aducirlas y estimar su mérito, según el artículo 597.

3.—En caso de duda sobre la oportunidad para darle mérito a las partidas sobre estado civil presentadas en diligencia de inspección ocular, esa duda habría de resolverla la Corte dándole una aplicación práctica al artículo 472 del Código de Procedimiento Civil, en el sentido allí previsto, o sea, de la efectividad de los medios probatorios para sacar adelante los derechos concedidos por la ley sustantiva, siempre que, desde luego, las pruebas que se estudien en un caso concreto, hayan pasado por la oportu-

nidad procesal de la publicidad y de la contradicción para la parte a quien puedan perjudicar.

El artículo 1º del Decreto 243 de 1951 establece la posibilidad de apertura a prueba en la segunda instancia en los juicios ordinarios, "cuando alguno de los interesados solicite la práctica de una inspección ocular"; en consecuencia, en el momento en que por petición de tal naturaleza el Tribunal decreta dicha prueba, es la oportunidad para que la otra parte pueda impugnar la respectiva resolución judicial, de acuerdo con las reglas generales. Si no la impugna o si no prosperan los recursos pertinentes, el decreto queda firme y produce todos sus efectos, por lo cual, en virtud de la preclusión, no procede en casación calificar la procedencia de la prueba producida como consecuencia de dicha orden.

4.—Los funcionarios judiciales deben tener como bases de sus sentencias únicamente las presentadas por las partes en el litigio. En casación no son admisibles censuras o ataques de sentencias fundados en cuestiones no controvertidas en las instancias. Hacerlo, equivale a recibir un medio nuevo, inadmisibles por eso.

5.—Fatalmente, por imperio del artículo 1.521 del Código Civil, hay objeto ilícito en la enajenación de cosas embargadas por decreto judicial. Si la fecha de la escritura que contiene el contrato de enajenación es posterior a la inscripción del embargo del bien compravendido, la nulidad se ha realizado necesariamente. Sólo dos excepciones hay al respecto: que el Juez autorice la venta o que el acreedor consienta en ello. Pero estos extremos deben demostrarse en el juicio.

La falta de inscripción del título no afecta la esencia del convenio; puede restarle fé probatoria al instrumento, pero no acaba con el vínculo contractual creado, ni menos hace desaparecer las contraprestaciones convenidas por los contratantes.

6.—El artículo 1.746 del Código Civil, regula las situaciones de carácter sustancial que se cumplirían entre las partes contratantes cuando una de ellas solicite la declaración de nulidad. Y como el mismo artículo estableció que eso era sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita, aspecto previsto por el artículo 1.525 del

mismo estatuto, al ordenar que no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita, a sabiendas, lógicamente, se deduce que esas disposiciones sólo son aplicables cuando se controvierte la nulidad entre las partes contratantes; pero no, cuando quien la solicita es un tercero en calidad de acreedor, con el objeto de reintegrar el patrimonio de su deudor y obtener la solución de la deuda, quien, por tal circunstancia es tercero también a los efectos que entre las partes puede traer la declaración de nulidad de un contrato, previstos en los artículos 1.525 y 1.746 del Código Civil. Y esto es así, porque el tercero perjudicado por el acto de su deudor en razón del contrato celebrado por éste, no está dentro de la posibilidad de hecho de realizar lo que la ley llama "prestaciones mutuas".

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

(Magistrado ponente: Dr. Enrique Coral Velasco).

ANTECEDENTES

El doctor Olegario Medina, en su propio nombre, inició demanda ordinaria de mayor cuantía, por nulidad absoluta del contrato de compraventa del inmueble "El Feudo"; contenido en la escritura número 1.931 de 1º de abril de 1949, otorgada en la Notaría Segunda de esta ciudad y registrada el 24 de marzo de 1954, contra Alfonso Jiménez, comprador de la finca, y contra el vendedor Francisco Jiménez M., o sea contra la sucesión ilíquida de éste, representada por sus hijos legítimos Alfonso, Francisco y Flavio Jiménez, María Antonia Jiménez de Sánchez y María Teresa Jiménez de Leal, con fundamento en los siguientes hechos:

En el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá, promovió Rafael Jiménez M. unas medidas preventivas contra Francisco Jiménez, y, en ellas, por auto del 25 de febrero de 1948, se decretó el embargo del fundo llamado "El Feudo", situado en jurisdicción del Municipio de Florencia; embargo que telegráficamente se comunicó al Registrador de I. P. P. de ese Circuito, y se ratificó posteriormente por oficio número 90 de 3 de marzo del mismo año. Se cumplió la medida por la inscripción correspondiente realizada el 26

de febrero del citado año en el Libro de Registro de autos de embargos, partida número 4, página 177.

Posteriormente, el 24 de marzo de 1949, el mismo Juzgado decretó el desembargo de la finca mencionada, providencia confirmada por el Tribunal el 25 de mayo de tal año. Al volver el asunto al Juzgado de origen y una vez ejecutoriada la providencia de obediencia, el Juez comunicó al Registrador el desembargo del inmueble por oficio número 298 de 22 de junio de 1949.

Mientras se sucedían los hechos anteriores Francisco Jiménez M. vendió a su hijo Alfonso Jiménez Bernal el inmueble embargado, por escritura pública número 1.931 de 1º de abril de 1949, pasada en la Notaría Segunda de Bogotá, con nota de registro de 24 de marzo de 1954.

A su vez, el doctor Olegario Medina, actor de este juicio, adelantaba contra Francisco Jiménez, acción ejecutiva por suma de pesos, por concepto de honorarios profesionales causados en defensa de ese mismo inmueble, en cuyo procedimiento (el ejecutivo) se pidió y decretó embargo por auto de 10 de junio de 1949, providencia comunicada por telegrama número 284, confirmado por oficio número 286, ambos de 20 de junio de 1949. Conviene advertir que el embargo solicitado por el doctor Medina a que se hace referencia, sólo se comunicó al Registrador el 22 de junio de 1949.

"Conocidos estos antecedentes —afirma el actor de este juicio—, ocurrió lo siguiente: El Registrador de Florencia, sin que el señor Juez Quinto Civil de este Circuito le hubiera pedido la devolución de los documentos sobre orden de embargo; los devolvió, sin obedecerlos, al Juzgado de origen. Pero aunque el Registrador afirmó esa devolución, es lo cierto que hasta hoy esos documentos no han regresado al Juzgado Quinto mencionado. Pero cuando el Registrador dice que devolvió esos documentos, entonces sí recibió primero la orden de desembargo y luego la escritura de compraventa número 1.931, del señor Alfonso Jiménez que los llevaba en el bolsillo y los registró en su orden como quedan enunciados. Con esta jugada el Registrador intentó burlar la ley, pero no lo consiguió, porque el Juez Quinto Civil del Circuito repitió la orden del embargo y el inmueble quedó y está embargado, como se verá en su tiempo".

Con posterioridad a la celebración de la escritura 1.931, el vendedor don Francisco Jiménez M., murió, el 6 de septiembre de 1949. A su muerte quedaron como hijos legítimos doña Alejandrina

Jiménez de Leal, vecina de Tunja; doña María Antonia Jiménez viuda de Sánchez, don Alfonso y don Francisco, vecinos de Bogotá.

En la demanda de este juicio se pide declarar la nulidad absoluta del contrato de compraventa contenido en la escritura número 1.931 de 1º de abril de 1949; nulidad del registro de la escritura efectuado en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Florencia, Comisaría Especial del Caquetá; y, subsidiariamente, nulidad absoluta del registro de la escritura número 1.931, por haberlo hecho el Registrador de Florencia "teniendo en sus manos la orden del nuevo embargo dada por el Juez Quinto del Circuito en el telegrama y en oficio de 20 de junio de 1949, mencionados en el hecho séptimo de esta demanda"; para el caso de que se nieguen las peticiones anteriores se solicita fallo declaratorio de nulidad absoluta del contrato de compraventa contenido en la escritura 1.931, "por carencia de causa real o de precio pagado, que era la causa que inducía la compraventa del inmueble El Feudo".

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez del conocimiento profirió sentencia de primer grado y declaró probada la excepción perentoria de ilegitimidad de personería sustantiva de la parte demandada y, en consecuencia, absolvió a los demandados de los cargos contra ellos formulados.

Para llegar a esas conclusiones, el Juez tuvo en cuenta que la demanda se dirigió contra Alfonso Jiménez como comprador del inmueble y contra la sucesión ilíquida del vendedor Francisco Jiménez Medina, representada por sus hijos antes nombrados, pero cuya calidad de representantes legítimos no fue demostrada en la primera instancia porque solamente fueron traídas al juicio las partidas de nacimiento, y no la del matrimonio de los padres.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

El Tribunal Superior de Bogotá, por sentencia de 13 de septiembre de 1956, revocó la de primer grado y declaró nulo, de nulidad absoluta, el contrato de compraventa contenido en la escritura tantas veces referida: como consecuencia decretó la cancelación de la inscripción de esa escritura para que en su lugar quedase vigente la anterior a nombre de Francisco Jiménez M. y, por fin, ordenó cancelar la inscripción de la demanda.

En esta instancia se pidió la práctica de inspección ocular que, en oportunidad procesal decretó el Tribunal, por cuyo medio se comprobó la existencia de la partida eclesiástica del matrimonio de Francisco Jiménez Medina con Lucrecia Bernal y del juicio de sucesión del primero de los nombrados, en curso entonces, en el Juzgado Tercero del Circuito de Bogotá. En el juicio sucesorio aparece o consta reconocimiento de herederos del causante: Flavio, Teresa Alejandrina y María Antonia Jiménez, en su condición de hijos legítimos.

Las partidas referidas, además, las presentadas en primera instancia y la copia del auto de reconocimiento de herederos proferido en el juicio de sucesión, acreditaron ante el Tribunal la representación de la sucesión demandada en este juicio, porque para él, la manera, modo y oportunidad de presentar la prueba, que lo fue dentro de inspección ocular, es tiempo adecuado para aducirla.

Como síntesis de su criterio, el Tribunal afirma lo siguiente:

"En el presente caso, como se ha visto, el fracaso de la acción en la primera instancia, obedeció a la ausencia de unas pruebas que obviamente ha debido presentar la parte actora. Esta decisión debería confirmarse, si el artículo 758 del Código Judicial tal como quedó después de la aludida reforma, fuese igual al 505 de la misma obra, pues en tal caso el demandante no habría podido corregir el error en que incurrió al no haber aducido en primera instancia las pruebas que con razón echó de menos el inferior.

"Sin embargo, dada la naturaleza de la prueba pericial (sic) y la amplitud que a ella le concede la ley como medio de convicción para acreditar "cosas o hechos litigiosos o relacionados con el debate", no halla el Tribunal motivo jurídico suficiente para desestimar las pruebas que por ese medio se trajeron al juicio en esta instancia. Ni aún una rigurosa y estricta interpretación del artículo que informó la modificación del artículo 758 del Código Judicial permite prescindir de unos elementos probatorios así aducidos, puesto que si esa hubiese sido la intención del reformador, le habría bastado con reproducir textualmente el referido artículo 505, es decir, sin agregar el caso de que uno de los interesados solicite la práctica de una inspección ocular, a aquellos únicos que permiten la posibilidad de que haya término probatorio en la apelación de sentencias dictadas en juicio ordinario.

"En consecuencia, la Sala se ve precisada a estimar como demostrada la personería de aquellos

a quienes en la demanda se señaló como representantes de la sucesión ilíquida del señor Francisco Jiménez M. con la inspección ocular practicada en esa instancia, de cuyo resultado arriba se hizo mérito".

DEMANDA DE CASACION

"Invoco como causales de casación, dice el recurrente, la primera de las enumeradas en el artículo 520 del Código Judicial, pues la sentencia recurrida viola la ley sustantiva, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea; violación de la ley que proviene de la apreciación de las pruebas que existen en el expediente, como en motivos separados, me propongo demostrarlo".

El recurrente concretó en seis motivos los cargos tendientes a quebrantar la sentencia de segunda instancia. Pero, como por mandato legal (artículo 537 del Código Judicial) deben examinarse los cargos en orden lógico, la Corte principia por el 2º, en el cual se afirma que "el Tribunal quebrantó en la sentencia recurrida el artículo 2º de la Ley 50 de 1936 en relación con el artículo 2.488 del Código Civil", porque de existir tal quebrantamiento, vale decir, de no estar demostrado el interés del demandante en este juicio, indudablemente la sentencia del Tribunal sería casable.

Para el recurrente, el demandante carece de interés jurídico, porque, en síntesis, sin embargo de ser acreedor y, por eso, con derecho para perseguir todos los bienes que formen el patrimonio de su deudor, no demostró que con el acto ejecutado por el deudor hubiese menguado su capacidad de pago de manera notoria o hubiese caído en insolvencia. Es decir, que no está establecido que el deudor no tuviera otros bienes distintos de la finca "El Feudo" con los cuales hubiese podido responder al pago del crédito del demandante Olegario Medina.

Y concluye cómo el Tribunal, "al dar por demostrado un hecho que no tiene elementos probatorios en el expediente, incurrió en un verdadero error de hecho, lo que lo llevó a quebrantar las disposiciones legales citadas".

A su vez, el juzgador de instancia, dijo lo siguiente al respecto:

"El interés jurídico del actor para promover la acción propuesta no puede ponerse en duda, porque de autos está plenamente probado, con la copia del mandamiento ejecutivo correspondiente librado el 16 de diciembre de 1948, por el Juez

Quinto Civil de este Circuito, que el señor Francisco Jiménez M. era deudor del doctor Olegario Medina por la cantidad de \$ 25.000.00 y sus intereses desde cuando se hicieron exigibles. (Cfr. Cuaderno número 2, folios 82 y 83). La parte demandada no infirmó esa prueba ni se preocupó por demostrar que la referida obligación a cargo de su causante hubiera sido cancelada. Ese interés así demostrado, le permite al demandante, según el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, solicitar la declaratoria de nulidad absoluta del contrato celebrado mediante la escritura pública número 1.931 otorgada el 1º de abril de 1949 en la Notaría Segunda de Bogotá".

Se considera:

No va bien con las exigencias técnicas del recurso de casación, la manera como está concebido este cargo y, en general, toda la demanda; pero, en casos como el presente, la Sala, con criterio de amplitud, procede al estudio de ellos, prescindiendo de los defectos de forma de la demanda de censura.

No siempre fue uniforme el criterio de la Corte respecto a si la sola condición de acreedor constituye interés jurídico para demandar la nulidad o la simulación de los actos ejecutados por el deudor. Se sostuvo en un tiempo que era suficiente con establecer la calidad de acreedor; posteriormente, se afirmó que no solamente era indispensable demostrar esa calidad sino que la enajenación o acto ejecutado por el deudor cause perjuicio al acreedor por la incapacidad de aquél para pagarle total o parcialmente el crédito.

Así, en fallo de 30 de noviembre de 1935 (G. J. número 1.907-08, página 400), en cuyo texto se citan sentencias del mismo contenido, se expresó:

"La ley, que lejos de fomentar actos o contratos viciosos, antes bien facilita el pronunciamiento de la nulidad que por viciosos los castiga, atribuye, lógicamente, la potestad de alegarla a todo el que tenga interés en ello; tales las palabras del citado artículo 15, sin más excepción que, por vía de sanción personal, la de quien a sabiendas ejecutó el acto o celebró el contrato nulos".

"Tanto el artículo 1.742 del Código Civil como el 15 de la Ley 95 de 1890, que lo reemplaza, al establecer quien puede alegar la nulidad absoluta han dicho: todo el que tenga interés en ello, y a renglón seguido agregan como única salvedad o cortapisa, 'excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba'.

"Si esta es la única limitación a la amplia frase inmediatamente anterior (todo el que tenga in-

terés en ello), y si donde el legislador no distingue no es dado al juzgador distinguir, se ve con claridad que éste no tiene cómo ni por qué, establecer exclusión distinta, lo que vale como decir que, dando a la palabra interés su sentido legal, ha de reconocérsele al acreedor del que oculta bienes mediante enajenación simulada.

“Imposible negar que cada cual es un interesado en que su deudor tenga respaldo y en que éste no se merme.

“Se ha creído que al acreedor no asiste más acción, como tal, que la consagrada en el artículo 2.491 del Código Civil y que, por tanto, no puede ser oído quien con el solo título y calidad de acreedor ejercita la acción del citado artículo 15. Pero este concepto es inaceptable. Basta ver que cada una de estas dos disposiciones contempla su caso, distinto del de la otra. El 2.491 mira el perjuicio del acreedor por enajenaciones o gravámenes contratados por su deudor concursado o que ha hecho cesión de bienes, sin detenerse a considerar esa disposición o a exigir que esos contratos en sí mismos tengan o no determinada condición de validez. El artículo 15 versa sobre nulidad absoluta y confiere la acción consiguiente a todo interesado en ello”.

“... Si nuestra ley separándose de otras legislaciones que atienden de manera más técnica a las consecuencias que se derivan de la naturaleza misma de la nulidad absoluta —establece que sólo puede alegarla el que tiene interés en ello—, obvio es que tal concepto de interés puede y debe tomarse en el sentido más amplio y comprensivo y que consecuentemente, debe admitirse que los acreedores tienen con respecto a la solvencia de su deudor y a la consiguiente posibilidad de hacer embargos que garanticen la efectividad de sus créditos, un interés de esos que la ley exige para poder alegar la nulidad absoluta”.

Posteriormente, la Corte cambió su tesis y afirmó que “no es aceptable que un acreedor pueda ejercitar ilimitada e irrestrictamente las acciones que la ley le ofrece para defender su derecho contra la insolvencia de su deudor: la pauliana, la de simulación o la de nulidad. Es indispensable que tenga interés; pero no el simple y general representado en su calidad de acreedor y consistente en la conveniencia de que el obligado acrezca su capacidad de pago, sino el concreto y real representado en el perjuicio directo y determinado que el acto de enajenación de su deudor le irroga, porque a virtud de él se incapacita para pagarle parcial o totalmente”.

“... Si el demandante no prueba que el acto

tachado de nulo o simulado, aminora la capacidad económica del deudor para pagar sus deudas, es decir, si el acto tachado de nulo o simulado deja en el patrimonio del deudor bienes suficientes con que pagar el crédito que persigue el acreedor, éste naturalmente no tiene interés, ni jurídico ni material, en hacer volver al patrimonio del deudor un bien cuya enajenación no perjudica sus intereses. La palabra interés traída en el artículo 15 de la Ley 95 de 1890, y 2º de la Ley 50 de 1936, no puede tomarse en un sentido amplísimo. Ella ha de interpretarse en un sentido restrictivo; que el acto o contrato tachado de nulo o de simulado produzca la insolvencia total o parcial del deudor, de tal suerte que si ese bien no vuelve a su patrimonio se haga imposible al acreedor la eficacia de su crédito, en todo o en parte”. (G. J. número 2.016, página 45). En el mismo sentido, entre otras, pueden verse las siguientes sentencias: Tomo LXVII, página 64, Tomo XLIX, página 71, Tomo LXII, página 41, etc.

La Sala acoge y ratifica esta última doctrina, con la aclaración de que en casos como éste corresponde al demandado demostrar que no se afectó su capacidad de pago y su solvencia económica por figurar en su patrimonio otros bienes suficientes para atender a sus compromisos, porque, indudablemente, no obstante estar consagrada la nulidad absoluta en interés general de la moral y la ley, quien quiera alegarla con fundamento en un interés privado, debe demostrar que ese interés es actual y positivo, porque sus derechos sufrirían mengua o lesión por causa del contrato afectado de nulidad.

Concretamente, en el expediente, así el Tribunal no hubiese citado sino uno de los elementos probatorios que determinaron su convicción, existen bases suficientes para establecer el interés jurídico del demandante en la declaratoria de nulidad, pues la insolvencia del deudor fue afirmada por el actor del juicio en el hecho 10 de la demanda y demostrado con el contrato celebrado entre Jiménez M. y Olegario Medina, el 22 de enero de 1943, de cuyo texto se ve claramente que las partes contratantes convinieron en que el segundo se pague preferencialmente con el fundo “El Feudo”, los honorarios causados por sus gestiones profesionales en el juicio reivindicatorio del mismo inmueble a nombre de Jiménez M. De tal manera que, en cierto modo, se afectó el inmueble, por razón del convenio, al pago de los honorarios, al cumplimiento de la obligación, de donde emerge el interés jurídico del demandante.

Por lo dicho, se rechaza el cargo.

SEGUNDO MOTIVO

"El Tribunal quebrantó en la sentencia recurrida lo establecido en los artículos 597, numerales 1º y 2º, 636 y 724 del Código Judicial, el artículo 1º del Decreto Ley número 243 de 1951, numeral 4º y los artículos 1.155, 1.757, 1.758, 1.770 del Código Civil, el artículo 22 de la Ley 57 de 1887".

La violación de medio la funda el recurrente en que, la inspección ocular practicada en segunda instancia no podía servir de conducto para aducir al juicio las pruebas del estado civil que el Juez echó de menos en la primera, y que, como esas pruebas son documentos auténticos, debieron allegarse al juicio en la forma prevista por el artículo 636 del Código Judicial, expedidas de conformidad con la Ley 57 de 1887, por la autoridad eclesiástica respectiva.

Además, afirma que "la inspección ocular que puede practicarse en la segunda instancia en un juicio ordinario, tiene hoy como lo ha tenido siempre, la naturaleza y contenido que le señala el artículo 724 del Código Judicial, sin ampliación de ninguna naturaleza, y tiene por objeto allegar al juicio elementos de convicción que no estén constituidos como prueba antes del juicio, por eso la inspección ocular tiene por objeto formar una prueba, no buscar copia de elementos de prueba preconstituídos, porque la ley ha establecido normas especiales para hacer llegar al juicio todo elemento probatorio preconstituído".

El Tribunal dedicó buena parte de su sentencia al estudio de este aspecto del problema, en términos antes copiados y concluyó por aceptar la prueba realizada por medio de inspección ocular.

Se considera:

La ley de procedimientos civiles determina en sus disposiciones el modo de pedir, decretar y practicar pruebas. Al mismo tiempo, generalmente, le fija su valor. Esas normas son de orden público, su cumplimiento obligatorio para el Juez y para las partes. Dentro de esos principios, como cuestión fundamental e ineludible están consagrados los de contradicción y publicidad, base y fundamento de la lealtad entre las partes contendientes y de la igualdad de derechos en el litigio, pues para ninguna de las partes puede existir ni prueba oculta, ni prueba que, por lo menos en principio, no pueda impugnarse. Entre esas normas, el artículo 593 establece que toda decisión judicial, en materia civil, se funda en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, si la existencia y verdad de unos y otros aparecen demostrados, de manera plena y completa según la

ley, por alguno o algunos de los medios probatorios especificados en el presente Título y conocidos universalmente con el nombre de pruebas.

Luégo, en el artículo 597, se lee la siguiente ordenación:

Para estimar el mérito de las pruebas, éstas han de formar parte del proceso.

1º Por haberse acompañado a los escritos de demanda o de excepciones, o a las contestaciones respectivas.

2º Por haberse presentado en inspecciones u otras diligencias en que intervienen el Juez y las partes.

3º Por haberse pedido dentro de los términos señalados al efecto, y practicado antes de la citación para sentencia, cuando se requiera tal formalidad, y de no, antes de proferirse la correspondiente decisión.

4º Por haberse decretado sin petición de parte, cuando el Juez tenga esa facultad.

Por modo que debe estimarse el mérito de las pruebas, entre otros casos por el artículo enumerado, cuando se presentan en inspecciones oculares u otras diligencias en que intervienen las partes y el Juez. Eso es lo fundamental, que las partes no desconozcan las pruebas que recíprocamente se presentan para efecto de que puedan gozar de los derechos respectivos dentro del procedimiento civil. Desde luego, la inspección misma es una prueba que tiene por objeto el examen y reconocimiento que, para juzgar con más acierto, hace el Juez, acompañado de peritos o testigos, de cosas o hechos litigiosos relacionados con el debate, según el artículo 724 del citado código, pero es también un medio para aducirlas y estimar su mérito, según el artículo 597.

Se niega por el recurrente la posibilidad de aducir instrumentos públicos en la oportunidad del inciso 2º del artículo 597, porque para él, eso solamente puede hacerse de acuerdo con el artículo 636 del Código Judicial, y por eso impugna el fallo de segundo grado.

En sentencia de 24 de junio de 1954, tuvo la Corte ocasión para estudiar esos aspectos y dijo entonces:

"Las oportunidades determinadas en el artículo 597 persiguen la igualdad de las partes en el proceso, y de consiguiente, la lealtad que debe inspirar la producción de sus pruebas, de manera que no haya forma o proceder imprevisos, contra los cuales no puedan reaccionar eficazmente. Se trata de una norma de igualdad en el campo procesal, conforme a la cual las partes se mueven en un mismo plano de idénticas prerrogati-

vas; ambas disponen por igual de los mismos medios de ataque y defensa y ninguna puede sorprender a la otra haciendo uso de recursos inusitados; en una palabra, de una regla de equidad procesal. Por tanto, si la aducción directa de instrumentos en el término de prueba, con citación de la parte contraria y asentimiento de la misma, responde a estos motivos —que no son otros que los que inspiran el artículo 597— no hay duda que ello es justo, porque se trataría en último análisis de aplicar el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, que consagra la regla de interpretación de la analogía, ya que a una misma situación de hecho debe corresponder la misma situación de derecho....”

“...3º Siendo así que según el ordinal 2º del artículo 597, se pueden presentar toda clase de pruebas en las inspecciones oculares, las cuales se practican generalmente aún después de vencido el término probatorio, no se ve la razón para que no sea posible hacerlo dentro del término mismo, máxime que en este último caso más garantías tiene la parte contra quien se aduce, para comprobar o pedir que se solicite la copia a la respectiva oficina”.

Y después de hacer otras consideraciones, concluyó de la siguiente manera:

“A. Que el artículo 630 del Código Judicial relativo a la manera como debe presentarse la escritura pública para que sea estimada como prueba, no es excepción a la norma del artículo 636, ya que la aducción directa se predica en el presente fallo de todo instrumento público, caso en el cual no puede tratarse de excepción a un texto que se refiere a los instrumentos públicos.

“B. Se trata, simplemente, de que al lado de las oportunidades señaladas en los artículos 597 y 636 del Código Judicial, hay otra, en la cual concurren las mismas razones de hecho, cual es la de la presentación directa de los instrumentos públicos en el término de pruebas, con citación de la parte a quien se oponen”. (G. J. número 2.142, pág. 853 y ss.).

Por lo demás, aún en caso de duda sobre la oportunidad para darle mérito a las partidas sobre estado civil, que es el pensamiento del recurrente, esa duda habría de resolverla la Corte dándole una aplicación práctica al artículo 472 del Código de Procedimiento Civil, en el sentido allí previsto, o sea, de la efectividad de los medios probatorios para sacar adelante los derechos concedidos por la ley sustantiva, siempre que, desde luego, las pruebas que se estudien en un caso concreto, como en el presente, hayan pasado por la

oportunidad procesal de la publicidad y de la contradicción para la parte a quien puedan perjudicar. Así sucedió aquí, y sobre la autenticidad de las partidas de estado civil no hay cargo alguno que permita sospechar de ellas.

Respecto a la violación del artículo 1º del Decreto 243 de 1951, se observa: Dicha norma establece la posibilidad de apertura a prueba en la segunda instancia de los juicios ordinarios, “cuando alguno de los interesados solicite la práctica de una inspección ocular”; en consecuencia, en el momento en que por petición de tal naturaleza el Tribunal decreta dicha prueba, es la oportunidad para que la otra parte pueda impugnar la respectiva resolución judicial, de acuerdo con las reglas generales. Si no la impugna o si no prosperan los recursos pertinentes, el decreto queda firme y produce todos sus efectos, por lo cual, en virtud de la preclusión, no procede en casación calificar la procedencia de la prueba producida como consecuencia de dicha orden.

Por tanto, no hubo violación de los artículos 1.155, 1.757, 1.758, 1.770 del Código Civil y 22 de la Ley 57 de 1887, y, el cargo se rechaza.

TERCER MOTIVO.— “El Tribunal quebrantó en la sentencia recurrida el contenido de los artículos 1.521, numeral 3º, 1.741, 2.594 y 2.569 del Código Civil y el artículo 222 del Código Judicial. El Tribunal en la sentencia acusada parte de la base de que la finca vendida en la escritura pública número 1.931 de fecha 1º de abril de 1949, extendida en la Notaría Segunda de esta ciudad, es idéntica a la embargada por Rafael Jiménez en las medidas preventivas seguidas contra Francisco Jiménez Medina en el Juzgado Quinto de este Circuito, y este supuesto es absolutamente inexacto, como paso a demostrarlo”.

Los funcionarios judiciales deben tener como bases de sus sentencias únicamente las presentadas por las partes en el litigio. En casación no son admisibles censuras o ataques de sentencias fundados en cuestiones no controvertidas en las instancias. Hacerlo, equivale a recibir un medio nuevo, inadmisibles por eso.

No se discutió en ningún momento del juicio sobre la identidad del bien vendido con el bien embargado a que alude el recurrente y, por eso, esta cuestión de hecho constituiría medio nuevo en casación, no aceptable por esa sola razón.

CUARTO MOTIVO.— “El Tribunal quebrantó en la sentencia acusada el contenido del artículo

1.521, numeral 3º, 1.741, 2.610, 2.611, 2.612, 2.640, numeral 4º, y 2.676 del C. C.

“En el supuesto de que realmente la finca que fue objeto del contrato celebrado entre Francisco Jiménez Medina y Alfonso Jiménez Bernal fuera la misma comprendida en el embargo preventivo seguido por Rafael Jiménez contra Francisco Jiménez y por cuanto según las pruebas traídas a los autos, cuando se otorgó la escritura pública número 1.931 de 1º de abril de 1949, la cancelación del embargo había sido decretada por el Juez Quinto del Circuito en providencia de 24 de marzo del mismo año de 1949, aunque tal providencia no estuviera en firme en la fecha en que se otorgó la escritura, con todo la nulidad del contrato no existe, porque como se lee en la providencia en la cual se decretó el desembargo fue la de que se había negado la ejecución pedida por Rafael Jiménez contra Francisco Jiménez Medina, es decir que en las diligencias sobre embargo preventivo no había un acreedor cuyo derecho se tratara de garantizar con la medida cuya terminación se ordenó”.

Se considera:

El Tribunal sentenciador hizo la relación cronológica de los dos embargos de la finca “El Feudo” en presencia de la fecha de la escritura de compraventa número 1.931 de 1º de abril de 1949, e infiere, cómo el contrato mencionado se realizó cuando estaba vigente el primer embargo, pues, la escritura tiene la fecha citada (1º de abril de 1949), y la inscripción del embargo se hizo el 10 de junio de 1948.

Mal puede haber error por parte del Tribunal, pues su apreciación es como sigue:

“A la parte actora le basta demostrar —como lo hizo— que se decretó el embargo de la varias veces mencionada finca “El Feudo” con anterioridad a la venta que de la misma hizo su dueño, para impetrar la correspondiente declaratoria de nulidad. Quedan los demandados a quien (sic) les correspondía demostrar lo contrario o al menos, que cuando la venta se realizó la traba decretada ya no tenía vigencia. Nada de ello hicieron y por tanto la acción estaba llamada a prosperar, máxime como se vio anteriormente, el desembargo del inmueble sólo pudo haberse comunicado más de dos meses después de haber sido otorgada la escritura de venta.

“Por último conviene tener en cuenta el reparo que formula el demandado Alfonso Jiménez, en cuanto a que la nota de registro de la escritura de compraventa atacada es posterior a la notificación de la demanda. En efecto, aparece fechada

el 24 de marzo de 1954 y la última notificación del libelo corregido se hizo el 14 de enero del mismo año.

“La Sala considera que la fecha de inscripción de un título de esta naturaleza nada tiene que ver con el contrato mismo, porque la compraventa de inmuebles se perfecciona simplemente con el otorgamiento de la escritura pública. El registro es apenas el pago de la obligación de dar (sic) que surge de tal contrato y no, como ocurre por ejemplo, con la hipoteca, parte de la solemnidad que establece la ley para el perfeccionamiento del acto jurídico. En estas condiciones, en la compraventa de inmuebles el registro de la escritura, aunque consecencialmente, es del todo indispensable a aquella, y como la nulidad se predica del contrato, el cual se perfeccionó con el cumplimiento de la solemnidad o sea, del otorgamiento de la escritura pública, la fecha de la inscripción no lo afecta en forma alguna. Por otra parte, tampoco demostraron los demandados que cuando esta última se produjo, ya se hubiera levantado el embargo que pesaba sobre la finca”.

Fatalmente, por imperio del artículo 1.521 del Código Civil, hay objeto ilícito en la enajenación de cosas embargadas por decreto judicial. Si la fecha de la escritura que contiene el contrato de enajenación es posterior a la inscripción del embargo del bien compravendido, la nulidad se ha realizado necesariamente. Sólo dos excepciones hay al respecto: que el Juez autorice la venta o que el acreedor consienta en ello. Y estos extremos no están demostrados en el juicio.

La falta de inscripción del título no afecta la esencia del convenio; puede restarle fé probatoria al instrumento, pero no acaba con el vínculo contractual creado, ni menos hace desaparecer las contraprestaciones convenidas por los contratantes.

“Para la Corte, no existe la menor duda que el sentido y alcance del citado texto, (1.521 del Código Civil) son los de prohibir todo acto por el cual se disponga del bien embargado para hacerlo salir del patrimonio de la persona que figura como dueña. Ahora bien: la transferencia del dominio del inmueble a virtud de venta, se verifica con el concurso de los dos actos consecuentes y sucesivos: el contrato mediante escritura pública y su registro. Tanto el primero como el segundo son indispensables para surtir esos efectos. Por tanto, en virtud de la terminante y genérica prohibición de enajenar las cosas embargadas, los dos actos, el contrato de venta y su registro, quedan afectados por ilicitud, en el caso

de que se realicen sobre un bien embargado. De lo contrario, sería necesario admitir que el registro es completamente independiente del contrato, lo que no es posible, ya que para llevar a cabo aquél, es indispensable haber celebrado éste mediante escritura pública". (G. J. Tomo LXXII, pág. 12).

Por lo tanto, se rechaza también este cargo.

QUINTO MOTIVO.—"El Tribunal quebrantó en la sentencia acusada el contenido de los artículos 1.495 y 1.500 en relación con el artículo 756 del C. C.

"Sabido es que la celebración de un contrato aun cuando éste sea solemne, sólo impone a las partes que lo celebran, obligaciones, y en tratándose de un contrato de compraventa, para que se pueda adquirir el dominio de la cosa vendida es preciso que se efectúe la tradición, la que en lo referente a inmuebles se hace por medio de la inscripción en la oficina de registro, como terminantemente lo dice el artículo 756 de la obra citada".

Este cargo es prácticamente igual al anterior y le son aplicables esos argumentos. Que la inscripción del contrato de compraventa tenga la virtud de transferir el dominio, no le quita al contrato contenido en escritura pública el efecto de realizar la enajenación y, como el artículo 1.521 del Código Civil al predicar la nulidad por objeto ilícito no hace otra distinción que la que antes se vio, no cabe el argumento de que el documento público no estuviera inscrito como circunstancia indispensable para decretar la nulidad.

Igualmente se rechaza el cargo.

SEXTO MOTIVO.—"El Tribunal violó en la sentencia acusada el contenido de los artículos 1.525 y 1.746 del C. C."

"Conforme lo establece el artículo 1.746 del Código Civil, al pronunciarse la nulidad de un acto o contrato en sentencia que tenga la fuerza de cosa juzgada, da a las partes el derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiera existido el acto o contrato nulo, sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita. El artículo 1.525 de la misma obra dice que no podrá repetirse lo que haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas".

Se considera:

No hay quebrantamiento por parte del Tribunal de los artículos citados por el recurrente, porque, el artículo 1.746, otorga a las "partes" el derecho para ser restituidas al mismo estado en que se

hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita. Y en el aparte 2º habla de las restituciones mutuas que hayan de hacerse los "contratantes" en virtud de este pronunciamiento, etc.

Claramente se infiere que el artículo regula las situaciones de carácter sustancial que se cumplirían entre las partes contratantes cuando una de ellas solicite la declaración de nulidad. Y como el mismo artículo estableció que eso era sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita, aspecto previsto por el artículo 1.525 del Código Civil, al ordenar que no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita, a sabiendas, lógicamente, se deduce que esas disposiciones sólo son aplicables cuando se controvierte la nulidad entre las partes contratantes; pero no, cuando quien la solicita es un tercero en calidad de acreedor, con el objeto de reintegrar el patrimonio de su deudor y obtener la solución de la deuda, quien, por tal circunstancia es tercero también a los efectos que entre las partes puede traer la declaración de nulidad de un contrato, previstos en los artículos citados por el recurrente. Y esto es así, porque el tercero perjudicado por el acto de su deudor en razón del contrato celebrado por éste, no está dentro de la posibilidad de hecho de realizar lo que la ley llama "prestaciones mutuas".

Se rechaza el cargo.

RESOLUCION

En razón de las consideraciones anteriores, 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 13 de septiembre de 1956, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá.

Costas a cargo del recurrente.

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

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco. Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Gustavo Salazar Tapiero—Antonio Rocha, Conjuez. Jorge Soto Soto, Secretario.

SIMULACION. — LEGITIMACION EN CAUSA DEL HEREDERO PARA IMPUGNAR LOS NEGOCIOS SIMULADOS DE QUE FUE PARTE EL CAUSANTE. — RESTRICCIÓN PROBATORIA. — CASO EN QUE EL ACTO SIMULADO SE IMPUGNA POR DESMEJORAR LAS LEGITIMAS. — SE CORROBORA LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SOBRE EL CAMPO EN QUE SE MUEVE, SEGUN LAS HIPOTESIS, LA PRUEBA DE LA SIMULACION

Si del carácter de heredero se trata, su legitimación en la causa no difiere de la del causante por efecto real inmediato, directo, natural y obvio del derecho de recibir por sucesión exactamente lo mismo que el difunto tuviera. Basta enunciar al respecto que nadie puede transmitir más de lo que tiene. Hay identidad jurídica entre causante y causahabiente y eso es lo que significa suceder: quedar colocado en el mismo lugar que otro ocupara.

Claro es que en principio puede existir interés jurídico en el heredero para impugnar por simulación actos o negocios en que el causante hubiese figurado como parte. Pero ese interés coincide integralmente con el mismo que tendría el causante si viviera, con las mismas ventajas, pero también con las mismas limitaciones para hacerlo valer ante la justicia, primera y principalmente por lo que respecta al problema probatorio vinculado a los soportes del plano de seguridad en que deben moverse las transacciones.

Así como el causante no podría contradecir la fé debida a la escritura pública sino dentro del marco de prueba literal, confesión de la contraparte o principio de prueba por escrito debidamente complementado, el causahabiente no puede recibir por herencia sino esa misma situación. La realidad jurídica así lo exige y repugnaría admitir que la sucesión mejorara en cualquiera forma el derecho transmitido. Por lo que es preciso entender también que si en favor del causante existía el tratamiento de excepción por imposibilidad física o moral de obtener contraescritura como prueba de la simulación entre las partes, con igual ventaja habría de tener el heredero la acción recibida de su causante.

Repugnaría de igual suerte entender que

la imposibilidad física o moral de conseguir aquella prueba escrita radicara en el hecho de que el heredero no estuviese presente en la celebración del acto que ataca por simulado, cuando su titularidad emana de quien sí asistió a la negociación como parte.

El asignatario forzoso se halla, sin embargo, al amparo de las disposiciones de orden público que restringen la libertad de testar. Si el acto que se impugna por simulado subvierte el sistema de las asignaciones forzosas, no hay ni podría haber límite alguno dentro de la tarifa en la prueba de la simulación como expediente para evadir los imperativos del legislador. Se trata de establecer el hecho que rompe el régimen de las asignaciones forzosas y es por ministerio de la ley como el legitimario por derecho suyo queda investido de la acción; no propiamente como heredero sino como persona a quien se pretende despojar de aquello a que por ley tiene derecho.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, dieciséis (16) de junio de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. José Hernández Arbeláez).

RODOLFO ARZAYUS dirigió la demanda inicial del presente litigio contra ROSA LOPEZ con súplicas tendientes a la declaración de ser absolutamente simulado el contrato sobre que versa la escritura pública 261 de 17 de junio de 1953, Notaría de Guacarí, en que la demandada compra de Eduardo Arzayús varios inmuebles; a la cancelación del respectivo registro; a que Rosa restituya a Rodolfo terrenos que se le adjudicaron en la partición material del predio conocido con el nombre de Acequia de Durán o Guacas, y a la sucesión de Eduardo Arzayús el resto de

los bienes a que la misma escritura 261 se refiere, a más de que se le condenara al pago de frutos, como poseedora de mala fé, y de las costas procesales.

En una serie de proposiciones enumeradas como hechos hasta cubrir el número veinticinco, asevera el actor que Eduardo Arzayús, su legítimo hermano, para burlar los fallos aprobatorios de la partición material de la heredad común entre ellos, la nombrada **Acequia de Durán o Guacas**, resolvió aparentar aquella venta a Rosa López en fraude de la ley y de los derechos tanto de Rodolfo, en calidad de adjudicatario, como de la herencia del propio Eduardo Arzayús, fallecido el 26 de julio de 1954. Considera allí que el causante "hizo si se quiere venta de cosa ajena" por figurar en la escritura 261 un lote de siete y media plazas, más otro de una plaza y tres cuartos que le correspondieron a Rodolfo en la expresada partición, a más de invocar su carácter, como heredero reconocido de Eduardo y de repetir la tacha de simulación del contrato de compraventa y su perjuicio personal así como también el de la herencia de quien figura como vendedor.

El Juez Primero Civil del Circuito de Buga en su fallo del 19 de enero de 1957 escrutó la verdadera intención de la demanda y previo examen del acervo probatorio declaró simulada la compraventa en cuestión y dispuso que a la herencia de Eduardo Arzayús "representada por su heredero Rodolfo Arzayús" se restituyeran los bienes especificados en la escritura 261, con pago de frutos como poseedora de mala fé y de las costas a cargo de la demandada. Se conformó el actor, mas no así la parte vencida, quien por apelación abrió el segundo grado del proceso.

Fue resuelto el 13 de diciembre de 1957 por sentencia del Tribunal Superior de Buga, denegatoria de las súplicas por falta de prueba específica de la simulación según la calidad del demandante como heredero del vendedor Eduardo Arzayús.

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

CAUSAL PRIMERA

Se alega que el sentenciador erró con evidencia de hecho en la interpretación de la demanda al calificar por modo exclusivo la titularidad del actor en la acción de prevalencia como heredero de Eduardo Arzayús, cuando en la casi totalidad

de los hechos fundamentales del libelo aparece planteado en primer plano su interés como tercero "defraudado en su patrimonio personal por haberse incluido en la escritura simulada los terrenos denominados **Acequia de Durán o Guacas** en los cuales tiene derechos de propiedad reconocidos por la justicia".

De allí desprende la censura que como en el actor se reúnen ambas calidades —de heredero y de tercero lesionado— estaba en libertad de probar la simulación por todos los medios de la tarifa, mientras que el Tribunal por aquel ostensible error de hecho al interpretar la demanda, entendió que Rodolfo apenas había invocado el título de heredero y según ello le exigió la carga rígida de la prueba, de donde estima quebrantado el último inciso, artículo 471 del Código Judicial y por falta de aplicación el 1.759 del Código Civil.

En desarrollo del mismo cargo, aunque por separado, acusa la sentencia por la asimilación de Rodolfo Arzayús con la misma parte que fraguó el acto simulado, por la mera circunstancia de actuar en provecho de la herencia de quien intervino en el negocio, cuando según decisiones de la Corte en 31 de octubre de 1956 y 5 de septiembre de 1957 que no establecen diferencia alguna entre los herederos para darles libertad probatoria de la simulación, quedó cancelada, en sentir del recurrente, la jurisprudencia uniforme y constante por más de veinte años que coloca al heredero dentro del ámbito probatorio circunscrito del causante, salvo los asignatarios forzosos para quienes no existe esa restricción de pruebas en la defensa de sus legítimas.

"Esa antigua teoría —dice el recurrente— descansa sobre fundamentos artificiales al crear una ficción contraria a la realidad".

Deduca violación del artículo 1.766 del Código Civil y del último inciso, artículo 93 de la Ley 153 de 1887, el primero por aplicación indebida y el segundo por infracción directa. Y remata el planteamiento de la causal segunda con la aducción de error evidente de hecho por no apreciar el sentenciador los indicios que sirvieron al Juez para proveer el fallo de primera instancia, de donde estima que hubo violación indirecta del citado artículo 1.766 del Código Civil, que autoriza la prueba de la simulación entre las partes.

SE CONSIDERA

1. No hay discrepancia acerca de que el actor intentó la acción para sostener que el contrato contenido en la escritura pública 261 de 17 de

junio de 1953, Notaría de Guacarí, es absolutamente simulado. Y no puede haberla tampoco en cuanto a su pretensión de que los bienes objeto del mismo negocio deben volver a la herencia de Eduardo Arzayús "representada por su heredero Rodolfo Arzayús" puesto que así lo admitió el actor al demostrar su conformidad con la sentencia de primer grado.

Discute ahora el recurrente que su calidad al accionar ha sido la de un tercero porque su interés dimana de haberse incluido en aquella compraventa porciones de tierra de su pertenencia según fallos ejecutoriados y ya en proceso de ejecución embarazada por la escritura 261. Pero afirma a la vez que obra como heredero de Eduardo Arzayús para obtener por consecuencia de la simulación judicialmente declarada que se reintegre el caudal hereditario con lo que de allí saliera como objeto de la aparente enajenación. De modo que cualquier equívoco sobre la postura procesal del actor se disipa en el sentido de que en definitiva actuó como heredero por su aquiescencia al fallo de primera instancia y concretamente al ordinal 3º que a la letra dice:

"3º CONDENASE a la demandada Rosa López B. a restituir a la sucesión de Eduardo Arzayús, representada por su heredero Rodolfo Arzayús, los bienes especificados en la escritura 261 de 17 de junio de 1953, pasada en la Notaría de Guacarí, entrega que se hará seis días después de ejecutoriada esta sentencia".

Si aceptó entonces el recurrente su titularidad así entendida como causahabiente de Eduardo Arzayús al admitir que en cabeza suya como heredero se restituyeran a la herencia los bienes sobre que versa la escritura 261, variar esa actitud ya inmodificable en el litigio equivaldría a recibir medio nuevo en pugna con la naturaleza jurídica del recurso extraordinario.

2. Mas, aunque se tomara ese primer aspecto sometido a juicio, ningún interés asistiría al actor por cuanto hace al negocio que impugna, desde luego que la simulación es medio inhábil en derecho para producir efectos contra terceros. A su personal posición jurídica anterior no puede oponerse el acto de enajenación en que no figuró como parte. Si algo por derecho propio le pertenecía en el objeto vendido, quien lo enajenara no estaba en capacidad de perjudicar los derechos del dueño.

Y si del carácter de heredero se trata, su legitimación en la causa no difiere de la del causante por efecto real inmediato, directo, natural y obvio

del derecho de recibir por sucesión exactamente lo mismo que el difunto tuviera. Basta enunciar al respecto que nadie puede transmitir más de lo que tiene. Hay identidad jurídica entre causante y causahabiente y eso es lo que significa suceder: quedar colocado en el mismo lugar que otro ocupara.

3. Claro es que en principio puede existir interés jurídico en el heredero para impugnar por simulación actos o negocios en que el causante hubiese figurado como parte. Pero ese interés coincide integralmente con el mismo que tendría el causante si viviera, con las mismas ventajas, pero también, con las mismas limitaciones para hacerlo valer ante la justicia, primera y principalmente por lo que respecta al problema probatorio vinculado a los soportes del plano de seguridad en que deben moverse las transacciones.

Así como el causante no podría contradecir la fé debida a la escritura pública sino dentro del marco de prueba literal, confesión de la contraparte o principio de prueba por escrito debidamente complementado, el causahabiente no puede recibir por herencia sino esa misma situación. La realidad jurídica así lo exige y repugnaría admitir que la sucesión mejorara en cualquiera forma el derecho transmitido. Por lo que es preciso entender también que si en favor del causante existía el tratamiento de excepción por imposibilidad física o moral de obtener contraescritura como prueba de la simulación entre las partes, con igual ventaja habría de tener el heredero la acción recibida de su causante.

Repugnaría de igual suerte entender que la imposibilidad física o moral de conseguir aquella prueba escrita radicara en el hecho de que el heredero no estuviese presente en la celebración del acto que ataca por simulado, cuando su titularidad emana de quien sí asistió a la negociación como parte.

4. El asignatario forzoso se halla, sin embargo, al amparo de las disposiciones de orden público que restringen la libertad de testar. Si el acto que se impugna por simulado subvierte el sistema de las asignaciones forzosas, no hay ni podría haber límite alguno dentro de la tarifa en la prueba de la simulación como expediente para evadir los imperativos del legislador. Se trata de establecer el hecho que rompe el régimen de las asignaciones forzosas y es por ministerio de la ley como el legitimario por derecho suyo queda investido de la acción: no propiamente como heredero sino como persona a quien se pretende despojar de aquello a que por ley tiene derecho.

5. Queda así corroborada la tradicional e invariable jurisprudencia de la Corte sobre el campo en que se mueve según las hipótesis la prueba de la simulación, y emerge la consecuencia de que precluida como está en el juicio la intención de la demanda en provecho exclusivo de la herencia, el actor estuvo en la necesidad de probar la voluntad real de los contratantes por contraescritura, o por confesión de la contraparte, o por principio de prueba literal completada por otros medios para obtener prosperidad de las súplicas. Si no lo hizo así, la censura en casación tampoco es susceptible de prosperar, a lo cual es el caso de añadir que en ausencia de alguna de aquellas pruebas específicas el sentenciador se habría salido de las normas si hubiese entrado en el análisis de indicios según la aspiración del recurrente.

CAUSAL SEGUNDA

En sustancia no es otra cosa que la presentación del mismo cargo anterior bajo la rúbrica de incongruencia. Se alega que Rodolfo Arzayús dedujo su pretensión en el doble carácter de tercero lesionado y de continuador de la persona del causante. Y que como el Tribunal apenas paró mientes en esta segunda calidad, el fallo no concuerda con las pretensiones oportunamente deducidas por el actor.

SE CONSIDERA:

Que si el fallo absolutorio como el proferido en el proceso no contemplara siempre todos los extremos de la litis, bastarían los motivos expuestos acerca de la acusación por la causal primera para que la censura por esta segunda causal tampoco pueda prosperar.

RESOLUCION

En tal virtud, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia de fecha 13 de diciembre de 1957 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga.

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.

José Hernández Arbeláez—Enrique Coral Velasco—Hernando Morales M.—Ignacio Escallón.
Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—
Jorge Soto Soto, Secretario.

SE REITERA LA DOCTRINA REFERENTE A LA NATURALEZA Y ALCANCE DEL RECURSO DE CASACION Y A LOS REQUISITOS Y FORMALIDADES QUE DEBE REUNIR LA DEMANDA QUE SE FORMULE PARA SOSTENERLO

Si el impugnador en casación no principia por atacar las bases del fallo, no puede entrar la Corte al estudio de los fundamentos, para saber si el Tribunal incurrió en errores in procedendo o in judicando, y en caso de encontrarlos establecidos proceder a casar el fallo acusado.

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

(Magistrado ponente: Dr. Gustavo Salazar T.).

El señor Salvador Molina Chica, obrando como heredero testamentario de la sucesión de la señora Dolores Chica Orozco viuda de Chica, demandó ante el Juzgado Civil del Circuito de Rionegro a la señorita Alicia Uribe Jaramillo y a favor de la misma sucesión, representada por los herederos testamentarios, que son los mismos demandante y demandada y además la Parroquia de Rionegro, el Hospital de San Juan de Dios y el Asilo de Ancianos de la misma ciudad, para que mediante los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía, se hagan las declaraciones principales o las subsidiarias, que resumidas son:

Principales: 1ª Que son nulas absolutamente, por falta de causa, las cesiones que con fecha veinte de mayo de mil novecientos cincuenta y cinco le hizo Dolores Chica Orozco a Alicia Uribe Jaramillo de los créditos hipotecarios que la cedente tenía a su favor y en contra de Antonio de Jesús Villada, Isaias Rendón Ramírez y Francisco Valencia Noreña, créditos que constan en las escrituras números 902 de 24 de septiembre de 1954, 1.118 de 15 de diciembre de 1954 y 13 de 5 de enero de 1949, todas de la Notaría de Rionegro, por valor de cuatro mil pesos el primero y de dos mil pesos cada uno de los otros dos.

2ª Que, como consecuencia de la nulidad que antes se solicita, se declare que tales créditos son de propiedad de la sucesión testada de Dolores

Chica Orozco y sin valor los pagos que hagan los deudores a Alicia Uribe Jaramillo, y que ésta quede obligada a entregar los títulos de los créditos, lo mismo que las cantidades de dinero que haya recibido por ese concepto.

3ª Que se declare nula absolutamente, por falta de causa, la letra de cambio girada en Rionegro por Dolores Chica Orozco a favor de Alicia Uribe Jaramillo, por valor de dos mil pesos y a la sucesión de aquélla sin obligación de pagar tal valor a la beneficiaria directa o a quien derive su derecho de ella.

Primeras peticiones subsidiarias: Que las cesiones de los mismos créditos hipotecarios hechas por Dolores Chica a favor de Alicia Uribe Jaramillo "constituyen acto de donación entre vivos y que esta donación es nula, de nulidad absoluta, en cuanto exceda de dos mil pesos", por falta de insinuación; y, por lo mismo, que los créditos cedidos son de propiedad de la sucesión de la cedente y que la cesionaria debe entregar a dicha sucesión los títulos escriturarios en que constan los créditos, lo mismo que las cantidades de dinero que haya recibido por tal concepto.

Segundas peticiones subsidiarias: Que son nulas, por falta de consentimiento "o por un vicio de éste, proveniente de error o de fuerza moral de la extinta señora Dolores Chica Orozco" las cesiones de los mismos créditos hipotecarios hechas a favor de Alicia Uribe Jaramillo, con las consecuencias que se solicitan para las peticiones principales.

La síntesis de los hechos en que apoyó el demandante las anteriores peticiones es la siguiente:

1. Dolores Chica Orozco viuda de Chica murió en Rionegro, el 2 de junio de 1955, a la edad de 88 años, dejando algunos bienes de fortuna, representados en una cuota proindiviso de ocho mil pesos con relación a un avalúo de diez y ocho mil pesos en una casa de habitación situada en la calle de La Convención, de la ciudad de Rionegro; los créditos hipotecarios que se relacionaron

en las súplicas de la demanda, mil pesos en efectivo y los muebles y enseres de uso personal.

2. Encofrándose la citada señora sola, sin parientes cercanos, en estado de ancianidad y enferma, algunas personas de su confianza le buscaron a la señorita Alicia Uribe Jaramillo para que la atendiera y le sirviera de enfermera, habiendo entrado a su servicio el 2 de octubre de 1954, haciéndose a la confianza absoluta de la anciana enferma, sobre quien ejerció completo dominio.

3. Esta influencia la aprovechó la señorita Uribe Jaramillo para que la señora Chica Orozco otorgara testamento el 30 de diciembre de 1954, en el cual le dejaba la mitad de sus bienes, y, luego, por uno nuevo otorgado el 4 de marzo de 1955, le aumentó la cuota herencial a las tres cuartas partes de sus bienes.

4. Por intervención de personas interesadas en favorecer entidades de beneficencia y de caridad, la señora Dolores Chica Orozco otorgó un último testamento el 11 de mayo de 1955, por el que dispone de sus bienes así: Para Alicia Uribe Jaramillo, las dos quintas partes; para Salvador Molina Chica, su sobrino, una quinta parte; para sufragios por el alma de la testadora y para el culto de la Iglesia Parroquial, una quinta parte; y para el Hospital de caridad de San Juan de Dios y el Asilo de Ancianos de Santana, ambos de Ríonegro, la otra quinta parte por partes iguales. Los muebles, útiles y enseres se los dejó a la misma señorita Uribe Jaramillo.

5. No satisfecha la señorita Uribe Jaramillo con las dos quintas partes que le fijaba en el testamento "puso todos los medios a su alcance para aumentar su participación económica en los bienes de la referida señora Dolores Chica Orozco. Procediendo en esa forma hizo que ésta, pocos días antes de su muerte, con fecha 20 de mayo del corriente año (1955), y ya en estado del mayor agotamiento físico y mental, por causa de sus graves dolencias y de su ancianidad, le cediese a título gratuito los tres créditos hipotecarios especificados antes . . . y que además le firmase a su orden una letra de cambio por la suma de dos mil pesos, todo ello bajo el pretexto o la causa simulada de pagarle los servicios que como enfermera le venía prestando dicha señorita Uribe Jaramillo a la anciana Dolores Chica Orozco desde principios de octubre del año de 1954". Y que para mayor seguridad de la operación llevó a la casa de la cedente al Juez Municipal de Ríonegro y a su Secretario para que la señora Dolores reconociera judicialmente la firma que puso en las

notas de cesiones, como efectivamente la reconoció.

En derecho citó el demandante más de treinta artículos del Código Civil que se relacionan con la sucesión por causa de muerte, validez de los contratos y nulidad de los mismos.

* * *

La demandada al contestar el libelo se opuso a que se hicieran las declaraciones solicitadas, no aceptó los hechos como los relató el actor y de manera especial declaró que la cesión de los créditos hipotecarios y el otorgamiento de la letra de cambio, objeto principal de las pretensiones del actor, tuvo como causa la solución o pago de los servicios que le prestó como enfermera a la señora Dolores Chica. Propuso las excepciones de pleito pendiente, ilegitimidad de personería, inepta demanda y la "innominada", sin exponer los fundamentos de cada una.

El Juzgado del conocimiento, por sentencia de 12 de noviembre de 1956, puso fin a la primera instancia negando las súplicas de la demanda y condenando en las costas al actor. Para llegar a esta resolución, el Juez encontró que tanto las cesiones de los créditos hipotecarios como el otorgamiento de la letra de cambio eran válidas, ya que estaba acreditada la capacidad mental de la señora Dolores Chica en el momento en que firmó los correspondientes documentos, sin que hubiera mediado fuerza extraña capaz de viciar su consentimiento; y que la parte actora no probó que la cesión de los créditos envolviera donación de ellos, quedando en firme la declaración que hizo la propia cedente de que tenían por finalidad pagarle a la cesionaria sus servicios de enfermera.

LA SENTENCIA ACUSADA

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primer grado, que resolvió el Tribunal Superior de Medellín, por sentencia de 18 de junio de 1957, de la que se transcriben los siguientes apartes que sirvieron de fundamento para la resolución:

"La lectura de lo transcrito (las cláusulas del testamento de la causante Dolores Chica en que instituyó herederas a la señorita Alicia Uribe, a Salvador Molina, a la Iglesia Parroquial, al Hospital de caridad y al Asilo de Ancianos) deja comprender sin la menor duda que varias personas fueron instituidas herederas por la causante, en armonía con lo que expresamente establece la legislación sustantiva (artículo 1.008, 1.155 del

Código Civil), todas las cuales no han intervenido, en una u en otra forma, en el presente juicio, pues bien fácil es observar que el Hospital de caridad de San Juan de Dios no ha actuado en el proceso, como tampoco el Asilo de Ancianos, entidades que ni siquiera fueron citadas al mismo.

“Significa lo que acaba de expresarse que la relación jurídico-procesal no quedó integrada regularmente por no haberse citado al juicio a todos los herederos de la señora Chica Orozco, puesto que cada uno de los asignatarios posee un interés propio y cierto y por cuanto que la representación de la entidad sucesoral no queda normal con la sola actuación de quienes al juicio han comparecido. En supuestos de otra índole es de lógica jurídica aceptar que el heredero que judicialmente acciona en interés o en pro de la sucesión en la cual tiene ese carácter la representa a cabalidad, pero no en el caso subexamen, por cuanto que sus características así lo demuestran.

“Ponen de manifiesto las peticiones principales del libelo que se persigue la declaratoria de nulidad de actos en que intervino la causante y por ende se infiere que el proceso no quedó estructurado de modo normal ya que es principio de derecho bien conocido de todos el de que para la declaratoria de nulidad de los actos jurídicos es precisa la intervención de todas las personas que en los mismos hayan actuado como partes, y mal cabría pensar en que sin embargo de no comparecer todos los herederos o ser citados al juicio de nulidad del acto o de los actos en que haya mediado su causante fuera procedente una decisión de mérito o sobre lo sustancial del correspondiente proceso. De lo contrario, entre otras cosas, se crearían situaciones de notoria irregularidad, de infundada complejidad que han de evitarse en acogimiento de claros postulados jurídicos.

“Bien se sabe que la declaratoria de nulidad da lugar a que las partes sean restituidas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo (artículo 1.746 y siguientes Código Civil); tal orientación legal dá más entidad a las tesis aquí planteadas, esto es, que el proceso no resulta integrado de modo regular, con verdadero ajuste a las disposiciones sustanciales y procedimentales. En las diversas notas de cesión de los créditos y que en copia se aportaron al juicio, aparece que ellas fueron hechas para solucionar servicios prestados por la demandada y que ésta resulta aceptando bajo ese concepto las cesiones y dando por cancelados sus servicios, me-

por dicho, el valor de ellos (folios 45 vuelto, cuaderno segundo, 7, 12, 13 vuelto cuaderno 3º). En dichas notas también aparece que por igual motivo aceptó la causante, como girada, la letra de cambio a que alude la demanda.

“Es inferencia de lo expuesto que está configurada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, lo que se hace más claro si se toma en cuenta que en algunas peticiones del libelo se quiere que personas no demandadas expresamente sean condenadas a ciertas restituciones, que se declare ineficacia de pagos de individuos que tampoco fueron demandados, etc. De consiguiente, es del caso omitir estudio sobre lo sustancial del negocio y revocar la sentencia apelada que fue absoluta para la opositora, cuyo obrar no ha de descalificarse ahora, por obvias razones.

“En consecuencia, el Tribunal... revoca el fallo recurrido y a la vez declara existente en el juicio la excepción de ineptitud de la demanda. La mitad de las costas es de cargo de la parte actora”.

LA DEMANDA DE CASACION

El demandante interpuso recurso de casación contra el fallo anterior y a manera de demanda para sostener el recurso ha presentado ante la Corte el escrito del cual se hace un resumen.

Después de transcribir tanto las peticiones principales como las subsidiarias de la demanda con que se inició este juicio, entra el recurrente a hacer la crítica del fallo acusado, en cinco capítulos.

Al primero le pone este epígrafe: “Interpretación errónea de la ley, por falta absoluta de aplicación del artículo 1.458 del Código Civil, que consiste en el equivocado entendimiento que el H. Tribunal tiene de dicha disposición, aparte de toda cuestión de hecho”. Y a continuación hace una serie de consideraciones de carácter general respecto de las cesiones de los créditos que hizo la señora Dolores Chica a favor de la señorita Alicia Uribe, con fines a demostrar que ellas encubrían una donación, que por tener valor mayor de dos mil pesós y no haberse llenado el requisito de la insinuación, son nulas, de conformidad con el citado artículo 1.458.

En el segundo capítulo afirma el recurrente que el Tribunal incurrió “en violación indirecta de la ley por error de hecho evidente, por falta de apreciación de las pruebas en el presente juicio”, y repite que en el expediente aparece probado —aunque sin precisar en virtud de qué

pruebas que las cesiones de los créditos y la letra de cambio fueron una donación de la causante Dolores Chica a Alicia Uribe, donación que no fue insinuada.

El capítulo tercero lo encabeza así el recurrente

"Interpretación errónea de la ley, por falta absoluta de aplicación del artículo 472 del Código Judicial, que equivale al entendimiento equivocado que el H. Tribunal Superior de Medellín, Sala Civil, tiene de tal disposición". Y luego de transcribir el referido artículo hace comentarios sobre él, pidiéndole a la Corte "que oriente a los juzgadores de primera y segunda instancia en el sentido de dar luces sobre esta importante disposición de nuestro Código Judicial".

En el capítulo cuarto comenta y critica varios de los conceptos del fallo del Tribunal para concluir que violó —sin fijar el concepto de la violación— el artículo 471 del Código Judicial; analiza el artículo 333 de la misma obra para deducir que la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda que encontró establecida el Tribunal, no corresponde a ninguno de los tres casos que contempla la disposición citada.

En el último capítulo dice que en el fallo del Tribunal existe "apreciación errónea de las pruebas, especialmente de la prueba testimonial" y reproduce apartes de las declaraciones rendidas por Carmen Campuzano, Cecilia Aristizábal, Mariana Orozco y Antonio Zulaica Muñoz, que deponen sobre el estado de salud en que se encontraba la señora Dolores Chica por la época en que verificó la cesión de los créditos materia de este pleito y concluye "que no es del caso entrar a analizar en detalle todas estas largas declaraciones, que muchas veces están en su valor probatorio sujetas al criterio del Juez... en la seguridad de que han de prosperar los cargos que antes expongo".

Como el recurso ha recibido en la Corte el trámite legal, procede a decidirlo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. En numerosos fallos esta Sala ha fijado la naturaleza y alcance del recurso de casación y los requisitos y formalidades que debe reunir la demanda que sirva para sostenerlo. Como con mucha frecuencia se olvida por los recurrentes el cumplimiento de tales formalidades en la demanda de casación, es conveniente recordarlas para saber si la que se ha presentado en este juicio las reúne cabalmente.

En sentencia de 26 de agosto de 1948 dijo la Sala a este respecto

"El recurso de casación instituido en interés público de la ley para reparar los errores en que incurran los Tribunales acerca de su verdadero concepto y contenido, está sujeto por razones derivadas de la naturaleza especial y extraordinaria de este medio procesal, a una sistematización legal técnica ya en lo referente a las sentencias sometidas al recurso, a su interposición y concesión, ya a las causales por las cuales procede, a su admisión, sustanciación y sentencia. A cada causal corresponde un mecanismo especial que impone una técnica precisa en la forma de acusación a la sentencia. Si se acusa el fallo del Tribunal con apoyo en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, es indispensable, con el objeto de dar lugar y base al estudio de la Sala de Casación, que se citen en la demanda fundamental del recurso los textos legales que se suponen infringidos y el concepto en que se consideren quebrantados. Cuando la acusación proviene de mala apreciación de pruebas, es preciso determinar las que se estimen mal apreciadas y el concepto del error cometido por el sentenciador, que puede ser de derecho, y en caso de serlo de hecho, debe aparecer de modo manifiesto en los autos. Esta demanda —la de casación— es la pieza capital de este recurso extraordinario en que se acusan las sentencias definitivas de segunda instancia; en ella se concentran todas las exigencias de forma y de sustancia que ineludiblemente exige la ley, y en nada se parece a un memorial de apelación o a un alegato de instancia. Del acierto con que se elabore esta demanda depende el éxito del recurso y el estilo e importancia de la decisión de la Corte, que no puede entrar por su cuenta al examen de la legalidad del fallo sino que tiene que limitarse a los temas y cuestiones que suscite el documento, en forma que cuando la demanda no da acceso, por fallas de orden técnico, a los problemas de fondo, ha de limitarse la Sala a advertir estos vicios que son ineptitudes sustantivas no subsanables oficiosamente, a riesgo de dar la impresión, ante personas que ignoren el formulismo y la técnica del recurso, de que la Sala elude los estudios de fondo". (GACETA JUDICIAL, Tomo LXIV, pág. 723).

2. La demanda de casación que como tal se ha presentado en el presente juicio está afectada de graves irregularidades de forma y de fondo, que hacen imposible que la Sala pueda entrar al examen del fallo acusado.

Lo primero que se advierte en tal escrito es que no reúnen los requisitos exigidos por el artículo 531 del Código Judicial para toda demanda de casación, ya que no expresa ni la causal en que se apoya para pedir la infirmación del fallo, ni los fundamentos que pudiera aducir, ni el concepto de violación de las normas legales que dice fueron infringidas.

En los capítulos primero y tercero el recurrente parece apoyarse en el primer aspecto de la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, pero además de confundir los conceptos de violación directa por interpretación errónea con el de falta de aplicación de determinados textos legales y de que el artículo 472 de la misma obra que invoca como violado directamente no es norma sustancial, entra a hacer consideraciones generales de la prueba llevada a los autos para concluir que el Tribunal se equivocó en la apreciación de la misma lo que fundaría el ataque en el segundo aspecto de la misma causal.

En los capítulos segundo y quinto ataca por "violación indirecta de la ley" sin precizarla, por errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, también sin determinarlas y sin citar los textos probatorios quebrantados.

El recurrente cita como quebrantado el artículo 1.458 del Código Civil, que hace relación con las primeras súplicas subsidiarias. Pero como quedó visto, el Tribunal no entró a estudiar ni las principales ni las subsidiarias, por estimar que no estaba trabada la relación jurídico-procesal, por lo que resulta impertinente la cita de tal norma, por no haber sido materia de los fundamentos del fallo recurrido.

Por falta de los requisitos que se han anotado y la serie de conceptos equivocados que se encuentran en el escrito que se ha presentado como demanda de casación, serían suficientes para desecharla.

3. Pero hay otro aspecto igualmente importante que es necesario relieves y es que el recurrente no ataca los fundamentos del fallo acusado, los

que tuvo el Tribunal para dar por establecida la que el mismo denominó excepción de inpetitum sustantiva de la demanda, que como se vio por la transcripción que se hizo la estructura sobre la base de que al juicio no fueron llamados todos los herederos testamentarios de la señora Dolores Chicà Orozco, que según el sentenciador han debido ser citados por tratarse de un juicio en que se pide la declaratoria de nulidad absoluta de actos o contratos en que intervino la causante. Es obvio que si el impugnador no principia por atacar las bases del fallo, no puede entrar la Corte al estudio de tales fundamentos, para saber si el Tribunal incurrió en errores in procedendo o in iudicando, y en caso de encontrarlos establecidos proceder a casar el fallo.

RESOLUCION

En mérito de las consideraciones que se dejan 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 dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de fecha diez y ocho de junio de mil novecientos cincuenta y siete, en el presente juicio.

No aparecen costas causadas.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco.

Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge Soto Soto, Secretario.

LA VIOLACION DIRECTA Y LA VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY, RESPON-
DEN A CONCEPTOS JURIDICOS DISTINTOS DENTRO DE LAS MODALIDADES DEL
RECURSO DE CASACION. — EL ARTICULO 1.618 DEL C. CIVIL, COMO TODAS LAS
DISPOSICIONES CONTENIDAS EN EL TITULO XIII DEL LIBRO IV DEL MISMO
ESTATUTO, SON SIMPLES REGLAS GENERALES DE HERMENEUTICA CONTRAC-
TUAL. — ALCANCE DEL ARTICULO 1.867 DEL C. CIVIL. — ERROR DE HECHO.—
REQUISITOS PARA LA PROSPERIDAD DE LA ACCION DE RESOLUCION DE UN
CONTRATO DE COMPRAVENTA

1.—No debe confundirse la violación directa de la ley, con aquella que proviene a través de la prueba y que se denomina dentro de la técnica de este recurso, violación indirecta. Una y otra violación, como es sabido, responden a conceptos jurídicos distintos dentro de las modalidades de este recurso extraordinario.

2.—El artículo 1.618 del Código Civil, como todas las disposiciones contenidas en el Título XIII del Libro IV del mismo estatuto, no tienen ciertamente un carácter imperativo. Son simples reglas generales de hermenéutica contractual, que se les sugieren a los jueces de fondo para la formación de su criterio cuando hayan de interpretar la voluntad de las partes vinculadas por medio de una relación jurídico-contractual. Comentando Claro Solar aquellas disposiciones que son las mismas que consagra el código civil chileno, dice al respecto lo siguiente:

“Los comentadores del código de Napoleón, inspirándose en la jurisprudencia de la Corte de Casación, sostienen que los artículos que contienen las reglas de interpretación de los contratos no tienen un carácter imperativo, ni establecen reglas absolutas sino que constituyen consejos dados a los jueces por el legislador para la interpretación de los contratos. Colin y Capitant, dicen que los artículos 1.156 a 1.164 son reglas que deben servir de hilo conductor cuando el juez llena la misión de interpretar los contratos”. (Derecho Civil Chileno, Tomo XIII, pág. 5).

3.—La ley no acepta, y ese es el alcance de la norma contenida en el artículo 1.867 del Código Civil, la venta de una universalidad jurídica, porque no puede haber trans-

ferencias a título universal, como acertadamente lo dice Arturo Alessandri Rodríguez, al comentar el artículo 1.811 del Código Civil Chileno, equivalente al nuestro. (De los contratos, pág. 96).

4.—En materia de error de hecho se requiere, ha dicho la Corte, que el yerro sea de tal magnitud que de la prueba apreciada surja fatalmente sin la menor vacilación, el hecho opuesto o que dio por acreditado el juez de instancia como resultado de su equivocación.

5.—La ley autoriza el ejercicio de la acción de resolución de un contrato de compraventa, a la parte que ha cumplido contra el contratante moroso. Para su prosperidad es indispensable que uno de los contratantes se encuentre en mora de cumplir sus prestaciones.

Y no puede decirse que sea menester requerirlo judicialmente, para constituirlo legalmente en mora, puesto que se trata de una obligación pura y simple, es decir, de una de aquellas que según lo enseñan los doctrinantes, pueden ser exigidas inmediatamente, después de haber sido formada, pues no hay plazo pendiente alguno.

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

(Magistrado ponente Dr. Ignacio Escallón).

Anselma León viuda de Paz, María Luisa Paz de Gómez y Felipe S. Paz demandaron por medio de apoderado a Sady González Bernal, para que previos los trámites del juicio civil ordinario se declarara por sentencia definitiva

“1º La resolución del contrato de compraventa

con arras contenido en la escritura pública número 852 de 5 de marzo de 1945 de la Notaría Quinta de Bogotá, por el cual los demandantes vendieron a González Bernal los inmuebles allí relacionados.

"2º La resolución del contrato privado suscrito por Anselma León viuda de Paz, Felipe S. Paz y Sady González Bernal que lleva fecha 5 de marzo de 1945 y al cual hace referencia la precitada escritura número 852.

"3º Que como consecuencia de la resolución del contrato que consta en el instrumento público de fecha 5 de marzo de 1945 de la Notaría Quinta de Bogotá, se condene al pago de los perjuicios morales y materiales causados a los demandantes por incumplimiento del demandado.

"4º Que como consecuencia de lo anterior se ordene la cancelación del referido instrumento público número 852; y

"5º Que se condene en costas a los demandados en caso de oposición a esta demanda".

Numerosos hechos expuso el demandante en apbyo de las súplicas impetradas en su libelo. Todos ellos consisten en resumen, en afirmar que el demandado no pagó el precio de venta de los inmuebles que le fueron enajenados por el contrato de compraventa de que trata la citada escritura 852, de 5 de marzo de 1945 de la Notaría Quinta de Bogotá, ni cumplió con su obligación de hacer las gestiones conducentes para obtener la licencia judicial para la venta de los derechos del menor púber Hernán Paz León, así como tampoco con las obligaciones que contrajo y que constan en documento privado de fecha 5 de marzo de 1945.

El demandado al contestar el traslado legal, por medio de apoderado negó los hechos fundamentales, se opuso a las declaraciones solicitadas y en escrito separado presentó demanda de reconvencción, formulando las siguientes peticiones:

"1ª La resolución, por incumplimiento de los demandados, del contrato privado de fecha 5 de marzo de 1945, que acompaño, suscrito entre mi poderdante y los demandados.

"2ª Como consecuencia, que se condene a los demandados a pagar los perjuicios causados a mi mandante por su incumplimiento.

"3ª. Que como consecuencia de la declaración primera, los dos mil quinientos pesos (\$ 2.500.00) moneda corriente a que se refieren la cláusula segunda de la escritura número 852 de 5 de marzo de 1945, de la Notaría Quinta de Bogotá, quedan a cargo de mi mandante doctor Sady González Bernal para pagar en el término que señale el

Juzgado, o quedan cancelados con parte de la suma que se le reconozca por concepto de los perjuicios a que se refieren la petición segunda.

"4ª Que los demandados no dieron cumplimiento a la cláusula cuarta de la supradicha escritura número 852, en la parte que dice:

'...Que como los mencionados lotes les fueron adjudicados en común y proindiviso con el menor Hernández, los comparecientes, en su propio nombre y la señora Anselma León viuda de Paz, en representación de su hijo menor, se comprometen a instaurar inmediatamente el juicio de licencia judicial, para que salga a remate el derecho que en ellos tiene el citado menor y rematarlos en nombre del comprador, ratificando posteriormente la presente escritura'.

"5ª Que, como consecuencia de la declaración, anterior, se condene a los demandados al pago de los perjuicios sufridos por mi mandante.

"6ª Que si los demandados se oponen, sean condenados en costas".

Agotado el trámite de la primera instancia, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá, en sentencia de fecha 21 de noviembre de 1955, falló la litis negando la resolución de los contratos a que se refiere la demanda, declarando además, que los demandantes no cumplieron con las obligaciones estipuladas en la cláusula cuarta del contrato de compraventa, recogido en la escritura pública número 852 de la Notaría Quinta de Bogotá, negando la indemnización a que se refiere la petición quinta de la demanda de reconvencción, así como también las demás solicitudes formuladas en la demanda principal y la contra-demanda y finalmente, condenó en costa a los demandantes.

Ambas partes apelaron de la anterior providencia y el Tribunal de Bogotá, surtidos los trámites de la segunda instancia, revocó por sentencia de fecha 23 de agosto de 1957 la providencia apelada, absolvió al demandado y contrademandados de los cargos formulados en sus respectivos libelos, declaró nulo de nulidad absoluta el contrato contenido en la escritura número 852 de 5 de marzo de 1945 de la Notaría Quinta de Bogotá, condenó además al demandado a restituir a los actores cinco días después de la ejecutoria del auto de obedécese y cúmplase, los tres globos de terreno determinados en la escritura antes mencionada. Finalmente, condenó a los demandantes a restituir al demandado dentro del mismo plazo la suma por ellos recibida como parte del precio del contrato de compraventa.

El apoderado de la parte demandada interpuso

el recurso extraordinario de casación contra la sentencia del Tribunal y ha llegado el momento de resolverlo por hallarse cumplidas todas las formalidades de rigor.

LA DEMANDA

Con base en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, el recurrente formuló dos cargos contra la sentencia recurrida, que la Corte procede a estudiar.

Primer cargo.

Se acusa la sentencia por aplicación indebida de los artículos 1.502, 1.517, 1.518, 1.740, 1.741 del Código Civil y artículo 2º de la Ley 50 de 1936 y también por el quebrantamiento directo del artículo 1.867 del Código Civil, el cual se dice fue aplicado a un caso no regulado por esta norma. Además se acusa el fallo por violación directa de los artículos 1.857 y 1.861 ibídem por su no aplicación al caso sub-judice.

Para sustentar su acusación dice así el recurrente:

"El Tribunal incidió en error de hecho, en la apreciación del contrato contenido en la escritura pública número 852 de 5 de marzo de 1945, otorgado en la Notaría Quinta de este circuito, especialmente de sus cláusulas primera y cuarta, error que es evidente y está debidamente demostrado en el presente cargo. Como consecuencia de dicho error, aplicó indebidamente los artículos 1.502, 1.517, 1.518, 1.740, 1.741 del Código Civil y artículo 2º de la Ley 50 de 1936, porque con base en estas disposiciones dedujo que el referido contrato carecía de objeto por ser éste indeterminado e indeterminable, y por tanto, declaró la nulidad absoluta e hizo los demás pronunciamientos del fallo, no siendo el caso de declarar aquella ni hacer estos.

"Además, incurrió el sentenciador en quebrantamiento directo de los artículos 1.867 del Código Civil, el cual aplicó a un caso no regulado por esta norma y en forma directa, de los artículos 1.857 y 1.871, porque dejó de aplicarlos".

La Corte considera:

El recurrente al formular su cargo confunde la violación directa de la ley, con aquella que proviene a través de la apreciación de la prueba y que se denomina dentro de la técnica de este recurso, violación indirecta. Una y otra violación, como es sabido, responden a conceptos jurídicos

distintos dentro de las modalidades de este recurso extraordinario.

No obstante, como la demanda menciona concretamente la prueba generadora del error de hecho denunciado y además, expone con claridad en qué consistió aquél, esta circunstancia le permite a la Corte entrar al examen del referido cargo. Para su mejor inteligencia conviene transcribir el contrato a que alude el recurrente y que en copia debidamente registrada obre en los autos de este proceso. Dice así en lo pertinente:

"En la ciudad de Bogotá, Departamento de Cundinamarca, República de Colombia, a cinco (5) de marzo de mil novecientos cuarenta y cinco (1945), ante mí, Julio C. Gaitán, Notario Quinto de este circuito y ante los testigos instrumentales señores Marco T. Castaño y Alfonso Oyuela, varones, mayores de edad, vecinos de esta ciudad, de buen crédito y en quienes no existe causal alguna de impedimento, comparecieron el doctor Felipe Paz de León, varón, cédula de ciudadanía número 2323772 de Bogotá, quien obra en el otorgamiento de esta escritura en su propio nombre y como apoderado de la señora María Luisa Paz de Gómez, según poder especial firmado ante el señor alcalde de Cartagena, que se protocoliza original en este instrumento y la señora Anselma León viuda de Paz, mujer, tarjeta de identidad número 132.317 de esta ciudad, todos mayores de edad y vecinos de Bogotá, a quienes conozco personalmente, de lo cual doy fe y dijeron: Primero. Que por medio de este instrumento hacen constar que dan en venta real y enajenación perpetua al doctor Sady González Bernal, el derecho de dominio y posesión de tres lotes de terreno, ubicados en el Municipio de Cartagena, del Departamento de Bolívar, que en el plano de la hacienda de Crespo, de la parte urbanizable, levantado por el ingeniero Raúl Gómez Réyner, protocolizado bajo el instrumento número quinientos ochenta y nueve (589) de ocho (8) de octubre de mil novecientos treinta y ocho (1938) pasado en la Notaría Primera de Cartagena figuran con los números diez y nueve (19), treinta y cuatro (34) y noventa y cuatro (94) de la sección segunda de dicha urbanización, cuyas áreas y linderos son los siguientes: Segundo. El precio de estos lotes de terreno es la cantidad de cuatro mil pesos (\$ 4.000.00) que el comprador paga así: mil quinientos pesos que en esta misma fecha ha pagado en dinero de contado y los vendedores confiesan haber recibido a su satisfacción y los dos mil quinientos pesos restantes, el día en que se ratifique esta escritura, como más adelante

se hablará, siendo entendido que este pago será posterior al otorgamiento de una escritura de Asociación de Responsabilidad Limitada, que han pactado los comparecientes y otros, cuyas bases se han hecho constar en minuta ya aprobada y en contrato privado de esta misma fecha y en el cual se establece fijamente el término de pago de la expresada suma. En caso de que los comparecientes vendedores dejaren de dar cumplimiento a lo pactado en el contrato privado de que se habla, los mil quinientos pesos (\$ 1.500.00) se considerarán como arras de este negocio, cobrables previo requerimiento judicial. Tercero. Declaran los vendedores que los terrenos materia de esta venta no han sido vendidos por contrato anterior, no están arrendados por escritura pública, no están embargados, ni hipotecados, no están gravados con prendas ni contratos de anticresis, no han sido movilizados y en una palabra carecen de gravámenes y en cuanto a su dominio no están sujetos a cláusulas limitativas ni resolutorias de ninguna especie y que en todo caso saldrán al saneamiento por evicción, conforme a derecho. Cuarto. Que los mencionados lotes de terreno los hubieron los vendedores y el menor, púber, Hernán Paz de León, por adjudicación que de ellos se les hizo en la mortuoria de Felipe S. Paz Ferrer, escritura número 550 de 1936 y en la partición material llevada a cabo por el ingeniero Gómez Reyneros, protocolizada como ya se vio y registrada en Cartagena el 19 de octubre de 1938. Que como los mencionados lotes les fueron adjudicados en común y proindiviso con el menor Hernán Paz, los comparecientes, en su propio nombre, y la señora Anselma León viuda de Paz, en representación de su hijo menor, se comprometen a instaurar inmediatamente el juicio de licencia judicial, para que salga a remate el derecho que en ellos tiene el citado menor y rematarlos en nombre del comprador, ratificando posteriormente la presente escritura. Para los efectos consiguientes y si no dieren cumplimiento a lo pactado confieren al comprador el poder amplio y suficiente para que éste lo haga, indemnizando en este caso, todos los gastos y perjuicios que por ello sufriere y le confieren la facultad de escoger otros lotes de propiedad de los comparecientes, en la misma Urbanización o derechos equivalentes en ellos. Presente el doctor Sady González Bernal, quien está cedulado bajo la cédula de ciudadanía número 1.119.726 de Bogotá, es mayor de edad y vecino de esta ciudad, a quien conozco personalmente, de lo cual doy fé y dijo: Que acepta la venta que por medio de este instru-

mento le hacen, las declaraciones de los vendedores y las obligaciones contenidas en la presente escritura y declara que ha recibido la posesión material de los bienes relacionados a su satisfacción”.

Según los términos del convenio anteriormente transcrito, Felipe Paz de León, María Luisa Paz de Gómez representada por su apoderado, y Anselma León viuda de Paz, todos legalmente capaces y de las condiciones civiles mencionadas en el referido instrumento, dieron a título de venta y enajenación perpetua al doctor Sady González Bernal, también persona jurídicamente capaz, los inmuebles cuya ubicación y linderos fueron debidamente expresados en el respectivo contrato. La Corte observa, que si bien es cierto fue enajenado el derecho de dominio que en los expresados lotes tenía el menor púber Hernán Paz León, según lo afirman los demandantes, es ésta una figura que tiene otras consecuencias jurídicas. En cuanto al precio y condiciones de pago de los inmuebles vendidos fueron también inequívocamente fijados en la cláusula segunda, y además, cumplieróse a cabalidad las solemnidades prescritas por nuestro Código Civil para esta clase de contratos; es decir, concurren en el presente caso los elementos esenciales que configuran el contrato de compraventa, tal como lo define el artículo 1.849 del Código Civil, que guarda estrecha relación con el artículo 1.857 ibidem, según el cual, la venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, salvo las excepciones allí establecidas.

Del contenido de la precitada escritura número 852, se infiere que propósito de ambos contratantes fue la compraventa por el precio estipulado de los lotes de terreno mencionados en la cláusula primera. Sobre este particular, no discrepan ni las mismas partes comprometidas en el presente litigio. La intención de las partes, es sabido, constituye la norma suprema para la interpretación de los contratos y cuando es claramente conocida debe estarse más a ella que a lo literal de las palabras, como lo enseña el artículo 1.618 del Código Civil.

Desde luego esta disposición, como todas las contenidas en el Título XIII del Libro IV del Código Civil, no tienen ciertamente un carácter imperativo. Son simples reglas generales de hermenéutica contractual, que se les sugieren a los jueces de fondo para la formación de su criterio cuando hayan de interpretar la voluntad de las partes vinculadas por medio de una relación jurídico-contratual. Comentando Claro Solar aque-

llas disposiciones, que son las mismas que consagra el Código Civil Chileno, dice al respecto lo siguiente:

"Los comentadores del código de Napoleón, inspirándose en la jurisprudencia de la Corte de Casación, sostienen que los artículos que contienen las reglas de interpretación de los contratos no tienen un carácter imperativo, ni establecen reglas absolutas sino que constituyen consejos dados a los jueces por el legislador para la interpretación de los contratos. Colin y Capitant, dicen que los artículos 1.156 a 1.164 son reglas que deben servir de hilo conductor cuando el Juez llena la misión de interpretar los contratos". (Derecho Civil Chileno, Tomo XII, página 5).

Mas, en el caso sub-judice, no hubo en realidad un simple yerro de interpretación, sino un error evidente y manifiesto de hecho por parte del sentenciador, pues no obstante haberse determinado por su ubicación y linderos el objeto del contrato de compraventa, sin embargo el Tribunal, sin fundamento legal alguno, sostiene que los referidos inmuebles no fueron el objeto del aludido contrato y al efecto, sienta como premisa de su fallo en la motivación del mismo, la siguiente:

"En resumen, y frente a la cláusula cuarta de la escritura número 852, se tiene que el objeto materia del contrato no fueron los lotes de terreno determinados en su cláusula primera, porque para que lo fueran, se requería el resultado positivo de las obligaciones de medio que tanto vendedores como comprador contrajeron, consistentes en obtener la licencia judicial para que salieran a remate los derechos que el menor Hernán Paz León tenía en los citados terrenos y rematarlos en nombre del comprador. Si fallaban estas obligaciones, bien porque no se intentara la acción respectiva, o porque la licencia fuera negada por el Juez, el objeto de la obligación consistía en la facultad del comprador de escoger otros lotes de propiedad de los comparecientes, en la misma urbanización o derechos equivalentes en ellos, sin que estos lotes que podía escoger el comprador se hubieran determinado en la escritura que se viene comentando, ni los derechos equivalentes a ellos se hubieran radicado en algún globo de terreno en particular, como ha debido hacerse ya que se trataba de una venta futura de bienes raíces, la que para su validez requería se especificaran en la escritura los bienes futuros objeto de ella como lo ordena el artículo 1.867 del C. C."

Y agrega además:

"De manera, que la compraventa de que trata la escritura número 852 de 5 de marzo de 1945

careció en realidad de objeto, pues el que se determinó en ella estaba condicionado al resultado eventual de un juicio, que no se promovió por ninguna de las partes en la oportunidad debida para ver de obtener el fin que con tal obligación se propusieron o sea: reunir en cabeza del comprador el pleno de los derechos en los lotes de terreno determinados en la cláusula primera de dicho instrumento, y ratificar luégo la escritura".

Y fue basándose en las anteriores consideraciones, como llegó a la conclusión de que el contrato de compraventa tantas veces citado, se hallaba viciado de nulidad absoluta, como al efecto lo declaró, olvidando que nuestro régimen civil en materia de nulidades es expreso y en forma taxativa determina sus causales.

No comparte la Corte las consideraciones del Tribunal anteriormente transcritas, porque ellas pugnan en forma ostensible con los términos del contrato cuya nulidad fue declarada.

Por el hecho de que las partes contratantes al celebrar el contrato de compraventa hubiesen convenido de común acuerdo por la cláusula cuarta, en que el comprador podía escoger otros lotes de propiedad de los vendedores, ubicados dentro de la misma urbanización, para el caso de que los vendedores no cumplieren lo pactado, no cabe lógicamente de tal hecho deducir que fueron estos los inmuebles objeto de la enajenación, pues simplemente el alcance de la citada cláusula cuarta fue darle una opción al comprador que no tendría operancia, sino en el evento de que por su culpa los vendedores incurrieran en la violación del contrato de compraventa.

Y no tratándose, como erróneamente lo entendió el sentenciador, de una venta futura de bienes raíces o de una universalidad de bienes, no procedía la aplicación del artículo 1.867 del Código Civil, que fue uno de los que sirvieron de apoyo al fallo del Tribunal. Lo que la ley no acepta y ese es el alcance de la norma antes citada, es la venta de una universalidad jurídica, porque no puede haber transferencias a título universal, como acertadamente lo dice Arturo Alessandri Rodríguez, al comentar el artículo 1.811 del Código Civil Chileno, equivalente al nuestro. (De los Contratos, pág. 96).

Tampoco estaba llamado a gobernar este litigio el artículo 1.741 del Código Civil, porque la nulidad allí establecida es para aquella clase de relaciones contractuales que surgen viciadas a la vida jurídica ya por razón de la incapacidad absoluta de los contratantes, o ya por tratarse de objeto o causa ilícita, o ya por haberse pretermi-

tido formalidades esenciales para su existencia legal, y nada de esto ocurrió en el caso de autos.

Como consecuencia de lo dicho anteriormente, no resultaba tampoco conducente darle aplicación al artículo 2º de la Ley 50 de 1936, que vino a subrogar el artículo 1.742 del Código Civil. Porque si bien es cierto, que la norma citada otorga al sentenciador la facultad de declarar de oficio la nulidad absoluta, cuando ella aparezca de manifiesto en el acto o contrato, también lo es que aquella facultad tiene sus límites, pues es únicamente para los que en forma taxativa considera afectados de nulidad absoluta el legislador.

Finalmente, si a juicio del sentenciador la cláusula cuarta del contrato de compraventa se hallaba afectado de los vicios por él anotados en la parte motiva de su fallo, podría haber sobre el particular una nulidad parcial que en ningún caso engendraría la que fue declarada en forma absoluta y general en la sentencia.

Por todas las razones anteriormente expuestas, el cargo formulado habrá de prosperar y por ende, la sentencia recurrida deberá ser infirmada para reparar el agravio inferido al derecho a consecuencia del error de hecho en el cual incurrió el sentenciador. En materia de error de hecho se requiere, ha dicho la Corte, que el yerro sea de tal magnitud que de la prueba apreciada surja fatalmente sin la menor vacilación, el hecho opuesto o que dio por acreditado el Juez de instancia como resultado de su equivocación. En el caso de autos, el error de hecho de que se queja el recurrente, aparece de manifiesto y se halla configurado con los caracteres señalados por la norma jurisprudencial.

Habiendo prosperado el primero de los cargos de la demanda, no hay lugar a mencionar el segundo, de conformidad con lo prescrito en el artículo 538 del Código Judicial. Y para fundamentar la resolución que compete a la Corte dictar como juez de instancia, según la disposición antes citada, se hacen las siguientes consideraciones las cuales habrán de servir de apoyo al fallo de fondo.

SENTENCIA DE INSTANCIA

Como se dijo ya en los antecedentes de esta sentencia, los demandantes Anselma León viuda de Paz, María Luisa Paz de Gómez y Felipe S. Paz, demandaron al doctor Sady González Bernal, para que previos los trámites del juicio civil ordinario fuera declarada la resolución del contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 852 de 5 de marzo de 1945, de la No-

taría Quinta de esta ciudad y la resolución del contrato privado de la misma fecha a que hace referencia el instrumento público que acaba de mencionarse, es decir, promovieron la acción resolutoria, fundándose en que el comprador no había pagado la totalidad del precio convenido, hecho éste que confesó el propio demandado tanto al descorrer el traslado de la demanda como al dar respuesta a la pregunta décima de las posiciones que absolvió durante la secuela del juicio.

La ley autoriza el ejercicio de la referida acción a la parte que ha cumplido contra el contratante moroso. Para su prosperidad es indispensable que uno de los contratantes se encuentre en mora de cumplir sus prestaciones. En el caso sub-judice, los demandantes transfirieron a título de venta real y enajenación perpetua al demandado el derecho de dominio y posesión de tres lotes de terreno, ubicados en el Municipio de Cartagena del Departamento de Bolívar y alindados en la forma que reza el instrumento. El comprador confiesa haber recibido a su completa satisfacción los referidos inmuebles. Además, los vendedores no sólo hicieron entrega real y material de ellos, sino que también, efectuaron la tradición legal de dominio en la forma prescrita en el artículo 756 ibídem, pues en la copia de la escritura de venta, que obra como prueba en los autos, consta que el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de la Oficina del Circuito de Cartagena, inscribió dicha escritura en el Libro número 1º bajo el número 1.536, página 280 y 281, con fecha 15 de septiembre de 1945, cuyo registro no ha sido cancelado, según lo atestigua el certificado del mismo registrador, que corre a los autos.

Como según lo prescribe el artículo 1.880 del Código Civil, la primera y principal obligación del vendedor consiste en la entrega de la cosa vendida de acuerdo con la ley, lo cual se hizo así en este caso, quiere ello decir que por este aspecto los vendedores cumplieron en debida forma con sus obligaciones de tales. Es este un hecho plenamente establecido en el proceso.

Como precio de venta de los mencionados lotes, se convino la suma de \$ 4.000.00, que el comprador pagaría así: \$ 1.500.00 moneda corriente de contado, en la fecha de la escritura y el saldo o sea, \$ 2.500.00 sería pagado el día en que fuera ratificada la escritura de venta y se hubiese otorgado la escritura de asociación de responsabilidad limitada, cuyas bases constaron en documento privado, de fecha 5 de marzo de 1945.

Ahora bien, según la cláusula cuarta del con-

trato antes transcrito, "los vendedores en su propio nombre y la señora Anselma León viuda de Paz, en representación de su hijo menor, se comprometieron a iniciar inmediatamente el juicio de licencia judicial para sacar a remate el derecho que en ellos (los lotes) tiene el citado menor y rematarlos a nombre del comprador, ratificando posteriormente la presente escritura".

El vocablo **inmediatamente** empleado por los contratantes en la referida cláusula es un adverbio, que según el diccionario de la Academia de la Lengua, significa "luégo", "al punto", "al instante". Mas no se probó durante la secuela del juicio que los vendedores hubieran cumplido con esta obligación en los términos pactados, es decir, incurrieron ellos por su culpa o negligencia en la violación del contrato, que según nuestro código Civil, es ley para las partes contratantes.

Y no puede decirse que era menester haberlos requerido judicialmente, para constituirlos legalmente en mora, puesto que se trataba de una obligación pura y simple, es decir, de una de aquellas que según lo enseña los doctrinantes, pueden ser exigidas inmediatamente, después de haber sido formada, pues no hay plazo pendiente alguno.

A su vez, también por su culpa o negligencia infringió el contrato el comprador, quien no obstante, haberse obligado a gestionar la licencia judicial para cuyo efecto la madre del menor le otorgó el respectivo poder en la misma escritura de venta, no tomó iniciativa alguna sobre el particular, como lo demuestran las mismas pruebas y documentos por él aducidos, para demostrar que la licencia judicial no había sido solicitada.

Se trata en resumen, de un incumplimiento simultáneo por culpa de ambos contratantes que los colocaba en igualdad de condiciones jurídicas. Concorre además, en el presente caso la circunstancia de que la obligación pactada por medio de la cláusula cuarta, no podrá ya cumplirse, por tratarse de una condición fallida, a términos de los artículos 1.537 y 1.539 del Código Civil, desde luego que está probado en el proceso y así lo reconocieron los jueces de fondo en sus fallos, que el menor púber Hernán Paz León, había llegado ya a su mayor edad, cuando este litigio fue promovido. Así las cosas, la intención de la demanda principal está llamada a prosperar, en cuanto a la súplica sobre resolución del contrato de compraventa recogido en la escritura pública número 852 de fecha 5 de marzo de 1945, de la Notaría

Quinta de Bogotá y así habrá de declararlo la Corte en este fallo sin condenar al pago de perjuicios, pues de hacerlo así incurriría en la reformatio in pejus, cuya figura procesal se halla expresamente consagrada en el artículo 494 del Código Judicial, si se observa que sólo la parte demandada interpuso recurso de casación contra la sentencia del Tribunal, la cual no impuso condena alguna por concepto de perjuicios.

LA DEMANDA DE RECONVENCION

El autor de dicha demanda por medio de apoderado, demandó la resolución por incumplimiento de los demandados del contrato privado de fecha 5 de marzo de 1945, celebrado entre Anselma León viuda de Paz, Felipe Paz León, por una parte y Sady González Bernal por la otra.

La misma solicitud hizo en su libelo de demanda la parte demandante. Se trata, pues, de un externo o faz de la litis en la cual están de acuerdo ambas partes aunque diversos son los motivos invocados para sustentar la súplica resolutoria por ellos formulados.

El contrato en cuestión, dice así:

"Nosotros Anselma León viuda de Paz, tarjeta de identidad número 132317 de Bogotá y Felipe Paz León, cédula de ciudadanía número 232772 también de Bogotá, ambos mayores de edad y de esta vecindad, hacemos constar lo siguiente: Primero. Que en esta misma fecha hemos otorgado una escritura de venta, que se corrió el día de hoy en la Notaría Quinta de esta ciudad, por medio de la cual vendimos al doctor Sady González Bernal tres lotes de terreno, que hacen parte de la Urbanización de Crespo, en el Municipio de Cartagena, por la suma de cuatro mil pesos (\$ 4.000.00) de los cuales el comprador nos ha pagado la cantidad de mil quinientos pesos (\$ 1.500.00) quedándonos a deber la suma de dos mil quinientos pesos (\$ 2.500.00); esta suma nos la debe pagar el comprador, así: la cantidad de dos mil pesos (\$ 2.000.00) que proporcionará para que el contratante Felipe Paz los aporte, como su capital a la sociedad de responsabilidad limitada que girará bajo la razón social de "Compañía Urbanizadora Miramar Limitada" que se debe elevar a escritura pública inmediatamente se resuelva por los socios fundadores que son Felipe Paz León, Eduardo Gutiérrez y Eduardo Martínez Capella, cuya minuta ya ha sido aprobada por el doctor Sady González Bernal, que también entrará de socio y los demás, a excepción hecha de Eduardo Martínez Capella; y los quinientos

pesos (\$ 500.00) restantes que nos entregará cuando nosotros hayamos ratificado la escritura que se otorgó hoy y se hizo mención anteriormente; siendo también de nuestra obligación que María Luisa P. de Gómez ratifique también dicha escritura. Segundo. Nos obligamos a que nosotros le venderemos a la mencionada sociedad una vez que esté legalmente constituida y en ejercicio, todos los lotes y derechos que poseemos en la Urbanización y Hacienda de Crespo, ubicada en el Municipio de Cartagena, a razón de veinte centavos (\$ 0.20) por cada metro cuadrado, en las condiciones acordadas en la minuta que también se ha extendido y aprobado por nosotros, pero que deben aprobar el señor Ramón S. Paz y la señora María Luisa P. de Gómez, ambas minutas las llevará el día siete (7) del presente el contratante Paz a Cartagena para la aprobación de que se habla. Tercero. En caso de que por circunstancias ajenas a la voluntad de los contratantes no se pudiera llevar a cabo alguna de estas negociaciones, el comprador queda facultado para hacer el negocio de compra de los lotes relacionados en la escritura de que se habló al precio fijado allí pagando el resto de su valor con el dinero que obtenga, en primer término en las ventas parciales que realice o para resolver el negocio en cuyo caso nosotros le devolveremos la cantidad de mil quinientos pesos (\$ 1.500.00) que hoy hemos recibido con sus intereses a la rata del uno por ciento mensual y el pago de todos los gastos que hubiera tenido que hacer hasta la cancelación de la escritura que hoy mismo se firma, para esta resolución bastará el aviso de González B. por escrito, para que ella fuere obligatoria para nosotros. Para constancia se firma". Este contrato aparece firmado también por Sady González Bernal.

El Juez de primera instancia al analizar este contrato, consideró que guardaba estrecha relación con el contenido en la escritura pública número 852, pero que no era el caso de acceder a su resolución, dado su carácter unilateral y al efecto dijo:

"Analizado objetivamente el contenido de este documento, se encuentra que sus declaraciones no constituyen un contrato bilateral, pues ellas son hechas por dos personas siendo solamente ellas quienes adquieren obligaciones, sin que los sujetos a quienes se dirigen, adquieran recíprocamente las suyas".

Es verdad, los términos confusos de tal contrato podrían dar margen a la interpretación que el Juzgado Primero del Circuito de Bogotá hizo so-

bre el particular; pero en todo caso, Anselma León viuda de Paz, Felipe Paz León y Sady González Bernal, que figuran los primeros como vendedores y el último como comprador, respectivamente, en el contrato celebrado por escritura número 852 de 5 de marzo de 1945, son las mismas personas que suscribieron el convenio hecho por documento privado de fecha 5 de marzo de 1945, en cuya cláusula primera se convinieron de común acuerdo entre los contratantes algunas modificaciones sobre la forma de pago que primitivamente fue pactada, generándose así obligaciones recíprocas, que son las que le dan a un contrato el carácter de **bilateral**, según la definición del artículo 1.493 del Código Civil. El no haberse estipulado plazo alguno durante el cual, deberían cumplirse los compromisos contraídos por la cláusula primera no le quita a dicho contrato su carácter de bilateral. Siendo esto así, la razón expuesta por el Juez Primero del Circuito de Bogotá, no resultaba eficaz, jurídicamente hablando, para haber negado la resolución solicitada por las partes.

Al propio tiempo el Tribunal de Bogotá, dijo en la motivación de su fallo sobre dicho contrato:

"Como en la misma demanda se solicita se declare la resolución del contrato antes transcrito, habida la consideración de que él arrancaba en el cumplimiento de las diferentes obligaciones que estipularon los firmantes, de la eficacia y valor del contrato escriturario tantas veces citado en esta providencia, claramente se comprende que siendo nulo, ningún efecto podría producir y por consiguiente toda referencia a él carecía de obligatoriedad".

Si a juicio del sentenciador, la nulidad del contrato de compraventa debía incidir en la suerte del contenido en el documento privado restándoles su obligatoriedad o eficacia legal, para ser lógico el Tribunal ha debido declararlo así en la parte resolutive de su fallo, pero en ningún caso podía, como lo hizo, negar la resolución jurídica que las mismas partes contratantes consideraban, no podía continuar vigente y de ahí, el que aquéllas en sus respectivas demandas hubieran impetrado la resolución judicial del referido vínculo contractual.

Para la Corte, se trata de un contrato que en realidad adolece en su redacción y contenido de graves deficiencias. No obstante ello, y dadas sus modalidades bien puede considerarse como un contrato cuya existencia legal estaba subordinada a la del recogido en la escritura pública número 852, así como en tratándose *vr. gr.* de un contrato accesorio su subsistencia jurídica está sujeta a la

del principal, según lo preceptado en el artículo 1.499 del Código Civil. Dentro de este orden de ideas, declarada la resolución del contrato de compraventa celebrado por medio de la escritura pública antes citada, consecuentemente debe ser declarada la resolución del contenido en el documento privado a que se ha venido haciendo mención.

RESOLUCION:

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha veintitrés (23) de agosto de mil novecientos cincuenta y siete (1957), REVOCA a su vez, la del Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá, de fecha veintiuno (21) de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco (1955), providencias que fueron dictadas en el juicio ordinario iniciado por Anselma León viuda de Paz y otros contra Sady González Bernal y en su lugar se resuelve:

PRIMERO.—Declárase resuelto el contrato celebrado entre Anselma León viuda de Paz, Felipe Paz León, María Luisa Paz de Gómez y Sady González Bernal, y que consta en la escritura pública número 852 de 5 de marzo de 1945 de la Notaría Quinta de Bogotá.

SEGUNDO.— Declárase asimismo resuelto el contrato suscrito por Anselma León viuda de Paz, Felipe Paz y Sady González Bernal y que consta en el documento privado de fecha cinco (5) de marzo de mil novecientos cuarenta y cinco (1945).

TERCERO.—Como consecuencia de las anteriores declaraciones, condénase al demandado Sady González Bernal a restituir a los demandantes Anselma León viuda de Paz, María Luisa Paz de Gómez y Felipe S. Paz, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, los tres globos de terreno determinados por su situa-

ción y linderos en la escritura número 852 de fecha cinco (5) de marzo de mil novecientos cuarenta y cinco (1945) de la Notaría Quinta de Bogotá.

CUARTO.— Condénase a los demandantes a resituir a Sady González Bernal dentro del mismo plazo señalado en el numeral anterior, la suma por ellos recibida como parte del precio del contrato a que dicha escritura se refiere.

QUINTO.—Ordénase la cancelación de la escritura pública número 852 de fecha cinco (5) de marzo de mil novecientos cuarenta y cinco (1945) de la Notaría Quinta de Bogotá, como también su correspondiente registro para lo cual e insertándose copia de la parte resolutive de esta sentencia, se ordena librar sendos oficios al Notario Quinto de Bogotá y al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Cartagena, para que el primero haga la anotación del caso al margen de la matriz de la citada escritura, y el segundo, inscriba el presente fallo en el correspondiente libro de registro.

SEXTO.— No se decretan las demás súplicas impetradas tanto en la demanda principal como en la de reconvencción.

SEPTIMO.—Cancélese la inscripción de la demanda principal.

Sin costas ni en las instancias ni en este recurso.

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

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco.

Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Ar-

turo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge

Soto Soto, Secretario.



NULIDAD PAR FALTA DE CITACION Y EMPLAZAMIENTO DE UNA CUALQUIERA DE LAS PARTES. — QUIEN PUEDE VALIDAMENTE ALEGARLA. — CASACION. — CONDICIONES PARA SU ADMISIBILIDAD. — INTERES JURIDICO DEL RECURRENTE. — VIOLACION DIRECTA Y VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY. — DIFERENCIAS ENTRE ESTAS. — LA INTERPRETACION DE LA DEMANDA CORRESPONDE AL FALLADOR Y SOLO PUEDE SER VARIADA POR LA CORTE EN EL CASO DE QUE ANTE ELLA SE ALEGUE Y DEMUESTRE UN ERROR MANIFIESTO. — ERROR DE DERECHO. — EN QUE CONSISTE. — EL JUSTIPRECIO QUE EL TRIBUNAL LE HAYA DADO A LA FALTA DE CONSTANCIA QUE EL ARTICULO 620 DEL C. J. ORDENA DEJAR AL JUEZ Y AL SECRETARIO SOBRE LA NO COMPARECENCIA DEL LITIGANTE CITADO A ABSOLVER POSICIONES, NO PUEDE CONSIDERARSE EN CASACION. — CARACTER DEL ARTICULO 280 DEL C. J., EN CUANTO ESTABLECE EL REQUISITO DE LA CAPACIDAD PARA SER PARTE. — A QUE CONDUCE LA CARENCIA DE ESTE PRESUPUESTO PROCESAL

1.—La nulidad por falta de citación y emplazamiento de cualquiera de las partes, en los términos del artículo 457 del Código Judicial y según reiterada jurisprudencia de la Corte, no puede ser alegada en casación sino por la persona que no fue legalmente citada o emplazada, ya que es la única que puede pedir por la vía ordinaria que se declare la nulidad del juicio al cual no se le llamó, u oponerla como excepción, cuando se trate de ejecutar la sentencia.

2.—“El interés jurídico para recurrir en casación puede no existir... porque la sentencia del Tribunal no infliere ningún agravio al recurrente”. (G. J., tomo LXIII, pág. 50)—“es necesario que la sentencia contra la cual se interpone la casación infliera agravio a la parte recurrente, porque la casación lo mismo que la apelación, legalmente ha de entenderse interpuesta en lo desfavorable al recurrente” (G. J. tomo LXIV, página 792).

3.—Sabido es que la violación directa de la ley sustantiva, porque el fallo contiene una decisión manifiestamente contraria a la norma, o una errónea interpretación o una aplicación indebida de ella, es de naturaleza diferente de la indirecta, que radica en un error de hecho manifiesto o de derecho en la apreciación de una prueba. Como consecuencia de esa diferencia fundamental en la infracción de la ley, los artículos 520 y 531 del Código Judicial disponen que la demanda de casación debe expresar en for-

ma clara y precisa los fundamentos de la causal aducida y que cuando son varios los motivos del recurso, “se exponen en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una”.

4.—El error de derecho en la valoración de una prueba, según doctrina constante de la Corte, estriba en que se le ha dado a ella el valor que no le asigna la ley, o en que no se le otorga el que sí le reconoce ésta.

5.—El justiprecio que el Tribunal le haya dado a la falta de la constancia que el artículo 620 del Código Judicial ordena dejar al Juez y al Secretario sobre la no comparecencia del litigante citado a absolver posiciones, no puede considerarse en casación, porque implicaría la revisión de una etapa del juicio ya superada, la cual, por mandato del artículo 618 *ibidem*, corresponde exclusivamente al fallador de instancia. De otra parte, el artículo 620 no le asigna un valor probatorio a esa constancia. Simplemente ordena que del acto de la no comparecencia se deje testimonio en el expediente por medio de nota que suscriben el Juez y el Secretario.

6.—El artículo 230 del Código Judicial no es norma sustantiva sino procesal, en cuanto establece el requisito de la capacidad para ser parte en un juicio. Además, la carencia de este presupuesto procesal, no llevaría a la negación de las peticiones, que es resolución de fondo, sino a la inhibición

del fallador para considerar las acciones instauradas.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo C. Posada).

El doctor Daniel Villaneda Soto demandó en vía ordinaria a Alejandro Berger, Bernardo Valovis y a la sociedad colectiva denominada Valovis Hermanos, domiciliada en Bogotá, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

a) Que queda resuelto “el contrato de compromiso de compraventa” que consta en el documento de dos de febrero de mil novecientos cuarenta y ocho, suscrito entre los demandados y el actor, sobre el inmueble 12-75, 12-77 y 12-79 de la calle 16 de esta ciudad “por incumplimiento de los promitentes vendedores a las obligaciones por ellos contraídas”.

b) “Que quedan asimismo extinguidas para el promitente comprador, Daniel Villaneda Soto, las obligaciones contraídas conforme a dicho compromiso”.

c) Que los demandados deben restituir en forma solidaria al demandante la suma de cinco mil pesos (\$ 5.000.00) moneda corriente que recibieron por razón del compromiso de venta con los intereses causados desde el dos de febrero de mil novecientos cuarenta y ocho, y los que se causen hasta el día del pago.

d) Que deberán pagarle también en forma solidaria, una vez ejecutoriado el fallo, los perjuicios causados con el incumplimiento de la promesa de compraventa, en la cantidad de diez mil pesos (\$ 10.000.00) o la que fijen peritos en el juicio.

e) Que las costas son de cargo de los demandados.

Deriva las súplicas de los siguientes hechos sintetizados:

Según el documento suscrito en esta ciudad el dos de febrero de mil novecientos cuarenta y ocho, entre Alejandro Berger y Bernardo Valovis, obrando éste en representación de la sociedad Valovis Hermanos, y el demandante, se celebró un compromiso por el cual aquéllos se obligaron a transferirle a éste en venta el inmueble distinguido con los números 12-75, 12-77 y 12-79 de la calle 16 de Bogotá, alinderado como se expresa en él.

Los futuros vendedores se comprometieron a

hacerle la venta al precio “de ciento cinco pesos (\$ 105.00) la vara cuadrada sobre la cabida mínima comprobada a satisfacción del promitente comprador Daniel Villaneda Soto” y desde luego siendo de cargo de aquéllos la verificación o comprobación de dicha cabida”.

3º Nada hicieron en oportunidad los promitentes vendedores en orden a la comprobación de la cabida”.

4º También se obligaron éstos a poner al doctor Villaneda Soto “en posesión inmediata mediante entrega del inmueble y a hacerle cesión de los respectivos contratos de arriendo, una vez suscrito el presente”. Y tampoco cumplieron esta obligación ni estuvieron dispuestos a ello.

5º “El derecho de dominio, materia del compromiso de compraventa, debía estar exento de todo vicio legal, y la verdad es que no lo estaba por múltiples motivos”.

6º Bernardo Valovis no obtuvo en oportunidad el poder especial para la venta del inmueble en cuanto éste aparece en cabeza de la sociedad Valovis Hermanos.

7º En definitiva, los promitentes vendedores no cumplieron ni estuvieron dispuestos a cumplir el compromiso recógido en el documento de dos de febrero de 1948.

8º El demandante cumplió con lo de su cargo.

9º A cuenta del precio dio a Berger y Valovis Hermanos la suma de cinco mil pesos moneda corriente (\$ 5.000.00) moneda corriente.

10º. Como cláusula penal se estipuló a cargo de los promitentes vendedores el doble de la expresada suma, o sea, la de diez mil pesos moneda corriente (\$ 10.000.00).

11º. Berger, Valovis y la sociedad que dijo éste representar se obligaron solidariamente.

12º. “La sociedad colectiva de comercio Valovis Hermanos se constituyó por instrumento número 215 de 10 de febrero de 1937 de la Notaría Tercera de Bogotá, y el señor Bernardo Valovis fue designado como administrador de ella”.

13º. El demandante ha recibido considerables perjuicios con el incumplimiento de la promesa.

Notificados los dos demandados, solamente contestó el libelo, por medio de apoderado, Alejandro Berger ateniéndose a lo que dice el documento en los hechos referents a él y negando los demás. La sociedad Valovis Hermanos no contestó ni constituyó representante judicial.

El mismo Berger presentó también demanda de reconvencción contra el doctor Villaneda Soto, para que se declarara:

1º Que éste ha incurrido en abuso del derecho

al presentar la demanda principal.

2º Que por causa de este abuso es responsable de los perjuicios materiales y morales causados a Berger.

3º Que debe pagar los perjuicios materiales causados al reconvenccionista en la cuantía fijada por el Juez, y la suma de dos mil pesos por los perjuicios morales.

La causa de estas declaraciones la funda:

En el contrato de promesa de compraventa suscrito entre Berger y Valovis Hermanos, de un lado, y el doctor Villaneda Soto, de otro.

Los promitentes vendedores cumplieron a cabalidad las obligaciones emanadas del contrato. En cambio, el contrademandado no cumplió las suyas, pues pidió y obtuvo prórroga del plazo para otorgar la escritura de venta, afirmando que no tenía fondos para el pago.

Más tarde manifestó la imposibilidad de cumplir el contrato dentro del plazo prorrogado por falta de fondos.

Se le comunicó que había perdido las arras. Aceptó esto, pero pidió y se le concedió hasta el 20 de mayo de 1948 el derecho de preferencia para comprar el mismo inmueble en igualdad de condiciones con un tercer comprador y con imputación de las arras al precio. Tampoco usó de este derecho por la imposibilidad de conseguir dinero. Así la pérdida de las arras fue definitiva. El demandante principal no solicitó nunca el otorgamiento de la escritura de venta.

En estas condiciones, es manifiesto el abuso del derecho por parte del contrademandado con la presentación de su demanda. El reconvenido contestó oponiéndose a las pretensiones del libelo y negando los hechos.

El Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá dio término a la primera instancia en sentencia de catorce de abril de mil novecientos cincuenta y cinco, por la cual declaró resuelto el contrato de promesa *sub-lite*; condenó solidariamente a Alejandro Berger y Bernardo Valovis, a éste en su carácter de socio de la firma Valovis Hermanos, a devolverle al doctor Daniel Villaneda Soto la suma de cinco mil pesos (\$ 5.000.00) que los primeros recibieron en calidad de arras con los intereses de dicha suma a partir del 2 de febrero de 1948 hasta el día del pago; y la indemnización de los perjuicios provenientes de no haberle entregado el lote prometido en venta ni haberle cedido los contratos de arriendo del mismo, perjuicios limitados al tiempo comprendido entre la fecha del contrato y la de ejecutoria del fallo,

determinables por el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial.

Negó las peticiones de la demanda de reconvencción y condenó a los demandados principales y al contrademandante en las costas del juicio.

El apoderado de Berger y Valovis se alzó contra la sentencia de primer grado. El Tribunal Superior de Bogotá resolvió el recurso en fallo de treinta de marzo de mil novecientos cincuenta y siete, en que decidió: 1º Confirmar los ordinales primero, cuarto, quinto y sexto de la sentencia recurrida. Revocó el segundo y tercero de la misma, y, en su lugar, condenó solidariamente a Alejandro Berger y a la sociedad colectiva de comercio Valovis Hermanos, representada por su socio administrador Bernardo Valovis, a pagarle al doctor Villaneda Soto seis días después de la ejecutoria la suma de diez mil pesos (\$ 10.000) moneda corriente, con los intereses legales desde la fecha de la contestación de la demanda. También los condenó a pagar la mitad de las costas de la segunda instancia.

Los demandados Berger y Bernardo Valovis interpusieron contra la sentencia del Tribunal Superior el recurso extraordinario de casación que se procede a decidir, agotada como está la tramitación que le señala la ley.

La demanda le hace al fallo impugnado cinco cargos: uno por el motivo 6º del artículo 520 del Código Judicial; dos con respaldo en la causal 2ª, y dos, en el ordinal 1º de la misma norma.

PRIMER CARGO

Acusa en este primer cargo la sentencia "por haberse incurrido en la nulidad mencionada en la causal 3ª del artículo 448 del Código Judicial, toda vez que no fue citada en forma legal la sociedad comercial en liquidación denominada Valovis Hermanos".

Lo motiva con los siguientes razonamientos:

Esta sociedad se declaró disuelta y liquidada, según certificado de la Cámara de Comercio (Cuaderno 4, folio 1º) el 17 de octubre de 1949, y sus socios "Tulio y Bernardo Valovis se hicieron cargo, por partes iguales del pasivo". El extracto de la escritura de disolución y liquidación se registró el 4 de noviembre de 1949. La demanda fue presentada el 14 de diciembre de 1949, o sea, seis semanas después.

Surge el interrogante de si con el registro de la escritura de disolución y liquidación desapareció la sociedad o subsiste, para los fines de la liquidación. En la primera hipótesis no puede

haber nulidad, porque una persona inexistente no puede "ser mal citada"; en la segunda, "si sería posible la nulidad alegada".

Transcribe una doctrina de la Corte, según la cual la sociedad disuelta conserva su personalidad "para todo lo que se refiere a la liquidación".

Sobre si la sociedad Valovis Hermanos subsiste, a pesar de la declaración de haberse liquidado, estima el recurrente con el Tribunal en el auto que negó la misma nulidad impetrada en casación, que "la sociedad disuelta y liquidada no termina de liquidarse sino cuando hayan sido solucionadas las obligaciones que formen o lleguen a formar su pasivo".

En este supuesto, prosigue el recurrente, la demanda no le fue legalmente notificada al representante de la sociedad, porque en la diligencia que de ella hay en el expediente no se dice qué providencia le fue puesta en conocimiento, y no está firmada la notificación por Bernardo Valovis ni por el empleado subalterno.

"Y no se diga que la sociedad Valovis Hermanos está debidamente notificada porque el 3 de febrero de 1950 se notificó debidamente al señor Bernardo Valovis personalmente".

Añade que fueron demandados Alejandro Berger, Bernardo Valovis y la sociedad Valovis Hermanos, representada por éste. Así no puede aceptarse que la notificación personal y el traslado de Bernardo Valovis, comprenda el de la sociedad Valovis Hermanos, que es un demandado distinto.

Finalmente, observa que, aunque hubiera sido notificado debidamente Bernardo Valovis en representación de Valovis Hermanos, ha debido también citarse a Tulio Valovis, ya que al tenor de la escritura de liquidación "cada uno de los socios mencionados no se hizo cargo sino de la mitad del pasivo, y dicha sociedad en liquidación debe ser representada por los dos socios de consuno". Y como el señor Tulio Valovis no fue notificado nunca, también por esta razón subsiste la nulidad alegada".

Se considera:

Es evidente que el libelo está dirigido contra Alejandro Berger, Bernardo Valovis y la sociedad Valovis Hermanos, representada por éste; y que la relación jurídico-procesal se trabó con éstos toda vez que fueron notificados personalmente de la demanda.

La nulidad por falta de citación y emplazamiento de la sociedad Valovis Hermanos en los términos del artículo 457 del Código Judicial y según reiterada jurisprudencia de la Corte, no

puede ser alegada en casación sino por la persona que no fue legalmente citada o emplazada, ya que es la única que puede pedir por la vía ordinaria que se declare la nulidad del juicio al cual no se le llamó, u oponerla como excepción cuando se trate de ejecutar la sentencia. En el caso concreto, si bien Bernardo Valovis, como representante de Valovis Hermanos, fue notificado del auto admisorio de la demanda, ni la contestó ni constituyó apoderado judicial. El procurador de Alejandro Berger y de Bernardo Valovis en su condición de socio, carece de representación de la sociedad demandada para alegar la nulidad como cargo.

Tulio Valovis, aunque al tenor del certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá, se hizo cargo de la mitad del pasivo de la sociedad y fue designado también liquidador con Bernardo Valovis, en forma conjunta o separada, es un extraño al juicio, por lo mismo, no le sería dado ejercer el derecho otorgado por el citado artículo 457 del Código Judicial, ni, en consecuencia, recurrir en casación.

Es inexplicable que el Juzgado le haya dado cabida a tramitar la articulación de nulidad en cuanto fue propuesta por Tulio Valovis. Pero, de otra parte, una vez resuelta en el juicio, ya no es admisible en casación. (Artículo 456 del Código Judicial).

Lo expuesto basta para rechazar el cargo.

SEGUNDO CARGO

Invocando la causal 2ª del artículo 520 del Código Judicial la demanda impugna la sentencia del Tribunal "de no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por el litigante, por no haberse denegado expresamente las peticiones de la demanda contra el demandado Bernardo Valovis".

En los términos del libelo, prosigue el recurrente, fueron demandados personalmente Alejandro Berger, la sociedad Valovis Hermanos y Bernardo Valovis también personalmente.

El juzgado admitió la demanda contra los tres reos y ordenó correr el traslado legal a cada uno de ellos.

El Juez de primera instancia condenó a Alejandro Berger y "a Bernardo Valovis, a este último en su carácter de socio de la firma comercial denominada Valovis Hermanos...". Es decir, que no lo condenó ni tampoco lo absolvió expresamente "como ha debido hacerlo de las peticiones

de la demanda condenando al demandante en las costas”.

Bernardo Valovis apeló de la sentencia del Juzgado, por consiguiente, el Tribunal ha debido adicionar expresamente su fallo, para absolverlo y condenar al demandante en las costas respectivas.

Se considera:

Es cierto que la demanda y la admisión de ella comprenden a Berger, Valovis Hermanos y Bernardo Valovis. Y la sentencia de primer grado no abarcó sino a Berger y al segundo “en su carácter de socio de la firma comercial denominada Valovis Hermanos”. El Tribunal, a su vez, revocó esta declaración y condenó a Alejandro Berger y a la Sociedad Valovis Hermanos representada por su socio administrador Bernardo Valovis al pago de la suma de diez mil pesos (\$ 10.000.00) moneda corriente.

No aparece que la sentencia le haya inferido agravio al demandado Bernardo Valovis, porque no lo vincula a él personalmente. El agravio sería para la parte demandante, a la cual asistiría el interés de pedir la enmienda en casación, si se advierte que por mandato del artículo 487 del Código de Comercio “los socios colectivos indicados en la escritura social y en las diligencias de publicación, son responsables solidariamente de todas las obligaciones contraídas legalmente bajo la razón social”. Pero como el actor no recurrió en casación, no hay lugar a considerar el cargo por este aspecto. “El interés jurídico para recurrir en casación puede no existir... porque la sentencia del Tribunal no infiere ningún agravio al recurrente” (G. J. Tomo 62, página 50)—“es necesario que la sentencia contra la cual se interpone la casación infiera agravio a la parte recurrente, porque la casación lo mismo que la apelación, legalmente ha de entenderse interpuesta en lo desfavorable al recurrente” (G. J. Tomo 64 página 792).

El cargo no prospera.

TERCERA TACHA

La propone en esta forma: “Acuso también la sentencia de segundo grado por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes por haber condenado a los demandados en la devolución de las arras dobladas de \$ 10.000.00 con intereses, cuando al demandante pidió la devolución de las arras simples de \$ 5.000.00 y los perjuicios causados con

el incumplimiento de la promesa de compra-venta”.

Transcribe las peticiones c) y d). En la primera de ellas se suplica la condenación de los demandados a restituir al actor la suma de cinco mil pesos (\$ 5.000.00) recibidos por aquéllos como arras imputables al precio, y en la segunda, al pago de los perjuicios provenientes del incumplimiento de la promesa en la cantidad de diez mil pesos (\$ 10.000.00) o en la que se fije en el juicio.

También reproduce el ordinal primero del fallo de primera instancia, en que se declara resuelto el contrato de promesa de venta, y el segundo, por el cual se condena solidariamente a Berger y Bernardo Valovis, en el carácter de socio de la firma Valovis Hermanos, a devolverle al demandante la suma de cinco mil pesos que aquéllos recibieron en arras.

Copia asimismo los apartes 1º y 2º de la sentencia del Tribunal por los cuales, en su orden, se confirman los ordinales 1º, 4º, 5º y 6º de la sentencia recurrida, se revocan el segundo y el tercero, y, en su lugar, condena solidariamente a Berger y a la sociedad a pagarle al actor la suma de diez mil pesos con los intereses legales desde la fecha de la contestación de la demanda.

Observa que el demandante no apeló de la sentencia de primer grado y, por consiguiente aceptó la devolución de las arras simples, y los perjuicios indeterminados, no la devolución de los otros \$ 5.000.00, como multa, que es cosa muy distinta.

El fallo del Tribunal, continúa el recurrente, “en cuanto condena a \$ 10.000.00 con intereses y no a \$ 5.000.00 con intereses incurre en *ultra petita* y representa además una *reformatio in pejus* por las siguientes razones”:

a) Una cosa es la multa estipulada, igual al monto de las arras, y otra los perjuicios, para el caso de incumplimiento. “Aunque el fallador puede y debe interpretar la demanda, esta interpretación no cabe, cuando el demandante indica expresamente la causa de su demanda (XXVI, página 93) como lo hizo el doctor Villaneda, quien expresamente pidió perjuicios en la petición e) de su demanda y no la pena igual al monto de las arras por el incumplimiento. Por consiguiente los demandados no pueden ser condenados al pago de tal pena, sino solamente en perjuicios, si éstos hubieran sido comprobados”.

b) El demandante aceptó la sentencia de primera instancia que condenó al pago de las arras simples y de los perjuicios, no a la pena igual al monto de las arras. Por consiguiente, el Tribunal

incurrió en *reformatio in pejus*, al revocar la condenación en perjuicios y sustituirla por la de la pena, en vez de absolver a los demandados. "Porque aunque se llegare a la conclusión que el doctor Villaneda, formulando mal las peticiones de la demanda pidió en forma alternativa la pena estipulada o perjuicios, aún en esta hipótesis, el señor Juez de primer grado al condenar tan sólo en perjuicios absolvió implícitamente a los demandados del pago de la pena, y como el doctor Villaneda Soto no reclamó contra esta sentencia, el Tribunal no puede empeorar la situación de los demandados al condenarlos al pago de la pena (artículo 494 del Código Judicial)".

Consideraciones de la Corte:

Es indispensable reproducir la parte del fallo del Tribunal en que considera e interpreta las peticiones c) y d) de la demanda en armonía con el hecho relacionado con ellas. Dice así: "Arras, cláusula penal y perjuicios.—En el ordinal c) pide el demandante principal la devolución con sus intereses de la suma de \$ 5.000.00, entregada a los demandados en calidad de anticipo del precio y a título de arras que perderá Villaneda Soto si hubiere incumplimiento de su parte, por motivos imputables a su voluntad, o que aquéllos devolverán dobladas si el incumplimiento fuere imputable a los prometientes vendedores, según se estipula en el contrato. Además, en el ordinal d) reclama indemnización por los perjuicios causados con el incumplimiento de la promesa "en la cantidad de diez mil pesos (\$ 10.000.00) o en la que fijen peritos durante el juicio..." y en el hecho 10º asevera el demandante principal que 'como cláusula penal se estipuló a cargo de los prometientes vendedores el doble de la expresada suma, o sea, la de diez mil pesos (\$ 10.000.00) moneda corriente'.

"El demandante sostiene, pues, al mismo tiempo que se le deben restituir con sus intereses las arras dadas y que la estipulación del contrato relativa a las arras es una cláusula penal que obliga a los prometientes vendedores a pagar \$ 10.000.00, pero propone la disyuntiva entre el pago de esa suma como pena o la que fijen peritos como indemnización de los perjuicios que dice haberle causado el incumplimiento".

Se ocupa luego de lo que disponen los artículos 1.859, 1.857 y 1.861 del Código Civil sobre arras en la compraventa, para concluir que el único alcance que ellas tienen en la promesa de compraventa, es el de que se dan como anticipada regulación del perjuicio que a la contraparte causa

el incumplimiento de la promesa, es decir, como arras penales.

Y concluye: "Por tanto si el doctor Villaneda exige la pena a cargo de los demandados, o sea el pago de \$ 10.000.00 por haberse abstenido de ejecutar el contrato prometido, no tiene que probar cuáles son o en qué consisten los perjuicios sufridos. Pero no puede aceptarse como lo hizo el Juez a quo la disyuntiva de que éstos sean apreciados por peritos cuando aquí ni se sabe siquiera si efectivamente se causaron porque el denunciante no ha enunciado siquiera los hechos en que ellos puedan consistir para justificar ese pedimento".

En definitiva, el fallador de segunda instancia concluyó que las peticiones sobre devolución de las arras entregadas y el pago de los perjuicios pretendían el pago de las arras dobladas, o sea, la suma de diez mil pesos (\$ 10.000.00). A esta conclusión llegó interpretando las súplicas c) y d) de la demanda en armonía con el único hecho expresado en aquella de que como cláusula penal a cargo de los prometientes vendedores se estipuló la suma expresada, y no se enunció ninguno que configurara los perjuicios. Obrando esta interpretación de la demanda, es improcedente la acusación de la sentencia por ser incongruente con las pretensiones deducidas por el demandante. La tacha en este caso cabía proponerla por error de hecho en la interpretación de la demanda con respaldo en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial.

Al respecto la Corte ha dicho: "...la interpretación de la demanda corresponde al fallador y sólo puede ser variada por la Corte en el caso de que ante ella se alegue y demuestre un error de hecho manifiesto" (G. J. Tomo LXXX. Nº 2.153 página 35. Tomo LXXXI. Nos. 2160-61. T. 58).

No se acepta el cargo.

CUARTO CARGO

Amparado en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial dice:

"Acuso finalmente la sentencia del Tribunal de ser violatoria, por infracción directa del artículo 1.859 del Código Civil. Esta violación de la ley sustantiva proviene de la apreciación errónea de la prueba de posiciones, absueltas por el doctor Villaneda Soto a la cual llegó el Tribunal por haberse incurrido en error de derecho con respecto al artículo 620 del C. J."

Resumiendo, los fundamentos o razones del cargo son:

El doctor Villaneda Soto compareció a absolver posiciones ante el Juez comisionado de Villavicencio. Como debía consultar documentos que obran en el expediente para contestar a una pregunta, se suspendió la diligencia y fue citado para continuarla el doce de diciembre a las 8 a. m.

No se presentó a dicha hora, pero el mismo día pidió restitución de términos, alegando que el avión que lo condujo de Bogotá a Villavicencio, debido a malas condiciones atmosféricas, no llegó en tiempo para presentarse a la hora señalada. El Tribunal le negó la restitución por considerar que no se daba la fuerza mayor.

Pedida la declaratoria de confeso, que debía prosperar, el Tribunal la negó "por no haberse dejado el testimonio de la no comparecencia del doctor Villaneda conforme a lo dispuesto en el artículo 620 del Código Judicial (auto de 3 de septiembre de 1956. C. 7º folios 14 y ss.)".

Estima que el Tribunal incurrió a este respecto en error de derecho. El artículo 620 del Código Judicial no puede ser interpretado en el sentido de no caber la declaratoria de confeso, si consta la no comparecencia del absolvente por otros medios probatorios que hacen plena fé. "En el presente caso obran la confesión del doctor Villaneda Soto, el informe del Secretario del Juzgado comisionado, el auto de éste y el del Tribunal que negó la restitución de los términos. Por esta razón carece de importancia la omisión del testimonio previsto por el artículo 620 del Código Judicial. Tal testimonio sería indispensable si la falta de comparecencia no se acreditara de otra manera. La ley no dice que sin tal constancia no puede declararse confeso al absolvente que no compareció. Al contrario el artículo 618 dispone que en este evento "se presumen ciertos los hechos preguntados y admisibles, previos los trámites de una articulación". La nota que deben suscribir el Juez y el Secretario es uno de los medios probatorios de la no comparecencia, pero sería una formalidad y aberrante considerar que el legislador la establece como único medio de acreditar cuando hay otros, los enunciados atrás.

"Por esta interpretación errónea del artículo 620 apreció erróneamente la prueba de posiciones en cuanto dejó de declarar confesos por el demandante los hechos 8º hasta el 15º del pliego de posiciones".

Transcribe estas preguntas, encaminada a obtener del demandante la confesión de que recibió los títulos del inmueble prometido en venta y el certificado de libertad y dominio del mismo; que a mediados de abril de 1948 manifestó que no

podía cumplir la promesa, porque no podía conseguir los fondos necesarios; que a fines del mismo mes convino en que perdía las arras por no serle posible cumplir la promesa pero que pedía una prórroga hasta el 20 de mayo para encontrar un comprador que tampoco consiguió, etc.

Y termina: "Por tal apreciación errónea de esta prueba el Tribunal violó por infracción directa el artículo 1.859 del Código Judicial condenando a los demandados en la restitución de las arras dobladas, en vez de absolver a los demandados conforme a la confesión del doctor Villaneda y de condenar a éste en las costas de la demanda".

Considerandos:

Sabido es que la violación directa de la ley sustantiva, porque el fallo contiene una decisión manifiestamente contraria a la norma, o una errónea interpretación o una aplicación indebida de ella, es de naturaleza diferente de la indirecta, que radica en un error de hecho manifiesto o de derecho en la apreciación de una prueba. Como consecuencia de esta diferencia fundamental en la infracción de la ley, los artículos 520 y 531 del Código Judicial disponen que la demanda de casación debe expresar en forma clara y precisa los fundamentos de la causal aducida, y que cuando son varios los motivos del recurso, "se exponen en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una".

El planteamiento y desarrollo del cargo que se estudia se resiente de falta de técnica, pues sostiene que la sentencia adolece de violación directa del artículo 1.859 del Código Civil, y a renglón seguido expone que es indirecta en cuanto proviene de que el fallador en la estimación de las posiciones absueltas por el demandante incurrió en error de derecho en la aplicación del artículo 520 del Código Judicial.

No puede ser más manifiesta la confusión entre la violación directa y la indirecta que contempla el ordinal primero del art. 520 del Código Judicial y, por consecuencia, el mal planteamiento del cargo. Esto sería suficiente para rechazarlo, pero la Corte haciendo una interpretación de la demanda en esta tacha, en vía de amplitud, encuentra que el recurrente la formula por violación indirecta del artículo 1.889 del Código Civil, proveniente de error de derecho en la apreciación de las posiciones que absolvió el actor, y al tenor del artículo 520 del C. J.

El error de derecho lo concreta más el recurrente en virtud de que el Tribunal en la articulación sobre declaratoria de confeso del doctor Villaneda Soto, de conformidad con el artículo

620, le dio al testimonio del Juez y Secretario sobre no comparecencia de aquél el valor de prueba única y exclusiva; y de que el mismo fallador no lo declaró confeso en las ocho preguntas que sí absolvió, por virtud de que en la articulación tramitada de conformidad con el artículo 618 del C. J. no se le declaró confeso.

El error de derecho en la valoración de una prueba, según doctrina constante de la Corte, estriba en que se le ha dado a ella el valor que no le asigna la ley, o en que no se le otorga el que sí le reconoce ésta.

El justiprecio que el Tribunal le dio a la falta de la constancia que el artículo 620 del Código Judicial ordena dejar al Juez y al Secretario sobre la no comparecencia del litigante citado a absolver posiciones, no puede considerarse en casación, porque implicaría la revisión de una etapa del juicio ya superada, la cual, por mandato del artículo 618 ibídem, corresponde exclusivamente al fallador de instancia. De otra parte, el precepto 620 invocado no le asigna un valor probatorio a esa constancia. Simplemente ordena que del acto de la no comparecencia se deje testimonio en el expediente por medio de nota que suscriben el Juez y el Secretario.

Por lo mismo, no se ve cómo el fallador haya cometido un error de derecho en la apreciación de las ocho preguntas a que alude el recurrente, si tal precepto no es norma valorativa de la confesión ni de la misma constancia a que se refiere.

Lo dicho es suficiente para descartar la acusación.

QUINTO CARGO

Este último cargo lo hace condicionalmente, para el caso de que la Corte considere que la sociedad Valovis Hermanos dejó de existir el 4 de noviembre de 1949. En este supuesto, objeta la sentencia por violación directa del artículo 230 del Código Judicial" ya que una persona jurídica inexistente no puede ser demandada, y si lo es, debe el Juez denegar las peticiones del libelo. En esta hipótesis, Valovis Hermanos no existía cuando se presentó la demanda, por tanto el Tribunal violó el artículo 230 del Código Judicial norma que tiene carácter sustantivo según la cual "las personas naturales y jurídicas pueden ser demandantes y demandadas".

Se considera:

La forma condicional en que presenta el cargo, y la aceptación por parte del recurrente de que la sociedad Valovis Hermanos continúa existiendo para los efectos de la liquidación, indican la improcedencia de él. Fuera de que el artículo 230 del Código Judicial no es norma sustantiva sino procesal, en cuanto establece el requisito de la capacidad para ser parte en un juicio. Además, la carencia de este presupuesto procesal, no llevaría a la negación de las peticiones, que es resolución de fondo, sino a la inhibición del fallador para considerar las acciones instauradas.

El cargo no prospera.

Finalmente se agrega que la Corte no advierte que lo que aparece tachado con máquina de escribir al folio 22 vuelto del cuaderno 6º sea la constancia que echó de menos el Tribunal, para no declarar confeso al demandante. Por lo mismo, no se considera en el caso de dar cuenta a la autoridad competente de un hecho que pueda considerarse delito. Pero si el recurrente tiene razones para esto, el artículo 12 del C. de P. P. le señala la obligación del caso.

Por consecuencia de no haber prosperado ninguno de los cargos expuestos en la demanda, la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el treinta de marzo de mil novecientos cincuenta y siete en el juicio ordinario promovido por el doctor Daniel Villaneda Soto contra Alejandro Berger, Bernardo Valovis y la sociedad colectiva de comercio Valovis Hermanos.

Costas a cargo del recurrente.

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

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco.
Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge Soto Soto, Secretario.

EL LAUDO TIENE POR SI MISMO FUERZA VINCULATORIA ENTRE LAS PARTES COMPROMETIDAS POR EL PROCESO ARBITRAL.—LA TRANSACCION COMO INSTITUTO NO ES POSIBLE IDENTIFICARLA CON EL COMPROMISO NI CON EL LAUDO. — TIENEN DIFERENCIAS QUE LOS SEPARAN Y ESPECIFICAN. — A LA CORTE NO LE ES PERMITIDO LLENAR LOS VACIOS DE LA DEMANDA DE CASACION

Cuando el artículo 7º de la Ley 2ª de 1938 estatuye que las sentencias arbitrales se ejecutorian desde que queden notificadas y son inapelables, de suerte que su ejecución puede exigirse lo mismo que la de las resoluciones judiciales, establece una situación jurídica de carácter general sobre la fuerza vinculatoria que por sí mismo tiene el laudo entre las partes comprometidas por el proceso arbitral. De modo que si el fallo de instancia no ha desatendido ese precepto por manera directa sino que considera nula por extemporánea la decisión de los árbitros, la prosperidad de la censura exigiría la demostración de que en concreto alguna norma sustancial resultara violada con quebra de los soportes en que descansa el fallo, lo cual no se suplía con las aseveraciones de que el demandante fue el responsable de la demora o de que no son pocos los fallos judiciales pronunciados fuera del término señalado por la ley. Es obvio que en el recurso extraordinario no le es permitido a la Corte llenar oficialmente los vacíos de la demanda de casación.

Las normas de los artículos 2.469 y 2.483 del Código Civil, versan sobre la transacción como instituto que no es posible identificar con el compromiso ni con el laudo, en mérito de las diferencias que los separan y especifican, aunque hayan en común algunas características por ser medios idóneos para zanjar amigablemente las disputas entre las partes. Quienes transigen llegan por acuerdo directo a resolver un litigio pendiente o a precaver un litigio eventual, mientras que por virtud del compromiso no terminan ni precaven el litigio sino que lo sustraen de la jurisdicción común para someterlo al conocimiento de los árbitros.

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

(Magistrado ponente: Dr. José Hernández Arbeláez).

Por sentencia motivada en la mora para proferir el laudo, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín con fecha 9 de mayo de 1958 dio término al segundo grado del proceso, abierto por apelación del demandante Jorge Vélez Muñoz, revocó el fallo de primera instancia y resolvió en su lugar:

“Es nula y por tanto carece de todo valor la sentencia proferida el 28 de abril de 1955 por los doctores Jaime Posada Londoño, Fernando Mora Mora y Pablo Bernal Restrepo en el juicio arbitral entre los señores Francisco Ospina Cárdenas y Jorge Vélez Muñoz para dirimir las diferencias surgidas entre éstos con ocasión de los negocios a que se refiere la motivación.

“Cancélese el registro de dicho fallo.

“Condénase al demandado en las costas de la primera instancia

“Sin costas en el recurso”.

Oportunamente introdujo recurso de casación la parte demandada, quien acusa la sentencia por los cargos que en seguida aparecen:

“Primer cargo.—Dentro de la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, acuso la sentencia procedente del H. Tribunal Superior de Medellín y de fecha 9 de mayo de 1958, por violación directa del artículo 7º de la Ley 2ª de 1938, ya que desde que la sentencia arbitral se notifique, queda ejecutoriada; no cabe recurso alguno y no es revisable. Así lo ha reconocido la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia. Sala de Negocios Generales, 10 de octubre de 1936. XLIV, 380.

“Si hubo demora en el fallo, el responsable es el demandante que no hizo la consignación que

le correspondía para efectos de los gastos y deliberadamente solicitó prórrogas como consta en el expediente.

“Si en los juicios de competencia del poder judicial por la circunstancia de no dictarse (sic) los fallos en el tiempo determinado por la ley, fuesen nulos, nunca podría la justicia llegar a dirimir ningún litigio, pues no son pocos los juicios que adolecen de esa circunstancia.

“Segundo cargo.—Dentro de la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, acuso la sentencia de procedencia y fecha antes citadas por violación directa de los artículos que aquí citaré y analizaré:

“Artículo 2.469 y 2.483 del Código Civil.—El primero de los artículos citados establece que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. En el caso que contemplamos las partes extrajudicialmente quisieron terminar las diferencias que tenían

“El 2.483 dice claramente que la transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia.

“Si una de las partes quiso retractarse de los compromisos firmados, no podía hacerlo. Pero no es dable acudir a otros medios para procurar la dilatación de los términos y actuaciones, lo que constituya una burla a la ley, máxime si se tiene en cuenta que el demandante se abstuvo de atender a lo ordenado por el Tribunal de arbitramento.

“El Tribunal de arbitramento en su sentencia expone muy claro las razones del fallo”.

SE CONSIDERA:

Cuando el artículo 7º de la Ley 2ª de 1938 estatuye que las sentencias arbitrales se ejecutorian desde que queden notificadas y son inapelables, de suerte que su ejecución puede exigirse lo mismo que la de las resoluciones judiciales, establece una situación jurídica de carácter general sobre la fuerza vinculatoria que por sí mismo tiene el laudo entre las partes comprometidas por el proceso arbitral. De modo que si el fallo de instancia no ha desatendido ese precepto por manera directa —que es como el cargo viene formulado— sino que considera nula por extemporánea la decisión de los árbitros, la prosperidad de la censura exigiría la demostración de que en concreto alguna norma sustancial resultara violada con quiebra de los soportes en que descansa el fallo, lo cual no se suple con las aseveraciones de que

el demandante fue el responsable de la demora o de que no son pocos los fallos judiciales pronunciados fuera del término señalado por la ley. Es obvio que en el recurso extraordinario no le es permitido a la Corte llenar oficiosamente los vacíos de la demanda de casación.

Ni hay base para tener con el carácter que se echa de menos la referencia a los artículos 2.469 y 2.483 del Código Civil, por tratarse de preceptos que versan sobre la transacción como instituto que no es posible identificar con el compromiso ni con el laudo, en mérito de las diferencias que los separan y especifican, aunque hayan en común algunas características por ser medios idóneos para zanjar amigablemente las disputas entre las partes. Apenas bastaría observar que quienes transigen llegan por acuerdo directo a resolver un litigio pendiente o a precaver un litigio eventual, mientras que por virtud del compromiso no terminan ni precaven el litigio sino que lo sustraen de la jurisdicción común para someterlo al conocimiento de los árbitros.

En consecuencia, la simple alusión que la demanda hace a los artículos 2.469 y 2.483 del Código Civil carece de aptitud para entender que el cargo presenta el concepto de la violación de ley sustancial en lo tocante al compromiso y a la nulidad del laudo, en que se basa la sentencia recurrida.

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 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín proferida en el presente proceso de Jorge Vélez Muñoz contra Francisco Ospina Cárdenas con fecha 9 de mayo de 1958

No aparecen costas causadas en el recurso.

Publiquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y vuelva el proceso al Tribunal de su origen.

José Hernández Arbeláez—Enrique Coral Velasco—Hernando Morales M.—Arturo C. Posada—Ignacio Escallón—Gustavo Salazar Tapiero.
Jorge Soto Soto, Secretario.

LA NULIDAD POR FALTA DE CITACION O EMPLAZAMIENTO EN LA FORMA LEGAL DE LAS PERSONAS QUE HAN DEBIDO SER LLAMADAS AL JUICIO, NO OCURRE CUANDO DEBIENDOSE DEMANDAR A DETERMINADA PERSONA POR SER SUJETO PASIVO DE LA RELACION SUSTANCIAL MATERIA DE LA LITIS, NO SE LA DEMANDA, PUES ELLO ES MATERIA DE UN PRESUPUESTO DE LA PRETENSION O ACCION CIVIL QUE SE EXAMINA EN LA SENTENCIA, EN FORMA QUE SI FALTA, EL FALLO DEBERA SER ABSOLUTORIO.—INTEPRETACION DEL ARTICULO 403 DEL C. CIVIL. — LEGITIMACION. — EN QUE CONSISTE. — CONDICIONES PARA QUE SE PRODUZCA. — A QUIENES COMPETE CONFERIR ESTE BENEFICIO.—LEGITIMACION VOLUNTARIA. — DESDE CUANDO OPERA LA LEGITIMACION QUE NO SE PRODUCE IPSO JURE. — OBJETO DE LA NOTIFICACION DE LA LEGITIMACION. — TRATANDOSE DE INCAPAZ, ESTA DEBE HACERSE POR ORDEN LEGAL AL GUARDADOR GENERAL O A UN CURADOR ESPECIAL. LA ACEPTACION PUEDE SER EXPRESA O TACITA. — TERMINO PARA ACEPTARLA O PARA IMPUGNARLA. — A QUIENES COMPETE HACERLO. — NO PUEDE CONFUNDIRSE EL PROCEDIMIENTO SOBRE RECTIFICACION DE PARTIDAS DE ESTADO CIVIL CON LA ACCION CIVIL QUE IMPLIQUE UN CAMBIO DE ESTADO. — DIFERENCIAS ENTRE ESTAS. — EL PROCEDIMIENTO ANTE LOS TRIBUNALES ECLESIASTICOS NO ES EL INDICADO PARA CAMBIAR EL ESTADO CIVIL, SINO EL QUE SE INICIE ANTE LOS JUECES CIVILES QUE SON LOS COMPETENTES AL RESPECTO. — MIENTRAS LA PERSONA INTERESADA NO OBTENGA, POR LA LEY CIVIL, SENTENCIA FAVORABLE DE IMPUGNACION DE SU CALIDAD DE HIJO LEGITIMADO, NO TIENE CAPACIDAD PARA SOLICITAR SE DECLARE A SU FAVOR UN ESTADO CIVIL DIVERSO, CUAL ES EL DE HIJO NATURAL, PORQUE NO SE PUEDEN POSEER SIMULTANEAMENTE DOS ESTADOS CIVILES

1.—La nulidad que ocasiona la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio (motivo 3º del artículo 448 del Código Judicial), hace relación primordialmente con el demandado que no es notificado legalmente en el proceso, o en ocasiones con aquellas personas que deben llamarse a éste para que intervengan como partes principales y a veces accidentales, pues tiende a garantizar el derecho de defensa, esto es, en evitar que se juzgue a alguien sin haber sido oído.

No ocurre esta causal cuando debiéndose demandar a determinada persona por ser sujeto pasivo de la relación sustancial materia de la litis, es decir, por tener la legitimatio ad causam pasiva, no se la demanda, pues ello es materia de un presupuesto de la pretensión o acción civil que se examina en la sentencia, en forma que si falta, el fallo deberá ser absolutorio. "No reza la cam-

sal de nulidad de que se trata con las personas que debiendo ser demandadas, no han sido citadas ni emplazadas en el juicio en la forma legal. En el primer caso, que es lo propuesto en el cargo que se estudia, la ausencia procesal se vincula, no a un aspecto simplemente procedimental o adjetivo que pudiera afectar la validez de la actuación judicial, sino que implica una cuestión sustantiva o de fondo que se traduce en la improcedencia de la acción por falta de una de sus condiciones jurídicas esenciales, que no es considerable en casación sino dentro de la primera de las causales autorizantes del recurso" (G. J. número 2010-14, páginas 554-55).

El artículo 403 del Código Civil, en su segundo inciso dice: "Siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo legítimo deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad".

Esta norma no hace relación a nulidad procesal alguna, sino que versa sobre la legitimación del demandado en determinados procesos de estado, por lo cual no incide en la validez formal del juicio. Es evidente que la disposición civil comentada puede operar cuando en juicio en que deba intervenir legítimo contradictor éste no figure, mas ello implicaría la carencia de la legitimación mencionada, cuestión que se decide en el fallo por tratarse de una condición de la acción civil, es decir, que el demandado sea la persona llamada a responder en la relación sustancial invocada.

La impropiedad del término empleado por el precepto no varía la naturaleza del fenómeno, como no se varía por el artículo 1.625 del Código Civil que habla de que puede extinguirse una obligación por medio de convención en que las partes, "consientan en darla por nula", siendo que realmente establece un medio extintivo que no estructura la nulidad del contrato, y como no se varía por el artículo 473 del Código Judicial cuando expresa que la sentencia ejecutoriada en materia contenciosa "hace absolutamente nula cualquier decisión posterior que le sea contraria", siendo que la cosa juzgada no configura en el nuevo proceso nulidad alguna, sino sólo constituye excepción.

Pero suponiendo que el artículo 403 del Código Civil establezca una nulidad procesal, ella no podría alegarse a través de la causal 6ª, la cual comprende, por disposición del artículo 520 del Código Judicial, únicamente los motivos de nulidad previstos en el artículo 448 *ibidem*, entre los cuales no se encuentra el indicado por la referida norma. La Corte ha repetido muchas veces que únicamente es posible alegar en el recurso extraordinario las nulidades procesales comunes a todos los procesos.

Mas siguiendo en el campo de la hipótesis, y admitiendo dentro de ésta que la ausencia de legítimo contradictor ocasionara nulidad procesal comprendida en la falta de citación o emplazamiento, ocurre que dicho motivo lo puede alegar solamente la persona que no fue citada o emplazada conforme a la ley.

2.—El artículo 236 del Código Civil dice que son también hijos legítimos los concebidos fuera del matrimonio y legitimados

por el que posteriormente contraen sus padres, según las reglas y bajo las condiciones que se expresan en seguida.

Se reconoce en esta forma la denominada legitimación, que consiste en que los hijos concebidos fuera del matrimonio pueden obtenerla por razón del que contraen sus padres y pasar a la categoría de hijos legítimos. Por esta razón se produce la legitimación *ipso iure* respecto a los hijos concebidos antes y nacidos con posterioridad a él, con las salvedades previstas en el artículo 52 de la Ley 153 de 1887, así como la de los hijos naturales de ambos cónyuges, reconocidos con los requisitos legales.

Más también procede la legitimación, de acuerdo con el artículo 239 del Código Civil, para los hijos procreados por los dos contrayentes que designen éstos en el acta de matrimonio o en escritura pública, ya estén vivos o muertos. En tal caso, la causa principal de la legitimación sigue siendo el matrimonio de los padres; pero aunque los cónyuges hayan tenido hijos entre sí antes de casarse, el matrimonio *per se* no los legitima, sino que es menester que en la partida respectiva o en escritura pública manifiesten su voluntad de conferir "el beneficio" a los que expresamente designen.

Las disposiciones del Código sobre esta clase de legitimación se hallan relacionadas íntimamente con el reconocimiento de los hijos ilegítimos, que es un acto libre y voluntario de los progenitores, por lo menos en cuanto al padre se refiere. Es decir, que el matrimonio no puede legitimar a los hijos ilegítimos sino cuando su filiación natural está establecida de antemano o se establezca el tiempo de su celebración, o con posterioridad a ésta cuando se opte por el otorgamiento del instrumento público, en vez de hacer el reconocimiento en la partida de matrimonio.

Desde luego, cuando la ley se refiere al acta matrimonial, comprende tanto la civil o notarial como la eclesiástica, en los casos en que la última hace prueba, por lo cual dice la Corte: "La doctrina sentada y mantenida por la Corte es la de que el acta de matrimonio canónico es hábil para que en ella hagan la legitimación los padres" (LIV, página 73). Con posterioridad a la Conferencia Episcopal de 1913, se dispuso por los cánones que la partida eclesiástica, que con-

tenga legitimación, debe ir firmada por los que legitiman, pues antes de esta fecha no se exigía el requisito de las firmas.

3.—Cuando la legitimación no se produce ipso jure, el artículo 240 ordena que el instrumento público en que se hace deba notificarse a la persona que se trate de legitimar, y que si ésta es de aquéllas que se hallan bajo guarda, la notificación se hará al guardador general, o en su defecto a un curador especial; pero que la persona que no necesite guardador, podrá aceptar o repudiar la legitimación libremente. Añade, que quien requiera guardador para la administración de sus bienes no podrá aceptar ni repudiar la legitimación, sino por el ministerio o con el consentimiento del tutor o curador general o de un curador especial, y previo decreto judicial, con conocimiento de causa.

La notificación, enseñan los autores, tiene por objeto provocar la declaración de voluntad del hijo que se trata de legitimar y cuyo estado civil se va a alterar. El consentimiento del hijo es, pues, factor trascendental en la legitimación, ya que nuestro derecho, apartándose en esto del francés, ha seguido los principios romanos, según los cuales no se podía cambiar el estado civil de una persona contra su voluntad.

La aceptación de la legitimación puede ser expresa o tácita, ya que el artículo 243 del Código Civil dice: "La persona que acepte o repudie, deberá declararlo por instrumento público dentro de los noventa días subsiguientes a la notificación. Transcurrido este plazo, se entiende que acepta, a menos de probarse que estuvo imposibilitada de hacer la declaración en tiempo hábil".

La notificación entonces tiene también la importancia de fijar la fecha desde la cual se cuenta el plazo que la ley otorga a la persona que se trata de legitimar, a fin de que decida si la acepta o la repudia. Si tal persona tiene la libre administración de sus bienes, puede aceptar expresamente mediante el instrumento público que prevé la ley; o tácitamente dejando transcurrir el término de noventa días sin otorgarlo, por lo cual tal plazo se le viene a conceder propiamente para que otorgue el instrumento de repudiación. Se presume que el legitimado acepta, si este instrumento no es otorgado en el mencionado plazo, y para des-

truir la presunción sería necesario que el notificado probara que estuvo imposibilitado para otorgarlo en tiempo hábil.

Pero si la persona a quien se trata de legitimar carece de la libre administración de sus bienes y, por tanto, la intervención del Juez es necesaria, la presunción de aceptación no tiene cabida, y la aceptación será siempre expresa y solemne, ya que deberá otorgarse el instrumento público de que habla la ley, por lo cual el Juez que concede el permiso deberá estar atento a que dicho instrumento se produzca.

Quando la legitimación no actúa ipso iure la Corte estima que opera desde que el matrimonio de los padres se efectúa y en el acta o en escritura pública se señalan los hijos que la reciben. Esta tesis se basa en primer término en el artículo 239 del Código Civil que dice que para que la legitimación se produzca es necesario que los padres designen en la partida matrimonial o en escritura pública a los hijos a quienes confieren el beneficio, lo cual implica que basta el requisito mencionado y, desde luego, el matrimonio de los padres, para que la legitimación tenga efecto. Por otro lado, el artículo 249 ibidem expresa que sólo el supuesto legitimado y sus descendientes legítimos cuando éste ha muerto, tendrán derecho para impugnar la legitimación por haberse omitido la notificación o la aceptación, requisitos que, como ha dicho la Corte, se han establecido en interés del legitimado exclusivamente (XXXVIII, 443); de modo que si aceptara la teoría de que ellos son indispensables para la existencia de la legitimación, se llegaría a la inconsecuencia de entender que, salvo para el legitimado o sus descendientes legítimos, existiría válidamente la legitimación, no obstante haberse omitido las formalidades exigidas por la ley para su existencia o funcionamiento.

A este propósito Somarriva Undurraga expresa: "La legitimación existe desde que se otorga el instrumento público correspondiente. Lo dicho hasta ahora puede hacer creer que la legitimación sólo va a existir jurídicamente una vez que el hijo la haya aceptado. Pero no es así: la legitimación se produce y tiene existencia legal desde el momento en que se otorga el respectivo instrumento público. La notificación y aceptación no son propiamente requisitos de su

validez; son formalidades establecidas por el legislador para salvaguardar los intereses del hijo, ya que bien puede acontecer que la legitimación la otorguen los padres con fines egoístas y de lucro personal. Si la aceptación fuera requisito necesario para la validez y eficacia de la legitimación, ésta pasaría a ser un acto bilateral; un verdadero contrato generador de obligaciones; y como tal, podría dejarse sin efecto por la voluntad acorde de los legitimantes y del legitimado. Todo lo cual pugna con la realidad jurídica, y con el carácter de acto unilateral que tiene la legitimación. Confirma lo dicho el artículo 218 (equivale al 249 de nuestro Código), según el cual sólo el legitimado puede impugnar la legitimación por falta de notificación o aceptación" (Derecho de Familia, página 384).

Y luego expresa: "Según el precepto transcrito, si el legitimado es un hijo vivo, nada más que él puede reclamar por la falta de notificación o aceptación; y si el legitimado lo fue un hijo que ya había fallecido, esta reclamación únicamente pueden deducirla sus descendientes legítimos. De lo expuesto se deduce que mientras viva el hijo sólo él puede impugnar la legitimación por falta de aceptación. Y una vez que el hijo fallece sin deducir la impugnación, la legitimación queda definitivamente firme, es inexpugnable. Esto viene a demostrar... que la legitimación es un acto unilateral que tiene existencia jurídica por el solo otorgamiento del instrumento público de legitimación que hacen los padres".

Y la Corte Suprema de Chile expone: "Que la sustancia de estas disposiciones y terminología demuestran... que en el último caso la notificación que debe hacerse del instrumento público de legitimación a la persona que se trata de legitimar y la aceptación de ésta no importan formalidades de la legitimación misma, sino trámites posteriores sin más significado que el que intrínsecamente tienen relativos a una legitimación ya otorgada;... Que esto último preceptuado por el artículo 212 antes transcrito, de que se entenderá que el legitimado acepta si no manifiesta su voluntad dentro de los noventa días siguientes a la notificación, confirma la tesis de que la aceptación del legitimado no es un requisito de la legitimación, porque no podría presumir-

se la existencia de un acto jurídico antes de concurrir los requisitos necesarios para ello. La ley habría debido entonces fijar como fecha de esa legitimación la del vencimiento del plazo de noventa días" (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXXVI, pág. 393).

Por esta razón, comentando la mencionada norma del Código Chileno, Claro Solar dice: "Más que una causal de impugnación este artículo establece una limitación del derecho de impugnación de los terceros o de los ascendientes. El hijo está gozando del estado civil de legitimado; y la notificación de la legitimación no tiene plazo determinado. Al establecerse la acción (se refiere a la de impugnación en general), el hijo que la resiste manifiesta por este sólo hecho que acepta la legitimación, y esta aceptación es un acto libre y espontáneo de su parte que la ley presume aún si no la repudia dentro del plazo que se le señala posterior a la notificación. En cuanto al legitimado o a sus descendientes, más bien que una impugnación es un rechazo que ellos harán; no dirán que impugnan la legitimación, porque no se les notificó, ni la aceptaron; sino que, establecido este hecho de no haberse notificado, dirán lisa y llanamente: "no aceptamos". (Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Tomo II, pág. 398).

La ley no establece forma concreta para que la notificación se perfeccione, de manera que, tratándose de un acto de conocimiento, deben seguirse las reglas generales sobre la materia, o sea que proceden todos los medios de notificación pertinentes. Preferentemente tendrá cabida la notificación personal y directa, mas no se ve inconveniente en que proceda también la notificación proveniente del propio notificado, análogamente a la que respecto a providencias judiciales entroniza el artículo 321 del Código Judicial que dice que si en memorial dirigido al Juez la persona a quien debe notificarse se da por conocedora de la respectiva providencia, la notificación se produce, ya que lo importante en estas materias es que el individuo a quien está destinado el acto tenga positivo conocimiento de él.

La notificación de la legitimación al incapaz debe hacerse por orden legal al guardador general o a un curador especial, por

lo cual no se puede producir a través de los propios padres que legitiman, ya que se reunirían en ellos dos posiciones incompatibles, ni tampoco entenderse surtida a través del marido de la legitimada, por haberse dado éste por conecedor de la legitimación, porque no es el representante legal de su mujer.

Por último se recuerda que quien ha sido legitimado por matrimonio de los padres efectuado después de su nacimiento, puede impugnar la legitimación, probando que el legitimado no ha podido tener por padre al legitimante, cuando se trata de la legitimación hecha por el marido. Esta impugnación la pueden realizar quienes prueben un interés actual en ello, así como los ascendientes legítimos del padre o madre legitimantes, todo dentro de los ordenamientos del artículo 248 del C. C.

4.—Conforme al artículo 407 del Código Civil, "cuando en un acta se haya cometido alguna equivocación o algún error y no se salvó en los términos del artículo 374, se ocurrirá al Juez para que con audiencia de los interesados se corrija la equivocación, o se subsane el error. Si recayere un fallo favorable, se insertará la ejecutoria de éste en el respectivo lugar del registro, atendiendo a la fecha de la inserción, la cual servirá de acta, debiendo además ponerse nota al margen del acta reformada. La certificación sólo perjudicará a las partes que hubieren sido oídas en el juicio". Estos principios se reiteran en el artículo 53 del Decreto número 1.003 de 1939.

Se trata, entonces, de la acción de rectificación de partidas de estado civil, la cual puede fundarse únicamente en equivocaciones ocurridas al sentar el acta o en los errores a que se refiere el artículo 374, los cuales, según dice la Corte, consisten en que "el Notario expresa en el acta de registro del estado civil cosa distinta de lo que se le informa, u omite parte de lo informado...." (LXVII, 809).

No puede confundirse este procedimiento con la acción civil que implique un cambio de estado. Entre las acciones de estado y las tendientes a rectificar equivocaciones o errores en las partidas correspondientes, se presentan diferencias notorias, a saber: A). Por el procedimiento de rectificación se busca simplemente enmendar los errores

precisados antes, al paso que por la acción de estado se pretende producir una mutación en este respecto a determinada persona; B). Por tanto, el proceso de rectificación pertenece generalmente a la jurisdicción voluntaria, mientras que la acción de estado es eminentemente contenciosa; C). La rectificación se adelanta por los trámites sumarios del Art. 1.204 del Código Judicial, en tanto que los juicios de estado siguen la vía ordinaria, como expresamente lo dice el artículo 736 ibidem.

En consecuencia, por medio de una acción de rectificación de un acta no es admisible presentar una demanda que contenga controversia sobre el estado de las personas. En cambio, como corolario de una acción de estado, puede y debe ordenarse en la sentencia la rectificación de un acta del estado civil, tal cual ocurre en el caso de declaración de filiación natural por disposición del Decreto antes mencionado, artículo 33. Por esto Planiol y Ripert enseñan que "si bien el procedimiento de rectificación no puede ser empleado para las acciones de estado, en cambio el procedimiento de esas acciones puede terminarse por medio de una rectificación. Eso es lo que se produce si el demandante en la acción de estado obtiene una sentencia que contradiga las manifestaciones de ciertas actas del estado civil". Y agregan: "Los juicios de anulación de legitimación (se subraya), de adopción o de reconocimiento de hijo natural pronunciarán igualmente la rectificación de las actas correspondientes". (Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Tomo I, No 223).

Tan importante es la diferenciación anotada, que los tratadistas de derecho civil hacen hincapié especial en ella. Así, los mismos autores últimamente citados exponen: "Desde que han empezado a figurar en los registros, con las firmas legales, las actas del estado civil, comprendidas las transcripciones y notas marginales, no pueden ya sufrir ningún cambio sin una decisión judicial. No obstante, con frecuencia son necesarias algunas modificaciones de su texto. La ley prevé, a este efecto, un procedimiento simplificado llamado de rectificación de las actas del estado civil, cuyas aplicaciones son muy frecuentes. Sin embargo, es preciso evitar su extensión, ya al caso de que la modificación en que se ten-

ga interés haga surgir una cuestión de estado, o bien en el caso de que se trate, no de la rectificación, sino de la constitución o de la reconstitución de un acta". Añaden: "La acción en rectificación debe ser cuidadosamente distinguida de las acciones de estado, y eso desde dos puntos de vista: 1º La ley impone para la eficacia de las acciones de estado condiciones de fondo severas, a las cuales las partes no pueden escapar presentando insidiosamente su demanda bajo la forma de una acción de rectificación de un acta inexacta... Así, pues, como las acciones de estado, en principio, le están prohibidas al Ministerio Público, éste no puede demandar bajo la forma de rectificación (en Francia la puede pedir dicho Ministerio), la supresión de un reconocimiento de hijo natural, lo cual sería una verdadera discusión de estado...

"2º—En cuanto al procedimiento y a la autoridad de la sentencia pronunciada, las acciones de estado no deben ya ser confundidas con las acciones de rectificación. La ley ha creado para éstas un procedimiento ligero y rápido, porque no tienen relación sino con errores o irregularidades materiales cuya rectificación es fácil y no perjudica a terceros. Se sabe, en cambio, como la ley, por interés público, rodea de garantías toda modificación del estado de una persona. No permite, por lo tanto, que en un caso semejante se sacrifique la seguridad del procedimiento a una rapidez que no es indispensable" (Obra citada, páginas 232 y 235).

Colin y Capitant en su "Curso de Derecho Civil", dicen al respecto: "Podrá pedirse la rectificación de un acta, siempre que contenga menciones inexactas, enunciaciones prohibidas u omitan indicaciones que deba contener. De hecho, la mayor parte de las acciones de rectificación tiene por objeto, ya hacer que se rectifique la ortografía del apellido mencionado en el acta, o ya suprimir un error cometido en la indicación de los nombres del niño, de los esposos, del difunto". Y agregan: "Sucede con frecuencia que la demanda de rectificación suscita una cuestión de fondo relativa al estado del interesado: Por ejemplo un hijo pretende que el apellido que en el acta se atribuye a su padre o a su madre es inexacto, o aún más, que se ha omitido consignar la calidad

de casados, con relación a sus padres, en una palabra, que el acta que se pretende rectificar le atribuye un estado distinto del que en verdad le corresponde. La prueba de la filiación está sometida por el Código Civil a ciertas condiciones especiales que se indican en el título que se ocupa de la filiación. Por consiguiente, hay que evitar que un individuo se exima de cumplir estas reglas disfrazando su verdadera pretensión bajo una cuestión de rectificación" (Págs. 854 y 856).

Y Claro Solar expresa sobre este punto: "La rectificación de una inscripción puede tener lugar cuando no expresa o expresa mal lo que debe contener, o cuando expresa lo que no debe contener. Errores: Por ejemplo una equivocación en el sexo del niño en una inscripción de nacimiento; faltas de ortografía en el nombre; un apellido atribuido al padre, siendo el apellido de la madre, y a la madre el apellido del padre; la enunciación de la legitimidad del niño cuyos padres no han contraído matrimonio legítimo. Omisiones: Por ejemplo, la falta de una enunciación requerida por la ley, cualquiera que sea su naturaleza e importancia, como la de los nombres del padre o de la madre de un hijo legítimo en su partida de nacimiento o en la partida de matrimonio. Enunciaciones que no habrían debido consignarse: Por ejemplo, la indicación en una inscripción de nacimiento de una filiación adulterina, o la designación del padre de un hijo ilegítimo, sin su aceptación". Luego expone, refiriéndose al Derecho Francés: "La cuestión es generalmente resuelta en sentido negativo en razón de que no debe confundirse una acción sobre reclamación de estado civil con la de rectificación de un acta del estado civil; en ésta la rectificación, se dice, es el objeto único de la demanda; mientras que, al contrario, no es más que el accesorio de la primera, que mira directamente a la determinación del verdadero estado de una persona". (Obra citada, pág. 72 y 75).

Por tanto, el procedimiento ante los Tribunales Eclesiásticos no es el indicado para cambiar el estado civil, ya que a la actora le corresponde impugnar su calidad de hija legitimada por medio de juicio ordinario, ante las autoridades civiles, pues como lo ha repetido la Corte, las consecuencias de

la legitimación están gobernadas por la ley civil. "La legitimación como efecto del matrimonio posterior de los padres, se rige por la ley civil, no por la canónica" (Casación, 30 de octubre de 1920, XXVIII, 236).

A este propósito se destaca que la doctrina de la Corte, de tiempo atrás, se ha inclinado porque las rectificaciones de partidas en materia de legitimación deben hacerse ante los Jueces civiles que son los competentes al respecto. "Si en una partida eclesiástica, de matrimonio, el párroco por olvido u otra causa, omitió al hacer la inscripción dejar constancia en ella de la designación que hicieron los contrayentes de los hijos que legitimaban (artículo 239), no basta para que la legitimación se produzca, en vista de la prueba testimonial sumaria presentada ante la autoridad eclesiástica, que se haya hecho por orden del prelado la enmienda con nota marginal de la partida, y de ello dé fé el párroco; pues la ley civil exige una tramitación ante el Juez con audiencia de los interesados para subsanar el error u omisión (artículo 407 del Código Civil), formalidad que es preciso observar aquí por ser la legitimación voluntaria una institución de derecho civil" (XXX, 96, 31 de julio de 1924). Y en la misma sentencia se lee: "Los asuntos relativos a la legitimación voluntaria de los hijos por matrimonio subsiguiente de los padres son de fuero mixto: del eclesiástico y del civil, y en tal caso ni la ley canónica ni la civil consistenten en una aplicación promiscua e indistinta dentro de una misma jurisdicción, sino que la requieren separada, peculiar y determinada *ratione materiae* según se trate de fines temporales o religiosos".

Por lo demás, tales doctrinas se reiteran por esta Corporación en sentencia de casación de 24 de noviembre de 1924, con ponencia del ilustre magistrado doctor Juan N. Méndez en los términos que siguen: "Para que el error cometido en un acta de estado civil se repare por quien la extendió, es necesario con arreglo a lo dispuesto en el artículo 407 del Código Civil que proceda una tramitación ante el Juez para que, con audiencia de los interesados, se corrija el error, y si se dicta fallo favorable, se insertará la ejecutoria de éste en el respectivo lugar del registro, atendiendo a la

fecha de la inserción, la cual servirá de acta, debiendo además ponerse una nota al margen del acta reformada. La rectificación sólo perjudicará a las partes que hubieren sido oídas en el juicio. Esta disposición no se ha cumplido en el caso actual, y aunque hubo una resolución de la autoridad eclesiástica para extender la nota marginal, ello no llena ni en razón de jurisdicción, ni en el cumplimiento de la tramitación que exige la ley civil, los requisitos indispensables que impone esta misma ley, para que la enmienda del acta primitiva de matrimonio pueda considerarse como prueba. Por respetables que sean las providencias de la autoridad eclesiástica, en este asunto de legitimación que, en el actual juicio corresponde al fuero civil, por razón de su naturaleza, debe prevalecer la ley civil" (G. J. No 1.604, noviembre 24 de 1924, pág. 96).

Mas suponiendo que la autoridad eclesiástica fuera competente para resolver sobre rectificaciones de partidas, en el sentido de incluir hijos legitimados cuando no se designaron oportunamente en el acta de matrimonio de los padres, o para suprimir nombres de aquéllos cuando se afirma que fueron incluidos erróneamente que es un caso similar al primero, no hay duda de que el sistema de rectificación no puede ser el adecuado, pues ambos fenómenos se reflejan necesariamente en un determinado estado civil, que debe debatirse judicialmente, como se dejó sentado, ante los jueces civiles.

El artículo 16 de la Ley 153 de 1887 establece que la legislación canónica es independiente de la civil, y no forma parte de ésta, pero será solemnemente respetada por las autoridades de la República, según el Concordato y la ley (Leyes 57 y 153 de 1887, artículos 17 y 57) vigentes, los Tribunales Eclesiásticos son competentes, en forma exclusiva, para conocer de las causas de nulidad y divorcio del matrimonio católico, el cual, como es sabido, produce efectos civiles. Mas no existe ningún precepto que autorice a dichos Tribunales para proveer sobre acciones de estado civil en relación con la filiación legitimada por subsiguiente matrimonio de los padres, en donde no se cuestiona ningún punto referente al acto matrimonial. Por el contrario, se ha visto que la legitimación es una institución

de carácter civil, regulada por las normas civiles.

Lo expuesto no se opone a los principios concordatarios, especialmente a los artículos 2º, 3º y 4º de dicho pacto, pues se trata de una materia excluida de la competencia de las autoridades eclesiásticas, sin que haya por tanto pugna con lo resuelto por la Corte en la sentencia de 15 de mayo de 1954. (Tomo LXXVIII, página 581). Estas se limitan a decir que las disposiciones legales colombianas y el régimen concordatario 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". (Se subraya). Además, no hay ninguna contradicción con la tesis admitida en tal fallo de que las normas canónicas continúan considerándose extrañas al ordenamiento de donde provienen, con las características intrínsecas y la vigencia o validez que tienen en el ordenamiento de su origen, es decir, que "En los casos y materias en que la legislación colombiana defiere a la canónica, esa referencia es formal y no recepticia". Porque la Sala parte de la base de que la materia de la legitimación, en cuanto configura un estado civil concreto, no la ha deferido la ley colombiana a lo que al respecto regule la ley canónica.

A este propósito se anota que la Corte (LIII, página 853), tratando de la legitimación ipso iure, expresa: "Como la legitimación ipso iure establecida por el artículo 52 de la Ley 153 ya citada se refiere a los matrimonios civiles o católicos, porque la norma no distingue, es obvio que por imperio de esa disposición el hijo concebido antes del matrimonio católico de sus padres y nacido dentro de éste es legítimo. Según las normas del derecho canónico, los hijos habidos por personas libres y que después en cualquier tiempo, se casen entre sí, quedan legitimados y éste es un efecto canónico de ese matrimonio, pero la ley civil no reconoce tal efecto, porque la legitimación se rige únicamente por los preceptos del Código Civil. Esto lleva a la conclusión de que los efectos canónicos del matrimonio no producen siempre efectos civiles, y que

ese fenómeno no se verifica sino cuando la ley civil expresamente lo establece".

Mutatis mutandi, la legitimación que no se produce ipso iure y sus consecuencias se rigen por la ley civil, por lo cual una vez aquélla producida, sólo es posible cambiarla mediante la impugnación, sin que el procedimiento eclesiástico sobre rectificación de actas, en el supuesto de que canónicamente pueda tener eficacia para variar el estado respectivo, llegue a obligar a las autoridades civiles.

5.—Mientras la persona interesada no obtenga sentencia favorable de impugnación de su calidad de hijo legítimo, reconocido por legitimación hecha a su favor en el acta de matrimonio, no tiene capacidad para solicitar se declare a su favor un estado civil diverso, cual es el de hijo natural de otra persona. Así como según el artículo 3º de la Ley 45 de 1936 el hijo concebido por mujer casada no puede ser reconocido como natural salvo que el marido lo desconozca y por sentencia ejecutoriada se declare que el hijo no es suyo, pues se halla gozando del estado civil de hijo legítimo, quien está en posesión del estado de hijo legitimado carece de interés para pedir el reconocimiento de la calidad de hijo natural de persona diferente al marido, mientras no se borre, con el cumplimiento de los requisitos legales, su primitivo estado, ya que no se pueden poseer simultáneamente dos estados civiles.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernando Morales M.).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante y por los apoderados de varios demandados contra la sentencia de 26 de noviembre de 1955 proferida por el Tribunal Superior de San Gil en el juicio ordinario promovido por Ana Dolores Martínez o Acosta de Martínez frente a Evangelista, Roque, Ceferino, Luis Antonio, José de Jesús, Antonio y Samuel Martínez R.; Cecilia, Blanca Rosa, Teresa de Jesús, Socorro, Irene y Mariela Ballesteros Martínez, representados por su padre legítimo Pedro Agustín Ballesteros; Elena, Juan de Dios, José Vicente, Elvia

Rosa, Ana Dolores e Irene López Martínez, la última representada por su padre legítimo Juan de Dios López.

ANTECEDENTES

Con base en que entre Rogerio Martínez y María Antonia Acosta o Hijuelos hubo relaciones sexuales estables para la época de la concepción de la actora, y de que el presunto padre trató y presentó a ésta como hija por un período mayor de diez años, Ana Dolores Martínez o Acosta de Martínez el 19 de febrero de 1952, demandó ante el Juzgado Civil del Circuito del Socorro a las personas anteriormente mencionadas, en su calidad de herederas de Rogerio Martínez R., para que se declare que la demandante tiene la calidad de hija natural del citado Rogerio Martínez R.; consecuentemente, para que se le reconozca su carácter de heredera de éste, como legitimaria, y por tanto que posee mejor derecho a la herencia que los demandados, quienes obran como hermanos del causante, salvo los López Martínez y los Ballesteros Martínez, que representan a Briceida Martínez de López e Irene Martínez de Ballesteros, hermanas premuertas de aquél.

En petición adicional, se solicita la restitución de los bienes que en ella se determinan y que son los denunciados en la demanda sobre apertura de la sucesión respectiva, lo mismo que los frutos producidos por tales bienes a partir del 7 de enero de 1952, fecha del fallecimiento del causante.

Los hechos fundamentales de la litis se pueden resumir así:

1º. Ana Dolores Martínez nació el 25 de julio de 1925 en Barichara, y fue bautizada el 25 de octubre subsiguiente en el mismo Municipio como hija natural de María Antonia Acosta o Hijuelos y de padre desconocido.

2º. El 1º de noviembre de 1937 contrajeron matrimonio católico Luis Enrique Martínez y María Antonia Acosta o Hijuelos y expresaron legitimar varios hijos procreados por ambos, entre ellos a la nombrada Ana Dolores Martínez.

3º. El 20 de noviembre de 1944, Ana Dolores Martínez contrajo matrimonio católico con Pedro Martínez y allí manifestó ser hija de María Antonia Acosta o Hijuelos y de Rogerio Martínez, y tener en consecuencia parentesco con Pedro Martínez, su marido, por ser éste sobrino de quien indica como su padre natural, por lo cual solicitó y obtuvo dispensa eclesiástica para el matrimonio.

4º. Desde fines del año de 1944, Ana Dolores Martínez promovió ante el Tribunal Eclesiástico de la Diócesis del Socorro y San Gil las diligencias tendientes a lograr que se subsanara el error cometido en el acta de matrimonio de su madre María Antonia Acosta o Hijuelos con Luis Enrique Martínez, al legitimarla como hija de los contrayentes, cuando según su acerto ella era hija de Rogerio Martínez y no de Luis Enrique Martínez.

5º. Por auto de 30 de enero de 1952 se declaró abierto en el Juzgado Segundo Civil del Circuito del Socorro el juicio de sucesión intestado de Rogerio Martínez R. y se reconocieron herederos a sus hermanos Evangelista, Luis Antonio, Samuel, Antonio, Roque, José de Jesús y Ceferino Martínez R. No obstante haberse pedido el reconocimiento de la misma calidad de Briceida e Irene Martínez, representadas por sus respectivos hijos legítimos allí enunciados, el Juzgado denegó el reconocimiento, con base en el fallecimiento de dichas señoras, y dijo que habría lugar a admitir a los hijos de ellas si hicieran uso del derecho de representación y solicitaran se les tuviera como herederos.

6º. El 13 de marzo de 1952 Ana Dolores Martínez insistió ante el Tribunal Eclesiástico referido en la prosecución de las diligencias sobre corrección de la partida de matrimonio de su madre con Luis Enrique Martínez, en lo tocante a la legitimación de aquélla, y efectivamente por decreto eclesiástico de 2 de mayo del mismo año, se ordenó dicha corrección en el sentido de suprimir entre los hijos legitimados por tal matrimonio el nombre de Ana Dolores Martínez, ordenando el párroco correspondiente tomar nota de dicho mandato, y que se hicieran en la partida de nacimiento de Ana Dolores las anotaciones pertinentes.

Los demandados se opusieron a la demanda, desconociendo la eficacia legal del acto del Tribunal Eclesiástico, pues según su concepto equivale a una modificación del estado civil, cuestión que es de competencia de los jueces ordinarios, fuera de que no estiman procedente que a través de un procedimiento de corrección de partidas se pueda variar un estado reconocido. Añotan, además, que no aparece haberse hecho uso del derecho de repudiación de la legitimación en la forma y términos previstos por el Código Civil, como tampoco de la impugnación autorizada por éste, por lo cual la actora continúa con su carac-

ter de hija legítima de Luis Enrique Martínez, lo cual excluye la pretensión de ser declarada hija natural de Rogerio Martínez. En esto hacen descansar la excepción que denominaron de carencia de acción. Además, objetan los otros fundamentos de la demanda.

El 2 de marzo de 1954, agotados los trámites de la primera instancia, el Juzgado le dio término por sentencia que negó las peticiones de la demanda. Apelado por la parte actora, el Tribunal la revocó, y como consecuencia declaró que Ana Dolores Martínez o Acosta de Martínez es hija natural de Rogerio Martínez R., con base en posesión notoria de dicho estado civil; que la expresada señora tiene mejor derecho a la herencia de Rogerio Martínez R. que los parientes colaterales del mismo que comparecieron al juicio, y que queda sin efecto el reconocimiento de herederos del citado señor Martínez R. pronunciado por el Juzgado 2º Civil del Circuito del Socorro en el juicio de sucesión de aquél. Además, negó las súplicas tercera y cuarta de la demanda, agregando que ellas pueden hacerse valer en juicio separado, ordenó compulsar copia de las declaraciones rendidas en la segunda instancia por Angélica Acevedo, Luis Patiño Osorio y Jesús Sánchez para enviarlas a los jueces penales competentes "a fin de que se investiguen los hechos relatados por los declarantes", y condenó en las costas de la primera instancia a la parte demandada, luego de disponer la cancelación del registro de la demanda.

EL RECURSO

Los dos representantes de los demandados formularon demanda de casación por aparte, así como el apoderado de la demandante, por lo cual tales piezas se sintetizan separadamente.

Recurso del representante de Jesús Martínez R., Irene López Martínez y de los menores Socorro e Irene Ballesteros Martínez.

Primer cargo.

Invoca la causal sexta del artículo 520 del Código Judicial, con base en que el juicio está viciado de nulidad por la causal tercera del artículo 448 del C. J.

Considera el recurrente que en este negocio no intervinieron directamente Rogerio y Luis Enrique Martínez, por lo cual es nulo de acuerdo con el artículo 403 del Código Civil, ya que en pro-

cesos sobre paternidad legítima se requiere la intervención de legítimo contradictor.

No propone la demanda el aspecto de que tratándose de una acción civil de filiación natural aquélla se haya enderezado frente a los causahabientes del presunto padre natural, es decir, que no plantea la tesis de la extinción de dicha acción por el fallecimiento del legítimo contradictor; pero con fundamento en que la demanda desconoce la filiación legítima derivada de la legitimación efectuada por Luis Enrique Martínez a favor de Ana Dolores Martínez, afirma que se trata de un juicio en que está comprometida la paternidad legítima, por lo cual forzosamente debía intervenir el padre, a términos del artículo 402 del C. C., por ser el legítimo contradictor, según el artículo 403 *ibídem*.

El Tribunal, agrega, desconoció que realmente en este proceso se ventilan dos acciones, o sea la de impugnación de la legitimación y la de filiación natural, y como para la primera se requiere la audiencia del legítimo contradictor, y éste no fue citado, se produjo la nulidad propuesta.

El pensamiento central del impugnador se concreta en el siguiente párrafo: "De todo lo anterior se concluye que el juicio es nulo porque no se han (sic) citado a todas las personas que debían intervenir de conformidad con las reglas de los artículos 403, 404 y 406 del Código Civil, ya que si Ana Dolores Martínez era hija legítima por la legitimación que le hicieron Luis Enrique Martínez y María Antonia Acosta o Hijuelos, y pretendía cambiar ese estado civil por otro, debía citar a todas las personas interesadas en la litis: al padre legitimante que le otorgó ese estado civil de la legitimidad, y ella aceptó, y al padre que no la reconoció como hija: "siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo legítimo, deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio so pena de nulidad", ordinal 2º del Art. 403 del C. C."

* * *

Segundo cargo.

Fundado en la causal 1ª del artículo 520 del C. J. lo descompone el recurrente en dos aspectos, a saber:

- a) Violación directa de los artículos 239, 240, 241, 243, 248, 249 y 246 del Código Civil; 4º, 6º y 7º de la Ley 45 de 1936, y 343 del Código Judicial;
- b) Violación de las mismas normas en virtud de no haberse apreciado debidamente determinadas pruebas.

Sostiene el recurrente que se declaró una filiación natural a favor de un hijo legitimado por otra persona sin la impugnación de este estado, de modo que se desconoció la imposibilidad de aquel reconocimiento, no obstante lo previsto en el artículo 248 del Código Civil, y se dio una interpretación excesiva a los artículos 240 y 243 de la misma obra, pues se exigieron requisitos para la legitimación no contemplados en ellos.

Sintetiza acertadamente el siguiente fundamento del fallo:

La resolución del Tribunal Eclesiástico en orden a la corrección de la partida de matrimonio en que aparece la legitimación, no produce efectos civiles, por cuanto sus proyecciones en un estado civil reconocido corresponden exclusivamente al poder judicial, ya que las leyes eclesiásticas miran únicamente a los efectos canónicos de la legitimación, pero añade que la legitimación hecha por Luis Enrique Martínez a favor de Ana Dolores no surtió efectos porque no fue notificada a ésta.

Y en seguida expresa:

El Tribunal yerra al creer que tratándose de hijos nacidos con anterioridad al matrimonio y legitimados por instrumento público, la legitimación no queda legalmente producida si no con la notificación y aceptación expresa del legitimado. Los artículos 240 y 243 del Código Civil, que no se han interpretado y aplicado correctamente, disponen que el legitimado que no haya tenido conocimiento de su legitimación y sea capaz de aceptarla o repudiarla puede repudiarla dentro de los noventa días siguientes a la fecha en que adquiere dicho conocimiento. Y que si la legitimación se ha consumado, sobre su valor legal no se puede resolver sino mediante la impugnación, porque entonces se discute la paternidad.

El Tribunal, según el recurrente, ignora que la notificación puede ser expresa o tácita y que la aceptación se presume cuando conocida aquélla por el legitimado no hace repudiación en el plazo antedicho. Por esta causa no le dio valor a la legitimación, pues exigió la notificación directa o expresa, así como su aceptación. Por eso se explica que a pesar de que la sentencia reconoce que desde 1944 y por virtud del matrimonio de la demandante con Pedro Martínez, ella reclamó contra su legitimación, no le diera valor a la petición sobre corrección de la partida, como verdadero acto de notificación de la legitimación a Ana Dolores.

En efecto, el escrito dirigido por ésta a la Curia desde el año de 1944, solicitando se enmendara

la partida en que fue legitimada, constituye la notificación prevista por la ley civil, por lo cual la sentencia se equivoca al creer que el artículo 240 del Código Civil requiere una forma especial para dicha notificación. Así las cosas, no puede jurídicamente estimar la sentencia que hubo falta de notificación para Ana Dolores Martínez, pues de los elementos referidos aparecía dicha notificación, máxime cuando el marido de Ana Dolores, quien según el recurrente era su representante legal, en 1944 declaró que su cónyuge no era hija de Luis Enrique sino de Rogerio Martínez, precisamente en las diligencias sobre corrección de la partida en que aparece la legitimación.

Al mismo tiempo la sentencia no le da ningún significado al artículo 243 de la obra citada que exige que la repudiación sea expresa y que conste en instrumento público, siendo así que no aparece dicha repudiación por parte de Ana Dolores, en ninguna forma. Por consiguiente ella aceptó la legitimación, ya que el instrumento de repudiación no se otorgó dentro de los noventa días siguientes a la fecha en que tuvo concimiento de aquélla siendo mayor de edad, y aun antes, pues desde 1944 solicitó la corrección de la partida en que fue legitimada.

Por las razones hasta aquí expuestas el recurrente deduce la interpretación errónea de los artículos 238, 240 y 243 del C. C. y la indebida aplicación del 249 *ibídem*.

Luégo afirma la demanda de casación que no se tuvo en cuenta el artículo 224 del Código Civil y por tanto se violó por inaplicación, pues el fallador vino a admitir la ilegitimidad de Ana Dolores Martínez en relación con su madre María Antonia Acosta, siendo así que el carácter de hija legítima respecto a aquélla fue reconocido por la legitimación, pues en el momento de ésta Ana Dolores tenía la calidad de hija natural respecto a la madre, por el solo nacimiento, a términos del artículo 238 del Código Civil. Así las cosas, mientras la impugnación no viniera y la sentencia favorable no se dictara, Ana Dolores continuaba conservando el carácter de hija legítima de María Antonia Acosta, el cual le desconoce el fallo, al declarar que la demandante es hija natural de Rogerio Martínez.

Agrega la acusación que si bien el artículo 406 del Código Civil no impide que Ana Dolores reclame su verdadero estado y establezca su auténtica filiación, a pesar de haber sido legitimada por Luis Enrique Martínez y haber quedado consumado dicho estado, éste no se podía cambiar

sino mediante la acción de impugnación de la legitimación prevista en el artículo 248 del Código Civil, de modo que no era aplicable el artículo 249 del Código Civil que se refiere al derecho exclusivo del legitimado para repudiar la legitimación por falta de formalidades, lo cual no puede tener lugar cuando ellas se han cumplido válidamente, como ocurre en el presente caso.

El Tribunal, dice el recurrente, no entiende que aceptada la legitimación no es posible cambiarla, y que el único campo que queda es la impugnación. De esta manera, concluye, los ordinales 4º y 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, los interpretó y aplicó indebidamente, al igual que los artículos 6º y 7º de dicha norma, pues hizo declaración de filiación natural respecto a un hijo legítimo, sin antes habersele desconocido legalmente su primitivo estado.

De todo lo anterior deduce que el sentenciador ha debido reconocer la excepción de carencia de acción, y al no hacerlo violó el artículo 343 del Código Judicial.

Una nueva faz del cargo es la que sigue:

El Tribunal no le dio el valor que correspondía a la partida de nacimiento de Ana Dolores Martínez, pues no vio en ella que tenía la calidad de hija natural de María Antonia Acosta antes del matrimonio con Luis Enrique Martínez, calidad que dio paso a la de hija legítima de dichas personas con motivo de la legitimación que a su favor hicieron en el acta respectiva. Ni le dio valor legal el sentenciador a la partida de matrimonio de María Antonia Acosta y Luis Enrique Martínez, porque no dedujo de ella la legitimidad de Ana Dolores Martínez, ni las declaraciones hechas en dicha partida por la Acosta sobre que Ana Dolores era su hija natural.

El Tribunal tampoco le asignó el valor que tenían dichos documentos para demostrar que desde 1944 la demandante tenía conocimiento de esa legitimación, ya que sostiene que no ha recibido notificación de ella y que puede reclamar sobre tal formalidad, de acuerdo con el artículo 249 del Código Civil. Por último, no tuvo en cuenta la sentencia la solicitud formulada por Ana Dolores a la Curia el 13 de marzo de 1952 a fin de que se enmendara la partida que contiene su legitimación, siendo así que tal documento implica también, la notificación que el fallador echa de menos. Por último, no vio el Tribunal la ausencia del instrumento público que acredita la repudiación, que es elemento esencial para que la legitimación dejara de operar.

De lo anterior deduce el recurrente error de

hecho y de derecho en la apreciación de tales pruebas; y expresa que se violaron los artículos 593, 632, 723, 728, 730, 604 del Código Judicial, 1.757 del Código Civil y 22 de la Ley 57 de 1887, lo cual condujo a la infracción de los artículos 239, 240, 241, 243, 248, 249 del C. C.

Tercer cargo.

Violación de los artículos 213, 224, 239, 240, 241, 243, 245, 246, 247, 248, 346, 347, 401 a 404, 406, 1.321 y 1.322 del Código Civil 1º y 4º de la Ley 45 de 1936, 6º de la Ley 57 de 1887, 342, 343, y 596, 661 y 664 del C. J.

Se funda en el mismo argumento que adujo (sin que se vea la razón para haberlo situado allí) en la segunda parte del cargo anterior, o sea en que la prueba de la posesión de estado civil no puede dividirse; esto es, que se requiere que todos los testigos declaren sobre todos los hechos constitutivos por un período de diez años. Afirma el recurrente que ninguno de los testigos aducidos por la parte actora declara sobre los hechos que la ley exige en este caso, y que por otro lado, no existe en esos testimonios la pluralidad indispensable para establecer el mismo hecho, o sea que no aparece el conjunto de declarantes de que habla la ley. Por último, los testigos no son contestes, pues difieren en sus detalles esenciales, no son presenciales, porque no estuvieron en el momento de realizarse los hechos sobre los cuales declaran, fuera de que son testigos de oídas, ya que no relatan hechos percibidos por sus sentidos sino los que han conocido por el dicho, de otras personas, sin individualizar a éstas. Por fin, las declaraciones lejos de ser precisas, aparecen oscuras, vagas e inverosímiles, todo lo cual las hace carecer de valor probatorio.

En seguida, el recurrente hace un análisis de los testimonios de Rebeca Ortiz, Demetrio Rodríguez, Pedro Elías Ayala, Lorenzo Martínez, Blas Antonio Vega, María Gómez de Ortiz, Concepción Rueda, Rebeca Centeno, Jesús Sánchez, Misael Reyes, Francisco Pedraza, Ana de Pedraza, Agustina Rodríguez, Luis Torres, Luis Patiño, Angel María Duarte, Angélica Acevedo, María de Jesús Tello, Paz Viviescas, y se refiere globalmente a las declaraciones de Severo Rodríguez, Zoraida viuda de Rueda, Manuel Sánchez y María Vargas viuda de Guevara, para criticarlas todas y concluir que ellas no demuestran los hechos constitutivos de la filiación natural declarada por el Tribunal con su fundamento.

Por otro lado, censura al Tribunal por haber

rechazado los testimonios de quienes afirman que María Antonia Acosta era mujer mundana y mantenía relaciones, no sólo con Luis Enrique Martínez, sino con otras personas, mas en este punto no indica los nombres de los testigos que no fueron apreciados. Termina el cargo afirmando que hubo violación de los artículos 702 y 704 del Código Judicial en relación con los artículos 1º 2º, 4º y 6º. de la Ley 45 de 1936 y de los artículos 398 y 399 del C. C.

Demanda del representante de Samuel, Ceferino, Luis, Roque, Evangelista y Antonio Martínez R.

Esta demanda, que se ajusta estrictamente a la técnica de casación, plantea dos cargos en forma clara y precisa.

Primer cargo.

Violación de los artículos 240, 242, 243, 248 del Código Civil y numeral 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, los tres primeros por inaplicación y el último por aplicación indebida. Este cargo se presenta a través de tres aspectos que se desarrollan por separado.

Antes sin embargo, se aduce el siguiente razonamiento global: según la partida de origen eclesiástico, la demandante nació el 25 de julio de 1925, por cuyo motivo en 1944 cuando se iniciaron las diligencias sobre dispensa para su matrimonio con Pedro Martínez era menor de edad y no podía repudiar la legitimación sino con el consentimiento de su curador general, o de uno especial, o de su representante legal, previo decreto judicial. Al tener las referidas diligencias como no aceptación por parte de Ana Dolores, la sentencia quebrantó el artículo 242 del Código Civil, ya en forma directa, al pronunciarse en sentido contrario a su contenido, o al dejar de aplicarlo, ya en forma indirecta, como consecuencia del error de hecho evidente en que incurrió al no apreciar dicha partida de bautismo que demuestra la menor edad de la actora en la época de la dispensa, por cuya razón no podía repudiar por sí misma la legitimación. Además, violó el artículo 243 de la misma obra que dice que la repudiación debe ser expresa y no tácita, ya que exige instrumentos públicos con dicho fin. Y como en las diligencias de dispensa no consta expresamente la repudiación, la que el Tribunal encontró mediante una deducción suya, se produjo la infracción directa de tal norma.

El primero de los referidos aspectos que se desarrollan coincide con algunas acusaciones del

anterior recurrente, o sean: Ana Dolores Martínez, como lo admite el Tribunal, desde 1944 inició ante la Curia Diocesana las diligencias eclesiásticas encaminadas a corregir la partida en que aparece legitimada por el matrimonio de Luis Enrique Martínez y María Antonia Acosta, y el 13 de marzo de 1952, solicitó por escrito la continuación de ellas, es decir, conocía desde tales fechas la legitimación, y como por otro lado aparece que la demandante llegó a la mayor edad el 25 de julio de 1946, teniendo tal conocimiento, hay que reputar que por lo menos a partir de la última fecha estaba virtualmente notificada de dicha legitimación. Y como el plazo que concede el Art. 243 del Código Civil se venció sin que se otorgara el instrumento público de repudiación, se produjo de pleno derecho la aceptación tácita de que esa disposición habla. Al no entenderlo así el Tribunal quebrantó los artículos 240 y 243 del Código Civil.

Perfeccionada así la legitimación, continúa el recurrente, está llamada a surtir en este juicio el efecto de que la demandante tiene el estado civil de hija legitimada de Luis Enrique Martínez y María Antonia Acosta, el cual no podía ser atacado ni desconocido sino mediante la impugnación prevista por el artículo 248 del Código Civil, que es diferente a la de filiación y petición de herencia incoadas en este pleito, punto en que difiere de la anterior demanda. Al despachar favorablemente la demanda, sin tener en cuenta la legitimación consumada, el Tribunal quebrantó la norma últimamente citada, al no aplicarla, así como las ya referidas de la Ley 45 de 1936 por indebida aplicación.

El segundo aspecto se resume así:

Con base en que de acuerdo con la partida de nacimiento de Ana Dolores, ésta era hija natural de María Antonia Acosta, debía deducirse por el fallador que la madre ejercía la patria potestad sobre la hija hasta que ésta llegó a la mayor edad, o sea el 25 de julio de 1946, o por lo menos hasta que contrajo matrimonio, el 20 de noviembre de 1944. Esta situación se confrontaba el 1º de noviembre de 1937, fecha en que se llevó a cabo la legitimación de Ana Dolores, según acta respectiva. Por tanto, para esa época Ana Dolores no vivía bajo potestad marital ni necesitaba guardador por tener viva su madre natural, por lo cual la notificación de la legitimación, requerida por el artículo 240 del Código Civil, no podía hacerse a persona distinta de la madre. Y como éste intervino en el acto de la legitimación y firmó la partida consiguiente, no se puede negar

que Ana Dolores quedó notificada, por conducto de su madre natural, de la legitimación que se le hizo. Y como el término que señala el artículo 243 del Código Civil para la repudiación transcurrió sin que se hubiera otorgado el respectivo instrumento público, la legitimación está consumada y no puede ser desconocida sino mediante la impugnación consagrada en el numeral 1º del artículo 248 del Código Civil.

Además, al no tomar en cuenta las referidas pruebas para hacerles producir los efectos indicados, el Tribunal incurrió en error de hecho manifiesto y quebrantó las normas legales atrás mencionadas, quebranto que puede ser también directo si se parte de la base de que el Tribunal admite que Ana Dolores era menor para la época del matrimonio y que María Antonia Acosta era su madre natural, pues entonces, al conocer esos hechos, debió aplicar frente a ellos, y no lo hizo, las disposiciones antes citadas.

El tercer aspecto se sintetiza así:

Ni la notificación ni la aceptación son requisitos esenciales de la legitimación, pues ésta se produce por el matrimonio de los padres del legitimado, o sea que no carece de valor ni es inoperante cuando faltan la notificación o la aceptación, como lo sostuvo el Tribunal.

Para que la legitimación se produzca en este caso es necesario que los padres designen en el acta de matrimonio o en escritura pública los hijos a quienes confieren el beneficio. El artículo 249 de la misma obra preceptúa que sólo el supuesto legitimado o sus descendientes legítimos tendrán derecho para impugnar la legitimación, por haberse omitido la notificación o aceptación prevenidas en la ley.

“Lo cual significa que la legitimación por matrimonio posterior es válida sin que medie la notificación o la aceptación, puesto que fuera de las personas taxativamente indicadas en la norma anterior nadie tiene derecho para impugnarla o desvirtuar sus efectos cuando aquéllas faltan. Los terceros o cualquier interesado en la sucesión de los padres si se prescindiera de la legitimación no notificada ni aceptada, tienen obligatoriamente que atenerse a ella y reputarla como válida y operante, lo cual les impide ejercitar sus posibles derechos a la herencia”.

Añade el recurrente que si la aceptación fuera requisito necesario para la validez de la legitimación, ésta pasaría a ser un acto bilateral, un contrato generador de obligaciones, y como tal podría dejarse sin efecto por la voluntad acorde de los legitimantes y del legitimado, lo cual pug-

na con el carácter unilateral de la legitimación y con lo dispuesto en el artículo 249 de Código Civil, según el cual sólo el legitimado puede impugnar la legitimación por falta de notificación o aceptación.

Con base en las razones expuestas, se deduce que el Tribunal al sostener que por no haberse notificado ni aceptado la legitimación de Ana Dolores Martínez carece de valor y es inoperante, quebrantó por interpretación errónea los artículos 239, 240 y 249 del Código Civil, pues de estas disposiciones se desprende la tesis sostenida antes por el recurrente. Como consecuencia, la sentencia aplicó indebidamente el numeral 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, pues siendo válida la referida legitimación ello impide que, sin destruirla, a la demandante se le puede reconocer otro estado civil.

Segundo cargo.

En éste el recurrente estima que el estudio y análisis que el anterior recurrente hace para sustentar su tercer cargo “me parece tan atinado, claro y jurídico que yo lo acojo integralmente y lo doy como reproducido aquí como fundamento de este segundo cargo que yo propongo”.

Sin embargo de lo cual lo adiciona así:

La doctrina ha exigido que en materia de prueba de posesión notoria del estado civil los Tribunales deben ser rigurosos para apreciarla; que ella debe versar sobre los puntos que expresamente establece la ley civil, tanto en el código de la materia como en la Ley 45 de 1936; y que el Tribunal olvidó tales principios y reglas y obró “con máxima liberalidad y benevolencia en el examen de los testigos dando por irrefragablemente demostrada una posesión notoria de hijo natural, mantenida por diez años, que está, en realidad, ausente de los autos”.

Además, anota la demanda de casación que fuera de los testimonios analizados por el otro recurrente demandado, el Tribunal también tuvo en cuenta los de Zoraida viuda de Rueda, Manuel Sánchez y Darío Vargas de Guevara “por lo cual y a fin de ampliar el cargo... me ocuparé en destacar el error evidente en que incurrió la sentencia al acogerlas como pruebas demostrativas de la posesión notoria controvertida”.

Después de referirse al contenido de las respectivas exposiciones, afirma que éstas son inepistas para el fin con que las utilizó el Tribunal, pues no se deduce de ellas que el presunto padre proveyera en tal carácter a la subsistencia, educa-

ción y establecimiento del hijo por diez años continuos, pues las declaraciones no están respaldadas en hechos presenciales por los testigos, y los que éstos indican como base de conocimiento no demuestran las situaciones antedichas. "Es, pues, evidente a mi juicio que el Tribunal al apreciar los citados testimonios como pruebas de la posesión notoria del estado civil de hija natural de la demandante con respecto a Rogerio Martínez, incurrió en error de hecho evidente y como consecuencia quebrantó los artículos 379, 398, 399 del Código Civil y 4º, numeral 5º y 6º de la Ley 45 de 1936".

Recurso del apoderado de la demandante.

Dos cargos, dentro de la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, propone contra la sentencia del Tribunal.

Primer cargo.

Violación directa del artículo 1.321 del Código Civil.

La sentencia, dice el recurrente, reconoció la filiación natural demandada y que la actora tiene mejor derecho que los demandados a la herencia de Rogerio Martínez, pero negó las declaraciones tendientes a obtener la adjudicación y restitución de los bienes herenciales como consecuencia necesaria del reconocimiento de heredera preferente, pues consideró que se ignoraba que los adjudicatarios estén poseyendo actualmente, en forma material, los bienes adjudicados. La sentencia sostiene que ni la posesión legal, ni la aceptación de la asignación universal demuestran la posesión de los bienes en concreto, indispensable para que se ordene la restitución de los dejados por el causante, fuera de que anota que existen bienes de la sucesión que han pasado a poder de personas distintas de los demandados, por lo cual aunque no ha sido posible registrar el título correspondiente, es lo cierto que aquéllos no tienen la posesión de determinado inmueble y por consiguiente no pueden ser obligados a restituir.

La ocupación de la herencia, según la demanda de casación, no puede dar lugar sino a la posesión legal que se adquiere con la delación y sólo se pierde con la repudiación o con el éxito de la acción de petición de herencia. De lo contrario, no se trataría de una posesión universal como corresponde al derecho de herencia, sino de la presunta para la acción reivindicatoria, fuera de que no se explicaría que la petición de herencia

llevara implícita la condena a restituir las cosas de que el difunto era mero tenedor, a que se refiere el artículo 1.321 del Código Civil, ni que el artículo 1.325 *ibidem* consagrara la acción reivindicatoria simultáneamente con la de petición de herencia, con la cual tiene hondas diferencias.

Agrega: "Pretender que la petición de herencia exige la prueba de la posesión individual de los bienes que forman la masa herencial, en el demandado, es desvirtuarla completamente, despojándola de su autonomía para convertirla en una reivindicación múltiple aunque no universal". Y más adelante añade: "Es decir, que no puede exigirse la prueba de la posesión por parte del demandado sobre todas y cada una de las especies que componen el haber herencial activo, pues no se discute la propiedad. Basta comprobar la ocupación de la herencia (como universalidad) que consiste en la posesión legal surgida de la delación y en la aceptación posterior o simultánea, con lo cual el heredero llamado por la ley se vincula a la herencia a la cual se le llama".

Afirma, entonces, que si el heredero putativo acepta, ocupa la herencia, y contra él puede dirigir el heredero preferente la acción para desplazarlo en el derecho a suceder al causante. Si así no fuere, no hubiera establecido el artículo 948 del Código Civil que todos los derechos reales son susceptibles de reivindicación, excepto el de herencia.

Anota que si se decreta la restitución de los bienes de la herencia por el heredero putativo vencido, en favor del heredero de mejor derecho, y los bienes estuvieren en poder de terceros, "al ejecutarse la entrega surgirían estos terceros y tendrían oportunidad de demostrar que no les perjudicó la sentencia de petición de herencia; pero resulta ilógico anticiparse a esta situación, como lo hace la sentencia".

Para llegar a al transgresión de la norma citada, cuyo contenido se dice desconoció el Tribunal, termina así, en lo pertinente: "Por todo esto, según nuestra legislación y la manera como ella concibe la acción de petición de herencia, el heredero de mejor derecho obtiene la exclusión del heredero putativo sobre el total o una cuota de la herencia, la adjudicación de los bienes herenciales y la restitución de los mismos por el demandado, con probar simplemente su calidad de heredero de mejor derecho que el demandado que se halla ocupando la herencia por virtud de la delación y la aceptación".

Segundo cargo.

Si se estima que el artículo 1.321 del Código Civil al señalar como legitimación del demandado la posesión sobre los bienes de la herencia, en calidad de heredero, desoyendo las voces de los artículos 757 y 783 del Código Civil, el Tribunal ha errado en la apreciación de las pruebas referentes a dicha posesión producidas en el juicio.

El recurrente señala luego las siguientes pruebas: a) Las confesiones judiciales de los demandados Luis Antonio, Roque, Evangelista, Ceferino, José Antonio y Jesús Martínez quienes en posiciones admiten que cada uno de ellos y sus hermanos vienen disfrutando de los bienes dejados por Rogerio Martínez, en calidad de herederos; b) La contestación de Samuel Martínez, quien en posiciones dice que él y sus hermanos no han dispuesto de esos bienes, sino que han tenido que hacer inverisiones en ellos, pues no han producido sino gastos; c) Las declaraciones rendidas a petición de la parte demandada por Rafael Suárez, José Dolores Ballesteros, Salomón Rangel, Alejandro Vargas, Zoila Gómez, Marcos Cogollos, Pedro Rangel, Luis F. Torres, Vicente Murillo y José Antonio Ruiz sobre hechos indicativos de posesión por parte de Samuel, Jesús, Roque y José Antonio Martínez respecto a bienes del causante; d) Las declaraciones de José C. Rueda Argüello y Jaime Ardila Villarreal en relación con un acto de posesión de bienes de la herencia realizado por Samuel Martínez.

El Tribunal no apreció este acervo probatorio, pues sólo se refirió a las posiciones absueltas por Roque, Ceferino y Evangelista Martínez, para descalificarlas, por lo cual incurrió en error de hecho al no advertir siquiera la presencia de las pruebas mencionadas, y en error de derecho al apreciar las tres confesiones de los citados demandados, las cuales tienen el valor de prueba plena conforme al artículo 606 del Código Judicial, cuyo texto quebrantó.

Erró también de derecho el Tribunal cuando al apreciar la copia de la partición de bienes en la sucesión de Rogerio Martínez, aún no registrada, concluyó que dicho acto había conferido la posesión de los bienes comprendidos en él a los respectivos adjudicatarios, sin reparar en el texto de los artículos 2.673 y 2.674 del Código Civil, en armonía con el numeral 6º del artículo 2.652 *ibidem*, y con los artículos 967 y 630 del Código Judicial, todos los cuales transgredió.

Como efecto de tal violación, sobrevino la de

los artículos 757, 764 y 765 del Código Civil, por no haberlos aplicado, siendo así que ellos gobiernan el caso de autos, desde el punto de vista en que se colocó el Tribunal, el cual violó igualmente, por la misma causa, el artículo 785 de la misma obra, según el cual nadie puede adquirir la posesión de las cosas para cuya tradición es menester la inscripción en el registro, sino por este medio.

Según el recurrente, erró también el Tribunal, con error de derecho, al estimar la copia de la escritura número 574 de 4 de septiembre de 1953 de la Notaría Segunda del Socorro, por la cual Evangelista, Samuel, José Antonio, Roque y José de Jesús Martínez R. dijeron vender a Gregorio Rugeles la finca "Ojo de Agua" de propiedad del causante; dicho error lo condujo a considerar que el mencionado inmueble no estaba en poder de los demandados.

Este error se configura de la misma manera descrita a propósito del acto de partición, con quebranto consecuencial de los mismos preceptos sustanciales, por idéntico medio, y además, de los artículos 1.849 y 1.880 del Código Civil, los cuales dejó de aplicar el Tribunal al confundir el efecto de mera obligación que la compraventa genera para el vendedor, con la tradición del objeto vendido que en nuestro derecho opera independientemente del título y como ejecución del mismo. Dio así el Tribunal efecto de tradición al simple contrato de compraventa, dejando de aplicar las normas ya citadas al respecto, y además, el artículo 673 del Código Civil, en armonía con el artículo 740 *ibidem*.

Concluye la demanda en esta forma: "De esta suerte si el artículo 1.321 del Código Civil conlleva la necesidad probatoria que el Tribunal encontró insatisfecha, el sentenciador se puso en contradicción consigo mismo al no aplicar y al estimar erradamente los elementos de convicción que simultáneamente reclamaba".

Estudio de los cargos.

Para obrar en orden lógico, como lo preceptúa el artículo 537 del Código Judicial, la Sala comenzará por el examen de las demandas de casación propuestas por los apoderados de los demandados, dando preferencia al cargo fundado en error *in procedendo*, o sea al que invoca la causal sexta del artículo 520 del Código Judicial que fue el primero que se resumió.

La nulidad aducida se pretende procesalmente encajar en el motivo 3º del artículo 448 del Código Judicial, o sea en la falta de citación o em-

plazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamados al juicio. Esta causal de nulidad hace relación primordialmente con el demandado que no es notificado legalmente en el proceso, o en ocasiones con aquellas personas que deben llamarse a éste para que intervengan como partes principales y a veces accidentales, pues tiende a garantizar el derecho de defensa, esto es, en evitar que se juzgue a alguien sin haber sido oído.

No ocurre esta causal cuando debiéndose demandar a determinada persona por ser sujeto pasivo de la relación sustancial materia de la litis, es decir, por tener la *legitimatío ad causam* pasiva, no se la demanda, pues ello es materia de un presupuesto de la pretensión o acción civil que se examina en la sentencia, en forma que si falta, el fallo deberá ser absolutorio. "No reza la causal de nulidad de que se trata con las personas que debiendo ser demandadas, no han sido citadas ni emplazadas en el juicio en la forma legal. En el primer caso, que es lo propuesto en el cargo que se estudia, la ausencia procesal se vincula, no a un aspecto simplemente procedimental o adjetivo que pudiera afectar la validez de la actuación judicial, sino que implica una cuestión sustantiva o de fondo que se traduce en la improcedencia de la acción por falta de una de sus condiciones jurídicas esenciales, que no es considerable en casación sino dentro de la primera de las causales autorizantes del recurso". (G. J. número 2010-14, páginas 554-55).

El artículo 403 del Código Civil, invocado por el recurrente, en su segundo inciso dice: "Siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo legítimo deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad".

Esta norma no hace relación a nulidad procesal alguna, sino que versa sobre la legitimación del demandado en determinados procesos de estado, por lo cual no incide en la validez formal del juicio. Es evidente que la disposición civil comentada puede operar cuando en juicio en que deba intervenir legítimo contradictor éste no figure, mas ello implicaría la carencia de la legitimación mencionada, cuestión que se decide en el fallo por tratarse de una condición de la acción civil, es decir, que el demandado sea la persona llamada a responder en la relación sustancial invocada.

La impropiedad del término empleado por el precepto no varía la naturaleza del fenómeno, como no se varía por el artículo 1.625 del Código

Civil que habla de que puede extinguirse una obligación por medio de convención en que las partes "consientan en darla por nula", siendo que realmente establece un medio extintivo que no estructura la nulidad del contrato, y como no se varía por el artículo 473 del Código Judicial cuando expresa que la sentencia ejecutoriada en materia contenciosa "hace absolutamente nula culaquier decisión posterior que le sea contraria", siendo que la cosa juzgada no configura en el nuevo proceso nulidad alguna, sino sólo constituye excepción.

Pero suponiendo que el artículo 403 del Código Civil establezca una nulidad procesal, ella no podría alegarse a través de la causal 6ª, la cual comprende, por disposición del artículo 520 del Código Judicial, únicamente los motivos de nulidad previstos en el artículo 448 *ibidem*, entre los cuales no se encuentra el indicado por la referida norma. La Corte ha repetido muchas veces que únicamente es posible alegar en el recurso extraordinario las nulidades procesales comunes a todos los procesos.

Mas siguiendo en el campo de la hipótesis, y admitiendo dentro de ésta que la ausencia de legítimo contradictor ocasionara nulidad procesal comprendida en la falta de citación o emplazamiento, ocurre que dicho motivo lo puede alegar solamente la persona que no fue citada o emplazada conforme a la ley, vale decir, en este caso, Luis Enrique Martínez, a quien se señala por el recurrente como legítimo contradictor.

Por último, y a mayor abundamiento, se anota que el presente juicio no versa sobre impugnación de la legitimidad de la demandante, sino sobre declaración de filiación natural de la misma, como resulta de la lectura de las peticiones de la demanda, lo cual excluye el debate sobre legítimo contradictor por el aspecto que el recurrente plantea, ya que lo relacionado con la procedencia de la acción de filiación natural frente a los herederos del presunto padre, no es materia del cargo.

Apenas habrá para qué advertir que siendo improcedente éste, no es el caso de penetrar en la interpretación a que ha dado margen la figura del legítimo contradictor, en los juicios sobre estado civil en que tiene cabida.

* * *

Los cargos presentados en segundo lugar por las dos demandas de casación de los recurrentes demandados guardan íntima relación, por lo cual, dentro de la economía del recurso, se consideran en conjunto, en lo pertinente.

El artículo 236 del Código Civil dice que son también hijos legítimos los concebidos fuera del matrimonio y legitimados por el que posteriormente contraen sus padres, según las reglas y bajo las condiciones que se expresan en seguida.

Se reconoce en esta forma la denominada legitimación, que consiste en que los hijos concebidos fuera del matrimonio pueden obtenerla por razón del que contraen sus padres y pasar a la categoría de hijos legítimos. Por esta razón se produce la legitimación *ipso iure* respecto a los hijos concebidos antes y nacidos con posterioridad a él, con las salvedades previstas en el artículo 52 de la Ley 153 de 1887, así como la de los hijos naturales de ambos cónyuges, reconocidos con los requisitos legales.

Mas también procede la legitimación, de acuerdo con el artículo 239 del Código Civil, para los hijos procreados por dos contrayentes que designen éstos en el acta de matrimonio o en escritura pública, ya estén vivos o muertos. En tal caso, la causa principal de la legitimación sigue siendo el matrimonio de los padres; pero aunque los cónyuges hayan tenido hijos entre sí antes de casarse, el matrimonio *per se* no los legitima, sino que es mentester que en la partida respectiva o en escritura pública manifiesten su voluntad de conferir "el beneficio" a los que expresamente designen.

Las disposiciones del Código sobre esta clase de legitimación se hallan relacionadas íntimamente con el reconocimiento de los hijos ilegítimos, que es un acto libre y voluntario le los progenitores, por lo menos en cuanto al padre se refiere. Es decir, que el matrimonio no puede legitimar a los hijos ilegítimos sino cuando su filiación natural está establecida de antemano o se establezca al tiempo de su celebración, o con posterioridad a ésta cuando se opte por el otorgamiento del instrumento público, en vez de hacer el reconocimiento en la partida de matrimonio.

Desde luego, cuando la ley se refiere al acta matrimonial, comprende tanto la civil o notarial como la eclesiástica, en los casos en que la última hace prueba, por lo cual dice la Corte: "La doctrina sentada y mantenida por la Corte es la de que el acta de matrimonio canónico es hábil para que en ella hagan la legitimación los padres" (LIV, página 73). Con posterioridad a la Conferencia Episcopal de 1913, se dispuso por los cánones que la partida eclesiástica, que contenga legitimación, debe ir firmada por los que legitiman; pues antes de esta fecha no se exigía el requisito de las firmas.

Cuando la legitimación no se produce *ipso iure*, el artículo 240 ordena que el instrumento público en que se hace deba notificarse a la persona que se trate de legitimar, y que si ésta es de aquéllas que se hallan bajo guarda, la notificación se hará al guardador general, o en su defecto a un curador especial; pero que la persona que no necesite guardador, podrá aceptar o repudiar la legitimación libremente. Añade, que quien requiera guardador para la administración de sus bienes no podrá aceptar ni repudiar la legitimación, sino por el ministerio o con el consentimiento del tutor o curador general o de un curador especial, y previo decreto judicial, con conocimiento de causa.

La notificación, enseñan los autores, tiene por objeto provocar la declaración de voluntad del hijo que se trata de legitimar y cuyo estado civil se va a alterar. El consentimiento del hijo es, pues, factor trascendental en la legitimación, ya que nuestro derecho, apartándose en esto del francés, ha seguido los principios romanos según los cuales no se podía cambiar el estado civil de una persona contra su voluntad.

La aceptación de la legitimación puede ser expresa o tácita ya que el artículo 243 del Código Civil dice: "La persona que acepte o repudie, deberá declararlo por instrumento público dentro de los noventa días subsiguientes a la notificación. Transcurrido este plazo, se entiende que acepta, a menos de probarse que estuvo imposibilitada de hacer la declaración en tiempo hábil".

La notificación entonces tiene también la importancia de fijar la fecha desde la cual se cuenta el plazo que la ley otorga a la persona que se trata de legitimar, a fin de que decida si la acepta o la repudia. Si tal persona tiene la libre administración de sus bienes, puede aceptar expresamente mediante el instrumento público que prevé la ley; o tácitamente dejando transcurrir el término de noventa días sin otorgarlo, por lo cual tal plazo se le viene a conceder propiamente para que otorgue el instrumento de repudiación. Se presume que el legitimado acepta, si este instrumento no es otorgado en el mencionado plazo, y para destruir la presunción sería necesario que el notificado probara que estuvo imposibilitado para otorgarlo en tiempo hábil.

Pero si la persona a quien se trata de legitimar carece de la libre administración de sus bienes y, por tanto, la intervención del Juez es necesaria, la presunción de aceptación no tiene cabida, y la aceptación será siempre expresa y solémne, ya que deberá otorgarse el instrumento público de que habla la ley, por lo cual el Juez que con-

cede el permiso deberá estar atento a que dicho instrumento se produzca.

Cuando la legitimación no actúa *ipso iure* la Corte estima que opera desde que el matrimonio de los padres se efectúa y en el acta o en escritura pública se señalan los hijos que la reciben. Esta tesis se basa en primer término en el artículo 239 del Código Civil que dice que para que la legitimación se produzca es necesario que los padres designen en la partida matrimonial o en escritura pública a los hijos a quienes confieren el beneficio, lo cual implica que basta el requisito mencionado y, desde luego, el matrimonio de los padres, para que la legitimación tenga efecto. Por otro lado, el artículo 249 *ibidem* expresa que sólo el supuesto legitimado y sus descendientes legítimos cuando éste ha muerto, tendrán derecho para impugnar la legitimación por haberse omitido la notificación o la aceptación, requisitos que, como ha dicho la Corte, se han establecido en interés del legitimado exclusivamente (XXXVIII, 443); de modo que si se aceptara la teoría de que ellos son indispensables para la existencia de la legitimación, se llegaría a la inconsecuencia de entender que, salvo para el legitimado o sus descendientes legítimos, existiría válidamente la legitimación, no obstante haberse omitido las formalidades exigidas por la ley para su existencia o funcionamiento.

A este propósito Somarriva Undurraga expresa: "La legitimación existe desde que se otorga el instrumento público correspondiente. Lo dicho hasta ahora puede hacer creer que la legitimación sólo va a existir jurídicamente una vez que el hijo la haya aceptado. Pero no es así: la legitimación se produce y tiene existencia legal desde el momento en que se otorga el respectivo instrumento público. La notificación y aceptación no son propiamente requisitos de su validez; son formalidades establecidas por el legislador para salvaguardar los intereses del hijo, ya que bien puede acontecer que la legitimación la otorguen los padres con fines egoístas y de lucro personal. Si la aceptación fuera requisito necesario para la validez y eficacia de la legitimación, ésta pasaría a ser un acto bilateral; un verdadero contrato generador de obligaciones; y como tal, podría dejarse sin efecto por la voluntad acorde de los legitimantes y del legitimado. Todo lo cual pugna con la realidad jurídica, y con el carácter de acto unilateral que tiene la legitimación. Confirma lo dicho el artículo 218 (equivale al 249 de nuestro Código), según el cual sólo el legitimado puede impugnar la legitimación por falta de noti-

ficación o aceptación" (Derecho de Familia, pág. 384).

Y luego expresa: "Según el precepto transcrito, si el legitimado es un hijo vivo, nada más que él puede reclamar por la falta de notificación o aceptación; y si el legitimado lo fue un hijo que ya había fallecido, esta reclamación únicamente pueden deducirla sus descendientes legítimos. De lo expuesto se deduce que mientras vive el hijo sólo él puede impugnar la legitimación por falta de aceptación. Y una vez que el hijo fallece sin decir la impugnación, la legitimación queda definitivamente firme, es inexpugnable. Esto viene a demostrar... que la legitimación es un acto unilateral que tiene existencia jurídica por el sólo otorgamiento del instrumento público de legitimación que hacen los padres".

Y la Corte Suprema de Chile expone: "Que la sustancia de estas disposiciones y terminología demuestran... que en el último caso la notificación que debe hacerse del instrumento público de legitimación a la persona que se trata de legitimar y la aceptación de ésta no importan formalidades de la legitimación misma, sino trámites posteriores sin más significado que el que intrínsecamente tienen relativos a una legitimación ya otorgada;... Que esto último preceptuado por el artículo 212 antes transcrito, de que se entenderá que el legitimado acepta si no manifiesta su voluntad dentro de los noventa días siguientes a la notificación, confirma la tesis de que la aceptación del legitimado no es un requisito de la legitimación, porque no podría presumirse la existencia de un acto jurídico antes de concurrir los requisitos necesarios para ello. La ley habría debido entonces fijar como fecha de esa legitimación la del vencimiento del plazo de noventa días" (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXXVI, pág. 393).

Por esta razón, comentando la mencionada norma del Código Chileno, Claro Solar dice: "Mas que una causal de impugnación este artículo establece una limitación del derecho de impugnación de los terceros o de los ascendientes. El hijo está gozando del estado civil de legitimado; y la notificación de la legitimación no tiene plazo determinado. Al establecerse la acción (se refiere a la de impugnación en general), el hijo que la resiste manifiesta por este solo hecho que acepta la legitimación, y esta aceptación es un acto libre y espontáneo de su parte que la ley presume aún si no la repudia dentro del plazo que se le señala posterior a la notificación. En cuanto al legitimado o a sus descendientes, más

bien que una impugnación es un rechazo que ellos harán; no dirán que impugnan la legitimación, porque no se les notificó, ni la aceptaron; sino que, establecido este hecho de no haberse notificado, dirán lisa y llanamente: "No aceptamos". (Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Tomo II, página 398).

La ley no establece forma concreta para que la notificación se perfeccione, de manera que, tratándose de un acto de conocimiento, deben seguirse las reglas generales sobre la materia, o sea que proceden todos los medios de notificación pertinentes. Preferentemente tendrán cabida la notificación personal y directa, mas no se ve inconveniente en que procedan también la notificación proveniente del propio notificado, análogamente a la que respecto a providencias judiciales entroniza el artículo 321 del Código Judicial que dice que si en memorial dirigido al Juez la persona a quien debe notificarse se da por conocedora de la respectiva providencia, la notificación se produce, ya que lo importante en estas materias es que el individuo a quien está destinado el acto tenga positivo conocimiento de él.

En tales condiciones, para la Corte configuró notificación de la legitimación hecha por Luis Enrique Martínez a favor de Ana Dolores Martínez si no el memorial que ésta elevó a la Curia en 1944 a fin de que rectificara la partida en que la legitimación aparece, pues para aquella época Ana Dolores era menor y no podía obrar por sí misma, si el memorial aducido el 13 de marzo de 1952 en que solicita la prosecución de tales diligencias, ya que para entonces tenía más de 21 años. Dicho memorial constituye así una ratificación del anterior que se retrotrae a su fecha, según las reglas generales.

Se advierte a mayor abundamiento, que el reconocimiento de la legitimación es confesado por Ana Dolores Martínez en posiciones absueltas en la primera instancia. La pregunta tercera dice: "Diga cómo es cierto que usted sabía que en el matrimonio que celebraron sus padres Luis Enrique Martínez y María Antonia Acosta el 12 de marzo de 1937, usted fue legitimada por los contrayentes junto con otros hermanos suyos?". Y la respuesta expresa: "Cuando se celebró el matrimonio, yo no supe que me hubieran legitimado y que hubieran legitimado a mis hermanos, porque yo no asistía a ese matrimonio. Después supe lo que habían hecho, pero yo ya era más mujer, ya me había casado, y entonces pedí a la Curia por conducto del Párroco de Barichara, que aclararan ese asunto, porque yo no era hija de Luis

Enrique Martínez, porque yo era hija natural de Rogério Martínez".

Al respecto de que se trata se anota que la Sala no estima conducente ni la tesis de que la notificación se produjo a raíz del matrimonio de Ana Dolores en vista de que el marido se dio por conocedor de la legitimación, pues éste no es representante legal de su mujer, como lo dice equivocadamente el primero de los recurrentes; ni la aseveración del segundo de ellos sobre que la notificación se produjo desde la fecha del acta de matrimonio que la contiene, en virtud de haberla suscrito María Antonia Acosta, quien a la sazón tenía el carácter de madre natural de Ana Dolores, y era por tanto su representante legal, porque la notificación al incapaz debe hacerse por orden legal al guardador general o a un curador especial, por lo cual no se puede producir a través de los propios padres que legitiman, ya que se reunirían en ellos dos posiciones incompatibles.

Y como no resulta en el expediente que en ningún momento desde cuando fue legitimada Ana Dolores Martínez hubiera hecho uso del derecho de repudiar legalmente la legitimación, ésta produjo todos sus efectos, ya que la omisión de otorgar la respectiva escritura pública determina en esta clase de legitimación que ella quede aceptada. No sobra decir, que no se ha alegado siquiera que Ana Dolores estuviera imposibilitada para hacer la declaración de repudiación en tiempo hábil.

Por último se recuerda que quien ha sido legitimado por matrimonio de los padres efectuado después de su nacimiento, puede impugnar la legitimación, probando que el legitimado no ha podido tener por padre al legitimante, cuando se trata de la legitimación hecha por el marido. Esta impugnación la pueden realizar quienes prueben un interés actual en ello, así como los ascendientes legítimos del padre o madre legitimantes, todo dentro de los ordenamientos del artículo 248 del Código Civil.

En el caso de estudio es necesario tener en consideración un aspecto de sumo interés alegado por el opositor demandante, y es el referente a que, de acuerdo con las pruebas que obran en autos, la Curia rectificó la partida de matrimonial de Luis Enrique Martínez y María Antonia Acosta, en cuanto ordenó suprimir de la lista de los hijos que allí legitimaban el nombre de Ana Dolores, por lo cual no está acreditado que ésta tenga el carácter de hija legítima de aquéllos.

En efecto, ante la solicitud elevada desde 1944 y confirmada o ratificada en 1952, se produjo el

Decreto Eclesiástico de 2 de mayo del último de dichos años que ordenó la corrección pedida. A esta corrección según se dice se llegó después de agotado el trámite canónico exigido para casos de tal naturaleza.

Conforme al artículo 407 del Código Civil, "Cuando en un acta se haya cometido alguna equivocación o algún error y no se salvó en los términos del artículo 374, se ocurrirá al Juez para que con audiencia de los interesados se corrija la equivocación, o se subsane el error. Si recayere un fallo favorable, se insertará la ejecutoria de éste en el respectivo lugar del registro, atendiendo a la fecha de la inserción, la cual servirá de acta, debiendo además ponerse nota al margen del acta reformada. La certificación sólo perjudicará a las partes que hubieren sido oídas en el juicio". Estos principios se reiteran en el artículo 53 del Decreto número 1.003 de 1939.

Se trata, entonces, de la acción de rectificación de partidas de estado civil, la cual puede fundarse únicamente en equivocaciones ocurridas al sentar el acta o en los errores a que se refiere el artículo 374, los cuales, según dice la Corte, consisten en que "el Notario expresa en el acta de registro del estado civil cosa distinta de lo que se le informa, u omite parte de lo informado..." (LXVI, 809).

No puede confundirse este procedimiento con la acción civil que implique un cambio de estado. Entre las acciones de estado y las tendientes a rectificar equivocaciones o errores en las partidas correspondientes, se presentan diferencias notorias, a saber: A) Por el procedimiento de rectificación se busca simplemente enmendar los errores precisados antes, al paso que por la acción de estado se pretende producir una mutación en éste respecto a determinada persona; B) Por tanto, el proceso de rectificación pertenece generalmente a la jurisdicción voluntaria, mientras que la acción de estado es eminentemente contenciosa; C) La rectificación se adelanta por los trámites sumarios del artículo 1.204 del Código Judicial, en tanto que los juicios de estado siguen la vía ordinaria, como expresamente lo dice el artículo 736 *ibidem*.

En consecuencia, por medio de una acción de rectificación de un acta no es admisible presentar una demanda que contenga controversia sobre el estado de las personas. En cambio, como corolario de una acción de estado, puede y debe ordenarse en la sentencia la rectificación de un acta del estado civil, tal cual ocurre en el caso

de declaración de filiación natural por disposición del Decreto antes mencionado, artículo 33. Por esto Planiol y Ripert enseñan que "si bien el procedimiento de rectificación no puede ser empleado para las acciones de estado, en cambio el procedimiento de esas acciones puede terminarse por medio de una rectificación. Eso es lo que se produce si el demandante en la acción de Estado obtiene una sentencia que contradiga las manifestaciones de ciertas actas del estado civil". Y agregan "Los juicios de anulación de legitimación (se subraya), de adopción o de reconocimiento de hijo natural pronunciarán igualmente la rectificación de las actas correspondientes". (Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Tomo I, número 223).

Tan importante es la diferenciación anotada, que los tratadistas de derecho civil hacen hincapié especial en ella. Así, los mismos autores últimamente citados exponen: "Desde que han empezado a figurar en los registros, con las firmas legales, las actas del estado civil, comprendidas las transcripciones y notas marginales, no pueden ya sufrir ningún cambio sin una decisión judicial. No obstante, con frecuencia son necesarias algunas modificaciones de su texto. La ley prevé, a este efecto, un procedimiento simplificado llamado de rectificación de las actas del estado civil, cuyas aplicaciones son muy frecuentes. Sin embargo, es preciso evitar su extensión, ya al caso de que la modificación en que se tenga interés haga surgir una cuestión de Estado, o bien en el caso de que se trate, no de la rectificación, sino de la constitución o de la reconstitución de un acta". Añaden: "La acción en rectificación debe ser cuidadosamente distinguida de las acciones de estado, y eso desde dos puntos de vista; 1º La ley impone para la eficacia de las acciones de estado condiciones de fondo severas, a las cuales las partes no pueden escapar presentando insidiosamente su demanda bajo la forma de una acción de rectificación de una acta inexacta. ... Así, pues, como las acciones de estado, en principio le están prohibidas al Ministerio Público, éste no puede demandar, bajo la forma de rectificación (en Francia la puede pedir dicho Ministerio), la supresión de un reconocimiento de hijo natural, lo cual sería una verdadera discusión de estado. ...

2º En cuanto al procedimiento y a la autoridad de la sentencia pronunciada, las acciones de estado no deben ya ser confundidas con las acciones de rectificación. La ley ha creado para éstas un procedimiento ligero y rápido, porque no tienen

relación sino con errores o irregularidades materiales cuya rectificación es fácil y no perjudica a terceros. Se sabe, en cambio, cómo la ley, por interés público, rodea de garantías toda modificación del estado de una persona. No permite, por lo tanto, que en un caso semejante se sacrifique la seguridad del procedimiento a una rapidez que no es indispensable" (Obra citada, páginas 232 y 235).

Colin y Capitant en su "Curso de Derecho Civil", dicen al respecto: "Podrá pedirse la rectificación de un acta, siempre que contenga menciones inexactas, enunciaciones prohibidas u omitan indicaciones que deba contener. De hecho, la mayor parte de las acciones de rectificación tiene por objeto, ya hacer que se rectifique la ortografía del apellido mencionado en el acta, o ya suprimir un error cometido en la indicación de los nombres del niño, de los esposos, del difunto". Y agregan: "Sucede con frecuencia que la demanda de rectificación suscita una cuestión de fondo relativa al estado del interesado: Por ejemplo un hijo pretende que el apellido que en el acta se atribuye a su padre o a su madre es inexacto, o aún más, que se ha omitido consignar la calidad de casados, con relación a sus padres, en una palabra, que el acta que se pretende rectificar le atribuye un estado distinto del que en verdad le corresponde. La prueba de la filiación está sometida por el Código Civil a ciertas condiciones especiales que se indican en el título que se ocupa de la filiación. Por consiguiente, hay que evitar que un individuo se exima de cumplir estas reglas disfrutando su verdadera pretensión bajo una cuestión de rectificación" (Págs. 854 y 856).

Y Claro Solar expresa sobre este punto: "La rectificación de una inscripción puede tener lugar cuando no expresa o expresa mal lo que debe contener, o cuando expresa lo que no debe contener. Errores: Por ejemplo una equivocación en el sexo del niño en una inscripción de nacimiento; faltas de ortografía en el nombre; un apellido atribuido al padre, siendo el apellido de la madre, y a la madre el apellido del padre; la enunciación de la legitimidad del niño cuyos padres no han contraído matrimonio legítimo. Omisiones: Por ejemplo, la falta de una enunciación requerida por la ley, cualquiera que sea su naturaleza e importancia, como la de los nombres del padre o de la madre de un hijo legítimo en su partida de nacimiento o en la partida de matrimonio. Enunciaciones que no habrían debido consignarse: Por ejemplo, la indicación en una

inscripción de nacimiento de una filiación adulterina, o la designación del padre de un hijo ilegítimo, sin su aceptación". Luégo expone, refiriéndose al Derecho Francés: "La cuestión es generalmente resuelta en sentido negativo en razón de que no debe confundirse una acción sobre reclamación de estado civil con la de rectificación de un acta del estado civil; en ésta la rectificación, se dice, es el objeto único de la demanda; mientras que, al contrario, no es más que el accesorio de la primera, que mira directamente a la determinación del verdadero estado de una persona" (Obra citada, págs. 72 y 75).

No hay duda de que a través de una rectificación se ha pretendido variar el estado civil de hija legítima de la demandante en relación con Luis Enrique Martínez, quien la legitimó en el acta de matrimonio celebrado con María Antonia Acosta. Por tanto, el procedimiento ante los Tribunales Eclesiásticos no era el indicado para cambiar el estado civil, ya que, a la actora le correspondía impugnar su calidad de hija legitimada por medio del juicio ordinario, ante las autoridades civiles, pues como lo ha repetido la Corte, las consecuencias de la legitimación están gobernadas por la ley civil. "La legitimación como efecto del matrimonio posterior de los padres, se rige por la ley civil, no por la canónica" (Casación, 30 de noviembre de 1920, XXVIII 236).

A este propósito se destaca que la doctrina de la Corte, de tiempo atrás, se ha inclinado porque las rectificaciones de partidas en materia de legitimación deben hacerse ante los jueces civiles que son los competentes al respecto. "Si en una partida eclesiástica, de matrimonio, el párroco por olvido u otra causa, omitió al hacer la inscripción dejar constancia en ella de la designación que hicieron los contrayentes de los hijos que legitimaban (artículo 239), no basta para que la legitimación se produzca, en vista de la prueba testimonial sumaria presentada ante la autoridad eclesiástica, que se haya hecho por orden del prelado la enmienda con nota marginal de la partida, y de ello dé fe el párroco; pues la ley civil exige una tramitación ante el Juez con audiencia de los interesados para subsanar el error u omisión (artículo 407 del Código Civil), formalidad que es preciso observar aquí por ser la legitimación voluntaria una institución de derecho civil" (31 de julio de 1924, XXX, 96). Y en la misma sentencia se lee: "Los asuntos relativos a la legitimación voluntaria de los hijos por matrimonio subsiguiente de los padres son de fuero mixto: del eclesiástico y del civil, y en tal caso

ni la ley canónica ni la civil consienten en una aplicación promiscua e indistinta dentro de una misma jurisdicción, sino que la requieren separada, peculiar y determinada *ratione materiae* según se trate de fines temporales o religiosos”.

Por lo demás, tales doctrinas se reiteraron por esta Corporación en sentencia de casación de 24 de noviembre de 1924 con ponencia del ilustre Magistrado doctor Juan N. Méndez en los términos que siguen: “Para que el error cometido en una acta de estado civil se repare por quien la extendió, es necesario con arreglo a lo dispuesto en el artículo 407 del Código Civil que proceda una tramitación ante el Juez para que, con audiencia de los interesados, se corrija el error, y si se dicta fallo favorable, se insertará la ejecutoria de éste en el respectivo lugar del registro, atendiendo a la fecha de la inserción, la cual servirá de acta, debiendo además ponerse una nota al margen del acta reformada. La rectificación sólo perjudicará a las partes que hubieren sido oídas en el juicio. Esta disposición no se ha cumplido en el caso actual, y aunque hubo una resolución de la autoridad eclesiástica para extender la nota marginal, ello no llena ni en razón de jurisdicción, ni en el cumplimiento de la tramitación que exige la ley civil, los requisitos indispensables que impone esta misma ley, para que la enmienda del acta primitiva de matrimonio pueda considerarse como prueba. Por respetables que sean las providencias de la autoridad eclesiástica, en este asunto de legitimación que, en el actual juicio corresponde al fuero civil, por razón de su naturaleza, debe prevalecer la ley civil” (G. J. número 1.604, noviembre 24 de 1924, pág. 96).

Más suponiendo que la autoridad eclesiástica fuera competente para resolver sobre rectificaciones de partidas, en el sentido de incluir hijos legitimados cuando no se designaron oportunamente en el acta de matrimonio de los padres, o para suprimir nombres de aquéllos cuando se afirma que fueron incluidos erróneamente que es un caso similar al primero, no hay duda de que el sistema de rectificación no puede ser el adecuado, pues ambos fenómenos se reflejan necesariamente en un determinado estado civil, que debe debatirse judicialmente, como se dejó sentado, ante los jueces civiles.

Por esta causa, aunque el Decreto dictado en el presente caso por las autoridades eclesiásticas pudiera considerarse a primera vista como una resolución sobre rectificación de partida matrimonial, realmente constituye una decisión sobre estado civil de Ana Dolores Martínez, quien había

sido reconocida como hija de los contrayentes Luis Enrique Martínez y María Antonia Acosta, para efectos de la legitimación. La parte resolutive del Decreto dice:

“Artículo I. Declárase que el reconocimiento que hizo Luis Enrique Martínez de Ana Dolores Martínez o Acosta como hija suya, en la partida de matrimonio que contrajo el primero con María Antonia Acosta (o Hijuelos) no corresponde a la verdad y, en consecuencia, dicho reconocimiento carece de todo valor jurídico.

“Artículo II. El Venerable Señor Cura Párroco de Barichara se servirá corregir la partida de matrimonio de Luis Enrique Martínez con María Antonia Acosta o Hijuelos (Libro 8º de matrimonios, página 13) en la siguiente forma: tachará las palabras que dicen: “Dolores, bautizada el veinticinco de octubre de mil novecientos veinticinco (L. 30, p. 274)”.—Por lo tanto estas palabras no producirán en adelante efecto alguno jurídico.

“Artículo III. Al margen o al final de la misma partida, según quede mejor, el mismo señor Cura se servirá escribir la siguiente nota: “Las palabras Dolores, bautizada el veinticinco de octubre de mil novecientos veinticinco (L. 30 P. 274) fueron tachadas por decreto Ordinario Diocesano de fecha 2 de mayo de 1952. Doy fé, el Párroco, N. N.”.

“Artículo IV. Hecho lo anterior, el Venerable señor Cura se servirá devolver a esta Curia Diocesana el presente pliego, agregando a continuación el certificado de que se dio cumplimiento a lo que aquí se ordena”. (Folio 78 del C. de P. del demandante).”

De esta manera, como los motivos en que se apoya dicho Decreto se refieren a pruebas aducidas ante el Tribunal Eclesiástico para enervar la paternidad del legitimante, la resolución dictada vino a invalidar, con base en tales probanzas, el citado reconocimiento. En suma: la jurisdicción eclesiástica, no se limitó a corregir un error sino que en últimas decidió una acción de impugnación de un estado civil reconocido y operante ante la ley, el cual se acredita en autos con la partida respectiva, sin considerar la llamada corrección, que por lo dicho no puede atenderse.

El artículo 16 de la Ley 153 de 1887 establece que la legislación canónica es independiente de la civil, y no forma parte de ésta, pero será solemnemente respetada por las autoridades de la República. Según el Concordato y la ley (Leyes 57 y 153 de 1887, artículos 17 y 57) vigentes, los tribunales eclesiásticos son competentes, en for-

ma exclusiva, para conocer de las causas de nulidad y divorcio del matrimonio católico, el cual, como es sabido, produce efectos civiles. Mas no existe ningún precepto que autorice a dichos Tribunales para proveer sobre acciones de estado civil en relación con la filiación legitimada por subsiguiente matrimonio de los padres, en donde no se cuestiona ningún punto referente al acto matrimonial. Por el contrario, se ha visto que la legitimación es una institución de carácter civil, regulada por las normas civiles.

Lo expuesto no se opone a los principios concordatarios, especialmente a los artículos 2º, 3º y 4º de dicho pacto, como lo sugiere el opositor, pues se trata de una materia excluida de la competencia de las autoridades eclesiásticas, sin que haya por tanto pugna con lo resuelto por la Corte en la sentencia de 15 de mayo de 1954 (Tomo LXXVII, página 581). Esta se limita a decir que las disposiciones legales colombianas y el régimen concordatario reconoce "el 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". (Se subraya). Además, no hay ninguna contradicción con la tesis admitida en tal fallo de que las normas canónicas continúan considerándose extrañas al ordenamiento de donde provienen, con las características intrínsecas y la vigencia o validez que tienen en el ordenamiento de su origen, es decir, que "En los casos y materias en que la legislación colombiana defiere a la canónica, esa referencia es formal y no recepticia". Porque la Sala parte de la base de que la materia de la legitimación, en cuanto configura un estado civil concreto, no la ha deferido la ley colombiana a lo que al respecto regule la ley canónica.

A este propósito se anota que la Corte (LII, página 853), tratando de la legitimación *ipso iure*, expresa: "Como la legitimación *ipso iure* establecida por el artículo 52 de la Ley 153 ya citada se refiere a los matrimonios civiles o católicos, porque la norma no distingue, es obvio que por imperio de esa disposición el hijo concebido antes del matrimonio católico de sus padres y nacido dentro de éste es legítimo. Según las normas del derecho canónico, los hijos habidos por personas libres y que después en cualquier tiempo, se casen entre sí, quedan legitimados y éste es un efecto canónico de ese matrimonio, pero la ley civil no reconoce tal efecto, porque la legitima-

ción se rige únicamente por los preceptos del Código Civil. Esto lleva a la conclusión de que los efectos canónicos del matrimonio no producen siempre efectos civiles, y que ese fenómeno no se verifica sino cuando la ley civil expresamente lo establece".

Mutatis mutandi, la legitimación que no se produce *ipso iure* y sus consecuencia se rigen por la ley civil, por lo cual una vez aquella producida, sólo es posible cambiarla mediante la impugnación, sin que el procedimiento eclesiástico sobre rectificación de actas, en el supuesto de que canónicamente pueda tener eficacia para variar el estado respectivo, llegue a obligar a las autoridades civiles.

Las consideraciones anteriores son suficientes para concluir que la sentencia violó indirectamente el artículo 242 del Código Civil, al no apreciar la partida de nacimiento de la demandante, que demuestra su menor edad, cuando dijo que repudió la legitimación en el momento en que contrajo matrimonio y en que obtuvo las dispensas correspondientes, que fueron los fundamentos del fallo para sostener que la legitimación no fue aceptada, ya que los menores no pueden repudiar libremente.

Igualmente violó por interpretación errónea los artículos 239, 240 y 249 de la misma obra, pues de ello se desprende que la notificación es operante aún antes de la aceptación, como quedó expuesto.

Además, violó el artículo 243 *ibidem* que exige que la repudiación deba hacerse en instrumento público, infracción derivada de haberlo dejado de aplicar, ya que ni en el acta de las informaciones prematrimoniales ni en las diligencias de dispensa que el Tribunal tiene en cuenta, consta la repudiación expresa. También quebrantó indirectamente el artículo 240 como consecuencia de no haber estimado las solicitudes de Ana Dolores Martínez a la Curia del Socorro y San Gil a fin de que se rectificara la partida en que consta su legitimación, siendo así que a través de ellas se produjo la notificación que la sentencia echa de menos en la forma explicada oportunamente. Y violó el artículo 248 al no aplicarlo, desde el momento en que la demandante requería impugnar previamente la legitimación para poseer interés actual en demandar el reconocimiento de la filiación natural frente a Rogelio Martínez o a sus causahabientes, con todo lo cual transgredió el artículo 4º numeral 5º de la Ley 45 de 1936, por aplicación indebida.

Debiendo casarse el fallo, las consideraciones básicas de la sentencia de instancia se encuentran incluídas anteriormente, en su mayor parte.

En síntesis Ana Dolores Martínez mientras no obtenga sentencia favorable de impugnación de su calidad de hija legítima, reconocida por legitimación que a favor de ella hicieron Luis Enrique Martínez y María Antonia Acosta en el acta de matrimonio, no tiene capacidad para solicitar se declare a su favor un estado civil diverso, cual es el de hija natural de Rogerio Martínez. Así como según el artículo 3º de la Ley 45 de 1936 el hijo concebido por mujer casada no puede ser reconocido como natural, salvo que el marido lo desconozca y por sentencia ejecutoriada se declare que el hijo no es suyo, pues se halla gozando del estado civil de hijo legítimo, quien está en posesión del estado de hijo legitimado carece de interés para pedir el reconocimiento de la calidad de hijo natural de persona diferente al marido, mientras no se borre, con el cumplimiento de los requisitos legales, su primitivo estado, ya que que no se pueden poseer simultáneamente dos estados civiles.

La demanda, fue entonces prematura, por lo cual se configuró la excepción temporal de petición antes de tiempo, ya que no se puede penetrar en el mérito de la cuestión inherente a la filiación natural pretendida, excepción que declarará probada la Corte, en instancia, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 343 del C. J.

Encontrando justificada la ordenación del Tribunal en cuanto a la investigación penal que debe adelantarse respecto a los testimonios de Angélica Acevedo, Luis Patiño Osorio y Jesús Sánchez, quienes afirman que varios de los demandados les ofrecieron o prometieron dinero, con el fin de inducirlos a un falso testimonio, de acuerdo con el artículo 11 del C. de P. P. se dispondrá lo pertinente en la parte resolutive.

Por lo expresado, no es el caso de examinar los demás cargos de las demandas de casación de los

recurrentes demandados (Código Judicial artículo 538), y como la casación de la sentencia implica que quede sin efecto la declaración de filiación natural que ella contiene, lo mismo que la de heredera de mejor derecho de la demandante en relación con Rogerio Martínez, tampoco procede estudiar la demanda de casación del recurrente demandante, que versa sobre la negativa del Tribunal a la restitución de los bienes por parte de los demandados.

RESOLUCION

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República, de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal de San Gil el veintiséis de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco, REVOCA la proferida por el Juzgado de primera instancia, y en su lugar declara probada la excepción temporal de petición antes de tiempo.

Se ordena a la Secretaría del Tribunal compulsar copia de las declaraciones rendidas en la segunda instancia por Angélica Acevedo, Luis Patiño Osorio y Jesús Sánchez (Cuaderno número 6, folios 16 v. 51 v. y 62), y enviarla a los jueces penales competentes, a fin de que se investiguen los hechos relatados por los declarantes.

Sin costas en las instancias ni en el recurso de casación.

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

Hernando Morales M.—Enrique Coral Velasco.
Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Arturo C. Posada—Gustavo Salazar Tapiero—Jorge Soto Soto, Secretario.

PARTE PASIVA DE LA ACCION DE FILIACION NATURAL DESPUES DE MUERTO EL PADRE. — EN PRINCIPIO, NO ES ADMISIBLE PROPONER RESPECTO A UNA MISMA PRUEBA EL ERROR DE HECHO Y EL DE DERECHO. — ERROR DE DERECHO. — AUTONOMIA DE LOS TRIBUNALES EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS

1.—A título doctrinario, se reproduce la siguiente jurisprudencia de la Corte en relación con la parte pasiva de la acción de filiación natural después de muerto el padre: “El fallecimiento del padre no es capaz de borrar esa clase de deberes que arrancan de normas éticas muy claras, situadas en planos superiores y que imperan sobre el querer del llamado a heredar por la sangre, esto es el heredero por parentesco, como tal, aunque todavía no haya aceptado la herencia. Tanto más cuanto que la vocación hereditaria, envuelve también intereses de contenido patrimonial, abstracción hecha de lo que en concreto pueda valer la herencia.

“Es tan cierto lo que antecede como que si; en el campo de la filiación legítima, el hijo acepta la herencia de su padre, no por ello se despoja de su estado civil, ni pierde el parentesco con la familia de su progenitor.

“Caso distinto se presenta cuando la herencia es deferida con base independiente de la vinculación que el parentesco funda. Porque entonces sí parece indispensable que la herencia haya sido aceptada para que la acción de reconocimiento de estado civil pueda encaminarse eficazmente contra el heredero”. (G. J. número 2.144, pág. 42).

2.—En principio no es admisible proponer respecto a una misma prueba el error de hecho y el de derecho, porque si el sentenciador le negó el mérito legal a la prueba o le asignó uno que no tenía, fue porque la estimó, lo cual elimina el error de hecho.

3.—Cuando se formula un cargo por error de derecho, por apreciación errónea y falta de apreciación de algunas pruebas, es deber del recurrente indicar la disposición probatoria violada, que es el elemento indispensable en cargos de tal naturaleza, pues como lo ha repetido la Corte, al producirse tal error se infringe en primer término la

norma probatoria correspondiente, violación que luego debe incidir en disposiciones sustanciales.

4.—La autonomía de los Tribunales en la apreciación de las pruebas, no es el producto de una concesión de la jurisprudencia, sino que depende de la naturaleza de la prueba y de la manera como debe estimarse; la convicción del Tribunal sobre la fuerza de un medio probatorio, o la falta de convicción, en su caso, no pueden ser variadas por la Corte, pues el recurso extraordinario no permite subrogar la apreciación probatoria, que es operación clausurada en instancia.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Hernando Morales M.)

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 10 de mayo de 1958, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario promovido por José Benjamín y María Elena Torres Montenegro frente a David Torres M.

Antecedentes

José Benjamín y María Elena Torres Montenegro demandaron ante el Juzgado 10º Civil del Circuito de Bogotá a David Torres M., para que se hicieran las siguientes declaraciones: a) Que los demandantes son hijos naturales de Anibal Torres Micán, fallecido en esta ciudad el 10 de octubre de 1936; b) Que por tal motivo son herederos de mejor derecho que el demandado y con exclusión de éste, del mencionado Anibal Torres M., ya que David Torres M. “tan sólo exhibe su condición de hermano del causante”; c) Que se adjudique a los actores, por partes iguales,

la herencia dejada por Aníbal Torres M., consistente en la casa número 18-17 S de la carrera 8ª de esta ciudad, junto con el solar en que se halla edificada, comprendida dentro de los linderos que allí se expresan; d) Que el demandado debe restituir a los demandantes el mencionado inmueble, sus frutos y accesorios; e) Que carece de valor y efecto el decreto de posesión efectiva proferido con respecto a tal inmueble a favor de David Torres M., por el Juzgado 2º Civil del Circuito de Bogotá, en auto de 3 de febrero de 1938 dictado en el juicio de sucesión de Aníbal Torres M., por lo cual debe ordenarse su cancelación en el registro, lo mismo que el de la sentencia aprobatoria de la partición, que lleva fecha 9 de febrero de 1939, pues ella también carece de valor.

Las afirmaciones de la demanda pueden resumirse como sigue:

1.—Entre Aníbal Torres M. y Laura Montenegro existieron relaciones sexuales estables con comunidad de habitación, durante varios años; 2.—Después de ciento ochenta días de iniciadas tales relaciones y como fruto de ellas nacieron José Benjamín y María Elena Torres Montenegro; 3.—Tanto los parientes como los amigos y relacionados de Aníbal Torres y Laura Montenegro, trataron a los demandantes como hijos de aquellos; 4.—Aníbal Torres M. falleció el 10 de octubre de 1936, y David Torres, su hermano, promovió el respectivo juicio de sucesión en calidad de heredero; allí obtuvo la adjudicación de la herencia, y antes el decreto de posesión efectiva de la misma; 5.—El demandado ha venido usufructuando la finca que constituyó el acervo herencial.

En la contestación de la demanda el apoderado de David Torres se opuso a ésta, aceptó algunos hechos, negó otros y expresamente reconoció que su poderdante abrió el juicio de sucesión de su hermano "haciéndose reconocer como heredero en su calidad de tal".

Durante la primera instancia, el Juzgado reconoció, ante la solicitud correspondiente, a Gloria Perilla como cesionaria de la mitad de los derechos litigiosos de los actores, y luego dictó sentencia, que lleva fecha 29 de noviembre de 1956, en la cual denegó todas las peticiones de la demanda, absolvió al demandado de los cargos del libelo y condenó a los demandantes en las costas del juicio.

Apelado el fallo por la parte actora, fue confirmado por el Tribunal, cuya sentencia se puede sintetizar así: Como el demandante comprobó que

le fue reconocida la posesión efectiva de la herencia de Aníbal Torres en el juicio de sucesión de éste, ello determina la calidad de heredero que exhibe, lo que "puede bastar para que se le tenga como sucesor del legítimo contradictor en la acción de filiación natural. Pero resultaría insuficiente para la prosperidad de la segunda acción concretada en la demanda en las peticiones segunda y siguientes, toda vez que por razón de ellas se afirma que la vocación hereditaria de los actores, supuesto el éxito de su petición principal, es excluyente de la que pueda ostentar el demandado, cuestión que para poder ser resuelta, entraña la demostración del preciso grado de parentesco que con el causante tenía el expresado demandado". A este respecto dice el fallo que la aceptación contenida en la respuesta a la demanda, no es suficiente para dar por demostrado ese vínculo de consanguinidad, pues el estado civil no puede acreditarse por medio de confesión.

Mas penetrando en la acción civil de filiación natural, encuentra el fallador de segunda instancia que las declaraciones aducidas por la parte demandante para respaldar la existencia de relaciones sexuales estables entre la madre de ellos y Aníbal Torres M., "pecan de excesiva vaguedad e imprecisión, no dan fechas ni lugares concretos, omiten detalles que lleven al juzgador a inferir que las relaciones en verdad existieron..." En últimas, no halla en tales testimonios la prueba idónea de la cual se desprendan los hechos afirmados, fuera de que anota que los declarantes no son responsivos, pues se limitan a contestar afirmativamente los respectivos cuestionarios, dando como razón de su dicho únicamente el conocimiento personal y directo que tuvieron de los hechos, pero sin explicar cómo nació tal conocimiento.

El recurso

Dos cargos, dentro de la causal primera del artículo 520 del C. J., se formulan por el recurrente.

1º—Violación de los artículos 1.321 a 1.323 del C. C. e inciso final del artículo 20 de la Ley 45 de 1936, por apreciación errónea de la prueba con que se respalda la calidad en que le fue adjudicada la herencia de Aníbal Torres al demandado.

La demanda de casación considera que el asentimiento del apoderado del demandado al respecto, que figura en la contestación de la demanda, fue una confesión válida, al tenor de los artículos

606 y 607 del C. J. Que la tesis del Tribunal sobre que el estado civil no se prueba por confesión, no posee incidencia en la litis, porque dentro de ésta no tiene ningún interés que David haya tenido el carácter de hermano de Aníbal, pues lo único importante era establecer la calidad en que se le habían adjudicado los bienes, o sea la de heredero del causante, la cual sí es susceptible de prueba de confesión. Que, por tanto, al excluirse la confesión como medio de prueba adecuado para demostrar que el demandado obtuvo la adjudicación diciéndose hermano de Aníbal Torres, se incurrió en error de derecho, que "condujo a un error de hecho al desconocerse la circunstancia evidente... de que David se había hecho adjudicar los bienes de Aníbal exhibiendo calidad de hermano, errores que llevaron a la transgresión de las normas mencionadas al comienzo del cargo".

2º.—Violación de los artículos 4º, numeral 4º y 20, inciso final, de la ley 45 de 1936, por apreciación errónea y falta de apreciación de las pruebas aducidas, por medio de las cuales se acreditan las circunstancias exigidas por la ley para declarar la paternidad natural.

Señala como medios no apreciados o mal apreciados: las partidas de nacimiento de los demandantes y las declaraciones de Antonio José Pulido, Juan Gutiérrez y Luis Alberto Méndez. De las primeras deduce que ellas acreditan la fecha del nacimiento de la cual debió deducirse la concepción, fenómeno que coincide con el tiempo en que hicieron vida marital Aníbal Torres y Laura Montenegro. De las declaraciones infiere el recurrente, una vez que las analiza, que los testigos sí expresan fechas y lugares concretos respecto a las relaciones entre la madre de los actores y el presunto padre, fuera de que contienen explicación suficiente de la forma como llegaron al conocimiento de los hechos sobre que declaran. De lo anterior concluye que el Tribunal erró en la apreciación consiguiente, por lo cual violó las normas indicadas antes.

Se considera:

A.—La demanda del proceso acumula dos acciones civiles, a saber: la de declaración de filiación natural y la de petición de herencia, seguida ésta de la correspondiente restitución de determinado bien. La primera se propone contra el heredero del presunto padre; la segunda, se en-

dereza contra el mismo, pero allí se agrega que éste ostenta la calidad de hermano del causante, por lo cual los actores tienen mejor derecho a la sucesión, con exclusión del demandado.

De consiguiente, como bien lo dice el Tribunal, respecto a la acción de filiación natural para demostrar la calidad de heredero del causante, que es la única invocada por los demandantes, basta la copia auténtica de la escritura número 931 de 4 de julio de 1938 pasada en la notaría 5ª de Bogotá, por la cual se protocolizó el juicio de sucesión de Aníbal Torres M., y en la que aparece el auto de 3 de febrero de 1938 que decretó a favor de David Torres la posesión efectiva de la herencia en relación con el inmueble número 17-18-S de la carrera 9ª, auto que aparece registrado debidamente, ya que tal decreto debió descansar en la prueba aportada sobre la vocación hereditaria de David Torres M.

El Tribunal, pues, no niega la acción de filiación natural por carencia de prueba del carácter de hermanos de David Torres y Aníbal Torres, sino en vista de que la prueba sobre relaciones sexuales estables para la época de la concepción de los demandantes entre la madre de estos y el presunto padre, no es suficiente.

La referencia que hace el fallador a la falta de prueba sobre el parentesco colateral mencionado, se relaciona con la acción de petición de herencia, pues, considera que para saber si los actores tiene mejor derecho que el demandado en la sucesión de Aníbal Torres, sería menester demostrar la calidad aludida. El Tribunal no requería ahondar en este punto, porque al estimar infundada la acción de filiación, nada tenía que proveer respecto a la de petición de herencia, pues es consecuencia de aquella.

Y si en últimas la sentencia descansa en la ineficacia probatoria respecto a la filiación alegada, es evidente que el cargo no incide en ella, puesto que, se repite, el Tribunal absolvió al demandado no por falta de prueba sobre su carácter de hermano del causante, punto que el fallo contempla, innecesariamente, para la acción de petición de herencia.

A título doctrinario, se reproduce la siguiente jurisprudencia de la Corte en relación con la parte pasiva de la acción de filiación natural después de muerto el padre: "El fallecimiento del padre no es capaz de borrar esa clase de deberes que arrancan de normas éticas muy claras, situa-

das en planos superiores y que imperan sobre-el querer del llamado a heredar por la sangre, ésto es el heredero por parentesco, como tal, aunque todavía no haya aceptado la herencia. Tanto más cuanto que la vocación hereditaria, envuelve también intereses de contenido patrimonial, abstracción hecha de lo que en concreto pueda valer la herencia.

“Es tan cierto lo que antecede como que si, en el campo de la filiación legítima, el hijo no acepta la herencia de su padre, no por ello se despoja de su estado civil, ni pierde el parentesco con la familia de su progenitor.

“Caso distinto se presenta cuando la herencia es deferida con base independiente de la vinculación que el parentesco funda. Porque entonces sí parece indispensable que la herencia haya sido aceptada para que la acción de reconocimiento de estado civil pueda encaminarse eficazmente contra el heredero”. (G. J. número 2.144, pág. 42).

Como la sentencia no se aparta de los principios anteriores y además ya se explicó que la forma en que está presentado el cargo no incide en la negativa de la filiación, se rechaza éste.

B.— El segundo cargo como el anterior no se ajusta a la técnica de casación, pues en principio no es admisible proponer respecto a una misma prueba el error de hecho y el de derecho, porque si el sentenciador le negó el mérito legal a la prueba o le asignó el que no tenía, fue porque la estimó, lo cual elimina el error de hecho. Mas obrando con amplitud, la Corte examina la cuestión por el aspecto del error de derecho, desde el momento en que la sentencia sí apreció las declaraciones llevadas con el fin de demostrar la *causa petendi* de la demanda. Mas en este terreno se observó que el recurrente no indicó la disposición probatoria violada, que es el elemento indispensable en cargos que se funden en error de derecho, pues como lo ha repetido la Corte, al producirse tal error se infringe en primer término la norma probatoria correspondiente, violación que luego debe incidir en disposiciones sustanciales.

Sobra decir, entonces, que aun cuando los testimonios de José A. Pulido, Luis A. Méndez y Juan A. Gutiérrez no tuvieran los defectos que apunta el fallo recurrido, quedaría en pie la crítica que éste les formula en cuanto a su deficiente fuerza de convicción, ya que los califica de vagos e imprecisos, actividad que es propia de la soberanía del fallador de instancia. Esa soberanía no es el producto de una concesión de la jurisprudencia, sino que depende de la naturaleza de la prueba y de la manera como debe estimarse; la convicción del Tribunal sobre la fuerza de un medio probatorio, o la falta de convicción, en su caso, no pueden ser variadas por la Corte, pues el recurso extraordinario no permite subrogar la apreciación probatoria, que es operación clausurada en instancia.

En cuanto a las partidas citadas, es obvio que por relacionarlas con las declaraciones, al no aceptarse éstas, aquellas no tenían por qué apreciarse para los fines que el recurrente aduce.

El cargo no prospera.

RESOLUCION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, el diez de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho.

Sin costas, por no aparecer causadas.

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

Hernando Morales M. — Enrique Coral Velasco — Ignacio Escallón — José Hernández Arbeláez — Arturo C. Posada — Gustavo Salazar Tapiero. — Jorge Soto Soto, Secretario.

SALA DE CASACION PENAL

INTERPRETACION DEL VEREDICTO QUE AFIRMA LA RESPONSABILIDAD PERO NIEGA EL PROPOSITO DE COMETER EL DELITO. — DOLO INDETERMINADO EN EL HOMICIDIO

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, febrero nueve de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria).

VISTOS:

Por sentencia de 16 de septiembre de 1957, proferida por el Juzgado 3º Superior del Distrito Judicial de Medellín (folios 208 a 211), JOAQUIN BERNARDO ARENAS BUSTAMANTE fue condenado, como responsable del delito de homicidio en la persona de JOSE ARENAS CASTRILLON, a la pena principal de ocho años de presidio, aparte de las accesorias pertinentes. El Tribunal Superior del mismo Distrito, en segunda instancia, confirmó lo resuelto por el inferior mediante fallo de 11 de febrero de 1958 (folios 236 a 243), contra el cual, oportunamente, el defensor del acusado interpuso el recurso extraordinario de casación.

Cumplidos ante la Corte los trámites propios al recurso, la Sala de Casación Penal procede a decidir.

HECHOS:

Ocurrieron ellos el 30 de abril de 1946 en el paraje conocido con el nombre de "El Concilio", jurisdicción del municipio de Giradota, aproximadamente a las siete de la noche, en estas circunstancias: no obstante mediar entre acusado y occiso una vieja amistad, hallándose ambos alojados en un establecimiento de cantina de propiedad de Bernardo Castrillón, sólo porque Arenas Castrillón inquirió de Arenas Bustamante por el estado de salud de un sobrino de éste, y porque obtuvo la respuesta de que "según bien", lo que parece no haber satisfecho al interrogante,

quien dio un golpe sobre la mesa que ocupaba, el acusado se encolerizó, desenfundó el revólver que portaba y desafió al occiso en términos soeces, invitándole a que le siguiera fuera de la cantina para "quemarlo". Arenas Castrillón, igualmente ebrio se paró del sitio en que estaba, siguió a su provocador, que daba marcha atrás para tenerle de frente y con inequívocas expresiones, pero inerme, aceptó el desafío diciéndole: "Quemá hombre, matame si querés". Ya en la carretera y frente a frente, el acusado dio al occiso dos bofetadas con la mano izquierda y a continuación, sin que éste hubiera intentado agresión alguna o gesto que la indicara, le hizo dos disparos, el segundo de los cuales alcanzó a la víctima en la región izquierda del abdomen, ocasionándole la grave lesión determinante de la muerte.

Con prueba más que apta para el procesamiento, el Juez del conocimiento lo residenció en juicio ante Jurado por providencia de 19 de febrero de 1957, contra la cual no fue interpuesto recurso alguno (folios 121 a 135). Celebrada la audiencia pública el 15 de marzo de 1957 el Jurado desató la cuestión propuesta con el siguiente veredicto:

"NO ES RESPONSABLE POR HABER OBRADO EN LEGITIMA DEFENSA DE SU VIDA QUE CREYO EN PELIGRO" (Fl. 150).

Insatisfecho el Juzgado con la justificación positiva admitida por los señores jueces de conciencia, optó por dar aplicación al artículo 537 del C. de P. P. y declaró el veredicto contrario a la evidencia de los hechos. Su determinación la confirmó el Tribunal y el acusado hubo de comparecer ante nuevo Jurado. En esta vez (septiembre 13 de 1957), el resultado final del debate fue distinto porque a la cuestión planteada por el señor Juez del conocimiento respondió el Jurado:

"SI ES RESPONSABLE HABIENDO OBRADO EN ESTADO DE EMBRIAGUEZ Y SIN PREMEDITACION. EL PRESENTE VEREDICTO FUE RESUELTO POR MAYORIA". (Folio 207).

Entendiéndolo en su contenido afirmativo de responsabilidad, con base en él y por tratarse de un homicidio simplemente intencional, se dictó la sentencia condenatoria imponiéndole al acusado el mínimo de la sanción prevista en el artículo 362 del C. P.

LA DEMANDA

Dadas las agregaciones contenidas en el segundo y definitivo veredicto, el doctor Gabriel Pérez Roldán, defensor del acusado, formuló la demanda de casación, iniciándola precisamente con la transcripción del texto legal, en la causal tercera contenida en el artículo 567 del C. de P. P., única que invoca para ser lógico, coherente y consecuente con la apreciación jurídica que él tiene del problema planteado en los autos:

"Cuando la sentencia no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o en desacuerdo con el veredicto del jurado". ("Tercera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal").

Como medularmente el distinguido profesional que interpuso el recurso ataca la sentencia del Tribunal por no haberse conformado al veredicto, el cual según el recurrente, contiene la negación del propósito homicida, pues que no a otra cosa equivale haber dicho el jurado que su defendido obró sin premeditación, por una simple confusión de términos en su respuesta, interesa para fundamento de la decisión de la Corte reproducir los argumentos principales del demandante al invocar la causal tercera de casación:

"La sentencia está en desacuerdo con el veredicto del jurado (segundo aparte de la causal tercera de Casación) porque la respuesta de los jueces de conciencia no entraña inequívoca ni textualmente la afirmación de un homicidio voluntario.

"La armonía del veredicto o su unidad de romper injurídicamente con aquella interpretación gravosa de lo textual equívoco, porque puede demostrarse que no es incompatible el 'sí' inicial de la respuesta (que implica afirmar la responsabilidad en un homicidio distinto del simplemente voluntario o de propósito) con la negativa del *ánimus necandi*, que en esta ocasión se hizo utilizando una palabra inadecuada pero nunca ajena al concepto de la intención de matar.

"No quiso el H. Tribunal referirse con una sola sílaba siquiera a esa razón de mi alegato anterior en el que clamé por una interpretación del veredicto:

"Hubiera dicho en cambio el Jurado: si es responsable, sin sevicia; o sí es responsable sin alevosía; o sí pero no para preparar, facilitar o consumir otro delito (causales de agravación de asesinato 7ª, 5ª y 3ª del artículo 363 del Código Penal, en su orden) y tendríamos entonces sí la desvinculación absoluta de tales expresiones o conceptos con el del propósito de matar. La desarmonía del agregado con la afirmación o el 'sí' relativo a la responsabilidad. Nadie (ni la barra que asiste habitualmente a los salones de audiencia, desde que conociera la parte resolutive del auto de proceder y la cuestión propuesta al jurado) dudaría de que en tal hipótesis, el 'sí' estaría afirmando una responsabilidad en la muerte de la víctima con propósito de matar".

"Quiso el jurado, evidentemente, negar que el reo hubiese obrado con dolo de propósito o específico de matar, sin que acertara en la elección del vocablo: cómo exigirle la distinción de los doctrinarios entre el dolo de propósito y el dolo de ímpetu, desde el punto de vista de su fuerza intrínseca, o un dominio expresivo de los grados de la premeditación, la deliberación, la resolución imprevista y el predominio y choque instantáneo de un impulso en el que no concurrieron ni la calma del espíritu, ni el intervalo entre la determinación y la acción?

"¿Y cómo aceptar que para eludir la interpretación del veredicto mismo frente a la prueba del proceso, el H. Tribunal exprese en la sentencia que porque los jueces y magistrados (y quizá el suscrito defensor o los abogados) podemos distinguir aquello del tiempo físico, el tiempo psicológico y el tiempo social, '...de esa diferencia es necesario concluir que el jurado no podía confundirlos porque sus notas son completamente diversas...'? Porque resulte comprensible para el H. Tribunal, no podía el jurado confundir los conceptos de premeditación y propósito simple?

"Es un fallo vulnerable, señores Magistrados, desde que sin mencionar una sola de las pruebas del proceso ni comentar el análisis de la defensa ante el Jurado y en sus alegaciones escritas, afirma que 'el Jurado evidentemente afirmó el propósito de matar', y apoye su razonamiento arguyendo que la tesis de la legítima defensa no tiene asidero, desconociendo así que aún rechazando la legítima defensa como tesis (pues no fue aludida por el Jurado en la afirmación contenida

en el veredicto) podía expresar la resolución de los jueces una responsabilidad en delito de homicidio **no intencional**, y esto sí **evidentemente**.

“Si la premeditación, y menos la imputable como causal de agravación del homicidio **por haber ido acompañada de motivos innobles o bajos**, no fue propuesta al Jurado como para justificar que creyera en una posible agravación de la pena si no la negaba de modo expreso, resplandece entonces que el Jurado, no teniendo en realidad motivo ni planteamiento para rechazar una agravante del asesinato ni para temer su influjo en la graduación o el señalamiento de la pena, al estampar en el veredicto la negativa de la premeditación estaba refiriéndose al propósito de matar. Confusión de los términos gramaticales tan clara y palmaria, no podría quizás darse en otro proceso.

“Por eso, que pretendí exponer a la H. Corte con la brevedad aconsejable para no fatigar a los distinguidos falladores supremos de la República, considero que debe prosperar la causal invocada, ya que el veredicto no afirma textual ni inequívocamente la existencia en el reo del propósito específico de matar que justificara la pena impuesta por delito de homicidio voluntario, sino que puede armonizar, fundándose en las evidencias del proceso, con una afirmación de homicidio preterintencional o culposo quizás, si se aceptare en este último caso la responsabilidad en virtud de las circunstancias de la embriaguez que no fue preordenada al delito.

Si ello es así y si por las mismas razones la sentencia acusada pugna o está en desacuerdo con el veredicto, a la H. Corte corresponde invalidar el fallo y dictar el que deba reemplazarlo, como preceptúa el ordinal a) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal”.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal conceptúa que no debe casarse la sentencia recurrida porque en nada pugna con el veredicto que, al afirmar la responsabilidad, implícitamente extendió esa afirmación tanto a la ejecución del hecho material del homicidio como al elemento moral (intención o propósito de matar), aspectos ambos comprendidos en la cuestión propuesta a los Jurados. Razona así el colaborador fiscal:

“Antes de entrar en el examen del cargo y de los motivos para demostrarlo que se han dejado delimitados en lo sustancial, es indispensable conocer el cuestionario sometido al Jurado de con-

ciencia y el veredicto textual, no sin advertir que se transcribirá el segundo, pues el primero fue declarado contraevidente conforme a la facultad conferida al Tribunal Superior por el artículo 544 del C. de P. P.

“A folio 207 del cuaderno principal se encuentran los referidos cuestionarios y veredicto.

“CUESTION:

“El acusado JOAQUIN HERNANDO BUSTAMANTE es responsable de haber lesionado con arma de fuego (revólver), con propósito de matar, al señor JESUS MARIA ARENAS CASTRILLON, a consecuencia de lo cual falleció éste; hecho ocurrido así: las lesiones, aproximadamente a las siete de la noche del 30 de abril de 1956, en el paraje ‘Cabildo’ del municipio de Giradota; y la muerte, a eso de las cuatro de la madrugada del día siguiente, en la Sala de Cirugía del Hospital de San Vicente de Paul de esta ciudad de Medellín’.

“Si es responsable habiendo obrado en estado de embriaguez y sin premeditación”.

“El presente veredicto fue resuelto así por mayoría”. “Aparecen las firmas de los jurados a continuación en el mismo folio citado”.

“En presencia de este veredicto, en verdad, sobre cualquier análisis exhaustivo respecto de su significado auténtico y de la interpretación que debería dársele.

“Al contrario con la realidad procesal y no siendo posible declararlo contraevidente, comoquiera que se amolda las pruebas aducidas en el proceso y no contraría abiertamente los hechos a que ella se refieren, el juzgador de derecho, tanto el Juez del conocimiento como el Tribunal, sólo podían amoldar la sentencia a dicha decisión, buscando las disposiciones penales aplicables de acuerdo con el alcance de tal respuesta, sin que por tanto, hubiera sido posible hacer uso de la facultad que confieren los artículos 537 y 544 del C. de P. P. a los referidos juzgadores, en las respectivas instancias.

“Como en la pregunta se influye sin lugar a la menor duda y de modo explícito el ‘propósito de matar’ o elemento intencional a que con tanta insistencia se refiere la demanda, al contestar el jurado: ‘Sí es responsable...’ en su primera par-

te y luego añadir otras circunstancias o modalidades que en modo alguno excluyen tal intencionalidad o propósito tan claramente incluido en la pregunta, es apenas lógico y desde todo punto de vista concluyente, que el Juri admitió tal responsabilidad con la intención de matar, o sea el propósito de hacerlo, sobre el cual para los jueces del pueblo no hubo reserva de ninguna clase ni limitación, pues de otra manera lo hubieran expresado, para contrarrestar la categórica afirmación.

“Pero hay algo más concluyente: Si después de afirmar el jurado tan perentoriamente el ‘Sí es responsable’, con el propósito de matar incluido en esta afirmación, se hubiera interpretado por el Juez o Tribunal, y es una hipótesis, que lo era pero sin propósito de matar, indudablemente, que se hubiera incurrido en una flagrante contradicción, pues significaría tanto como afirmar primero que sí era responsable con propósito de matar, y a continuación decir en la misma respuesta que sí era responsable pero sin propósito de matar. Esto sencillamente llevaría sin vacilación el evento de un veredicto evidentemente contradictorio de que trata precisamente la causal 7ª de casación; y si el fallo en tal hipótesis, le hubiera dado tal alcance y aplicara de ese modo el veredicto, entonces se estaría contemplando la mencionada causal séptima, pues hubiera sido muy simple su demostración, con el solo enunciado de los términos que entrañarían simultáneamente una afirmación y negación sobre el mismo asunto.

“De modo que por esfuerzo dialéctico que se emplee en demostrar el cargo, a través de una motivación un tanto sofisticada, pues parte de bases inadmisibles, no es posible darle al veredicto interpretación diferente a la que hizo el Tribunal, basado en elementales principios de syndéresis y en los mandatos procedimentales de rigor ya recordados.

“Toda la alegación de la defensa durante la audiencia pública, con el objeto de que el jurado negara la responsabilidad de Arenas Bustamante o reconociera que obró en legítima defensa de su vida que creyó en peligro, como lo insinuó al jurado (fol. 206 del cuaderno principal), del mismo modo que las aclaraciones sobre la posibilidad de que se negara el propósito de matar, quedaron sin ningún efecto ante la decisión del jurado, que en la soberanía que le otorga la ley, resolvió que sí era responsable y que por tanto había obrado el acusado con propósito de matar como estaba

en la pregunta sobre la cual se pronunció afirmativamente.

“No se podría entrar a desentrañar otro pensamiento ni otra voluntad de los jueces del pueblo en presencia de postulados tan claros y precisos, sobre los cuales insistir sería redundar en demostrar algo axiomático.

“El cargo carece de solidez en su enunciado y en su demostración y por tanto la causal invocada tendrá que rechazarse, pues el segundo motivo de la misma, lejos de perfilarse como lo pretende la demanda, aparece sin base ninguna para fundamentarse comoquiera que si algo resplandece plenamente, es la perfecta concordancia de la sentencia acusada con el veredicto del Jurado.

“El aditamento de la carencia de premeditación y del hecho de haber obrado en estado de embriaguez, sólo podía tener el alcance que le asignaron tanto el Juez de la causa como el Tribunal y sobre el particular ni la misma demanda hace objeciones, si se exceptúa la insistencia en considerar sinónimos la premeditación dicha, o mejor la negativa de ella, con el propósito, o la carencia del mismo. Este motivo así alegado, no tiene la menor fuerza demostrativa y se destruye con el solo enunciado, pues repugna esa identificación de significado en términos tan diversos y con intenciones tan claramente manifestadas en la respuesta del Juri.”

“Todas las otras consideraciones que se han dejado transcritas unas, y referidas las otras, envuelven por diversos aspectos la tesis central de que el jurado negó la intención de matar, lo cual pugna abiertamente con la realidad procesal recordada.

“La causal no podrá prosperar en tales condiciones y carece de objeto entrar en los pormenores del libelo, cuando lo esencial se ha dejado consignado en este examen de cargos y motivos.

“Para que pudiera admitirse que el jurado negó la intención de matar, hubiera sido imprescindible que efectivamente, lo hubiera expresado, pues entonces se estaría en presencia de una situación fundamentalmente distinta a la planteada en la demanda de casación que se analiza”.

La Sala considera:

El punto materia de debate reviste trascendental interés y la Sala habrá de estudiarlo por todos sus aspectos, no sólo en razón de su importancia sino para corresponder a los laudables y

tenaces esfuerzos del recurrente, quien desde la iniciación del juicio ha venido procurando aliviar la situación jurídica de su representado.

Técnicamente y por lo que a la ley procesal penal se refiere, es de toda evidencia que la demanda de casación fue formulada con acierto puesto que el criterio que la informa y sustenta no rebasa los precisos límites de la causal invocada. El recurrente, siguiendo las tesis expuestas en su alegato de conclusión ante el Tribunal Superior que conocía del fallo del Juzgado (fls. 218 a 23), (sic) estima que la sentencia no concuerda con el veredicto del jurado. A su entender la agregación que el veredicto afirmativo contiene de haber obrado el acusado **"en estado de embriaguez y sin premeditación"**, entraña la negación del **propósito homicida**, elemento moral constitutivo del homicidio en el caso del artículo 362 del C. P.

A todo lo largo de la demanda, lo mismo que en el alegato a que se hizo referencia, el recurrente parte del supuesto de que el jurado, por una explicable confusión, empleó el término **premeditación** para referirse al **propósito** y, precisamente, para negar en la acción atribuida al acusado el **animus necandi**. Es así, en su respetable opinión, "porque la premeditación no fue atribuida en el auto de enjuiciamiento; ni fue siquiera materia de controversia en el juicio; ni se le debatió en las instancias, ni nadie (declarantes, funcionarios, fiscales, jueces) mencionó esa palabra ni se refirió al concepto penal que entraña, es por lo que resplandece que el jurado, para negar el propósito de matar en virtud de las pruebas del proceso que permiten aceptar la no voluntariedad del acto, en virtud también quizás de la exposición convencida y talvez convincente del defensor para fundar la decisión de conciencia opuesta a la afirmación del **animus necandi**, utilizó erróneamente el término **premeditación** o incurrió inexplicablemente en esa tan clara confusión gramatical que para los distinguidos falladores constituye tan sólo un "agregado inocuo", vertiendo entonces un fallo condenatorio en un proceso y ante un veredicto **sui generis** que reclamaban el ensayo siquiera de una interpretación racional y jurídica". (Fl. 8, cuad. 2º).

El supuesto, en principio, no es ilógico, ni podría calificarse de descabellado, pero, necesariamente, para dar por cierto y demostrado que hubo la confusión de los términos, el fallador requiere válidos elementos de juicio. De lo contrario, pretender una interpretación distinta de un

vocablo y atribuirle un determinado valor jurídico, entrañaría arbitraria intromisión del juez de derecho en materia que la ley encomendó privativamente a los jueces de conciencia.

Ahora bien: el negocio al recibir calificación de fondo con el llamamiento a juicio de Arenas Bustamante (providencia que obra a folios 121 y ss.) fue objeto de un detenido y amplio estudio por el funcionario, y en lo atinente al dolo homicida, concreta y expresamente el auto de proceder lo clasificó en debida forma a efecto de estructurar el homicidio común, voluntario o simplemente intencional. "Por lo que toca al elemento moral de la infracción —dice el Juzgado— diversos factores externos pregonan un propósito de matar por parte del inculpaado, como lo expresa el señor Fiscal. En efecto, la calidad del arma empleada, de extraordinario poder destructor; la repetición de golpes, como que fueron dos los disparos; la región anatómica vulnerada, pues el disparo hizo blanco en zonas vitales del organismo de la víctima; la dirección voluntaria del golpe, dada la precaria distancia que separaba al victimario de su víctima; las manifestaciones subsiguientes del procesado, cuando decía a su amigo Mariano Castrillón que se había 'metido en la verraca', y las consecuencias mismas de la acción física del inculpaado, permiten deducir el dolo específico del homicidio o animus necandi... Quien a corta distancia y con arma tan peligrosa como es un revólver, dispara hacia el tronco de una persona, no pretende de ordinario causarle un simple daño en el cuerpo o en la salud, esto es, una mera lesión personal, sino un mal más grave e irreparable cual es la muerte...".

La defensa, lo mismo en la primera que en la segunda vista pública de la causa, orientó firmemente sus esfuerzos y recursos a obtener, con toda honestidad, la absolución de su cliente, "por haber obrado en legítima defensa de su vida que creyó en peligro", o una responsabilidad mínima "por haberse excedido o precipitado en la legítima defensa de su vida" (fl. 49). En las respuestas que por escrito insinuó el recurrente a los señores jurados para el pronunciamiento del veredicto, para nada planteó la hipótesis del homicidio ultraintencional. Claro está que en la primera intervención oral sí hizo referencia el abogado al problema del propósito homicida para rebatirlo, y que el mismo asunto lo trató a espacio y reiteradamente en la segunda instancia, pero en esta oportunidad también concretó su pedimento al Juri a la aceptación de la legítima defensa sub-

jetiva o a la simple negación de responsabilidad. (Fl. 206).

La prueba de cargo que obra en el proceso contra el acusado y que el recurrente critica para tratar de demostrar que el homicidio no lo cometió aquel con el ánimo o el propósito de matar, en realidad no da base para arribar a esa conclusión que, de permitirle los autos, podría tenerse en cuenta para hacer la interpretación que el demandante quiere se le dé al veredicto. Tal, como fue planteado en el vocatorio a juicio el elemento moral del delito, el jurado no tenía por qué incurrir en el error que se le atribuye, así haya cierta afinidad en la valoración vulgar o común de los términos **premeditación** y **propósito**. Y no puede perderse de vista —al contrario de lo afirmado en la demanda— que sí se hizo uso de la palabra premeditación y muy concretamente en el proceso, precisamente para el juez del conocimiento estructurar, de acuerdo con el C. P., el cargo de homicidio intencional. A este respecto conviene transcribir lo siguiente del auto de enjuiciamiento:

“Podría argüirse que por el estado de alicoramiento en que se encontraba el acusado Arenas Bustamante no premeditó ni deliberó siquiera acerca de la consecuencia que pudiera derivarse de su acción delictuosa. Si ello fue así, la hipótesis en nada lo favorece, pues es doctrina universalmente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia que en el dolo de ímpetu o indeterminado la intención se determina y puntualiza por el resultado efectivo obtenido por la acción. Así, si el efecto es muerte, la intención que se afirma es la de matar; si el resultado son lesiones, la intención que se predica es la de lesionar. El agente que obra con aquella clase de dolo —indeterminado— responde por el daño real causado, sin tener en cuenta otra clase de resultados que habrían podido sobrevenir. De ahí que en tal caso, como enseñan los maestros, no puede presentarse la modalidad del homicidio imperfecto tentado o frustrado, ni la figura especial del homicidio **praeter intentionem**, que se configura

cuando con el propósito específico de causar una lesión personal se ocasiona la muerte. Tales modalidades criminales requieren un dolo premeditado o deliberado”.

Luego si se hizo mención de la premeditación con el objeto ya dicho, no es difícil aceptar que los señores jurados, cuya principal y casi exclusiva pieza de información previa al debate es la copia del auto enjuiciatorio, se limitaron a asentir con relación a la tesis del señor Juez sobre el llamado **dolo indeterminado**, que no es precisamente el que integra el homicidio ultraintencional.

No hay, en consecuencia de todo lo expuesto, base alguna procesal para interpretar el veredicto en forma distinta a la que le dio el fallo recurrido, es decir, no puede atribuirse al jurado la intención de negar el propósito homicida en el caso debatido, lo que impone acogerlo en sus términos afirmativos de responsabilidad. Por ello la causal de casación invocada, si pertinente en su aspecto formal, no es procedente, ya que no resulta establecido que la sentencia se hubiera dictado “en desacuerdo con el veredicto del Jurado”.

Por tanto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **DESECHA** el recurso de casación contra la sentencia a que se ha hecho mérito, y **ORDENA** devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

**Gabriel Carreño Mallarino — Humberto Barre-
ra Domínguez — Luis Eduardo Mejía Jiménez.**

Simón Montero Torres — Pedro Pacheco Osorio.

**Gustavo Rendón Gaviria — El Secretario, Pio-
quinto León L.**

CUANDO EL PROVOCADOR Y EL AUTOR DE LA RIÑA SE CONFUNDEN EN UNA MISMA PERSONA, ESA IDEA DE PROVOCACION ENVUELVE CONCEPTUALMENTE Y A SU VEZ DE MANERA RACIONAL LA IDEA DE QUE EL PROVOCADO QUE SE VIO OBLIGADO A ACTUAR OBRO EN RIÑA IMPREVISTA

La riña y la provocación no son una misma cosa. El provocador puede ser un tercero y, de otra parte, el autor de la riña puede ser bien el provocador o quien reciba la provocación, entendiéndose por autor el que inicia el ataque para que la contienda se produzca. De ahí que en términos generales la sola demostración de la provocación no basta para sacar el concepto de que pudo ser o no imprevista la reyerta. Pero cuando el provocador y el autor de la riña se confunden en una misma persona, esa idea de provocación envuelve conceptualmente y a su vez de manera racional la idea de que el provocado que se vio obligado a actuar obró en riña imprevista. Este planteamiento de perfecta sencillez lo acoge la Corte en la doctrina que el propio fallo recurrido recuerda, cuando dice:

“Si no consta con evidencia quién ha sido el causante de la riña, si no aparece el provocador configurado de manera patente, entonces habrá que concluir que la riña es imprevista”. (Cas., junio 24 de 1949, LXXVI, 282).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal—Bogotá, mayo seis de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres)

Vistos:

Se procede a resolver el recurso de casación que interpuso el señor Fiscal del Tribunal Superior de Santa Marta contra la sentencia proferida por esa misma entidad con fecha 9 de junio del año pasado por medio de la cual, confirmando la de primera instancia, se condenó a **Angel Antonio Quintero**, como responsable del delito de homicidio en Carlos Julio Molina, a la pena de

ocho años de presidio y se le impusieron las penas accesorias correspondientes.

Antecedentes

En la tarde del 1º de abril de 1955 Carlos Julio Molina y Angel Quintero Rojas se encontraron incidentalmente, con ocasión de un bautismo, en la casa de Trinidad Pacheco Carrascal, situada en la fracción rural de La Rayita, corregimiento de Los Angeles, Municipio de Río de Oro, y como venían disgustados desde algún tiempo atrás, el primero se entregó a buscarle la pelea al segundo, el cual trató de evitarla y a ese efecto quiso emprenderlas para su casa, pero entonces Molina lo interceptó armado de cuchillo y así sobrevino entre los dos una riña en que uno y otro se acometieron. En el desarrollo de esa riña Quintero Rojas, con el machete de que hizo uso en la contienda, causó varias lesiones a su enemigo, lesiones que determinaron la muerte del nombrado Carlos Julio Molina el 11 del mismo mes.

Calificación de los hechos

Correspondió al Juzgado 2º Superior de Santa Marta conocer del sumario. Lo calificó el 15 de junio de 1956 llamando a juicio al sindicado Angel Antonio Quintero por el homicidio que consumó en Carlos Julio Molina. Estimó el ilícito como simplemente voluntario, no obstante que el Fiscal pidió el procesamiento con el reconocimiento de que el acusado había consumado el hecho “en estado de ira o intenso dolor causado por grave e injusta provocación de parte de la víctima”. La vocación a juicio se ejecutorió en la primera instancia. La audiencia pública fue celebrada el 19 de junio de 1957. En ella el señor Fiscal solicitó al jurado que respondiera al cuestionario así: “Si es responsable pero habiendo consumado el delito de homicidio en riña imprevista”. Por su parte el señor defensor solicitó del jurado la siguiente respuesta al cuestionario: “No

es responsable por haber actuado en legítima defensa de su vida". El Tribunal popular consignó el veredicto, por unanimidad, así: "No, en legítima defensa de su vida". Ese veredicto lo rechazó el Juzgado como contrario a la evidencia de los hechos en auto de 1º de julio del predicho 1957, auto que fue confirmado por el Tribunal en el suyo de fecha 26 de agosto del mismo año.

De acuerdo con esa declaratoria de contraevidencia del veredicto tuvo que llevarse a cabo una nueva audiencia y ella se efectuó el 13 de noviembre de 1957. En esta ocasión el señor Fiscal sostuvo que se trataba de un homicidio simplemente voluntario. La defensa insistió en su primitiva tesis, vale decir, en la de que Quintero Rojas había causado la muerte de Molina en legítima defensa de su vida. El jurado absolvió el cuestionario, luego de que oyó las alegaciones de las partes, así: "Sí, en riña provocada por el occiso". El Juzgado profirió el fallo del caso con fecha 16 de noviembre, pero sostuvo que el transcrito veredicto no configuraba el atenuante de la riña imprevista y en consecuencia condenó a Quintero Rojas por homicidio simplemente voluntario, imponiéndole la pena de ocho años de presidio y las accesorias correspondientes. De ese fallo apeló el señor defensor del procesado. En la segunda instancia el señor Fiscal del Tribunal sostuvo que el veredicto apuntado consagraba a favor de Quintero Rojas el atenuante de la riña imprevista. Por lo tanto pidió se reformara la sentencia del inferior para dar aplicación al artículo 384 del Código Penal e imponerle la pena que se deduce de esa disposición en armonía con el artículo 362 de la misma obra. Aquella Corporación no compartió los puntos de vista de su colaborador fiscal sino que estuvo de acuerdo con la tesis del Juzgado, por cuya causa en fallo mayoritario del 9 de junio del año pasado confirmó la sentencia de primera instancia. El Magistrado disidente, en su salvamento de voto, estuvo de acuerdo con el concepto del Ministerio Público.

Demanda de casación

Inconforme el señor Fiscal del Tribunal con la sentencia que se deja especificada, interpuso contra ella, en debida forma, el recurso de casación y posteriormente, dentro de la oportunidad legal, presentó la respectiva demanda, invocando como única causal la tercera de las contempladas en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. Comienza el distinguido vocero de la sociedad por

hacer un análisis de la prueba que aparece en los autos para concluir en que ella establece cómo el procesado dio muerte a Molina en riña imprevista. Luego estudia el veredicto y dice que en él se reconoció la predicha riña y que por lo tanto el fallo del Tribunal, al producirse sin tomar en consideración semejante atenuante, se apartó de lo dispuesto por el Jurado, por cuya causa debe ser invalidado para en su lugar dictar el que corresponde de acuerdo con la determinación del tribunal popular.

Concepto del señor Procurador Delegado

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, en su respectivo concepto, respalda la demanda del señor Fiscal recurrente, y de la misma manera que éste empieza por hacer un estudio de la prueba de autos, concluyendo en que ella acredita la riña imprevista en que Quintero Rojas dio muerte a Carlos Julio Molina. A continuación se ocupa del veredicto y sostiene que debe ser interpretado en la forma como el sentido de la justicia lo reclama y que no puede ser otra que la de aceptar que en verdad en él se reconoce como atenuante específico a favor del procesado el relativo a riña imprevista.

Para resolver se considera:

A los fines de proceder con orden conviene verificar si realmente, como lo sostienen el señor Fiscal recurrente y el señor Procurador Primero Delegado, Quintero Rojas causó la muerte de Carlos Julio Molina en el desarrollo de una riña y, de otra parte, si esa riña revistió el carácter de imprevista para el homicida.

En cuanto al primer punto no hay discusión porque tanto el Juzgado en el auto que declaró contrario a la evidencia el primer veredicto y en la sentencia que expidió con ocasión del segundo, como el Tribunal en el proveído que confirmó esa contraevidencia y en el fallo que dio lugar al recurso de casación, reconocen que los hechos acaecieron en riña provocada por el occiso, circunstancia que en sentir de ambas expresadas Entidades, sin embargo, no le da a la riña el carácter de imprevista. Ese aspecto, como es racional, debe desentrañarse a través de la prueba que se recoge en el expediente.

Quintero Rojas y Molina, de acuerdo con lo que aparece demostrado en los autos, estaban peleados desde hacía aproximadamente un año por ra-

zón de que el primero le había dado de garrotazos a Antonio Lindarte, hermano de Ismael Lindarte, sujeto que es algo así como cuñado del predicho Molina, ya que vivía en concubinato con una hermana suya de nombre Santana Molina. Este antecedente no debe perderse de vista para la apreciación de las manifestaciones de Quintero Rojas, el cual dentro de su correspondiente indagatoria dice entre otras cosas las siguientes:

"...Molina me llamó aparte a mí con el fin de hacerme unos reclamos, habiendo salido por tal motivo de la casa y junto con él nos sentamos junto de una pesebrera que tiene Trino Carrascal cerquita de la casa. Molina estando sentados me hizo unos reclamos de bobadas, diciéndome entre otras cosas, **que si yo tenía ahí un cuchillo, que él sí tenía uno para que se mataran.** Yo me puse de pie con el fin de ir hasta la casa de Trino en busca de mis compañeros para regresarme a nuestra casa; así lo hice y ellos me contestaron que todavía no se iban, que si quería irme yo que me fuera, por evitar yo de no tener que pelear con Molina. Habiendo dicho ellos que no se iban yo me iba a ir y entonces Molina estaba abajito de la casa; viendo él que yo me iba me dijo por qué te vas, si te vas es por no pelear conmigo, que era porque yo no era hombre para pelear con él. Estando en eso Molina me dijo so hijo de..... te vas por no pelear conmigo..... La amenaza de él fue que él sacó la cuchilla que llevaba, la cual sacó y me tiró y me mentó la mama, hiriéndome el dedo meñique de la mano izquierda (el indagatorio muestra el dedo meñique de dicha mano)".

Esta versión del acusado encuentra respaldo indirecto, por lo menos en lo que toca con la provocación, en el antecedente que mediaba entre Molina y Quintero Rojas. Los hechos, en sí mismos, no fueron presenciados por nadie. Pero la verdad es que los testigos José Daniel Santiago y Luis Felipe Pacheco procuran datos que confirman, sin ninguna duda ni reservas el dicho del acusado Quintero Rojas. Dice así el primero:

"...A donde Antonio Sánchez nos demoramos como el término de una hora, de allí nos regresamos para donde el precitado Carrascal viniendo con nosotros Carlos Julio Molina. Fue llegando allí convidó Carlos Julio a Angel..... para atrás de la casa a conversar. Al ratico regresó Angel Quintero nos llamó a Luis Felipe Pacheco y a mí (cogiéndome de la camisa del costado derecho) para decirnos **que se la querían formar, que nos fuéramos.** En esos momentos que

nos hablaba, llegó Carlos Julio Molina, y le dijo a Quintero: 'Si es que te vas caminá para que hablemos un asunto'. Cuando esto decía llevaba un cuchillo Carlos Julio agarrado por la mano izquierda. En seguida Luis Felipe y yo nos fuimos al patiecito de la casa de Trino, mientras los dos Angel y Carlos Julio se retiraron a hablar 'vimos la visión a lo que Carlos Julio sacó el cuchillo de la pretina y le jaló con él a Angel Quintero, entonces Angel sacó un machete...'. Luis y yo salimos corriendo para el patio 'diciéndoles a los que estaban ahí' que se estaban matando...".

Por su parte el testigo Luis Felipe Pacheco, en perfecta coincidencia con lo que dice José Daniel Santiago, se expresa así:

"...regresamos de nuevo a la casa de Trino Carrascal y después de estar en mencionada casa llamó Angel Quintero Rojas para decirme que nos viniéramos que tenían ganas de formársela y después de estar conversando con él, llegó Carlos Julio Molina y agarró un cuchillo que cargaba al lado izquierdo con la mano izquierda y le dijo a Angel Quintero, vení para que conversemos unas cosas antes de que usted se vaya, yo ví que se fueron para un costado de la casa, y de pronto los ví enganchados tirándose machete y yo grité ahí se están matando.....".

Estos dos testimonios, copiados en sus partes esenciales no obstante la dificultad que ello ofrece por razón del deterioro de los folios en que constan, confirman la versión del acusado por modo bien claro y específico, la cual, como atrás se dijo, encuentra su primer respaldo en el antecedente que existía entre Quintero y Molina a virtud de que él establece la prevención del segundo contra el primero, prevención que en su sentido obvio determinaba a Molina a albergar animosidad con respecto a Quintero.

Semejantes pruebas, por cierto no contradichas en forma alguna en el proceso, acreditan, de una parte, que Carlos Julio Molina perdió la vida por acción de Angel Antonio Quintero en el desarrollo de una riña y, de la otra, que a esa riña se vio avocado el acusado por el tenaz empeño que para llevarla a término puso el occiso Molina, punto este sobre el que no cabe albergar duda en atención precisamente a que de la confesión del reo y de los testimonios de Santiago y Pacheco se desprende que Quintero Rojas, no obstante las provocaciones de Molina, fue prudente y para evitar el encuentro con su viejo enemigo trató de abandonar el campo, pero sin que lo pudiera lograr porque la víctima se lo impidió en

forma de que cuando hablaba con sus compañeros Santiago y Pacheco con el fin de emprender la marcha, optó por avocarlo armado de cuchillo y en seguida por comenzar el ataque con que se inició la reyerta. En vista de esa situación Quintero extrajo su machete y contraatacó con el resultado de que de esa manera causó la muerte a su contendor.

El Jurado reconoció en su veredicto esa realidad que emerge de las pruebas mencionadas y que no es otra que la que se expresa en el hecho claro de que la iniciativa de la riña que se comenta partió del occiso Carlos Julio Molina. De ahí que la responsabilidad del acusado la hubiera afirmado con la explicación de que el ilícito lo había consumado el autor "en riña provocada por el occiso". Pero en el fallo recurrido y también en la sentencia de primera instancia se pretende que la explicación con que adicionó el Tribunal popular su determinación condenatoria no implica la aceptación de que el homicidio lo hubiera consumado Quintero en riña imprevista, vale decir, dentro de las condiciones señaladas en el artículo 384 del Código Penal. Sólo que en esas providencias se comienza incluso por dejar de lado el significado del verbo provocar, el cual tanto quiere decir, según el Diccionario de la Academia Española, décima sexta edición, como "excitar, incitar, inducir a uno a que ejecute una cosa, irritar o estimular a uno con palabras u obras para que se enoje". En el caso de autos no sólo aparece demostrado que Molina ejerció todas estas acciones para llevar a la pelea a Quintero Rojas sino, además, que tomó la iniciativa en el ataque y así trabó la contienda en que vino a perder la vida. De esta suerte el concepto de provocación que se incluyó en el veredicto, necesaria y lógicamente, envuelve la idea de que el homicida se vio avocado a algo contrario a su voluntad, a una situación por completo inesperada, la cual a pesar de que quiso evitar, a la postre tuvo que afrontar en fuerza de la persistencia y tenacidad con que Molina agitó su anhelo irrevocable de pelear. Esa necesidad ineludible de afrontar la situación que le provocó el occiso es lo que muestra con creces y concretamente la riña imprevista en que obró Quintero Rojas al dar muerte a su pertinaz enemigo.

Claro está que la riña y la provocación no son una misma cosa. El provocador puede ser un tercero y, de otra parte, el autor de la riña puede ser bien el provocador o quien reciba la provocación, entendiéndose por autor el que inicia el

ataque para que la contienda se produzca. De ahí que en términos generales la sola demostración de la provocación no baste para sacar el concepto de que pudo ser o no imprevista la reyerta. Pero cuando el provocador y el autor de la riña se confunden en una misma persona, esa idea de provocación envuelve conceptualmente y a su vez de manera racional la idea de que el provocado que se vio obligado a actuar obró en riña imprevista. Este planteamiento de perfecta sencillez lo acoge la Corte en la doctrina que el propio fallo recurrido recuerda, cuando dice:

"Si no consta con evidencia quién ha sido el causante de la riña, si no aparece el provocador configurado de manera patente, entonces habrá que concluir que la riña es imprevista". (Cas., junio 24 de 1949, LXVI, 282).

Como puede apreciarse, de acuerdo con la doctrina que se transcribe, la circunstancia atenuativa de la riña imprevista se afirma sobre la base de no aparecer determinado el que ha provocado la reyerta y a ella ha entrado, lo que es muy importante porque en el evento de autos, como ya varias veces se ha dicho, está determinado que fue el occiso Carlos Julio Molina el provocador de la contienda y también el que tomó la iniciativa de los golpes para que quedara trabada. Luego si todo esto es así, con mayor razón debe sostenerse que para Quintero Rojas la riña en que dio muerte a Molina fue absolutamente imprevista. El Jurado lo reconoció de esa manera porque —se repite— el concepto de provocación que consignó en su veredicto envuelve de suyo la idea de que la riña fue imprevista, teniendo en cuenta que el provocador y el autor de ella se confundieron en una misma persona.

Las anteriores razones a las cuales es preciso agregar las muy atinadas que expone el señor Procurador Primero Delegado en su ilustrado concepto de respuesta al traslado que se le corrió de la demanda examinada, llevan a la conclusión de que prospera la causal invocada y entonces debe invalidarse el fallo materia del recurso y proceder a dictar el que haya de reemplazarlo, de conformidad con lo que dispone el aparte a) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal.

El homicidio de que aparece responsable Angel Antonio Quintero Rojas, conforme al veredicto del Jurado, ampliamente analizado en los párrafos precedentes, encaja en el artículo 362 del Código Penal, concordando con el 384 de la misma obra. La pena mínima que resulta de la aplicación de esos dos textos legales es la de cuatro

años de presidio. Ese mínimo es el que debe imponerse al procesado porque respecto a él sólo concurren circunstancias de menor peligrosidad. Como penas accesorias, al tenor del artículo 58 ibidem, se aplicarán: interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicos por un período igual a la pena principal; pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial; pérdida de la patria potestad y publicación especial de esta sentencia. De otra parte, con fundamento en el artículo 92 del invocado estatuto, se condenará al acusado al pago de los daños y perjuicios, tanto morales como materiales, que se hayan generado en el delito de que es responsable. Por último, con base en el artículo 96 del Código en cuestión, se dispondrá que el tiempo de detención preventiva que haya padecido Quintero Rojas se descuente como pena cumplida.

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,

RESUELVE:

1º INVALIDAR el fallo de fecha 9 de junio de 1958 por medio del cual el Tribunal Superior de Santa Marta confirmó el que con fecha 16 de noviembre de 1957 profirió el Juzgado Segundo Superior de aquel mismo Distrito condenando a Angel Antonio Quintero Rojas, como responsable del delito de homicidio en Carlos Julio Molina, a la pena de ocho años de presidio, a las accesorias correspondientes y al pago de los daños y perjuicios causados por la infracción;

2º CONDENAR en cambio al predicho Angel Antonio Quintero Rojas, como responsable del delito de homicidio, en Carlos Julio Molina a la pena de cuatro (4) años de presidio que cumplirá en el lugar que designe el Gobierno;

3º IMPONER como penas accesorias al prenombrado Quintero Rojas la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal; la pérdida de toda pensión, jubilación y sueldo de retiro de carácter oficial; la pérdida de la patria potestad si la tuviere, y la publicación especial de esta sentencia;

4º CONDENAR al mismo Angel Antonio Quintero Rojas al pago de los daños ocasionados y perjuicios, tanto morales como materiales, que se hayan generado en el delito de que es responsable. Esa condenación se hace en abstracto por no aparecer tasados esos perjuicios; y,

5º DISPONER que se tenga como pena cumplida el tiempo de detención preventiva que haya podido sufrir el mencionado Quintero Rojas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gabriel Carreño Mallarino — Humberto Barrera Domínguez — Luis Eduardo Mejía Jiménez.

Simón Montero Torres — Pedro Pacheco Osorio.

Gustavo Rendón Gaviria — Pioquinto León, Secretario.

PRELACION EN EL ESTUDIO DE LAS CAUSALES INVOCADAS. — PRUEBA PERICIAL EN MATERIA PROCESAL PENAL.—SU APRECIACION CORRESPONDE AL JUEZ, CONFORME AL SISTEMA DE LA LIBRE CONVICCION. — NULIDAD POR INCOMPETENCIA DE JURISDICCION

1.—De conformidad con el artículo 268 del Código de Procedimiento Penal, el dictamen del perito no es por sí plena prueba. Su apreciación corresponde al juez, conforme al sistema de la libre convicción, pudiendo acogerlo o desecharlo, parcial o totalmente, siempre que sean señaladas las razones de su determinación. Y esto, porque la prueba pericial descansa en un encadenamiento de probabilidades racionales que corresponde valorar al juzgador, antes de declararse convencido.

Si los elementos tomados en cuenta para derivar conclusiones en un dictamen pericial no eran idóneos, sino inciertos y engañosos, mal puede tener fuerza alguna de convicción dicha diligencia y mucho menos para determinar la cuantía de un delito contra la propiedad, cuestión de suma importancia en el negocio penal, como que con base en el guarisimo que la señala se fija la competencia para el juzgamiento y, según los casos, la medida de la sanción.

2.—Es evidente que los fines de la ley procesal no son otros que el ejercicio y efectividad de la acción penal, en cuanto tiende a garantizar la oportuna represión de un delito con la imposición de una pena. Pero la conveniencia de librar de dilaciones esa oportuna función represiva del Estado, no puede llevar al quebrantamiento de los cánones fundamentales relativos al procedimiento, uno de los cuales, sintetizados en la frase "nemo iudex sine lege" tiene desarrollo en nuestra Constitución, en la que se ordena que "no se podrá imponer sanción alguna por infracciones a la ley penal, sino en virtud de sentencia dictada por el Juez competente" (Artículo 26 de la Ley de Leyes).

De ahí que la incompetencia de jurisdicción fuera prevista en nuestro Código de Procedimiento Penal como causal de nulidad, que lleva a la invalidez de lo actuado

desde cuando se haya hecho presente (artículos 198, ord. 1º y 200 de dicho Código).

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, mayo ocho de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

En sentencia fechada el veinticuatro de febrero de mil novecientos cincuenta y ocho el Tribunal Superior de Bucaramanga condenó, por el delito continuado de robo, a VIRGILIO FLOREZ y a PABLO EMILIO BARAJAS, a la pena principal de ocho años y nueve meses de presidio, para el primero, y de nueve años, cuatro meses y quince días, para el segundo, más las sanciones accesorias correspondientes.

De dicho fallo recurrieron en casación los procesados, pero solamente el apoderado de Barajas, doctor Elberto Téllez Camacho, presentó la respectiva demanda.

Invoca el demandante, para sustentar el recurso, las causales 4ª, 2ª y 1ª del artículo 567 del C. de P. P., advirtiendo que la primeramente citada la alega como fundamental.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL:

De la denuncia formulada en Bucaramanga el cinco de octubre de mil novecientos cincuenta y seis por el señor Carlos J. Piña y de las pruebas allegadas a este proceso, resulta suficientemente acreditado que el nombrado denunciante y el señor Isidro Caviedes tenían en la citada ciudad, en el local número 16-17 de la calle 31, un almacén de compra y venta de diversos artículos.

Desde meses antes de la fecha de la denuncia,

tanto Piña como Caviedes venían verificando la ocurrencia reiterada de pérdidas de diferentes mercancías, como empaques de fique, cotizas, pescado y esteras, sin que, hasta entonces, hubieran podido establecer si se trataba de sustracciones delictuosas, dada la deficiencia de la contabilidad que les era llevada y la desorganizada manera como manejaban sus negocios.

Pero días antes de la citada denuncia, por reclamo que a Piña y Caviedes les hicieran los señores Luis Emilio Gómez y José Acevedo, también comerciantes de Bucaramanga, por la falta de cinco docenas de cotizas en compra de varios bultos de este artículo que estos señores adquirieron de los antes nombrados y que al parecer habían sido sustraídas en los depósitos de Piña y Caviedes, fue informado el denunciante por el señor Acevedo de la compra que éste había hecho, en esos mismos días, de una cantidad de empaques de fique al señor Pablo Emilio Barajas, mercancía ésta que el señor Carlos J. Piña identificó como parte de la que venía siendo sustraída de su almacén.

Y establecido que el depósito del almacén de Caviedes y Piña colindaba con un local ocupado por Barajas y destinado a cafetería, no fue difícil suponer que el apoderamiento delictuoso de mercancías de que venían siendo víctimas aquellos, era cumplido mediante escalamiento de un muro, que de un pequeño solar del local de dicho café podía dar acceso a las bodegas del almacén del denunciante.

De otra parte, la investigación adelantada verificó que los celadores del almacén de Caviedes y Piña, Virgilio Flórez y Gustavo Antonio Jaimes, mediante el escalamiento del muro existente entre el local del almacén en que ellos trabajaban y el establecimiento de cafetería de Barajas, con la participación de éste, fueron quienes venían realizando la sustracción de las distintas mercancías, cuya pérdida habían comprobado sus dueños desde hacía algunos meses.

Sin embargo de este éxito de la averiguación penal, no fue afortunada la instrucción, en cambio, en la determinación de la cuantía del delito de robo denunciado, lo cual dio lugar a varios incidentes procesales en cuanto al señalamiento de la competencia para conocer de este asunto, a los cuales se refiere la Procuraduría en la contestación de la demanda de casación, en los siguientes términos:

“Al proceso se le imprimió la tramitación procedimental de excepción contemplada en el Decreto 0014 de 1955, para esta clase de ilícitos.

“De las diversas providencias producidas en el curso del proceso, merece relievase la del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, de fecha marzo veintisiete de mil novecientos cincuenta y siete (folios 4 y siguientes del cuaderno número 2º) y en que se dirime incidente de colisión de competencias entre el Juez Cuarto Superior y el Juez Tercero Penal del Circuito, el primero del Distrito Judicial y el segundo de la ciudad de Bucaramanga, al declarar que la competencia correspondía al Juzgado Cuarto Superior del citado Distrito.

“De dicha providencia deben hacerse resaltar los siguientes párrafos, que, en lo sustancial, contienen la fundamentación:

“Los datos de “faltantes” que arroja el “Kardex” tanto en el año de 1955 como en el siguiente, si son prueba atendible, aun cuando existan en la contabilidad las fallas anotadas por el Juzgado Superior, pues este sistema de cómputo de salidas y entradas sí da un dato por lo menos aproximado sobre el movimiento de artículos que entran y salen del almacén, si se tiene en cuenta que su movimiento se hace a base de facturas o comprobantes de entradas y salidas que son el fundamento de la imputación y descargue correspondientes.

“Debe anotarse que los datos del “Kardex” según la práctica contable, además de los comprobantes enunciados, resulta de otra actividad que los comerciantes sólo practican una vez al año y es el inventario de almacenes.

“Luego el dato del “Kardex” sólo puede anotarse y tenerse como atendible, al final de cada año y su examen en otra época o fecha distinta, sólo daría un dato incompleto.

“Aceptando las fallas en los demás libros de contabilidad, la justicia no puede rechazar a la vez, los datos que se han tomado del “Kardex” en razón a las consideraciones que se acaban de hacer.

“Finalmente, hay que destacar el hecho de que los denunciantes apreciaron el valor de los bultos de esteras faltantes a la fecha del denuncia en la suma de mil pesos y según la diligencia de inspección ocular visible al folio 118 vuelto la cantidad, calidad y valor de ese artículo aparece justipreciado en la suma de novecientos noventa y cinco pesos (\$ 995.00) lo cual indica que el dicho de los denunciantes se aproxima bastante a la realidad.

“Además en la diligencia referida, quedó establecida la calidad, número de bultos y valor parcial y total de aquel artículo, subsanándose así la

crítica formulada por el Juez Superior en el primer auto que declaró su incompetencia (folio 95)".

"Es indispensable —continúa la Procuraduría— conocer igualmente las razones del Juzgado Cuarto Superior de Bucaramanga a que alude el Tribunal en uno de los apartes iniciales de su providencia, por tener íntima conexión con la fundamentación que acaba de transcribirse.

"En el cuaderno 1º, a folios 133 y 134, en auto de fecha veintidós de febrero de mil novecientos cincuenta y siete, dice el Juzgado Cuarto Superior: "Este Juzgado luego de examinar las pruebas practicadas por orden del Juzgado Tercero Penal del Circuito, que son las inspecciones oculares de los folios 103 y 118 vuelto, y la declaración de Carlos Julio Piña, del folio 108, considera nuevamente que no es competente para conocer del negocio, por no aparecer prueba de que lo sustraído valga más de cinco mil pesos.

"En efecto, aunque en las inspecciones oculares sobre los Kardex del almacén donde se cometió la sustracción arrojan un faltante de más de cinco mil pesos por más de veinticinco mil pesos, esos faltantes no se pueden imputar a los sindicados, por el hecho de aparecer en los Kardex. Porque como lo dice la misma inspección, el Kardex no está llevado al día, sino con meses de retraso. No está bien llevado, y por tanto, no se sabe si los faltantes se deban a falta de apuntamiento de la salida de las mercancías.

"Además, no está puntualizada la falta de cada cosa con los tiempos de posibilidad de las sustracciones que se imputan a los sindicados. Luego mal se puede generalizar la contabilidad mal llevada de un almacén para imputar los faltantes por el mal manejo o por otras causas desconocidas, a un delito determinado, que para estimarse en sí mismo, en su cuerpo, debe tenerse presente la prueba. Pero no una prueba cualquiera, general, sino la concreta de la sustracción y falta, después de probar la existencia, o la sustracción.

"No se puede aceptar, como razona el señor Juez Tercero, que porque los denunciante digan que por más de dos años vinieron haciéndose sustracciones por los sindicados, sin pruebas de esas sustracciones, o por lo menos de sus posibilidades, se tengan que aceptar los faltantes de esos dos años de una contabilidad mal llevada como prueba del delito en su cuantía.

"Pues la ley exige para la demostración del cuerpo del delito de hurto o robo, cuando no se haya probado la propiedad, preexistencia y con-

siguiente falta de la cosa hurtada o robada, que aparezca de otros hechos que ésta ha sido materia de tales delitos. Artículo 312 del C. de P. P.

"¿Cuáles son los hechos que demuestran que lo hurtado o robado es de efectos de mayor valor de cinco mil pesos? No aparecen esos hechos, que habian cosas que entraror y fueron objeto de la sustracción imputada. No de una sustracción o falta cualquiera, como es la de un Kardex mal llevado, sino de la sustracción delictuosa concreta. ¿Cómo puede saberse que las faltas del Kardex son faltas de anotación, faltas de entrega al almacén o pérdida de documentos de entrega o salidas? ¿Y cómo puede decirse que todas las faltas o varias, obedecen a los hechos imputados a los sindicados?

"Donde aparece más de bulto que lo que dice este Juzgado es cierto, es en la relación que hacen las inspecciones oculares de los faltantes por los Kardex, según si se compara con las cantidades estimadas por los denunciante como sustraídas, a que refieren, de que trata el auto de este Juzgado en que se declaró incompetente para ordenar remitir el expediente al Juzgado de Circuito. Es tan astronómica la diferencia que ella sola demuestra lo inconsistente de querer estimar como prueba de la sustracción el faltante que exhiban los Kardex por comparación de entradas y salidas de la mercancía. Los hechos de la contabilidad se quieren imputar como robo'".

Ahora bien:

En fallo de primera instancia, fechado el veintuno de agosto de mil novecientos cincuenta y siete, el Juzgado Cuarto Superior de Bucaramanga condenó a Pablo Emilio Barajas y a Virgilio Flórez a la pena de tres años y dos meses de prisión, e igualmente condenó a Gustavo Antonio Jaimés y Blanca Nieves Patiño Hernández a la pena de dos años y cuatro meses de prisión, como responsables del delito de robo continuado cometido en bienes de Isidro Caviedes y de Carlos Julio Piña.

Apelada dicha sentencia, el Tribunal Superior de Bucaramanga profirió la de segundo grado en la fecha a que se ha hecho mención (folios 20 a 38 vuelto del cuaderno 3º), que es la que se encuentra recurrida y por la cual, además de las sanciones impuestas a Pablo Emilio Barajas y a Virgilio Flórez, también condenó a Gustavo Antonio Jaimés a la sanción de siete años, siete meses y seis días de presidio y a las accesorias correspondientes, y absolvió a Blanca Nieves Patiño Hernández.

LA DEMANDA Y SU CONTESTACION

CAUSAL CUARTA

Invoca el demandante, como se dijo atrás, las causales 4ª, 2ª y 1ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal y a ellas se refiere en distintos capítulos, en los cuales examina los cargos que considera fundados, concediéndoseles la mayor importancia a aquellos en los que el distinguido apoderado de Pablo Emilio Barajas apoya su petición para que la Corte case la sentencia recurrida, con fundamento en que fue "violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad".

Y al contestar el traslado el Ministerio Público, cuya voz llevó en esta oportunidad el doctor Miguel Bernal Medina, Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en extenso y juicioso escrito, luego de una severa crítica de las pruebas tomadas en cuenta para señalar la cuantía del ilícito penal averiguado en este proceso, considera lo siguiente:

"Al demostrar que el juzgador ha incurrido en verdadero error de interpretación o apreciación de los hechos y pruebas relacionados con la cuantía del delito, hasta el punto de que realmente se haya demostrado que en el expediente no existe plena comprobación de que el valor de los objetos robados haya sido superior a cinco mil pesos, el cargo de nulidad por la causa de incompetencia de jurisdicción y la consiguiente invalidez del fallo por la vía de la causal cuarta de casación, será preciso que prospere, para reponer el procedimiento conforme a las reglas que señala la ley sobre la materia, en materia tan esencial como la jurisdicción y competencia".

EXAMEN DE LOS CARGOS:

No sólo porque así lo advierte el demandante, sino porque en el examen de las causales de casación debe seguirse el orden de las alegadas, según la capacidad de cada una de ellas con respecto al fin para el cual ha sido establecida, débese empezar por el examen de la causal cuarta, pues "alegada una nulidad que afecta el procedimiento que le sirvió de base al fallo impugnado, sería inconducente darle preferencia al examen del cargo que se refiere sólo a la aplicación de la pena, por ejemplo" (Doctrina de la Corte. G. J., LXXXVII, febrero de 1958).

Formula el demandante en su libelo (folios 30 a 55 del cuaderno 4º) el cargo de incompetencia de jurisdicción (causa de nulidad del ordinal 1º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal), y el de no haber sido puesto en conocimiento de las partes un dictamen pericial realizado en el proceso, a lo cual da el apoderado el alcance de nulidad constitucional, pues, dice, con tal omisión "se ha violado una norma procedimental que hace parte de las formas propias del juicio".

En relación con el primer cargo, dice lo siguiente:

"Sostengo que el conocimiento y fallo de este proceso en primera instancia correspondía al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Bucaramanga, y no al Juzgado Cuarto Superior de este Distrito, porque la cuantía de lo sustraído ilícitamente a los señores Caviedes y Piña no excede de cinco mil pesos, cuantía ésta señalada como mínima para que de los delitos contra la propiedad conozcan los Jueces Superiores, según el artículo 2º del Decreto 3.347 de 1950".

Y para sostener y demostrar este cargo de incompetencia de jurisdicción, afirma que no se cumplió con lo previsto en el artículo 314 del Código de Procedimiento Penal, pues no fueron valuadas las mercancías que fueron recuperadas en la investigación; ni las pruebas tomadas en cuenta para señalar la cuantía del delito averiguado permiten esa demostración, y que ni siquiera se puede afirmar que los "faltantes" de mercancías verificados por los peritos, con base en el examen que hicieron de la contabilidad y de los "Kardex" llevados en el almacén de Caviedes y Piña realmente se deban a sustracciones ilícitas, o solamente corresponden a un dato ficticio, debido a las deficiencias con que dichos "Kardex" y contabilidad eran llevados y al desorden con que los citados Piña y Caviedes manejaban sus negocios.

Refiriéndose el demandante a dichas pruebas, hace los siguientes comentarios y consideraciones, que la Procuraduría transcribe, así mismo, al contestar la demanda:

"a) Declaración del denunciante.

"...Tratándose de acreditar por medio de testimonios de los mismos interesados la calidad, cantidad y valor de los objetos sustraídos, es lógico exigir al declarante interesado certeza, precisión y exactitud, condiciones normales que se

exigen a los testigos corrientes. Si a éstos se les demandan todas esas condiciones, es obvio que al propio interesado debe pedírsele todavía más plenitud de las condiciones de un buen testigo, condiciones que no se hallan reunidas en las exposiciones de Piña y Caviedes”.

Asevera y para respaldar su afirmación el demandante realiza las confrontaciones correspondientes, que tanto el declarante Luis Emilio Gómez como el propio socio de Piña, señor Isidro Caviedes, contradicen al denunciante en lo que se refiere a la preexistencia y pérdida de las mercancías que señala como objeto del delito de robo averiguado. Y, para mayor respaldo de su dicho, transcribe el demandante parte de la declaración de Caviedes, en donde éste dice lo siguiente:

“...Yo no recuerdo haber visto ese pescado, ni la fecha de la pérdida, porque eso me lo dijo fue mi socio, me parece que también fue después de la pérdida de los bultos de empaques y de las cotizas, pero antes de los cuatro bultos de pescado bagre a que me referí. En cuanto al pescado bagre pulpo, que fueron siete bultos el faltante, yo tuve conocimiento porque también me lo dijo mi socio Carlos Julio, no recuerdo si cuando regresé de Bogotá o cuando yo estuve allá”.

Y de este primer estudio del testimonio del señor Carlos Julio Piña, concluye el demandante en que “no es posible obtener de su dicho el dato exacto de la cuantía del ilícito, que en todo caso es inferior a cinco mil pesos...”.

“b) Declaraciones de la contabilista y de los comerciantes vecinos.

En este aparte del estudio de pruebas que realiza el demandante, hace las siguientes consideraciones:

“La contabilista señora Carmen Rosa de García nos informa sobre el desbarajuste de la contabilidad, y ella, la misma encargada de las cuentas, no sabe a ciencia cierta cuántos eran los faltantes, pues los socios señores Piña y Caviedes tenían una particular costumbre comercial: **ORDENAR CUADRAR LA CONTABILIDAD; COMPUTANDO COMO FALTANTES LOS DESEQUILIBRIOS DE ESTA FAMOSA CUENTA DEL GIRO ORDINARIO DE UN NEGOCIO MERCANTIL, QUE LLAMA CONTABILIDAD**, esa contabilidad que le sirvió al Tribunal Superior de Bucaramanga para tenerla como plena prueba de la cuantía del robo” (las mayúsculas son del demandante).

Y con respecto a los testimonios de los comerciantes Luis Emilio Gómez, Luis David Cortés y

Camilo Cabeza, que tenía relaciones mercantiles con Caviedes y Piña, asevera que ningún dato dieron sobre la preexistencia de las mercancías que se dijo fueron sustraídas del almacén de estos últimos.

“c) Dictamen pericial.

Dice el señor apoderado de Pablo Emilio Barajas, al referirse a esta prueba, lo siguiente, que transcribe la Procuraduría:

“Como en sentir del Instructor, las declaraciones de los interesados señores Piña y Caviedes no satisfacían las exigencias procesales del artículo 224 y del 213, el Juzgado Tercero Penal del Circuito, “antes de resolver si se acoge o no la competencia, y con el de aclarar lo relativo al cuerpo del delito y a su cuantía”, dispuso practicar una inspección ocular en el depósito saqueado, con el fin de constatar en los libros la cuantía de los faltantes, especialmente en los años de 1955 y 1956 englobando toda la época en que estuvieron trabajando en el depósito los sindicados Virgilio Flórez y Gustavo Antonio Jaimes. Se dispuso que dichos faltantes se avaluaran por medio de peritos.

“Sabido es que el artículo 256 del C. de P. P. establece que “cuando la investigación de un hecho requiera conocimientos especiales de determinadas ciencias o artes, o se exija avalúos, el Juez o funcionarios decretarán la prueba pericial”.

“Los peritos, ha dicho la Corte Suprema de Justicia, a diferencia de los testigos, conceptúan sobre lo que entienden o juzgan de acuerdo con las reglas o principios a que pertenece el punto sobre que versa su dictamen”.

Y, adelante, agrega:

“De otro lado, si se trata de un dictamen pericial para establecer una determinada cuantía tomándola de libros de contabilidad, éstos deben reunir los requisitos señalados por las leyes sobre la materia y ser llevados de conformidad con los principios contables y mercantiles.

“Nada de esto se observa en el dictamen pericial al que, tanto el Juzgado Tercero Penal del Circuito como el Tribunal de Bucaramanga, dan pleno crédito y cabal acogida para fijar la cuantía del ilícito. Los libros de Piña y Caviedes eran llevados con meses y años de atraso, y la contabilista, bajo la gravedad del juramento, ha declarado que los asientos no correspondían a la realidad; **PUES CUANDO LOS SALDOS DEL KARDEX NO CUADRABAN CON LA EXISTENCIA,**

ENTONCES ESA DIFERENCIA SE ANOTABA COMO FALTANTE, PARA EN ESA FORMA FRAUDULENTO CUADRAR CON LAS EXISTENCIAS Y EMPEZAR NUEVA CUENTA" (lo subrayado y en mayúsculas, es del demandante).

Y anota que los mismos peritos dejaron constancia (folio 103) de que "en el libro de ingresos y egresos dejó de anotarse el movimiento de negocios en todo el año de 1955; en el libro Diario (que debe registrarse en la Cámara de Comercio y que no fue registrado) no existen anotaciones de los faltantes".

Luégo de este examen probatorio, el demandante afirma que en lo relacionado con las mercancías materia del ilícito penal investigado, se ha debido estar, en cosecuencia de la falta de otras fuentes de comprobación, a lo confesado por los procesados.

Y para concluir, asevera lo siguiente:

"...ni el denunciante Caviedes, ni la testigo Vitalia Rodríguez, ni los sindicatos, afirman que la sustracción hubiera sido siquiera por valor de mil pesos, y en cambio el Tribunal, dando un valor de que carece, fija la cuantía en más de veinticinco mil pesos, aceptando un peritazgo rendido por personas no expertas y sobre una contabilidad defectuosa, irregular y anómala..."

* * *

En cuanto al segundo cargo, que el demandante plantea luégo de transcribir los dos dictámenes periciales llevados a cabo en este proceso y relacionados con el señalamiento de la cuantía del delito de robo continuado de que fueron víctimas los señores Piña y Caviedes, dice que la omisión de poner en conocimiento de las partes ese dictamen pericial, a más de demeritar dicha prueba, constituye una nulidad constitucional, pues "se ha violado una norma procedimental que hace parte de las formas propias del juicio".

* * *

En la contestación de la demanda, la Procuraduría acepta las consideraciones hechas por el recurrente, en cuanto a este primer cargo y al aceptar su demostración, dice lo siguiente:

"El cargo fundamental contra el fallo, de haberse dictado en un juicio viciado de nulidad, en cuanto se contempla en el proceso la causa señalada en el ordinal 1º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, o sea la incompetencia de jurisdicción, se demuestra en el libelo con varios motivos que se han dejado suficientemente relatados y que se refieren a la tesis central de que la cuantía del ilícito de robo, no corresponde a una cuantía superior a cinco mil pesos y que por lo tanto el Juez Cuarto Superior de Bucara-

manga no es el competente, sino el de Circuito, por tratarse de una cuantía inferior a la suma indicada".

De otra parte, siguiendo la especificación hecha por el demandante en su crítica probatoria, hace el Ministerio Público las siguientes consideraciones ya con respecto a lo afirmado por el denunciante; ora en relación con lo declarado por la señora Carmen Rosa de García, contabilista de los señores Piña y Caviedes; ya en cuanto al dictamen pericial cumplido sobre los libros de cuentas y "Kardex" llevados por la nombrada señora:

"...cuando los denunciante, al tratar de especificar las existencias que tenían en los artículos de su negocio, no suministran esos datos basados en los comprobantes y, por tanto, en una contabilidad regular, mal pueden sustituir los datos exactos que de tales fuentes se obtienen, con hipótesis acomodaticias de entradas y salidas, máxime cuando los asientos de la contabilidad no corresponden a tales fundamentos o pruebas que los respaldan sin equívocos.

"Al examinar detenidamente las exposiciones de los denunciante y a su vez dueños del negocio afectado con el robo que se investigó, se advierten en verdad demasiadas vacilaciones, vaguedad manifiesta, referencias subjetivas, insistencia en la aproximación para los números que establezcan la cuantía de lo robado, contradicciones que la demanda reliva con transcripciones de lo que sostuvieron, y sobre todo, ausencia total de seguridad en las afirmaciones que elevan la cuantía de lo robado a una suma superior a los cinco mil pesos, como igualmente lo demuestra el libelo.

"De este modo las prescripciones del artículo 313 del Código de Procedimiento Penal que permiten apreciar la cuantía de un ilícito contra la propiedad, a base de los mismos informes suministrados por los dueños o parientes de las víctimas, en el caso de autos, presenta el singular contraste de que, por una parte, los propietarios y perjudicados no están de acuerdo sobre tal cuantía, y por la otra, que las informaciones que suministran no permiten salirse de la órbita de un "cálculo aproximado" sobre el valor de las mercancías y sobre la época en que los autores del ilícito hubieran llevado a cabo las sustracciones fraudulentas".

En cuanto a la contabilidad llevada por los denunciante, cuyo examen determinó la conclusión a que llegaron los peritos en este proceso con respecto al señalamiento de la cuantía del delito averiguado, anota la Procuraduría, con fundamento en la declaración de la citada señora Car-

men Rosa de García, contabilista de los señores Piña y Caviedes, que "en realidad se llega a la conclusión de que dicha contabilidad no cumple los requisitos mínimos de la técnica de la ciencia contable, especialmente en cuanto a comprobantes se refiere. Pues si algo se desprende inequívocamente de las afirmaciones de dicha empleada, viene a ser el empirismo con que procedía al hacer los asientos, en virtud de las órdenes caprichosas y sui-géneris que le impartían los dueños del negocio para cuadrar sus cuentas generales".

Y, adelante, agrega el señor Procurador:

"Pero de esa artificial coincidencia de faltantes y de asientos, no puede desprenderse el monto preciso de las existencias de mercancía ni del movimiento de entradas y salidas en cada período contable, pues basta examinar, tanto las afirmaciones de la contabilista respaldadas por el dicho de los denunciados, como las bases que se tuvieron en cuenta al hacer los cálculos sobre tales asientos tan caprichosamente llevados y sin el respaldo probatorio de los comprobantes de contabilidad, suficientemente ordenados, para deducir que en tales cálculos no existió asomo de técnica contable, ni de seguridad para afirmar que las existencias eran de tal cantidad y que los faltantes correspondían exactamente a las cifras obtenidas de asientos sin consistencia y sin precisa referencia a las pérdidas o extravío de las mercaderías inventariadas o contabilizadas".

Por último y en cuanto al dictamen pericial ya aludido, el Ministerio Público realiza el siguiente análisis que tiene completo respaldo en la crítica que merece dicha prueba:

"La cuantía de los faltantes en los libros de contabilidad, según lo ordenado por el Instructor, resolvió determinarse mediante la prueba pericial y al efecto se llevó a cabo la correspondiente inspección ocular en ellos.

"El punto central vulnerable, es precisamente el de la carencia de comprobantes de los asientos que figuran en tales libros de contabilidad.

"Sobre las acomodaticias anotaciones de esos asientos, que no se encuentran respaldados con los documentos complementarios, vale decir, las facturas, los recibos, los papeles o cualquier otro medio fehaciente de comprobante que reúna los requisitos mínimos; los peritos hacen los cálculos respectivos, que por tales causas resultan igualmente aproximados, y por tanto, alejados de la estricta realidad del movimiento de entradas y salidas y de las existencias reales de las mercaderías".

Y es de anotar, agrega el Procurador, que "bajo

la gravedad del juramento la contabilista ha declarado que los asientos no correspondían a la realidad, pues "cuando los saldos del Kardex no cuadraban con la existencia, entonces esa diferencia se anotaba como faltante, para en esa forma cuadrar con las existencias y empezar nueva cuenta". Y, asimismo, que "los peritos dejaron constancia de que "en el libro de ingresos y egresos dejó de anotarse el movimiento del negocio en todo el año de 1955, y en el libro Diario no existen anotaciones de los faltantes".

Termina el Ministerio Público su crítica al dictamen pericial aludido, afirmando lo siguiente:

"El faltante de catorce mil veinticinco pesos que deducen los peritos durante el año de 1955; y el de once mil novecientos quince pesos, obtenido después como complemento, pero sobre los fundamentos de las anotaciones del Kardex y de los libros de contabilidad, sin las bases técnicas de rigor, se halla con las dificultades que la demanda puntualiza, en cuanto, en verdad, tales fundamentos son endeble y en el mejor de los casos dejan un amplio margen de duda sobre una apreciación basada en el tan insistente cálculo aproximado de las cifras consignadas en el Kardex por órdenes directas de los dueños del negocio y sin los comprobantes que respaldaran tales anotaciones. Por tanto, no corresponde a la realidad de los hechos investigados, en cuanto dichas cifras demuestren uno de los elementos imprescindibles en la objetividad de la infracción de robo, o sea, la cuantía exacta, que entre otros efectos, sirve para fijar la competencia".

De los anteriores razonamientos deduce el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal que "así demostrado el cargo principal con su motivación que lo sustenta, deberá prosperar la causal cuarta de casación de que se ha venido tratando, siendo en tal evento inoficioso entrar al estudio de las restantes...".

* * *

Acoge la Sala estas juiciosas consideraciones de la Procuraduría y acepta, asimismo, la conclusión que de ellas deduce, ya que, ciertamente, de las pruebas allegadas a este proceso y que hacen relación con el señalamiento de la cuantía del delito averiguado, no se desprende la posibilidad de afirmar que el valor de lo sustraído delictuosamente a los señores Caviedes y Piña llegue a la suma de cinco mil pesos y, en consecuencia, no era el Juzgado Cuarto Superior de Bucaramanga competente para conocer de este negocio.

En efecto:

a). Según el cálculo hecho por el señor Carlos J. Piña y admitiendo el avalúo hecho por este declarante (que ninguno se realizó mediante peritos) conforme al cual el valor de las mercancías sustraídas asciende a cinco mil cuatrocientos cinco pesos (\$ 5.405.00). se tiene que de este guarismo, en el que está comprendida la suma de un mil pesos (\$ 1.000.00) de una cantidad de esteras "chingalé", es necesario deducir esta última suma, ya que el señor Piña no pudo determinar el número de las esteras que dijo le fueron sustraídas y ni siquiera precisar si realmente le hacían falta en su almacén. Por tanto, la cuantía del delito sería inferior o cinco mil pesos, como así la estimó el Juzgado Cuarto Superior de Bucaramanga en providencia de 5 de diciembre de 1956 (folios 95 a 98 del primer cuaderno).

b) Lo aseverado por el señor Isidro Caviedes, según el mismo lo acepta, tiene como fundamento lo que su socio Carlos J. Piña y la contabilista de su almacén le informaran. En nada sirve, pues, para determinar con evidencia el monto del delito investigado.

c) La declaración de la señora Carmen Rosa de García, contabilista de los señores Caviedes y Piña, tampoco permite, siquiera, un cálculo aproximado sobre la cuantía del robo de que fueran víctimas estos señores, pues todo lo refiere a los datos de sus libros y del "Kardex" llevados por ella, muy poco seguros por la deficiencia y atraso con que eran hechas las anotaciones contables en ellos.

d). En cuanto a la peritación llevada a cabo para determinar la preexistencia y posterior falta de las mercancías que pudieron ser objeto del delito averiguado en este proceso, se tiene que las deficiencias de la contabilidad y del manejo del "Kardex" llevados en el almacén de los denunciados, cuyos datos fueron la base de las conclusiones de los peritos que practicaron su examen, no permiten deducir demostración alguna de dicha diligencia.

De conformidad con el artículo 268 del Código de Procedimiento Penal, el dictamen del perito no es por sí plena prueba. Su apreciación corresponde al Juez, conforme al sistema de la libre convicción, pudiendo acogerlo o desecharlo, parcial o totalmente, siempre que sean señaladas las razones de su determinación. Y está, porque la prueba pericial descansa en un encadenamiento de probabilidades racionales que corresponde valorar al juzgador, antes de declararse convencido.

Y como en la prueba pericial a que se hace referencia, los elementos tomados en cuenta para

derivar conclusiones no eran idóneos, sino inciertos y engañosos, como lo son una contabilidad y un "kardex" deficientemente manejado, en que se hacían anotaciones arbitrarias, no sometidas a la realidad de las operaciones mercantiles de cuyo testimonio se trataba, mal puede tener fuerza alguna de convicción dicha diligencia y mucho menos para determinar la cuantía de un delito contra la propiedad, cuestión de suma importancia en el negocio penal, como que con base en el guarismo que la señala se fija la competencia para el juzgamiento y, según los casos, la medida de la sanción.

* * *

No aparece, entonces, que el valor de las cosas que fueron materia del delito de robo continuado de que resultaron víctimas los señores Isidro Caviedes y Carlos J. Piña alcance a la suma de cinco mil pesos, es necesario concluir, como lo hizo el Ministerio Público al contestar la demanda, que el Juzgado 4º Superior de Bucaramanga, al conocer de este proceso, obró sin competencia para ello (artículo 2º del Decreto número 3.347 de 1950), y por consiguiente se ha incurrido en la causal de nulidad prevista en el ordinal 1º del artículo 198 del C. de P. P., lo cual invalida lo actuado en este negocio desde el auto del Tribunal Superior de Bucaramanga, que dirimió la colisión de competencias entre el citado Juzgado Superior y el Juzgado 3º Penal del Circuito de esa ciudad.

Es evidente que los fines de la ley procesal no son otros que el ejercicio y efectividad de la acción penal, en cuanto tiende a garantizar la oportuna represión de un delito con la imposición de una pena. Pero la conveniencia de librar de dilaciones esa oportuna función represiva del Estado, no puede llevar al quebrantamiento de los cánones fundamentales relativos al procedimiento, uno de los cuales, sintetizado en la frase "nemo iudex sine lege" tiene desarrollo en nuestra Constitución, en la que se ordena que "no se podrá imponer sanción alguna por infracciones a la ley penal, sino... en virtud de sentencia dictada por el juez competente". (Artículo 26 de la Ley de Leyes).

De ahí que la incompetencia de jurisdicción fuera prevista en nuestro Código de Procedimiento Penal como causal de nulidad, que lleva a la invalidez de lo actuado desde cuando se haya hecho presente. (Artículos 198, ordinal 1º y 200 de dicho Código).

Es inoficioso el examen del segundo cargo que dentro de la causal cuarta de casación hace el demandante, e innecesario, asimismo, el estudio de las demás causales aducidas por el señor apoderado de Pablo Emilio Barajas, en su libelo.

* * *

DECISION:

La Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, INVALIDA el fallo acusado y, en su lugar, declara NULO el proceso a partir del auto del Tribunal Superior de Bucaramanga que dirimió la colisión de competencias surgida entre el Juzgado 4º Superior de esa localidad y el Juzgado 3º

Penal del Circuito, funcionario este último a quien, por conducto del mismo Tribunal, deberá enviarse este negocio para que reponga la actuación invalidada y conozca de él, por ser el competente para ello.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gabriel Careño Mallarino — Humberto Barrera

Domínguez — Luis Eduardo Mejía Jiménez — Simón Montero Torres — Pedro Pacheco Osorio.

Gustavo Rendón Gaviria—Pioquinto León L., Secretario.

LA VIA DE UN PROCESO PENAL ES INADECUADA PARA TRATAR DE OBTENER LA RESOLUCION DE UN CONTRATO DE SERVICIOS PROFESIONALES, O DE EVADIR LA POSIBLE CONDENA A INDEMNIZAR AL ABOGADO POR LA RUPTURA UNILATERAL DEL CONTRATO DE MANDATO. — EN QUE CONSISTE LA RETRACTACION DE UNA QUEJA, POR FALTAS EN EL EJERCICIO DE LA PROFESION DE ABOGADO. — NORMA QUE, A POSTERIORI, PROTEGE A ESTOS DE DENUNCIAS TEMERARIAS O LIGERAS

1.—Resulta insólita la pretensión del querellante que, para tratar de obtener una especie de resolución del contrato de servicios profesionales, ocurre a la vía de un proceso penal; o que trata de evadir por el mismo procedimiento, la posible condena a indemnizar al abogado por la ruptura unilateral del contrato de mandato. Su alcance no puede ni debe obtenerse —en defecto de un arreglo amistoso bilateral— sino dentro de un debate de otra naturaleza. Toca a otras autoridades de la rama jurisdiccional, y no a la justicia penal, definirlo dentro de una controversia presidida por el principio de la lealtad entre las partes y vigilada por los jueces competentes.

2.—Retractarse no es manifestar un acusador que no tiene interés en que “continúe la queja”, sin retirar expresamente los cargos formulados y dar siquiera una satisfacción moral a aquel cuya reputación ha sido puesta en tela de juicio y expuesto a las contingencias desdorosas de un proceso penal. En tal evento, lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley 69 de 1945, que protege, a posteriori, a los abogados contra denuncias temerarias o ligeras, debe obrar en forma plena.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, doce de mayo de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez)

Vistos:

En escrito del 16 de julio de 1957, el señor Pedro Antonio Sánchez Obando se dirigió al Tribu-

nal Superior de Medellín, en queja contra el abogado doctor Luis A. Muñoz, queja cuyo texto conviene transcribir íntegramente. Dice así:

“Para su conocimiento y fines legales me permito manifestarle lo siguiente:

“En el mes de junio próximo pasado, comisioné, o mejor firmé poder al doctor Luis A. Muñoz, conocido abogado de esta ciudad, para que se encargara dentro de su profesión del juicio de sucesión y reivindicación, sucesión que compré a los señores Toros Osorios, del Municipio de Caramanta (a); el poder a que me refiero fue firmado en el Municipio de Támesis (a) sique (sic) hasta el presente me alla (sic) dado cumplimiento.

“Es el caso señor Presidente, que en poder del mencionado abogado existe una letra en mi contra y la que le firmé por un valor de un mil pesos (\$ 1.000.00) moneda legal, letra firmada también en el Municipio de Támesis. Obran en poder del doctor Luis A. Muñoz varias escrituras, algunas polisas (sic) que son de mi propiedad.

“Por medio del presente memorial quiero istaurar (sic) demanda contra el doctor Luis A. Muñoz, dado que hasta el presente no ha cumplido al (sic) compromiso contraído conmigo y por querer, a la vez, prescindir de sus servicios.

“Ruego al señor Presidente del H. Tribunal Superior de Antioquia, se sirva proceder de conformidad”. (Las subrayas no figuran en el texto).

Sobre la base anterior se adelantó la investigación correspondiente contra el doctor Muñoz, cuya calidad de abogado en ejercicio, inscrito ante el referido Tribunal, se comprobó adecuadamente.

Continuando la misma investigación su curso natural, se citó al querellante, por medio de juez comisionado, para que ampliara su denuncia y relatara “detalladamente” los cargos a que ella se contraía. Y, en efecto, se cumplió la diligen-

cia el 19 de agosto de 1958, en cuya acta, visible al folio 26 vto. del cuaderno primero, se lee:

“El referido señor Sánchez Obando manifiesta por ante los suscritos Juez y Secretario que no tiene interés en continuar esa queja y que por tal motivo no presta el juramento para ampliarla en la forma que se ordena, ya que lo que pretendía era **QUE SE ME DEVOLVIERA PARTE DE UN DINERO QUE LE DI POR UNOS TRABAJOS DE LOS CUALES ME HIZO muy poco** y por lo cual le quité los poderes y se los di al doctor Conrado Giraldo quien está trabajando aún en la suceción (sic), por eso repito que no me interesa que continúe tal queja”. (Mayúsculas de la Corte).

Qué fue lo “muy poco” que hizo el doctor Muñoz? En los autos se acreditó ampliamente que aquel concurrió diligentemente a ejercitar su poder, en el juicio sucesorio, a poco de recibirlo, sin que pueda imputársele culpa por la demora del Juzgado o en la del partidor que se designó por el Juez. En cuanto al juicio reivindicatorio a que se refiere el señor Sánchez Obando, lo cierto es que este mismo “retiró la documentación que existía en su poder (del abogado) para iniciar y adelantar el mencionado juicio, según consta del certificado y recibo que obra a fs. 5, suscrito por el querellante”, conforme lo anota el Tribunal respectivo.

Salta a la vista, por lo expuesto, la inconsistencia y aun la temeridad de los cargos que se le hicieron al doctor Muñoz. El estaba cumpliendo sus compromisos profesionales, o preparándose para cumplirlos; y, al parecer, por causa de la indebida presión o por sugerencias de terceras personas —corruptela— que es muy común dentro del ejercicio de la abogacía—, se le revocaron sus poderes.

Lo que resulta una pretensión insólita es que, para tratar de obtener una especie de resolución del contrato de servicios profesionales, el querellante ocurriese a la vía de un proceso penal; o que tratara de evadir, por el mismo procedimiento, la posible condena a indemnizar al abogado por la ruptura unilateral del contrato de mandato. El interesado manifiesta que “lo que pretendía era que se me devolviera parte de un dinero que le di por unos trabajos por los cuales me hizo **MUY POCO**”. Es decir, buscó la vía penal para alcanzar fines que no podía ni debía obtener —en defecto de un arreglo amistoso bilateral—, sino dentro de un debate de otra naturaleza. Su

misma manifestación de que el mandatario hizo “muy poco” implica el reconocimiento de que algo hizo; y tocaba a las otras autoridades de la rama jurisdiccional, y no a la justicia penal, definir, dentro de una controversia presidida por el principio de la lealtad entre las partes, vigilada por los jueces competentes, si lo que el mandante consideraba por sí solo “muy poco”, implicaba, en realidad, “mucho”.

Sobre bases como las precedentes se sustenta el fallo del Tribunal Superior de Medellín, cuya consulta resuelve la Corte, por medio del cual se puso fin al proceso, sosteniéndose y demostrándose que el acusado “no cometió violación alguna de las contempladas en la Ley 69 de 1945”.

Habrà, pues de confirmarse esta providencia. Sin que sobre advertir, en relación con los votos disidentes de la misma, lo siguiente:

El querellante no se retractó de sus cargos contra el acusado. Retractarse no es manifestar un acusador que no tiene interés en que “continúe la queja”, sin retirar expresamente tales cargos y dar siquiera una satisfacción moral a aquel cuya reputación ha sido puesta en tela de juicio y expuesto a las contingencias desdorosas de un proceso penal. Por ello, lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 69 de 1945, que protege, a posteriori, a los abogados contra denuncias temerarias o ligeras, debe obrar plenamente en el caso presente.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, quien llevó la voz del Ministerio Público en esta instancia, está en un todo de acuerdo con la providencia consultada, y pide su confirmación.

La Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CONFIRMA el fallo consultado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gabriel Carreño Mallarino — Humberto Barrera Domínguez — Luis Eduardo Mejía Jiménez.
Simón Montero Torres — Pedro Pacheco Osorio.
Carlos Arturo Díaz, Conjuez—Píoquinto León L.,
 Secretario.

LAS CAUSALES 1ª Y 2ª DE CASACION NO PUEDEN INVOCARSE PARA DEMOSTRAR LA INCONSONANCIA DE LA SENTENCIA CON EL VEREDICTO DEL JURADO. — TÉCNICA DEL RECURSO

De las tres causales invocadas en el recurso (1ª, 2ª y 3ª), de una vez hay que descartar las dos primeras, como que toda la argumentación la orientó a tratar de demostrar la inconformidad de la sentencia recurrida con el veredicto del Jurado, que es, precisamente la causal tercera establecida en el artículo 567. Y hay que descartarlas porque para alegar que hubo violación de la ley penal, por errónea interpretación o indebida aplicación de la misma, tendría que traerse, o de un juicio sin intervención del jurado, o, ser la causal primera subsidiaria de la tercera, ya que, supuesta la discordancia entre el veredicto y la sentencia, cabría examinar si en ésta pudo haber violación de la ley penal sustantiva.

A la causal segunda menos aplicación puede dársele en un juicio por jurado, puesto que lo que el demandante plantea es la desestimación de “la segunda parte de la respuesta del veredicto”, y no que se haya atribuido a unas pruebas valor distinto al que tenían, o dejado de dar valor a otras, en cuanto a los elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad, o en cuanto a circunstancias influyentes en la determinación de la sanción.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, mayo doce de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviña)

Vistos:

Anselmo Reyes Alvarez fue condenado por el Juzgado Segundo Superior del Distrito Judicial de Pereira, como responsable del delito de homicidio, a la pena principal de ocho años, de presi-

dio y a las accesorias correspondientes, en sentencia fechada el 22 de febrero del año próximo pasado, la cual recibió confirmación del Tribunal Superior respectivo en Sala de Decisión Penal, por mayoría, en fallo de 26 de agosto del mismo año. (Fls. 239 a 146 y 184 a 194 del cuaderno principal).

Hechos:

En franco concubinato venían viviendo Anselmo Reyes Alvarez y Policarpa Gómez en la ciudad de Armenia del Departamento de Caldas con anterioridad al 7 de febrero de 1957; pero además de este vínculo sexual los unía la explotación en común de un modesto negocio de hospedaje conocido con el nombre de “Pensión San Francisco”, cuya administración corría a cargo de la Gómez. Como ocurre en esta clase de relaciones, las disputas menudeaban entre ellos, con motivo o sin él. La acritud en el trato y las frecuentes fricciones sólo llegaron a las vías de hecho en la fecha citada cuando por un incidente baladí referente a la compra, por parte de la mujer, de una fracción de lotería, Reyes Alvarez arremetió contra ella armado de peinilla abriéndole varias heridas que determinaron su deceso dos días después. La agresión ocurrió en el nombrado establecimiento en las primeras horas de la tarde del 7 de febrero de 1957.

Agotada la investigación, de acuerdo con su colaborador Fiscal, el Juzgado del conocimiento abrió causa criminal, con intervención del Jurado, contra Reyes Alvarez, por el delito de homicidio común o simplemente intencional, en providencia de 8 de agosto de 1957 (fls. 97 y ss. del cuaderno principal), la cual se declaró legalmente ejecutoriada el 21 de los mismos, después de haber desistido las partes del recurso de apelación.

Celebrada la audiencia pública, el Jurado desató la cuestión propuesta por el señor Juez de la causa, con el siguiente veredicto:

“Sí es responsable pero en ataque imprevisto” (folios 132), y en armonía con él profirió el Juzgado sentencia condenatoria el 12 de febrero del año próximo pasado, imponiéndole la pena principal mínima prevista en el artículo 362 del C. P. y las accesorias pertinentes, confirmada por el Tribunal, por mayoría de la Sala de Decisión, ya que uno de sus integrantes salvó el voto.

DEMANDA DE CASACION

La formuló dentro de los términos legales el doctor Marino López Lucas, quien después de un inadecuado examen del expediente y en particular, de la indagatoria del procesado, que el recurrente titula en su escrito “Relación de los hechos”, invoca las causales de casación señaladas en los ordinales 1º, 2º y 3º del artículo 567 del C. de P. P., y solicita al término de su demanda “se estudien en el orden en que las ha formulado y que es el mismo del artículo 567 del C. de P. P. y que aceptada una de ellas o las tres se proceda a invalidar el fallo recurrido y a dictar el absolutorio que corresponde”.

Causal primera.—“La sentencia objeto del recurso es violatoria de la ley, por errónea interpretación y por indebida aplicación de la misma”, afirma el demandante haciendo cita del texto legal.

En su concepto, “se ha violado la ley ya que al dar aplicación al artículo 362, homicidio voluntario, en la extensión de la pena correspondiente sin que en forma alguna se haya tenido en cuenta el contenido del fallo de los Jueces de hecho, que es amplificador y que tiende a modificar la situación jurídica del procesado en aplicación de la ley”. El confuso argumento trata de aclararlo, pero lo oscurece más, alegando que habría sido bien aplicada la ley si “la respuesta (se refiere al veredicto) hubiese sido simplemente un ‘sí’, pero la violación es flagrante puesto que la aplicación normal de la ley hubiese sido aplicación del artículo 25 —inciso 2º— concordante con el 362 pero que se debió de contemplar la circunstancia que desarrolla el cuestionario contestado”.

Más adelante y con el propósito, no logrado, de ser más claro, el recurrente insiste en que “se ha aplicado una disposición penal por otra por mala apreciación del hecho que determina el veredicto y en consecuencia hay exceso en las consecuencias aritmética, ya que debi de ser absuelto”.

Causal segunda.—Para invocarla el señor apoderado empieza por transcribir el ordinal 2º del artículo 567, y la sustenta en estos términos:

“Esta causal segunda, la sostengo con el rigor estricto (sic) que excluye una pretensión de tercera instancia. Nada de eso. Se trata sencillamente de que el H. Magistrado de la Corte advierta los errores de valor probatorio que se acumularon y conbase (sic) en el numeral segundo del artículo 567 del C. de P. Penal, puntualizo los hechos a los cuales el fallador no les atribuyó el valor que tenían y así les dio el valor que no tienen: Primero. Se desestimó la segunda parte de la respuesta del veredicto. Segundo. Se desestimaron pruebas de convicción sobre las cuales giró el hecho imputado y que están concretadas en el expediente, especialmente en los testimonios que señalo en la primera parte de este memorial”.

Refuerza su argumentación reproduciendo su alegato de conclusión ante el Tribunal Superior, con el cual estima “suficientemente ilustrado el aspecto de la causal segunda de casación”.

Causal tercera.—Es la última impetrada porque en concepto del demandante la sentencia no está en consonancia con el veredicto del jurado, lo que pretende demostrar con el salvamento de voto del magistrado, doctor José J. González, a la sentencia de segundo grado.

La disparidad de criterio con la mayoría de la Sala de Decisión, la consigna así el Magistrado disidente:

“Considero que debió estudiarse el veredicto con una mayor atención para darle una interpretación, porque la frase explicativa que los señores Jurados pusieron a su concepto sobre la responsabilidad, no puede pasarse inadvertida, ni menos aún retorcerse para subjetivizarla en el procesado, como lo insinúa el aparte del Juzgado de primera instancia que acoge la mayoría considerándolo sin ningún valor para acogerse solo el veredicto afirmativo sobre la responsabilidad.

“Si se menosprecia la frase en cuestión, creo se dicta una sentencia contra la ley, porque no se hace conforme al veredicto del Jurado; si se le da una interpretación adjudicándole al procesado el valor del aditamento explicativo, tampoco la sentencia se ajusta al precepto legal, porque se trataría entonces de homicidio, no simplemente voluntario, sino agravado con modalidad que no contempla el auto de proceder; resta una

tercera posición que consiste en saber cuál fue el sentido que dio el Jurado a esta frase, que entre otras cosas, tiene mucha acogida en la historia procesal. "SI ES RESPONSABLE PERO EN ATAQUE IMPREVISTO", no está diciendo en parte alguna que el ataque imprevisto hubiera partido del procesado, contra la occisa, y más me inclino a creer que aquello del ataque imprevisto quiso decirlo el Jurado, como proveniente de la víctima hacia el procesado. En todo caso, no dice para quién fue imprevisto el ataque, lo que le da al veredicto un carácter contradictorio o al menos incompleto; porque si el ataque imprevisto fue de la víctima para el reo, no debe entonces dejarse de lado, y corresponde estudiar si se acepta, o se declara la contraevidencia.

"Si el Tribunal se encuentra en imposibilidad para interpretar el pensamiento del Jurado en el veredicto que sirve de base a esta sentencia, debe entonces buscarle la solución correspondiente, sin olvidarse que hay una norma de interpretación que es de aplicación exigente en los procesos penales, contenida en el artículo 204 del Código Penal, que impone resolver las dudas a favor de la parte débil, en este caso el procesado; pero si este principio de interpretación general, no se acepta, debe declararse el veredicto contradictorio o ininteligible, pero en caso alguno CONSIDERAR COMO INEXISTENTE LA EXPLICACION, dejándola de lado en la sentencia respectiva".

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

Al analizar las causales alegadas para la casación del fallo, el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, expresa:

"Sostiene el demandante que con la sentencia se violó la ley penal sustantiva al no tenerse en cuenta la adición que el Jurado le hizo al sí de su respuesta al cuestionario, como que por haber dicho aquel en su veredicto que el inculpado dio muerte a la víctima 'pero en ataque imprevisto', ha debido el juzgador calificar tal fallo de hecho como absolutorio, y aplicar, en consecuencia, el ordinal 2º del artículo 25 del Código Penal.

"Son palabras textuales de la demanda, éstas:

"La razón es, que la sentencia es violatoria de la ley penal por indebida aplicación del artículo del C. Penal y olvido de aplicación de otros. Más claro: se ha aplicado una disposición penal por otra por mala apreciación del hecho que determina el veredicto y en consecuencia hay ex-

ceso en las consecuencias aritméticas, ya que debió de ser absuelto".

"Se contesta:

"La causal a que se refiere el recurrente carece de toda fundamentación jurídica. Propiamente no son argumentos sino afirmaciones gratuitas las que se formulan en la demanda de que se trata, desde luego que las circunstancias a que corresponde la agregación hecha en el veredicto, de acuerdo con la realidad, con lo realmente acreditado en autos, es sólo atinente a la forma como procedió el acusado al darle muerte a su concubina, esto es, atacándola de manera imprevista o repentina, como consecuencia del subitáneo ímpetu de sus afectos, como lo diría el maestro Carrara, o de 'una acción funcional de iracundias', radicable... 'en campos de intención impulsiva', si acaso nos valiéramos de las locuciones empleadas por el auto de la demanda.

"Y algo más cabe anotar y es que aquello de haber dicho los jueces de conciencia que si era responsable Anselmo Reyes Alvarez 'de haber dado muerte, con intención de matar, mediante heridas ocasionadas con arma cortante y punzante (peinilla) a la señora Policarpa Gómez A. de Rojas', 'pero en ataque imprevisto', equivale a haber captado cabalmente la realidad de lo acontecido, que fue puesta de presente, en cuanto a la circunstancia relativa a lo subitáneo del ataque o de la acción cumplida por el homicida, desde el propio auto de proceder, ya que en éste se dijo perentoriamente lo que se copia en seguida:

"Hay una circunstancia que establece irrefragablemente el hecho de que Alvarez inició de improviso el despiadado ataque contra su amante Policarpa Gómez armado de peinilla, hallándose presente tanto el lotero como el menor Briceno R. y es el siguiente...".

"Aquí se citan las declaraciones de Néstor de Jesús González y Ricardo Moncada Castaño, quienes presenciaron los hechos ocurridos y quienes con sus dichos dan fe de la existencia del violento y despiadado ataque sufrido por la víctima.

"Dé ahí que el juzgador, luego de remitirse a tales declarantes, consignara en el proveído encausatorio, esto otro:

"¿Cómo y por qué supieron Moncada Castaño y Néstor de Jesús González de la localización de estas heridas? Precisamente porque tuvieron oportunidad de presenciar fielmente el desarrollo de los hechos que trajo como resultado la muerte

violenta de Policarpa Gómez. Lo anterior no sólo desvirtúa la afirmación del reo de que el lance que hubo de sostener con Policarpa se registró sin la presencia de testigo sino que aquel obró en forma imprevista, o mejor súbita, contra su amante y no en legítimo acto defensivo como ha tratado de sostener”.

“Finalmente, se agrega que al pretender el abogado López Lucas fundamentar la causal primera de casación en un supuesto desacuerdo entre las voces del veredicto y la sentencia, incurrió en una lamentable equivocación, pues con tal planteamiento lo que hizo fue enfocar la causal tercera, pero no propiamente la primera, si es que se está de acuerdo con lo expresamente contemplado por el ordinal 3º del artículo 567.

“En consecuencia de lo expuesto, cree el suscrito que la causal primera invocada debe desecharse por la H. Corte, en el presente caso.

“4º — Causal segunda. Errada interpretación o apreciación de los hechos y de la prueba.—El demandante afirma que hay lugar en el presente negocio a alegar la causal segunda de casación del artículo 567 porque al dictarse sentencia condenatoria, ‘primero se desestimó la segunda parte de la respuesta del veredicto. Segundo. Se desestimaron pruebas de convicción sobre las cuales giró el hecho imputado y que están concretadas en el expediente, especialmente en los testimonios que señalo en la primera parte de este memorial’.

“Se contesta:

“Al repetir los argumentos aducidos al comienzo de la demanda para fundamentar ahora la causal segunda, resulta que el impugnador yerra por una nueva vez, desde el momento en que, como se ha visto, todo lo que implique discordancia entre el veredicto y la sentencia, para nada se roza con las causales primera o segunda sino que debe traerse a consecuencia sólo en los casos en que sea posible invocar con acierto y justicia la causal tercera.

“Pero ocurre también que al alegar la segunda causal en un juicio en que intervino el jurado, el demandante aspira a convertir la H. Corte en Tribunal de tercera instancia que califique los hechos y defina la responsabilidad de un acusado, lo cual no solamente contraría los más elementales principios de la casación, sino que, de una parte, pugna con la soberana libertad de

apreciación que de los hechos y de la responsabilidad del sujeto que ante él comparezca, le otorga la ley, al jurado, y, de otra parte, está en desacuerdo con la jurisprudencia sentada al respecto y en múltiples ocasiones por la Suprema Corte.

“De modo y suerte que en entender del suscrito la segunda causal invocada en la demanda que se responde, no puede prosperar.

“Causal tercera. Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o en desacuerdo con el veredicto del Jurado.—Finalmente, el demandante porfía en sus ataques a la sentencia, alegando que ésta se encuentra en desacuerdo con el fallo de hecho, y para justificar su aserto dice que ‘la argumentación más elocuente de esta causal es el voto particular que formuló el H. Magistrado del Tribunal...’ el cual, a renglón seguido, transcribe en su integridad.

“Y como corolario del pensamiento de que se sirve, sienta el siguiente:

“Se ve claramente que se produjo el desconocimiento del veredicto y se interpretó en contra del reo, ya que la sentencia es de homicidio voluntario y no se estimaron las circunstancias modificadoras de la respuesta que no fue aclarada en el momento oportuno y por tanto debe prosperar la casación en esta tercera causal.

“Se examinó el veredicto y se modificó la voluntad del Jurado y al corregirlo, se corrigió en contra del reo. Existió pues errónea interpretación del mismo, no se acomodó justamente a la ley y se interpretó contra la situación que modificaba el Jurado en la respuesta”.

“Se contesta:

“En esta ocasión, la demanda por lo menos se ajusta a la técnica de la casación (lo cual no sucedió, como se ha visto, cuando se alegaron las dos primeras causales), porque el punto o problema que plantea, en realidad sí tiene atinencia con lo previsto en el ordinal 3º del artículo 567.

“El Magistrado, de cuyo salvamento de voto se vale el abogado López Lucas, so pretexto de adivinar la voluntad del Jurado, vanamente intentó encontrar confuso y susceptible de diversas apreciaciones lo que no encierra duda o incertidumbre alguna en las voces del veredicto, pues, como ya se dijo y se tiene que repetir ahora, el ataque imprevisto de que hablan los jueces populares no es sino indicativo del impetuoso proceder del acu-

sado para con la víctima en el momento de hierla.

“Erró, de otra parte, aquel Magistrado y el impugnador al apoyarse en sus reflexiones, cuando al referirse a la frase ‘pero en ataque imprevisto’, asevera que ella ‘tiene mucha acogida en la historia procesal’ y que esa acogida no da base para sostener que el ataque imprevisto hubiera partido del procesado, sino más bien lleva a ‘creer que aquello del ataque imprevisto quiso decirlo el Jurado como proveniente de la víctima hacia el procesado’. Y se dice que se equivocó al hacer semejante suposición porque lo que verdaderamente tiene acogida en la historia procesal no es que el ataque hubiera sido subitáneo para el acusado sino para la víctima, como que no solamente el auto de proceder (al cual ya nos remitimos al tratar de la causal 1ª) sino también las sentencias de primera y de segunda instancia, tuvieron buen cuidado en apreciar el hecho relativo al modo como agredió Anselmo Reyes a su concubina considerándolo como cometido con dolo de ímpetu correspondiente a un simple homicidio intencional y afirmando expresamente que la circunstancia del imprevisto ataque, admitida en autos aún antes del veredicto, no constituía condición agravante de tal clase de homicidio como tampoco atenuantes del mismo.

“Es así como al folio 143 de la sentencia de primera instancia, se dijo sobre lo que se debate lo siguiente:

“El aditamento puesto por los señores Jueces de conciencia a su veredicto condenatorio no entraña para el acusado el hecho de que se le hubiera reconocido expresamente alguna circunstancia agravante o atenuante de su responsabilidad. El ataque imprevisto, como fue la expresión, no está considerado por la ley como circunstancia que atenúe o exima de responsabilidad. Más bien al contrario, según las circunstancias, puede llegar a temerse o considerarse como circunstancia modificadora del delito, por ejemplo cuando ese ataque se cumple con alevosía”.

“Que el ataque fue imprevisto es apenas el reconocimiento lógico de que Reyes Alvarez arremetió contra Policarpa Gómez en forma rápida y sorpresiva”.

“Y de su cuenta, el Juzgador de segunda instancia consignó lo que sigue:

“Cuando los jueces del pueblo en su veredicto hablaron de ‘ataque imprevisto’ aceptaron la tesis del señor Juez a-quo y como se observa muy claramente el ataque dicho no fue para con el

reo, sino de éste para Policarpa Gómez de Rojas. Fuera de lo anterior, en la diligencia de audiencia no se objetó tal punto de vista del funcionario del conocimiento. Este fundamentó su criterio con las declaraciones de Néstor de Jesús González —su primera declaración— así como la de Ricardo Moncada Castaño. La Sala acepta las razones expuestas para no acatar el testimonio segundo de González, como las muy juiciosamente sostenidas para rechazar la legítima defensa. Tan cierto es ello, que muy a pesar de las alegaciones del señor defensor, el jurado no aceptó la tesis de la legítima defensa y vino a dar con el veredicto ya conocido. En ningún momento el representante del reo, dentro de la audiencia, habló de que el ataque imprevisto sostenido por el funcionario del conocimiento implicara una legítima defensa, o se asemejara a ella.

“De acuerdo con lo dicho en la injurada por el mismo procesado entre él y su amante se presentó una riña, en donde hubo golpes de parte y parte con las consecuencias dichas. Pero, los testigos de visu hablan muy claramente del ataque hecho por Reyes a la mencionada señora y así lo confirman en la diligencia de reconstrucción, lo cual ocurrió imprevistamente, pues el reo entró y directamente se dirigió donde ella se encontraba, atacándola.

“El defensor persistió, recalcó incansablemente en una legítima defensa y no obstante ello, los miembros del juri no emplearon estos términos en su veredicto. Quiere decir ello, que no aceptaron tal eximente de responsabilidad, pues de haberlo concebido así, hubieran empleado las palabras tan reiteradas de ‘legítima defensa’ en la respuesta dada. Si ello no ocurrió así, mal puede pensarse que con la expresión ‘pero en ataque imprevisto’, se configura una legítima defensa”.

“La consonancia o absoluta armonía que guarda el auto de proceder con el veredicto y éste a su vez con la sentencia, es, por todo lo que se ha visto, cuestión absolutamente inexpugnable.

“En tal virtud, el suscrito Procurador Delegado juzga que la tercera causal invocada debe desecharse.

“Finalmente y como secuela de todo lo expuesto, pide de manera atenta a la H. Corte que NO CASE la sentencia objeto del recurso”.

Considera la Sala:

Primero.—No es fácil captar en el abstruso razonamiento del demandante, por su estilo pecu-

liar o "pseudogorgorista", como lo califica el representante del Ministerio Público, la tesis jurídica que quiere sacar verdadera en este proceso, pues en sus esfuerzos por interpretar el veredicto del Jurado, plantea desde la plena justificación por legítima defensa, hasta la atenuación específica consagrada en el artículo 28 del C. P.

Para el recurrente, el homicidio perpetrado por Reyes Alvarez en la persona de su concubina "es un caso típico de homicidio exponente determinante de la acción y "no puede dudarse el que (sic) la vida subjetiva de ellos y de mi representado estaba perturbada y con ello había una disminución de su personalidad en el obrar". "Mi mandante no tenía estabilidad normativa y sus reacciones entraban en campos de intención impulsiva sin mediar (sic) ni calcular las consecuencias". "El día de los hechos ANSELMO REYES ALVAREZ vivía reacciones de impulso en un fin reparador del daño moral que recibía constantemente, y su acción tenía toda la fenomenología que tiende a restablecer en el mundo interno y externo de la dignidad personal disminuida, perseguida, lesionada y aún anulada por aquella mujer, yo diría que el hecho ocurrió con la anulación de la plena libertad en el hogar de mi mandante y sus actos del hecho tenían más de impulso que de ideación".

Pero dejando de lado las incongruencias que la demanda ofrece y sus notorios defectos de lenguaje, para entrar de lleno en las causales de casación alegadas se tiene:

De las tres cuyo examen por riguroso orden solicita el señor apoderado, de una vez hay que descartar las dos primeras, como que toda la argumentación la orientó a tratar de demostrar la inconformidad de la sentencia recurrida con el veredicto del Jurado, que es, precisamente la causal tercera establecida en el artículo 567. Y hay que descartarlas porque para alegar que hubo violación de la ley penal, por errónea interpretación o indebida aplicación de la misma, tendría que tratarse, o de un juicio sin intervención del jurado, o, ser la causal primera subsidiaria de la tercera, ya que, supuesta la discordancia entre el veredicto y la sentencia, cabría examinar si en ésta pudo haber violación de la ley penal sustantiva.

A la causal segunda menos aplicación puede dársele en un juicio por jurado, puesto que lo que el demandante plantea es la desestimación de "la segunda parte de la respuesta del veredicto", y no que se haya atribuido a unas pruebas valor

distinto al que tenían, o dejado de dar valor a otras, en cuanto a los elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad, o en cuanto a circunstancias influyentes en la determinación de la sanción.

Al no ser admisibles las dos causales dichas, resta considerar la tercera. Esta por lo menos y en cuanto a la técnica y fundamentos del recurso extraordinario de casación está bien propuesta y exigirá de la Sala un estudio a fondo para decidir si prospera o no.

La cuestión que el señor Juez de derecho propuso al Jurado con ocasión de la vista pública de la causa, fue la siguiente:

"EL ACUSADO ANSELMO REYES ALVAREZ, DE LA NATURALEZA Y DEMAS CONDICIONES CIVILES. ANOTADAS EN EL AUTO DE PROCEDER, ES RESPONSABLE DE HABER DADO MUERTE, CON INTENCION DE MATAR, MEDIANTE HERIDAS OCASIONADAS CON ARMA CORTANTE Y PUNZANTE (PEINILLA) A LA SEÑORA POLICARPA GOMEZ A. DE ROJAS, HECHO CUMPLIDO EN LA PENSION 'SAN FRANCISCO' DE LA CIUDAD DE ARMENIA, CALDAS, SITUADA EN LA CALLE 15 CON CARRERAS 18 Y 19 EL DIA SIETE (7) DE FEBRERO DEL CORRIENTE AÑO (1957), APROXIMADAMENTE A LAS TRES DE LA TARDE, HABIENDO FALLECIDO LA SEÑORA POLICARPA DOS DIAS DESPUES EN EL HOSPITAL 'SAN JUAN DE DIOS' DE LA MISMA CIUDAD DE ARMENIA?"

"Si es responsable pero en ataque imprevisto", respondió el Jurado (folio 132).

La agregación que el veredicto contiene a la afirmación de responsabilidad por un homicidio común es la base para invocar la causal 3ª, pretendiendo que la intención del Jurado fue reconocer al acusado una causal de justificación (legítima defensa) o, en todo caso, modificar con una atenuación específica su responsabilidad.

Ese pretense contenido calificador del veredicto no encuentra asidero alguno en el proceso, como pasa a demostrarse:

En primer término, el auto de vocación a juicio hace un extenso examen crítico de la prueba que acrimina al acusado, poniendo en evidencia, con los testigos de cargo que no fueron sinceras las explicaciones de aquel de haberse visto obligado a dar muerte a su amante por la necesidad

de defenderse de una violencia injusta contra su persona por parte de la ofendida.

No interesa referirse detenidamente a las pruebas que la instancia tuvo en cuenta para el procesamiento, descartando con base en ellas, al mismo tiempo, el motivo de justificación. De mayor mérito y por tratarse de elucidar el posible alcance de la frase explicativa del veredicto, son algunos párrafos de la providencia calificadora y apartes del acta de audiencia porque son ellos los únicos elementos que el Jurado pudo tener en cuenta para responder a la cuestión que les fue formulada:

Dice el Juzgado:

"Hay una circunstancia que establece irrefragablemente el hecho de que **Alvarez inició de improviso el despiadado ataque** contra su amante Policarpa Gómez armado de peñilla... (fl. 100).

"Lo anterior no sólo desvirtúa la afirmación del reo de que el lance que hubo de sostener con Policarpa se registró sin la presencia de testigos sino que **aquel obró en forma imprevista, o mejor súbita, contra su amante y no en legítimo acto defensivo como ha tratado de sostener...**" (fl. 102).

"El Juzgado comparte la tesis del señor Agente del Ministerio Público en el sentido de que Anselmo Reyes es responsable de homicidio pero simplemente intencional. La actividad de Anselmo Reyes Alvarez, no obstante las formas objetivas del acto en que perdió la vida la señora **Policarpa Gómez de Rojas**, no deben encajarse en la forma específica de asesinato ya que no se evidencian los estados de 'alma fríos, calculadores, y esencialmente perversos' del reo..." (Fl. 105).

"...Pero no es asesinato, jurídicamente hablando, la realización de hechos en estado agudo emocional, cuando la voluntad se mueve en una especie de desarreglo visible exteriormente por la acción sin medida, cálculo ni dirección..." (Fl. 106).

Del acta de audiencia se copia:

"...El ataque no fue de frente sino sorpresivo como claramente lo podemos ver y así lo está acreditando la diligencia de necropsia..." (Intervención del señor Fiscal del Juzgado, fol. 134 vto.).

"...El primer elemento para que se configure el delito de homicidio, es la intención de matar y esa intención no la hubo en Anselmo Reyes, puesto que si como se dijo en el auto de proceder el

hecho fue imprevisto de allí que con ese solo motivo desapareció la intención..." (Intervención del señor defensor, fls. 137 y vto.).

Las peticiones concretas de las partes ante los jueces de hecho fueron: afirmación de responsabilidad "en la forma propuesta en el cuestionario", por el Ministerio Público; "NO por haber obrado en legítima defensa", por el representante legal del acusado.

Quiere ello decir, simplemente, que el Jurado no atendió a lo solicitado por el señor defensor y que, para sólo aclarar que en la comisión del hecho el procesado no obró en forma **reflexiva, ponderada o calculada**, sino en un **raptus**, de manera más o menos impulsiva, o en un **acto primo**, consignó la anodina explicación al veredicto afirmativo de responsabilidad.

Y no habiendo, como no los hay, elementos de juicio que puedan conducir lógicamente a una estimación distinta, ni el veredicto ha sido tachado de **contradictorio**, imposible resulta declarar que el fallo acusado está "en desacuerdo con el veredicto", exigencia perentoria para que la casación prospere.

No es dable a la Corte en un caso como el presente pretender que el Jurado con la frase empleada en su respuesta a la cuestión que se le propuso admitió una causal de justificación, o siquiera modificadora de la responsabilidad, atribuyendo arbitrariamente a sus términos una significación que no tienen, pues ello sería desconocer la función misma de los juzgadores de hecho y, en el fondo, suplantarse la voluntad del Jurado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **DESECHA** el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de que se ha hecho mérito y **ORDENA** devolver el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y publíquese.

**Gabriel Carreño Mallarino — Humberto Barre-
ra Domínguez — Luis Eduardo Mejía Jiménez.**

Simón Montero Torres — Pedro Pacheco Osorio.

**Gustavo Rendón Gaviria. — El Secretario, Pio-
quinto León L.**

GRADOS DE LA EVIDENCIA DESDE EL PUNTO DE VISTA OBJETIVO Y DESDE EL SUBJETIVO. — FALSEDAD Y USO DE DOCUMENTOS PRIVADOS EN GENERAL Y FALSEDAD Y USO DE INSTRUMENTOS NEGOCIABLES EN PARTICULAR. — REGLAS DEL CONCURSO MATERIAL DE FALSEDAD Y ESTAFA. — ESCALA PENAL APLICABLE A TAL CONCURSO. — DICTAMEN GRAFOLOGICO. — SU VALOR PROBATORIO

1. — La evidencia es cuestión que admite grados. Desde el punto de vista objetivo, puede ser mediata o inmediata: si lo primero, presupónese un razonamiento más o menos largo; si lo segundo, basta una apreciación simple y directa del asunto.

Desde el punto de vista subjetivo, la cuestión de la evidencia ofrece mayores dificultades. Lo que para unos es ostensible y diáfano, para otros requiere laboriosas explicaciones.

El que, en perjuicio de tercero o con intención de causarlo, falsifique documento privado, incurre en prisión de 2 a 8 años y multa de \$ 100.00 a \$ 2,000.00 (Cfr. artículo 240 del C. P.).

Esta norma sólo contempla la falsificación del documento privado, sin prever el USO de éste por el falsificador.

Si el que usare el documento privado falso fuere el mismo que lo falsificó, incurrirá no ya en prisión sino en presidio de 2 a 8 años, y a esta pena se agregará un aumento de 1/3 a 1/2 (Cfr. Arts. 242 y 233 *ibidem*).

Aquí, en cambio, se reprime al que siendo falsificador del documento privado, lo USA.

Ahora véase lo que ocurre con una especie del género, es decir, no ya con la falsedad y el uso de documentos privados en general, sino con la falsedad y el uso de INSTRUMENTOS NEGOCIABLES en particular, que entrañe un delito distinto de ésta.

El que sin ser funcionario o empleado público, o aún siéndolo —pero en zona de actividad extraña a sus funciones—, falsifique INSTRUMENTO NEGOCIABLE, o documento público u oficial, incurre, por ese solo hecho, en 2 a 8 años de presidio. (Cfr. artículo 233 *ibidem*).

Distingue, pues, la ley, entre documentos públicos e INSTRUMENTOS NEGOCIA-

BLES, sin crear desde luego con éstos un género aparte del conocido con el nombre de DOCUMENTOS PRIVADOS. La equiparación que aquí hace la ley entre documentos públicos e INSTRUMENTOS NEGOCIABLES se contrae al sólo efecto de la penalidad.

Si el que, usando “con perjuicio de tercero o con intención de causarlo”, el instrumento negociable a sabiendas de que es falso, no es el mismo sujeto que lo falsificó, la pena para el usador es la del artículo 233 del C. P., o sea la de 2 a 8 años de presidio, con una disminución “hasta una tercera parte”. (Cfr. Art. 234 *ibidem*).

Obsérvese desde ahora, que el USO punible a que se refiere el capítulo “De la falsedad”, no es un uso cualquiera sino un uso “con perjuicio de tercero o con intención de causarlo” (Artículo 240), o “con propósito de lucrarse” (Artículo 234 y 241 *ibidem*), sin que entrañe un delito distinto de la falsedad.

Pero ¿qué pasa si el que falsifica el instrumento negociable es el mismo que lo USA, incurriendo en otro delito?

a) ¿Se considera tal USO del instrumento por el mismo falsario, como delito o hecho punible distinto de la falsificación? ¿Hay o no hay concurso material de este delito con el de estafa, por ejemplo, cuando es autor de ambos un mismo sujeto activo y cuando hay o pudo haber un número plural de víctimas como secuela de tal USO?

b) Si no hay concurso sino más bien absorción del segundo delito por el de falsificación, seguiríase que quien a la vez resulta ser autor de ésta y aprovechador del INSTRUMENTO NEGOCIABLE apócrifo, tendría IGUAL pena que la imponible al que no ha hecho otra cosa que falsificar el instrumento negociable. Y por si esto fuera

poco, el que a la vez sea falsario y, por ejemplo, estafador respecto de documento privado no negociable, quedaría, como ya se ha visto, reprimido con mayor severidad (2 a 8 años de presidio con un aumento de 1/3 a 1/2. Cfr. Artículo 242 del C. P.) que el que comete los mismos delitos en cheques y letras de cambio.

c) Si, por el contrario, no hay tal absorción, ¿qué artículo del Código Penal se le aplica al autor de ese concurso de falsedad y el otro delito? ¿Se le aplica el 33 en armonía con el 233 (falsificación del instrumento negociable) y el 408 (estafa por medio del mismo)? ¿O se le reprime mediante la norma del concurso especialísimo del artículo 242 *ibidem*?

d) Aplicándole al que ha incurrido en la doble actividad criminal de que trata la letra c) precedente, las normas de los artículos 33, 233 y 408 del Código Penal, la pena imponible es la de 2 a 8 años de presidio con un aumento (artículo 33) de cero más uno "hasta otro tanto" de la base; al paso que si el precepto aplicable es el del artículo 242 *ibidem*, la pena-base es la misma (2 a 8 años de presidio), pero el aumento no puede bajar de la tercera parte, como mínimo, ni exceder de la mitad, como máximo. En la primera hipótesis no hay límite mínimo para el aumento; en la segunda, ese límite es la tercera parte. En cambio el máximo del aumento en la primera hipótesis es otro tanto de la base, y en la segunda sólo llega a la mitad.

Todos los interrogantes que hasta aquí ha presentado la Sala respecto al caso del que habiendo falsificado un cheque, acaba por hacerlo efectivo en provecho propio, se resuelven dentro de un criterio de rigurosa interpretación sistemática de la ley, mediante la aplicación del concurso material de falsedad y estafa (artículos 233, 408 y 33 del Código de las Penas). Esta clase de concurso fue la que tuvo en cuenta el Tribunal en el fallo recurrido, aunque sin expresar con la precisión deseable las bases esenciales de su razonamiento. La Corte estima que el Tribunal acertó al aplicar al caso de autos las reglas del concurso material de falsedad y estafa, porque, como ya se vio, el uso del cheque falso no se detuvo en el perjuicio de tercero o en el intento de causarlo o en el propósito de lucrarse, sino que se

trajo para quien a la vez fue autor y usuario del cheque falso en "un provecho ilícito".

En otras palabras: el uso no fue aquí únicamente el propio de la falsedad, sino que dio lugar a una nueva figura punible autónoma —la estafa— que consiste en obtener mediante engaños o artificios "un provecho ilícito con perjuicio de otro" (Artículo 408 del C. P.).

Si la falsificación no hubiera ocurrido en cheque sino en documento público u oficial, usado luego por el mismo falsario en provecho propio y en perjuicio de tercero, el resultado hubiera sido el mismo y la escala penal aplicable a tal concurso tampoco hubiera sido diferente (artículos 233, 408 y 33).

2.—El progreso alcanzado por la paleografía y la grafología en los últimos treinta años, ha sido tan extraordinario como en otros ramos del saber, hasta el punto de que en algunos casos un detenido y concienzudo examen de letras y grafismos practicado por expertos permite llegar a conclusiones de positiva certidumbre moral, cuando en el expediente, lejos de obrar elementos incompatibles con los resultados grafológicos, hay prueba indiciaria que los corrobora.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, mayo catorce de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino).

VISTOS:

JOSE ANTONIO CABRERA SARMIENTO o LUIS FRANCISCO CABRERA SARMIENTO fue condenado por el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de segunda instancia, el 9 de julio de 1958 a la pena principal de sesenta y ocho meses de presidio y a pagar al Tesorero Nacional una multa de cien pesos.

Al confirmar el Tribunal en lo demás, lo resuelto por el inferior (fallo de 12 de noviembre de 1957), Cabrera Sarmiento quedó igualmente condenado al pago de los perjuicios materiales y morales causados con el ilícito; a la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena principal; a la pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial; a la pérdida de la pa-

tria potestad, y a la publicación especial de la sentencia.

Los delitos de que resultó responsable José Antonio o Luis Francisco Cabrera Sarmiento fueron los de falsedad en instrumento negociable y estafa en concurso real. (Artículo 233 en relación con el 231, numeral 1º por una parte; y por otra, el artículo 408 del Código Penal. Véase también el artículo 33 *ibidem*).

En la propia sentencia de segundo grado se ordenó investigar otras infracciones atribuidas al reo según se ve en la denuncia inicial y en diversas piezas de este proceso.

El reo interpuso recurso de casación el cual fue declarado admisible.

Cumplido el trámite legal, se procede a resolver dicho recurso mediante las siguientes consideraciones:

HECHOS:

José Antonio o Luis Francisco Cabrera Sarmiento le sustrajo a su hermano Jaime Cabrera Sarmiento, en septiembre de 1955, en Bogotá, una chequera de cuenta corriente con el Banco Comercial Antioqueño (Sucursal de la Avenida Caracas). Falsificó la firma de su hermano en uno de esos cheques y lo hizo efectivo por la suma de dos mil cuatrocientos pesos. Ausentóse luego del hogar donde vivía con la víctima y con la madre de ambos; su hermano sabedor de las infracciones por el extracto del Banco y por diversas circunstancias y antecedentes del falsario, hubo de denunciarlo ante la justicia penal en el mes de octubre del mismo año de 1955.

Concluido el sumario, adelantóse el juicio contra José Antonio Cabrera Sarmiento, sin intervención del jurado; por tratarse de delitos respecto de los cuales no ha lugar a esta forma procesal.

Tanto el fallador de primera instancia como el de segunda están investidos, en esta clase de juicios, de la necesaria soberanía relativa para la apreciación de las pruebas.

DEMANDA DE CASACION

El recurrente, en extenso escrito de 28 de noviembre de 1958 invoca y trata de fundar, con carácter de principales las causales 1ª y 2ª del artículo 567 de la Ley 94 de 1938, y como subsidiaria la 4ª del mismo artículo.

Causal Primera.—Para el representante del

procesado, “la sentencia recurrida es violatoria de la ley penal, por indebida aplicación de la misma”.

Los fundamentos de la causal se presentan bastante confuso. El recurrente considera indebidamente aplicados por el Tribunal los artículos 33 del Código Penal y 203 del Código de Procedimiento Penal. Con relación a éste, sostiene que es norma sustantiva aunque se encuentre incorporada en el Código de Procedimiento; y que el fallador de segundo grado la quebrantó condenando a José Antonio Cabrera Sarmiento sin pruebas, o por lo menos sin la plena prueba de la infracción y sin haberse establecido que el reo fue responsable de ella.

El cargo se desvanece con la sola lectura de la fuerte prueba indiciaria que incrimina al reo no sólo como falsario sino como estafador profesional.

Consta en el proceso y aún se desprende de la indagatoria de Cabrera Sarmiento, que éste vivía bajo el mismo techo con la víctima y con la madre de ambos; que el reo tenía pésimos antecedentes judiciales en materia de falsedad y estafa; que tuvo amplia oportunidad para sustraer la chequera de su hermano, elaborar luego un cheque falso y cobrarlo después, por sí o por interpuesta persona concluyendo en esta forma una estafa indiscutible en perjuicio de un consanguíneo suyo dentro del segundo grado de parentesco; consta igualmente que fue él y no otro quien cometió la falsedad, como puede verse en concienzudo dictamen de peritos científicamente fundamentado; y aunque el reo, en su indagatoria niega ser autor de la falsedad y de la estafa, es lo cierto que en derredor suyo existe un apretado círculo de indicios conexos y vehementes que producen abrumadora certidumbre moral en contra de sus manifestaciones de inocencia.

En tales circunstancias no puede decirse ni de lejos que el Tribunal condenó a Cabrera Sarmiento sin la prueba suficiente, es decir sin la prevista en el artículo 203 del C. de P. P.

Así pues, esta norma no fue quebrantada sino cumplida estrictamente por el Juez de primera instancia y por el Tribunal. En consecuencia no prospera el cargo.

En cuanto a la alegada infracción del artículo 33, los fundamentos de la demanda resultan en su mayor parte confusos unos e inconducentes otros; pero hay un pasaje que conviene transcribir y analizar:

No es un error afirmar en apoyo de esta demanda —dice el apoderado del reo— “que cuando el

Tribunal Superior en su sabiduría ha dado la aplicación legal (sic) de la ley en la forma que aparece en su fallo, que prohija el del Juez a-quo, ha violado esa ley por manifiesto error en su aplicación. El artículo 33 no es para ser aplicado a Cabrera Sarmiento, ni a ningún inculpatado en el caso en que se entiende y se aplica”.

Aquí se plantea para la Sala un problema de dialéctica elemental. El recurrente, en el párrafo recién transcrito, asevera que el Tribunal incurrió en manifiesto error de derecho al aplicar a este caso el artículo 33 de la Ley 95 de 1936 sobre concurso material de delitos. No completa, desde luego, su argumentación; pero hay que examinar, sin embargo, si la premisa mencionada vale o no vale. ¿Habrà o no habrá error manifiesto o evidente, al aplicarle el artículo 33 al reo? La evidencia es cuestión que admite grados. Desde el punto de vista objetivo, puede ser mediata o inmediata: si lo primero, presupónese un razonamiento más o menos largo; si lo segundo, basta una apreciación simple y directa del asunto.

Desde el punto de vista subjetivo, la cuestión de la evidencia ofrece mayores dificultades. Lo que para unos es ostensible y diáfano, para otros requiere laboriosas explicaciones.

El que, en perjuicio de tercero o con intención de causarlo, falsifique **documento privado**, incurra en **prisión** de 2 a 8 años y multa de \$ 100 a \$ 2.000 (Cfr. Artículo 240 del C. P.).

Esta norma sólo contempla la falsificación del documento privado, sin prever el USO de éste por el falsificador.

Si el que **usare** el **documento privado** falso fuere el mismo que lo falsificó, incurrirá no ya en **prisión** sino en **presidio** de 2 a 8 años, y a esta pena se agregará un **aumento** de $1\frac{1}{3}$ a $1\frac{1}{2}$ (Cfr. Arts. 242 y 233 ibídem).

Aquí, en cambio, se reprime al que siendo falsificador del **documento privado**, lo USA.

Ahora véase lo que ocurre con una especie del género, es decir, no ya con la falsedad y el uso de **documentos privados** en general, sino con la falsedad y el uso de **INSTRUMENTOS NEGOCIABLES** en particular, que entrañe un delito distinto de ésta.

El que sin ser funcionario o empleado público, o aún siéndolo —pero en zona de actividad extraña a sus funciones—, falsifique **INSTRUMENTO NEGOCIABLE**, o documento público u oficial, incurra, por ese sólo hecho, en 2 a 8 años de **presidio**. (Cfr. Art. 233 ibídem).

Distingue, pues, la ley, entre documentos públicos e **INSTRUMENTOS NEGOCIABLES**, sin crear desde luego con éstos un género aparte del conocido con el nombre de **DOCUMENTOS PRIVADOS**. La equiparación que aquí hace la ley entre documentos públicos e **INSTRUMENTOS NEGOCIABLES** se contrae al sólo efecto de la penalidad.

Si el que, usando ‘con perjuicio de tercero o con intención de causarlo’, el instrumento negociable a sabiendas de que es falso, no es el mismo sujeto que lo falsificó, la pena para el usador es la del artículo 233 del Código Penal, o sea la de 2 a 8 años de presidio, con una **disminución** ‘hasta de una tercera parte’ (Cfr. Artículo 234 ibídem.).

Obsérvese, desde ahora, que el USO punible a que se refiere el capítulo ‘De la falsedad’, no es un uso cualquiera sino un uso ‘con perjuicio de tercero o con intención de causarlo’ (Artículo 240), o ‘con propósito de lucrarse’ (Artículos 234 y 241 ibídem), sin que entrañe un delito distinto de la falsedad.

Pero, ¿qué pasa si el que falsifica el **instrumento negociable** es el mismo que lo USA, incurriendo en otro delito?

a) ¿Se considera tal USO del instrumento por el mismo falsario, como delito o hecho punible distinto de la falsificación? ¿Hay o no hay concurso material de este delito con el de estafa, por ejemplo, cuando es autor de ambos un mismo sujeto activo y cuando hay o pudo haber un número plural de víctimas como secuela de tal USO?

b) Si no hay concurso sino más bien **absorción** del segundo delito por el de falsificación, seguiríase que quien a la vez resulta ser autor de ésta y **aprovechador** del **INSTRUMENTO NEGOCIABLE** apócrifo, tendría **IGUAL** pena que la imponible al que no ha hecho otra cosa que falsificar el instrumento negociable. Y por si esto fuera poco, el que a la vez sea falsario y, por ejemplo, estafador respecto de documento privado no negociable, quedaría, como ya se ha visto, reprimido con mayor severidad (2 a 8 años de presidio con un aumento de $1\frac{1}{3}$ a $1\frac{1}{2}$. (Cfr. Artículo 242 del Código Penal) que el que comete los mismos delitos en cheques y letras de cambio.

c) Si, por el contrario, no hay tal absorción, ¿qué artículo del Código Penal se le aplica al autor de ese concurso de falsedad y el otro delito? ¿Se le aplica el 33 en armonía con el 233 (falsificación del instrumento negociable) y el 408 (estafa por medio del mismo?) ¿O se le re-

prime mediante la norma del concurso especialísimo del artículo 242 *ibidem*?

d) Aplicándole al que ha incurrido en la doble actividad criminal de que trata la letra c) precedente, las normas de los artículos 33, 233 y 408 del Código Penal, la pena imponible es la de 2 a 8 años de presidio con un aumento (artículo 33) de cero más uno "hasta otro tanto" de la base; al paso que si el precepto aplicable es el del artículo 242 *ibidem*, la pena-base es la misma (2 a 8 años de presidio), pero el aumento no puede bajar de la tercera parte, como mínimo, ni exceder de la mitad, como máximo. En la primera hipótesis no hay límite mínimo para el aumento; en la segunda, ese límite es la tercera parte. En cambio el máximo del aumento en la primera hipótesis es otro tanto de la base, y en la segunda sólo llega a la mitad.

Todos los interrogantes que hasta aquí ha presentado la Sala respecto al caso del que habiendo falsificado un cheque, acaba por hacerlo efectivo en provecho propio, se resuelven, dentro de un criterio de rigurosa interpretación sistemática de la ley, mediante la aplicación del concurso material de falsedad y estafa (artículos 233, 408 y 33 del Código de las penas). Esta clase de concurso fue la que tuvo en cuenta el Tribunal en el fallo recurrido, aunque sin expresar con la precisión deseable las bases esenciales de su razonamiento. La Corte estima que el Tribunal acertó al aplicar al caso de autos las reglas del concurso material de falsedad y estafa, porque, como ya se vio, el uso del cheque falso no se detuvo en el perjuicio de tercero o en el intento de causarlo o en el propósito de lucrarse, sino que se tradujo para quien a la vez fue autor y usador del cheque falso, en "un provecho ilícito".

En otras palabras el uso no fue aquí únicamente el propio de la falsedad, sino que dio lugar a una nueva figura punible autónoma —la estafa— que consiste en obtener mediante engaños o artificios "un provecho ilícito con perjuicio de otro" (Art. 408 del C. P.).

Si la falsificación no hubiera ocurrido en cheque sino en documento público u oficial, usado luego por el mismo falsario en provecho propio y en perjuicio de tercero, el resultado hubiera sido el mismo, y la escala penal aplicable a tal concurso tampoco hubiera sido diferente (Artículos 233, 408 y 33).

Por todo lo anterior no prospera el segundo cargo de la causal primera.

Causal segunda.—El recurrente, para fundarla, repite los motivos que ya adujo en apoyo del pri-

mer cargo de la causal primera. Sostiene nuevamente que el Tribunal sentenciador incurrió en "errónea apreciación de los hechos", habiéndoles atribuido un valor que no tuvieron. Agrega que el dictamen de los peritos grafólogos "se le dio el inexorable valor de indicio necesario para llegar a la conclusión de la responsabilidad penal del procesado. Cita una antigua doctrina de la Corte (año de 1927) para restarle eficacia a la prueba grafológica.

A este respecto cabe observar que el progreso alcanzado por la paleografía y la grafología en los últimos treinta años, ha sido tan extraordinario como en otros ramos del saber, hasta el punto de que en algunos casos un detenido y concienzudo examen de letras y grafismos practicado por expertos como los que intervinieron en este proceso, permite llegar a conclusiones de positiva certidumbre moral, cuando en el expediente, lejos de obrar elementos incompatibles con los resultados grafológicos, hay prueba indiciaria que los corrobora.

Aduce también el representante del reo otra jurisprudencia acogida por la Corte en el año de 1944 y del tenor siguiente: "Debido a la circunstancia de que la grafología no es una ciencia exacta . . . la ley procesal no les otorga a los dictámenes . . . el valor de plena prueba, sino el de un indicio más o menos grave . . . según los fundamentos". Esta doctrina no se puede invocar contra el dictamen que obra en autos, porque éste constituye indicio no sólo grave sino vehemente y nada hay que lo destruya en el juicio.

En el presente caso, el dictamen de los peritos aparece debidamente fundamentado; no se observan errores de orden dialéctico en el razonamiento; sus conclusiones fluyen, sin esfuerzo, hacia resultados inequívocos.

En el escrito de respuesta a la demanda de casación, el señor Procurador (folios 35, cuaderno 3) expone:

"Hasta este momento procesal el hoy sentenciado no formuló solicitud alguna vinculada al dictamen" de los peritos. "Una vez abierto el juicio a prueba por el Juzgado Superior, Cabrera Sarmiento . . . pide se decreten varias . . . entre otras, la contenida en el punto cuarto" de su memorial que dice: "Que se designen nuevos peritos grafólogos para que en vista de los documentos respectivos, rindan su dictamen, ya que, en mi concepto, considero errado en su apreciación el que aparece en autos".

El Juzgado —continúa el Ministerio Público— por considerar las conducentes ordenó la práctica

de las . . . que se le solicitaban, excepción hecha de la contenida en el punto cuarto, disponiendo en el numeral j) de la providencia . . . que 'como el dictamen pericial que obra a folios 171 y 172 . . . en este mismo proveído se ordena ponerle a disposición de las partes, de conformidad . . . con el artículo 266 del Código de Procedimiento Penal, durante el término allí señalado el sindicado podrá hacer uso del derecho que le confiere el artículo 267 ibídem. Por lo tanto, lo solicitado en el punto cuarto . . . no se decreta' (folios 221 y 222).

"Esta decisión —prosigue la Procuraduría— fue oportunamente notificada al solicitante . . . Cabrera Sarmiento. No hay constancia en el expediente de que en esa oportunidad, como tampoco lo hiciera en las anteriores, usara de los derechos que el artículo 266 del C. de P. P. le otorgaba.

"Con excelente buen criterio que comparte este despacho, el Juzgado respondió (al memorialista) brindándole e indicándole el camino legal . . . si su propósito era el de tachar el dictamen por ERROR refiriéndole el artículo 267 del C. de P. P., que estipula el procedimiento cuando se objeta el dictamen . . . (Art. 395 ibídem).

"Tal derrotero propuesto por el Juzgado no fue apercibido por el interesado, quien no usó, en momento alguno, de las oportunidades de defensa y garantías legales que se le proporcionaban con encomiable celo por parte del funcionario. Tampoco lo hizo formulando solicitud ninguna sobre el otro aspecto que se le señalaba, ya en relación con el artículo 266 del C. de P. P. cuando se ordenó poner a disposición de las partes el dictamen . . . para que ellas pidieran al perito la explicación, la ampliación o la clarificación del mismo".

Por tanto, tampoco prospera el cargo relativo a la causal segunda.

Causal cuarta.—El recurrente dice que la sentencia del Tribunal 'fue dictada en un juicio vi-ciado de nulidad'.

El motivo en que pretende fundarse como subsidiaria esta causal, no es otro que el relacionado con los peritos grafólogos, al cual se refirió el recurrente a propósito de la causal segunda.

El cargo no tiene asidero válido; pero a mayor abundamiento la Sala se permite transcribir y prohijar lo que al respecto dice la Procuraduría, conviene a saber:

"La lectura y estudio detenido de los cuatro fundamentos que señala el demandante como bases de sustentación de su demanda, llevan a este Despacho a la conclusión de que el distinguido abogado recurrente, posiblemente en un exceso de celo defensivo por los intereses de su cliente, hizo caso omiso, —inconcientemente—, de los dictados insistentes de la H. Corte Suprema en el sentido de que la demanda de casación no puede divorciarse de determinados cánones técnicos, amén de cumplir los generales contenidos en el artículo 7º del C. de P. P. y el artículo 531 del C. de P. C. . . .

"... ahondando en el mismo tema, y sin temor a pecar por exageración en el examen de estas situaciones planteadas ante la H. Corte, el Despacho se permite reproducir aparte de una sentencia del 23 de noviembre de 1948, que encaja a perfección sobre el tópico en debate:

"La inobservancia del artículo 266 del Código de Procedimiento Penal no está erigida en causal de nulidad; tanto es así que si el Juez no puso en conocimiento de las partes el dictamen pericial para que durante el término (cinco días) allí fijado, pudieran ellas pedir que ampliara, explicara o aclarara, les quedaba el derecho éste si importante de objetar tal dictamen por cualquiera de los motivos determinados en la ley entre ellos el error grave".

"Huelga cualquier otro comentario para concluir de lo expuesto que la causal 4ª invocada no prospera".

Por lo expuesto y lo transcrito, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo en parte con la Procuraduría y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia materia del recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera Domínguez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Gustavo Rendón Gaviria—Píoquinto León L., Secretario.

CONDICIONES REQUERIDAS PARA QUE, TRATÁNDOSE DE COACCIÓN MORAL, PUEDA HABLARSE DE IRRESPONSABILIDAD.—LA CELEBRACION DE LA AUDIENCIA PUBLICA AL DIA SIGUIENTE DEL SEÑALADO, NO OCASIONA LA NULIDAD PREVISTA BAJO EL NUM. 7º DEL ARTICULO 198 DEL C. DE P. P. NI LA SUPRALEGAL DEL ARTICULO 26 DE LA CARTA, CUANDO EL PROCESADO Y SU DEFENSOR CONCURRIERON AL ACTO Y ESTE ULTIMO EXPUSO AMPLIAMENTE SUS PUNTOS DE VISTA SIN HACER RECLAMO ALGUNO. — CONDICIONES REQUERIDAS PARA LA PROCEDENCIA DEL PERDON JUDICIAL, EN EL EVENTO DEL ARTICULO 195 DEL C. P. — INTERPRETACION DE ESTA NORMA

1.—“El artículo 23 del Código Penal habla de que no hay lugar a responsabilidad cuando el hecho se comete: Por insuperable coacción ajena....” La coacción constituye una circunstancia de excusa de la responsabilidad, porque aunque el hecho es ejecutado por el agente no es propio de él, no es suyo, sino del que ejercita la violencia. Non agit, sed agitur (Derecho Penal Colombiano.—Agustín Gómez Prada). Así pues. en tratándose de coacción moral, para que pueda hablarse de irresponsabilidad, es preciso: 1º Que haya un peligro inminente, esto es, que no sea futuro e incierto; 2º De un mal que aparezca al sujeto como más grave que el que pueda ocasionarle el hecho ilícito propuesto; y 3º Que no pueda ser evitado sino realizando ese hecho ilícito prohibido por la ley. (Comentario del mismo autor citado)”.

2.—Cuando en el auto de cargos no se señaló día cierto y determinado para la celebración de la audiencia pública, sino que apenas se expresó que ella se celebraría al día siguiente hábil después de vencido el término probatorio, y no obstante lo anterior su celebración sólo vino a tener lugar dos días después del aludido vencimiento, de tal ocurrencia no puede predicarse que ocasione la nulidad prevista bajo el numeral 7º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, cuando el procesado y su defensor concurren al acto, y el segundo expuso ampliamente sus puntos de vista, sin hacer reclamo, alguno. Ello supone apenas una manifiesta informalidad del juicio que en nada lesionó el derecho de defensa. Tampoco la nulidad supralegal del artículo 26 de la Carta, ya que los intereses jurídicamente protegidos por las normas respecti-

vas se cumplieron, no obstante el defecto anotado, de significación formal y accidental.

3.—El artículo 195 del Código Penal, como es obvio, no puede interpretarse aisladamente, sino vinculándola, por un proceso sistemático, a todas las demás concordantes, y, en especial, a lo que dispone el artículo 91, el cual, a su vez, remite al artículo 80, cuyos requisitos deben cumplirse o darse en el caso concreto, para que el perdón judicial sea conducente. Son tres tales supuestos. 1). Que sobre el procesado no haya recaído ninguna condenación por delitos; 2). Que su conducta anterior haya sido siempre buena; y 3). Que su personalidad, la madurez y modalidades del hecho delictuoso y los motivos determinantes, dan al Juez la convicción de que el individuo que va a gozar de este beneficio no es peligroso para la sociedad y de que no volverá a delinquir.

No son pocas, de consiguiente, las condiciones requeridas para la procedencia del perdón judicial, en el evento del artículo 195 del Código Penal. Y todas ellas relacionadas con cuestiones de hecho o probatorias, cuya verificación y análisis no pueden hacerse dentro del estrecho marco de la causal 1ª de casación, exclusivo para problemas de puro derecho, sino dentro de la zona procesal señalada por la ley, que lo es la causal 2ª de casación.

La concesión del beneficio especial del artículo 195 del Código Penal es obligatoria si se cumplen todos los requisitos allí exigidos. El arbitrio que el texto consagra, como ocurre con el del artículo 80 ibídem, no es absoluto, de suerte que pueda conducir a la arbitrariedad. No se trata de un “poder” o querer caprichoso del juzgador. Esto sería

absurdo; y es la misma ley penal la que señala al Juez, con la fuerza obligatoria de toda norma, los supuestos de hecho que, una vez realizados o cumplidos, lo gravan con el deber del perdón.

Pero aunque esto es cierto en el campo de la pura doctrina, no basta, por sí solo, para definir, en los casos concretos, si dicho arbitrio ha sido ejercido arbitrariamente o en forma ilegal o indebida.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, quince de mayo de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez).

VISTOS:

“El 18 de julio de 1957 conoció el H. Tribunal Superior de Neiva, en razón de recurso de apelación, y por motivo de consulta de un sobreseimiento definitivo, del auto de vocación a juicio dictado por el Juez Superior de Neiva en que se llamaba a responder criminalmente y con los trámites en que interviene el jurado a Napoleón Valenzuela Bonilla como responsable de los delitos de homicidio y lesiones personales cometidos en las personas de sus hermanos legítimos, Samuel y Alberto Valenzuela Bonilla, respectivamente.

“De los hechos en cuestión había sido testigo presencial el señor PEDRO DUARTE GIL, —por entonces trabajador al servicio de Napoleón Valenzuela,— quien, como tal, fue llamado a declarar por la justicia. Ante esta, depuso inicialmente el 1º de julio de 1950, año en que ocurrieron los sucesos, y proporcionó una versión por la cual situaba a Napoleón Valenzuela como agresor de sus hermanos. El mismo recuento fue sostenido por el declarante Duarte en ocasión de un careo practicado con algún otro de los sindicados. Con alguna posterioridad, y, claro está, dentro del mismo proceso, Duarte hizo manifesación explícita de haber mentido en sus declaraciones anteriores y relató hechos muy diferentes a los descritos en aquellas llegando a configurar una distinta situación jurídica favorable para Napoleón Valenzuela, a quien presentara, no ya como agresor de sus hermanos, sino como agredido por éstos. Frente a estas situaciones el H. Tribunal ordenó que por el Juzgado de primera instancia se sacaran las copias necesarias para investigar el po-

sible delito cometido por el declarante al afirmar dos cosas perfectamente contradictorias bajo juramento en distintas declaraciones. Fue así como, compulsadas esas copias por la secretaría del despacho, se entregaron al Juzgado Penal del Circuito de Neiva (reparto) para que se abriera la investigación penal correspondiente. El Juzgado del conocimiento comisionó para la práctica de algunas diligencias al señor Juez Cuarto Departamental de Policía de la ciudad, las que cumplidas, fueron devueltas al comitente. Abierto el juicio a prueba a solicitud del defensor de Duarte Gil, se ordenó la recepción de varias declaraciones pedidas por el mismo, las que —según constancia secretarial obrante al folio 81 del primer cuaderno—, no fueron llevadas al expediente “por ignorarse el lugar de residencia de dichos testigos”. Celebrada la audiencia pública, el Juzgado, en providencia motivada visible a folios 82 vuelto y siguientes del primer cuaderno, otorgó al procesado Duarte Gil el perdón judicial “ordenado” en el artículo 195 del Código Penal, prescindiendo, en consecuencia, de aplicarle sanción alguna. Como se consignó al conocer de esta providencia en el grado de consulta el H. Tribunal la revocó, e impuso en su lugar a Duarte, la pena de dos años de presidio”.

El anterior relato, copiado textualmente del escrito-contestación de la Procuraduría, deja sintetizados los hechos a que se refiere el recurso de casación, que se interpuso contra el referido fallo del Tribunal Superior de Neiva y la Corte declaró admisible.

LA DEMANDA Y SU CONTESTACION

Aunque pudieran apuntarse a aquella algunos defectos de técnica, se han satisfecho por el recurrente los requisitos mínimos para que la Corte entre a considerarla.

Invoca el demandante las causales 1ª, 2ª y 4ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, y a ellas se refiere en capítulos separados, tratando de desarrollar los cargos que estima fundados. Pero no comparte el Ministerio Público, cuya voz lleva el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, los puntos de vista expuestos en el libelo y, en muy completo y ordenado estudio, los analiza y rebate, para concluir con que no debe casarse la sentencia acusada.

EXAMEN DE LOS CARGOS:

Como lo advierte la Procuraduría con la cita

de reciente doctrina de la Corte, el estudio de las causales de casación debe hacerse "no en el orden que aparezca en la demanda, sino según la capacidad de cada una de ellas con respecto al fin para el cual ha sido establecida". Se empezará, pues, por el estudio de la causal 4ª, porque, según la referida doctrina, "alegada una nulidad que afecta el procedimiento que le sirvió de base al fallo impugnado, sería inconducente darle preferencia al examen del cargo que se refiere sólo a la aplicación de la pena, por ejemplo" (G. J., LXXVII, febrero de 1954).

Causal 4ª:

Dos son los cargos de nulidad formulados bajo esta causal, el primero de los cuales queda resumido en estos términos de la demanda:

"...no se practicaron las pruebas pedidas por su defensor (el del reo), en virtud de que no se libraron órdenes de comparendo para los testigos que vivían en la misma región en que habitaba el procesado. Al folio 81 del cuaderno principal aparece la constancia de la Secretaría de que no se practicaron tales pruebas por ignorarse la residencia de los testigos. Pero ello no es así, pues no hay constancia de que se libraran órdenes de comparendo y en el memorial petitorio de tales declaraciones, visible al folio 80 del mismo cuaderno se había dicho que tales testigos eran vecinos de Neiva, y por tanto ha debido librarse órdenes al detectivismo para que los buscara y los citara.... Se incurrió en la nulidad constitucional, por violación del artículo 26 de la Carta."

A estas observaciones responde la Procuraduría haciendo una severa y fundada crítica a la actuación del Juzgado de instancia, que ha podido y debido proveerse, de manera eficaz, a que los testimonios solicitados se recibiesen, mayormente, si la prueba fue decretada y se dijo, con perfecta claridad, en qué lugar residían los declarantes.

Pero, aceptando el hecho de tal omisión como real, rechaza el Ministerio Público la conclusión sacada por el recurrente y razona, en estos términos, que la Sala acoge

"No considera esta Procuraduría Delegada que las pruebas que dejaron de incorporarse a autos, Y QUE NO FUERON NEGADAS POR EL DESPACHO, SINO DECRETADAS POR EL MISMO, en el supuesto de producirse hubieran tenido tal virtualidad como para eximir de toda responsabilidad penal al inculcado. Destinadas a probar una supuesta coacción sufrida por él, ella supondría —en la hipótesis de su plena compro-

bación— la configuración jurídica contzada en el artículo 23 del Código Penal, no del artículo 19 del mismo estatuto, tal como lo afirma el señor Juez a quo. Por lo demás, la insuperable coacción que se pretendía demostrar escapa a los términos que la plantea en su indagatoria el procesado Duarte; lo que, en el más venturoso de los supuestos se hubiera probado, sería la existencia de tales amenazas, pero no de la intensidad requerida para llevar al ánimo del procesado la perturbación que pudiera eximirlo de responsabilidad. Recordamos, simplemente, que dicho artículo 23 del Código Penal habla de que "no hay lugar a responsabilidad cuando el hecho se comete: Por insuperable coacción ajena..." La coacción constituye una circunstancia de excusa de la responsabilidad, porque aunque el hecho es ejecutado por el agente no es propio de él, no es suyo, sino del que ejercita la violencia. Non agit, sed agitur (Derecho Penal Colombiano.-Agustín Gómez Prada). Así, pues, en tratándose de coacción moral (como sería la ejercida en este caso, comentario de la Procuraduría) para que pueda hablarse de irresponsabilidad, es preciso: 1º Que haya un peligro inminente, esto es, que no sea futuro e incierto; 2º De un mal que aparezca al sujeto como más grave que el que pueda ocasionarle el hecho ilícito propuesto; y 3º Que no pueda ser evitado sino realizando ese hecho ilícito prohibido por la ley. (Comentario del mismo autor citado).

"La simple lectura de la injurada rendida por Duarte (folios 28 y siguientes, cuaderno principal) es suficiente para demostrar cómo esta coacción sobre su ánimo no era tanta, ni de tal intensidad, como para desatar su voluntad hasta determinar a testimoniar falsamente ante la autoridad. Sobre estos fundamentos, la Procuraduría Delegada llega a la conclusión de que los hechos aducidos como generadores de una nulidad constitucional no pueden considerarse como suficientemente probados para demostrarla. Se acepta, sí, que existió una irregularidad, advertida y comentada in extenso, y merecedora de censura; pero no lo bastante capaz para determinarla como causal deservolvente de nulidad supra legal".

La Sala ahija, como ya se dijo, los anteriores conceptos, y, sobre tal base, concluye que el cargo aludido no puede prosperar.

La otra nulidad alegada por el recurrente, de acuerdo con lo previsto bajo el numeral 7º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, se hace consistir en que la audiencia respectiva no se llevó a cabo en el día que se fijó para celebrarla. "En efecto, se lee en la demanda, no

se señaló día cierto y determinado, pues únicamente se dijo en el numeral tercero de la parte resolutive del auto de cargos, que la audiencia se celebraría al día siguiente hábil después de vencido el término probatorio. Sin embargo el término probatorio venció el 24 de julio de 1958, pero la audiencia no se realizó el 25, día hábil siguiente al vencimiento del término probatorio, sino que se realizó el 26 de julio de 1958, día que no estaba señalado, a menos que el Secretario tuviera facultad para hacer el señalamiento es decir para dictar autos, pues es el Secretario, el que, sin que se sepa la razón, aparece anotando en una constancia visible al folio 81 del cuaderno número uno, que la audiencia se celebrará el día 26, que en ningún caso era el señalado, pues no era el siguiente hábil al vencimiento del término probatorio.... Esto sin tener en cuenta que al no señalar día cierto y determinado para celebrar la audiencia, se pretermitió también la plenitud de formas propias del juicio penal, y se violó nuevamente el artículo 26 de la Constitución Nacional, lo cual vicia de nulidad la actuación, por ser los procedimientos de orden público”.

La Sala ha verificado cuidadosamente las citas del libelo, y encuentra que, en efecto, el término probatorio de ocho días, reconocido en el auto de cargos, vencía el día 24 de julio de 1958, siendo, por lo tanto, exacto el informe de secretaría visible al folio 81 del cuaderno principal. Se había señalado para la audiencia el día siguiente al de tal vencimiento, el cual no podía ser otro que el del 25, ya que después de las doce de la noche empezaba a correr el día “siguiente”. No queda duda de esto, si se repara en el recto sentido de los artículos 59 y siguientes del Código Político y Municipal, que subrogan los respectivos del Código Civil.

La audiencia se celebró el día 26, que no era el señalado previamente, y ello supone una manifiesta informalidad del juicio. Sin embargo, de tal ocurrencia no puede sacarse la conclusión del recurrente, por una razón que se cae de su peso: en nada lesionó el derecho de defensa. La realidad es que el procesado y su defensor concurren al acto, y que el segundo expuso ampliamente sus puntos de vista, sin hacer reclamo alguno. Luego no se produjo la nulidad contemplada en el ordinal 7º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, y menos la supra legal del artículo 26 de la Carta, ya que los intereses jurídicamente protegidos por las normas respectivas se cumplieron, no obstante el defecto anotado, de significación exclusivamente formal y accidental.

No prospera, de consiguiente, el cargo.

* * *

Causal 2ª

La sola transcripción del texto legal que la consagra, muestra cómo la faena de demostrarla, en los casos concretos, exige análisis muy completos y aun arduos exámenes y razonamientos, en la mayoría de los casos. Dice, en efecto, el artículo 567 del C. de P. P., al respecto:

“Cuando por errada interpretación o apreciación de los hechos, en la sentencia se les haya atribuido un valor probatorio que no tienen, o se les haya negado el que sí tienen, o no se les haya tomado en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso, o cuando resulte manifiesta contradicción entre ellos; siempre que sean elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o circunstancias que hayan influido en la determinación de la sanción”.

Sin embargo, todo el estudio o esfuerzo demostrativo del demandante se reduce a esto:

“El H. Tribunal apreció mal la confesión del procesado, la cual era indivisible y contenía el descargo de que había declarado falsamente en sus primeras declaraciones por miedo a las amenazas de muerte hechas por Alberto Valenzuela. ... Contra esta afirmación del procesado no sólo no hay prueba en el proceso, sino que de las copias traídas a los autos se desprende su realidad o por lo menos su verosimilitud. Sin embargo, el H. Tribunal no tomó en cuenta esta afirmación del procesado, y dijo en su fallo que dicho procesado sólo había alegado para justificar su delito, el hecho de que Alberto Valenzuela lo hubiera ultrajado, con posterioridad a sus primeras declaraciones, lo cual no es exacto, pues el procesado alegó en su indagatoria el temor por las amenazas de muerte que le había hecho Alberto Valenzuela. ... Ahora bien, como dijo en la audiencia, en las circunstancias de ausencia de autoridad y de protección del gobierno en la región en que vivían Duarte y Valenzuela, la cual estaba controlada por fuerzas rebeldes, sin que el gobierno pudiera ejercitar acción alguna, la excusa (sic) alegada por Duarte era de gran importancia, pues lo colocaba en situación de haber obrado para defender su vida y por tanto lo eximia de responsabilidad”

Como se ve, la técnica de casación, que impone orden y método en la exposición de los cargos, separación adecuada entre los hechos y su signi-

ficado jurídico, cita de disposiciones legales y otros requisitos análogos, se deriva en la demanda hacia la forma y contenido de los simples alegatos de instancia, pues esto, y no otra cosa, viene a ser el libelo, en la parte transcrita.

Con razón que la Procuraduría, después de recordar cuán exigente es dicha técnica, en relación con la aludida causal 2ª, termine formulando estos reparos, que se ajustan plenamente al caso:

“Nada de lo anterior se ve cumplido por el recurrente al pretextar la causal que invoca. En someras líneas cuya trascripción se hizo en su totalidad, que no pueden considerarse, ni mucho menos, como una contundente y metódica elaboración crítica sobre las pruebas, cumple el propósito de relieves la existencia de una mala apreciación por el H. Tribunal de la confesión del sindicado. Sus afirmaciones son absoletas (sic) de demostración: meramente gratuitas, situándolas en el terreno de la crítica y del comentario unipersonal. El H. Tribunal de Neiva en la sentencia pretensamente impugnada, hace juiciosas consideraciones sobre el valor de la confesión del procesado, su valor probatorio, a la luz del artículo 255 del Código de Procedimiento Penal, su verosimilitud, etc., entendida como reconocimiento que el acusado hace de su propia culpa. Las divagaciones —que no consideraciones— de orden social que esboza el recurrente para epilogar su pedimento de aceptación de esta causal segunda, son absolutamente foráneas frente al problema que plantea. Su inocuidad demostrativa las coloca al margen de comentario”.

En resumen, no se demostró que el cargo tenga fundamento, y por lo tanto, no prospera.

* * *

Causal 1ª.

En brevísimos párrafos en que los argumentos apenas se esbozan y no resalta mayor esfuerzo demostrativo, sostiene el recurrente que el Tribunal sentenciador “interpretó mal el artículo 195 del Código Penal y violó la ley al no aplicarlo, por no interpretarlo a la luz del artículo 3 del mismo Código, y aplicar en cambio el artículo 191 del mismo Código, imponiendo una sanción que estaba obligado a prescindir de imponer, en fuerza del mandato del artículo 3º del Código Penal, el cual fue violado por el H. Tribunal, también en su sentencia”. (Subrayas de la Corte).

SE OBSERVA:

Frente a la pobreza lógica y expositiva de la demanda, bastaría, para rechazar el cargo, la simple anotación de que ningún intento hizo el recurrente por demostrarlo. Sin embargo, cabe observar sucintamente:

a) Que el artículo 3º del Código Penal nada tiene que ver en el caso. El se refiere, principalmente, a la manera de eludir o desatar los posibles conflictos entre leyes preexistentes y posteriores, o a determinadas antinomias de los textos de un mismo estatuto o de varios; pero en manera alguna tiene significación frente a normas armónicas y complementarias, cuales son, evidentemente, los artículos 191 y 195 del C. P.

b) Que, de acuerdo con las imputaciones del auto de cargos y con lo debatido a través del juicio, la norma aplicable era y es el artículo 191 del Código Penal, el cual, con la modificación del Decreto Extraordinario 2.184 de 1951, incrimina con pena de dos a cinco años de presidio al testigo perjuro.

c) Que tampoco hubo “mala interpretación” del artículo 195 del C. P.

El texto dice literalmente:

“Podrá otorgarse el perdón judicial por los hechos de que tratan los artículos anteriores, al responsable que se retracte en el mismo proceso en que se rindió la declaración, dictamen o versión falsos con la oportunidad necesaria para que tal retractación pueda ser apreciada en la sentencia”.

Esta disposición, como es obvio, no puede interpretarse aisladamente, sino vinculándola, por un proceso sistemático, a todas las demás concordantes, y, en especial, a lo que dispone el artículo 91, el cual, a su vez, remite al artículo 80, cuyos requisitos deben cumplirse o darse en el caso concreto, para que el perdón judicial sea conducente. Son tres tales supuestos: 1) Que sobre el procesado no haya recaído ninguna condenación por delitos; 2) Que su conducta anterior haya sido siempre buena; y 3) Que su personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho delictuoso y los motivos determinantes, den al Juez la convicción de que el individuo que va a gozar de este beneficio no es peligroso para la sociedad y de que no volverá a delinquir.

No son pocas, de consiguiente, las condiciones requeridas para la procedencia del perdón judicial, en el evento del artículo 195 del Código Penal. Y todas ellas, relacionadas con cuestiones de hecho o probatorias, cuya verificación y análisis no puede hacerse dentro del estrecho marco de la

causal 1ª de casación, exclusivo para problemas de puro derecho.

Esta verificación y este análisis no los intentó siquiera el recurrente, dentro de la zona procesal señalada por la ley, que lo es la causal 2ª de casación; y ello bastaría también, fuera de lo dicho al comienzo, para rechazar el cargo.

No sobra advertir de paso que tiene razón el recurrente, cuando sostiene ser obligatoria la concesión del beneficio especial del artículo 195 del Código Penal, si se cumplen todos los requisitos allí exigidos. El arbitrio que el texto consagra, como ocurre con el del artículo 80 ibidem, no es absoluto, de suerte que pueda conducir a la arbitrariedad. No se trata de un "poder" o querer caprichoso del juzgador. Esto sería absurdo; y es la misma ley penal la que señala al Juez, con la fuerza obligatoria de toda norma, los supuestos de hecho que, una vez realizados o cumplidos, lo gravan con el deber del perdón.

Pero, aunque esto es cierto en el campo de la pura doctrina, no basta, por sí solo, para definir, en los casos concretos, si dicho arbitrio ha sido

ejercido arbitrariamente o en forma ilegal o indebida. Las razones quedaron expuestas, y es innecesario extenderse más sobre el asunto.

En síntesis, tampoco prospera el cargo.

DECISION:

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, acorde con el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barro-
ra Domínguez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—
Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—
Gustavo Rendón Gaviria—Píoquinto León L.,
Secretario.

AL MANDATARIO JUDICIAL NO PUEDE NEGARSELE LA FACULTAD DE ELEGIR LA MEJOR OPORTUNIDAD QUE EL ESTIME APTA PARA EL EXITO DE SUS GESTIONES. — LA APRECIACION Y DECISION SOBRE SI EN DETERMINADOS HECHOS SE HA CONFIGURADO O NO UN DELITO DE CALUMNIA, DEBE DEJARSE AL FUNCIONARIO COMPETENTE PARA CONOCER DE TAL CLASE DE INFRACCIONES PENALES, SOBRE LAS CUALES NO PUEDE PRONUNCIARSE LA CORTE SINO EN LA DEBIDA OPORTUNIDAD PROCESAL, SI LLEGA A TENERLA

1.—Si los contratos se celebran de buena fe y la mala no se presume, no puede negarse al mandatario la facultad de elegir la mejor oportunidad que él estime apta para el éxito de sus gestiones, pues ha de suponerse que es él quien mejor conoce, comúnmente, las circunstancias de todo orden que influyen o pueden influir en dicho éxito, o en su fracaso. Máxime cuando lo encomendado al profesional es el ejercicio de la llamada "acción contenciosa de anulación", que puede intentarse en cualquier tiempo, conforme lo dispone la Ley (artículo 83 del C. C. A.).

2.—"La apreciación y decisión sobre si en determinados hechos se ha configurado o no un delito de calumnia, debe dejarse al funcionario competente para conocer de tal clase de infracciones penales, sobre las cuales no debe pronunciarse la Corte sino en la debida oportunidad procesal, si llega a tenerla. Si pese a una decisión negativa por no aparecer violación de las normas que regulan el ejercicio de la abogacía y erigen en faltas punibles ciertos hechos relacionados con tal ejercicio, el acusado, por su propia iniciativa, formula denuncia por calumnia contra sus acusadores, la actividad jurisdiccional de los funcionarios competentes para adelantar ese proceso, se vería interferida por un prejuzgamiento del caso, hecho dentro del juicio sumario especial instituido por la Ley 69 de 1945".

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, diez y seis de mayo de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez)

Vistos:

Por medio del fallo del 19 de diciembre de 1958, cuya consulta con esta Corporación se decretó en el mismo, el Tribunal Superior de Pamplona puso fin a la primera instancia de este proceso, originado en la denuncia del señor Facundo Carrillo Durán contra el doctor Jorge Lamus Girón, por presunta violación de las normas que regulan el ejercicio de la abogacía y erigen en faltas punibles ciertos hechos relacionados con tal ejercicio.

El aludido fallo termina absolviendo al inculcado por los cargos que se le formularon; y el Ministerio Público, cuya voz le correspondió llevar, ante esta Corte, al señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, es de parecer que debe confirmarse.

Se trata de los siguientes cargos:

Primero:

El doctor Lamus Girón recibió y aceptó poder de varios ciudadanos vecinos de Pamplona, encabezados por el señor Facundo Carrillo Durán, para promover, ante el Tribunal Administrativo correspondiente, "ACCION DE NULIDAD contra el Decreto número 67 de 1954 (agosto 16), del Alcalde Militar de Pamplona, por medio del cual se establecen (sic) tarifas sobre pavimentación".

El referido poder fue autenticado ante el Juez Civil del Circuito de Pamplona, el 30 de noviembre de 1954; y, no existiendo otros datos más explícitos sobre el particular, tal fecha ha de tenerse como la de celebración del contrato, a partir de la cual nacían las obligaciones del mandatario. La remuneración estipulada se fijó en la suma de mil quinientos pesos (\$ 1.500.00), y a buena cuenta de ésta, como anticipo, recibió el doctor Lamus Girón la cantidad de quinientos pesos (\$ 500.00).

El día 22 de agosto de 1955, fecha de la denuncia, el mandatario no había presentado todavía la demanda correspondiente, con todo y el apreciable lapso que había transcurrido. Y se pretendió que esta omisión o tardanza, unida a otros hechos correlativos (cuyo análisis se hará adelante), hace al abogado reo del delito de estafa, o de "incumplimiento en el ejercicio de su profesión".

Se observa:

En los autos se acreditó que, pocos días después de la denuncia y sin que el acusado hubiera aún recibido el traslado legal para sus descargos, presentó la correspondiente demanda, que culminó, tiempo después, con la suspensión provisional del acto administrativo acusado y con su posterior anulación.

Explicó el doctor Lamus Girón cómo su compromiso versaba, tan sólo, sobre el ejercicio de la llamada "acción contenciosa de anulación", que puede intentarse en cualquier tiempo, conforme lo dispone la ley (artículo 83 del C. C. Administrativo). Y advirtió, asimismo, cómo a él concernía —pues sobre tal base contrató— determinar la mejor oportunidad para que el ejercicio de dicha acción tuviera mejores seguridades de buen suceso.

Lo primero es una realidad plenamente acreditada en los autos, ya que el memorial-poder respectivo sólo se refiere, como atrás se vio, a la simple acción de nulidad, sin que se aluda, directa o indirectamente, a la llamada acción de plena jurisdicción, que supone la solicitud de reparación del derecho violado y se prescribe en cuatro meses, conforme al artículo 83 del C. C. Administrativo. También los otros descargos son aceptables, pues es un hecho del dominio público que, por la época en que se celebró el contrato de servicios profesionales, no eran las circunstancias del país las más adecuadas para el ejercicio eficaz y seguro de ciertas acciones administrativas. De otra parte, si los contratos se celebran de buena fe y la mala no se presume, no puede negarse al mandatario la facultad de elegir la mejor oportunidad que él estime apta para el éxito de sus gestiones, pues ha de suponerse que es él quien mejor conoce, comúnmente, las circunstancias de todo orden que influyen o pueden influir en dicho éxito, o en su fracaso.

Mayormente si, según se lee en el fallo, "En las declaraciones del propio señor Facundo Ca-

rrillo, uno de los quejosos, existen afirmaciones y narraciones que demuestran que en realidad de verdad no era el momento oportuno dado el criterio de los Alcaldes Municipales de ese entonces, para iniciar la acción a que se había comprometido. Esto se deduce igualmente de las declaraciones del doctor Máximo Rozo y Emilio Mantilla, fls. 124 v. a 125, y 145 v. a 146 v."

También anota el Tribunal sentenciador, y la Corte prohija sus conceptos al respecto, lo que sigue:

"No es que la Sala considere ni mucho menos acoja como ceñido a la delicadeza profesional los retardos injustificados de los abogados en ejercer las acciones a que se han comprometido con sus clientes, por el solo hecho de la no prescripción de la acción; sino que en el presente caso encuentra excusable el retardo del abogado acusado para ejercerla, en vista de que él creyó inoportuna (sic) ejercerla en estos tiempos y las declaraciones atrás citadas, inclusive de uno de los quejosos, se encargan de demostrar que su creencia era acertada, debido a la manera de actuar los Alcaldes Militares de Pamplona en ese entonces".

Basta lo anterior, para desechar el cargo.

Segundo:

El segundo cargo se hace consistir en que el doctor Lamus Girón, al interrogársele por el estado del negocio a él encomendado, daba informes inexactos a sus clientes, manifestando que la demanda estaba presentada, no siendo esto cierto.

La imputación se fundamenta, principalmente, en el testimonio del interesado Carrillo Durán, denunciante. Pero éste admite que tales informes no se los suministraba directamente el doctor Lamus Girón, sino el señor Horacio Cortés D., a nombre del primero.

Por su parte, Cortés confirma a Carrillo Durán, expresando que las informaciones las recibía telefónicamente del abogado, cuando lo llamaba para solicitarlas con el fin de darlas a los interesados.

El doctor Lamus Girón niega categóricamente tales hechos; de suerte que se hallan en contradicción sus manifestaciones con las del declarante, especie de empleado o ex-empleado del primero.

El Tribunal sentenciador hace, al respecto, un completo análisis de la credibilidad que pueda merecer el referido testimonio, y termina desechándolo como sospechoso, con sobra de razón.

Se trata de un sujeto condenado por el delito de estafa, según él lo confiesa, y quien no deja de manifestar rencores o resentimientos contra el doctor Lamus Girón, por hechos reales o supuestos de que habría sido agente dicho profesional.

Tampoco esta imputación puede, de consiguiente, perjudicar la honorabilidad del acusado.

* * *

Las anteriores anotaciones son suficientes para la confirmación de la providencia consultada. Pero no sobra advertir que, de acuerdo con muy claras pruebas allegadas a los autos, se sabe fehacientemente que al doctor Lamus Girón no le fue indiferente, en ningún momento, la suerte de sus poderdantes; que hizo gestiones muy importantes, a que no se había comprometido, relacionadas con el mismo asunto del contrato, no sólo en su Departamento, sino también en Bogotá, procurando, con diligencia, librarlos de los diversos atropellos a que estaban o quedaron sujetos, no sólo por lo abusivo o ilegal del acto administrativo de la Alcaldía de Pamplona, sino también como consecuencia de los reclamos que se hicieron ante ésta o de otras gestiones semejantes. Estas ocurrencias, puestas de relieve en el fallo consultado, le dan mayor firmeza y concurren a afianzar los fundamentos de su confirmación.

También dispuso el fallo la devolución a la señora Alicia Guerrero de Lamus Girón, de un cheque que ésta depositó a órdenes del Tribunal, para reintegro de fondos al denunciante Carrillo Durán, por concepto de los honorarios que éste anticipó al abogado. Es obvio que tal decisión se halla ajustada a derecho.

Expresamente, dispuso la misma sentencia que no se expedirían las copias a que se refiere el artículo 12 de la Ley 69 de 1945, por ser cierto el hecho central denunciado, aunque no constitutivo de falta.

Al respecto, la Sala prohija los siguientes conceptos del señor Procurador, en lo pertinente:

“Este Despacho quiere anotar cómo las doctrinas

de la H. Corte han sido contrarias y cómo en vista de hace pocos días, el suscrito Procurador Delegado se atuvo a ellas y las acogió por encontrarlas, en primer lugar, ajustadas al texto mismo de la ley, y además, razón primordial, porque como allí se sostiene, la apreciación y decisión sobre si en determinados hechos se ha configurado o no un delito de calumnia, debe dejarse al funcionario competente para conocer de tal clase de infracciones penales, sobre las cuales no debe pronunciarse la H. Corte sino en la debida oportunidad procesal, si llega a tenerla. Si pese a una decisión negativa como la tomada por el H. Tribunal de Pamplona, el acusado, por su propia iniciativa, formula denuncia por calumnia contra sus acusadores, la actividad jurisdiccional de los funcionarios competentes para adelantar ese proceso, se vería interferida por un prejuzgamiento del caso, hecho dentro del juicio sumario especial instituido por la Ley 69 de 1945”.

DECISION:

La Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, acorde con el concepto de su colaborador fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CONFIRMA la providencia consultada, con la reforma de que deben expedirse las copias a que alude el artículo 12 de la Ley 69 de 1945.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gabriel Carreño Mallarino — Humberto Barre-
ra Domínguez — Luis Eduardo Mejía Jiménez.

Simón Montero Torres — Pedro Pacheco Osorio.

Gustavo Rendón Gaviria — Pioquinto León L.,

Secretario.



TECNICA DE LA DEMANDA DE CASACION PENAL. — CAUSAL 1ª — CUANDO PROCEDE INVOCARLA. — UNICAMENTE A LA CORTE, EN SALA PLENA, CORRESPONDE DECIDIR, PREVIA LA RESPECTIVA DEMANDA, SOBRE LA EXEQUIBILIDAD DE TODAS LAS LEYES O DECRETOS DICTADOS POR EL GOBIERNO EN EJERCICIO DE LAS ATRIBUCIONES DE QUE TRATAN LOS ORDINALES 11 Y 12 DEL ARTICULO 76 Y EL ARTICULO 121 DE LA CARTA. — EL ARTICULO 26 DE LA CONSTITUCION NO ESTABLECE FORMAS DE JUICIO SINO QUE GARANTIZA LAS QUE HAYAN SIDO SEÑALADAS EN LAS NORMAS LEGALES

1.—La demanda de casación debe formularse con arreglo a lo previsto en el artículo 531 del C. J., ya que no otra cosa se desprende de lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley 94 de 1938. Conforme a aquel precepto legal esa demanda “debe contener un resumen de los hechos materia de la controversia”. La omisión de tal resumen reviste importancia, pero, en sentir de la Sala, no en grado tan extremo que se haga necesario declarar desierto el recurso. Ello implicaría la aplicación de un criterio, no propiamente severo sino, incluso, peligroso, en fuerza que podría correrse el riesgo de sacrificar el derecho al rigorismo de la forma seca y anquilosada.

2.—La causal 1ª del artículo 567 del C. de P. P. sólo cabe invocarla cuando se pretende que en la sentencia acusada se ha violado la ley penal sustantiva “por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma”. La ley que establece las formas y requisitos de cada juicio no es ley sustantiva sino de procedimiento. Por consiguiente las reales o supuestas violaciones de esa ley meramente procedimental no es dable demandarlas con la invocación de la predicha causal 1ª de casación.

3.—De conformidad con el artículo 214 de la Carta, es a la Corte, en Sala Plena, a la que corresponde decidir, previa la respectiva demanda, sobre la inexecutable de los Decretos que expida el Gobierno “en ejercicio de las atribuciones de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 76, y el artículo 121” de la misma Superley.

4.—El artículo 26 de la Constitución no es susceptible de violación con el hecho de aplicar las formas del juicio que una Ley o

un Decreto hayan establecido con anterioridad a la consumación del delito que da lugar al juzgamiento, precisamente porque ese precepto de la Carta no establece formas de juicio sino que garantiza las que hayan sido señaladas en las normas legales, que es a las que incumbe semejante misión.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal—Bogotá, dieciocho de mayo de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres)

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación que se admitió con respecto a la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga y en orden a la cual el señor Luis Francisco Amaya Rodríguez fue condenado, como responsable de los delitos de falsedad y estafa, a la pena de cuatro años y seis meses de presidio y a las correspondientes penas accesorias.

Antecedentes

El 8 de febrero de 1953 murió en Barrancabermeja José Vicente Rodríguez sin dejar herederos. El juicio de sucesión se abrió en el Juzgado del Circuito de ese lugar. El 16 de abril del mismo año las señoras Sinforsosa Rodríguez de Amaya e Isabel Rodríguez v. de Rojas, por conducto de apoderado y alegando como razón la de que eran hermanas naturales de la madre del difunto, reclamaron los bienes que dejó pero fueron rechazadas en esa aspiración conforme a los autos del 17 del mes citado y 15 de mayo siguiente. El 10 de agosto del año en cuestión se practicó la dili-

gencia de inventario y avalúo. En el activo fueron relacionados bienes por la cantidad de cincuenta y cinco mil pesos (\$ 55.000.00). Dentro del pasivo se incluyó una letra de cambio por cuarenta mil pesos (\$ 40.000.00) a favor del señor Luis Francisco Amaya y a cargo de la sucesión del señor José Vicente Rodríguez, quien según el mismo instrumento, aparece aceptándola el 3 de enero, es decir, con apenas un mes de anterioridad al día de su muerte. En el mismo acto de aquella diligencia la letra fue señalada como falsa por el señor apoderado del Municipio de Barrancabermeja, entidad que reclamaba los bienes por ausencia de herederos. Ese apoderado, el propio 10 de agosto, formuló la denuncia que sirvió de base al proceso.

Calificación de los hechos:

El Juzgado 4º Superior de Bucaramanga, por medio de auto de fecha 5 de diciembre de 1955, calificó los hechos y sobreesayó de manera temporal con respecto al acusado señor Francisco Amaya Rodríguez, determinación que revocó el Tribunal en providencia de 24 de mayo de 1956 para en su lugar llamar a juicio al mismo sujeto por los delitos de falsedad en documentos y estafa, advirtiendo, en la parte motiva, que la segunda ilicitud revestía el carácter de tentativa.

Ejecutoriada aquella vocación a juicio se tramitó el negocio normalmente y así vino a celebrarse la audiencia pública el 24 de febrero del año pasado. El 26 del mes siguiente el Juzgado del conocimiento profirió la sentencia del caso y en ella condenó al señor Amaya Rodríguez, como responsable de los delitos imputados, a la pena de cuatro años y seis meses de presidio, lo mismo que a las penas accesorias correspondientes. Esa sentencia la confirmó el Tribunal en la suya del 30 de julio, y es la misma contra la que se interpuso el recurso de casación que debe resolverse.

Demanda de casación:

En tiempo oportuno el recurrente presentó su demanda. En ella se invocan, dentro del orden en que se enuncian, las causales 1ª, 4ª y 2ª previstas en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. Con respecto a la 1ª dice:

"...alego la causal primera, por ser la sentencia dicha, violatoria de la ley penal".

"En efecto, lo es por indebida aplicación de la misma, ya que se fundamenta en un proceso tra-

mitado de conformidad con el Decreto 3347 de 1950 y que no ha debido tramitarse según tal Decreto".

Las demás razones que se exponen es para recalcar en que, conforme se dice en lo transcrito, no ha debido acogerse el procedimiento fijado en el Decreto apuntado, sino que lo pertinente era haber seguido el procedimiento ordinario que acuerda el artículo 45 del Código de Procedimiento Penal.

El cargo que se formula a la sentencia con invocación de la causal 4ª, se presenta así:

"Alego también la causal cuarta, ya que la sentencia es violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

"En efecto, al haberse juzgado a mi defendido sin intervención del Jurado, en virtud de un Decreto que lo suprimía, para el caso, inconstitucionalmente, se incurrió en nulidad de orden constitucional, por violación de lo dispuesto por el artículo 26 de la Constitución Nacional, nulidad que fue alegada en el juicio.

"La sentencia, fundada en tal procedimiento, es violatoria de la ley procedimental".

Por último, la impugnación a la sentencia con base en la causal 2ª se desarrolla en forma de crítica a la prueba que se tuvo en cuenta con respecto a la objetividad de los delitos y a la responsabilidad del acusado señor Amaya Rodríguez, crítica que concluye con lo siguiente que resume las ideas del recurrente:

"En la falsedad, la prueba de la autoría intelectual que de conformidad con el artículo 203, para condenar debe ser plena y en la tentativa de estafa, la maniobra engañosa, que mientras no se demuestre el conocimiento de la falsedad de la firma, por mi defendido, no puede suponerse en él.

"Es pues la sentencia, también casable, por errada interpretación o apreciación de los hechos, ya que en ella se le atribuyó un valor probatorio que no tienen, para demostrar con plena prueba los elementos constitutivos de los delitos por los cuales se condenó".

Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, en la respuesta al traslado que se le corrió, formula una severa crítica a la demanda de casación y sostiene, basándose en ella, que no reúne las exigencias previstas en el artículo 531 del C.

J., disposición que es aplicable en la casación penal de acuerdo con el artículo 7º del C. de P. P. Solicita, por lo tanto, que se declare desierto el recurso.

* * *

Se considera:

Ciertamente, como lo recuerda el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, la demanda de casación debe formularse con arreglo a lo previsto en el artículo 531 del C. J., ya que no otra cosa se desprende de lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley 94 de 1938. Conforme a aquel precepto legal esa demanda "debe contener un resumen de los hechos materia de la controversia". En la que es tema de estudio no se hace recuento alguno de los hechos controvertidos. Esta es la única omisión que ella ofrece. Los demás requisitos que contempla el citado artículo 531 del C. J. se encuentran reunidos en la demanda en cuestión.

Claro está que esa omisión reviste importancia, pero, en sentir de la Sala, no en grado tan extremo que se haga necesario declarar desierto el recurso. Ello implicaría la aplicación de un criterio, no propiamente severo sino, incluso, peligroso, en fuerza de que podría correrse el riesgo de sacrificar el derecho al rigorismo de la forma seca y anquilosada. Por lo tanto se procederá a examinar la demanda que se presentó conforme a las causales invocadas y teniendo en cuenta la argumentación que con respecto a cada una se aduce.

La causal 1ª del artículo 567 del C. de P. P. sólo cabe invocarla cuando se pretende que en la sentencia acusada se ha violado la Ley penal sustantiva "por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma". La Ley que establece las formas y requisitos de cada juicio no es ley sustantiva sino de procedimiento. Por consiguiente las reales o supuestas violaciones de esa ley meramente procedimental no es dable demandarlas con invocación de la predicha causal 1ª de casación. En el caso de autos se pretende que se violó la ley porque en vez de seguirse en la tramitación del juicio el procedimiento previsto en el artículo 45 del C. de P. P., se acogió el que prescribe el Decreto 3347 de 1950. La impugnación se dirige, pues, a las formas y trámites que se cumplieron en el proceso para llevarlo a sentencia. En estas condiciones, como fácilmente se comprende, no puede prosperar la causal en cuestión.

La causal 4ª se propone con fundamento en dos apreciaciones, referida la una a que el Decreto 3347 de 1950, aplicado en los trámites del juicio, es inconstitucional y por lo tanto no ha debido acogerse para esos fines, y la otra a que el hecho mismo de haber seguido en el juicio los trámites que señala aquel estatuto en lugar de los que establece el artículo 45 del C. de P. P., determinó la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional.

En cuanto al primer cargo debe recordarse que de conformidad con el artículo 214 de la Carta, es a la Corte, en Sala Plena, a la que corresponde decidir, previa la respectiva demanda sobre la inexecutable de los Decretos que expida el Gobierno "en ejercicio de las atribuciones de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 76, y el artículo 121" de la misma Superley. El Decreto en mención no ha sido declarado inexecutable ni se ha derogado. Por lo tanto su aplicación es obligatoria, ya que, de otra parte, tampoco es incompatible con ninguna de las normas de la Constitución.

El segundo cargo, como puede apreciarse, tiene el mismo fundamento del primero, vale decir, el de la supuesta inconstitucionalidad del Decreto 3347, por cuya razón caben las mismas observaciones que se hicieron en el examen de aquel, aunque adicionadas en el sentido de consignar que el artículo 26 de la Constitución no es susceptible de violación con el hecho de aplicar las formas del juicio que una Ley o un Decreto hayan establecido con anterioridad a la consumación del delito que da lugar al juzgamiento, precisamente porque ese precepto de la Carta no establece formas de juicio sino que garantiza las que hayan sido señaladas en las normas legales, que es a las que incumbe semejante misión.

Con respecto a la causal 2ª, como pudo verse al relacionar los términos de la demanda, se formuló una argumentación tendiente a demostrar que en la sentencia recurrida se dio a los hechos que allí se tuvieron en cuenta un valor de que carecen y así, por errada interpretación de los mismos, se les tuvo como plenamente demostrativos tanto de la objetividad de los delitos imputados, como de la responsabilidad del procesado. Esos hechos, tomando apenas los principales, son los siguientes:

a) Concepto grafológico emitido por los doctores Miguel Aguilera y Luis Carlos Sáenz (fs. 122 y 123 del cuaderno 1º), personas muy conocidas y reputadas como de excepcional competen-

cia en la materia. Esos peritos, luego de expresar las razones adecuadas en que se fundan, consignan:

"1ª—Todas las firmas que suscriben valores y actos o documentos comprendidos entre los folios 52 y 68, firmas que dicen 'José V. Rodríguez' fueron trazadas por una sola e idéntica mano.

"2ª—La firma puesta al dorso de la letra de cambio del folio 74 y que reza 'José Vicente Rodríguez' no contiene ninguna de las características kinéticas de las mencionadas en la primera conclusión, razón por la cual debe considerarse como apócrifa.

"3ª—Dada la similitud morfológica entre la firma apócrifa puesta al dorso de la letra de cambio del folio 74 y las numerosas firmas auténticas del señor José V. Rodríguez, conceptuamos que se trata de una contrafacción bastante bien lograda sobre un patrón salido de la mano del dicho señor Rodríguez".

b) La letra discutida (folio 74, cuaderno 2º) aparece suscrita en Bucaramanga el 3 de enero de 1953, y aceptada por José Vicente Rodríguez para pagarla el 3 de mayo del mismo año, vale decir, con cuatro meses de posterioridad, no obstante su apreciable monto, que es de cuarenta mil pesos (\$ 40.000.00), y el escaso capital del nombrado Rodríguez, como que en el inventario de la sucesión apenas alcanzó a cincuenta y cinco mil pesos (\$ 55.000.00), (folios 5 y ss., cuaderno 1º). El pago de la letra, dentro de ese plazo de simples cuatro meses, implicaba la ruina de Rodríguez, quien en esas condiciones no era posible que la aceptara, con tanto mayor razón si además se tiene en cuenta que esa absoluta confianza de que habla Amaya Rodríguez para explicar la ausencia de todo comprobante con relación a las deudas a su favor y que fueron, de acuerdo con su dicho, el origen de esa letra, hacían innecesario el instrumento.

c) Rosa Delia Jaimes, concubina de José Vicente Rodríguez y quien por lo mismo hizo vida marital con éste, así como Guillermo Orozco Bastidas, quien fue socio de Rodríguez y lo conoció en la intimidad de sus negocios, jamás tuvieron información alguna respecto a relaciones comerciales y siquiera de familia entre el dicho Rodríguez y Amaya Rodríguez, sujeto al que vinieron a conocer después de muerto el primero. Es perfectamente imposible que estas dos personas, de trato íntimo con Rodríguez, no hubieran conocido nada de lo atinente a las operaciones con Amaya Rodríguez, particularmente si se observa

que estaban enteradas sobre todos y cada uno de los negocios del mencionado individuo.

d) Amaya Rodríguez sostiene que desde 1945 comenzó a entregar dinero a el señor José Vicente Rodríguez con destino a negocios en compañía, dineros que para esos mismos fines siguió entregando hasta cuando el 3 de enero de 1953 arreglaron cuentas y se giró la letra debatida. Amaya no adujo ningún comprobante con respecto a la entrega de esos caudales que, según su manifestación, alcanzaron a cuarenta mil pesos (\$ 40.000.00), cantidad que no es de una tan escasa importancia como para dejarla al arbitrio de la confianza.

e) El señor José Vicente Rodríguez vivía en Barrancabermeja, lugar en donde, además, tenía el asiento de sus negocios. Por su parte Amaya Rodríguez vivía en Bucaramanga y allí mismo ejercía su profesión de odontólogo. En estas condiciones era apenas lógico que entre los supuestos socios se cruzaran cartas para darse recíproca cuenta de las operaciones que el primero realizaba en provecho de ambos. Pero acaece que Amaya Rodríguez ni siquiera una carta o un telegrama presentó, sobre esos particulares, al proceso.

f) La señora Rosa Delia Jaimes, de acuerdo con lo que asevera, viajó con su amante Rodríguez de Barrancabermeja a Bucaramanga en el mes de septiembre de 1952. La dejó a ella en esta última ciudad y regresó a Barranca. A mediados de diciembre del mismo año Rodríguez volvió a Bucaramanga para regresar por última vez a Barrancabermeja el 3 de enero de 1953. Conforme a todo esto se tiene entonces que Rodríguez, para arreglar sus cuentas con Amaya Rodríguez y aceptarle la letra que acarrearía su ruina, esperó a que llegara el último día de su permanencia en Bucaramanga, cuestión que es por entero insólita y que no mereció explicación del acusado Amaya Rodríguez, el cual ha debido darla en atención a que si era verdad lo de los negocios en compañía y el consiguiente suministro de dineros, lo lógico era que Rodríguez al llegar a Bucaramanga se apresurara a encontrar a su socio y acreedor y, por su parte, Amaya buscara también contacto con aquel, precisamente por razón de la comunidad de negocios. Pero las cosas no tuvieron este desenvolvimiento normal, sino que las cuentas y la letra se atienden en el último día en que está Rodríguez en la ciudad mencionada.

g) Amaya Rodríguez manifiesta que el 3 de enero, una vez que arregló sus cuentas con el se-

ñor José Vicente Rodríguez y quedó aceptada la letra, pasaron a la oficina del doctor Ricardo Serpa, abogado de don José Vicente, y quien fue preguntado en el sentido de si estaba bien confeccionada y así se obtuvo la respuesta de que "lo único que le faltaba era que yo anulara las estampillas". Esta relación choca con las aserciones de la señora Rosa Delia Jaime y también con las del propio doctor Serpa, persona que a continuación de decir que Amaya le contó que Rodríguez le debía cuarenta mil pesos (\$ 40.000.00) sostiene que éste no estuvo en su oficina, como lo pretende el acusado, ni fue objeto de consulta alguna con respecto a la letra de marras.

h) En las declaraciones de renta y patrimonio Amaya Rodríguez señaló como única fuente de ingresos el ejercicio de su profesión de odontólogo y fijó como honorarios mensuales en 1953, setecientos pesos (\$ 700.00), y en 1954 quinientos pesos (\$ 500.00). No aparecen declaraciones con respecto a los años anteriores, pero puede presumirse racionalmente que las entradas fueron las mismas, como que de otro modo el señor Amaya se habría apresurado a presentar todas sus declaraciones anteriores a los citados años para demostrar que sí pudo ahorrar los cuarenta mil pesos (\$ 40.000.00) a que se refiere la letra y que afirma haberle entregado a Rodríguez. Esos ingresos de cuantía tan exigua no permitían a Amaya sostener a las tres personas que manifestó tener a su cargo y también ahorrar para hacer préstamos por la suma indicada. En la declaración de 1953 Amaya incluyó crédito en contra de Rodríguez por cuarenta mil pesos (\$ 40.000.00), respaldado con letra de cambio. En la de 1954 ya no incluyó ese crédito, asunto que es significativo puesto que si en verdad la sucesión de Rodríguez le debía la letra aludida, no era lógico que prescindiera de incluir en la declaración de patrimonio el monto de ese instrumento.

i) De acuerdo con los asertos de Amaya Rodríguez resulta claro que el señor José Vicente Rodríguez era persona de honradez insospechable. Esa honradez tenía que hacerse presente al hacer la denuncia de renta y patrimonio. Pero ocurre que el Sr. Rodríguez en ninguna de sus declaraciones de esa índole incluyó deuda alguna a favor de Amaya Rodríguez, aspecto que en rigor lógico demuestra que si no se hizo esa inclusión fue porque jamás existió semejante deuda, conclusión que es todavía más exacta si se observa, de otro

lado, que la denuncia del crédito a favor de Amaya beneficiaba a Rodríguez en lo atinente al impuesto sobre patrimonio, el cual no alcanzaba a pagar porque entonces su capital quedaba reducido a simples quince mil pesos (\$ 15.000.00).

j) Amaya Rodríguez señaló como su madre a la señora Sinforosa Rodríguez de Amaya, persona que con su hermana Isabel Rodríguez v. de Rojas, pretendió recoger los haberes que dejó al morir José Vicente Rodríguez, alegando ser heredera en su carácter de tía natural del difunto. Esa pretensión le fue rechazada conforme a providencias del 17 de abril y 15 de mayo de 1953. Fue después de ese insuceso cuando el hijo de la aspirante a heredera optó por sacar a relucir la famosa letra por los cuarenta mil pesos (\$ 40.000). Ello ocurrió el 10 de agosto, fecha en que se practicó la diligencia de inventario y avalúo de los bienes relictos. Con anterioridad al fracaso de su madre no se le había ocurrido al señor Amaya nada que tendiera a hacer efectivo el instrumento, no obstante que desde el 3 de mayo se hizo exigible. Todo esto es muy grave y compromete, con fuerza incontrastable, al procesado.

k) Por último, fue el acusado Amaya Rodríguez el que, por conducto de apoderado, introdujo al juicio de sucesión de José Vicente Rodríguez la cuestionada letra por cuarenta mil pesos (\$ 40.000.00), precisamente con el propósito de hacerla efectiva, lo que no consiguió en razón de la tacha de falsedad que a ella se le formuló y de este proceso en el que se le condena por los delitos de falsedad, en el grado de ilícito perfecto, y por estafa en grado de tentativa.

Los hechos que se dejan expuestos, por separado, en los anteriores once ordinales, son los que aparecen como fundamento de la sentencia recurrida. Ellos son concretos y, además, se complementan con algunos otros de menor entidad que no es necesario relacionar, como que los mostrados permiten concluir en que el fallo se ajustó estrictamente a las prescripciones del artículo 203 del C. de P. P. Esos hechos comprueban plenamente, de una parte, la materialidad de los dos delitos imputados y, de la otra la responsabilidad del procesado con relación a ellos. No prospera, por lo tanto, la causal 2ª que se invoca como última. En cuanto a las otras ya quedó demostrado que tampoco prosperan.

En mérito de 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, SE ABSTIENE DE CASAR la sentencia recurrida y que fue materia de examen en esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gabriel Carreño Mallarino — Humberto Barre-
ra Domínguez — Luis Eduardo Mejía Jiménez.
Simón Montero Torres — Pedro Pacheco Osorio.
Gustavo Rendón Gaviria—Pioquinto León L., Se-
cretario.

LA OMISION DE LA PRACTICA DE UNA PRUEBA DECRETADA, LA FALTA DE UNA ORDEN JUDICIAL QUE ORDENASE PRESCINDIR DE ELLA Y LA AUSENCIA CORRELATIVA DE LA NOTIFICACION, NO ACARREA, NECESARIAMENTE, LA NULIDAD DEL ACTO PROCESAL, Y MENOS, LA DEL JUICIO. — SISTEMA FORMAL PREVISTO EN LA LEY PARA LA RECLAMACION DE TAL CLASE DE OMISSIONES. — LOS SECRETARIOS JUDICIALES TIENEN LA OBLIGACION DE PASAR AL DESPACHO DEL RESPECTIVO SUPERIOR LOS ASUNTOS EN QUE DEBA DICTARSE ALGUNA RESOLUCION, SIN NECESIDAD DE PETICION DE PARTE, PERO NO LA DE VERIFICAR UN RESUMEN DE LA ACTUACION, PARA FALICITAR LA LABOR DEL JUZGADOR O CONFERIRLE VALIDEZ PREVIA A LO QUE VAYA A DECIDIR

1.—Se acusa la sentencia del Tribunal con base en el numeral 4º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, y el cargo gira alrededor de la no producción de una prueba decretada, de la falta de una disposición formal del Juez (auto) que ordenase prescindir de ella y de la ausencia correlativa de la notificación. De estos hechos y con apoyo en los ordinales 3º y 4º del artículo 198 ibidem, pretende sacarse la consecuencia de la nulidad. Pero la Sala no puede aceptar que de tales hechos se desprenda tal deducción, por lo siguiente:

a) Porque tales textos no se refieren al caso: el ordinal 3º del art. 198 del Código de Procedimiento Penal contempla como nulidad la falta de notificación no de cualquier auto, sino del de proceder; y, no obstante la trascendencia de tal proveído interlocutorio, estimado por las doctrinas de la Corte como forma sustancial del juicio criminal, el mismo texto advierte que el vicio desaparece, si el reo no reclama dentro de determinado lapso. En cuanto al ordinal 4º del mismo artículo, también se relaciona con otra clase de providencias, dictadas propiamente dentro del juicio, y no en la etapa meramente investigativa.

b) Porque, según lo ha advertido la Corte en varias oportunidades, la enumeración que se hace en los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal, es taxativa; y salvo los casos de vicios que desconocen la estructura misma del sistema procesal, o los que implican nulidades constitucionales, ese carácter taxativo rige plenamente en los procesos. Sin que ello obste

para que, a veces, sea nula determinada diligencia, por mandato expreso o tácito del legislador, a pesar de lo cual el juicio no resulte nulo.

c) Porque, como consecuencia de las anotaciones precedentes, aunque es cierto que toda disposición procesal debe, normalmente, ser tomada, de modo previo, por auto o sentencias (artículo 157 del Código de Procedimiento Penal) y notificarse a todas las partes (artículos 168, 169, 172 y concordantes del mismo estatuto), la omisión de estos requisitos formales no acarrea, necesariamente, la nulidad del acto procesal, y menos, la del juicio.

Se cae de su peso que el sistema formal previsto en la ley para la reclamación de los autos, era y es el preceptuado en el artículo 423 del Código de Procedimiento Penal; y que la providencia debía ser notificada a todas las partes, aunque no como condición previa de su cumplimiento (artículo 195), pues no se estaba aún en la etapa del juicio. Sin embargo, la realidad es la anotada: esta suerte de omisiones no la erigió la ley en motivo de anulación de los juicios penales.

d) Porque en forma alguna aparece que los hechos sobre que se edificó la argumentación del recurrente, hubieran lesionado los intereses de la defensa, pues es lo cierto que la prueba que el Juez comisionado se abstuvo de practicar, la había pedido el personero del procesado; pero fue él mismo quien desistió de su solicitud, signo de que no la consideraba esencial para los fines de la defensa. El Juzgado insistió en que se

practicara, pero su decisión no alcanzó a ser eficaz.

Si, posteriormente, cambiando de criterio, el apoderado consideraba sustancial dicha prueba, le sobraron oportunidades para hacerlo, o para reclamar, concretamente, contra la omisión del Juzgado, invocada como razón de nulidad.

2.—Del hecho de que el Secretario, una vez obtenida la vista fiscal, al pasar al despacho del Juez el proceso para su calificación, no hubiera informado sobre el estado de las diligencias actuadas, no puede deducirse que el juicio sea nulo, por haberle faltado la plenitud de formas contemplada en el artículo 26 de la Constitución.

La Corte en providencia de 3 de marzo de 1950 (G. J., Tomo LXVIII, 205), fijó los alcances del artículo 121 del Código Judicial, que grava a los Secretarios judiciales, entre otras cosas, con la obligación de "pasar al despacho del respectivo superior los asuntos en que deba dictarse alguna resolución, sin necesidad de petición de parte" (Numeral 1º ib.). Eso fue lo que en el evento que se contempla hizo el Secretario, cuando el Fiscal devolvió el negocio con su concepto sobre el mérito del informativo y solicitó llamamiento a juicio para el acusado: pasar al despacho el asunto.

La función de la Secretaría quedaba, por el momento, agotada. Nada más tenía que hacer; y sería extravagante pensar que dicho subalterno tuviera el deber legal de verificar un resumen de la actuación, para facilitar la labor del juzgador o conferirle validez previa a lo que decidiese. Precisamente por ello, porque corresponde a los Secretarios un determinado impulso procesal, es por lo que, comúnmente, no incurren en responsabilidad los Jueces que se abstienen de actuar, mientras no se haya cumplido el requisito mencionado en el artículo 121 del Código Judicial. Esto es, en sustancia, lo que enseña la doctrina atrás citada.

De otra parte, aun suponiendo que fuese exacto que la secretaria del Juzgado calificador del proceso se abstuvo de informar debidamente, de ahí no se desprendería la ausencia de una forma sustancial del juicio, con que se haya lesionado el derecho de defensa. La Sala no encuentra vinculación alguna entre el hecho hipotético afirmado y la conclusión a que se aludió al principio.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, diez y nueve de mayo de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez).

VISTOS

Cumplidos los trámites legales, corresponde a esta Corte resolver sobre el recurso de casación que, oportunamente, interpuso MANUEL SUPELANO GUIO contra el fallo del Tribunal Superior de Tunja, mediante el cual se le condenó a la pena principal de diez y seis años de presidio, como autor responsable del doble homicidio de que fueron víctimas Amelia González y Carmen Urquijo, en las circunstancias de tiempo y lugar a que alude el proceso.

Se toma de este el relato de los hechos, que sintetizó el funcionario calificador del mérito del sumario, en la forma siguiente:

"Amelia González era la esposa de Pedro María Urquijo y habitaba en jurisdicción de Puente Nacional, Departamento de Santander, en lugar cercano a los límites de éste con Boyacá. Pedro María Urquijo trabajaba en los ferrocarriles nacionales y por tal razón sólo se encontraba en su casa durante los fines de semana. Con Amelia residía la mujer Carmen Urquijo y el menor Segundo Sotelo, su sobrino. Allí cerca tiene su casa también Manuel Supelano Guío, trabajador de los ferrocarriles pero habitante en la región. Con él residían su esposa y varios hijos, el mayor de los cuales se llama Gregorio de Jesús y contaba por la época de estos hechos dieciséis años de edad. Aunque entre estas dos familias existían lazos de compadrazgo, últimamente las relaciones se habían tornado difíciles y agrias, a partir de la ocasión en que a Amelia se le perdió un dinero cuya sustracción ella imputó al muchacho Gregorio de Jesús Supelano. Dentro de este cuadro de antecedentes llegó el día 26 de diciembre de 1955, cuando en las horas de la mañana Amelia González y Carmen Urquijo se dirigieron a la casa de Eliécer Urquijo, situada en lugar cercano, pero ya en territorio del Departamento de Boyacá. También llegaron ahí la esposa de Manuel Supelano y Gregorio de Jesús, e hicieron alguna alusión a los cargos que Amelia hacía a este último. Luego al medio día estuvo también Manuel Supelano y por el mismo motivo discutió con Amelia e intentó pegarle. En este incidente intervinieron Joaquín y Eliécer Urquijo para impedir

que Amelia fuera golpeada, y también lo hizo Laurencio Peñarete en apoyo de Manuel Supelano. Mas es lo cierto que nada ocurrió, y siendo hora de regresar al trabajo, Supelano se ausentó de aquella casa. Ya por la tarde, y estando solo en la casa de Amelia González el pequeño Segundo Sotelo, llegó Gregorio de Jesús Supelano, mejor conocido por "Chucho", rompió los candados, entró en las habitaciones y parece que se sustrajo algunas cosas. Amelia fue notificada de lo sucedido, por lo cual vino hasta su casa a verificar el hecho, y regresó nuevamente hasta donde Eliécer Urquijo en donde mostró los candados rotos. Allí otra vez estaba Manuel Supelano Guío y también llegó su hijo Chucho y como al primero le había sido ya contado lo sucedido, se enfureció con su hijo y trató de castigarlo, cosa que Joaquín Urquijo y otros de los allí presentes impidieron. Mas en el curso de los reclamos y las quejas, Amelia y Manuel volvieron a discutir, y otra vez este hombre quiso golpear con machete a aquella mujer y profirió amenazas contra ella. Poco después, Manuel Supelano se encaminó a su casa, para donde ya se había ido su hijo Chucho, y tomó el camino acostumbrado que era por la vía del ferrocarril. Momentos después Amelia González y su acompañante salieron también para su casa y tomaron la misma vía seguida por Manuel Supelano. A la mañana siguiente, estas dos mujeres fueron encontradas muertas, con las cabezas despedazadas a machete, en la cuneta de la vía férrea, cerca a la quebrada que divide los Departamentos de Boyacá y Santander y en vereda de "Monte de Luz" de la jurisdicción de Saboyá.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, a quien ha correspondido llevar la voz de dicho Ministerio ante la Corte, después de analizar prolijamente los razonamientos de la demanda y hacer, de paso, una severa crítica a los defectos de técnica que en ella encuentra, termina su importante contestación solicitando que se denieguen las peticiones a que se contrae dicha demanda, como, en efecto, habrá de hacerse.

LA DEMANDA DE CASACION

Se invoca la causal 4ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal como única, pues cree el recurrente que el juicio está viciado de nulidad. Al efecto, divide su alegación en dos

capítulos, cuyo examen hará separadamente la Sala, en el mismo orden en que aparecen expuestos.

Capítulo primero.

El cargo puede resumirse así:

"El Juez del conocimiento decreta la práctica de unas pruebas que considera trascendentales.

"Comisiona al Juzgado de Bogotá (repartimiento) para que las practique.

"El Juez comisionado el mismo día en que recibe el expediente ordena auxiliar la comisión y libra, dos días después, despacho al Administrador de los Ferrocarriles Nacionales para el debido desarrollo de la comisión, con actividad que lo acredita.

"Se cumplían así de manera eficiente las disposiciones del artículo 423 del C. de P. P.

"Pero, el Juez comitente con absoluto desconocimiento de las demás normas establecidas en el citado artículo 423, es decir sin tener en cuenta que antes de exigir la devolución del expediente ha debido requerir el cumplimiento de la comisión "...con apercibimiento de multas hasta de cincuenta pesos, que impondrá disciplinariamente él mismo", mediante un escueto telegrama que no puedo menos de calificar de arbitrario, reclamó del comisionado la devolución del expediente...

"Y no satisfecho de tal actuación huérfana de respaldo legal alguno, insiste en violar la soberana norma procedimental, en su otro mensaje visto al folio 93...

"He dicho que sin respaldo legal alguno el señor Juez produjo esos telegramas, porque en el expediente no aparece ninguna providencia que:

"1º. Ordene reclamar del comisionado el cumplimiento de la comisión, con apercibimiento de las multas hasta de cincuenta pesos;

"2º. O que, simplemente ordene reclamar la devolución del expediente, a pesar de que la comisión necesariamente debe ser cumplida.

"Así, sin providencia alguna, sin conocimiento del procesado, se desconocieron los autos de 4 de julio y 10 de julio tantas veces citados, que decretaban unas pruebas consideradas como trascendentales y de especial importancia para el mejor esclarecimiento de los hechos, según el concepto del mismo Juez.

"Se desconoció así el legítimo derecho de defensa del sindicado, viciando de nulidad el proceso.

"Y como la sentencia de fecha 23 de agosto de 1958 del H. Tribunal Superior acusada, acogió la

actuación adelantada por el juzgador, es claro que resulta violatoria de la ley procedimental en un juicio viciado de nulidad.

“Porque, aquellos telegramas discrecionales dirigidos al comisionado de Bogotá no podían producirse sin la previa existencia de un auto del Juez que los autorizara, y en todo caso con sujeción a lo establecido en el artículo 423 del Código de Procedimiento Penal” (Citas textuales tomadas del escrito de demanda).

Concluye el recurrente que el juicio es nulo, y, al efecto, anota:

“Toda actuación procedimental exige una providencia (auto o sentencia); acto que necesariamente debe ser notificado a las partes. Y es así que constituye causal de nulidad en los procesos penales la falta de notificación de algunas providencias (ordinales 3º y 4º del artículo 198 del C. de P. P.).

“La lógica es clara y precisa. No hubo auto que decretara la expedición de los telegramas, auto que para tener fuerza legal necesariamente debía ser notificado; luego hay falta de notificación porque no se produjo el auto que debía notificarse, y mediante la expedición de los referidos telegramas se vulneró el derecho de defensa y los medios para ella que ya en los autos se había concedido al sindicado.

“El procedimiento violatorio de la ley procedimental del Juez de 1ª instancia, vició de nulidad el juicio y privó al sindicado de un medio de defensa que el propio fallador ya había calificado de trascendental y que habían (sic) de servir para un más completo esclarecimiento de lo ocurrido.

“Al restar esas pruebas, vino a como consecuencia la falta de plenitud de las formas propias del juicio (Casación 14 de agosto de 1940)”.

Según se observa, el cargo gira alrededor de la no producción de una prueba decretada, de la falta de una disposición formal del Juez (auto) que ordenase prescindir de ella, y de la ausencia correlativa de la notificación. De estos hechos pretende sacarse la consecuencia de la nulidad. Pero la Sala no puede aceptar que de tales hechos se desprenda tal deducción, por lo siguiente:

a) Porque los textos que cita el recurrente no se refieren al caso: el ordinal 3º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal contempla como nulidad la falta de notificación no de cualquier auto, sino del de proceder; y, no obstante la trascendencia de tal proveído interlocutorio, estimado por las doctrinas de la Corte como forma sustancial del juicio criminal, el mismo texto advierte que el vicio desaparece, si el reo no re-

clama dentro de determinado lapso. En cuanto al ordinal 4º del mismo artículo, también se relaciona con otra clase de providencias, dictadas propiamente dentro del juicio, y no en la etapa meramente investigativa.

b) Porque, según lo ha advertido la Corte en varias oportunidades, la enumeración que se hace en los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal, es taxativa; y salvo los casos de vicios que desconocen la estructura misma del sistema procesal, o los que implican nulidades constitucionales, ese carácter taxativo rige plenamente en los procesos. Sin que ello obste para que, a veces, sea nula determinada diligencia, por mandato expreso o tácito del legislador, a pesar de lo cual el juicio no resulte nulo.

c) Porque, como consecuencia de las anotaciones precedentes, aunque es cierto que toda disposición procesal debe, normalmente, ser tomada, de modo previo, por auto o sentencia (artículo 157 del Código de Procedimiento Penal) y notificarse a todas las partes (artículos 168, 169, 172 y concordantes del Código de Procedimiento Penal), la omisión de estos requisitos formales no acarrea, necesariamente, la nulidad del acto procesal, y menos, la del juicio.

Se cae de su peso que el sistema formal previsto en la ley para la reclamación de los autos, era y es el preceptuado en el artículo 423 del Código de Procedimiento Penal; y que la providencia debía ser notificada a todas las partes, aunque no como condición previa de su cumplimiento (artículo 195), pues no se estaba aún en la etapa del juicio. Sin embargo, la realidad es la anotada: esta suerte de omisiones no la erigió la ley en motivo de anulación de los juicios penales.

d) Porque en forma alguna aparece que los hechos sobre que se edificó la argumentación del recurrente hubieran lesionado los intereses de la defensa.

Lo cierto es que la prueba que el Juez comisionado se abstuvo de practicar, la había pedido el personero del procesado; pero fue él mismo quien desistió de su solicitud, signo de que no la consideraba esencial para los fines de la defensa (folios 81, C. 1º). El Juzgado insistió en que practicara (folios 81 vuelto, ib.), pero su decisión no alcanzó a ser eficaz.

Si, posteriormente, cambiando de criterio, el apoderado consideraba sustancial dicha prueba, le sobraron oportunidades para hacerlo, o para reclamar, concretamente, contra la omisión del Juzgado, invocada como razón de nulidad. Efectivamente, después de dicha omisión, se notifica-

ron personalmente al apoderado del reo los siguientes autos: el de 22 de enero de 1957, que ordenó pasar el expediente al Juzgado Municipal de Saboyá, para la práctica de una prueba; el que cerró de nuevo la investigación, de fecha 29 de marzo del mismo año (folios 111 vuelto, ib.); el de proceder (folios 131 vuelto, ib.) y el de 18 de julio, en que se advirtió que el juicio quedaba abierto a prueba "por el término de tres días" (folios 132 vuelto, ib.). Otro tanto pudiera decirse de autos posteriores.

Capítulo segundo.

Supone el recurrente que el artículo 429 del Código de Procedimiento Penal fue violado, porque, ya obtenida la vista fiscal, al poner el secretario a despacho del Juez el proceso, para su calificación, no informó sobre el estado de las diligencias actuadas. De ahí deduce el mismo recurrente que el juicio es nulo, pues le faltó la plenitud de formas contempladas en el artículo 26 de la Constitución.

Al respecto, se observa:

La doctrina que cita la demanda (auto del 3 de marzo de 1950, G. J. LXVII, 205), no viene al caso. Lo que la Corte hizo en esa providencia, fue fijar los alcances del artículo 121 del Código Judicial, que grava a los secretarios judiciales, entre otras cosas, con la obligación de "pasar al despacho del respectivo superior los asuntos en que deba dictarse alguna resolución, sin necesidad de petición de parte" (numeral 1º, ib.). Y eso fue lo que hizo el secretario del Juzgado Primero Superior, cuando el Fiscal devolvió el negocio con su concepto sobre el mérito del informativo y solicitó llamamiento a juicio para el acusado: pasar al despacho el asunto según consta debidamente (folios 115 vuelto, C. 1º).

La función de la secretaría quedaba, por el momento, agotada. Nada más tenía que hacer; y sería extravagante pensar que dicho subalterno

tuviera el deber legal de verificar un resumen de la actuación, para facilitar la labor del juzgador o conferirle validez previa a lo que decidiese. Precisamente por ello, porque corresponde a los secretarios un determinado impulso procesal, es por lo que, comúnmente, no incurrir en responsabilidad los Jueces que se abstienen de actuar, mientras no se haya cumplido el requisito mencionado en el artículo 121 del Código Judicial. Esto es, en sustancia, lo que enseña la doctrina citada por el recurrente, y que, salta a la vista, es totalmente ajena a la cuestión planteada en el capítulo segundo de la demanda.

De otra parte, aun suponiendo que fuese exacto que la secretaría del Juzgado calificador del proceso se abstuvo de informar debidamente, de ahí no se desprendería la ausencia de una forma sustancial del juicio, con que se haya lesionado el derecho de defensa. Esto es lo que el recurrente afirma, pero no demuestra en modo alguno. Y la Sala, por su parte, después de analizar los dos extremos, no encuentra vinculación alguna entre el hecho hipotético afirmado y la conclusión de la demanda.

Evidentemente, no prosperan los cargos.

DECISION:

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, acorde con lo conceptuado por el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera
Dominguez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón
Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Gustavo
Rendón Gaviria—Píoquinto León L., Secretario.

LA DISPARIDAD DE CRITERIOS ENTRE FUNCIONARIOS DE LA RAMA JURISDICCIONAL Y DEL MINISTERIO PÚBLICO, SIEMPRE QUE PRECEDA UN EXAMEN DE CONFORMIDAD CON LAS NORMAS DE LA CRÍTICA, NO PUEDE TOMARSE COMO ÍNDICE DE ACTOS CONTRARIOS A LA LEY. — LA LEY PROCESAL VI-GENTE CAMBIO EL ANTIGUO SISTEMA DE LA LLAMADA TARIFA LEGAL DE PRUEBAS POR EL DENOMINADO LEGAL-MORAL QUE CONCEDE AMPLITUD AL FUNCIONARIO PARA APRECIAR RAZONADAMENTE LOS ELEMENTOS APOR-TADOS A UN PROCESO EN BUSCA DE LA VERDAD MATERIAL .

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bo-gotá, diez y nueve de mayo de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez)

Vistos:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal —a quien ha correspondido llevar la voz del Ministerio Público, en esta segunda instancia del presente informativo— resume así los hechos imputados al doctor Belisario Buitrago Forero, en la denuncia del doctor Manuel Gómez Pinzón:

“a) El doctor Belisario Buitrago Forero, en su calidad de Juez Primero Superior de Tunja, dictó auto de sobreseimiento temporal a favor de Alfonso Sarmiento Neira, sindicado del delito de homicidio en la persona de Segundo Carlos Velandia, separándose del criterio del Fiscal del Juzgado, quien conceptuó que existía mérito suficiente para dictar auto de proceder, y del Tribunal Superior, corporación que profirió providencia admitiendo el valor probatorio de determinado testimonio.

“b) Durante el tiempo en que el sindicado Alfonso Sarmiento Neira estuvo detenido a órdenes del Juez Primero Superior, en la Penitenciaría Central de Tunja, el doctor Buitrago Forero lo visitó con alguna frecuencia y le concedió permisos para transitar por las calles centrales de la ciudad.

“c) Por simpatía hacia Sarmiento Neira, el doctor Buitrago Forero nombró portero del Juzgado al señor Urías Forero, socio del sindicato en la explotación del ‘Café Central’ de Tunja”.

En concreto, el cargo es el de “prevaricato”, cargo que el Tribunal Superior de Tunja, en pro-

videncia que la Corte revisa a virtud de consulta, encontró temerario, “absolutamente injustificado y carente de razón y de justicia”.

Y tiene toda la razón el Tribunal en calificar así la actitud del denunciante. Efectivamente, en los autos se acreditó la ausencia de testimonio o dato alguno sobre permisos irregulares que el acusado hubiera concedido, según se desprende del certificado del folio 34 y de la declaración del Director de la Penitenciaría Central de Tunja. También se demostró ser inexacto que el señor Urías Forero fuera socio del doctor Buitrago; y resultó igualmente alejado de la verdad el que se le hubiera nombrado para el cargo de portero, por el mismo doctor Buitrago.

Lo anterior, en cuanto a los hechos circunstanciales que, en otras condiciones, pudieran haber servido de indicios concurrentes a demostrar el elemento subjetivo “simpatía” como integrante del acto “expresa o manifiestamente injusto” a que alude el artículo 168 del C. P., al describir el tipo del delito de prevaricato.

En cuanto al acto o forma en sí, la imputación, resulta igualmente ligera o temeraria.

Como bien lo advierten la providencia consultada y el señor Procurador, la ley garantizó a los Jueces un grado particular de autonomía en la apreciación de las pruebas. Y, en el caso, “se trata, dice el Tribunal, de una discrepancia conceptual en relación con la valoración y apreciación de algunos elementos probatorios, en orden al establecimiento de la imputabilidad y responsabilidad del sindicado Luis Alfonso Sarmiento Neira, con respecto al homicidio . . . , discrepancia que en ningún caso puede interpretarse como torcida intención, y menos darle el alcance que, temerariamente, tuvo a bien darle el abogado denunciante”.

“En relación —anota la Procuraduría— con los

actos judiciales que dieron fundamento al denunciante doctor Gómez Pinzón, para presumir la comisión del más grave delito que puede imputarse a un juez, es preciso recordar que en materia probatoria la ley procesal vigente cambió el antiguo sistema de la llamada tarifa legal de pruebas por el denominado legal-moral que concede amplitud al funcionario para apreciar razonadamente los elementos aportados a un proceso en busca de la verdad material. De tal manera que la disparidad de criterios en cuanto a la valoración de las pruebas, siempre que preceda un examen de conformidad con las normas de la crítica, no puede tomarse como índice de actos contrarios a la ley”.

“La providencia del Tribunal Superior, citada por el denunciante, es precisamente el reconocimiento de esa autonomía que la ley consagra y su decisión se funda en la necesidad imperiosa de rodear de libertad a los juzgadores, con el solo límite de la crítica de la prueba mediante racionios lógicos”.

“No es, pues, irregular ni ilegal el auto pronunciado por el Juez Primero Superior, examinado frente a las normas procedimentales. Y menos aún si para considerarlo contrario a la ley se toma como fundamento el concepto del colaborador fiscal del funcionario judicial, porque es bien sabido que el único caso en que el dictamen del Agente del Ministerio Público obliga, como excepción a la regla general, es cuando es desfavorable a la aplicación del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal”.

La Sala acoge, en lo sustancial, los anteriores conceptos, porque ellos se ajustan tanto a la realidad procesal como a la doctrina sobre valoración de las pruebas.

También anota el Tribunal su extrañeza de que el denunciante, teniendo a la mano un remedio tan expedito como la apelación del auto de sobreseimiento que estimaba errado y delictuoso, no hubiera interpuesto este recurso. La Sala comparte estos puntos de vista, por razones obvias.

Resulta, pues, ajustada a la ley la providencia consultada, y debe confirmarse. No se ordenó, como parecía lógico, la expedición de copias para la averiguación del delito posible de falsas imputaciones; pero dada la fecha de la denuncia (marzo de 1954) la acción penal deducible contra el denunciante estaría prescrita.

DECISION

La Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, acorde con el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CONFIRMA la providencia consultada, de fecha del 29 de octubre de 1958.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gabriel Carreño Mallarino — Humberto Barre-
ra Domínguez — Luis Eduardo Mejía Jiménez.
Simón Montero Torres — Pedro Pacheco Osorio.
Gustavo Rendón Gaviria — Pioquinto León L.,
Secretario.

COMO UNICAMENTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PUEDE, PREVIO EL LLENO DE LOS REQUISITOS LEGALES, DECRETAR EL CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO PENAL MILITAR, ES IMPROCEDENTE PRETENDER QUE UN PROCESO DE TAL NATURALEZA SIGA AL SINDICADO A LAS DISTINTAS FUERZAS MILITARES A DONDE SEA TRASLADADO, VARIANDO LA COMPETENCIA DE SUS JUECES EN LA PRIMERA INSTANCIA Y ACEPTANDO EL CAMBIO DE RADICACION DE FACTO. — EN EL MOMENTO MISMO DE LA CONSUMACION DEL DELITO MILITAR, QUEDA DETERMINADA LA COMPETENCIA E INDICADO EL JUZGADOR DE PRIMERA INSTANCIA EN LA JURISDICCION PENAL CASTRENSE, DENTRO DE LOS MIEMBROS DE LA MISMA FUERZA A QUE EL SINDICADO PERTENECIA EN ESE MOMENTO

1.—El artículo 319 del Código de Justicia Penal Militar establece que la “jurisdicción Penal Militar se ejerce: . . . c) por los Jueces de Primera Instancia y por quienes, en casos especiales, los reemplacen”.

Y en los capítulos IV, V, VI, VII y VIII, del Título III del Libro 3º de dicho código, se señalan los funcionarios que ejercen la jurisdicción penal militar como Jueces de primera instancia, desarrollando el criterio indicado en el artículo 309 del mismo estatuto, según el cual “los sindicados serán juzgados, por regla general, por los miembros de las mismas fuerzas a que pertenezcan, salvo las excepciones de este código”. Es así como en los citados capítulos se indica quiénes son jueces de primera instancia ya para el personal de la Armada Nacional, ora para el personal de la Fuerza Aérea, ya para quienes dependen de las Unidades de la Policía Militar, señalándose en relación con estas últimas, que “los Directores de Escuelas de Formación o de Institutos de Policía conocen en primera instancia de los juicios penales militares contra oficiales, suboficiales, personal de tropa, alumnos y civiles de la respectiva Escuela o Instituto”. (Artículo 348 del C. P. M.).

Pero al desarrollar el Código de Justicia Penal Militar ese criterio de juzgamiento de los sindicados “por los miembros de las mismas fuerzas a que pertenezcan”, lógicamente no buscó apartarse de la norma general de que la competencia queda determinada, en materia penal, en el momento mismo de la consumación del delito; y es en esa oportu-

nidad, entonces, cuando quedan indicados los juzgadores de primera instancia en la jurisdicción penal castrense, dentro de los miembros de la misma fuerza a que el sindicado pertenecía en ese momento.

Pretender que un proceso penal militar siga al sindicado a las distintas fuerzas militares a donde sea trasladado, variando la competencia de sus jueces en la primera instancia, sería aceptar ese cambio de radicación de facto, como insinúa el Comando de la Escuela de Policía Militar, lo cual resulta violatorio de los requisitos señalados en el artículo 316 del mismo Código de Justicia Penal Militar, conforme a los cuales solamente “la Corte Suprema de Justicia podrá cambiar la radicación de un proceso penal militar, previo concepto del Procurador de las Fuerzas Armadas, oficiosamente o a solicitud de parte, cuando lo estime conveniente para la recta administración de justicia, o si una enfermedad grave del sindicado así lo exige”.

2.—La competencia es la facultad que tiene el Juez o Tribunal para conocer o fallar sobre determinado negocio en particular, y las normas que la determinan “son de restrictiva interpretación, de taxativo entendimiento, de literal observancia, que en absoluto rechazan de por sí cualquier sentido o extensión analógica, a fin de que la exacta fijación de funciones, necesaria como es, no se desautorice con un dañoso arbitrio judicial que tienda a permitir a los falladores el uso de cualquiera atribución que las leyes no les han señalado expresamente”.

(Auto de 31 de mayo de 1940, G. J. Tomo XLIX, 652).

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, mayo veintiuno de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez)

Vistos:

Con oficio número 0790, del treinta de abril último, el Comando de la Escuela de Policía Militar, obrando como Juez de Primera Instancia dentro de la Jurisdicción Penal Militar, remitió a esta Sala Penal de la Corte el proceso que se adelanta contra el Cabo Primero **Uldarico Peña** por los delitos de violencia carnal, lesiones personales y otros, a fin de que se dirima la colisión de competencias surgida entre ese Comando y el del “Batallón Guardia Presidencial”.

La Corte Suprema de Justicia, en su Sala Penal, debe resolver lo pertinente, en virtud de lo previsto en la atribución séptima del artículo 320 del Decreto 0250 de 1958 (Código de Justicia Penal Militar), conforme a la cual le corresponde “decidir las colisiones de competencia que se susciten entre las autoridades de la Justicia Penal Militar o entre éstas y las otras jurisdicciones”, en concordancia con el ordinal 4º del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal.

Antecedentes del caso

En virtud de denuncia formulada en Girardot (Cundinamarca) por Paulina Narváez y en la cual sindicó al nombrado Uldarico Peña de los delitos de violencia carnal y de lesiones personales, fue adelantado este proceso por el Comando Militar del Destacamento del Oriente del Tolima, ya que el sindicado pertenecía a la Escuela de Policía Militar.

Perfeccionada la investigación por el Juzgado 6º Penal Militar, la Brigada de Institutos Militares remitió el proceso al Comando de la Escuela de Policía Militar, por considerarlo el competente para conocer de él, como Juez de Primera Instancia.

A su turno, el Comando de dicha Escuela estimó que el competente en este negocio lo era el

Comandante del “Batallón Guardia Presidencial”, por haber sido trasladado a dicha entidad el sindicado Uldarico Peña, si bien en fecha posterior a la en que tuvieron ocurrencia los hechos por que fuera procesado.

Pero no aceptó el Comando del “Batallón Guardia Presidencial” tener competencia para conocer del presente asunto y, en consecuencia, devolvió el proceso al Comando de la Escuela de Policía Militar, el cual provoca esta colisión de competencias en auto del veintiocho de abril próximo pasado, en el que se hacen las siguientes consideraciones:

“1º—El Cabo Uldarico Peña, sindicado en estas diligencias, cuando cometió el delito imputado pertenecía a esta Escuela, pero por disposición del Comando del Ejército fue trasladado al Centro de Instrucción ‘Gustavo Rojas Pinilla’ y de allí al Batallón ‘Guardia Presidencial’, a donde pertenece actualmente,

“2º—Al ser trasladado a otra unidad el sindicado, el Comando de la Escuela de Policía Militar perdió la jurisdicción y competencia sobre el mismo para seguir conociendo del negocio seguido contra él, al tenor de lo dispuesto en el artículo 331 del Código de Justicia Penal Militar, que es claro en su contexto al decir ‘que los Comandantes de Batallón conocen en primera instancia de los procesos penales militares contra los suboficiales, personal de tropa y civiles sin categoría de oficiales de su respectivo Batallón’,

“3º—Este Comando ha interpretado el artículo transcrito en el sentido de que es el Juez de Primera Instancia el Comandante de la Unidad a la cual pertenece actualmente el sindicado, ya que por motivos del traslado el antiguo Comandante pierde la jurisdicción y competencia para los asuntos penales militares de su antiguo personal, puede decirse, que el traslado para el personal sindicado en la Justicia Castrense de una unidad a otra equivale a un cambio de radicación del sumario.

“Además, este criterio sobre interpretación del artículo 331 del Código Penal Militar ha sido aceptado por la Procuraduría General de las Fuerzas Armadas, órgano consultivo de los Funcionarios de la Justicia Castrense, por disposición del artículo 337, numeral 10º del Código Penal Militar”.

Se considera:

El artículo 319 del Código de Justicia Penal Militar establece que la “jurisdicción Penal Militar se ejerce:..... c) por los Jueces de Pri-

mera Instancia y por quienes, en casos especiales, los reemplacen”.

Y en los capítulos IV, V, VI, VII y VIII del Título III del Libro Tercero de dicho Código, se señalan los funcionarios que ejercen la jurisdicción penal militar como Jueces de Primera Instancia, desarrollando el criterio indicado en el artículo 309 del mismo Estatuto, según el cual “los sindicados serán juzgados, por regla general, por los miembros de las mismas fuerzas a que pertenezcan, salvo las excepciones de este Código”. Es así como en los citados capítulos se indica quiénes son jueces de primera instancia ya para el personal de la Armada Nacional, ora para el personal de la Fuerza Aérea, ya para quienes dependen de las Unidades de la Policía Militar, señalándose, en relación con estas últimas, que “los Directores de Escuelas de Formación o de Institutos de Policía conocen en primera instancia de los juicios penales militares contra oficiales, suboficiales, personal de tropa, alumnos y civiles de la respectiva Escuela o Instituto”. (Artículo 348 del C. P. M.).

Pero al desarrollar el Código de Justicia Penal Militar ese criterio de juzgamiento de los sindicados “por los miembros de las mismas fuerzas a que pertenezcan”, lógicamente no buscó apartarse de la norma general de que la competencia queda determinada, en materia penal, en el momento mismo de la consumación del delito, y es en esa oportunidad, entonces, cuando quedan indicados los juzgadores de primera instancia en la jurisdicción penal castrense, dentro de los miembros de la misma fuerza a que el sindicado pertenecía en ese momento.

Pretender que un proceso penal militar siga al sindicado a las distintas fuerzas militares a donde sea trasladado, variando la competencia de sus jueces en la primera instancia, sería aceptar ese cambio de radicación de facto, como insinúa el Comando de la Escuela de Policía Militar, lo cual resulta violatorio de los requisitos señalados en el art. 316 del mismo Código de Justicia Penal Militar, conforme a los cuales solamente “la Corte Suprema de Justicia podrá cambiar la radicación de un proceso penal militar, previo concepto del Procurador de las Fuerzas Armadas, oficiosamen-

te o a solicitud de parte, cuando lo estime conveniente para la recta administración de justicia, o si una enfermedad grave del sindicado así lo exige”.

La competencia es la facultad que tiene el juez o tribunal para conocer o fallar sobre determinado negocio en particular, y las normas que la determinan “son de restrictiva interpretación, de taxativo entendimiento, de literal observancia, que en absoluto rechazan de por sí cualquier sentido o extensión analógica, a fin de que la exacta fijación de funciones, necesaria como es, no se desautorice con un dañoso arbitrio judicial que tienda a permitir a los falladores el uso de cualquiera atribución que las leyes no les han señalado expresamente” (auto de la Corte Suprema de Justicia, de 31 de mayo de 1940, XLIX, 652). Y es lógico que sin disposición expresa, que determinase en el Código de Justicia Penal Militar, el que el traslado de un sindicado de una Fuerza Militar a otra lleve a cabo un cambio de competencia para su juzgamiento por los Jueces de Primera Instancia, no puede llegarse a la conclusión de que ha llegado el Comando de la Escuela de Policía Militar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DIRIME de plano la supradicha colisión de competencias resolviendo, como en efecto resuelve, que el conocimiento y decisión de este proceso corresponde al Comando de la Escuela de Policía Militar, a donde será enviado este negocio para lo de su cargo.

Cópiese y notifíquese.

Gabriel Carreño Mallarino — Humberto Barre-
ra Domínguez — Luis Eduardo Mejía Jiménez.

Simón Montero Torres — Pedro Pacheco Osorio.

Gustavo Rendón Gaviria—Pioquinto León L., Se-
cretario.

LOS JUECES MUNICIPALES SON COMPETENTES PARA CONOCER DE LOS DELITOS DE LESIONES PERSONALES CUANDO AL OFENDIDO NO LE QUEDEN CONSECUENCIAS DE CARACTER PERMANENTE. — LA PERITACION MEDICO-LEGAL QUE SEÑALE UNA PERTURBACION FUNCIONAL TRANSITORIA DEBE INDICAR, CLARAMENTE, SI ESTA SECUELA TIENE COMO CAUSA UNA LESION QUE DIRECTAMENTE HAYA AFECTADO LA FUNCION DEL ORGANÓ O MIEMBRO, O SI SOLO ES DEBIDA AL PROCESO DE CURACION DE LA HERIDA

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, mayo veintitrés de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación que se admitió con respecto a la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, por la cual fue condenada PASTORA SABI CALDERON o ROSALBA CALDERON SABI, como responsable del delito de Lesiones Personales, a la pena de treinta y dos meses de presidio y a las sanciones accesorias correspondientes.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Dice la denunciante y ofendida Julia Avila que encontrándose en su casa de habitación de Campoalegre (Huila) en las horas de la tarde del día veintiocho de abril de mil novecientos cincuenta y cinco, la procesada Pastora Sabi Calderón o Rosalba Calderón Sabi llegó a invitarla a salir a la calle y habiéndolo hecho aquélla, fue intempestivamente golpeada, por varias veces, dejándola inconsciente.

Examinada Julia Avila por los médicos legistas le hallaron varias contusiones y una "equimosis de la mitad inferior de la cara externa del brazo izquierdo", herida esta última que dio lugar a una "perturbación funcional transitoria, consistente en dificultad para levantar el brazo izquierdo, por la contusión descrita en el numeral segundo" (se hace referencia a una "Equimosis en reabsorción en la mitad inferior de la cara externa del brazo izquierdo").

Perfeccionada la averiguación penal por la Alcaldía de Campoalegre, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Neiva, considerándose competente para conocer de este negocio, con fecha del dos de agosto de mil novecientos cincuenta y seis llamó a juicio a la procesada Pastora Sabi Calderón o Rosalba Calderón Sabi por el delito de Lesiones Personales, providencia que fue revocada por el Tribunal Superior de la misma ciudad para disponer, mediante sobreseimiento temporal, que se investigara un supuesto aborto que la denunciante expresó haber sufrido, como consecuencia de las mismas lesiones que le causara la sindicada, cuestión ésta que no tuvo comprobación alguna en las diligencias que se practicaron en su averiguación.

Realizada por el mismo Juez de primera instancia una nueva calificación del sumario, el dieciocho de noviembre de mil novecientos cincuenta y siete encausó a la sindicada por el delito de Lesiones Personales, especificando el juzgador, en la parte motiva de la providencia, que los hechos corresponden a lo previsto en el ordinal 1º del artículo 374 del Código Penal, o sea a aquellos casos en que "la lesión produjere la perturbación funcional transitoria de un órgano o miembro..." En este mismo auto, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Neiva revocó el beneficio de excarcelación de que venía gozando la procesada.

Por segunda vez, en razón del recurso de apelación interpuesto por el defensor de la enjuiciada, conoció el Tribunal Superior de Neiva del auto encausatorio, el cual fue confirmado en esta oportunidad.

Y adelantado el juicio, el veinticuatro de marzo de mil novecientos cincuenta y ocho fue proferida la sentencia condenatoria de primera instancia, la cual fue confirmada por la del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva

que fue objeto del recurso de casación de que conoce esta Sala Penal de la Corte.

* * *

DEMANDA DE CASACION

Oportunamente presentó el recurrente su demanda. En ella, dentro del orden en que se enuncian, invoca las causales 1ª y 4ª previstas en el artículo 567 del C. de P. P., en relación con las cuales expresa lo siguiente:

“Causal Primera.—Por ser la sentencia violatoria de la ley penal, por errónea interpretación, por indebida aplicación y falta de aplicación de la misma.

“Señalo como disposiciones violadas los artículos 374 y 372 del Código Penal.

Dice el recurrente que “una lesión en un brazo puede producir una incapacidad para el trabajo y también una perturbación funcional. La primera consiste en un impedimento para el trabajo ordinario y la segunda en un impedimento para el movimiento del brazo...; y que, en el hecho la incapacidad y la perturbación pueden también confundirse en cuanto a su duración, cuando la segunda no se prolonga por un tiempo mayor de la primera.

Que, agrega, “para compaginar los artículos 372 y 374 del Código Penal e interpretar este último en forma que armonice con el primero... varios penalistas han sostenido que el inciso primero del artículo 374 del Código Penal debe aplicarse en el caso de que la perturbación funcional sea grave y el 372, cuando sea leve... y que la perturbación funcional producida en Julia Avila fue de carácter leve.

Y, concluye el demandante, “es perfectamente claro que el Tribunal de Neiva, en la sentencia recurrida, violó el artículo 374 del Código Penal por interpretación errónea y por indebida aplicación. Consecuencialmente también violó el 372 ibidem, por haber dejado de aplicarlo en este caso”.

* * *

“Causal Cuarta.—La sentencia recurrida es violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

“En efecto...”, sostiene el recurrente, “el artículo 4º, ordinal 1º, del Decreto Extraordinario número 3.347 de 1950 dice así: “Los Jueces Municipales conocerán en primera instancia: 1º), de los delitos de lesiones personales cuando la

enfermedad o incapacidad pase de cinco días y no quede al ofendido lesión de carácter permanente, ni defecto físico””. Es decir, según la disposición transcrita, los Jueces Municipales conocen de los delitos de lesiones personales cuando éstas producen perturbación funcional transitoria, que es el caso contemplado en el inciso 1º del artículo 374 del Código Penal y que se ha aplicado a la procesada.

“Como aquí se trata...”, concluye el demandante, “de un caso de lesiones personales que produjeron a la ofendida, según los médicos, una incapacidad de diez días y una perturbación funcional transitoria, su conocimiento es de competencia de los Jueces Municipales y no de los del Circuito. Y como aquí el Juez Primero Penal del Circuito de Neiva conoció en primera instancia del proceso, es claro que éste está viciado de nulidad, de acuerdo con el ordinal 1º del artículo 198 del C. de P. P. y por consiguiente es procedente la casación... por haberse violado de manera flagrante el ordinal 1º del artículo 4º del Decreto 3.347 de 1950, que señalo como disposición violada”.

* * *

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, luego de considerar la demanda presentada por el doctor Alfonso Tovar y Tovar ajustada a las prescripciones que señala el artículo 531 del Código de Procedimiento Civil, estima que realmente, como lo afirma el demandante, el Juez Penal del Circuito de Neiva no es el competente para conocer de este negocio, habiéndose incurrido en la nulidad de lo actuado a partir del auto que decretó el cierre de la investigación, siendo del caso declararlo así en el fallo que corresponda dictar a esta Sala Penal de la Corte.

SE CONSIDERA:

Siendo evidente que en este proceso se ha incurrido en el evento de nulidad previsto en el ordinal 1º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, como habrá de demostrarse, no es pertinente el examen de los cargos hechos a la sentencia de segunda instancia con fundamento en la causal 1ª de casación prevista en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, pues dicho fallo deja de tener validez jurídica por haberse proferido en un proceso viciado de nulidad por incompetencia de jurisdicción.

En efecto, con invocación de la causal cuarta de casación prevista en el artículo antes citado, el demandante considera que el conocimiento de este negocio corresponde al Juzgado Municipal de Neiva y no al Juzgado Primero Penal del Circuito de la misma ciudad, habiéndose proferido el fallo acusado en un juicio viciado de nulidad, por violación de la norma procedimental contenida en el ordinal 1º del artículo 4º del Decreto Extraordinario número 3.347 de 1950.

Y ello es evidente, ya que la norma citada establece que “los Jueces Municipales conocerán en primera instancia: 1º) De los delitos de lesiones personales cuando la enfermedad o incapacidad pase de cinco días y no quede al ofendido lesión de carácter permanente ni defecto físico” (subrayó la Sala). Y a la ofendida Julia Avila, de conformidad con los reconocimientos médicos que le fueron practicados, solamente le quedó una perturbación funcional transitoria, “consistente en dificultad para levantar el brazo izquierdo” (reconocimiento del 9 de mayo de 1955, folio 17), como “secuela o resultado de la herida ya cicatrizada que dificultaba levantar el brazo...” (reconocimiento del 21 de octubre de 1957, folio 65). Por tanto no es el Juzgado Primero Penal del Circuito de Neiva competente para conocer de este proceso, pues, de conformidad con el ordinal 1º del artículo 47 del Código de Procedimiento Penal, los Jueces de Circuito en el ramo Penal conocen de la primera instancia en las causas por infracciones penales cuya competencia no esté atribuida a otras autoridades, y este asunto es del conocimiento de los Juzgados Municipales conforme a lo establecido en el Decreto Extraordinario número 3.347 de 1950, ya citado.

Se ha incurrido, pues, en el caso de nulidad por incompetencia de jurisdicción previsto en el ordinal 1º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal y por consiguiente prospera el cargo hecho a la sentencia con fundamento en que se ha proferido en un juicio viciado de nulidad.

Ahora bien:

Dadas las deficiencias de las peritaciones médico-legales cumplidas en este negocio y que permiten poner en duda si efectivamente la ofendida sufrió una perturbación funcional transitoria, pues si se estableciera que no existieron lesiones internas que determinaran la dificultad del movimiento de su brazo izquierdo y ello fue debido “a la herida ya cicatrizada” (como dicen los peritos) mientras se cumplía —así parece— el proceso íntegro de curación, se trataría únicamente de incapacidad; dadas esas deficiencias de las

peritaciones médico-legales, repite la Sala, es necesario realzar que el demandante, al hacer en su libelo el relato de los hechos, afirma (lo cual resulta cierto de las constancias procesales) que “en la segunda instancia el Magistrado ponente negó las pruebas pedidas porque —dijo— los hechos a que se referían estaban probados en el expediente”, una de las cuales buscaba, precisamente, traer al proceso una mayor claridad sobre tan fundamental aspecto en la solución jurídica de este asunto.

En los siguientes términos solicitó el diligente defensor de la encausada la explicación de los dictámenes médico-legales: “Como los médicos.... no dicen que hubieran sido lesionados los músculos extensores del brazo izquierdo, hay que concluir que los peritos, al dictaminar sobre la perturbación funcional, se fiaron en la buena fé de la ofendida... De ahí la pregunta que se les hace a los señores médicos para que contesten si ellos pueden afirmar con absoluta seguridad y de acuerdo con su ciencia y arte, que la perturbación funcional se produjo o solamente se trata de una simple hipótesis”.

Es tanto más pertinente la observación que hace la Sala sobre este particular, si se tiene en cuenta que el examen de la causal 1ª de casación invocada por el recurrente no puede realizarlo, ya que, a más de lo expresado, el demandante ha debido apoyarla en la causal segunda, como en diferentes ocasiones lo ha señalado la Corte.

* * *

Prospera el cargo hecho a la sentencia con fundamento en la causal 4ª de casación señalada en el artículo 567 del C. de P. P.

* * *

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, de acuerdo con el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA el fallo acusado y, en su lugar, declara NULO el proceso a partir del auto que decretó el cierre de la investigación.

Por conducto del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva envíese este negocio al Juzgado Municipal de la misma ciudad, el cual es el competente para conocer de él, a fin de que reponga la actuación invalidada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera Domínguez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Gustavo Rendón Gaviria—Píoquinto León L., Secretario.

INTERPRETACION DEL ULTIMO INCISO DEL ARTICULO 431 DEL C. DE P. P. — CUANDO EN LA PARTE RESOLUTIVA DEL AUTO DE PROCEDER SE DICE QUE LA VOCACION A JUICIO POR EL DELITO GENERICO DE HOMICIDIO SE HACE EN EL GRADO DE FRUSTRACION, NO SE VIOLA LA EXPRESADA NORMA. —AUNQUE LO TECNICO ES NO INDICAR EN LA PARTE DISPOSITIVA DEL AUTO DE PROCEDER SI EL ENJUICIAMIENTO POR UN DELITO GENERICO SE HACE EN EL GRADO DE CONSUMACION, FRUSTRACION O TENTATIVA, EL MENCIONAR LA SEGUNDA DE ESTAS CIRCUNSTANCIAS NO VULNERA EL DERECHO DE DEFENSA, SINO QUE LO FAVORECE

1.—Lo que dispone el artículo 431 del Código de Procedimiento Penal en su último inciso, es que en la parte resolutive del auto de proceder se haga “el llamamiento a juicio por el delito que corresponda, el cual se determinará con la denominación que le dé el Código Penal en el respectivo capítulo, o en el correspondiente título cuando éste no se divida en capítulos, como homicidio, lesiones personales, robo, estafa”; y lo que prohíbe es “determinar dentro del género de delito la especie a que pertenezca”, o “señalar el artículo especial que se considere aplicable”.

De tal suerte, y como en el Código Penal no hay ningún delito genéricamente llamado en capítulo o título alguno “homicidio imperfecto”, del cual sean especies el “homicidio frustrado”, y la “tentativa de homicidio”, no se viola la expresada norma, ni se incurre por consiguiente en nulidad, cuando en la parte resolutive del auto de proceder se dice que la vocación a juicio por el delito genérico de homicidio se hace en el grado de frustración.

2.—Aunque lo técnico es no indicar en la parte dispositiva del auto de proceder si el enjuiciamiento por un delito genérico se hace en el grado de consumación, frustración o tentativa, el mencionar la segunda de estas circunstancias no vulnera el derecho de defensa, sino que lo favorece. Porque si dicha providencia es la base del juicio y el pliego de los cargos que se formulan al acusado para que se defienda de ellos, es claro que no podrá condenársele por cargos más numerosos o más graves que los allí contenidos, por cuanto ello equivaldría a juzgarlo, en lo que exceda de éstos, sin auto de proceder, que es una de “las formas propias” o

características del juicio penal ordinario, y se violaría el artículo 26 de la Constitución; pero si es posible condenarlo por meses y es lo que acontece con frecuencia—, en cuanto al número o gravedad de tales cargos, lo cual es en el fondo una absolución parcial, precisamente porque el objeto del juicio es debatir éstos, para ver si la defensa los elimina en todo o en parte.

Siguese de lo expuesto que si a un sujeto se le encausa por un delito frustrado, no podrá condenársele por el mismo delito en el grado de consumación, pero sí en el de tentativa, si el jurado, en los juicios en que él interviene, acepta “que el hecho se ha cometido con circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario” (artículo 500 del C. de P. P.), que configuran el segundo fenómeno y no el primero, o si el Juez de derecho las estima probadas en los demás casos.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, mayo treinta de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio).

VISTOS:

El señor Juez Segundo Superior de Buga, en auto posteriormente confirmado por el respectivo Tribunal, llamó a responder en juicio, con intervención del jurado, a JORGE ENRIQUE PARRA ALARCON, “por el delito de homicidio agotado en la persona de Gonzalo Giraldo”, y al mismo reo y a NORBERTO JOSE PARRA ALARCON, “por el ilícito de HOMICIDIO FRUSTRADO, cometido por ambos procesados en la persona de Pedro Antonio Vásquez, delito genérica-

mente previsto y sancionado por el Código Penal, en Título XV, Capítulo I, Libro II en armonía con el artículo 17 *ibidem*".

Los Jueces de hecho admitieron la responsabilidad del primero de los encausados, por ambos cargos, y negaron la del segundo. En consecuencia, en el fallo de instancias, recurrido en casación por el Fiscal de dicho Tribunal, se condenó a Jorge Enrique por los dos delitos materia de la causa, y fue absuelto Norberto José.

Demanda y ampliación.

El recurrente invoca "la causal cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto dicha sentencia es violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad", y la sustenta alegando que al llamarse a juicio a los acusados "por el delito de **homicidio frustrado**", "se violó la última parte del artículo 431 de la ley procedimental penal, en cuanto esta disposición, al referirse a la parte resolutive del auto de proceder, prohíbe que se determine en ella, dentro del género del delito, la especie a que pertenezca, por cuanto el **homicidio frustrado** así como la **tentativa de homicidio** son especies de lo que jurídicamente se denomina un homicidio imperfecto, previstas y sancionadas por los artículos 16 y 17 del Código Penal". Agrega que, por lo tanto, "no solamente se violó la prohibición contenida en el inciso 2º del artículo 431 del Código de Procedimiento Penal, sino que la defensa de dichos sindicados, que no es una protección graciosa del Estado sino un derecho que la Constitución ampara y quiere que se desarrolle con la plenitud de las garantías que ella concede, quedó circunscrita, delimitada previamente y sin ámbito. . . .". Y termina haciendo notar que aunque lo anterior "no constituya la nulidad prevista en el ordinal 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, sí constituye una nulidad constitucional o supralegal deducida de lo dispuesto por el artículo 26 de la Constitución Nacional, por cuanto viola las formas propias del juicio y limita la defensa".

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal amplía la supradicha demanda para pedir que se declare "parcialmente nulo lo actuado en el presente negocio, a partir del auto de proceder", y que "la H. Corte amplíe en esta oportunidad la doctrina que, en torno a lo dispuesto por el inciso final del artículo 431 del Código de Procedimiento Penal, tiene sentada". El resto de su

libelo está destinado a corroborar los puntos de vista del Fiscal recurrente.

Considera la Sala:

1º Lo que dispone el artículo 431 del Código de Procedimiento Penal en su último inciso, es que en la parte resolutive del auto de proceder se haga "el llamamiento a juicio por el delito que corresponda, el cual se determinará con la denominación que le dé el Código Penal en el respectivo capítulo; o en el correspondiente título cuando éste no se divida en capítulos, como homicidio, lesiones personales, robo, estafa"; y lo que prohíbe es "determinar dentro del género de delito la especie o que pertenezca", o "señalar el artículo especial que se considere aplicable".

De tal suerte, y como en el Código Penal no hay ningún delito genéricamente llamado en capítulo o título alguno "homicidio imperfecto", del cual sean especies el "homicidio frustrado" y la "tentativa de homicidio", no se viola la expresada norma, ni se incurre por consiguiente en nulidad, cuando en la parte resolutive del auto de proceder se dice que la vocación a juicio por el delito genérico de homicidio se hace en el grado de frustración.

2º Aunque lo técnico es no indicar en la parte dispositiva del acto de proceder si el enjuiciamiento por un delito genérico se hace en el grado de consumación, frustración o tentativa, el mencionar la segunda de estas circunstancias no vulnera el derecho de defensa, sino que lo favorece. Porque si dicha providencia es la base del juicio y el pliego de los cargos que se formulan al acusado para que se defienda de ellos, es claro que no podrá condenarse por cargos más numerosos o más graves que los allí contenidos, por cuanto ello equivaldría a juzgarlo, en lo que exceda de éstos, sin auto de proceder, que es una de "las formas propias" o características del juicio penal ordinario, y se violaría el artículo 26 de la Constitución; pero sí es posible condenarlo por menos —y es lo que acontece con frecuencia—, en cuanto al número o gravedad de tales cargos, lo cual es en el fondo una absolución parcial, precisamente porque el objeto del juicio es debatir éstos, para ver si la defensa los elimina en todo o en parte.

Síguese de lo expuesto que si a un sujeto se le encausa por un delito frustrado, no podrá condenarse por el mismo delito en el grado de consumación, pero sí en el de tentativa, si el jurado, en los juicios en que él interviene, acepta "que

el hecho se ha cometido con circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario" (artículo 500 del C. de P. P.), que configuran el segundo fenómeno y no el primero, o si el Juez de derecho las estima probadas en los demás casos.

La irregularidad anotada en el asunto sub-judice no entraña, por lo tanto, una violación de las garantías otorgadas al reo por el citado artículo 26 de la Carta, ni puede alegarse como vicio de nulidad constitucional.

° ° °

En virtud de las consideraciones anteriores, la

Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, oído el concepto de su colaborador fiscal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO INVALIDA** el fallo materia del recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera

Domínguez—Luis E. Mejía Jiménez—Simón Mon-

tero Torres—Pedro Pacheco Osorio — Gustavo

Réndón Gaviria—Píoquinto León L., Secretario.

EN LOS JUICIOS CON INTERVENCION DE JURADO, NO PUEDEN ATACARSE EN CASACION, SOBRE LA BASE DE QUE NO HAN SIDO DEMOSTRADOS, LOS HECHOS REFERENTES AL CUERPO DEL DELITO NI A LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICADORAS DE LA INFRACCION BASICA. — TECNICA DE LA DEMANDA DE CASACION PENAL

1.—No es discutible, a la luz de lo dispuesto por los artículos 28 de la Ley 4ª de 1943 y 499 del Código de Procedimiento Penal, que el jurado debe aceptar o negar “el hecho o hechos materia de la causa conforme al auto de proceder, determinando las circunstancias que lo constituyen”, y que al Juez de derecho sólo incumbe apreciar y calificar “las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, cuando no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito”. Ahora bien, si “los elementos constitutivos del delito...”, serán la base de la comprobación del cuerpo del delito”, como lo ordena el artículo 272 del mismo C. de P. P., tampoco resulta dudoso que al pronunciarse el Tribunal Popular sobre aquellos extremos, lo que hace es admitir o rechazar que están probados el cuerpo del delito y las circunstancias modificadoras pertinentes.

Porque lo anterior es así; porque en los juicios en que interviene el jurado el fallo de instancia no se dicta conforme a las pruebas del proceso, sino de acuerdo con el veredicto (artículo 480 íbidem), y porque los jueces del pueblo deben pronunciar éste “sin atender voz distinta” a la de su “personal conciencia” (artículo 528), vale decir, sin sujetarse a normas legales para la formación de su convencimiento, en aquéllos no pueden atacarse en casación, sobre la base de que no han sido demostrados, los hechos referentes al cuerpo del delito ni a las circunstancias modificadoras de la infracción básica.

2.—Es esencialmente defectuosa la demanda en la cual, sin decir expresamente la causal que se invoca, se impugna la sentencia recurrida por ser “violatoria de la ley penal, por indebida aplicación de la misma”, y trata de sustentarse el cargo mediante la demostración de que se aceptaron

como probadas circunstancias no acreditadas en el proceso, y no se tomaron en cuenta las que sí lo están. Porque lo que aquí ocurre es que se enuncia una causal (la 1ª) y trata de demostrarse otra (la 2ª). En tales circunstancias, debe la Corte desechar la causal aducida, por no encontrarla justificada (artículo 569 del C. de P. P.), y no admitir la que trató de demostrarse, por no haberse alegado (artículo 568 íbidem).

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, mayo treinta de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio).

VISTOS:

El jurado de conciencia declaró responsables de los delitos de homicidio perfecto (asesinato), tentativa de asesinato, incendio, robo y violencia carnal a VICTOR y GUILLERMO MARTINEZ y a VIRGILIO MACIAS FERREIRA, y de asesinato tentado, incendio y robo a LUIS FRANCISCO MEDINA. El Tribunal de Bucaramanga condenó a los tres primeros a veinticuatro años de presidio, como sanción principal, y a cinco años de relegación en una colonia agrícola penal, como accesoria, y al último, a quince años de aquella pena.

Contra el fallo respectivo interpusieron casación todos los reos, pero sólo los dos Martínez sustentaron el recurso mediante abogado inscrito en la Corte.

Demanda y respuesta.

El personero judicial de estos últimos presenta sendas demandas para sustentar el recurso, pero ambas son en sustancia iguales. Luégo de hacer el relato de los hechos, las divide en dos capitu-

los, y destina el primero a demostrar, invocando la causal 2ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, que no está probado el cuerpo del delito de la violencia carnal atribuida a sus mandantes. En el segundo no dice qué causal aduce, pero a juzgar por el cargo —ser la sentencia violadora “de la ley penal, por indebida aplicación de la misma, en lo referente a las sanciones impuestas” a los procesados—, debe colegirse que se trata de la 1ª.

Respecto de aquella causal dice en síntesis el demandante que comparte y ha suscrito la reiterada y uniforme jurisprudencia de esta Sala sobre su inadmisibilidad en los juicios en que interviene el jurado, pero que tal tesis debe circunscribirse a la declaración de éste sobre la responsabilidad, que es sobre la que deben pronunciarse los jueces de hecho, y no extenderse a la prueba del cuerpo del delito, cuyo examen compete exclusivamente al Juez de derecho, “según el ordinal 2º del artículo 431 del Código de Procedimiento Penal”. Termina pidiendo que se case el fallo para que se dicte el que debe reemplazarlo.

En el 2º capítulo exora (sic) que se prescindida, al hacer el cómputo de la pena, del delito de violencia carnal, y en todo caso de la agravante prevista por el artículo 317 del Código Penal, por no estar demostrados ni el uno ni la otra; que se descarte la circunstancia calificadora del robo de que habla el “ordinal 2º del artículo 404 del Código Penal”, por no estar acreditada, como se desprende que algunas pruebas que cita y transcribe en lo pertinente; que se descuente la circunstancia constitutiva de asesinato que contempla el numeral 2º del artículo 363 *ibidem*, porque “la premeditación no aparece demostrada en autos”, y que se prescinda, por último, de la referida relegación a una colonia agrícola penal, porque “no está probada la circunstancia indispensable para imponer esta accesoria” y porque el Tribunal se contradice al admitir en favor de los reos “la ausencia de antecedentes judiciales y policivos” y que tengan “tendencia persistente al delito”, pues tales afirmaciones son incompatibles. Y agrega: “No debe olvidarse, en el particular, que los antecedentes judiciales y de policía favorables a la buena conducta... obran en autos”.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal elogia, en extenso escrito, la “técnica jurídica impecable” de la demanda, pero se opone a que prospere el cargo contenido en el capítulo primero, sosteniendo que en los juicios por jurado no puede discutirse en casación la prueba, acep-

tada por éste, sobre el cuerpo del delito, y cita en su abono la constante jurisprudencia de la Corte..

Estima el recurrido que el cargo del capítulo segundo está “soportado también sobre la causal segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal), pero es adverso a su pertinencia en lo relativo a la inexistencia del delito de violencia carnal y de las circunstancias agravantes de éste, del robo y del homicidio, porque habiéndolas aceptado el jurado, debían ser asimismo admitidas por los Jueces de instancia, a menos que el veredicto se declarase contraevidente, lo cual no ocurrió.

Concede en cambio, razón al recurrente, en cuanto a que debe prescindirse de la condena accesoria antes mencionada, y le solicita a la Sala hacerlo mediante invalidación parcial de la sentencia.

Para resolver se considera:

1º No es discutible, a la luz de lo dispuesto por los artículos 28 de la Ley 4ª de 1943, y 499 del Código de Procedimiento Penal, que el jurado debe aceptar o negar “el hecho o hechos materia de la causa conforme al auto de proceder, determinando las circunstancias que lo constituyen”, y que al Juez de derecho sólo incumbe apreciar y calificar “las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, cuando no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito”, como lo afirma el propio demandante. Ahora bien, si “los elementos constitutivos del delito... serán la base de la comprobación del cuerpo del delito”, como lo ordena el artículo 272 del mismo Código de Procedimiento Penal, tampoco resulta dudoso que al pronunciarse el Tribunal Popular sobre aquellos extremos, lo que hace es admitir o rechazar que están probados el cuerpo del delito y las circunstancias modificadoras pertinentes.

Porque lo anterior es así; porque en los juicios en que interviene el jurado el fallo de instancia no se dicta conforme a las pruebas del proceso, sino de acuerdo con el veredicto (artículo 480 *ibidem*), y porque los Jueces del pueblo deben pronunciar éste “sin atender voz distinta” a la de su “personal conciencia” (artículo 528), vale decir, sin sujetarse a normas legales para la formación de su convencimiento”, en aquéllos no pueden atacarse en casación, sobre la base de que no han sido demostrados, los hechos referentes al cuerpo del delito ni a las circunstancias modificadoras de la infracción básica.

No prospera, de consiguiente, el cargo hecho a la sentencia con fundamento en que no está probado el cuerpo del delito de violencia carnal, ni

prosperarían los que se refieren a las circunstancias modificadoras del mismo, del robo y del homicidio, aunque se hubieran hecho con invocación de la causal 2ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

2º Es esencialmente defectuosa la demanda en la cual, sin decir expresamente la causal que se invoca, se impugna la sentencia recurrida por ser "violatoria de la ley penal, por indebida aplicación de la misma", y trata de sustentarse el cargo mediante la demostración de que se aceptaron como probadas circunstancias no acreditadas en el proceso, y no se tomaron en cuenta las que sí lo están. Porque lo que aquí ocurre es que se enuncia una causal (la 1ª) y trata de demostrarse otra (la 2ª). En tales circunstancias, debe la Corte desechar la causal aducida, por no encontrarla justificada (artículo 569 del Código de Procedimiento Penal), y no admitir la que trató de demostrarse, por no haberse alegado (artículo 568 *ibidem*).

Y como es lo que acontece respecto del cargo consistente en que se aplicó a los procesados la relegación a una colonia agrícola penal, como pena accesoria, es claro que no puede prosperar.

* * *

En razón 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 de su colaborador fiscal, NO INVALIDA la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera
Dominguez—Luis E. Mejía Jiménez—Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio — Gustavo Rendón Gaviria—Pioquinto León L., Secretario.

DENTRO DEL FUERO MILITAR EXISTE UNA ESCALA DE FUEROS ESPECIFICOS PARA EL JUZGAMIENTO EN PRIMERA INSTANCIA. — SI EN UN MISMO PROCESO, POR UN MISMO HECHO, SE JUZGA A DISTINTOS SINDICADOS SOMETIDOS A DIFERENTE FUERO, DEBEN CONOCER LOS FUNCIONARIOS CORRESPONDIENTES, MEDIANTE COPIAS, SI FUERE DEL CASO

1.—La sustracción de armas destinadas al servicio de las Fuerzas Armadas, está contemplada como delito en el Código de Justicia Penal Militar (artículos 235 y ss.), luego no hay duda de que corresponde a las autoridades militares el conocimiento del proceso que se inicie por el hurto de un fusil no sólo en lo que respecta a los soldados objeto de acusación (ord. 1º, artículo 307 del C. de J. P. M.), sino también en lo tocante al particular incriminado por el mismo ilícito (num. 6º *ibidem*).

Cuando no se trata de varios delitos, sometidos a diversas competencias (artículo 50 del C. de P. P.), sino de un solo delito, el de hurto, del cual se sindicca a varias personas, como autores, coautores, cómplices o partícipes, no sería aplicable lo dispuesto en el artículo 50 que acaba de citarse.

Correlativamente, si tampoco se trata de delitos conexos, sino de uno solo, tampoco sería solución del problema lo dispuesto en el artículo 54 del C. de P. P.

Cuando varias personas, militares las unas y no militares las otras, cometen un delito contemplado en el C. de J. P. M., todas ellas quedan sujetas al fuero militar, tomada esta palabra no en el sentido de privilegio especial, sino en el de jurisdicción encargada por la ley del conocimiento de determinados negocios.

Pero a su vez, dentro de dicho fuero general (el militar), deben tenerse en cuenta los fueros particulares o específicos contemplados en la ley sobre organización de la justicia penal militar. Esta, constituida por el Decreto Extraordinario 0250 de 1958, atribuye el conocimiento del delito de hurto de armas, destinadas al servicio de las Fuerzas Armadas, que se impute a los soldados, al respectivo Comando del Batallón (artículo 331 del Decreto); pero, a su vez, de los de-

litos cometidos por particulares conoce el respectivo Comando de la Brigada (artículo 330 *ibidem*).

2.—Si se trata de un solo delito cuyo juzgamiento compete a distintos funcionarios de la jurisdicción militar, según se refiera a procesados particulares o a procesados militares, existen, dentro de dicha jurisdicción, dos fueros: uno, para los particulares, otro, para los militares.

En tal evento, se está en el caso previsto en el artículo 51 del C. de P. P., aplicable analógicamente. Porque, si, en tratándose de varios delitos, deben expedirse copias, cuando su conocimiento está atribuido a distintas jurisdicciones, lógicamente, lo mismo debe hacerse, cuando, a pesar de tratarse de uno solo, ha sido cometido, en concurso, complicidad u otro fenómeno análogo, por varias personas, sujetas, a su vez, a distintas jurisdicciones específicas, aunque la genérica sea la misma. Para tal caso, es también aplicable, sin duda, lo previsto en el artículo 299 del C. de J. P. M.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, primero de julio de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado Ponente Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez)

Vistos:

En este negocio, originario de la justicia penal militar, se trata de la investigación del hurto de un fusil y de ello se sindicca a los soldados Jesús Antonio Matéus Méndez y José Isaac Acosta, del Batallón Nº 19, "Nueva Granada", acantonado en el municipio de Chaparral, y perteneciente a la Sexta Brigada de las Fuerzas Armadas. También aparece sindicado de complicidad o coautoría en

el asunto el particular o civil **Luis Alfredo Castañeda Sánchez**.

Sostiene el Comando del Batallón aludido que no corresponde a él el conocimiento del proceso, sino al Comando de la Sexta Brigada. Esta, por su parte, ha sostenido que la investigación debe distribuirse en dos sumarios, de forma que pueda conocer de la imputación a los soldados el Comando del Batallón, y de los cargos al particular o civil, el mismo Comando de la Brigada. No hubo acuerdo entre las dos entidades, y esta la razón para que el sumario haya sido remitido a esta Corte, con el objeto de que desate la colisión de competencias suscitadas.

Para resolver, como compete a la Corte (artículo 320, C. de J. P. M.), atribución 7ª), se considera:

1º—El cargo porque se procede, está contemplado como delito en el Código de Justicia Penal Militar (artículos 235 y ss.), luego no hay duda de que corresponde a las autoridades militares el conocimiento del asunto, no sólo en lo que respecta a los soldados objeto de acusación (ordinal 1º, artículo 307 del C. de J. P. M.), sino también en lo tocante al particular acusado (numeral 6º, ibidem).

2º—No se trata, en el caso, de varios delitos, sometidos a diversas competencias (artículo 50 del C. de P. P.), sino de **un solo delito**, el de hurto, del cual se sindicaba a varias personas, como autores, coautores, cómplices o partícipes. Por esta causa, no sería aplicable lo dispuesto en el artículo 50 que acaba de citarse.

3º—Correlativamente, no se trata de delitos conexos, sino de uno solo, luego tampoco sería solución del problema lo dispuesto en el artículo 54 del C. de P. P.

4º—Todos los procesados, civiles y militares, están sujetos al fuero militar, tomada esta palabra no en el sentido de privilegio especial, sino en el de jurisdicción encargada por la ley del conocimiento de determinados negocios. Se citaron, al respecto, los textos correspondientes.

5º—Pero, a su vez, dentro de dicho fuero general (el militar), deben tenerse en cuenta los fueros particulares o específicos contemplados en la ley sobre organización de la justicia penal militar. Esta, constituida por el Decreto Extraordinario 0250 de 1958, atribuye el conocimiento del hecho que, en este proceso, se imputa a los soldados, al respectivo Comando del Batallón (artículo 331 del Decreto); pero, a su vez, de los delitos cometidos por particulares conoce el res-

pectivo Comando de la Brigada (artículo 330 ibidem).

6º—Por lo visto, se trata de un solo delito cuyo juzgamiento compete a distintos funcionarios de la jurisdicción militar, según se refiere a procesados particulares o procesados militares. O sea, existen, dentro de dicha jurisdicción, dos fueros: uno, para los particulares, otro, para los militares.

7º—Quiere decir lo anterior que se está en el caso previsto en el artículo 51 del C. de P. P., aplicable analógicamente. Porque, si, en tratándose de varios delitos, deben expedirse copias, cuando su conocimiento está atribuido a distintas jurisdicciones, lógicamente, lo mismo debe hacerse, cuando, a pesar de tratarse de uno solo, ha sido cometido en concurso, complicidad u otro fenómeno análogo, por varias personas, sujetas, a su vez, a distintas jurisdicciones específicas, aunque la genérica sea la misma. Para el caso, es también aplicable, sin duda, la prevista en el artículo 299 del C. de J. P. M.

8º—Por lo demás, debe anotarse que, en el caso, no se trata de que sea más grave el delito imputado al particular, y menos grave el que se imputa a los soldados. Ya se dijo que se trata de uno solo, y, por lo demás, su gravedad, desde el punto de vista del tipo legal, es la misma. Por ello, se repite que no es aplicable el artículo 50 del C. de P. P., invocado por el Comando del Batallón.

DECISION:

La Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DIRIME la colisión de competencias planteada en este proceso, disponiendo que de los cargos imputados al particular **Luis Alfredo Castañeda Sánchez**, conozca el Comando de la Sexta Brigada, por medio de copias que debe remitirle el Comando del Batallón N° 19, "Nueva Granada"; y que de los cargos hechos a los soldados, conozca este último Batallón, o mejor, el Comando respectivo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

**Gabriel Carreño Mallarino — Humberto Barre-
ra Domínguez — Luis Eduardo Mejía Jiménez.
Simón Montero Torres — Pedro Pacheco Osorio.
Gustavo Rendón Gaviria—Pioquinto León L., Se-
cretario.**

EL JUEZ DE DERECHO NO PUEDE CONSIDERAR LAS CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR O MENOR PELIGROSIDAD QUE SEAN MODIFICADORAS O ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO, SI NO HAN SIDO ACEPTADAS POR EL JURADO EN SU VEREDICTO. — CONDENA CONDICIONAL EN EL CASO DEL ARTICULO 27 DEL CODIGO PENAL. — EXCESO EN LA DEFENSA. — LA CORTE AMPLIA LA DOCTRINA SENTADA AL RESPECTO

1.—En los juicios en que interviene el jurado, atendido que “la apreciación y calificación de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, cuando no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito, corresponden al Juez de derecho” (artículo 499 del Código de Procedimiento Penal), cabe concluir en que no puede éste considerar en el fallo tales circunstancias que sean modificadoras o elementos constitutivos del delito, si no han sido aceptadas por el jurado en su veredicto.

En los juicios con intervención de jurado es de la competencia de éste lo que atañe a la existencia o no de circunstancias modificadoras que, como la prevista en el artículo 384 del Código Penal, son maneras de individualización legal de la sanción, conservando el Juez de derecho, eso sí, sus plenas atribuciones en cuanto a la individualización judicial de la pena dentro de los límites mínimo y máximo señalados en la ley para el delito mismo, ora con respecto a esas circunstancias modificadoras que la agravan o atenúan, individualización a que debe llegar el Juez tomando en cuenta las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes y la personalidad del agente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 36 del Código Penal.

2.— Considera la Sala que al disponerse en el artículo 27 del Código Penal la viabilidad de la condena condicional en los casos allí indicados, lo que se propuso el legislador fue hacer factible dicho beneficio aún en los eventos en que la pena aplicable fuese de calidad y duración distintas a lo exigido en el primer inciso del artículo 80 del mismo Código, que sólo hace procedente dicho subrogado penal “cuando se imponga la pena de arresto no mayor de tres años o la de prisión que no exceda de dos...”

Y el requisito de que se trate de “casos especialmente favorables para el sindicado” a que alude el artículo 27 citado no puede entenderse como cosa distinta al acople de las condiciones previstas en el artículo 80 del Código Penal, sobre ausencia de antecedentes delictivos en el procesado, buena conducta anterior suya y factores personales, modalidades del hecho y motivos determinantes que lo favorezcan, pues no otras consideraciones son las que permiten al juzgador deducir la ausencia de peligrosidad social en quien haya incurrido en una violación punible, ausencia de peligrosidad social que es lo que justifica y permite la aplicación de los subrogados penales.

3.—“El exceso en la defensa no se reprime en nuestra legislación a título de culpa; únicamente consagra un atenuante especial de la responsabilidad y de la sanción que corresponde a la infracción en caso de no haberse realizado en tales circunstancias. Es decir, que en esos casos, la disposición penal aplicable se determina con prescindencia de los supuestos de la legítima defensa y se relaciona con la norma que consagra la atenuación de la responsabilidad, para deducir de ellas la pena básica aplicable. Y esto es así, porque en tales eventos el hecho se ejecuta por persona normal, que tiene el propósito de obtener el resultado que se produce y obra voluntariamente en su producción, o sea, con concurrencia de las condiciones que caracterizan los hechos dolosos” (G. J. Tomo LXXVIII, pág. 265).

Y si bien es cierto, agrega ahora la Sala, que la doctrina más generalizada es aquella que encuentra en el exceso de defensa un comportamiento culposo (Carrara, Alimena, Florián, Cuello Calón, Soler, etc.), pues, dicen “el temor, la sorpresa, la agitación del ánimo pueden determinar un error de cálculo que quita al hecho excesivo el ca-

rácter de doloso, para hacerlo imputable sólo a título de culpa" (Sébastien Soler, Tratado de Derecho Penal Argentino, página 436, Edición de 1940), atendido que nuestra legislación penal no hace del exceso en la defensa, ni de las demás situaciones previstas en el artículo 27 una figura delictiva independiente de aquellas que tutelan los intereses ofendidos, en cada caso; con ese exceso, no es dable aceptar de jure condito que la defensa excedida resulte sancionada con fundamento en una acción psíquica de simple negligencia o imprudencia (culpa), distinta de la acción psíquica de aquella conducta (homicidio, lesiones personales, por caso) de la cual se predica dicho exceso como circunstancia atenuadora de la sanción penal y en la cual es claro que el resultado (muerte o daño en la salud) se obtuvo mediante una acción física orientada y guiada por una acción psíquica de carácter intencional (dolo).

El exceso en la defensa, de una parte, acarrea la condición de antijuridicidad de la conducta, esto es, la hace injustificada, única razón para que esa conducta mantenga el carácter delictuoso, y de otra aporta una atenuación de la pena.

Incide, pues, el comportamiento excedido, en cuanto a los casos de justificación del hecho (artículo 25 del Código Penal), en lo que hace relación a la antijuridicidad, mas no en lo que respecta a la culpabilidad, como acción psíquica del delito (intencionalidad—dolo—; negligencia o imprudencia—culpa—).

Corte Suprema de Justicia —Sala Penal.—Bogotá, junio cuatro de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación que se admitió con respecto a la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, fechada el veinticinco de agosto de mil novecientos cincuenta y ocho y por la cual fue condenado JORGE ELIECER ENDO a la pena principal de dieciséis meses de presidio y a las accesorias correspondientes, como responsa-

ble del delito de Homicidio cometido en la persona de Israel Correa.

HECHOS:

El Tribunal, en el fallo impugnado, los resume de la manera siguiente:

"...en las primeras horas de la noche del 6 de marzo de 1955 se reunieron varios vecinos de la Inspección de Policía del Naranjal en la cantina de Esteban González con el objeto de tomar bebidas embriagantes, tertulfa que continuó hasta las doce de esa noche más o menos. A esta hora el dueño de la cantina quiso cerrar la puerta, ya que no le era permitido tener abierto hasta más tarde, oponiéndose a ello Carlos Tulio Osorio, quien se interceptó en la puerta del establecimiento para no dejar salir a la gente, lo que parece dio lugar a la intervención del Comisario de la Inspección, Francisco Endo, formándose así dos grupos, uno en favor del cantinero y del Comisario y otro, que se oponía a las pretensiones de éstos.

"Por esta causa parece que se previnieron los ánimos de los protagonistas principales de esta tragedia, pues Jorge Eliécer Endo montó en cólera y se puso en favor de su tío el Comisario; Israel Correa, de otra parte, en favor de Tulio Osorio, lo que sin embargo no tuvo consecuencias, por la intervención de la autoridad que encerró en la cantina a Jesús Murcia y a Jorge Eliécer Endo, que eran los más exaltados.

"Eran cerca de las dos de la mañana del día siguiente cuando estos últimos señores que estaban encerrados resolvieron, ya pasados los humos de la borrachera, irse a dormir a sus casas para lo cual le pidieron al cantinero González que les abriera la puerta. En estos precisos momentos llegó Israel Correa con un amigo a que le vendieran cigarrillos y trago y le prestaran una copa. En seguida siguieron repartiendo la bebida entre los ahí presentes y como le pasaran a Jorge Endo contestó que no tomaba porque no le cabía más, a lo que respondió Israel que el trago no le cabía pero que la mano sí le cabía y acto seguido le dio una palmada a Endo, en son de juego; recordándole la guapeza que había mostrado horas antes. Endo dizque le dijo que si le iba a pegar que le pegara duro y así, después de breve discusión, se abrieron del grupo a pelear a pocos metros de la cantina de González. Dicen los testigos que en cuanto salieron a librar la pelea singular casada entre los dos protagonistas, inmediatamente Endo parece que dio una vuelta en

torno de Israel cayéndose éste en el suelo para no levantarse más, pues sus amigos lo hallaron con una puñalada en el pecho”.

ACTUACION PROCESAL

Adelantada la investigación, el Juzgado Superior de Garzón calificó su mérito mediante sobreseimiento definitivo proferido en favor de Jorge Eliécer Endo, por considerar que “los actos de Correa y la actitud que asumió Endo, según las pruebas, dan base para creer en que se ha dado el caso del ordinal 2º del artículo 23 del Código Penal”, pues, agrega dicho Juzgado, “...cabe admitir la plena buena fé de Endo al creer por error esencial de hecho de que corría peligro de muerte a manos de Correa”.

Apelada esta providencia por el señor apoderado de la parte civil, el Tribunal Superior de Neiva la revocó y en su lugar llamó a responder en juicio con intervención del Jurado a Jorge Eliécer Endo, según auto del veintiocho de agosto de mil novecientos cincuenta y seis (folios 118 a 123 del primer cuaderno), que en su parte resolutive dice lo siguiente:

“1º REVOCAR la providencia recurrida de treinta de agosto de 1955.

“2º LLAMAR A RESPONDER EN JUICIO, con intervención del Jurado, a JORGE ELIECER ENDO, de 21 años de edad en la época de la infracción, hijo de Rafael Endo y Romualda Rodríguez, natural del Naranjal, soltero y agricultor de oficio, por uno de los delitos de que trata el Capítulo I, Título XV, Libro 2º del Código Penal, con lo anotado en la parte motiva”.

Tramitada la causa en legal forma, al Jurado le fue sometido el siguiente cuestionario:

“El acusado Jorge Eliécer Endo es responsable de haber ocasionado la muerte de Israel Correa, más o menos a las tres de la mañana del siete de marzo de mil novecientos cincuenta y cinco, en Naranjal, a consecuencia de una herida hecha con arma cortopunzante (puñaleta, cuchillo mediano), que penetró la cavidad torácica y perforó el corazón, produciendo anemia supra-aguda por hemorragia incontrolable, en riña suscitada de modo imprevisto para Endo en cuanto fuera Correa quien la provocara?”.

El Juri, por unanimidad, contestó este cuestionario expresando que el acusado “SI ES RESPONSABLE, PERO POR EXCESO EN LA LEGITIMA DEFENSA”.

Acogido el anterior veredicto por el Juez, en fallo de primera instancia, que fuera confirmado

por el Tribunal en la sentencia impugnada, le fue impuesta a Jorge Eliécer Endo la pena principal de dieciséis meses de presidio, atendiéndose a la atenuación prevista para los casos de exceso en la defensa, y se resolvió negativamente la solicitud del defensor sobre aplicación de la condena condicional.

DEMANDA DE CASACION

Invoca el demandante, para sustentar el recurso las causales 1ª, 2ª y 3ª de casación previstas en el Art. 567 del Código de Procedimiento Penal, a las cuales se refiere en la forma que pasa a puntualizarse:

Causal segunda.

Sostiene el recurrente, para fundar la segunda causal, lo que a continuación se transcribe:

“La sentencia no tomó en cuenta hechos suficientemente acreditado (sic) en autos, como son las provocaciones persistentes de Correa y el ataque a golpes, unidos a la temibilidad de esta persona, quien hacía alarde de su actuación en medios peligrosos, como los bajos fondos de Cali y había llegado a la aldea del Naranjal con el ánimo belicoso que por esa época mostraban sujetos dados a la profesión de intimidadores profesionales de gentes tímidas e indefensas...”

Y a esta argumentación, única que se aduce como prueba del cargo hecho a la sentencia con fundamento en la causal segunda, solamente agrega el demandante, a manera de conclusión:

“Y por no haber tomado en cuenta estos hechos y esta circunstancia de un país en guerra entre los bandidos y las gentes honradas desamaparadas de las autoridades, el H. Tribunal negó la condena condicional, afirmando que las circunstancias en que Endo realizó el hecho no lo favorecía”.

Causal tercera.

Dice el demandante con respecto a la causal tercera invocada, lo siguiente:

“La sentencia no está de acuerdo con el veredicto del Jurado, porque el Jurado no descartó la circunstancia modificadora de la sanción consistente en la riña suscitada de modo imprevisto, circunstancia en la cual se produjo una situación en que Endo se vio obligado a actuar para defenderse de una violencia actual e injusta contra su persona”.

Y como respaldo al cargo anterior, el recurrente trae en su demanda las siguientes consideraciones:

“Lo que el Jurado dijo fue que Endo sí había llegado a una riña provocada por Correa y que en el curso de esa riña Endo había llegado a estar en la necesidad de defenderse de un grave peligro contra su vida o contra su integridad personal, lo cual es perfectamente posible, pues un individuo puede verse en la necesidad de defenderse de una violencia actual e injusta contra su persona, su honor o sus bienes, sin haberse visto provocado a riña, por un ataque súbito grave que de inmediato ponga en peligro tales bienes jurídicos, o también porque llevado a una riña, en apariencia sin gravedad, en el curso de ella se vea enfrentado a un peligro grave contra su vida o su integridad. En el primer caso el peligro surge de inmediato. En el segundo surge mediatamente, en virtud de un medio previamente escogido por el agresor.

“Este desacuerdo con el veredicto del Jurado...”, agrega el demandante... “llevó al Juzgado y al Tribunal a no modificar la sanción imponible por el exceso en la legítima defensa, rebajándola en la proporción prevista en el artículo 384 del Código Penal, sin tener en cuenta que el exceso es una circunstancia modificadora de la responsabilidad y la riña imprevista es una circunstancia atenuadora de la sanción”.

Causal primera.

En relación con la causal primera alegada, el señor apoderado de Jorge Eliécer Endo hace el siguiente cargo:

“La sentencia violó la Ley Penal por indebida aplicación de ésta al negar la concesión de la Condena Condicional, establecida por el inciso segundo del artículo 27 del Código Penal en forma especialísima para los casos de exceso en la legítima defensa, es decir: violó esta disposición legal al no darle aplicación”.

Hace el libelista la siguiente demostración del cargo:

“El caso del homicidio realizado por Endo es especialmente favorable para éste, por las siguientes razones: A). El procesado carece de antecedentes judiciales y de policía y no ofreció peligrosidad social alguna, como el Tribunal lo reconoció en el fallo; B). Endo fue insistentemente provocado y agredido por Correa, mediante insultos soeces, y luego por golpes a mano armada; C). El exceso radicó en los medios, y esta clase

de exceso es considerada como la más leve, hasta el punto de que casi todos los tratadistas de la materia sostienen que no es punible, fundándose en la perturbación anímica que produce la agresión, la cual no permite hacer cálculos tranquilos y precisos sobre la proporcionalidad de instrumentos de la defensa con los de la agresión.

“Que...”, agrega el recurrente ... “lejos de perjudicar...” a Endo estas circunstancias... “como lo sostiene el Tribunal, lo favorecen y lo hacen acreedor a la Condena Condicional”, prevista en el artículo 27 del C. P.

“Y si bien el Decreto Legislativo número 4.137 de 1948, en su artículo 6º, suprimió la Condena Condicional para los casos de Homicidio Intencional, tal decreto sólo pudo referirse a los homicidios con dolo de propósito. El decreto dicho emplea una terminología técnicamente impropia, pero ello no implica que su prohibición haya de extenderse a todos los casos, por el hecho de estar defectuosamente redactado.

“De otra parte...”, continúa el libelista... “el homicidio realizado en las circunstancias del artículo 25 del Código Penal, pero excediéndose en los medios de la defensa, no es homicidio con dolo de propósito, porque el autor no se propone matar, sino defenderse, y en su mente no opera la intención de causar la muerte, sino la de ponerse a salvo de la agresión, si es que opera alguna intención racional clara y no el simple instinto de auto-defensa, que determina la acción defensiva, sin esperar la acción del ratiocinio. Además el artículo 27, citado, en su inciso segundo, no supedita la concesión de la Condena Condicional a la calidad de la pena impuesta y por consiguiente al juzgador no le es lícito supeditarla, ya que si el legislador hubiera entendido tal supeditación, no hubiera dictado esta disposición especialísima, sino que se hubiera atendido a la norma general de artículo 80 del C. P.”.

* * *

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, luego de un juicioso examen de los cargos hechos a la sentencia recurrida, pide que no sea casada, pues los motivos alegados para su invalidación no resultaron comprobados por el demandante.

Con toda pertinencia advierte el señor Agente del Ministerio Público que “la inconducencia de la causal o la falta de argumentación para sus-

tentar los cargos, hacen innecesaria la consideración a fondo del problema, de conformidad con los preceptos que gobiernan la casación", siendo suficiente, en tales casos (agrega) "anotar la deficiencia u omisión para el análisis del cargo y la petición sobre cada causal".

Y es que, ciertamente, la demanda adolece de imprecisión en cuanto a la técnica del recurso, como que alegada una causal de casación corresponde al demandante demostrarla, esto es, señalar en forma clara los fundamentos de ella, sin que pueda la Corte, oficiosamente, llevar a cabo el examen de los motivos que en la sentencia recurrida puedan dar lugar a su invalidación.

* * *

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Para resolver la Sala toma en cuenta las siguientes consideraciones con respecto a las causales invocadas por el demandante, así:

I—CAUSAL SEGUNDA

Se limitó el demandante, en relación con esta causal, a enunciar el cargo, sin aportar la comprobación correspondiente, pues no señala cuáles pruebas o hechos estuvieron mal interpretados o apreciados, como se desprende de la transcripción que se hizo de la demanda.

Con toda razón el Ministerio Público, al examinar la queja hecha por el libelista con invocación de esta causal, estima que por tratarse "de conceptos abstractos aplicados inconexamente al caso especial de la condena condicional que se trata separadamente en la causal primera y que no incide directamente con los elementos de la segunda, no se puede oficiosamente sustituir al demandante en la puntualización de los hechos y pruebas que constituirían el material propio de la última causal mencionada".

No prospera, pues, la causal segunda, por no haberse demostrado el cargo a que alude el demandante.

II—CAUSAL TERCERA

Pretende el demandante que la sentencia fue proferida en desacuerdo con el veredicto del Jurado, expresando que aquélla no tuvo en cuenta la circunstancia atenuante de la riña suscitada de modo imprevisto para el enjuiciado.

Mas si se tiene en cuenta que los Jueces de

hecho en este proceso no admitieron dicha circunstancia, sobre la cual se les interrogó de manera explícita y la cual fue objeto de examen en las audiencias, corresponde rechazar la motivación dada en la demanda para sustentar este cargo, pues resulta en desacuerdo con la realidad.

Y es que si el Juez hubiese tomado en cuenta esa circunstancia modificadora de la riña imprevista a que se refiere el artículo 384 del Código Penal sin que el Jurado, como ocurrió en este negocio, la hubiera admitido en su veredicto, habría violado lo previsto en el artículo 480 del Código de Procedimiento Penal, pues la sentencia hubiera quedado en desacuerdo con la calificación que los Jueces de conciencia dieron a los hechos sobre los cuales versó el debate.

En efecto, en los juicios en que interviene el Jurado, atendido que "la apreciación y calificación de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, cuando no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito, corresponden al Juez de derecho" (Artículo 499 del Código de Procedimiento Penal), cabe concluir en que no puede éste considerar en el fallo tales circunstancias que sean modificadoras o elementos constitutivos del delito, si no han sido aceptadas por el Jurado en su veredicto.

En los juicios con intervención del Jurado es de la competencia de éste lo que atañe a la existencia o no de circunstancias modificadoras que, como la prevista en el artículo 384 del Código Penal, son maneras de individualización legal de la sanción, conservando el Juez de derecho, eso sí, sus plenas atribuciones en cuanto a la individualización judicial de la pena dentro de los límites mínimo y máximo señalados en la ley para el delito mismo, ora con respecto a esas circunstancias modificadoras que la agravan o atenúan, individualización a que debe llegar el Juez tomando en cuenta las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes y la personalidad del agente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 36 del Código Penal.

Con exacta oportunidad alude el Ministerio Público, al examinar este cargo de la demanda, al fallo de 19 de mayo de 1953 (G. J., tomo LXXV, número 2.129) en el cual dijo la Corte:

"Si la ley, pues, estableció determinadas condiciones para que... la riña en el caso del artículo 384 del Código Penal adquiera la categoría de circunstancia modificadora, es indispensable que tales condiciones se reconozcan y determinen

clara e inequívocamente. Si el Jurado las omite, no podrían los jueces —por carencia de jurisdicción— reconocerlas, a menos de incurrir en una clara violación de la ley por cuanto si la calificación de las circunstancias de peligrosidad es atributo de los Jueces, la de las circunstancias modificadoras lo es del Jurado...”.

Por las consideraciones hechas cabe concluir que el cargo aducido es inoperante.

III—CAUSAL PRIMERA

Considera el demandante, conforme a la motivación del cargo que hace a la sentencia recurrida con invocación de esta causal primera y que se dejó transcrita, que ha debido darse aplicación a lo previsto en el inciso segundo del artículo 27 del Código Penal, pues lo estatuido en los artículos 6º del Decreto Legislativo número 4.137 de 1948 y 80 del Código Penal no es aplicable en relación con el beneficio de la condena condicional a que puede llegarse “en casos especialmente favorables para el sindicado”, cuando al ejecutar el hecho, en las circunstancias de justificación a que se refiere el artículo 25 del mismo Código, “exceda los límites impuestos por la ley, la autoridad o la necesidad”.

Al descorrer el traslado conceptúa el Ministerio Público, sobre este particular, que los presupuestos del beneficio de la condena condicional a que hace mención el inciso 2º del artículo 27 del Código Penal, “se hallan contenidos en el artículo 80 del...” mismo Código, “que reglamenta la materia en forma completa, sin que la alusión que se haga de la misma gracia en el artículo 27 pueda significar una excepción de los requisitos eseneciales, sino tan sólo uno de los varios caminos para poder concederla en esas especiales condiciones que allí quedan delimitadas”. Y “si a todo lo anterior....”, continúa el señor Procurador... “se añade que, como lo reconoce la demanda, el Decreto Legislativo número 4.137 de 1948 prohibió conceder la condena condicional a los autores o sindicados por delitos intencionales de homicidio, sería impropcedente desconocer tal calidad al homicidio cometido, por Jorge Eliécer Endo y entrar en distinciones sutiles entre homicidio intencional y homicidio de propósito, en la forma un tanto equívoca como plantea tales tesis el libelo”.

Para negar al procesado Jorge Eliécer Endo el beneficio de la condena condicional que solicitara su defensor, el Juzgado Superior consideró que la conducta del enjuicado, esa misma noche

de los hechos, no permitía aceptar que su comportamiento siempre hubiera sido bueno, y el Tribunal Superior, al confirmar el fallo de primera instancia, estimó que “la sanción guarda consonancia con el veredicto y la personalidad del procesado, que no acusa peligrosidad alguna, aunque las circunstancias en las cuales infringió la ley penal no lo hacen acreedor a la condena condicional, que por eso fue negada con buen criterio en la sentencia recurrida”.

Ahora bien:

Considera la Sala que al disponerse en el artículo 27 del Código Penal la viabilidad de la condena condicional en los casos allí indicados, lo que se propuso el Legislador fue hacer factible dicho beneficio aun en los eventos en que la pena aplicable fuese de calidad y duración distintas a lo exigido en el primer inciso del artículo 80 del mismo Código, que sólo hace procedente dicho subrogado penal “cuando se imponga la pena de arresto no mayor de tres años o la de prisión que no exceda de dos...”.

Y el requisito de que se trate de “casos especialmente favorables para el sindicado” a que alude el artículo 27 citado, no puede entenderse como cosa distinta al acopio de las condiciones previstas en el artículo 80 del Código Penal, sobre ausencia de antecedentes delictivos en el procesado, buena conducta anterior suya y factores personales, modalidades del hecho y motivos determinantes que lo favorezcan, pues no otras consideraciones son las que permiten al juzgador deducir la ausencia de peligrosidad social en quien haya incurrido en una violación punible, ausencia de peligrosidad social que es lo que justifica y permite la aplicación de los subrogados penales.

En consecuencia, al aplicar el juzgador de instancia en este negocio lo previsto en el mencionado artículo 80 del Código Penal, con fundamento en lo cual negó a Jorge Eliécer Endo el beneficio de la condena condicional por estimar que no fue siempre buena su conducta anterior, ni favorables las circunstancias en que realizó el hecho, no se incurrió en indebida aplicación de la ley penal y, por tanto, no prospera el cargo hecho por el demandante a la sentencia con invocación de la causal primera de casación.

De otra parte es necesario aceptar que el inciso 2º del artículo 27 del Código Penal no podía ser aplicado en favor de Jorge Eliécer Endo, quien fuera condenado por el delito de Homicidio consumado en la persona de Israel Correa por haber excedido la defensa (artículo 362 del Código

Penal, en concordancia con el artículo 27 de la misma obra), por impedirlo el Decreto Legislativo número 4.137 de 1948, que en su artículo 6º dice que "los sindicados por delitos intencionales de homicidio... quedan excluidos del beneficio de la condena condicional...".

En fallo de 29 de septiembre de 1950 (G. J. Tomo LXVIII, página 265), dijo la Corte lo siguiente:

"El exceso en la defensa no se reprime en nuestra legislación a título de culpa; únicamente consagra una atenuante especial de la responsabilidad y de la sanción que corresponde a la infracción en casos de no haberse realizado en tales circunstancias. Es decir, que en esos casos, la disposición penal aplicable se determina con prescindencia de los supuestos de la legítima defensa y se relaciona con la norma que consagra la atenuación de la responsabilidad, para deducir de ellas la pena básica aplicable. Y esto es así, porque en tales eventos el hecho se ejecuta por persona normal, que tiene el propósito de obtener el resultado que se produce y obra voluntariamente en su producción, o sea, con concurrencia de las condiciones que caracterizan los hechos dólidos".

Y si bien es cierto, agrega ahora la Sala, que la doctrina más generalizada es aquella que encuentra en el exceso de defensa un comportamiento culposo (Carrara, Alimena, Florian, Cuello Calón, Soler, etc.), pues, dicen, "el temor, la sorpresa, la agitación del ánimo pueden determinar un error de cálculo que quita al hecho excesivo el carácter de doloso, para hacerlo imputable sólo a título de culpa" (Sebastián Soler, Tratado de Derecho Penal Argentino, página 436, edición de 1940), atendido que nuestra Legislación Penal no hace del exceso en la defensa, ni de las demás situaciones previstas en el artículo 27 una figura delictiva independiente de aquellas que tutelan los intereses ofendidos, en cada caso, con ese exceso, no es dable aceptar de jure condito que la defensa excedida resulta sancionada con fundamento en una acción psíquica de simple negligencia o imprudencia (culpa), distinta de la acción psíquica de aquella conducta (homicidio, lesiones personales, por caso) de la cual se predica dicho exceso como circunstancia atenuadora de la sanción penal y en la cual es claro que el resultado (muerte o daño en la salud) se obtuvo mediante una acción física orientada y guiada por una acción psíquica de carácter intencional (dolo).

El exceso en la defensa, de una parte, acarrea la condición de antijuridicidad de la conducta, esto es, la hace injustificada, única razón para que esa conducta mantenga el carácter delictuoso, y de otra aporta una atenuación de la pena.

Incide, pues, el comportamiento excedido, en cuanto a los casos de justificación del hecho (artículo 25 del Código Penal), en lo que hace relación a la antijuridicidad, mas no en lo que respecta a la culpabilidad, como acción psíquica del delito (intencionalidad —dolo—; negligencia o imprudencia —culpa—).

De consiguiente, al afirmar el Jurado en este proceso que Jorge Eliécer Endo "sí es responsable, pero en exceso de la legítima defensa", en relación con el delito de Homicidio porque fue llamado a juicio, no le quitó a la infracción su carácter intencional. Por tanto, se trata de uno de los casos exceptados del beneficio de la condena condicional, conforme a lo dispuesto por el artículo 6º del Decreto Legislativo número 4.137 de 1948.

Por esta otra razón, igualmente, no puede prepararse el cargo hecho a la sentencia, con invocación de la causal primera de casación.

* * *

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 señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, NO CASA el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, fechado el 25 de agosto de 1958, en el cual se condenó a JORGE ELIECER ENDO, como responsable de la muerte de Israel Correa en exceso de defensa, a la pena principal de diez y seis meses de presidio y a las accesorias pertinentes y se le negó el beneficio de la condena condicional.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera Domínguez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Gustavo Rendón Gaviria—Píoquinto León L., Secretario.

PARA PRONUNCIARSE SOBRE LA INVALIDEZ DE UN FALLO ANTERIOR QUE SIRVE, PRECISAMENTE, DE PRESUPUESTO DE LA REINCIDENCIA, NO LE ES DABLE A LA CORTE INTENTAR, AL MARGEN DEL RECURSO DE CASACION, OTRO EXTRAORDINARIO. — LA REINCIDENCIA ES COMPUTABLE AUNQUE NO ASUMA LAS CONDICIONES DE REITERADA O ESPECIFICA. — SANCION ACCESORIA DE RELEGACION A UNA COLONIA AGRICOLA ESPECIAL. — CALIFICACION DE LA HABITUALIDAD CRIMINAL. — A MAS DE LAS CONDICIONES PERSONALES DEL PROCESADO, EL FALLADOR, EN CUALQUIER GRADO, DEBE VALORAR LA NATURALEZA Y MODALIDADES DE LOS HECHOS Y LOS MOTIVOS DETERMINANTES. — SE REITERA LA DOCTRINA DE QUE LAS SOLAS REINCIDENCIAS NO PERMITEN IMPONER LA SANCION ACCESORIA

1.—No es dable a la Corte intentar, al margen del recurso de casación, otro extraordinario para pronunciarse sobre la invalidez de un fallo anterior que sirve, precisamente, de presupuesto de la REINCIDENCIA.

2.—Es inválido el argumento de que no es computable la reincidencia por no asumir ésta las condiciones de REITERADA o ESPECIFICA, pues el sistema adoptado por el Código Penal Colombiano en esta materia, muy claramente consignado en el artículo 34, es el de la REINCIDENCIA GENERICA que es índice de peligrosidad social tanto o más manifiesto que el de la REITERACION, propiamente dicha.

3.—De conformidad con el artículo 34 del C. Penal, “de la segunda reincidencia en adelante se aplicará como accesoria la relegación a una colonia agrícola especial, por cinco a quince años”, fórmula ésta que viene a constituir en nuestro sistema penal un estatuto de represión para la DELINCUENCIA HABITUAL, pero cuyo ejercicio no depende exclusivamente de la existencia mínima de dos condenaciones anteriores, sino de la DEMOSTRACION en el proceso de que hay en el AGENTE “una tendencia persistente al delito”, es decir, cuando se puede dar por ESTABLECIDO en la causa que el acusado es un delincuente por tendencia, una personalidad criminal no susceptible de corregir con los tratamientos penales ordinarios y cuya revelada peligrosidad individual y social impone su segregación más prolongada.

Pero para esa delicada calificación de la habitualidad criminal, prudentemente el Código sólo hace imperativa la aplicación de la medida accesoria, cuando a más del hecho numérico de las reincidencias, resulta establecida “la tendencia persistente al delito”, con base en el examen de estos presupuestos:

I.—NATURALEZA Y MODALIDADES DE LOS HECHOS COMETIDOS.—No sobra repetir, que el indicio que de aquí resulta para establecer la HABITUALIDAD o tendencia al delito, precisa construirlo estudiando el delito SUB-JUDICE lo mismo que los cometidos y sancionados dentro de los diez años anteriores, para ver de inferir lógicamente si esos hechos, por su objetividad y circunstancias de comisión revelan, por lo menos parcialmente, la tendencia criminal.

II.—MOTIVOS DETERMINANTES. — Su estudio, en la misma extensión, puede y debe ser índice de la verdadera peligrosidad del agente.

III.—CONDICIONES PERSONALES DEL PROCESADO. Deben ser, de acuerdo con lo que el mismo Código de Procedimiento Penal dispone en los ordinales 5º y 7º del artículo 294, las condiciones que caracterizan la personalidad del procesado al tiempo del sumario, y, sus condiciones de vida individual, familiar y social, factores estos que debidamente acreditados en los procesos, son los más adecuados para resolver con acierto sobre la sanción accesoria de relegación.

4.—El argumento sobre la autonomía o arbitrio de la instancia para apreciar las

condiciones personales del procesado, reforzado con la doctrina sentada por esta Corporación, es incompleto, porque a más de esas condiciones, es necesario y perentorio para el fallador, en cualquier grado, valorar la naturaleza y modalidades de los hechos y los motivos determinantes, factores morales del Juez, sino que tienen que descansar en el recaudo probatorio del proceso.

5. — Las solas reincidencias no permiten imponer la sanción accesoria, como en repetidas ocasiones lo ha sostenido esta Corporación al pronunciarse sobre esta materia. (Casaciones de 18 y 25 de febrero de 1949, G. J. Tomo LXV, números 2068-2069).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio diez y ocho de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria)

Vistos:

El Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, en sentencia de 19 de junio de 1958 condenó, entre otros procesados, por el delito de lesiones personales, a Gustavo Valencia Bedoya, en los términos contenidos en el numeral 1º de dicho fallo, que dispuso:

“1º— Como reo de un delito ‘De las lesiones personales’ que se le imputó en indagatoria y auto de proceder, se CONDENA a Gustavo Valencia Bedoya, de las condiciones civiles conocidas en este proceso, a purgar en el establecimiento de castigo que al efecto designe el Gobierno, la pena (sic) de DIEZ Y OCHO MESES DE PRISION y a pagar al Tesoro Nacional la suma de ciento cincuenta pesos (\$ 150.00) moneda legal. Como accesoria se le impone la pena de cinco años de relegación a una colonia penal o agrícola”.

En el numeral 3º de la sentencia señaló el Juzgado las demás penas accesorias que estimó ainentes.

Al revisar el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, por apelación, el referido fallo, lo confirmó por sentencia de 17 de septiembre del mismo año, “con la sola REFORMA de que la multa impuesta a Gustavo Valencia Bedoya es la de DOSCIENTOS PESOS, y con la

acларación de que los perjuicios a que fueron condenados los Valencias los pagarán en forma solidaria al ofendido Martínez, y los que sufrió Evelio Valencia B. deben pagarlos solidariamente Lázaro Ramírez y Julio César Villada”.

No se conformó el doctor Omar Valencia Ariztízabal, defensor del procesado Gustavo Valencia Bedoya y, en representación de éste, interpuso contra la sentencia del Tribunal el recurso de casación, el cual declaró admisible la Corte de conformidad con el artículo 557 del C. de P. P.

Surtidos como fueron los trámites propios al recurso, resta decidir de fondo sobre su mérito, y a ello se procede.

HECHOS

No interesa, para los fines del recurso, hacer una relación pormenorizada de los hechos que dieron origen a este proceso y bien puede estarse la Sala a la contenida en el auto de llamamiento a juicio proferido por el Juzgado, acogida por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, o a la más breve hecha por el Tribunal al confirmar ese proveído.

Dicen:

“Relación de los hechos:

“En el municipio de Santa Rosa de Cabal, y siendo el dos de junio de 1957, la escuela de ‘Guaimaral’ celebraba el día de la madre y con tal motivo varios campesinos estaban en esa región ingiriendo bebidas embriagantes y más o menos en las horas de la noche se fueron reuniendo en la cantina que en esa misma región tiene el señor Elías Aguirre, a donde llegaron a ingerir licores las siguientes personas: Gustavo Valencia, Evelio Valencia, Lázaro Ramírez, Julio César Villada, Evelio Henao Loaiza, José Betulio y Rafael Silva y Apolinar Martínez. Después de que el alcohol ingerido tenía ya exaltados los ánimos, los hermanos Betulio y Rafael Silva comenzaron a provocar y sacaron sus peñillas, por lo cual Apolinar Martínez, para evitar novedades, trató de huir de la cantina, lo cual no pudo, porque cuando esto quiso hacer, Gustavo Valencia lo atajó dándole un primer machetazo en la cabeza, pasado lo cual, e insistiendo Martínez en la huida, no pudo hacerlo porque Evelio Valencia, hermano de Gustavo, inmediatamente le dio un machetazo en el rostro de Martínez, el cual trató de defender-

se con un palo, pero sin resultado ninguno, pues no pudo evitar la agresión, ni tampoco lesionó a nadie con la vara.

"Mientras lo anterior sucedió, Lázaro Ramírez y Julio César Villada, con cuchillos y botellas atacaban a Gustavo Valencia, causándole a éste una herida en la frente y otra en la espalda.

"También en esta misma trifulca, Evelio Valencia, por una ventana de la cantina atacó a Lázaro Ramírez, hiriéndolo con peñilla o machete en el dedo anular de la mano izquierda.

"Es la anterior la síntesis de los hechos extractada de la lectura del expediente".

DEMANDA DE CASACION

Advierte el recurrente que su "solicitud se refiere a la casación parcial de dicha sentencia, concretamente a la accesoria de relegación a una colonia agrícola penal por cinco años", y, luego de exponer los hechos, invoca las causales segunda y primera, de las establecidas en el artículo 567 del C. de P. P., fundamentándolos, en lo principal de su demanda, de esta manera:

"Invoco la Segunda Causal de Casación, ya que, como más adelante se demostrará, el juzgador de instancia apreció erradamente los hechos, atribuyendo a unos un valor probatorio que no tienen y negando a otros el que sí tienen, o no tomándolos en cuenta a pesar de estar acreditados dentro del proceso, lo que vale decir incurrió en palpable error de derecho y error evidente de hecho en la apreciación de las probanzas. Por lo tanto, esta causal se proyecta, por decirlo así, sobre la Primera, la cual también y de manera conjunta establezco con la Segunda, puesto que de los errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, se concluye:

- a) La infracción directa de la ley penal. Y
- b) La aplicación indebida de la misma.

"Se invoca la causal Segunda conjuntamente con la Primera (y dentro de ésta, separadamente, la infracción directa, por una parte, y la aplicación indebida, por la otra), porque la doctrina y autores han establecido que estas causales no pueden invocarse en forma independiente. Así, Alvaro Pérez Vives (Recurso de Casación, pág. 170), sostiene: 'Constituye una manifiesta equivocación establecer como causales separadas e independientes, por una parte, la violación de la ley sustantiva, y por la otra, el error de hecho o de derecho en la apreciación de las probanzas. Porque no es la equivocada apreciación de una

prueba, ni el convencimiento del juzgador formado contra la notoria realidad procesal, ni el desconocimiento del mérito legal de una probanza, ni su producción o su valoración contra legem, lo que motiva la casación de una sentencia; es la violación de un precepto legal sustantivo, como secuela de esos errores de hecho o de derecho, lo único que puede originar la destrucción del fallo acusado. Así lo ha dicho en repetidas ocasiones la Corte".

El recurrente, para impugnar la sentencia de segundo grado, así sea en forma parcial, dedica la mayor parte de su escrito a tratar de establecer que el fallador desestimó los elementos probatorios demostrativos de que su poderdante cometió el delito "por provocación" de los ofendidos, circunstancia prevista en el artículo 35 del C. P. para impedir computar reincidencias a un procesado, no obstante pesen sobre él condenaciones anteriores, y, por ende, para impedir se aplique, como accesoria, la pena señalada en el inciso 2º del artículo 34 *ibidem*.

No satisfecho con este planteamiento, que merecerá un estudio especial por parte de la Sala, insiste en que hay lugar a reconocer la causal segunda por indebida aplicación de la ley penal, abonando en defensa de su tesis estos argumentos:

"b) Porque estamos, en el caso que nos ocupa, frente a las circunstancias de la Causal Segunda de Casación (artículo 567 del C. de P. P.), dando como resultado la aplicación indebida de la ley penal.

"Se impuso a mi defendido la accesoria de relegación a una colonia agrícola penal por cinco años, considerando que era reincidente por segunda vez. ¿Pero, se probó en debida forma que en realidad lo era? Veámoslo.

"La primera condena está debidamente establecida con las copias de primera y segunda instancia, la nombrada en primer lugar dictada por el Juzgado Primero Municipal el 4 de abril de 1952; y la en segundo dictada por el Juzgado Penal del Circuito de la misma ciudad el 13 de junio de 1952. En esta ocasión fue condenado por 'estafa' (folios 22 y ss. del cuaderno de pasado judicial).

"Para tratar de establecer la segunda condena, o sea la primera reincidencia, se trajo a los autos (fls. 16 y ss. del cuaderno de pasado judicial), copias de las sentencias de primera instancia de mayo 6 de 1955 dictada por el Juzgado Primero Municipal de Santa Rosa de Cabal, y de segunda

instancia de 14 de junio de 1955 dictada por el Juzgado Penal del Circuito de la misma ciudad, condenándose en esta última a mi defendido a la pena de trece meses de prisión, por el delito 'Del Hurto'.

"Pero resulta que esta sentencia condenatoria no debe ni puede tenerse en cuenta, porque fue dictada en un juicio viciado de nulidad. En efecto, notamos que en el AUTO DE PROCEDER dictado por el Juzgado Primero Municipal de Santa Rosa de Cabal, con fecha abril 12 de 1955, se llamó a juicio a Gustavo Valencia Bedoya por la comisión de un supuesto delito 'DEL ROBO' (folios 16 y 18 del pasado judicial). Por el mismo delito, el mismo Juzgado lo condenó en primera instancia a treinta meses de prisión, en sentencia que lleva fecha, como ya se dejó establecido, 6 de mayo de 1955 (folio 19 del cuaderno de pasado judicial). Pero el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa, al surtirle la consulta, en lugar de decretar la nulidad del proceso a partir del auto de proceder inclusive, SENTENCIO EN SEGUNDA INSTANCIA POR EL DELITO 'DEL HURTO' (folio 21 del cuaderno sobre pasado judicial) originando así, o mejor, dejando pendiente una NULIDAD SUSTANCIAL.

RESPUESTA DEL SR. PROCURADOR:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, cuyo concepto es adverso a las pretensiones del recurrente, luego de acoger la relación que de los hechos hace el auto calificador del Juzgado y reseñar en sus principales aspectos la actuación procesal, somete a la siguiente crítica las causales de casación invocadas en la demanda:

"Causal Segunda

"Expresa la existencia de la misma el señor apoderado de la siguiente manera: 'La sentencia contra la cual se interpuso el presente recurso se basó única y exclusivamente, en la prueba testimonial para fundamentar la condena. Y aunque es principio general de derecho la libertad del juzgador de instancia en la apreciación, calificación y valoración de los testimonios, esa libertad no es ni puede ser absoluta, puesto que si así fuera se llegaría a la subjetividad del Juez, sin más obstáculo que su propia buena o mala conciencia —la estimación de este medio probatorio—. Por ello la propia ley ha ordenado que en la valoración del testimonio el Juez ha de regirse por las

normas de la sana crítica. Y si el código de procedimiento penal no dijo exactamente cuáles son esas normas, la jurisprudencia se ha encargado de sistematizar algunas, como el alcance probatorio del dicho del ofendido'. Agrega: 'Notamos que la sentencia, que no reconoce la circunstancia de la PROVOCACION, deduce la responsabilidad de mi defendido de cuatro testimonios: el de Apolinar Martínez (fl. 199 del cuaderno principal), el de Lázaro Ramírez (fl. 200 del cuaderno principal), y el de César Villada (fl. 200 del cuaderno principal), ninguno de los cuales afirma que Gustavo Valencia hubiera sido provocado. Pero aquí cabe preguntar: ¿merecen crédito estos testimonios en cuanto niegan o callan la insistente provocación de que fue víctima Gustavo Valencia y su hermano? Veámoslo.

'Los dos primeros (Apolinar y Lázaro Ramírez) son ofendidos puesto que recibieron heridas de los Valencias. Y la Corte ha sido clara, terminante, inequívoca y explícita al decir: 'Por lo regular la declaración del ofendido es merecedora de fe en cuanto señala al ofensor, mas no en lo que atañe a las circunstancias y modalidades de la agresión pues si el interés personal lo lleva o puede llevarlo a tergiversar la verdad de lo segundo...'. (Sentencia agosto 30 de 1944, LVII, 648). Esta es una de las reglas de la sana crítica a que debe someterse el Juez en la valoración de un testimonio, porque se basa en la conducta psicológica que debe adoptar un hombre frente a las circunstancias de haber sido ofendido por otro. Entonces, para concretarnos, habremos de concluir que el juzgador de instancia, al dar crédito a los testigos (ofendidos) citados, respecto de la circunstancia de haber llamado o negado la provocación de que fue víctima Gustavo Valencia por parte de Apolinar Martínez, está atribuyendo a estas declaraciones un valor probatorio que no tienen....'.

"El alegato continúa explayándose sobre otros aspectos, que si bien, tienen íntima relación con las tachas formuladas a la sentencia dentro de los párrafos anteriores, por método y claridad serán considerados en apartes especiales. Así bien, la Procuraduría hace las consideraciones siguientes:

"Es un hecho inconcuso el de que la sentencia cuya impugnación parcial se pretende se construyó en su totalidad sobre prueba testimonial. Esta la explicación de que se produjeran en el negocio no pocas declaraciones cuya atinencia en el meollo del mismo posteriormente se considera

muy pobre o de escasa significación probatoria. La hora, el lugar, la fecha, la concurrencia casi multitudinaria de gentes al sitio en que se produjo el desenlace delictivo hicieron imperioso que el funcionario instructor allegara —en lógico y laudable propósito de esclarecer la realidad— multitud de deposiciones de personas que presumiblemente pudieran proporcionarle alguna luz —así fuera la más mínima—. Su pesquisa, y así lo saca avante la lectura desprevenida y cuidada del informativo, fue de ambiciosa proyección, mesurada, en ningún momento arbitraria o parcial. Tanto ello es así, que al llegar el negocio al funcionario competente, apenas éste si ordenó una ampliación en término breve de tiempo, para llenar dentro de ella vacíos —no de singular importancia— de que adolecía el sumario. Pleno ya éste, la declaración de clausura investigativa se produjo con el lleno de las formalidades legales y advino, inexorablemente, el correspondiente llamamiento a juicio contra los presuntos sindicados ya desde aquella época. No es fuera de lugar insistir en que la misma providencia contempló varios sobreseimientos definitivos, que, a la postre, fueron confirmados por el H. Tribunal, dando así amplia razón al aserto de que en el deseo de hacer emerger la verdad, el instructor creyó del caso llamar a rendir injurias a personas, a quienes posteriormente se exoneró de todo cargo y consiguiente responsabilidad.

“De otro lado, los protagonistas de la reyerta, según lo deja meridianamente establecido el relato de los hechos, fruto de las constancias procesales, trabaron su actividad ilícita en avanzado estado de excitación alcohólica, casi comunal, por razón de celebrarse ese día una fiesta cívica; la divergieron en dos grupos, antagónicos y sufrieron, finalmente, personas integrantes de ambas facciones, heridas y lesiones como las consignadas en las experticias y reconocimientos médicos, y con las consecuencias que los mismos dictaminan. La sentencia materia del recurso observa fehacientemente esta situación, compleja, en principio, y la despeja y discrimina inteligentemente, tanto en sus considerandos como en su parte resolutive.

“Preguntamos: ¿en este campo de metódica y de teleología era posible para el juzgador desechar —como parece pretender el señor abogado demandante— los testimonios incidentísimos y fundamentales de personas a quienes por razón del decurso de los hechos se les debía considerar

como ofendidos? ¿Era lógico, y además jurídico que el juzgador dejara de tomar en cuenta sus deposiciones —entre otras— para deducir la responsabilidad de un sindicato —a su turno también lesionado— por la nuda reflexión de que su dicho podría ser parcial, animoso o inveraz, por motivos del humano reflejo de la venganza del hombre frente a quien ha sido causante de su daño? “¿Podría, en sana concepción hermenéutica el mismo juzgador desestimar estos medios probatorios, o subestimarlos simplemente por los ingénitos y presuntos vicios de origen? O, a la inversa, tal como lo hizo, y en forma que desata la crítica sesuda pero obliterada del señor abogado, hacer uso de ellos en justo sopesamiento de sus calidades, valor, estimabilidades; en síntesis, valorándolos, para poder deducir el peso jurídico de una responsabilidad? Este Despacho, verdaderamente interesado por el planteamiento hábil, sagaz y disertado del recurrente no omitió la lectura de una pieza del expediente, y cree que a la luz de los postulados de crítica testimonial, puestos en juego inminente con las evidencias procesales, el juzgador procedió con irreprochable criterio y buen sentido y comprensión de la ley, sin dejarse influir para la calificación de las pruebas por una subjetividad premiosa ni mucho menos parcial. Dice bien claro de su esfuerzo la sentencia misma cuya solidez y sobriedad revelan honda meditación y propósito de acierto. El hecho de haber desconocido la circunstancia de provocación no implica que el juzgador de instancia haya procedido en uso de desaforada libertad en la apreciación de la prueba. Muy a la inversa, demuestra lo contrario; y sería arbitrario, ello sí, aceptar que atribuyó a las declaraciones citadas un valor probatorio que no tienen. Sobre el particular el Despacho se permite hacer la siguiente transcripción:

“La estimación de la Corte en casos de estimación de la prueba se limita a aquellos en que es protuberante el error porque no se ajusta en nada esa estimación a lo que el proceso narra, pues de otro modo a su criterio se podría oponer otro distinto y así se acabaría con la libertad de apreciación de la prueba de parte de los Tribunales”. (Sentencia 28 de marzo de 1946 (LX—267)).

“La Procuraduría no se siente convencida por la argumentación del señor apoderado, y por ende, hasta el momento de ella que se lleva comentando, considera que la causal que invoca no tiene prosperidad.

“Mantiene en su alegato el señor apoderado la

otra siguiente afirmación: 'En cuanto a Julio César Villada no hay que perder de vista que éste fue uno de los agresores de Gustavo Valencia, hecho comprobado a bastanza, y aún de sobra, ya que por ello se le dedujo responsabilidad penal en la sentencia, entonces es natural presumir enemistad entre ellos, si no desde antes de deducirse los hechos, por lo menos después de haber acontecido estos, y estas circunstancias hacen que sus afirmaciones sean sospechosas respecto a las modalidades de cómo ellos ocurrieron. Por lo tanto a este testimonio también se le ha dado un alcance probatorio que no tiene, porque si bien es atendible en cuanto señala a los agresores o responsables de las lesiones, no lo es en cuanto a la forma y manera en que se desarrollan los acontecimientos, pues su calidad de sindicado hace presumir interés en presentar los hechos en la forma más favorable para él'.

"Esta Procuraduría considera:

"Es también incuestionable que el señor Julio César Villada cuyo testimonio figura a los folios 200 y 201, no habla, ni siquiera insinúa, que hubiera mediado provocación alguna por parte de nadie al señor Valencia Bedoya y su hermano para hacerlos desatar en su actitud agresiva. Es aceptable, 'prima facie' que siendo el señor Villada uno de los agresores de Guillermo Valencia, tuviera interés en deformar los hechos hasta el punto de que ellos le resultaran favorables. Es también presumible que en su ánimo de deformarlos omitiera detalles de pertinente importancia, tales como el desconocer, aunque fuera tácitamente, que mediaran actos, palabras, ultrajes, etc., como hechos provocadores de la actividad de Valencia. No es excederse, aun en el campo de reflexiones psicológicas al suponer entre Valencia y Villada, si no anterior a los sucesos, por lo menos dimanada de sus resultas. Pero de todas estas hipótesis llegar a deducir axiomáticamente que las afirmaciones de Villada sean sospechosas, y que por lo tanto se le dio a su testimonio un alcance probatorio que no tiene, es realizar una curiosa, aunque ciertamente ardua pericia, que no se compadece, ésta sí, con los principios de crítica testimonial. Veámoslo: las normas de crítica testimonial no son, ni así pueden entenderse, a manera de corselete de acero que constriña despóticamente al juzgador, a obedecerlas; a trueque de que, por darles un aparente acatamiento, la verdad real de los hechos sea su-

reditada por una verdad formal en la apariencia más equitativa y justiciera. Ellas deben comprenderse como pautas flexibles y elásticas al reclamo inteligente de quien pretende y debe hacerse a su asesoría, —el juzgador— no como derroteros formalísticos de ineludible cumplimiento. Así se sedimenta y robustece el postulado de libertad del *judex* en materia de apreciación, calificación y valoración de la prueba, excepcionalmente en materia testimonial de tan exquisita como difícil distorsión analítica.

"Es trivial y peca de común la afirmación de que el juicio criminal requiere un convencimiento íntimo en el ánimo del juez no constituido por la mera impresión fugaz y tornadiza, que integra el juicio temerario, sino por aquella laboración del raciocinio que, examinando los llamados motivos de convicción, analice y contraste su eficacia, depurándoles de posibles errores, y elevando así la inteligencia a la posesión de la verdad, que habrá de ser el contenido del juicio en lo criminal. Debe reconocerse que las legislaciones positivas han aceptado dos sistemas contrapuestos sobre el particular: uno el de sustentar el edificio jurídico de las pruebas sobre reglas prefijadas de modo taxativo en la ley escrita; y otro, el de declinar en la conciencia del juzgador la estimación de la prueba, sin limitaciones de ninguna clase.

"En el caso de autos se encuentran destituidas de verdaderas razones las críticas que formula el señor apoderado en relación con el valor que se le concediera a la declaración rendida por el señor Villada. En efecto, tanto en la que inicialmente rindiera bajo juramento como luego emitiera en calidad de indagado es rotundo en afirmar que ninguna provocación le fue dada constatar como hecha a los Valencias por parte de los circunstantes en la tienda de Elías Aguirre; afirma que por parte de los Silvas —también presentes en el lugar— mediaron 'pullas' dirigidas a Apolinar Martínez, quien con el fin de evitar problemas procedió a salirse del salón y yendo en la mitad de éste fue sorprendentemente atacado por Evelio Valencia, ataque que fue continuado por parte de Gustavo Valencia, casi en la puerta de la habitación, machete en mano.

"No existe un solo testimonio distinto al rendido por el agente Orlando Calderón Zuluaga, al que luego tendremos oportunidad de referirnos, que mantenga en firme la versión de la provocación hecha a Gustavo Valencia por Apolinar Martínez.

“En estas condiciones es aventurado afirmar —como lo hace el apoderado— que se le hubiera dado al testimonio de Villada un alcance probatorio que no tenía ya que al no reconocer que Valencia obrara provocado por Martínez, lo hacía con ocultamiento de la verdad propiciado por el interés de mejorar su situación de agresor.

“En cuanto hace referencia al valor que se le diera al testimonio de Elías Aguirre ‘dándole un alcance probatorio que no tiene’ es elemental esclarecer, con la simple lectura de su declaración, que este deponente, dueño del establecimiento escenario de los hechos, afirma que la trifulca empezó cuando uno de los señores Silva le ‘puso’ pelea a Apolinar Martínez a la vez que omite todo detalle concerniente a provocación dirigido contra Gustavo Valencia.

“No puede comprarse —como no se compraba— interés en que este testigo retuerza su dicho, falte a la verdad por pasión, por enemistad o por cualquier otro motivo similar para hacer gravosa la situación de Valencia. Su declaración no ofrece tachas, y el valor que probatoriamente se le concedió es racional y jurídico.

“Dice el señor apoderado en su alegato: ‘En cambio algunos testimonios no fueron comentados ni analizados en la sentencia recurrida, lo que vale decir que no se les tomó en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso, dando a entender —ni más ni menos— que el juzgador de la segunda instancia ya tenía preconcebida, desde cuando confirmó el auto de llamamiento a juicio, la sentencia condenatoria sin tener en cuenta o sin reconocer el atenuante de la provocación... En efecto la sentencia recurrida no tomó en cuenta el parte rendido por los agentes de la policía Orlando Calderón y Abelardo Gutiérrez (fl. 33, cuaderno principal), en el cual los citados agentes afirman de manera categórica que sí existió o medió provocación a Gustavo Valencia: ‘...había mucha gente libando licores entre otros los señores Apolinar Martínez y sus compañeros Lázaro Ramírez y un señor Julio Villada. Estos señores ya se encontraban en avanzado estado de embriaguez y no hacían sino provocar a los allí presentes con especialidad a unos señores Valencias...’. A través del parte comentado, que fue ratificado en su debida oportunidad bajo la gravedad del juramento, se insiste en el hecho de la provocación y sin embargo estos testimonios no fueron tenidos en cuenta en la sentencia pronunciada por el Tribunal de segunda instancia’.

“Al folio 101 (cuaderno principal) vuelve a declarar el agente Orlando Calderón Zuluaga, y reafirma lo expresado en el parte diciendo que... ‘el señor Apolinar Martínez y dos compañeros de éste, Julio Villada y Ramírez estaban bastante embriagados poniendo pereque a los allí presentes con especialidad a los señores Valencias. Esta declaración tampoco fue tenida en cuenta en la sentencia recurrida’.

“Se responde:

“A folios 201 dice el Tribunal: ‘... Es bueno anotar desde ahora, como lo hizo el señor Juez del conocimiento, cómo los agentes de policía que dieron (sic) ver el parte de la contienda, el que fue ratificado bajo juramento, no son dignos de crédito en lo dicho en tales partes, ya que ellos, Orlando Calderón Zuluaga y Abelardo Gutiérrez, dicen en dicho parte que los Valencias fueron los desafiados y provocados a cada instante por Apolinar Martínez y Lázaro Ramírez, lo que está reñido con la realidad procesal, ya que en todas las declaraciones que se han transcrito ningún testigo pone como provocador a Apolinar, sino antes bien, acuerdes están los testimonios en afirmar que Apolinar Martínez, cuando los Silvas, que fueron los que promovieron la trifulca, empezaron a esgrimir, dicho Martínez a todo instante quiso huír sin ofender a nadie, lo que no pudo lograr porque lo atajaron los Valencias y lo hirieron. Obsérvese en las declaraciones transcritas hasta ahora, cómo los deponentes dan a entender que en la requisita que los mencionados agentes que dan el parte al folio 33, requisita que hicieron a las tres de la tarde en la cantina, la hicieron en forma parcial dejando con armas a los Valencias, por la eventual amistad que estos dos últimos habían hecho con los agentes, con motivo de las atenciones que les hicieron aquellos durante toda la tarde y antes de cometerse el delito de las lesiones personales’.

“Cabe comentario alguno qué agregar a lo transcrito y en relación con el aserto del señor apoderado? Es evidente que el H. Tribunal en su sentencia sí tomó en consideración los testimonios que menciona como omitidos en su examen y análisis el abogado recurrente; y tan los consideró, que optó por rechazar el valor de sus expresiones ‘categóricas’ en la valoración que queda expuesta.

“Sobre tan deleznales soportes concluye el

distinguido profesional: '...es del caso dar por plenamente demostrado que Gustavo Valencia, antes de causar la lesión a Apolinar Martínez, fue provocado por éste. El no reconocimiento de la provocación en la sentencia materia del recurso, determinó la relegación de mi defendido a una colonia agrícola penal por cinco años, dando este hecho origen a la INFRACCION INDIRECTA DE LA LEY PENAL, pues no se aplicó a un caso que exigiera su aplicación...'

"Se considera:

"El artículo 35 del C. P. dispone: 'Al aplicar las disposiciones de los incisos 1º y 2º del artículo anterior, no se tendrán en cuenta las contravenciones, los delitos culposos, los delitos contra la disciplina militar, los delitos políticos cometidos sin homicidio, incendio, saqueo o robo, el homicidio y las HERIDAS CUANDO HAYA MEDIANO PROVOCACION (mayúsculas de la Procuraduría) o haya habido exceso en la defensa o en el estado de necesidad, y los delitos cometidos por los menores de diez y ocho años'.

"La sentencia cuya impugnación parcial se solicita desechó el atenuante de la provocación como consecuencia de un estudio exhaustivo de la prueba obrante en el proceso. Apartes de él han sido transcritos con anterioridad. Así, la premisa sobre la cual funda su argumento el apoderado es inexistente o falsa:

"Es el caso de dar por plenamente demostrado que Gustavo Valencia, antes de causar la lesión a Apolinar Martínez fue provocado por éste...', luego 'no se dejó de aplicar la ley penal' contenida en el artículo 35 del estatuto sustantivo, sino, a la inversa, se aplicó, en concepto de este Despacho, con ajustado criterio, en razón de obrar este artículo en juego y concordancia con el 34 (inciso final) del Código de las Penas.

"Las anteriores consideraciones llevan a la conclusión de que la causal segunda invocada no prospera.

"Causal Primera:

"Finalmente, y en relación con la causal primera, y por indebida aplicación de la ley penal dice así el señor demandante:

"Se impuso a mi defendido la accesoria de relegación a una colonia penal por cinco años, considerando que era reincidente por segunda vez. ¿Pero se probó en la debida forma que en realidad lo era? Veámoslo: la primera condena está

debidamente establecida con las copias de primera y segunda instancia, la nombrada en primer lugar dictada por el Juez Primero Municipal el 4 de abril de 1952, y la segunda dictada por el Juzgado Penal del Circuito de la misma ciudad el trece de junio de 1952. En esta ocasión fue condenado por estafa (folios 22 y ss. del cuaderno del pasado judicial).

"Para tratar de establecer la segunda condena, o sea la primera reincidencia, se trajo a los autos (folios 16 y ss. del cuaderno de pasado judicial) copias de la sentencia de primera instancia de mayo 6 de 1955 dictada por el Juzgado Penal del Circuito de la misma ciudad, condenándose en esta última a mi defendido a la pena de trece meses de prisión, por el delito de 'hurto'.

"Pero resulta que esta sentencia condenatoria no debe ni puede tomarse en cuenta, porque fue dictada en un juicio viciado de nulidad. En efecto, notamos que en el auto de proceder, dictado por el Juzgado Primero Municipal de Santa Rosa de Cabal, con fecha 12 de abril de 1955, se llamó a juicio a Gustavo Valencia Bedoya por la comisión de un supuesto delito de 'robo' (folios 16 y 18 del pasado judicial). Pero por el mismo delito el mismo Juzgado lo condenó en primera instancia a treinta meses de prisión en sentencia que lleva fecha, como ya se dejó establecido, 6 de mayo de 1955 (fl. 19 del cuaderno de pasado judicial). Pero el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa, al surtirse la consulta, en lugar de decretar la nulidad del proceso, a partir del auto de proceder, inclusive, sentenció en segunda instancia por el delito de 'hurto' (fl. 21, cuaderno pasado judicial), originando así, o mejor, dejando pendiente una nulidad sustancial...'

"Y concluye más adelante: '...De acuerdo con lo anterior puede afirmarse que en la sentencia recurrida se le atribuyó a la copia de la sentencia viciada de nulidad, un valor probatorio que no tiene, y esta circunstancia da origen a la aplicación indebida de la ley penal, pues se aplicó un precepto a un hecho no regulado por él. La norma indebidamente aplicada es la contenida en el inciso segundo del artículo 34 del Código Penal que dice: 'Además de las penas establecidas en el inciso anterior, de la segunda reincidencia en adelante se aplicará como accesoria la relegación a una colonia agrícola penal, por cinco a quince años, cuando la naturaleza y modalidades de los hechos cometidos, los motivos determinantes, las condiciones personales y el género de vida

llevado por el agente, demostraren en él una tendencia persistente al delito”.

“Se responde:

“Constatando dentro del negocio los hechos atrás planteados, la Procuraduría llega a la conclusión de que asiste plena razón al señor demandante en lo concerniente a las copias de las sentencias que se allegaron a autos para comprobar la reincidencia de Valencia Bedoya. Pero la proyección que le da a estos, haciéndolos incidir en la sentencia que hoy es materia del recurso, es jurídicamente inaceptable. La aplicación que se dio, tanto en la sentencia de primera instancia como en la de segunda instancia recurrida, no puede considerarse bajo ningún aspecto que se contemple al artículo 34 del C. P., como indebida. Se probó por los medios legales adecuados el estado de reincidencia del sentenciado. Sobre estas bases se le impuso la pena accesoria de relegación a colonias que el ordinal 2º del artículo 34 del C. P. establece.

“El Despacho considera que las reflexiones consignadas por el señor abogado impugnante no merecen ser sometidas a análisis especial, por versar sobre situaciones que la H. Corte no entrará a conocer en razón de la calidad misma del recurso extraordinario de casación, que no puede confundirse, como ella lo ha reiterado, en una especie de tercera instancia”.

* * *

LO QUE LA SALA CONSIDERA:

Precisa advertir, en primer término, que la demanda ha sido correctamente formulada en lo tocante a la técnica del recurso, si bien se observa una lamentable incongruencia al limitar su solicitud a una **casación parcial** del fallo, es decir, a la sola sanción accesoria de relegación, pues si, como es obvio, esta medida impuesta tiene su principal fundamento en el hecho de ser el procesado reincidente por dos ocasiones, y es la existencia jurídica de esa **condición** lo que el abogado impugna, lógicamente debió atacar también la pena principal, cuyo cómputo se hizo teniendo en cuenta las dos reincidencias.

Las tesis centrales del señor apoderado giran en torno a los artículos 34 y 35 del Código Penal, que disponen:

“Artículo 34.—El que después de una senten-

cia condenatoria cometiere un nuevo delito, incurrirá en la sanción que a éste corresponda, aumentada en una tercera parte para la primera reincidencia y en la mitad para las demás, siempre que el nuevo delito se haya cometido antes de transcurridos diez años de ejecutoriada la condena. La multa deberá aplicarse en medida no inferior al doble.

“Además de las penas establecidas en el inciso anterior, de la segunda reincidencia en adelante se aplicará como accesoria la relegación a una colonia agrícola penal, por cinco a quince años, cuando la naturaleza y modalidades de los hechos cometidos, los motivos determinantes, las condiciones personales y el género de vida llevado por el agente, demostraren en él una tendencia persistente al delito.

“Artículo 35.—Al aplicar las disposiciones de los incisos 1º y 2º del artículo anterior, no se tendrán en cuenta las contravenciones, los delitos culposos, los delitos contra la disciplina militar, los delitos políticos cometidos sin homicidio, incendio, saqueo o robo, el homicidio o las heridas cuando haya mediado provocación o haya habido exceso en la defensa o en el estado de necesidad, y los delitos cometidos por menores de diez y ocho años”.

Frente a los textos transcritos, para decidir en debida forma el recurso, precisa elucidar estos puntos:

a) Es, conforme a nuestro derecho, reincidente el procesado Gustavo Valencia Bedoya?

Consta en los autos que por sentencias de 4 de abril de 1952 y 13 de junio del mismo año, proferidas por el Juzgado 1º Municipal de Santa Rosa de Cabal y Juzgado Penal de ese Circuito, Valencia Bedoya fue condenado a la pena de tres años de prisión, como principal y a las accesorias pertinentes, por el delito de estafa. Obran en el proceso las copias de las sentencias debidamente identificadas.

Igualmente está demostrado que las mismas autoridades jurisdiccionales lo sentenciaron a trece meses de prisión por el delito de hurto, según fallos de 6 de mayo y 14 de junio de 1955. Al sancionar este hecho no computaron la primera reincidencia por falta de identificación de las sentencias anteriores, formalidad que sí fue cumplida en el proceso que ahora se estudia.

Con base en estos dos antecedentes judiciales concretos, es necesario aceptar que se está frente al caso previsto en el inciso primero del artículo 34 de la Ley penal, por cuanto es un hecho

evidente e irrefragable que cuando el procesado incurrió en el delito de lesiones personales pesaban sobre él dos condenaciones judiciales, por delitos contra la propiedad, cometidos "antes de transcurridos diez años" de **ejecutoriadas las condenas**.

No cabe argüir, como lo hace el demandante sin asomo de razón legal, que hubo una nulidad en el segundo proceso porque habiendo sido enjuiciado por **robo** se le condenó por **hurto**, pues esa sentencia hizo tránsito de cosa juzgada y no es dable a la Corte intentar, al margen del recurso de casación, otro extraordinario para pronunciarse sobre la invalidez de un fallo anterior que sirve, precisamente, de presupuesto de la **reincidencia**.

Menos vale el argumento, traído también sin consideración al texto expreso de la ley, de que no es computable la reincidencia por no asumir ésta las condiciones de **reiterada** o **específica**, pues el sistema adoptado por el Código Penal Colombiano en esta materia, muy claramente consignado en la disposición que se comenta, es el de la **reincidencia genérica** que es índice de peligrosidad social tanto o más manifiesto que el de la **reiteración** propiamente dicha.

b) Le son computables al acusado las reincidencias?

Aunque sería más propio examinar si en el caso de autos la pena accesoria de relegación fue impuesta llenando todos los presupuestos del inciso 2º del artículo 34, es deber de la Sala atender a los mismos fundamentos de la demanda en la que se hace especial hincapié en la violación del artículo 35 del C. P., dado que, en concepto del recurrente, el hecho **sub judice** lo cometió el agente habiendo "**mediado provocación**".

Este interesante planteamiento, exactamente ubicado en la causal 2ª del artículo 567 del C. de P. P., obliga a estudiar de fondo las constancias del proceso para ver de establecer si por errada interpretación o por errada apreciación de algunos hechos se les atribuyó "un valor probatorio que no tienen", o se le negó "el que sí tienen", o no fueron tomados en cuenta "a pesar de estar acreditados en el proceso", hipótesis todas ellas previstas en la acotada disposición y susceptibles de ser debatidas en el caso presente.

El **hecho** que en concreto alega el recurrente como establecido en los autos y no estimado por el fallador, es el de la **provocación**, causal ami-

norante del delito, si se la toma en su sentido específico frente a la ley penal; y causal, también, que de admitirse enervaría **ipso-jure** la agravación de la reincidencia y las medidas accesorias previstas en el inciso 2º del artículo 34 del C. P., como represión propia de la delincuencia habitual.

Pero procedió el acusado por haber "**mediado provocación**".

Vale la pena, para definir este aspecto del proceso, analizar en lo fundamental los principales testimonios del informativo y hacer de ellos una serena crítica, sin perder de vista las fallas que esa prueba ofrece por provenir, o de personas que estuvieron comprometidas en los hechos, o de individuos alicorados, cuyas percepciones no podían ser muy completas.

Jesús Elías Aguirre, propietario del establecimiento donde los hechos ocurrieron, hace el siguiente relato a folios 3:

"El día dos de los corrientes me encontraba en la cantina de mi propiedad situada en la vereda de Guaymaral, en donde se celebraba la fiesta de la madre y por lo que había mucha gente, cuando a eso de las ocho se encontraban libando licor los siguientes señores: Gustavo Valencia, Evelio Valencia (hermano de Gustavo), Apolinar Martínez, también se encontraban los hijos del señor Rafael Silva; la trifulca empezó cuando uno de los señores Silva le puso pelea a Apolinar entonces éste se paró de donde estaba y se salió del salón, pero entonces yo no volví a ver al señor Silva quien había provocado al señor Apolinar, aunque el otro señor Silva sí quedó allí regado con una puñaleta; el señor Gustavo Valencia salió un momento, al cabo del cual entró con una peñilla en la mano, aunque propiamente no entró porque no lo dejaron a causa del gentío que en la cantina había. Yo ví cuando el señor Evelio Valencia era encuellado por el señor Apolinar cuando éste estaba herido, aunque no supe o no me di cuenta quién lo había herido; pero el señor Evelio Valencia tenía una peñilla en la mano cuando el señor Apolinar lo había cogido de la ruana; advierto que allí habían dos agentes de policía, quienes fueron llamados para guardar el orden y quienes desde temprano habían desarmado a Apolinar Martínez, a Lázaro Ramírez y a Julio César Villada, cuñado del herido Martínez, todos éstos amigos entre sí. Advierto que Julio César Villada le dijo a uno de los agen-

tes que desarmara por parejo, pero el agente dijo que por encima de ellos no pasaba nada; los agentes cuando empezó la trifulca lucharon por despartar a los contendores y luego salieron de la cantina y al rato entró y me dijo que por qué cerraba las puertás y yo le contesté que era mejor hacerlo para evitar peores males; luego le dije que por qué no se llevaban al herido para el hospital, entonces ellos salieron y se vinieron con el herido. Advierto que como compañero de los señores Valencias había el señor Evelio Henaño pero no supe si estaría armado. Como antes no supe quién había herido al señor Apolinar Martínez, pero creo que un señor de nombre Rafael, cuyo apellido ignoro, sí se dio cuenta, pero que es trabajador de Antonio López, quien tiene la finca del lado de abajo de la carretera, lindando con la finca 'El Sudán' de propiedad de Alcaaldio Ramírez".

Más adelante, en nueva declaración, expresa el mismo testigo (folio 63):

"Es cierto que el domingo dos de los corrientes cuando se principió la pelotera en mi establecimiento de cantina situado en 'Guaymaral' se encontraban dentro del mostrador los señores Lázaro Ramírez y Julio César Villada, este último estaba ayudándome a despachar porque había mucha gente para atender y Lázaro Ramírez se había entrado desde mucho antes a la cantina, ya había pasado la requisa de la cual fueron desarmados por la policía y por lo tanto no tenían arma de ninguna clase. Al punto b) dijo: Es verdad que los señores Lázaro Ramírez y Julio César Villada, desde mucho antes de principiar la riña entre los señores Valencia y Apolinar Martínez: éstos estaban dentro de la cantina la cual está separada por un mostrador, sin salirse de allí, como tampoco salieron cuando la riña se principió, pues allí permanecí en mi establecimiento en dicha fecha, como se celebraba la fiesta de 'la madre' en la vereda había mucha gente, ya en las horas de la noche ví que unos señores de apellido Silva se regaron en el salón como con ganas de poner pelea al señor Apolinar Martínez que se encontraba allí también, luego me dí cuenta que Gustavo Valencia tenía una peñilla en mano, pero lo contuvieron en la calle los que allí estaban, como también ví cuando Evelio Valencia era encuellado por Apolinar Martínez estando éste ya herido, no habiéndome dado cuenta quién lo hirió, pues la aglomeración de gente era mucha, en seguida ví que se dentro uno de los Valencias, me parece que fue Evelio, le tiró

por una ventana un peñillazo a Lázaro Ramírez que se encontraba dentro de la cantina; advierto que antes de medio día les dijeron a los agentes de la policía que se encontraban allí prestando servicio de vigilancia por la fiesta que se celebraba, que era mejor que desarmaran por parejo para evitar problemas, pero estos contestaron que mientras estuvieran ellos allí no pasaba nada; creo que los que más insistieron en el desarme fueron los señores Lázaro Ramírez y Julio César Villada, claro porque estos ya habían sido desarmados y la demás gente nada les habían quitado. La policía, cuando empezó la pelotera lucharon por despartar a la gente pero fue inútil; al rato entraron y me dijeron que era mejor que cerrara la cantina para evitar peores males, allí quedamos dentro de la cantina Julio César Villada, Lázaro Ramírez y Apolinar Martínez, el cual estaba muy mal herido; después lo sacaron y se lo trajeron para el Hospital de esta ciudad. Al punto c) dijo: Es cierto que estando el señor Lázaro Ramírez dentro de la cantina o mostrador, fue herido sorprendido por Evelio Valencia, quien le tiró por una ventana cortándole la ruana e hiriéndolo en un dedo de la mano izquierda. Al punto d) dijo: No me dí cuenta que entre los señores Valencia y Lázaro Ramírez, hubiera habido alguna diferencia, algún disgusto, pero me consta que estos señores han tenido diferencia hace algún tiempo, porque los Valencias los han oprobado varias veces".

Importa destacar, también, la declaración instructiva de Apolinar Martínez (fl. 1) y los testimonios de Lázaro Ramírez (fl. 9) y Julio César Villada (fl. 10), no obstante que los dos últimos aparecen comprometidos en el proceso como autores de las lesiones ocasionadas a Gustavo Valencia.

Lo principal de sus exposiciones, en su orden, es como sigue:

"Siendo las nueve de la mañana del día tres de junio de mil novecientos cincuenta y siete, fue informado este Despacho que en el Hospital de la ciudad se encontraba un herido. Acto seguido se trasladó el suscrito Inspector en asocio de su secretario al Hospital 'San Vicente' y en la pieza del salón general se halló a un hombre en el puesto número 6. Seguidamente el suscrito Inspector por ante su secretario, procedió a recibirle el juramento de rigor y de conformidad con lo dispuesto por los artículos 147 y 191 del C. de P. P. respectivamente, bajo cuya gravedad prometió decir verdad, sólo la verdad y nada más

que la verdad y luego de ser interrogado personalmente por el suscrito inspector, expuso lo siguiente: 'Es mi nombre y apellidos como quedan escritos, soy mayor de edad, casado, natural de Aranzazu y vecino de esta ciudad, agricultor de profesión y sin generales de la ley con las personas a quien me voy a referir, y siguió exponiendo: Ayer a eso de las siete de la noche me encontraba en la cantina de propiedad de Elías Aguirre, situada en la vereda de Guaymaral, allí había mucha gente, yo estaba en compañía de Miguel Gaviria, César Villada, Leotadio Morales y dos agentes de la policía, éstos estaban allí debido a que se celebraba la fiesta de la Madre y fueron llamados para guardar el orden. Allí estaban los señores Gustavo y Elio Valencia, con Evelio Henao libando licor a eso de las siete de la noche, y sin mediar discusión de ninguna clase me tiraron con peinilla en mano los señores Valencia y Henao, advierto que hace quince días dijeron los señores Valencia que donde me vieran me mataban. Estos sujetos han aplanchado mucha gente en la vereda de Guaymaral. Yo no tenía arma porque los agentes me habían dicho que la guardara y la había dejado en la cantina. El herido presenta varias heridas vendadas con gasa, manifiesta que los únicos agresores y responsables de las heridas son los señores Gustavo y Evelio Valencia y Evelio Henao, quienes me tiraron con las peinillas hiriéndome gravemente en la cabeza y mano derecha".

"Cuando yo estaba tomándome esas cervezas llegaron los señores Silvas, y al ratico se regaron y sacaron cada uno un cuchillo, allí se encontraba el señor Apolinar Martínez quien cuando llegaron los Silvas salió para afuera cuando iba llegando a la puerta lo cogieron Evelio Valencia y Gustavo el hermano de éste, y Evelio le pegó un machetazo en la cara y Gustavo también le tiró y le pegó un machetazo como en la cabeza, entonces el señor Apolinar sacó una vara para defenderse, luego se puso la mano en la cara y entonces ya los Valencias se fueron, viendo que el señor Apolinar no podía hacer nada. Advierto que con los señores Valencias estaba Evelio Henao, quien tenía una peinilla. Cuando yo estaba dentro del mostrador el señor Evelio Valencia me tiró un peinillazo por una ventana que queda al frente del mostrador y entonces yo tenía la ruana en la mano y retrocedí para que no me fuera a agarrar, pero siempre cortó la ruana y resulté con una herida en un dedo, de poca im-

portancia (el declarante muestra una ruana de color azul con una cortada de unos 7 centímetros que al parecer es con peinilla, también presenta una herida de unos dos cms. cubierta con gasa y esparadrado en el dedo anular de la mano izquierda); cuando él me tiró el peinillazo retrocedí y me dejé caer al suelo; entonces él se fue de ahí y al ratico llegó Gustavo Valencia y entonces me dijo que saliéramos para que nos volviéramos migas y entonces yo le contesté que no sabía, que yo tenía mucha familia para mantener y entonces me insultó y luego me dijo: Otro día nos encontraremos por ahí y yo le contesté que yo me arreglaba con la ley más bien y entonces él salió y se fue para arriba. Del herido me dí cuenta que se lo llevaron en un carro. Yo me quedé dentro en el mostrador y cuando solamente quedaban dos compañeros, Julio César Villada y Rafael, cuyo apellido ignoro, pero sé que trabaja con Antonio López, entonces me dijo el cantinero que me viniera con ellos y luego salí con ellos y me fui a dormir a mi casa. Advierto que los únicos que tenían arma eran los señores Valencias, los señores Silvas y Evelio Henao, y no supe quién más hubiera podido tener arma; y a los otros o sea a nosotros, nos habían desarmado desde las tres; a César Villada y a Apolinar Martínez, a Leotadio Morales y a mi persona, y nos desarmaron fueron los dos agentes que habían de servicio en dicha vereda ese día; nosotros les dijimos a ellos cuando nos estaban desarmando que desarmaran por parejo y ellos dijeron que ahí no pasaría nada".

"Los acontecimientos empezaron cuando unos señores de apellido Silva y cuyos nombres ignoro, entraron a la cantina, se pusieron a tomar cerveza al ratico empezaron a echarle pullas al que hirieron, o sea a Apolinar Martínez, entonces éste que estaba sentado en el mostrador se bajó de allí e intentó salir pero lo apartó un señor Valencia Gustavo con una peinilla y le pegó un machetazo en la cabeza; entonces el señor Apolinar intentó volarse pero en la puerta lo agarró Evelio Valencia y le pegó un machetazo en la cara y luego estos señores Valencias se salieron para afuera y en la cantina se regó un poco de gente. El herido quedó en la cantina porque el cantinero no lo dejó salir para afuera y adentro quedamos con el herido Lázaro Ramírez, el cantinero y yo, luego el chofer junto con el señor Miguel Gaviria entraron al herido a un carro y se lo llevaron. Advierto que a mí me desarmaron desde las tres de la tarde como también

a Apolinar Martínez y a Lázaro Ramírez; también advierto que estaban armados los señores Gustavo y Evelio Valencia, y un señor Silva que me haya dado cuenta, y cuando me desarmaron les dije a los agentes que allí habían, que si me desarmaban a mí que desarmaran a todos”.

Se ha transcrito todo lo anterior para poner de manifiesto que, a pesar de las deficiencias de la prueba, surge el hecho nítido de que Gustavo Valencia no obró, al lesionar al señor Apolinar Martínez provocado por éste, si bien es cierto el hecho tuvo su iniciación o su estímulo en una provocación que dos sujetos de apellido Silva hicieron a los circunstantes, armados de cuchillos o puñaletas, incidente que apenas fue pretexto para la agresión de los Valencias a Martínez.

Esa provocación indeterminada de terceros no incidió directamente en el hecho principal, en forma y medida que pudiera procesalmente afirmarse en favor del recurrente la causal aminorativa del artículo 28 del C. P.

De admitirse la **provocación** no podría serlo en el caso concreto de esa disposición sino posiblemente como circunstancia de menor peligrosidad, y en esa calidad no tendría la virtud de excluir la agravación de la reincidencia porque no se trata de la situación excepcional que consagra el artículo 35 del C. P., que, al hablar del **“homicidio o las heridas cuando haya mediado provocación”**, lógicamente debe referirse a la existencia de una aminorante específica de la responsabilidad y del delito juzgado, o en los hechos anteriores que fueron materia de sentencias judiciales condenatorias.

En consecuencia, no hay lugar a admitir la excepción que se invoca con base en el acotado artículo 35 del C. P., en el caso de autos.

c) **¿Procede en contra del acusado la sanción accesoria de relegación?**

De conformidad con el ya citado artículo 34 del C. P., **“de la segunda reincidencia en adelante se aplicará como accesoria la relegación a una colonia agrícola especial, por cinco a quince años”**, fórmula ésta que viene a constituir en nuestro sistema penal un estatuto de represión para la **delincuencia habitual**, pero cuyo ejercicio no depende exclusivamente de la existencia mínima de dos condenaciones anteriores, sino de la **demonstración** en el proceso de que hay en el **agente** **“una tendencia persistente al delito”**, es decir,

cuando se puede dar por **establecido** en la causa que el acusado es un delincuente por tendencia, una personalidad criminal no susceptible de corregir con los tratamientos penales ordinarios y cuya revelada peligrosidad individual y social impone su segregación más prolongada.

Pero para esa delicada calificación de la habitualidad criminal, prudentemente el Código sólo hace imperativa la aplicación de la medida accesoria, cuando a más del hecho numérico de las reincidencias, resulta establecida **“la tendencia persistente al delito”**, con base en el examen de estos presupuestos:

1º—**Naturaleza y modalidades de los hechos cometidos.** No sobra repetir, que el indicio que de aquí resulta para establecer la **habitualidad** o tendencia al delito, precisa construirlo estudiando el delito **sub-judice** lo mismo que los cometidos y sancionados dentro de los diez años anteriores, para ver de inferir lógicamente si esos hechos, por su objetividad y circunstancias de comisión revelan, por lo menos parcialmente, la tendencia criminal.

2º—**Motivos determinantes.** Su estudio, en la misma extensión, puede y debe ser índice de la verdadera peligrosidad del agente.

3º—**Condiciones personales del procesado.** Deben ser, de acuerdo con lo que el mismo Código de Procedimiento Penal dispone en los ordinales 5º y 7º del artículo 294, las condiciones que caracterizan la personalidad del procesado al tiempo del sumario, y, sus condiciones de vida individual, familiar y social, factores estos que debidamente acreditados en los procesos, son los más adecuados para resolver con acierto sobre la sanción accesoria de relegación.

La sentencia acusada para acoger lo resuelto por la instancia en cuanto a la pena accesoria de relegación, afianza su criterio en la autonomía del Juez del conocimiento para apreciar las circunstancias previstas en el artículo 34. Dice así:

“Es pues legal la condena a Gustavo Valencia Bedoya a la relegación agrícola penal como lo dispuso el Juez del conocimiento. Y es que es el Juez del conocimiento, el que por su contacto directo con el procesado, se forma una idea más cabal respecto de la personalidad de éste. Así lo confirma la Corte en el párrafo siguiente: **“...La apreciación de las condiciones personales del procesado para determinar si es acreedor o no a la pena de que trata el inciso segundo del artículo**

34 del Código Penal, corresponde directamente a los jueces de instancia, como que constituye uno de sus más preciosos deberes el conocimiento de la persona juzgada...".

El fallo de instancia al definir la responsabilidad del procesado Gustavo Valencia, por violación del artículo 373 del Código Penal, hace estas consideraciones, que interesa destacar:

"...En atención a que no son computables al acusado circunstancias de mayor peligrosidad y por cuanto lo favorecen otras de menor peligrosidad como la embriaguez no preordenada al delito y su baja posición social, se tendrá como base para la fijación de su pena y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 36 del Código en cita, el mínimo de sanción previsto en la disposición violada, o sea un año de prisión y multa de cien pesos. Pero como en el cuadernó de pasado judicial aparecen dos sentencias condenatorias dictadas contra este ciudadano, en razón de las cuales purgó las respectivas penas en la cárcel de este circuito, aquel lapso se aumenta en la mitad de conformidad con el artículo 34 de la misma obra... Además, como el delito que actualmente se juzga es la segunda reincidencia del reo Gustavo Valencia, habrá necesidad de imponerle la accesoria de relegación a colonias por el lapso mínimo que fija el citado artículo 34 en su inciso último, es decir por cinco años...".

Como se ve, el Juzgado para aplicar la pena accesoria sólo tuvo en cuenta las reincidencias, sin examinar para nada los requisitos fijados por el artículo 34. Y el argumento del Tribunal sobre la autonomía o arbitrio de la instancia para apreciar las condiciones personales del procesado, reforzado con la doctrina sentada por esta Corporación, es incompleto, porque a más de esas condiciones, es necesario y perentorio para el fallador, en cualquier grado, valorar la naturaleza y modalidades de los hechos y los motivos determinantes, factores estos que no son de la simple convicción moral del juez, sino que tienen que descansar en el recaudo probatorio del proceso.

Ahora bien, al revisar la actuación procesal en orden a establecer la situación concreta del acusado Gustavo Valencia Bedoya, los datos que allí se obtienen son estos:

1º—Delinquiró por vez primera el 28 de diciembre de 1951, a una edad aproximada de 19 años. El hecho cometido fue una estafa y se le sancionó con tres años de prisión, como pena principal. No hay en las respectivas sentencias mayores in-

formaciones sobre la personalidad del agente del delito, pero el Juzgado lo considera "como un sujeto de pésimos antecedentes y bien peligroso para la sociedad, máxime cuando se encuentra bien recomendado (sic) en las oficinas o Gabinetes de Identificación de Manizales y Pereira, pues por las constancias venidas al expediente, no es la primera vez que se le sindicó por delitos contra la propiedad...".

Cónviene advertir que esos antecedentes a que hace alusión el primer fallo contra Valencia no figuran en la causa que ahora es materia de estudio.

2º—Cometió la segunda infracción (hurto) el 24 o 25 de diciembre de 1954, al apropiarse algunos bienes muebles pertenecientes a su padre, de los cuales dispuso en una casa de empeño. El fallador en esta ocasión no computó la reincidencia por no haber sido identificadas las copias de sentencias y se limitó a deducir la circunstancia de mayor peligrosidad prevista en el ordinal 2º del artículo 37 del C. P. A ésta le agregó el Juez de segunda instancia la señalada en el ordinal 4º.

3º—El proceso por el tercer delito (lesiones personales), al que se contrae la demanda de casación, no aporta otros elementos de juicio sobre la personalidad del acusado.

4º—En las disímiles infracciones cometidas por el acusado obran, de una parte, circunstancias de menor peligrosidad, y de otra algunas que pudieran estimarse como agravantes de la responsabilidad del agente. Pero en particular, el último delito ofrece modalidades en cierta forma favorables, tales como la provocación, así fuera indirecta, de terceros, la embriaguez del procesado y el motivo determinante del hecho que, al menos, no podría calificarse de innoble o fútil.

CONCLUSIONES:

Todo lo anteriormente analizado, en forma por demás extensa, permite a la Sala concluir:

a) Que la pena de relegación impuesta como accesoria al acusado, tuvo como fundamento en los fallos de instancia únicamente las reincidencias, sin que en los autos aparecieran debidamente probadas las circunstancias atinentes a los motivos determinantes y condiciones personales del procesado, y sin la debida valoración de la naturaleza y modalidades de los hechos cometidos.

b) Las solas reincidencias no permiten imponer la sanción accesoria, como en repetidas ocasiones lo ha sostenido esta Corporación al pro-

nunciarse sobre esta materia, como puede verse de las siguientes doctrinas:

“Este fallo de habitualidad, como muy bien lo dice el señor procurador, no puede ser en manera alguna arbitrario, con lo que se quiere significar que para que sea justo debe estar condicionado a los requisitos que la ley establece a fin de que sobre ellos pueda fundarse la pena accesoria —rigurosa, no cabe duda— de la relegación a una colonia penal...”. (Casación, 25 de febrero de 1949).

“Conforme a nuestro código y a sus antecedentes doctrinarios, el artículo 34, inciso 2º, está destinado a reprimir al delincuente habitual, mediante dos criterios:

“1º— El número de reincidencias, de dos en adelante; y

“2º—La peligrosidad del sujeto, derivada de la gravedad y modalidades de las infracciones cometidas, los motivos determinantes, las condiciones personales y el género de vida llevado por el agente, en cuanto estos elementos demuestren ‘una tendencia persistente al delito’. Dicha tendencia es, pues, una resultante, un efecto, de esos cuatro criterios mensuradores” (idem).

“La imposición de la pena accesoria de la relegación como consecuencia de la reincidencia exige estos requisitos: que el procesado sea reincidente por segunda vez y, especialmente, que la naturaleza y modalidades de los hechos, esto es, los que fundaron la calificación de la primera y segunda reincidencia, sus motivos determinantes y las condiciones personales y el género de vida del reincidente, demuestran en él —subraya la Corte— una tendencia persistente al delito.

“Comprobado que el procesado no es reincidente doble (o por segunda vez), no se le puede imponer la pena accesoria; y aunque lo fuera, se requeriría la demostración de su tendencia per-

sistente al delito, lo que, a pesar de la reiteración en el delito, no siempre alcanza a configurarse”. (Casación, 18 de febrero de 1949).

c) Se está, pues, en el caso de autos, por lo que atañe a la pena accesoria de relegación a una colonia penal o agrícola, frente a la causal 2ª de casación, prevista en el artículo 567 del C. de P. P., y por consecuencia de ésta, frente a la 1ª, ya que necesariamente la sentencia resulta ser “violatoria de la ley penal por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma”.

d) Al prosperar en este sentido y dentro de los términos de la demanda, procede obrar en armonía con el ordinal a) del artículo 570 ibidem, en la forma parcial que se reclama, y así se hará, en desacuerdo con el Ministerio Público.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— en desacuerdo con el concepto fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA parcialmente el fallo materia del recurso de casación, en cuanto impuso al reo Gustavo Valencia Bedoya la pena accesoria de cinco años de relegación a una colonia penal o agrícola, la cual se REVOCA. En lo demás rige el fallo.

Cópiase, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Gabriel Carreño Mallarino — Humberto Barrera Domínguez — Luis Eduardo Mejía Jiménez.

Simón Montero Torres — Pedro Pacheco Osorio.

Gustavo Rendón Gaviria.—El Secretario, Pioquinto León L.

LA SOBERANIA DE QUE GOZAN LOS FALLADORES PARA APRECIAR EN UN SENTIDO O EN OTRO LAS EXPLICACIONES DEL REO LUEGO DE CONFRONTARLAS CON LOS DEMAS TESTIMONIOS DEL PROCESO, ES INTOCABLE EN CASACION. — PERTURBACION FUNCIONAL PERMANENTE DE UN ORGANO

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio veinte de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino).

VISTOS:

El Tribunal Superior de Bogotá en sentencia de 17 de noviembre último confirmó en un todo la del Juez Octavo Penal de este Circuito fechada el 24 de abril del mismo año, en virtud de la cual se condenó a CARLOS ALBERTO BERNAL o PEREZ por el delito de lesiones personales en Alvaro Rodríguez Martínez, “a la pena principal de dos años de presidio y multa de \$ 200.00, lo mismo que a las complementarias respectivas y al pago de los perjuicios provenientes de la infracción”.... Al pronunciar la condena se declaró “que el sentenciado no tenía derecho a la remisión condicional de la pena ni al perdón judicial”.

Contra el referido fallo de segunda instancia el defensor del procesado interpuso y le fue concedido el recurso de casación.

En la Corte se cumplieron los trámites del caso. Para resolver lo que sea legal se considera.

HECHOS:

A eso de las diez de la noche del 24 de julio de 1955 el señor Justo Bernal conducía el camión de placas 99366 de esta ciudad, por la carrera 13 con calle 27 sur. Como la máquina sufría algún contratiempo el conductor la estacionó al lado de la calzada; luego retrocedió y fue a chocar contra el bus número 73012 manejado por Alvaro Rodríguez Martínez y que avanzaba en la misma dirección. Sobrevinieron los consabidos reclamos. Un hermano de Alvaro Rodríguez de nombre Antonio que acertó a pasar en otro bus por aquel paraje fue a buscar un policía para que interviniese en el asunto, y lo mismo hizo Justo Ber-

nal, o sea el conductor del camión. El hermano de éste, de nombre Carlos Alberto Bernal continuó la disputa con Alvaro Rodríguez por los daños al bus, y en un momento dado le disparó su revólver. El camión apareció luego con el vidrio delantero roto.

La materialidad de las lesiones personales sufridas por Alvaro Rodríguez Martínez consta en varios reconocimientos médicos (folios 8, 13, 60, 68 y 70, cuaderno 1º), según los cuales la víctima resultó con cincuenta días de incapacidad definitiva para trabajar y una perturbación funcional permanente por pérdida del riñón izquierdo. Edilberto Lara Forero (folio 25 vuelto íbidem), Manuel Guillermo González Lozano (folio 28) y Nacienceno Clavijo Romero (folio 29) dieron fé del estado de sanidad de la víctima en el tiempo anterior a dichas lesiones.

El procesado Carlos Alberto Bernal o Pérez, en la indagatoria, admitió ser el autor de las mismas (folios 15 y 16 íbidem), si bien explicó los hechos de modo de justificarlos por la necesidad de rechazar un supuesto ataque de Rodríguez y de otro sujeto. Además arguyó que al disparar el arma de fuego lo hizo sin intención de causar ningún daño.

Carlos J. Rubiano (folios 10 vuelto y 11) y Juan Antonio Romero (folio 14) —éste último ayudante del conductor del camión— respaldaron las explicaciones que dio el procesado en su indagatoria.

Según estas personas, los hechos se consumaron entre las 7 y las 8 de la noche.

El Tribunal en el fallo recurrido observa que “frente a la anterior versión más o menos armónica, se levanta la del vulnerado y algunas otras personas que ocasionalmente presenciaron el desarrollo de la tragedia. Es así como el herido Alvaro Rodríguez Martínez en su denuncia (folio 4) aseveró que después del roce con el camión, detuvo su máquina en la que únicamente viajaba él y se dirigió hacia el otro vehículo a fin de hacerle el reclamo del caso a su conductor. Fue recibido bruscamente ya que se le dijo que nada tenían que arreglar y que llamara policía. Oca-

sionalmente se presentó su hermano Antonio Rodríguez y éste se fue a buscar a los representantes de la autoridad.

"Mientras tanto los tipos se me querían ir y yo me subí al estribo del camión con el objeto de impedirles que se fugaran y entonces me dieron un empujón y me tumbaron y yo me paré y corrí hacia el camión y entonces me disparó el sujeto que venía hacia el lado de la puerta del lado derecho Tan pronto me dispararon y caí al suelo y éstos huyeron..."

"Como más tarde fuera sometido a indagatoria (folio 63) volvió a repetir su versión, sin introducirle variante alguna; pero negando eso si haber roto el vidrio con una piedra, portar cuchillo, perseguir al inculcado alrededor de la máquina e ir acompañado de otro individuo, por lo que a nadie le podía pedir que se armara de una palanca.

"El Agente de Policía que se hizo presente, responde al nombre de Juan Ignacio Rivera. En su testimonio (fl. 22) y en lo pertinente expuso:

"... que se encontraba el bus estrellado en la parte delantera de norte a sur un poco orillado a la derecha, como a unos diez metros o más en toda la vía se encontraba un señor creo que era hermano del que me fue a llamar (Antonio Rodríguez), estaba tendido en el suelo y había recibido un disparo en el cuerpo, no recuerdo de qué lado era el disparo, en ese momento llegó el chofer del taxi número 64771, él manifestó que había visto quién había disparado, que eran unos señores que iban manejando un camión de placas número 99366 de Bogotá, y otras personas manifestaron que eran los del camión los que habían disparado, luego lo echamos al herido al mismo taxi..."

"El chofer mencionado por el Agente de Policía resultó ser Luis Guillermo Rincón. En su corta declaración visible al folio 16 expuso:

"... como a eso de las diez a diez y media de la noche, estaba en la Avenida 13 en la calle 27 Sur, un camión y un bus urbano, los dos conductores estaban discutiendo seguramente por un choque, el camión estaba atravesado en la carretera y el chofer del bus estaba en el estribo del camión cuando de un momento a otro oí un disparo, y vi que el conductor del bus cayó al suelo, en seguida el camión arrancó hacia el occidente, yo lo seguí para poder tomar el número de la placa que es la 99366 de Bogotá, después me regresé a recoger el herido para llevarlo al Hospital, cuando llegué se encontraba otro señor que dijo ser el hermano del herido y un policía, al herido lo

conduje en el mismo taxi para el hospital de La Hortúa junto con el hermano, esto es todo lo que me consta".

"Refirió Alfonso Mejía Manrique, menor de edad (folio 21), que viajando en otro bus de un pariente, descendió llevado por la novelaría en el sitio de los sucesos, siendo como las diez de la noche. Entonces pudo percatarse de que "el camión echó reverso sin darse cuenta de que el bus estaba pasando, y estrelló al bus en la parte trasera del costado derecho con la carrocería del camión, el chofer del bus paró como a unos diez metros, y se bajó para ver si los del camión le pagaban el daño de la estrellada, cuando fuimos con el chofer a hacerle el reclamo a los del camión encontramos a los tipos todos borrachos, y diciéndonos que el camión estaba bien orillado y que éramos nosotros los que lo habíamos estrellado, de encima del camión se bajaron dos tipos más y se pusieron a ser groseros con nosotros, y otro que estaba con el chofer le dijo a éste que se fugara, el chofer del camión se bajó por la calle veintisiete, en esto pasaba otro bus de la misma línea y lo hicimos parar para ir hasta el retén a llamar un agente de policía, yo me fui con el del otro bus tendido en el suelo, fue cuando llegó un taxi y dijo que él había seguido al del camión y le había tomado el número de la placa, esto es todo lo que me consta". Esa noche vino a conocer incidentalmente a Alvaro Rodríguez Martínez por el motivo ya reseñado. Se dio cuenta además de que en el bus no viajaba sino el chofer únicamente.

"Desde la bomba de gasolina que queda en la carrera 13 con calle 26, Manuel Medina (folio 25) pudo cerciorarse de gran parte de lo sucedido. Fue así como pudo observar que el camión se encunetó por lo que su conductor echó reverso yendo a chocar contra el bus que coincidentalmente transitaba en la misma dirección"...

"... El hermano del vulnerado, Antonio Rodríguez, en su testimonio (folio 11 vuelto) aseveró que al pasar por frente al sitio de los sucesos, a eso de las diez a diez y media de la noche, Alvaro le contó lo que acababa de suceder, agregándole que los ocupantes del camión estaban ebrios y se negaban a reconocerle los daños. Por tal motivo se fue a buscar policía y al regresar halló a su hermano tendido en el suelo y herido. El chofer de un taxi le refirió que había tomado el número de las placas del camión. En ese mismo vehículo de servicio público llevaron a Alvaro al hospital".

EL FALLO RECURRIDO

El Tribunal, entre estas dos versiones contradictorias de los hechos, escogió la que procedía de personas en quienes no era dado suponer interés en faltar a la verdad ni en perjudicar injustificadamente al procesado. "Esa versión más creíble —dijo el sentenciador (folio 14 *ibídem*)— se halla sustentada por ... Luis Guillermo Rincón, Manuel Medina, el menor Alfonso Mejía Manrique y el agente de Policía Juan Ignacio Rivera".

De ahí resulta que el camión conducido por Justo Bernal retrocedió con imprudencia y chocó ligeramente con el bus manejado por la víctima; que ésta se hallaba en el estribo del camión cuando fue empujada y luégo herida con arma de fuego; que el camión se puso en seguida en marcha; que habiendo sido los Bernal los causantes del accidente y no hallándose acreditada su explicación por medios imparciales, no es posible admitir que el procesado delinquirió en riña imprevista; que si los hechos hubieran ocurrido como los explican el reo y sus dos amigos no se trataría de riña imprevista sino tal vez de un estado de ira, aunque por otra parte no hubo cambio de golpes entre los protagonistas, ni reto, ni combate sino un reclamo mal atendido; que, en tales verosímiles circunstancias que el Tribunal encontró probadas, lo que hubo fue un delito de lesiones personales sin elementos aminorativos de la responsabilidad penal (Artículos 39 y 374 del C. P.).

Hay, además, una serie de detalles que en concepto del Tribunal corroboran este modo de apreciar el asunto. No es explicable que Rodríguez Martínez hubiera perseguido a Bernal alrededor del camión sin que hubiera logrado herirlo; y es, desde luego, increíble que como lo dicen el reo y sus dos amigos, los hechos hubieran ocurrido entre las 7 y 8 de la noche y no a eso de las 10 como claramente lo afirman "el herido, su hermano, el menor Mejía Manrique y el Policía Juan Ignacio Rivera".

LA DEMANDA

El doctor Daniel Páez Pérez, representante del procesado invoca, para fundarla, en escrito de 7 de abril último dos causales de las contempladas en el artículo 567 del C. de P. P.; la segunda como principal y la primera como subsidiaria.

El Ministerio Público, extremando un poco el rigor de la técnica en punto de casación, estima

que la demanda es defectuosa y que el recurso, por lo mismo debe declararse desierto (artículos 7º del C. de P. P. y 531 del C. de P. C.).

Evidentemente se trata de un libelo desordenado, compuesta en su mayor parte de transcripciones del proceso. No se resumieron allí los hechos controvertidos, cosa que ha debido hacerse de acuerdo con el artículo 531 de la Ley 105 de 1931.

Sin embargo, como los demás requisitos resultan satisfechos aunque imperfectamente, y como el resumen que se echa de menos figura en la sentencia acusada, la Sala sin desconocer la importancia de los argumentos de la Procuraduría, se inclina a aplicar a este respecto un criterio de mayor amplitud; y procede, en consecuencia, a examinar las causales de casación en el orden en que las propone y trata de fundarlas el recurrente.

CAUSAL 2ª

Primer cargo.—Después de transcribir el recurrente muchos párrafos de la sentencia acusada, sostiene que el Tribunal al dictarla incurrió "en error de interpretación o apreciación de los hechos por no haber tenido en cuenta las explicaciones del procesado y los testimonios de quienes lo acompañaban cuando ocurrió la tragedia. El recurrente acepta que el Tribunal hizo bien en considerar divisible la confesión de Carlos Alberto Bernal, y confrontable, por tanto, "con los demás datos del proceso". Pero arguye que hubo error al deducir "como no demostradas las circunstancias eximentes de la responsabilidad que el sentenciado ... introdujo en su confesión indagatoria".

Hay en todo esto una contradicción flagrante; porque si se acepta, como es de rigor en este caso la divisibilidad de la confesión, no es dado, por otra parte, negar la soberanía del fallador para apreciar en un sentido o en otro las explicaciones del reo luégo de confrontarlas con los demás testimonios del proceso.

La apreciación de la prueba por el Tribunal lejos de llegar a una conclusión contraevidente, resulta con ostensible respaldo en los autos.

No prospera el primer cargo hecho por conducto de la causal segunda.

Segundo cargo.—Para el recurrente, el Tribunal "incurrió en errada apreciación o interpretación de los hechos al recoger la experticia médico-legal que le da al lesionado una incapacidad de cincuenta días y como secuela una perturba-

ción funcional de carácter permanente e irreparable, por pérdida del riñón izquierdo'.

Lo que consta sobre el particular en el proceso y el mismo recurrente transcribe en su demanda, es que al reo se le practicaron, según certificaciones del Instituto de Medicina Legal, tres reconocimientos y otras tantas intervenciones quirúrgicas.

Tales certificados dicen así:

"Número 17.131.—Bogotá, agosto 18|55.—ALVARO RODRIGUEZ MARTINEZ: Reconocido en el Hospital de la Samaritana. Presenta herida en vía de cicatrización de ocho milímetros de diámetro en el hipocondrio izquierdo. Lesiones ocasionadas por proyectil de arma de fuego que lo incapacita provisionalmente durante treinta (30) días, desde la fecha en que fue lesionado, con tratamiento adecuado y sin complicaciones, mientras se obtienen datos de historia clínica. Presenta además cicatriz en la región dorso lumbar izquierda de dos cent. de long. para extracción del proyectil. Cicatriz quirúrgica paraumbilical izquierda. (Fdo.)" (f. 13).

"Número 19706.—Bogotá, 19 septiembre 55.—ALVARO RODRIGUEZ MARTINEZ. Según historia clínica de la Samaritana, la herida del hipocondrio izquierdo fue penetrante y perforante abdominal e interesó la cara anterior del estómago, y presentó además absceso perirrenal izquierdo, con ruptura del polo inferior del riñón y lesión uretral, que hizo necesaria la nefrectomía izquierda y la extirpación del absceso. Por tanto modificamos la incapacidad, que fue de treinta (30) días, a cincuenta (50) días, desde la fecha de las lesiones, con tratamiento y sin complicaciones. (Fdo.) (f. 60).

"Número 023803.—Bogotá, 26 Novb.|55.—ALVARO RODRIGUEZ MARTINEZ.—Tuvo incapacidad definitiva de cincuenta (50) días.—Para las consecuencias debe volver dentro de dos meses (Fdo.) (f. 68).

"Número 023757.—Bogotá, 1º Dic. 55.—ALVARO RODRIGUEZ MARTINEZ: Tuvo incapacidad definitiva de cincuenta (50) días. La pérdida del riñón izquierdo constituye perturbación funcional, de carácter permanente e irreparable. (Fdo.) (f. 70)".

... "OPERACION: VII-29-55.—Se practica laparotomía transrectal izquierda supra e infraumbilical. Abierto el peritoneo se encuentra gran cantidad de sangre dentro de la cavidad. Sobre

la cara anterior del estómago se encuentra una perforación de 1 ctm. de diámetro que se sutura. Se explora la cara posterior encontrándose una perforación de 2 ctms. que se sutura. Al explorar el resto de la cavidad se encuentra una perforación de 3 ctm. en el asa fija que se sutura en este sitio a nivel del peritoneo posterior se encuentra una herida por donde ha pasado la bala al espacio retroperitoneal. Se explora dicho espacio sin encontrarse la bala se cierra la bala (sic), se limpia la cavidad y se cierra por planos. (Fdo. Luis César Rico) (fs. 36 y 37)".

... "Antecedentes: hace veinte minutos fue herido por arma de fuego en el 8º espacio intercostal izquierdo por dentro de la línea axilar anterior. No se percibe orificio de salida, gran defensa abdominal".

... "Agosto 8. Se retira un punto lumbar orificio de salida del proyectil".

... "Agosto 26.—El paciente no se pudo operar por la mañana. Se solicita sala de cirugía para las 5 p. m. Se premedica con morfina atropina y se aplica en las horas de la tarde 500 cc. de dextrosa al 5% en s.s. T. A. a las 5,30 de 130x80 pulso 80x min regular. Moderado dolor abdominal. Se opera al paciente por la noche. Se encuentra una pionesfresis. La intervención no presenta complicaciones. Se ordena: dicrysticina cada 12 horas. Commel para el dolor. Controlar T.A. medir cantidad de líquido eliminado por la sonda" (f. 40)....

... "El paciente a pesar del tratamiento anterior luégo de alguna mejoría se agravó y hubo necesidad de hacerle una nueva intervención quirúrgica el día primero de septiembre de 1955 y de ella da razón pormenorizada el folio 45 y la hoja de la historia clínica del mismo Hospital de la Samaritana y que forma el folio 41 del cuaderno principal. En esta operación se le extirpó el riñón izquierdo a Alvaro Rodríguez, por haberlo encontrado roto y sangrante'.

* * *

Con base en lo anterior, el recurrente sostiene que el Tribunal se equivocó al aplicar el artículo 374 del C. P. y abstenerse de cumplir lo dispuesto en los artículos 372 y 80 de la misma obra.

Sin embargo, a pesar de la habilidad dialéctica del abogado al impugnar el criterio del fallador y el de los mismos médicos legistas, son cuestiones que no admiten réplica, las siguientes:

1. Aunque no se hubiera tratado de perturbación funcional permanente sino sólo transitoria, no podría casarse por este aspecto la sentencia recurrida, ya que en ambos casos la pena mínima

prevista en el artículo 374 de la Ley 95 de 1936 es la de dos años y \$ 200.00 de multa.

2. De ningún modo hubiera podido pensarse en aplicar el artículo 372 del C. P. y el 80 de la misma obra, por cuanto la incapacidad sufrida por la víctima excedió de 30 días y el paciente quedó con perturbación funcional de uno de sus órganos o miembros (artículo 374 *ibídem*).

3. Las elucubraciones médico-jurídicas del recurrente encaminadas a probar que dicha incapacidad funcional nada tuvo que ver con el tiro de revólver, sino que procedió de errores de cirugía y terapéutica, no bastan a quitarle al hecho delictuoso la nota de causa indirecta y ocasional, pero grave de esa perturbación orgánica.

No prospera pues el segundo cargo.

CAUSAL 1ª

Se invoca como subsidiaria y el recurrente la funda en los mismos motivos en que apoyó la

otra. Por consiguiente tampoco puede prosperar.

o o o

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oída la Procuraduría y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia materia del recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera
Dominguez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Si-
món Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—
Gustavo Rendón Gaviria—Pioquinto León L.,
Secretario.

INTERVENCION EN POLITICA DE FUNCIONARIOS DEL MINISTERIO PUBLICO

Los funcionarios del Ministerio Público, por la imparcialidad a que están obligados como representantes de la sociedad y guardianes de la ley penal (artículo 92 del C. de P. P.), deben abstenerse de cualesquiera manifestaciones que puedan ser interpretadas, siquiera errónea o maliciosamente, como intervención en las luchas de los partidos o grupos políticos.

Los innecesarios elogios a personas y entidades prodigados por un funcionario del Ministerio Público, durante una reunión de carácter cívico, si bien no alcanzan a configurar, ni con mucho, el delito previsto por el artículo 180 del Código Penal, pues para ello se requiere tomar parte en un debate, esto es, en una pugna, lucha, contienda o controversia de índole política, es, sin lugar a duda, una conducta poco discreta.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, junio veinte de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio).

VISTOS

Al doctor ELÍAS POTES POSSO, cuya calidad de Fiscal del Juzgado Primero Superior de Buga en la fecha de los hechos que se le atribuyeron, está debidamente establecida (folios 44 y siguientes), se le acusó de haber intervenido en política:

Adelantada la respectiva investigación, pudo acreditarse, con el dicho de numerosos testigos (folios 7 y siguientes), lo que sigue: Bernardo Tabares, Alcalde de La Unión (Valle), antes de entregar el cargo a la persona que había sido designada para sucederle, convocó a gran parte del pueblo, para explicarle, como lo hizo, su gestión administrativa y, sobre todo, la inversión dada a los dineros con que la ciudadanía contribuyó para hacer una obra pública. Un tercero pronunció en seguida un discurso contentivo de alusiones desobligantes y hasta agresivas contra

los miembros de un directorio político. El Fiscal acusado hizo a su turno uso de la palabra, para ponderar la obra administrativa de aquel funcionario y darle, a nombre de sus conterráneos, una despedida cordial, y para prodigar elogios al gobierno de la nación y del departamento.

El Tribunal Superior de Buga calificó las sumarias con auto de sobreseimiento definitivo, que ha venido a la Corte en grado de consulta y cuya confirmación solicita el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal.

Considera la Sala:

La conducta del Fiscal Potes Posso fue sin duda poco discreta, pues los funcionarios del Ministerio Público, por la imparcialidad a que están obligados como representantes de la sociedad y guardianes de la ley penal (artículo 92 del Código de Procedimiento Penal), deben abstenerse de cualesquiera manifestaciones que puedan ser interpretadas, siquiera errónea o maliciosamente, como intervención en las luchas de los partidos o grupos políticos.

Pero es claro que su acto no alcanza a configurar, ni con mucho, el delito previsto por el artículo 180 del Código Penal, pues para ello se requiere tomar parte en un debate, esto es, en una pugna, lucha, contienda o controversia de índole política, y lo que hizo el procesado fue prodigar innecesarios elogios a personas y entidades durante una reunión de carácter cívico.

* * *

En virtud de lo dicho, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con su colaborador fiscal, confirma el auto consultado.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera

Domínguez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón

Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Gustavo

Rendón Gaviria—Píoquinto León L., Secretario.

COMO EN LOS JUICIOS CON INTERVENCION DE JURADO CORRESPONDE A ESTE LO ATANEDERO A LA APRECIACION DE LOS HECHOS, EN EL RECURSO DE CASACION ESA MATERIA NO PUEDE REVISARSE POR EL IMPROPIO CONDUCTO DE LA CAUSAL 2ª — NULIDAD SUPRALEGAL

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio veinticuatro de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino).

VISTOS:

El 26 de noviembre de 1958 se remitió a esta Corporación la causa que por homicidio en la persona de Jesús María Alzate, se siguió a LUIS ALFREDO BETANCOURT. El Tribunal Superior de Medellín en fallo de 24 de octubre de dicho año confirmó la sentencia proferida por el Juzgado Primero Superior el 3 de junio del mismo año, "por la cual se condenó" al procesado "a sufrir la pena principal de ocho años de presidio, fuera de las accesorias de rigor".

El Tribunal concedió el recurso de casación oportunamente interpuesto por el reo y su representante legal.

En la Corte se han cumplido los trámites del caso.

El Ministerio Público al contestar el traslado de la demanda de casación encontró (folio 20, cuaderno 3) 'que ésta . . . adolece de un vicio fundamental: el de no haber sido formulada por abogado inscrito'. "Es cierto —dice el señor Procurador— que el referido escrito está en papel a cuya cabeza se lee el timbre de un abogado titulado e inscrito en la H. Corte. Pero la confección de la demanda aparece claramente a cargo de los firmantes quienes, como es obvio, no son abogados".

Sin embargo, aunque como lo anota la Procuraduría, en ninguna parte hay constancia que permita tener por auténtica la intervención del doctor J. Emilio Duque G." este abogado "aparece firmando también el escrito" de casación; y además representó al reo en el juicio.

Para la Sala no resulta aceptable apurar el formalismo jurídico-procesal hasta ese extremo. Sum mum ius summa injuria.

De ahí que respetando el parecer del Ministerio Público, la Sala no puede ni menos de apartarse de él en esta ocasión, para entrar de lleno en el examen del recurso extraordinario.

LA SENTENCIA RECURRIDA

Es una pieza sobria y ordenada que, por lo mismo ha de transcribirse en seguida a fin de evitar más adelante repeticiones inútiles. Dice así:

"Por autos de diez de febrero y veintiséis de marzo de mil novecientos cincuenta y ocho, originales del Juzgado Primero Superior y del Tribunal Superior, respectivamente, fue llamado Luis Alfredo Betancourt a responder en juicio criminal, con intervención de Jurado, por el delito de homicidio en la persona de Jesús María Alzate.

"En la parte motiva de esos proveídos se estimó que el cargo en contra de Betancourt era el de un homicidio simplemente voluntario, vale decir no calificado, pero al mismo tiempo se consideró que no cabía ninguna causal de excusa ni atenuación específica. Y por eso el Juzgado de la instancia, en la debida oportunidad, propuso al Jurado la siguiente cuestión:

—"El acusado Luis Alfredo Betancourt Londoño es responsable de haber lesionado con arma cortante y punzante, y con propósito de matar, a Jesús María Alzate Cardona, a consecuencia de lo cual falleció éste, hechos ocurridos en la tarde del siete de septiembre de mil novecientos cincuenta y siete, en la calle 92, entre las carreteras 37 y 38 del barrio La Salle de esta ciudad?"

"Se obtuvo la siguiente respuesta: "SI, POR MAYORIA". El Juzgado, luego de considerar que el veredicto no era contraevidente y después de resolver lo pertinente a una nulidad alegada por el señor defensor, procedió a dictar sentencia, con fecha tres de junio de mil novecientos cincuenta y ocho, para condenar a Luis Alfredo Betancourt Londoño, como responsable del delito de homicidio, a sufrir la pena principal de

ocho años de presidio, fuera de las accesorias correspondientes.

“Por apelación procede el Tribunal a revisar.

“En esta instancia, quisieron el procesado y sus representantes legales y judiciales que desde un principio se pronunciara el Tribunal sobre la alegada nulidad del juicio, y así se hizo, como puede verse a folios 256 y siguientes.

“EL HECHO

“En la tarde del siete de septiembre de mil novecientos cincuenta y siete, Jesús María Alzate Cardona se hallaba en la cantina de José Ramírez, ubicada en el barrio La Salle de la ciudad de Medellín, en estado de ebriedad, y cuando despertó de su modorra puso atención a un disco musical que se estaba sonando y simplemente dijo: Qué disco tan feo”. Pues eso bastó para que Gabriel Horacio Londoño, quien también se hallaba en la cantina y por cuya cuenta sonaba insistentemente el citado disco, se produjera en estos altos términos: “Si te parece muy feo, aquí estoy yo que respondo por él—. Soy sin agüero y peleo con cualquiera”. E inmediatamente Londoño sacó un cuchillo que había ocultado en el mostrador de la cantina y en actitud agresiva se dirigió a Alzate, quien no se hizo tarde en esgrimir una navaja de barba. Pero allí nada ocurrió porque el cantinero Ramírez agarró a Alzate y le rogó que evitara el encuentro y se fuera para su casa, situada por allí cerca. Alzate accedió al ruego de Ramírez y se encaminó a su habitación, seguido de Horacio Londoño, quien lo instaba a reñir con insistencia.

“Alzate penetró a su casa y de allá salió provisto de un machete, con el cual lesionó a Londoño en un breve combate que sostuvieron en la calle. Los vecinos recogieron al herido Londoño (quien aparecía cortado en una mano) y lo enviaron a la clínica de urgencias.

“La noticia de que había sido herido Horacio Londoño se extendió por la vecindad. Luis Alfredo Betancur Londoño, primo hermano de Horacio, corrió a llevar la noticia a Miguel Londoño, hermano del herido, quien desempeñaba el cargo de dragoneante de la Policía y quien estaba en su casa de habitación, situada en las inmediaciones. El dragoneante Miguel, en traje de civil, salió a la calle a averiguar por los hechos y como las gentes le informaran sobre la persona que había herido a Horacio, se dirigió a la casa de Jesús María Alzate, quien no se hizo remiso y salió al corredor, y algo conversaron el

dragoneante y Alzate, en actitud pacífica aparentemente y en tono que ninguno de los presentes pudo percibir.

“Cuando el dragoneante Miguel y Jesús Alzate sostenían ese corto diálogo, Luis Alfredo Betancourt, precipitadamente, se adentró hasta el corredor de la casa de Alzate y de improviso le tiró un golpe a éste con un cuchillo. Alzate corrió hacia el interior de la vivienda como con ánimo de favorecerse, pero Betancourt lo siguió y le dió otros golpes de puñal. Casi instantáneamente, Jesús Alzate se desangró a la puerta de la cocina de su vivienda.

“EL VEREDICTO FRENTE AL PROCESO

“Ya desde el auto por el cual el Tribunal confirmó el procesamiento de Luis Alfredo Betancourt, se hizo notar que la entidad objetiva del delito de “homicidio” se comprobaba plenamente con la diligencia de necropsia en el cadáver de Jesús Alzate —folios 35— con el acta de levantamiento del cadáver —folios 3— y con la partida de defunción de folios 23.

“De la primera pieza se deduce que el cadáver de Jesús Alzate presentó dos lesiones causadas con arma cortante y punzante, situada la una “en la zona anterior del tórax, hacia el lado izquierdo del apéndice xifoides del esternón, de carácter penetrante a la cavidad torácica”, y la otra, “en la región lumbar derecha y a nivel de la línea escapular, también de carácter penetrante al abdomen...”. Como allí se dice, la primera lesión interesó el pericardio y el ventrículo derecho del corazón, produciéndose una hemorragia. La herida era esencialmente mortal.

“Respecto a la imputación del homicidio, en cabeza de Luis Alfredo Betancur, según se dijo en el auto enjuiciatorio y se repite ahora, el mismo procesado confiesa que él tiró con una navaja a Jesús Alzate, y por otra parte son varios los testigos presenciales que dicen haber visto cuando Luis Alfredo Betancur hundió un cuchillo en el cuerpo de Jesús Alzate.

“Francisco Luis Jiménez —folios 9, 37, 67, 71 y 115— declara que después de que Horacio Londoño resultó herido en la riña que sostuvo con Alzate en la calle, éste se encerró en su casa de habitación, “... porque en esa hora lo atacaron muchos vecinos o atacantes del barrio a punta de piedra...”; que el Cabo de la Policía de apellido Londoño se acercó a la casa de Alzate en compañía de un sujeto desconocido, y que en esas Alzate salió al corredor de la casa y encendió un

cigarrillo y se puso a conversar algo con el Cabo Londoño; y que por último, el compañero del Cabo penetró al corredor de la casa de Alzate y dio a éste una puñalada cuando aún sostenía la conversación con el Cabo y en seguida le asestó otra, cuando Alzate se refugiaba en el interior de su casa.

"Blanca Arboleda —folios 10, 67, 69 y 114— depone en los mismos términos que el testigo Jiménez, vale decir, que Luis Alfredo Betancur dió de puñaladas a Jesús Alzate, en momentos en que éste conversaba con el Cabo Londoño, en el corredor de la casa del occiso.

"Se tiene entonces que el veredicto tiene un amplio respaldo en el proceso, por lo que hace a que fue Luis Alfredo Betancur quien asestó a Jesús Alzate la cuchillada mortal.

"Y en relación con las circunstancias en que ello ocurriera, (móvil o motivos determinantes, modalidades de hecho, etc.), ellas fueron ampliamente analizadas tanto por el Juzgado de instancia al proferir el enjuiciamiento, como por el Tribunal al confirmar el proveído. Entonces, se reparó lo suficiente en que no era viable la tesis de que Betancur obrara en el caso de justificación del artículo 25 del Código Penal, concretamente, por defender a un tercero de una violencia actual e injusta.

"Se reparó también en que no era dable colocar al procesado en el caso de excusa del artículo 28 del Código Penal, como lo solicitó con ahinco el defensor, como remedio subsidiario.

"Pero cabe anotar que en la audiencia pública, el señor defensor volvió a insistir en la tesis de la defensa putativa de un tercero y en el estado de ira o intenso dolor por grave e injusta provocación, sin que esa alegación hallara eco en los Jueces de conciencia.

"En conclusión: la decisión del Jurado está conforme con el proceso y por lo mismo no habría lugar a una declaración de contraevidencia.

"En esta instancia y en esta oportunidad, el curador, nato del procesado Luis Alfredo Betancur ha representado para decir que se incurrió en "error relativo a la denominación jurídica de la infracción" (folios 272), por cuanto que no se consideró que el procesado hubiera obrado en estado de ira o intenso dolor.

"La primera y la segunda instancia fueron suficientemente claras en decir por qué se prescindía de considerar a favor del procesado la excusa del artículo 28 del Código Penal, al formular el cargo, y por lo mismo esa modalidad no tenía

por qué figurar en el cuestionario a los Jurados. Sin embargo como ya se dijo, en la audiencia fue debatido el punto una vez más, y el Jurado no acogió la tesis.

"Con base en el artículo 362 del Código Penal, el Juzgado impuso la pena de ocho años de presidio, habida cuenta a que el procesado no registra antecedentes judiciales y a que no aparecen circunstancias de mayor peligrosidad. Se hizo resaltar la menor edad del procesado, su buena conducta anterior, etc.

"El Tribunal halla correcta la sanción impuesta.

"El señor Fiscal Tercero pide se confirme".

* * *

LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El procesado y su representante legal, obrando ambos con la refrendación expresa del doctor J. Emilio Duque G., abogado inscrito en la Corte, invocan en la demanda, como principal, la causal 2ª del artículo 567 del C. de P. P., y como subsidiaria la 4ª del mismo artículo.

CAUSAL SEGUNDA.—Primer cargo. — Está resumido por sus autores así: "Los funcionarios de primera y segunda instancia no tuvieron en cuenta los hechos acreditados plenamente por el procesado y por los testigos que más de cerca pudieron presenciarlos aunque en parte; y los mismos falladores pretermitieron la letra y el espíritu del artículo 255 del C. de P. P., que establece que la confesión del procesado se presume verídica mientras no se presente prueba en contrario; y ellos mismos dieron a las declaraciones de los testigos contradichos un valor probatorio suficiente que no lo tienen ni pueden tenerlo precisamente por sus contradicciones".

No prospera el cargo, porque de acuerdo con abundante doctrina de la Corte, lo atañadero a la apreciación de los hechos en esta clase de juicios corresponde al Tribunal Popular, y en el recurso de casación esa materia no puede revisarse por el impropio conducto de la causal segunda.

Segundo cargo.—Para el recurrente, "el Tribunal... interpretó y apreció erróneamente... los hechos narrados por los testigos y que ocasionaron ira e intenso dolor por grave e injusta provocación al autor de la muerte de Alzate".

Tampoco prospera este cargo, por lo mismo que ya se dijo a propósito del anterior. Esas cir-

cunsancias las apreció el jurado y su veredicto no es contradictorio ni ha sido declarado contraevidente.

CAUSAL CUARTA

Se refieren los recurrentes, en esta parte de la demanda, a "nulidades" ya debatidas y desestimadas en las instancias del juicio.

Examinadas estas cuestiones, con sus antecedentes, la Sala no encuentra que haya necesidad de agregar en este aspecto del problema otras razones a las ya expuestas por el Tribunal. Los recurrentes, por su parte, se limitan a repetir lo mismo que dijeron en las instancias, a saber:

"a) Que no se notificó en debida forma el auto de proceder, ya que la notificación no se hizo al procesado, menor de edad, en presencia de su curador. Causal prevista por el numeral 3º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal.

"b) Que se hizo ilegal notificación al procesado menor de edad, de la providencia dictada por el Tribunal Superior, por la cual se confirmó el auto de enjuiciamiento, o mejor, del auto por el cual el Tribunal se negaba a reponer uno anterior, por el cual se había confirmado el procesamiento.

"c) Que el proceso fue enviado por el Tribunal al Juzgado de la instancia sin esperar a que se ejecutoriara el auto por el cual se negó la reposición, malográndose así para el procesado o su defensor la oportunidad de una posible reposición de reposición, o un recurso de queja.

"La primera causal es expuesta por los interesados de la siguiente manera: Que como puede observarse a folios 149 del proceso, la notificación del auto enjuiciatorio que profirió el Juzgado Primero Superior contra Luis Alfredo Betancur, siendo éste menor de edad, no le fue hecha en presencia de su curador nato, quien vive, sino en presencia de un curador que previamente designó el padre del menor.

"Respecto a este punto, observa el Tribunal:

"Como puede verse por la primera indagatoria que se tomó al procesado Luis Alfredo Betancur, cuando se instruía el sumario, el padre del procesado estuvo presente en esa diligencia y designó al doctor J. Emilio Duque G., como apoderado, y el doctor Duque actuó en ese carácter (folios 14 vuelto y siguientes). Y cuando llegó el momento en que el Juzgado profirió el enjuiciamiento, el doctor Duque tenía el encargo de apoderado y también tenía la investidura de curador del menor procesado, pues su padre José

Betancur (quien venía asistiéndolo en el sumario), por memorial de 22 de noviembre de 1957 (folio 107) pidió que se diera al doctor Duque además el carácter de curador. Por eso se explica que el señor José Betancur, padre del procesado, manifestara en su memorial de folios 148 cierta extrañeza o duda sobre la necesidad de nombrar nuevo curador para que asistiera a la notificación del auto de enjuiciamiento, pero no obstante el señor Betancur volvió a manifestar que el doctor Duque seguiría con el carácter de curador.

"Y la notificación del auto de enjuiciamiento se hizo al procesado Luis Alfredo Betancur en presencia del doctor Duque, a quien el Juzgado le había discernido el cargo de curador, atendiendo el pedimento del padre del menor.

"La pretendida nulidad radicaría entonces en el detalle de que José Betancur no estuvo presente cuando se notificó el auto enjuiciatorio.

"No huelga observar también que por el memorial de folios 148, el señor José Betancur manifestó no solamente que traspasaba al doctor Duque el cargo de curador, sino también que pedía siguiera asistiendo a su hijo como defensor.

"De conformidad con el artículo 104 del Código de Procedimiento Penal, el menor procesado será asistido por su representante legal, y a falta de él, por un curador ad-litem, y éste nombrará el apoderado o defensor. La ley quiere que el padre o madre del procesado estén enterados de que a éste se le sigue juicio criminal para que procuren su defensa, fuera del aspecto de la representación legal, por la incapacidad del menor.

"En el caso de autos, José Betancur, padre del menor procesado, se enteró extraoficialmente de que su hijo había sido llamado a juicio y anticipándose un poco en el tiempo, hizo la manifestación de que el doctor Duque seguiría con el doble carácter de curador y defensor.

"Podrá decirse que hubo nulidad en la notificación del auto de cargos, porque la manifestación del padre del menor se hizo con antelación a esa notificación, y se obró conforme a ella?

"Los ritos procesales no son meras solemnidades desprovistas de sentido, sino que son formas para hacer efectivos ciertos derechos. Luego si con la omisión de determinada formalidad no se lesiona ningún derecho, esa formalidad no aparece necesaria y por lo tanto su omisión no podría generar nulidad. La nulidad tiene por objeto traer al proceso algo que se omitió y que es necesario.

La ley no tenía interés precisamente en que el padre del menor oyera la notificación que se iba a hacer al menor procesado. Tenía interés en que el representante legal supiera que a su hijo se le abría juicio criminal. Y si el representante se dió por sabedor de ello con anticipación y proveyó lo conveniente conforme a su cargo legal, no se ve por qué la diligencia de notificación sería irrita.

“Aún la legislación civil, que esencialmente, es esencialmente formalista, trae esta disposición, en el Código de P. C., artículo 321: “—Si la persona a quien debe notificarse una providencia manifiesta que la conoce, por escrito que aparezca firmado por la misma, no a ruego, se entiendan surtidos, en lo que a ella se refiere, los efectos de la notificación”. Y no se ve por qué este principio no podría tener validez en el campo penal.

“El artículo 472 del mismo Código de Procedimiento Civil, disposición redactada por el doctor Eustaquio Alvarez (a. el Macho Alvarez) es de este tenor: “—Los funcionarios del orden judicial, al proferir sus decisiones, deben tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva, y por consiguiente, con este criterio han de interpretarse y aplicarse las disposiciones procedimentales y las relativas a las pruebas de los hechos que se aduzcan como fundamento del derecho—”. Esta disposición legal que invocan los interesados en su alegato sobre la nulidad para sustentar sus puntos de vista, sirve precisamente a la Sala para fundamentar su tesis de que no hay nulidad por lo de la causal primera alegada, porque no se cercenó ningún derecho: se omitió simplemente una formalidad que no era necesaria para los fines perseguidos por la ley.

“La segunda causal de nulidad se hace consistir en que el auto del Tribunal Superior, por el cual se negaba la reposición del auto confirmatorio del enjuiciamiento, no fue notificado al menor procesado en presencia de su curador-defensor, sino que la notificación se hizo a ambos por aparte (Fls. 199 vto.).

“Eso seguramente constituye una informalidad, pero en modo alguno puede considerarse como causal de nulidad. Porque no todas las providencias, por razón de su irregular notificación, engendran nulidad. Las providencias en que ello puede ocurrir están taxativamente expresadas en el artículo 198 del Código de Procedimiento Penal. Fuera de que se trataba de un auto que ne-

gaba la reposición, contra el cual no cabría ya sino el recurso extremo de una reposición de reposición, en el supuesto de que por ese auto se hubiera resuelto sobre un punto nuevo, cosa que no sucedió en este caso. Los mismos peticionarios no indican el punto nuevo sobre que se resolvió en el auto que negó la reposición.

“Pero aunque así hubiera sido, es decir, en la hipótesis de que ello constituyera grave informalidad, ella habría quedado subsanada por la aquiescencia de las partes, pues el proceso siguió su curso normal, sin reclamo alguno” ...

“... Ningún perjuicio pudo sufrir el procesado por ello, pues ya no había recurso que interponer. Y ello se saneó por la aquiescencia de la parte interesada, pues tan pronto como el proceso bajó al Juzgado, el doctor Duque se apresuró a renunciar términos, con el fin de que se fijara día para la audiencia pública (Fls. 200).

“Hay un interés público en la consagración de nulidades, pero existe el mismo interés en que no se dé a un hecho o informalidad el carácter de nulidad, sin que la ley lo diga expresamente”.

o o o

Los recurrentes insisten en que el Tribunal incurrió en la nulidad suprallegal que sobreviene cuando se quebranta el artículo 26 de la Carta.

Sin embargo, como se ha visto el reo “fue juzgado conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputó, ante Tribunal competente” y con observancia de la plenitud de las formas propias del juicio.

Tampoco prospera en este caso la causal cuarta de casación.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oída la Procuraduría y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO INVALIDA** la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera

Dominguez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—

Agustín Gómez Prada, Conjuetz.—Pioquinto León

L., Secretario.

COMO TRIBUNAL DE CASACION, A LA CORTE NO LE INCUMBE HACER POR LA VIA DE LA CAUSAL 2ª, UN ANALISIS DE LOS HECHOS Y LAS PRUEBAS EN QUE SE FUNDA EL FALLO ACUSADO, A FIN DE VER SI COMPARTE O NO LAS RAZONES DEL SENTENCIADOR. — CALIFICACION DEL TESTIMONIO DE UNA MENOR DE ONCE AÑOS DE EDAD

1.—No incumbe a la Corte, como tribunal de casación, hacer por la vía de la causal segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, un análisis de los hechos y las pruebas en que se funda el fallo acusado, a fin de ver si comparte o no las razones del sentenciador, pues si tal hiciera quitaría al recurso el carácter de “extraordinario” que expresamente le asigna la ley, para convertirlo en una nueva instancia. Su misión en esta materia está circunscrita a examinar los cargos de la demanda, para establecer si de ellos se desprende que incurrió el juzgador en algún error de hecho, con las consecuencias, por los motivos y sobre los extremos previstos por dicha norma.

2. — El testimonio de una niña rayana apenas en los once años de edad debe ser tenido, en abstracto y por regla general, como sospechoso, sobre todo en lo que se refiere a la manera de apreciar los hechos y relatarlos, porque la deficiencia de observación que de ordinario se advierte en las personas demasiado jóvenes es frecuentemente compensada por la fantasía. Y la sopecha subsiste aunque en grado menor, cuando el testigo se limita a indicar la persona del delincuente, por lo sugestionable que suelen ser los niños.

Pero cuando acontece que tras de un cuidadoso estudio de la personalidad del testigo, los peritos concluyen afirmando que una declaración o referencia suya “merece ser recibida sin reservas”, y no hay siquiera barruntos de presiones para que inculpe a un inocente, desaparecen los motivos de sopecha anotados, y su dicho debe examinarse a la luz de las demás reglas de la crítica testimonial, para ver si es o no digno de crédito en el caso concreto de que se trate.

Penal.—Bogotá, junio treinta de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio).

VISTOS:

María Alba Pérez, niña que aún no había cumplido los once años, pero que representaba, al decir del perito médico que le hizo los primeros exámenes, “una edad real aproximada entre los doce y trece años” (folio 5), dijo el 13 de julio de 1955 en declaración rendida bajo juramento:

“El martes que pasó o sea el cinco de este mes, yo me vine a la escuela de Sapuyes, a las siete de la mañana. Cuando llegué a la escuela no encontré allí a ninguna de las niñas porque todavía no habían ido, yo llegué y entré al salón de los grupos primero y segundo y en ese momento lo ví a don Juan Bautista Arteaga que salió de la pieza donde él duerme porque en la casa de escuela vive en unión de su mujer Inés Arteaga y sus hijos que son cuatro. Cuando me vio a mí me dijo que fuera al salón de los grupos tercero y cuarto de la escuela a componer un florero, yo le obedecí y fui a dicho salón; en seguida el señor Arteaga fue atrás de mí y cerró la puerta y la aldavó (sic) y una vez que hizo eso, me cogió de la mano y me tumbó al suelo y cuando yo estuve caída, él se desfajó los pantalones, me alzó la ropa y se montó encima de mí y una vez que estuvo encima me metió el “pájaro” por debajo por donde se hacer aguas y cuando estaba encima de mí se subía y se bajaba y sentí que me echó como miedos, yo lloré pero no me soltava (sic). Así estuve un rato y se bajó y me dejó, advirtiéndome que me votó (sic) y se me montó encima en el suelo limpio. Cuando me dejó me dio dos reales y me dijo que me los pagaba para que no avise, pero yo no se los quise recibir y entonces me dijo que si avisaba me daba una gran piza (sic). Yo abrí la puerta, la desalvadé (sic) y me salí y cuando salí

tampoco había niñas de la escuela todavía, pasado un momento llegaron los niños y me puse a estudiar. Este hecho lo hice saber a mis papases el día viernes pasado y no les dije antes nada al respecto porque tenía miedo de que Arteaga vaya a saber que he avisado y que me pégue. Antes de lo que manifestado (sic) el Arteaga no me ha hecho nada, pero sí me ha manifestado como que me quiere porque se reía conmigo, me hacía ojos y me cogía de la nuca. No tengo más que decir. JUEZ.—Sírvase decir si ha oído usted si Arteaga acostumbrado ha hacer lo mismo que ha declarado con alguna otra de las niñas de la escuela?—CONTESTO.—Sí señor supe que a Rosa Patiño quien estuvo en la escuela le hizo lo mismo y por eso la sacaron de la escuela y esta niña vine (sic) en el pueblo de Sapuyes”.

Más tarde el reo, que era abogado, Juez Municipal de Sapuyes y esposo de la directora de la escuela del mismo lugar, sometió a la ofendida, en diligencia de careo, a un severo interrogatorio plagado de preguntas capciosas, durante el cual le sostuvo en su presencia los mismos cargos, y afirmó: “...yo me vine de mi casa a las seis (sic) de la mañana y llegué a la Escuela de niñas de Sapuyes a las siete”, e insistió en que el doctor Arteaga antes de iniciar el atentado “aldabó” la puerta del aula y en que ella la “desaldabó” luego de ocurridos los hechos. Al requerirla para que dijese “cuántas veces gritó en el día y en la hora que ella anota; a quien gritó, si gritó duro o gritó con maña; si sabía que en el otro cuarto estaba mi señora, mis hijos (del acusado) y la sirvienta quien debía estar afuera esto es entrando y saliendo ya que ella se levanta a las cinco y media todos los días”, respondió: “Grité dos veces; yo chillé no más, grité con maña no más a lo que se plantó encima me daba un fogage a la voca (sic). Yo no sabía que el señor habitaba con su señora e hijos en la pieza siguiente, yo no sabía si cocinaban con gasolina o no, yo no sabía si había o no habría gente en la otra pieza. A la sirvienta yo no la había visto ni entrar ni salir; no tenía sirvienta” (Fs. 23 y ss.).

En el mes de agosto, en fecha no determinada, se practicó una inspección ocular en el sitio de los sucesos, durante la cual se observó que en el salón de clases “ha existido un tabique de división, pues que hasta ahora queda el esqueleto de madera que ha servido para sostener el material de que era la división”, la que separa “el salón que ha servido para las niñas de primero y segundo grupo” del “que ha servido para las

niñas de tercero y cuarto grupo”; que la puerta a que se había referido la agraviada no presenta “huellas o vestigios” de que hubiera tenido “aldaba o gusanillo fuera de la chapa de llave que tiene”, en vista de lo cual explicó aquella: “Yo creía que esta puerta tenía aldaba pero no ha tenido, ha estado cerrada no más”. Durante esta diligencia la mencionada menor manifestó que cuando se encontraba en el primero de dichos salones “eran las siete” y los peritos aseveraron conocer “perfectamente el camino que de la Escuela de Sapuyes conduce a la casa de María Alba Pérez”, que entre uno y otro sitio “hay una distancia de tres kilómetros más o menos”, y que “el tiempo que puede gastar a paso normal una persona desde la casa de habitación de Alba Pérez hasta el patio de esta Escuela es la de media hora aproximadamente” (Folios 48 y ss.).

Dictámenes periciales.

El médico encargado de dictaminar sobre las secuelas que en el cuerpo de la perjudicada hubiese dejado el delito, expresó el propio 13 de julio que “es fácil apreciar una congestión del vestíbulo vaginal, y al examinar la membrana himeneal se pueden constatar pequeños desgarros en vía de cicatrización en el límite superior de la misma membrana”; que “los alrededores de la región genital se encuentran indemnes de lesiones que denoten lucha corporal”, y que “a pesar de que el himen es bastante elástico, la congestión del vestíbulo vaginal y los pequeños desgarros de la membrana himeneal, hacen presumir que hubo coito, por lo menos parcialmente”. (F. 5).

El mismo facultativo amplió después el anterior dictamen, para decir: “De una manera aproximada y dada la congestión de los órganos sexuales puede presumirse que la tentativa del acto sexual se consumó de ocho a quince días aproximadamente a la fecha en que fue examinada la agraviada María Alba Pérez” (F. 163).

Personalidad de la ofendida.

La defensa solicitó innumerables testimonios encaminados a demostrar que la menor Pérez “daba muestras de un debilitamiento físico y un debilitamiento moral ya que adolecía de la enfermedad de la epilepsia y además en sus cuestiones de relación social era mentirosa, embustera “un tanto incorregible” (folio 32); “que de continuo anda sin vigilancia, sin compañía, a merced de

la buena suerte y muchas veces en junta de muchachos entre los doce y los dieciséis años”, y que no es raro encontrar a la dicha menor sola en su casa, sola en el campo, sola en los caminos” (folio 33).

A excepción de la señorita Teresa Román, todos los declarantes a quienes se interrogó sobre dichos particulares coincidieron en negar los defectos atribuidos a la ofendida y en afirmar que era una niña sencilla, correcta y recatada.

También a solicitud de la defensa la Oficina Central Médico-Legal del Departamento practicó un examen psiquiátrico en la persona de la agraviada y emitió el siguiente dictamen: “El desarrollo intelectual de la menor PEREZ ha tenido un recorrido normal como es costumbre verlo en los niños sanos?; EL DESARROLLO INTELECTUAL DE LA MENOR PEREZ, HA SIDO NORMAL DE ACUERDO AL MEDIO EN QUE HA VIVIDO.— Puede la menor PEREZ asociar ideas, raciocina, tiene concepto pleno de lo bueno y de lo malo?;—en la PEREZ COMO EN TODA PERSONA EXAMINADA HAY QUE TENER EN CUENTA LA ILUSTRACION Y EL MEDIO EN QUE SE HA DESARROLLADO Y SEGUN ESTO TENEMOS QUE CONCLUIR QUE PUEDE RACIOCINAR LA PEREZ Y SE DA CUENTA DE LO BUENO Y DE LO MALO.—O no tiene talvez una base biológica de egoismo o inestabilidad? NO.—Por último, LA MENOR PEREZ NO PRESENTA NINGUNA SEÑAL O HUELLA DE ENFERMEDAD DE LITTLE, NO PRESENTA SEÑALES DE IDIOCEA, NO ES HIPOTIROIDEA, Y SU DESARROLLO ES NORMAL.—UNA DECLARACION O REFERENCIA DE LA MENOR PEREZ MERECE SER RECIBIDA SIN RESERVAS”. (Mayúsculas del original). (Fs. 121 a 124).

Otros cargos.

Elisa Calderón de Patiño cuenta que “había oído rumores de que algo pasaba en la escuela entre este doctor Aretaga y las niñas, pues decían que las encerraba y que se sentía una gran chillería adentro”; y que por esto interrogó insistentemente a su hija Rosa Patiño sobre si algo había hecho con ella, y que la interpelada le había negado todo, hasta que un día le refirió “que este doctor le había llamado a lavar un perol y que no había sido para eso, sino que la había marcado y la había subido a la cama y allí había hecho con ella todo lo que había querido, es decir que la violó sexualmente” (F. 21 v.).

Rosa Patiño, quien antes había negado lo de la

violación, dizque porque le “daba vergüenza”, asevera que el doctor Juan Bautista Arteaga la sometió a la fuerza al acceso carnal, y que tal suceso lo contó a Inés de Calderón y Manuel Calderón (folio 26), pero éste la desmiente en cuanto a la información que dice haberle suministrado (folio 89). Y consta en el dictamen médico respectivo que “examinada la niña Rosa Patiño, presenta el himen en estado normal y por lo tanto no hay huellas de desgarró”. (F. 30).

María Rosana Aucú de 14 años y quien al examen médico presentó “desfloración antigua, por coitos repetidos”, garantiza que el acusado quiso poseerla carnalmente, pero que ella no consintió y comunicó lo ocurrido a su madre, quien a su vez dio cuenta de ello a Rafael Aucú, padre de la primera. (Folio 20). Atestigua éste lo que sigue: “... mi hija Rosana Aucú me dijo que no quería ir más a la Escuela porque el doctor Arteaga la molestaba a las niñas del cuarto curso y a otras para que lo quieran, por esto yo fui a hablar personalmente con dicho doctor Arteaga y le reclamé que debía portarse bien, que no era debido que observé esa conducta con las niñas a quienes se les había puesto a la Escuela para que se eduquen y no para otra cosa. El me contestó que todo había sido burla, que él tiene sus ideas de burlarse con las niñas y que no había pasado ninguna cosa. Yo lo amenacé que si otra vez llegaba con razones mi niña, que entonces la retirábamos y que lo informábamos en caso de pasar alguna cosa”. (Folio 22).

Gloria Lucina Tobar, niña de 11 años, manifiesta: “A mí nada me ha propuesto ni me ha hecho el doctor Juan Bautista Arteaga, quien en la actualidad se halla renunciado en Sapuyes, en la casa de la Escuela de niñas; él nos sabía tomar las lecciones, pero digo nada me ha hecho absolutamente, sólo sucedió que una vez, en días recientes de pasadas las vacaciones de Semana Santa y cuando seguimos concurriendo a la Escuela, nos había mandado a decir a mí y a la niña Lidia Romero que vive en Sapuyes, que lo queramos. No ha pasado más nada”. (Folio 21).

El doctor Arteaga fue suspendido del cargo de Juez Municipal de Sapuyes el 16 de agosto de 1955 (folio 79 vuelto), pero el 17 de los mismos hacía quince días que se encontraba ausente del lugar sin que el Alcalde tuviera conocimiento de su paradero (folio 70).

Indagatoria.

En su declaración de inquirir rechaza enfática-

camente el procesado los cargos de la menor Pérez, y admite que habita con su esposa y sus hijos "en la misma casa de escuela, esto es en uno de los salones que queda perfectamente independiente de los otros dos salones en donde se dictan las clases". Interrogado sobre la hora en que se levantó el día de autos, respondió: "Posiblemente me he de haber levantado a las ocho de la mañana de ese día martes cinco de julio, ya que a esa hora ordinariamente acostumbro a levantarme...". A otra pregunta contestó: "No puedo decir qué persona sea la que haya mandado a arreglar floreros a la niña Alba Pérez o María Alba Pérez, en el día cinco de julio que se pregunta, como a eso de las siete de la mañana, ni tampoco a ninguna hora del día, en momentos en que no haya estado la escuela sino esta niña (sic). Lo que sí puedo decir y afirmarlo es que a los salones de clase ni a los patios de la escuela, entran hombres a alguna hora con ánimo delictivo de ninguna clase. Pues la escuela, por ser escuela y por ser casa donde vivo yo y mi familia es muy respetada. A no ser por casualidad, que no la creo, haya entrado alguien. Pues a las siete de la mañana, si es cierto que yo no me levanto, pero no por eso dudo que algún hombre haya entrado, pues repito que con ese espíritu no entran hombres. No puede ser que alguien haya entrado con pretexto (sic) de ordenar a Alba Pérez a que arregle floreros, ya que ella ni tampoco sirve para ello, porque es un poco demente". Luego trata de presentar a la ofendida como que "tiene costumbre de disculparse con la persona cuyo nombre primero le viene a la cabeza. Y esto porque ella es algo demente". Ya antes había relatado lo que sigue: "Salí a Pasto el sábado dos y volví en la tarde del lunes, cuatro de julio. Y el martes, cinco, fecha que se me pregunta, si estuve aquí desde las horas de la mañana".

El 6 de octubre aparecen por primera vez en el proceso los nombres de Carlos Medina y María Esperanza Coral en un escrito de pruebas del personero del acusado, en el cual se solicita también la declaración de Inés de Arteaga, esposa del último. A los dos primeros a veces no se les pide propiamente que contesten preguntas, sino que más bien se les ordena que afirmen ciertos hechos, "por ser la verdad", en forma por demás precisa y detallada.

Al personal de la policía de Pasto, de donde se dijo que eran vecinos los tres declarantes mencionados, no le fue posible dar con su paradero (folios 142 y 143), pero el 4 de noviembre se presentaron todos a deponer ante el Juez Segundo

Municipal del lugar, sin que se sepa quién los condujo o hizo llegar allí, aunque por evidente error se dijo que la Coral declaró en 1954.

Carlos Medina, zapatero analfabeto que vivía en Pasto, "en el Hotel Internacional", para la fecha de su declaración, después de asegurar que el día 4 de julio viajó de dicha ciudad a Sapuyes en compañía del doctor Arteaga, para que éste le diera un certificado sobre su conducta que no le pudo expedir en aquel lugar, porque allí "no tenía la máquina ni tenía nada", y que se quedó a pernoctar en casa de su interlocutor, se pronuncia así: "JUEZ: Diga por ser la verdad que esa noche que llegó a la casa donde vivía Arteaga—éste estuvo trabajando— esto es, escribiendo en la máquina hasta muy de noche, y que el día siguiente que era 5 de julio martes, Arteaga se quedó durmiendo o sea en la cama— como hasta eso de las nueve de la mañana—, hora en que la esposa de Arteaga salió de un salón donde estaba dando clases a unas niñas— y le dijo a Juan Bautista que se levante pronto porque era muy de día y que en efecto Arteaga se levantó? CONTESTO:—Sí señor, efectivamente fue así, estando yo en el salón o sea en el mismo cuarto— llegó la señora de Arteaga o sea Inés Medina y le dijo al señor Arteaga que se levantara porque era muy tarde y que tenía que dar exámenes y que no había quién le ayudara, diciéndole a la vez que yo tenía que regresarme a Pasto y que necesitaba el certificado para emprender la marcha, habiéndome salido la mentada señora Inés de otro salón de la misma escuela. JUEZ: Diga por ser la verdad —pues a usted le consta porque durmió en el mismo cuarto donde durmieron el señor Arteaga— su esposa y sus hijos y una mujer que hacía de sirvienta en la noche del 4 de julio del corriente año, que el señor Arteaga no se levantó de la cama a ninguna hora antes de las nueve de la mañana, más o menos, el día 5 de julio, y que por lo tanto, duda usted plenamente que el señor Juan Bautista haya sido en esa mañana autor de algún ilícito, diga también a qué horas presintió que habían (sic) niñas en el patio y salones de la escuela, no fue a las seis de la mañana? CONTESTO: Por cuanto yo también me quedé en el mismo salón donde durmieron los esposos Arteaga y sus familiares y una sirvienta, me consta y es al verdad que el doctor Juan Bautista Arteaga no se levantó de la cama sino hasta después de las nueve de la mañana del día 5 de julio de 1955, y por esto es imposible que el doctor Arteaga no levantándose antes de las nueve de la mañana de ese día, haya sido o sea

autor de delito alguno..." Más adelante garantiza que la levantada del inculcado "la realizó más o menos de las nueve a las diez de la mañana" (Folio 145).

María Esperanza Coral, quien afirmó estar "de sirviente" del acusado y su esposa desde el 27 de junio de 1955, dice que "el doctor Juan Bautista Arteaga ese día cinco de julio del año en curso, se levantó a eso de las nueve y media de la mañana, esto de levantarse a esas horas fue porque la señora esposa lo regañó, advirtiéndole que la señora esposa vino desde los salones de la escuela"; y que lo increpó así: "Juan, levántate ligero(sic) y ayúdame a enseñarles a las niñas"; que "antes de las nueve de la mañana el doctor Juan Bautista Arteaga no se había levantado para nada, menos que haya tomado la determinación de dirigirse a parte alguna por cuanto no se levantó", y que el 4 de julio "también llegó un señor Carlos Medina habiendo llegado al poco tiempo que llegó el doctor Juan Bautista Arteaga, y llegó allí mismo a la casa, es decir a la casa del doctor Juan Bautista Arteaga, apenas llegó se estuvo con la señora Inés Medina de Arteaga y también con el doctor Juan Bautista Arteaga, y se ocuparon en escribir y charlar, pero no me consta qué asuntos tratarían, habiendo comido y dormido el señor Carlos Medina en la misma casa donde llegó y durmió asimismo en la misma pieza— ya que se trata de una pieza y una cocina la composición de la mentada casa". La deponente fue interrogada así: "Sírvese manifestar si a usted le consta haber visto u oído decir que el doctor Juan Bautista Arteaga ese día cinco de julio haya cometido delito alguno y del cual lo tengan sindicado?", y contestó: "No señor Juez, no me consta que el doctor Juan Bautista Arteaga haya cometido delito alguno por cuanto como ya lo dejó expresado anteriormente, dicho doctor Arteaga no se levantó sino hasta después de las nueve o nueve y media de ese día cinco de julio de mil novecientos cincuenta y cinco". (F. 144).

Inés Medina de Arteaga, esposa del reo, recuerda en lo esencial con los anteriores declarantes, y atestigua que "el día martes cinco de julio del presente año Juan Bautista Arteaga se levantó a eso de las nueve de la mañana como era costumbre de levantarse casi todos los días", y que ella lo llamó con estas palabras: "Juan Bautista levántate, con eso les recibes el repaso de geografía a las niñas de tercero, yo pensé que ya te habías desayunado" (Folios 146 y ss.).

La sentencia.

El doctor Arteaga fue llamado a responder en juicio, en el cual profirió el Tribunal Superior de Pasto sentencia condenatoria el 17 de mayo del año anterior, y contra ella ha recurrido en casación el defensor de aquél.

En el fallo impugnado se acoge como digna de crédito, luego de una cuidadosa crítica, el dicho de la agraviada, y se sostiene que él y los demás elementos de convicción que obran en el proceso constituyen prueba suficiente para condenar. Se expresa así el sentenciador:

"Y no se diga que el testimonio de la ofendida María Alba Pérez se refiere a un hecho que carece de existencia real y que es apenas mera fantasía, porque fuera de que la realidad del hecho de la conjunción carnal lo puso de presente el reconocimiento pericial, de las declaraciones de Rosa Patiño y de María Rosana Aucú, folios 17 y 20, surge la prueba de las inclinaciones libidinosas del sindicado, quien trató de realizar con las menores declarantes el acto carnal según ellas lo refieren y que dá fuerza a la inculcación hecha por la Pérez en contra del sindicado Arteaga.

"La actitud asumida por el sujeto activo del delito agrava y compromete su situación, por cuanto a raíz del suceso abandonó el Juzgado Municipal que estaba a su cargo, y hasta la actualidad se encuentra prófugo. Las dos actitudes injustificables que asumió durante el curso de la investigación, consistente la una, en haber tratado tardíamente de presentar por conducto de su apoderado la prueba de la coartada, que le resultó fallida; y la otra, de haberse ausentado, sin esperar su relevo, comprometen su responsabilidad y aportan una fuerza de mayor convicción a la declaración de la ofendida, contra quien, para anularla, se rebuscó hasta detalles de su vida privada para que pudiera encontrarse en ellos la inocencia del procesado".

Rechaza el Tribunal los testimonios con que se quiso establecer la coartada, mediante las siguientes razones:

"El de la sirvienta Esperanza Coral, por haber estado bajo la dependencia económica del encausado y por la falla procedimental de aparecer declarando un año antes del suceso. Y el de Carlos Medina por contener la indicación de detalles y circunstancias inaceptables. No es posible creer que en el estado de necesidad en que manifestó encontrarse se lo hubiera obligado a emprender un viaje de más de 160 kilómetros entre ida y vuelta, para darle una recomendación que se la

podía consignar en cualquier trozo de papel que se encuentra a la mano y especialmente en una ciudad. Y en segundo término porque no es posible que un abogado titulado de relevante posición social, titular de un Juzgado, hubiera compartido la intimidad de su hogar para permitir que en la alcoba matrimonial pernoctara un extraño de tan humilde condición, cuando lo natural era destinar otra habitación para darle hospitalidad. Además, en contra de estos testimonios pesa la tacha de que solamente fueron solicitados tres meses después de la indagatoria del sindicado, de acuerdo en este punto con la siguiente jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia:

“No son atendibles las declaraciones de testigos de última hora, preparadas ad-doc, a quienes nadie vio por el lugar del delito y en los momentos de su consumación y que recuerdan, al cabo de dos meses, en sospechosa armonía con el procesado, hasta los más insignificantes detalles.

“Precisamente esto es lo que ocurre en relación con los declarantes antes citados. Cómo puede ser posible que el sindicado a los trece días de ocurrido el suceso o sea el 18 de julio en que fue indagado, al ser preguntado por el funcionario instructor para que “haciendo un esfuerzo de memoria” indicara la hora en que se levantó de su cama el día 5 de julio, no hubiera podido precisarla, afirmando que posiblemente se había levantado a las ocho de la mañana, para luego después de algunos meses hacer declarar a personas sobre detalles que se le escaparon en su indagatoria y hacer figurar a declarantes que ni siquiera citó?. Es claro y típico el caso de los testigos de última hora de que nos habla la Corte”.

La demanda.

El Dr. Miguel Antonio Costáin, en libelo totalmente ajustado a la técnica del recurso, invoca en primer término la causal 2ª de casación prevista por el artículo 567 del C. de P. P., la cual sustenta con los cargos que se verán en seguida.

El primero lo hace consistir en que el Tribunal le dio al testimonio de la ofendida “un valor que no tiene como prueba directa de la responsabilidad”, y al efecto le hace las siguientes críticas: en su declaración inicial dice la menor Pérez “que Arteaga salió de la pieza donde él duerme porque en la casa de la escuela vive en unión de su mujer Inés Arteaga y sus hijos que son cuatro”, y en la diligencia de careo que “no sabía que ese señor habitaba con su señora e hijos en la pieza

siguiente”; “en la declaración omite afirmar que cuando el hecho se produjo, ella, la ofendida, gritó, para luego sostener en la diligencia de careo que ‘grité dos veces’. Si esta afirmación fuera cierta, era evidente y humanamente posible que a los gritos de la ofendida se hubieran hecho presentes en el lugar de los acontecimientos los familiares del acusado, o las personas que lo acompañaban, máxime cuando de la inspección ocular se deduce que el muro que separaba la habitación de la sala de la escuela era un tabique de cartón”; en la declaración sostiene “que salió de su casa para la escuela a las siete de la mañana, lo cual está confirmado por los testimonios de Clara Vaca de Pérez y Antonio Pérez”, y en el careo “que llegó a la escuela a las siete de la mañana”, lo cual es imposible porque la distancia entre uno y otro sitios se recorre en media hora; “en su declaración sostiene la ofendida que el acusado usó carnalmente a Rosa Patiño, cuando sostiene que a esta niña ‘le hizo lo mismo y por eso la sacaron de la escuela’”, lo cual está contradicho por el dictamen médico respectivo; en la declaración y en el careo afirma que el doctor Arteaga “cerró la puerta y la aldabó”, “y también afirma que para salir ella de la sala desaldabó la puerta”, lo cual no es cierto porque en la inspección se demostró que “no hay huellas o vestigios de que en esa puerta hubiera existido aldaba”. Tal testimonio —afirma— “por su contenido de sospecha, por lo contradictorio del mismo, por contener afirmaciones que están en pugna con la realidad, por no coincidir y discrepar de muchos otros testimonios, no podía servir para demostrar la responsabilidad de Arteaga”.

Luego agre:a

“En cuanto a los testimonios de Rosa Patiño y María Rosana Aucú que el Tribunal tuvo en cuenta para deducir un indicio de responsabilidad, les dio un valor que no tienen, porque —se repite— el testimonio de Rosa Patiño como el de los padres de ésta, en lo atinente a la violencia carnal de que dice haber sido víctima, se hallan contradichos con el dictamen pericial a que ya se ha hecho referencia antes; y porque Rosana Aucú jamás le imputó en su declaración el hecho de que hubiera sido violada por el acusado. Lo que ocurre es que en este proceso se ha querido edificar la responsabilidad sobre pruebas testimoniales de menores que no dicen la verdad, o por lo menos que sus dichos están tiznados por un principio de sospecha, que origina la duda sobre su veracidad, duda que debe resolverse a favor del procesado según la regla universal de todo sano

derecho. Estos testimonios, pues, fueron mal apreciados por el Tribunal, al darles una fuerza que no tienen para determinar la responsabilidad del doctor Arteaga”.

El segundo cargo lo hace radicar el recurrente en haber negado el Tribunal “todo valor probatorio a los testimonios de María Esperanza Coral, Carlos Medina e Inés Medina de Ortega (sic)”.

Respecto de la primera declarante advierte que “la simple circunstancia de estar al servicio del acusado no puede ser motivo suficiente para descartar” su testimonio, agregando que ella “no tiene porqué (sic) no recordar con precisión y veracidad el día en que visitó la casa de los esposos Arteaga-Medina el señor Carlos Medina” y demás pormenores que refiere. “Este hecho de visitas de extraños —afirma— no es de todos los días y por eso cuando se sucede, bien puede la persona que lo presencia recordarlo con exactitud en todos sus detalles, y asociar a él horas y fechas que en la sucesión de hechos comunes y diarios no suceden o pueden olvidarse con más facilidad”. Sostiene, por último, que “la falla procedimental de aparecer la Coral ‘declarando un año antes del proceso’ no es razón que justifique la exclusión de su testimonio”.

Defiende el demandante la declaración de Carlos Medina sugiriendo que él pudo viajar a tan larga distancia no sólo en busca del certificado prometido, sino también “animado del deseo de pasear, de conocer o de cualquier otro motivo personal”, y observando que si se le alojó en la misma pieza en que durmieron los esposos Arteaga-Medina no fue sino porque era la única disponible para ese fin.

Sobre la deposición de Inés Medina de Arteaga arguye el impugnante que la parcialidad que se supone en favor de su esposo no es suficiente para desestimar su dicho, “porque tratándose de probar, un hecho que a nadie mejor a que a la testigo podía constarle como es el de la hora en que se levantara su marido el día de los hechos, su testimonio es de especial importancia. Y la reacción lógica cuando se trata de un delito sexual como el que se le imputa al doctor Arteaga, no es la defensa del marido infiel, sino por el contrario, la de acusación y rechazo, la de repulsión a todo aquello que vaya contra la honestidad de las relaciones conyugales”.

Niega, en fin, el recurrente que estos tres sujetos sean “testigos de última hora”, y rechaza el indicio que el Tribunal construye sobre la base de la conducta del acusado, por su abandono del Juzgado que servía y por haber llevado a los au-

tos tarciamente las pruebas de descargo, aseverando que tal comportamiento “es apenas una actitud natural como instinto defensivo de la libertad”.

En respaldo de la misma causal se aduce en la demanda un nuevo cargo, sobre la base de que los dictámenes del perito médico que examinó a la ofendida no prueban el acceso carnal, elemento del cuerpo del delito, por cuanto son confusos, dubitativos y contradictorios.

Destaca, en efecto, que como en ellos se habla de hacer “presumir que hubo coito” y de poder “presumirse” “la tentativa del acto sexual”, “no son afirmativos sino dubitativos”, pues “el vocablo PRESUMIR que se emplea en ambos significa que se sospecha o conjetura, que probablemente pudo realizarse el hecho, pero no indica la expresión escueta y afirmativa de que si se consumó el hecho, que es precisamente lo que se trata de probar”.

De otro lado, como según el primer dictamen se presume “que hubo coito por lo menos parcialmente”, y conforme al segundo que “puede presumirse que la tentativa del acto sexual” se consumó en tal fecha, hay contradicción entre los dos, porque “si los conceptos de delito y tentativa son distintos, si el delito en este caso —violencia carnal— no se consumó, sino que se presume que pudo existir el delito; y si por otra parte se afirma que no existió delito sino tentativa, es indudable que el cuerpo del delito no se ha demostrado”. “Los términos contenidos en las proposiciones de los conceptos —agrega— son diametralmente distintos, DELITO Y TENTATIVA. Porque la afirmación de lo primero implica la negación de lo segundo, son incompatibles entre sí, porque un mismo hecho no puede ser al tiempo delito y tentativa. El principio de contradicción obliga a desechar tanto el uno como el otro para efectos de la determinación del hecho. Lo increíble de las dos afirmaciones conjuntas le quita fé a la prueba pericial”.

Para fundamentar la causal 1ª del citado artículo 567, alega que “el Tribunal al sancionar el hecho con fundamento en las disposiciones del artículo (sic) 11, 316 y 317 del Código Penal, incurrió en errónea interpretación y en indebida aplicación de la ley penal. Lo primero, porque no estando demostrado el hecho material, interpretó erróneamente la ley al dar vigencia a las disposiciones citadas, para sancionar un hecho que jurídicamente no está demostrado, ni como delito ni como tentativa. Por consiguiente, como consecuencia de ese error, aplicó indebidamente la ley”.

Después de advertir que la causal 1ª "se interpone y alega como consecuencia de la segunda", sostiene que también se violó el artículo 203 del C. de P. P., que es norma de carácter sustantivo, por cuanto "sin que esté demostrado previamente el cuerpo del delito y la responsabilidad del acusado" se profirió contra éste fallo condenatorio.

En razón de lo expuesto, el recurrente exora a la Sala invalidar la sentencia acusada y reemplazarla por una absolutoria.

RESPUESTA DE LA PROCURADURIA

Opónese el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal a que prosper la causal 2ª, prohibiendo los argumentos del sentenciador y aduciendo otros nuevos.

Para explicar las "variaciones de detalle sobre circunstancias secundarias" que destaca el recurrente en las declaraciones de la ofendida, recuerda, citando a Framarino, que "quien recibe una herida o un simple golpe, quien sufre una violencia, aunque sea simplemente moral, siente sublebarse (sic) su alma, y, en razón, en tal estado, no es cuando mejor se pueden apreciar exactamente los detalles de las cosas".

Hace notar asimismo el señor Procurador en su interesante estudio, que la condición de agraviada no le resta credibilidad a la menor Pérez en cuanto se limita a indicar al responsable, lo que respalda con la autoridad del expresado tratadista, para concluir que el suyo es "un testimonio clásico" a este respecto. Ella, realmente, no tenía por qué profesar odio o desafecto hacia el acusado. "Más bien los antecedentes entre uno y la otra, dan razón para suponer que la Pérez abrigaba respeto y consideración para con el justificable. Luégo si le imputó semejante delito, es porque él y sólo él se llevó de calle, con el acto bestial cometido, la sencillez y la pureza propias de un ánimo de adolescente".

Tras de observar el recurrido que los dictámenes periciales y las testificaciones de Gregorio Escobar y Enrique Burbano de Escobar, Rosendo Fierro y Enriqueta de Fierro y Manuel Calderón corroboran el dicho de la niña Pérez, lo cual es suficiente para formar en el juzgador la certeza moral, manifiesta que "en tratándose de un enjuiciamiento criminal, el fallador goza de amplias facultades para calificar las pruebas, y, en especial, para apreciar el testimonio". Y trae, en abono de esta tesis, varias jurisprudencias de la Corte.

Comparte el opositor las razones presentadas por el Tribunal para negarles crédito a los testigos me-

dante los cuales pretendió el inculcado acreditar la coartada.

Para refutar las críticas del recurrente a la prueba pericial, anota el señor Procurador cómo aquél "parte en esto del falso supuesto de que los peritos dictaminan, no sobre hechos sometidos a sus conocimientos de la medicina-legal para auxiliar a la justicia, sino acerca del delito mismo", y cómo "el dictamen pericial como todas las restantes pruebas de un proceso, no conduce a otra cosa que a inferir el hecho que se juzga, a presumir, a coleccionar su existencia".

Respecto a la causal 1ª alega el representante del Ministerio Público que no debe prosperar, pues habiendo sido invocada como consecuencia de la 2ª, ha de correr la misma suerte adversa de ésta.

Considera la Sala:

1º No incumbe a la Corte, como Tribunal de casación, hacer por la vía de la causal 2ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, un análisis de los hechos y las pruebas en que se funda el fallo acusado, a fin de ver si comparte o no las razones del sentenciador, pues si tal hiciera quitaría al recurso el carácter de "extraordinario" que expresamente le asigna la ley, para convertirlo en una nueva instancia. Su misión en esta materia está circunscrita a examinar los cargos de la demanda, para establecer si de ellos se desprende que incurrió el juzgador en algún error de hecho, con las consecuencias, por los motivos y sobre los extremos previstos por dicha norma.

Previa esta conveniente advertencia, se pasa a estudiar las impugnaciones del libelo.

2º El testimonio de una niña rayana apenas en los once años de edad debe ser tenido, en abstracto y por regla general, como sospechoso, sobre todo en lo que se refiere a la manera de apreciar los hechos y relatarlos, porque la deficiencia de observación que de ordinario se advierte en las personas demasiado jóvenes, es frecuentemente compensada por la fantasía. Y la sospecha subsiste, aunque en grado menor, cuando el testigo se limita a indicar la persona del delincuente, por lo sugestionables que suelen ser los niños.

Pero cuando acontece, como en el caso de autos, que tras de un cuidadoso estudio de la personalidad del testigo, los peritos concluyen afirmando que una declaración o referencia suya "merece ser recibida sin reservas", y no hay si quiera barruntos de presiones para que inculpe a un inocente, desaparecen los motivos de sospecha

anotados, y su dicho debe examinarse a la luz de las demás reglas de la crítica testimonial, para ver si es o no digno de crédito en el caso concreto de que se trate.

3º ¿Se contradijo realmente la menor Pérez cuando afirmó no saber “que el señor habitaba con su señora e hijos en la pieza siguiente”, después de haber manifestado que el mismo “salió de la pieza donde él duerme porque en la casa de escuela vive en unión de su mujer Inés Arteaga y sus hijos que son cuatro?” Es posible que no, si se entiende aquella respuesta (sobre la base de la poca experiencia que tiene para expresarse en forma inequívoca una campesina de once años) en el sentido de que no sabía que en dicha pieza durmieran, además del procesado, su mujer e hijos, lo cual podría explicarse porque al llegar la deponente a la escuela debía encontrar siempre a la directora levantada para atender a sus quehaceres.

Pero aun admitiendo que la contradicción existe, porque en la respuesta inicial quiso indicar que sabía que todos dormían en dicha pieza y en la segunda que lo ignoraba, tuvo razón el sentenciador para no concederle mayor importancia. En verdad, si no se discute ni puede discutirse el conocimiento que tuviera la ofendida de la casa de la escuela y sus distintas dependencias, por concurrir a ella habitualmente, ¿será el caso de asignarle gravedad a la afirmación de la cual pueda deducirse que carecía de tal conocimiento? Otra cosa sería si existiesen siquiera dudas de que la testigo conocía perfectamente el sitio indicado como teatro de los sucesos.

Podría decirse, sin embargo, como lo sugiere el demandante, que sabiendo la agraviada que en la pieza contigua debía haber gentes, le bastaba gritar con fuerza para librarse del delito, porque de éstas no la separaba sino “un tabique de cartón”. Pero esto no es exacto. Basta leer el acta de la inspección ocular para establecer cómo dicho tabique existió para dividir en dos el salón grande destinado a las clases, que era independiente del que ocupaban los esposos Arteaga-Medina.

Estrechamente vinculado a lo anterior está otro cargo que el recurrente plantea así: “En la declaración omite afirmar que cuando el hecho se produjo, ella, la ofendida, gritó, para luego sostener en la diligencia de careo que ‘grité dos veces’”. Pero en ello no hay contradicción alguna si se repara en que la declarante explicó estas últimas palabras, diciendo: “Yo chillé no más, grité con maña”, dando a entender que no gritó duro”, según fue interrogada, y que en su prime-

ra deposición sí había dicho: “Yo lloré, pero no me soltaba”. Porque en el lenguaje vulgar colombiano “chillar” es tanto como “llorar en voz alta”.

Y no ha de sorprender la conducta de la menor Pérez, porque tenía una edad real que no alcanzaba a los once años, y una edad aparente “entre los doce y trece años”. En virtud de lo primero, ella no debía tener aun bien desarrollado el sentido de la honestidad, por lo cual resulta lógico que no opusiera mayor resistencia moral para la violación. Y en razón de lo segundo, que no experimentase dolores físicos extraordinarios, debido a las dimensiones de la vulva y la vagina. Nótese, por otra parte, que la desfloración fue sólo parcial, lo que permite suponer que la introducción del asta viril no fue completa.

Es también vano el intento de hallar una contradicción de las manifestaciones de la ofendida sobre la hora de salir de su casa y la de arribar a la escuela. Dijo, realmente, en la declaración: “Yo me vine a la escuela de Sapuyes, a las siete de la mañana”. Como el verbo venir indica una actividad sucesiva, la indicada hora puede referirse al momento de la partida o al de la llegada. Y lo cierto parece ser lo último, pues en la diligencia de careo fija ambos instantes así: “Yo me vine de mi casa a las seias (sic) de la mañana y llegué a la Escuela de niñas de Sapuyes a las siete”. No hay, pues, tal afirmación de que salió y llegó a un mismo tiempo, debiendo hacer un recorrido de media hora.

Tampoco es verdad que los padres putativos de la niña la desmintan a este respecto. Ellos no tenían por qué recordar, con precisión cronométrica y después de varios días, el instante exacto en que sucedió un hecho tan trivial y de tan común ocurrencia como la salida de la menor Pérez para la escuela. Y no dicen recordarlo en tal forma, pues al hablar de esa hora lo hacen, como no podía menos de ser, de manera vaga y aproximada. Efectivamente, dice Clara Vaca de Pérez: “Ella se vino de la casa, como a eso de las siete de la mañana”, y Antonio Pérez: “...como de costumbre, mandamos a la niña... entre eso de las siete de la mañana más o menos”.

En su afanosa caza de gazapos, pretende el recurrente que el haber encontrado el perito que examinó a Rosa Patiño “el himen en estado normal” y sin “huellas de desgarró”, constituye un mérito para María Alba Pérez, dizque por haber ésta aseverado que a aquélla “le hizo lo mismo y por eso la sacaron de la escuela”. Mas la realidad es otra. La testigo no garantizó constarle por propia percepción que la Patiño hubiese sido des-

florada, sino que "supo", esto es, que fue informada de que a ésta le había ocurrido lo mismo, y consta de autos que tanto la expresada menor como su madre hicieron tales manifestaciones.

Tampoco puede admitirse, como verdad inconcusa, que la ofendida dijo una falsedad, pero ni siquiera una inexactitud al afirmar en su primera declaración que "aldabó" y "desaldabó" la puerta de la pieza donde fue atropellada, por el hecho de que al practicarse la inspección ocular no se hubiesen encontrado huellas o vestigios de la anterior existencia de la aldaba. Como muy bien lo anota el Tribunal, ésta y tales huellas o vestigios pudieron hacerse desaparecer después del hecho y antes de la indicada diligencia, de la misma manera que fue suprimido el tabique que dividía en dos aulas el salón grande de la casa. Y aunque así no fuese, la contradicción sobre este detalle secundario podría explicarse por la natural ofuscación de la ofendida al momento del delito, que sin duda no le permitió reparar todos los pormenores del lugar en que le fue violentamente arrebatada su virginidad.

En virtud de lo dicho, puede concluirse que quedó sin demostrar el error de hecho atribuido al sentenciador al aceptar como digno de credibilidad el testimonio de María Alba Pérez.

4º Es cierto que las declaraciones de Rosa Patiño y Rosana Aucú no prueban que el reo hubiera practicado con ellas acceso carnal, ni esto era necesario, por cuanto tales hechos no se investigaron en este proceso. Pero lo que sí acreditan plenamente ellas, unidas a las de Rafael Aucú, Elisa Calderón de Patiño, Gloria Lucina Tovar y otras, es la existencia de un ambiente de corrupción moral en la escuela de niñas de Sapuyes, del cual se señala como único fomentador y principal protagonista al acusado. Y ese hecho constituye el "indicio de la capacidad para delinquir" a que se refieren el Tribunal y el señor Agente del Ministerio Público, que en el caso de autos se confunde también con el "de la oportunidad para delinquir".

5º No puede admitirse que erró el fallador al negarles crédito a los testigos Carlos Medina, María Esperanza Córval e Inés Medina de Arteaga, porque las razones que él presente para llegar a tal conclusión no han sido refutadas, y porque existen otras igualmente respetables que conducen al mismo fin.

Realmente, el 18 de julio, fecha de su indagatoria, el doctor Arteaga relata su viaje a Pasto y el regreso a Sapuyes, y enterado ya de que se le imputa un delito cometido a las siete de la mañana del 5 de ese mes, no pudo recordar que desde la no-

ché anterior estuvo en permanente compañía del providencial testigo Medina, que podía desquiciar por su base la acusación. Es más, tampoco lo recordó durante las diligencias a que después concurrió, ni al suministrarle a su apoderado datos sobre pruebas defensivas, para sólo caer en la cuenta al cabo de tres meses —el 16 de octubre— que estaba en condiciones de acreditar, con aquel amigo y su propia sirvienta, la coartada. Y obsérvese que para entonces ya se había producido el auto de detención del doctor Arteaga y su abandono del Juzgado. ¿Podría admitirse, sin demostrarse que el reo padeció larga temporada de amnesia, que hubiera dejado transcurrir tanto tiempo y que se sucedieran hechos tan graves para él, sin recordar que tenía a la mano la prueba del alibi? No, en sana lógica.

Hay, sin embargo, algo más extraño todavía. El inculpinado negó en su indagatoria que la mañana de autos hubiéra algún hombre distinto a él en la casa de la escuela, y aun rechazó la creencia de que eso hubiera podido ocurrir. Así dijo: "Lo que sí puedo decir y afirmar es que a los salones de clase ni a los patios de la escuela, entran hombres a alguna hora con ánimo delictivo de ninguna clase. Pues la escuela, por ser escuela y por ser casa donde vivo yo y mi familia es muy respetada. A no ser que por casualidad, que no la creo, haya entrado alguien. Pues a las siete de la mañana, sí es cierto que yo no me levanto, pero no por eso dudo que algún hombre haya entrado, pues repito que con ese espíritu no entran hombres". Si él sabía que allí había penetrado Carlos Medina desde la noche anterior, ¿por qué no lo dijo, aunque le hubiese descartado el "ánimo delictivo?"

No es menester ahondar más en el análisis de los testimonios que a los cuatro meses de ocurridos los hechos aparecen, a solicitud del inculpinado, como prueba de la coartada, para concluir que hizo bien el Tribunal en desecharlos.

6º Es cierto que la ausencia del reo del lugar del proceso y su abandono del cargo público que desempeñaba no pueden estimarse como indicio de su responsabilidad, porque ante la inminencia de una detención lo mismo huye el inocente que el culpable.

Pero las innumerables tentativas del acusado, tan persistentes como vanas, de desacreditar moral y psíquicamente a la ofendida; su conducta al tratar de enredar, también inútilmente, a ésta, prevalido de su condición de abogado y de la inexperiencia de la interrogada, con preguntas capciosas; y su afán en procurar, en forma por demás extemporá-

nea, establecer la coartada desmintiéndose a sí mismo, si son suficientes a poner en tela de juicio la inocencia que alega.

7º. No son dubitativos, como lo pretende el demandante, los dictámenes del perito médico que examinó a la ofendida, porque ellos contienen afirmaciones netas sobre los hechos reales que éste pudo apreciar: "una congestión del vestíbulo vaginal"; "pequeños desgarros en vía de cicatrización en el límite superior de la misma mebrana" (la imeneal), e indemnnes "los alrededores de la región genital", como se expresa en el primero de tales documentos. De la existencia de esas huellas materiales, el perito se limitó a "presumir", por vía deductiva, como tenía que ser, la realización del coito y su fecha. Si el facultativo hubiera garantizado, como lo quiere el demandante, que hubo acceso carnal, habría pecado por indudable exceso, pues aunque dichas huellas son casi siempre consecuencia del ayuntamiento sexual, no puede descartarse la posibilidad de que tengan otro origen.

Tampoco son contradictorios los expresados dictámenes, porque en el primero de ellos se afirma la presunción de que "hubo coito, por lo menos parcialmente", y en el segundo "que la tentativa del acto sexual", o lo que es lo mismo, el coito parcial, debió ocurrir en determinado lapso. El perito no habló, ni podía hacerlo sin salirse de la órbita de sus atribuciones, de delito ni tentativa de delito, sino de coito parcial o tentativa de acto

sexual, que es uno de los elementos del delito averiguado.

Y no es el caso de examinar otros aspectos de la prueba pericial que pudieran conducir a la invalidación o modificación de la sentencia acusada, porque la Sala, dentro del reducido círculo del presente recurso, no puede aducir ni analizar cargos no formulados por el demandante.

8º En virtud de lo dicho en los puntos anteriores, la causal 2ª no puede prosperar, como tampoco la 1ª, porque ésta se invoca y alega como consecuencia del éxito de aquélla.

Decisión.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema—Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera

Domínguez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón

Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Gustavo

Rendón Gaviria—Píoquinto León L., Secretario.

LOS FALLOS QUE SE NUTREN DE TRANSCRIPCIONES, TAN INNESARIAS COMO IMPERTINENTES, DE CASI TODAS LAS PIEZAS DEL PROCESO, SIN FIJAR EN FORMA CLARA Y PRECISA LOS HECHOS MATERIA DEL DEBATE, LAS PRUEBAS QUE LOS RESPALDAN Y LAS CONCLUSIONES JURIDICAS A QUE HAYA LUGAR, SON EN EXTREMO DEFECTUOSOS Y REVELADORES DE UNA DEPLORABLE PEREZA MENTAL.

Son en extremo defectuosos y reveladores de una deplorable pereza mental los fallos que se nutren de transcripciones tan innecesarias como impertinentes de casi todas las piezas del proceso, sin fijar, en la forma clara y precisa como exige el artículo 471 del Código Judicial, los hechos materia del debate, las pruebas que los respaldan y las conclusiones jurídicas a que haya lugar. Ellos responden al vicioso sistema, por desgracia bastante difundido entre los Jueces colombianos, de hacer las providencias judiciales lo más largas, farragosas y confusas que sea posible, sin otro esfuerzo que el mecanográfico, para ocultar la carencia o la pobreza de argumentos y la ignorancia o falta de estudio de los problemas por resolver entre una densa capa de papeles inútiles.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio treinta de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio).

VISTOS:

Durante una camorra ocurrida en el corregimiento de San Antonio de Fortalecillas (municipio de Neiva) Anatolio Romero Garzón sufrió dos heridas, que le produjeron quince días de incapacidad, así: una "interesó partes blandas de la cara externa del codo izquierdo", sin dejar secuela alguna, y otra en la frente, que le causó "deformación física permanente".

EL PROCESO

Como responsable único de la primera de dichas lesiones fue llamado a juicio EUGENIO CARDOSO AVENDAÑO, a quien el Tribunal Su-

perior de Neiva condenó en sentencia definitiva a tres meses de arresto y multa de veinte pesos, sobre la base de que su infracción está reprimida por "el primer inciso del artículo 372 del Código Penal", reformando así la pena que le había sido impuesta por el Juez Primero Penal del Circuito del mismo nombre.

De los dieciocho folios que contiene el auto de proceder (segunda instancia), destina el Tribunal unos catorce a reproducir las declaraciones —pertinentes y no pertinentes al esclarecimiento de los hechos— rendidas en las sumarias por los testigos y procesados, y dos más a extractar, sin crítica alguna, las mismas pruebas, para concluir respecto a LUIS CARLOS TOVAR, acusado "de ser el autor de la lesión inferida con arma corto punzante en la cara a Anatolio Romero": "Considera la Sala que hay prueba suficiente para responsabilizarlo de tal autoría, por cuanto de las piezas transcritas anteriormente surge en forma clara que tal lesión se la causó después de haber recibido la víctima la lesión que le propinara Eugenio Cardoso..."

El fallo de segundo grado consta de veinticuatro y media páginas, veintidós de las cuales contienen la reproducción íntegra del enjuiciamiento. En él se expresa, sin embargo, para impugnar la tesis que condujo al Juez a condenar a ambos reos como responsables "en complicidad correlativa" de ambas lesiones, que "Luis Carlos Tovar Andrade ha sido llamado a juicio como claramente lo expuso la Sala por la lesión que sufrió en la cara Anatolio Romero, la que le produjo las graves consecuencias de dejarle deformidad física permanente, sin que a dicho individuo le hubiera sido imputada la comisión de las otras lesiones que tanto Anatolio como Roque sufrieron el día de autos". En consecuencia, se condenó a dicho procesado como responsable del delito previsto "en el segundo inciso del artículo 373 del Código Penal", a dieciocho meses de prisión más las accesorias correspondientes.

Entre el fárrago de deposiciones transcritas en el auto de vocación a juicio y nuevamente reproducidas en el fallo de segundo grado, se encuentran: la del propio ofendido Anatolio Romero Garzón (folios 4 y 5), quien afirma: "...luégo el Corregidor (Luis Carlos Tovar) me gritó manos arriba y me quitó la peinilla, tirándome el peinillazo que me hirió en la cara, pues antes me dijo, al verme con las manos arriba y para tirarme el peinillazo estáte quieto"; y la de Gratiano Narváez (folios 47 y 48), quien manifiesta: "...en seguida lo que hicieron fue tirarle a Anatolio y fue cuando el mismo Corregidor Tovar le pegó un machetazo en la cara a Anatolio y Eugenio Cardoso otro, en un brazo y siguieron tratándolo mal".

Fuera de los anteriores testimonios, que debieron ser los que tuvo en cuenta el Tribunal para el enjuiciamiento y condena de Tovar, figuran transcritos: el de Roque Romero (folios 3 vuelto y 4), quien sostiene: "También Abadías Penagos se dirigió hacia mi hijo Anatolio y le tiró con una peinilla que portaba, hiriéndolo sobre el ojo derecho, un poco arriba de la ceja. Allí fue también herido mi citado hijo con peinilla en el brazo, pero no supe quién sería, pues después fui informado que había sido el Corregidor"; la indagatoria del procesado Luis Carlos Tovar (folios 14 y siguientes), quien al ser preguntado si Abadías Penagos hirió a Anatolio Romero, respondió: "Sí señor, lo hirió y me parece que fue en la frente y fue el único modo que se lo pudo quitar, de lo contrario Anatolio lo había asesinado"; la injurada de Abadías Penagos, quien asegura: "...y cuando ya pasó eso fue que vimos que Anatolio salió cortado en la frente, pero yo no vi quien fue el que lo cortó"; y las declaraciones de numerosos testigos que coinciden en garantizar que no vieron quién lesionó a Romero en la frente, debido a que ello ocurrió durante una trifulca o "chichonera". Entre ellas aparece la de Diego Herrera (folio 74), quien asevera: "Pues lo único que vi fue que Anatolio Romero se trabó a peinilla con Eugenio Cardoso y Abadías Penagos, pero no puedo afirmar cuál de los dos ellos (sic) fue quien lo hirió, pues Abadías portaba la peinilla que le había quitado a Roque, la cual le fue entregada por Oriol Sierra".

LAS DEMANDAS DE CASACION

El señor Fiscal del Tribunal Superior de Neiva interpuso recurso de casación contra la referida sentencia, con el fin de obtener que sea invalidada

y, como consecuencia de ello, se absuelva a Tovar y se disminuya la pena impuesta a Eugenio Cardoso, como lo pide en la demanda. Los aspectos de ésta que se refieren a la condena recaída en el último no serán, sin embargo, objeto de examen, por las razones que oportunamente habrán de expresarse.

El funcionario recurrente invoca en favor del procesado Tovar las causales 1ª y 2ª del artículo 567 del C. de P. P., que trata de demostrar, aunque sin hacer la debida separación, en orden inverso al en que fueron planteadas.

Sostiene que "en lo relativo a la persona que le hubiera producido al mismo señor (Anatolio Romero Garzón) la herida en la frente", "las exposiciones recogidas dentro del sumario fueron bastantes contradictorias", y transcribe y comenta los testimonios a que atrás se hizo referencia, par concluir así: "En presencia de un acervo probatorio de esta naturaleza del cual sólo aparece en realidad debidamente comprobado que tanto el Corregidor Luis Carlos Tovar como los policías cívicos Eugenio Cardoso y Abadías Penagos agredieron a mano armada al ofendido Anatolio Romero de cuya agresión resultó Anatolio con dos lesiones, de cuales la del codo quedó perfectamente establecido que se la produjo Eugenio Cardoso, pero la de la frente no se sabe con entera certeza cuál de esos tres señores se la causó en medio del tumulto que se formó, no había otro camino legal sino darle aplicación al artículo 385 del Código Penal en relación (sic) con aquella lesión que le fue causada en la frente, porque esa disposición dice que en los casos en que varias personas tomen parte en la comisión de un homicidio o lesión y no sea posible determinar su autor, quedarán todas sometidas a la sanción establecida, en el artículo correspondiente, disminuida de una sexta parte a la mitad".

En consecuencia, agrega, "al calificar el negocio se ha debido llamar a juicio a Luis Carlos Tovar, Eugenio Cardoso y Abadías Penagos como responsables, en complicidad correlativa, de la lesión sufrida por Anatolio Romero en la frente, y al citado Cardoso como responsable único de la lesión sufrida por el mismo Romero en el codo izquierdo"; y como no se hizo así, ya en la sentencia no era posible deducir contra todos la responsabilidad en la forma indicada, y pero "si la responsabilidad de Tovar por la lesión más grave no aparecía plenamente demostrada (como en realidad no lo está) si cabía duda alguna (como efectivamente cabe) había que absolverlo, en

cumplimiento con los artículos 203 y 204 del Código de Procedimiento Penal”.

Sintetiza, por último, los cargos, afirmando que, debido lo anterior, “se incurrió en errada apreciación de los hechos atribuyéndoles un valor probatorio que no tenían, y que fue violada la ley al ser ella tan mal aplicada”.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal manifestó en su oportunidad que se abstenía de ampliar la expresada demanda.

El mismo recurso extraordinario fue interpuesto por el señor defensor de Luis Carlos Tovar, quien invoca para sustentarlo las causales 2ª, 3ª y 5ª del citado artículo 567 del C. de P. P.

Trata de demostrar este recurrente la procedencia de la causal 3ª afirmando que “la sentencia recurrida no está conforme con los cargos que se formularon en el auto de proceder”, pues “a Luis Carlos Tovar se le llamó a juicio por el delito de lesiones personales definido y sancionado en el artículo 373 del Código Penal en concordancia con el artículo 385 ibídem y se le ha condenado en la segunda instancia de conformidad con el inciso 2º del artículo 373 como directo y único responsable”.

Para probar la causal 2ª sostiene que “en la sentencia recurrida se dio a unos testimonios contradictorios, el valor de plena prueba que no tienen, en contra de Luis Carlos Tovar”, pues se dice que él “es el autor de la lesión grave de Anatolio Romero, porque así lo afirman Anatolio Romero y Gratiniano Narváez”, pero es contra de tales testimonios “aparecen las declaraciones de Roque Romero —padre de Anatolio—, Diego Herrera y Luis Carlos Tovar”, que transcribe en lo pertinente.

Arguye igualmente que “otros testigos señalan a Eugenio Cardoso como el autor de la herida sufrida por Anatolio, así: SALVADOR CANO folio 38 y siguiente: Llegó Anatolio allí a convidar al papá y como vio que le estaban pegando se metió en favor de él y sacó también una peinilla y se dirigió a pegarle a Eugenio Cardoso, cuando Eugenio cayó al suelo, entonces Anatolio le pegó unos planazos en el brazo, me parece que en el izquierdo, luego Eugenio se paró del suelo y le tiró un peinillazo a Anatolio cortándolo cerca del codo” (subraya la Sala). Y agrega: “Pero, es el mismo Eugenio Cardoso quien en su indagatoria folio 81 hace la siguiente confesión: ‘Al señor Roque Romero se le quitó una peinilla que tenía dentro del pantalón luego de allí salió el hijo pelando una peinilla y le tiró un machetazo al Corregidor, luego allí me metí a favor del Co-

regidor a desarmar a aquel individuo me tiró un machetazo que tuve que tirarme a tierra para que no me matara, luego allí estando en el suelo me tiró otro hasta que me paré de allí y todavía seguía tirándome machetazos hasta que me arrinconó en una cerca de guadua y allí resultó cortado el muchacho del agarre que tuvo conmigo a peinilla, y aun no supe bien cómo se cortaría si fue al defenderme o si sería él mismo”.

“Algunos testigos —continúa este recurrente— como Santiago León, Salvador Cano, Andrés Perdomo, Jaime Campos, Oriol Sierra y Patrocinio Santos dicen que no pudieron precisar quién o quiénes hubieran sido los autores de las lesiones de Anatolio Romero porque en ese momento se formó una chichonera”.

Asevera asimismo que “existe un indicio grave casi necesario que permite deducir que no fue, que no pudo ser Luis Carlos Tovar el autor de la lesión de Anatolio. Este indicio lo forman dos hechos evidentes: La lesión sufrida por Anatolio en la cara fue producida por arma corto-punzante, machete o peinilla. Esta clase de armas sólo fueron empleadas por Eugenio Cardoso y Abadías Penagos según los siguientes testimonios: Anatolio Romero: Los señores Eugenio Cardoso, Abadías Penagos, el Corregidor y Patrocinio Santos se dirigieron contra mí y los dos primeros portaban peinilla en la mano y me amenazaron dándome planazos. Salvador Cano: Eugenio Cardoso era uno de los vasallos sacó peinilla y le pegó un planazo a Roque Romero. Santiago León: Los que portaban peinilla en actitud de pelea eran Eugenio Cardoso y Abadías Penagos y ví que Eugenio esgrimía el arma en esos momentos. Gratiniano Narváez: Luego le cayeron encima todos los que iban con el señor Corregidor, excepto Jaime Campos, pegándole planazos y puntapiés, sacando allí revólver el Corregidor, su Secretario y el comisario señores Tovar, Sierra y Santos; Abadías Penagos y Eugenio Cardoso sacaron peinillas”.

De lo expuesto concluye “que no fue Luis Carlos Tovar el autor de las lesiones de Anatolio Romero y que los indicios, los testimonios y la misma confesión de Eugenio Cardoso señalan a éste como el autor único y directo de la lesión sufrida por Anatolio Romero en la frente” y que “emplear los indicios, los testimonios y la confesión de Eugenio Cardoso para inculpar a Luis Carlos Tovar equivale a dar una interpretación errada a las pruebas, darles un valor que no tienen, desechar el que en realidad tienen y con ello se configura la causal segunda de casación alegada”.

En respaldo de la causal 5ª no insinúa siquiera ningún argumento.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

1º El recurso de casación interpuesto en favor del procesado Eugenio Cardoso es del todo impropcedente, conforme al artículo 557 del Código de Procedimiento Penal, porque la sentencia acusada, en cuanto a él se refiere, fue proferida en causa de la cual conoció un Juez de Circuito, por delito sancionado con pena privativa de la libertad personal cuyo máximo no alcanza, ni con mucho, a cinco años.

2º Son en extremo defectuosos y reveladores de una deplorable pereza mental los fallos que, como el impugnado, se nutren de transcripciones tan innecesarias como impertinentes de casi todas las piezas del proceso, sin fijar, en la forma clara y precisa como exige el artículo 471 del Código Judicial, los hechos materia del debate, las pruebas que los respaldan y las conclusiones jurídicas a que haya lugar. Ellos responden al vicioso sistema, por desgracia bastante difundido entre los jueces colombianos, de hacer las providencias judiciales lo más largas, farragosas y confusas que sea posible, sin otro esfuerzo que el mecanográfico, para ocultar la carencia o la pobreza de argumentos y la ignorancia o falta de estudio de los problemas por resolver entre una densa capa de papeles inútiles.

De ahí que en el caso *sub-judice* tenga que hacer la Corte, como tribunal de casación, una labor que correspondía de modo exclusivo a los falladores de instancia.

3º La responsabilidad atribuída en la sentencia acusada a Luis Carlos Tovar, como autor de la lesión que recibiera en el rostro Anatolio Romero, tiene suficiente fundamento probatorio en los testimonios del propio ofendido y de Gratiniano Narváez, que no son contradictorios sino precisos y contestes. El primero de ellos, sobre todo, merece especial credibilidad a este respecto, porque, habiendo sido herido en la frente, durante el día y a corta distancia, no ha podido menos que identificar con exactitud al heridor, y porque su interés no puede ser distinto al de que se castigue al verdadero culpable y no a un tercero inocente.

La sindicación que Roque Romero y Luis Carlos Tovar le hacen a Elías (sic) Penagos de ser el autor de dicha herida no debe prevalecer sobre la anterior, por varias razones, a saber: a) Consta que el primero se encontraba libando bebidas embriagantes y que al momento de los sucesos

era objeto de otras agresiones, por lo cual se explica que no hubiese visto con precisión quién lesionó a su hijo en la frente, como tampoco vio, según él mismo lo afirma, quién lo hirió en el brazo; b) Luis Carlos Tovar habla en causa propia, y su calidad de acusado pone de manifiesto su interés en situar en otra persona la responsabilidad que a él se le atribuye; c) El mismo Tovar no es enfático en sus manifestaciones relativas a la parte en que fuera lesionado el ofendido, pues se limita a decir que le parece que fue en la frente, y d) Dicho procesado no acusa propiamente a un compañero, sino que lo pone a actuar en legítima defensa.

La circunstancia de que varias de las personas presentes en el lugar de los sucesos digan que no pudieron ver, por la confusión que ellos produjeron, quién hirió a la víctima, no les resta crédito a los testimonios de quienes sí pudieron ver y vieron al sujeto que tal hizo, pues lo que a menudo acontece en emergencias como la de autos es que a algunos testigos se les escapan episodios, hechos o detalles que fueron perfectamente apreciados por otros.

Los demás cargos que el apoderado de Tovar le hace a la sentencia con fundamento en la causal 2ª carecen no sólo de consistencia, sino aun de seriedad. No es cierto, en efecto, que Salvador Cano señale como autor de la lesión sufrida por Anatolio Romero en la frente a Eugenio Cardoso, ni que éste se confiese autor de ella. Lo que dice aquel testigo con entera claridad es que el último cortó al ofendido "cerca del codo", y Cardoso nada confiesa sobre ninguna de las dos heridas. Tampoco es exacto que los individuos que cita en la demanda hubieran afirmado que armas cortopunzantes —peinilla o machete— "sólo fueron empleadas por Eugenio Cardoso y Abadías Penagos". Anatolio Romero y Narváez son, en verdad, dñafanos y enfáticos al sostener lo contrario. Dice el primero: "El Corregidor... me quitó la peinilla, tirándome el peñillazo que me hirió en la cara", y el segundo: "El Corregidor Tovar le pegó un machetazo en la cara a Anatolio...". Y Salvador Cano afirma haber visto usando peinilla a Eugenio Cardoso, y Santiago León al mismo y a Abadías Penagos, pero ninguno de los dos testigos manifiesta que únicamente los aludidos las usaron.

No prospera, pues, la causal 2ª alegada por ambos recurrentes, como tampoco la 1ª aducida por el señor Fiscal, por cuanto es evidente que la invoca y plantea como consecuencia de aquélla.

4º La causal 3ª, que alega el apoderado del reo, no tiene apariencia alguna de fundamento, pues si algo quedó claro en el auto de proceder fue la imputación que se le hizo a Tovar de "ser el autor de la lesión inferida con arma corto-punzante en la cara a Anatolio Romero", contra lo que sostiene el demandante al afirmar que el llamamiento a juicio se hizo "por el delito de lesiones personales definido y sancionado en el artículo 373 del Código Penal en concordancia con el artículo 385 ibídem".

Dicha causal, pues, debe ser también desechada.

* * *

A virtud de lo expuesto, la Corte Suprema — Sala de Casación Penal—, administrando justicia

en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentencia materia del recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Gabriel Carreño Mallarino—Humberto Barrera

Dominguez—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón

Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Gustavo

Rendón Gaviria—Pío Quinto León L., Secretario.

SALA DE CASACION LABORAL

EL MANDATO JUDICIAL NO SE EXTINGUE POR EL HECHO DE QUE EL APODERADO SEA ELEGIDO REPRESENTANTE A LAS CAMARAS LEGISLATIVAS.

El motivo que alega el recurrente como determinante de la suspensión del término para la presentación de la demanda de casación es el previsto en el numeral 4º del artículo 370 del Código Judicial, esto es, la expiración del poder por la circunstancia de haber sido elegido Senador de la República el apoderado principal del actor, y de encontrarse ejerciendo su cargo en la época en que corría dicho término, lo cual, en opinión del recurrente, lo coloca dentro de la prohibición del artículo 2º del Decreto número 3.485 de 1950.

Ahora bien, en ninguna de las disposiciones legales antes mencionadas se contempla la expiración del mandato judicial por el hecho de que el apoderado se encuentre en ejercicio del cargo de Senador. Lo que preveía el Decreto 3.485 de 1950 era la prohibición para Senadores, Representantes y Diputados principales de servir de apoderados o gestores ante los funcionarios y entidades de la Rama Jurisdiccional, entre otras; pero en ningún caso la extinción del mandato por ministerio de la ley. El Decreto en referencia lo que establece como sanción cuando se viola la anotada prohibición es la vacante del cargo, conforme lo preceptúa el artículo 3º ibídem.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E. mayo veintitrés de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Roberto De Zubiría C.).

En el presente juicio ordinario laboral seguido por el actor ALFREDO MONTENEGRO contra el MUNICIPIO DE BOGOTA, se han producido los siguientes hechos:

1º El Tribunal Superior del Distrito Judicial de

Bogotá, —Sala Laboral—, concedió el recurso de casación interpuesto por ambas partes contra su fallo de fecha 30 de abril de 1958, el cual fue admitido por esta Corporación por medio del auto de junio veinticinco (25) de mil novecientos cincuenta y ocho (1958).

2º El traslado a la parte demandante como recurrente fue ordenado por auto de fecha julio 18 de ese mismo año, habiendo quedado el negocio a su disposición por el término de veinte (20) días para formular la respectiva demanda, desde el veintiuno (21) del mismo mes, término que vencía el trece (13) de agosto siguiente.

3º El veintidós (22) de agosto del citado año fue declarado desierto el recurso interpuesto por el apoderado de la parte demandante-recurrente en virtud del informe de la Secretaría de esta Sala, en el cual se da cuenta de que no se hizo uso del término del traslado correspondiente, es decir, no se presentó demanda de casación o escrito alguno.

4º El apoderado principal del actor, en memorial que obra a folio 6 del cuaderno de casación y presentado el veintidós (22) de agosto del mismo referido año, manifiesta que sustituye el poder conferido en la persona del doctor NICANOR MENA PEREA, con el fin de dar cumplimiento al artículo 2º del Decreto Nacional número 003485 de noviembre 23 de 1950, aclarando que su retiro de la gestión del presente juicio se debe al deseo de ejercer las funciones de Senador de la República. La personería del doctor NICANOR MENA PEREA fue reconocida en el auto de fecha septiembre 10 de 1958 visto al folio 4 del cuaderno sobre restitución de términos.

Abierto el incidente a pruebas, el apoderado sustituto en memorial presentado dentro del término legal expresa que aduce como prueba para que se tenga en cuenta un ejemplar de la edición número 1 de "ANALES DEL CONGRESO", de

fecha 21 de julio de 1958, presentado adjunto al memorial sobre solicitud de la mencionada restitución fechado el 22 de agosto ese mismo año, con el fin de acreditar que el apoderado principal había ingresado a ejercer sus funciones como Senador de la República y que por ese hecho se había configurado la expiración del mandato o poder a él conferido por el actor ALFREDO MONTENEGRO, y que, de tal manera, no podían correr los términos durante lapso posterior a la fecha del traslado, esto es, desde el 20 de julio, por ministerio de la ley, según el artículo 370 del Código Judicial. Como consecuencia de ello, solicita el referido memorialista la declaración de que los términos se suspendieron en el juicio de la referencia, así como la reposición del auto en que se declaró la deserción del recurso, y en su lugar, pide la citada restitución de términos.

Para resolver, se considera:

De conformidad con los artículos 2.142 y 2.144 del Código Civil y el 251 del Código Judicial, la situación jurídica que surge de la relación entre el apoderado judicial y su poderdante la tipifica el contrato de mandato.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que las causales que producen la terminación del mandato conveccional están señaladas en el artículo 2.189 del Código Civil.

El motivo que alega el recurrente como determinante de la suspensión del término para la presentación de la demanda de casación es el previsto en el numeral 4º del artículo 370 del Código Judicial, esto es, la expiración del poder por la circunstancia de haber sido elegido Senador de la República el apoderado principal del actor, y de encontrarse ejerciendo su cargo en la época en que corría dicho término, lo cual, en opinión del recurrente, lo coloca dentro de la prohibición del artículo 2º del Decreto número 3.485 de 1950.

Ahora bien, en ninguna de las disposiciones le-

gales antes mencionadas se contempla la expiración del mandato judicial por el hecho de que el apoderado se encuentre en ejercicio del cargo de Senador. Lo que preveía el Decreto 3.485 de 1950 era la prohibición para Senadores, Representantes y Diputados principales de servir de apoderados o gestores ante los funcionarios y entidades de la Rama Jurisdiccional, entre otras; pero en ningún caso la extinción del mandato por ministerio de la ley. El Decreto en referencia lo que establece como sanción cuando se viola la anotada prohibición es la vacante del cargo, conforme lo preceptúa el artículo 3º ibídem.

Tan cierto es que la calidad mencionada no significa la expiración del poder o de la representación legal que, según se aprecia en el caso de autos, el apoderado principal pudo sustituir el mandato que le había sido conferido. Y mal podría delegarse o sustituir lo que ha expirado, ya que, de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, expirar significa morir, fenecer, acabar.

En mérito de las consideraciones anteriormente expuestas, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, NO ACCEDE a la restitución de términos solicitada por el procurador judicial de la parte demandante-recurrente, así como tampoco accede a reponer el auto de fecha veintidós (22) de agosto de mil novecientos cincuenta y ocho (1958) por medio del cual se declaró la deserción del recurso en cuanto a la misma parte.

Cópiese y notifíquese. Insértese en la GACETA JUDICIAL.

Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiría C.—

Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PARA EFECTOS DE LA DETERMINACION DE LA CUANTIA, LA INDEMNIZACION POR MORA EN EL PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES SE COMPUTA DESDE LA TERMINACION DEL CONTRATO HASTA LA PRESENTACION DE LA DEMANDA.— RECURSO DE HECHO

La reiterada jurisprudencia, consagrada inicialmente por el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo y acogida posteriormente por esta Corte, se orienta en el sentido de que para efectos de la cuantía de la demanda los salarios por mora en el pago oportuno de las prestaciones sociales sólo deben contarse desde la terminación del contrato de trabajo hasta a fecha de la presentación de aquélla.

La Sala reafirma el criterio jurisprudencial antes expuesto, con respecto en las siguientes consideraciones:

a) Entre los requisitos que debe reunir la demanda ordinaria en el procedimiento civil (artículo 205 del Código Judicial) "petición con que se inicia un juicio", y la demanda en el procedimiento laboral (artículo 25 del C. de P. del T.), se encuentra el de la fijación de la cuantía. Se trata, pues, de una exigencia procesal expresa que debe cumplir el demandante para que su libelo quede ajustado a la ley;

b) En los juicios en que hay traslado de la demanda el demandado puede objetar la estimación de la cuantía hecha por el demandante (artículo 206 del Código Judicial).—Pero es obvio que tal objeción debe referirse a la cuantía señalada por el actor en su demanda pues precisamente es en este último escrito en donde la ley le exige que la determine;

c) Todo lo anterior está reforzado, concretamente en la casación laboral por el artículo 92 del estatuto procesal de la materia, al preceptuar: "Cuando sea necesario tener en consideración la cuantía de la demanda y haya verdadero motivo de duda..." (Subraya la Sala).

Claro está, que la cuantía inicial puede alterarse por razón de corrección de la demanda o por sentencia ultra o extra petita.

En resumen, pues, resulta incuestionable que legalmente, con toda claridad, está de-

finido que con la presentación de la demanda se inicia el juicio y que en este escrito se debe indicar la cuantía de lo que se pide. Además, la cuantía que sirve de base para que el demandado le formule objeciones es la determinada en el libelo respectivo por el actor pues de este escrito es del que se le corre traslado al opositor.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., mayo veinticinco de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Roberto De Zubiría C.).

El apoderado del BANCO POPULAR —SUCURSAL DE SANTA MARTA— ha interpuesto recurso de hecho para que se le conceda el extraordinario de casación contra el fallo de octubre 31 de 1957, dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta —Sala Laboral—, en el juicio seguido por MARINA DE ANDREIS P. contra la mencionada entidad bancaria.

El ad-quem se abstuvo de conceder el recurso de casación solicitado por la parte demandada por considerar que ni la demanda de la trabajadora ni la de reconvencción del Banco reunían los requisitos sobre cuantía del artículo 86 del Código Procesal del Trabajo. A esta conclusión llegó el Tribunal con base en el resultado del dictamen pericial que oportunamente decretó, el cual arrojó una cifra inferior a \$ 3.000.00 para las peticiones de las aludidas demandas.

Para resolver se considera:

Las peticiones que la trabajadora demandante estima en una suma concreta son las siguientes:

Auxilio de cesantía	\$ 847.61
Vacaciones no disfrutadas	190.00
Primas de servicios	129.83

TOTAL 1.167.44

Las peticiones de cuantía indeterminada están solicitadas así:

“Que se le reconozcan y paguen los salarios caídos, o sea el valor de un día de trabajo por cada día de retardo en el cumplimiento total de sus obligaciones patronales” y

“Que se le reconozcan y paguen los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones laborales por parte del patrón”.

Los salarios caídos, por las razones que más adelante se expondrán, se contarán desde la desvinculación laboral de la trabajadora hasta la fecha de la presentación de su demanda, o sea desde el 4 de mayo de 1956 hasta el 21 de junio del mismo año. En total son 49 días, cantidad ésta que multiplicada por el salario diario de \$ 12.70 da un resultado de \$ 622.30.

En cuanto a los “perjuicios” que solicita la señorita de Andreis, es de observar que no están precisados en los hechos de la demanda, luego no hay base para determinar la cuantía de esos perjuicios.

Como se deduce de todas las anteriores operaciones aritméticas, no dan ellas la cifra necesaria para la viabilidad del recurso impetrado. Por otra parte, en la misma demanda la actora fija en las siguientes cantidades la cuantía de sus peticiones: “Estimo la cuantía de la presente demanda en una suma superior a \$ 300.00 e inferior a \$ 3.000.00”.

En cuanto a lo que se refiere a la demanda de reconvencción, las peticiones formuladas en ella son las siguientes:

“a) El valor de 45 jornales o salarios, por concepto de preaviso en dinero, al que está obligada, por haber dado terminación injusta, intempestiva y unilateral a su contrato de trabajo....”.

“b) Que se condene a la demandada al pago de los demás u otros perjuicios morales o materiales que ha sufrido mi poderdante, con ocasión de su terminación injusta e intempestiva de su contrato laboral”.

La primera petición representa un valor exacto de \$ 571.50 (45 X 12.70); y la segunda, aunque en los hechos de la demanda se habla de que el Banco sufrió graves perjuicios, lo evidente es que ellos no se precisaron ni se regularon en las instancias del juicio. Y por último, en relación a los perjuicios morales que contiene esta petición, aunque se hubiesen demostrado en el proceso, tampoco harían viable el recurso porque, como está suficientemente establecido por esta Corte, la cuantía máxima de los perjuicios mo-

rales está determinada en la suma de \$ 2.000.00, siguiendo lo preceptuado en el artículo 95 del Código Penal.

Se ve, pues, que ninguna de las dos demandas reúne los requisitos de cuantía establecidos en el artículo 86 del Código Procesal del Trabajo.

Finalmente, la Sala, tal como se anunció al comienzo de esta providencia, desea explicar su posición frente al problema del cómputo de los salarios caídos.

Con diferentes argumentos el recurrente de hecho critica la reiterada jurisprudencia, consagrada inicialmente por el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo y acogida posteriormente por esta Corte, orientada en el sentido de que para efectos de la cuantía de la demanda los salarios por mora en el pago oportuno de las prestaciones sociales sólo deben contarse desde la terminación del contrato de trabajo hasta la fecha de la presentación de aquélla.

La Sala no comparte los puntos de vista del recurrente y se ve precisada a reafirmar el criterio jurisprudencial antes expuesto, con respaldo en las siguientes consideraciones:

a) Entre los requisitos que debe reunir la demanda ordinaria en el procedimiento civil (artículo 205 del Código Judicial) “petición con que se inicia un juicio”, y la demanda en el procedimiento laboral (artículo 25 del C. de P. del T.), se encuentra el de la fijación de la cuantía. Se trata, pues, de una exigencia procesal expresa que debe cumplir el demandante para que su libelo quede ajustado a la ley;

b) En los juicios en que hay traslado de la demanda, como ocurre en el caso sub-lite, el demandado puede objetar la estimación de la cuantía hecha por el demandante (artículo 206 del Código Judicial). Pero es obvio que tal objeción debe referirse a la cuantía señalada por el actor en su demanda pues precisamente es en este último escrito en donde la ley le exige que la determine;

c) Todo lo anterior está reforzado, concretamente en la casación laboral por el artículo 92 del estatuto procesal de la materia, al preceptuar: “Cuando sea necesario tener en consideración la cuantía de la demanda y haya verdadero motivo de duda...” (Subraya la Sala).

Claro está, que la cuantía inicial puede alterarse por razón de corrección de la demanda o por sentencia ultra o extra petita. Pero ocurre que ninguno de esos fenómenos se aprecia en el caso estudiado.

En resumen, pues, resulta incontestable que

legalmente, con toda claridad, está definido que con la presentación de la demanda se inicia el juicio y que en este escrito se debe indicar la cuantía de lo que se pide. Además, la cuantía que sirve de base para que el demandado le formule objeciones es la determinada en el libelo respectivo por el actor pues de este escrito es del que se le corre traslado al opositor.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— declara BIEN DENEGADO EL RECURSO DE CASACION—, interpuesto por el apoderado del Banco Popular —Sucursal de Santa Marta— contra la sentencia de fecha 31 de octubre de 1957, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa

Marta —Sala Laboral—, en el juicio seguido por Marina de Andreis P. contra la entidad recurrente.

Comuníquese lo resuelto al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta para que conste en autos.

Cópiase, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiría C.—

Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LA JUSTA CAUSA PARA LA RUPTURA UNILATERAL DEL CONTRATO DEBE MANIFESTARSE A LA OTRA PARTE EN EL MOMENTO MISMO DE SU TERMINACION. — RETENCION Y PERDIDA DE LA CESANTIA. — PRUEBA DEL PATRIMONIO PATRONAL PARA ATENDER CIERTAS PRESTACIONES SOCIALES. — MOMENTO DESDE EL CUAL SE CAUSA LA INDEMNIZACION POR MORA EN EL PAGO DE LAS DEUDAS LABORALES

1.—La terminación unilateral del contrato puede ser legal o ilegal, según se realice con justa causa o sin ella. Con todo, un requisito formal es indispensable para que, en el evento de ser materialmente justa la causa, se refrende plenamente la legalidad de la ruptura: que esa causa sea manifestada por la parte que termina unilateralmente el contrato en el momento de la terminación del mismo. Esta doctrina —acogida por el artículo 66 del Código Sustantivo del Trabajo— obedece tanto a la anhelada franqueza y claridad con que el derecho rodea las relaciones contractuales del trabajo, como a la necesidad de que, amparada de toda maquinación desleal y precavida contra cualesquiera sorpresas la parte a quien afecte la decisión de la otra sepa desde un principio a qué atenerse y pueda ocurrir a los medios adecuados y que considere convenientes para la protección de su interés jurídico.

Sería inequitativo que la parte pasiva de la terminación contractual estuviera sometida a la incertidumbre de una causa indeterminada o de un motivo oculto, guardados in pectore por la parte activa. Esta, a su turno, podría esgrimirlos como su "arma secreta" en contra de aquella en el curso del juicio, con el consiguiente desajuste del equilibrio de las partes en el proceso.

Existen casos en los cuales la manifestación legal de la causa o motivo de ruptura contractual se hace, si cabe, más perentoria. Son aquellos en que la terminación unilateral, por producir efectos de un mayor alcance inmediato como la retención de la cesantía y su posible pérdida, afecta intereses jurídicos más delicados y suspende o extingue obligaciones de mayor entidad. Tales casos corresponden a situaciones de facto prevenidas por el artículo 250 del Código Sustantivo del Trabajo, cuyas tres causales

de retención y eventual pérdida de la cesantía encuadran casi literalmente dentro de las justas causas de terminación unilateral del contrato por parte del patrono, consagradas por el artículo 62 *ibidem*. Es por tanto equivocado entender que si la simple terminación unilateral del contrato exige la manifestación del motivo, no vaya a exigirse ésta cuando la terminación unilateral produce las consecuencias de la posible pérdida de la cesantía y, por el momento, la retención de tal auxilio. En ambos casos existe terminación unilateral del contrato, con la diferencia de que en el último las consecuencias son agravadas por la ley; pero en ambos casos —como determinantes que son de la premencionada terminación unilateral— es requisito formalmente indispensable que la causa sea manifestada por la parte activa a la parte pasiva de la terminación en el momento de ésta. La interpretación contraria, a más de ser injurídica, agudizaría la inequidad que el ocultamiento de la causa implica, puesto que, por los graves efectos con que la ley complementa la ruptura unilateral, la defensa se encarecería para la parte pasiva con el aditamento de padecer de inmediatos efectos de la mayor trascendencia sin que conociera la razón o motivo que los produjo. El problema se reduce, en síntesis, a las más elementales nociones: causa y efecto son entidades ontológicamente distintas aunque vinculadas, como que la primera es determinante del segundo. Para el problema jurídico de autos la causa de la ruptura unilateral del contrato por parte del patrono debió ser manifestada por éste en el momento de la ruptura del mismo. Y si esa causa era de las que determina el efecto del artículo 250 (retención de cesantía y posible pérdida de ésta), también debió ser manifestada porque no hay

texto que autorice que la ruptura unilateral, por producir tal efecto, exima al patrono de cumplir el artículo 66.—Una vez determinada la causa, el efecto, aunque tácito, producía sus consecuencias de retención y aún posible pérdida del auxilio de cesantía. Pero no es lógico ni jurídico suponer que el efecto tácito, determinante de las consecuencias previstas, tenga en sí mismo la virtualidad de hacer manifiesta la causa, condición formal en la cual la ruptura unilateral carece de la forma jurídica establecida para su refrendación legal.

2.—La jurisprudencia ha entendido por “patrimonio gravable declarado en el año inmediatamente anterior” el que posea el patrono al último día del año inmediatamente retropróximo a la terminación del contrato; así mismo, al tenor de lo establecido por el artículo 195, la prueba del patrimonio debe ser presentada por el patrono, y “en caso de no presentarla se presume que tiene el capital necesario para pagar la totalidad de la prestación demandada”.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veintiséis de mayo de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Vélez García).

El señor Manuel Salomón Insignares demandó, mediante procurador judicial, a la sociedad “Cooperativa de Productores de Leche del Atlántico Limitada”, para que previos los trámites de un juicio ordinario laboral fuera condenada a pagar al demandante varias cantidades por concepto de cesantía, prima de servicios, indemnizaciones por despido sin justa causa, por mora en el pago de prestaciones y pensión reducida de jubilación.

Los hechos de la demanda son:

1º Manuel Salomón Insignares ingresó al servicio de la sociedad demandada el 20 de marzo de 1935 y se retiró en el mes de junio de 1947; o sea que sirvió primero durante 12 años y 2 meses;

2º Ingresó nuevamente al servicio de la misma empresa el 16 de agosto de 1948 y fue retirado sin justa causa el 20 de agosto de 1953; es decir, sirvió, en segundo término, durante 5 años y 4 días;

3º Insignares laboró, pues, discontinuamente, al servicio de la entidad demandada, por espacio de 17 años, 2 meses y 4 días;

4º La Cooperativa tenía en 31 de diciembre de 1953 un activo líquido de \$ 800.000.00;

5º La Cooperativa le pagaba a Insignares un sueldo de \$ 450.00 mensuales;

6º Ni al producirse el despido ni al presentarse la demanda la Cooperativa pagó a Insignares preaviso, cesantía, prima de servicios correspondiente al segundo semestre de 1953, ni indemnización por despido injusto, ni indemnización moratoria, ni la pensión de que trata el artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo.

Como fundamentos de derecho invocó los artículos 45, 47, 49, 54, 62, 63, 64, 65, 66, 249, 253, 259, 267, 306 y concordantes del C. S. del T., y 74 y siguientes del C. de P. L.

Corrido el raslado a la parte demandada, ésta contestó la demanda negando los hechos segundo y cuarto, manifestando no constarle los hechos primero y tercero y expresando estarse a lo que resultare demostrado en éstos y en el quinto, al par que dijo ser cierto el sexto. Negó los fundamentos de derecho y pidió que se la absolviera de los cargos de la demanda.

Igualmente, en la enumeración de pruebas, literal b), pidió que se decretara como tal la certificación pedida al Juzgado Segundo Superior del Distrito Judicial o al Tribunal Superior de Barranquilla, o, en defecto de los anteriores a la entidad que en el momento de practicar dicha prueba estuviere conociendo del negocio, acerca de un juicio penal en que aparecía como procesado el señor Manuel Salomón Insignares; si contra éste fue dictado auto, en que se ordenó recibirle indagatoria y si la indagatoria fue recibida; y el estado del sumario, así como si éste era por falsedad y estafa, si fue promovido por la Cooperativa y si esta entidad era parte civil en el mencionado sumario.

La litis fue conocida y desatada por el Juzgado Tercero del Circuito Judicial del Trabajo de Barranquilla en providencia del 22 de junio de 1955, por la cual se condenó a la demandada a pagar al demandante la cantidad total de \$ 14.752,00 por los siguientes conceptos \$ 2.227,00 por auxilio de cesantía; \$ 2.640,00 por indemnización, por despido injustificado y \$ 9.885,00 por indemnización moratorio. Se absolvió a la demandada de los demás cargos de la demanda y no hubo condenación en costas.

Ambas partes apelaron del proveído anterior, y el Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla decidió el recurso mediante sentencia de 7 de septiembre de 1955, por la cual se reformó la del a-quo y se condenó a la Cooperativa a

pagar al demandante la suma de \$ 2.227.00 por concepto de cesantía y la indemnización por mora equivalente a un salario de \$ 15.00 diarios por cada día de retardo, a partir del 2 de septiembre de 1954 hasta la fecha en que el pago se verifique. Absolvió a la sociedad en lo demás y no condenó en costas.

El recurso de casación.

Contra el fallo de segundo grado los contendientes interpusieron el recurso de casación, el cual va a ser decidido ahora mediante el estudio de las respectivas demandas. En primer término, la Corte procede a examinar la demanda de la parte recurrente-demandante.

El recurso del trabajador.

Aspira a que se case parcialmente la sentencia recurrida, y a que la Corte, en fallo de instancia, confirme el numeral 1º de su parte resolutive, reforme el numeral 2º en el sentido de que la condena a \$ 15.00 diarios comience a partir del 21 de agosto de 1953, y no desde el 2 de septiembre de 1954, y a que se reforme el fallo de primer grado, que deberá mantenerse en cuanto a la condena por perjuicios a causa del despido ilegal, y reemplazarse en lo demás por la condena al pago de la pensión especial de jubilación.

Primer Cargo.

Despido del trabajador.—Acusa la sentencia por violación por falta de aplicación de los artículos 604, 607 y 730 del Código Judicial, 1.761' y 1.763 del Código Civil, en relación con los artículos 47 y 64 del Código del Trabajo, como consecuencia de la inestimación o mala apreciación de pruebas que el recurrente singulariza así:

a) **Pruebas no estimadas:** La demanda (folios 2 y 3) y las declaraciones de los testigos Rafael Hamburger y Silvio Di Gerónimo (folios 15 a 19).

b) **Pruebas mal estimadas:** La respuesta a la demanda (folios 6 y 7) y la inspección ocular (folios 23 a 26).

Agrega que la demanda en su hecho 6º hace la afirmación de que el patrono despidió al trabajador y no le pagó las prestaciones e indemnizaciones en ella relacionadas, y la Cooperativa al contestar ese hecho por medio de su representante, dijo: 'Es cierto'.

Si el Tribunal estima la demanda e interpreta adecuadamente su respuesta, habría visto en esas

piezas —como lo vió el a-quo— que el patrono si aceptó en el pleito el hecho incontestable de haber despedido al trabajador, es decir el hecho de haber dado por terminado unilateralmente el contrato de trabajo.

Prosigue diciendo que Di Gerónimo, miembro del Consejo de Administración de la Cooperativa, afirmó en su declaración que Insignares dejó de ser secretario de ésta desde agosto de 1953, y que desde antes el patrono le había pedido la renuncia. Hamburger, miembro del mismo Consejo y de la Junta de Vigilancia, atestigua que el Consejo declaró insubsistente el nombramiento de Insignares, "por tiempo cumplido", en agosto de 1953. De lo cual se colige —añade— que la Cooperativa primero le exigió la renuncia al trabajador, y luego procedió a declarar insubsistente su nombramiento, en atención —se supone— a que aquél se negó a renunciar.

Anota el recurrente que sólo dejando de lado los referidos testimonios, como lo hace el sentenciador, se podría concluir que el patrono no despidió al demandante Insignares.

Dice que de la inspección ocular resulta:

1º Que el demandante enfermó el 20 de agosto de 1953 y el patrono le pagó el auxilio monetario por enfermedad común hasta el 27 de diciembre del mismo año.

2º Que el 27 de noviembre de 1953 fue nombrado secretario del Consejo de la Cooperativa, en reemplazo del trabajador y en propiedad, la señorita Teresa Angulo.

3º Que el nombramiento del reemplazo se produjo hallándose enfermo el trabajador.

Comenta el recurrente que para el Tribunal la sustitución definitiva del trabajador en su cargo no es hecho que demuestre el despido, pues pudo haber tenido por causa otros motivos. "Salta a la vista la inconsistencia del argumento y su absoluta falta de lógica".

"El nombramiento de un empleado para un cargo, en propiedad, en reemplazo de quien lo desempeña, significa, según doctrina unánime de Tribunales de lo Contencioso Administrativo, lisa y llanamente, destitución. En el derecho del trabajo el efecto de la medida tiene otro nombre: despido ilegal". Remata el cargo afirmando que el fallo de primer grado analiza con acierto el punto debatido, y transcribe los apartes pertinentes de dicho acto. El opositor confronta, transcribiéndolos, aquellos apartes de las sentencias de primera y de segunda instancia referentes al punto que se debate. Recaba el mantenimiento de la sentencia impugnada por este ex-

tremo, afirmando que el sentenciador sí tuvo en cuenta los testimonios que se dicen inapreciados, pero prefirió apoyarse en otras piezas probatorias para proferir su fallo, de las cuales coligió que si el actor continuó recibiendo su sueldo con posterioridad al 20 de agosto de 1953, en calidad de enfermo, y que si aún el 10 de noviembre de ese año la Cooperativa continuaba efectuando esos pagos y esperaba su regreso, razón por la cual nombró un secretario interino y ad-honorem, mal puede afirmarse que estuviera despedido, o hubiera terminado el contrato por otra causa. Ello —agrega— es admitido por el propio recurrente, quien asevera que de la inspección ocular aparece que el demandante enfermó el 20 de agosto de 1953 y el patrono le pagó el auxilio monetario por enfermedad común hasta el 27 de diciembre de dicho año. Por este aspecto, pues, —afirma—, no puede haber error evidente de hecho en la estimación de tales pruebas.

El opositor destaca, en relación con la demanda y su respuesta, que la contestación afirmativa del hecho sexto se refiere a la realidad del no pago de las prestaciones sociales, puesto que sólo a manera de referencia incidental ese punto habla de “despido” del demandante, pero no puntualiza nada en relación con tal despido, como son las circunstancias de tiempo y modo en que ocurrió. Luego tampoco podía el fallador, con base en esa respuesta, y desechando los demás elementos probatorios que relaciona en su sentencia, afirmar que el actor fue despedido el 20 de agosto de 1953, cuando manifiestamente aparece que no lo fue.

Termina diciendo que aún suponiendo que hubiera omitido el examen de las piezas que dice el recurrente no estimó, el fallo se apoya en otras, cuya apreciación no peca contra la evidencia que de ellas surge.

La Corte considera:

Sobre este punto dijo el sentenciador: “De forma que esos hechos indiciarios hacen deducir recta y espontáneamente que Insignares fue reemplazado interinamente porque estaba enfermo, pero no que fuera despedido, pues el hecho mismo de la interinidad del reemplazo y del carácter ad-honorem, sugieren que fue medida de emergencia, para suplir la ausencia de momento.

“Y no fue sino el 27 de noviembre de 1953 cuando la empresa nombró en propiedad reemplazo para el cargo de Secretaría, nombramiento que recayó en la señorita Teresa Angulo, quien ya venía ocupándose de las funciones por haber

sido designada ad-honorem en la sesión del 10 de noviembre de 1953, como se constata en el acta 291 de tal fecha, en la cual se dijo: nómbrase secretaria por la ausencia del secretario a la señorita Teresa Angulo. De manera que todavía en la fecha 10 de noviembre de 1953 el Consejo de Administración de la Cooperativa demandada aguardaba el regreso del Secretario titular; mantenía el cargo servido ad-honorem y con carácter interino en espera del titular que recibía el sueldo. Luego hasta esa fecha el señor Insignares no estaba despedido.

“Pero tampoco puede deducirse necesariamente que sí lo fue desde el momento en que se le nombró el reemplazo en propiedad, o sea, el 27 de noviembre de 1953, según acta número 295 de que da fé la inspección ocular al folio 24. Porque el hecho del nombramiento de un reemplazo no supone que ello se deba únicamente a despido por parte del patrono, sino que puede deberse a varios otros supuestos como el de la renuncia, abandono, la suspensión, el traslado, la licencia o la simple ausencia justificada o no. De ahí que para el Tribunal el solo hecho del nombramiento del reemplazo no puede ser prueba suficiente de que el trabajador fuese despedido.

“Y como en ninguna forma la empresa ha aceptado que despidió al trabajador Insignares sino que lo niega, afirmando que fue Insignares quien abandonó el cargo; ni siquiera en la contestación de la demanda alega nada que implique aceptación de ese hecho, era de cargo del actor probarle por cualquiera de los medios adecuados, lo cual no se ha efectuado en el caso de autos.

“Faltando la prueba del despido es innecesario pasar a dilucidar acerca de su calificación, pues si no existe lo sustancial mal puede darse por existente lo accidental”.

La conclusión a que llega el ad-quem en el análisis precedente es la de que mal puede calificarse el despido, pues no se probó que tal despido hubiera ocurrido. Afirmado por el actor y negado por la demandada, era menester que aquél lo hubiera probado de manera plena. Es decir, que el sentenciador desplaza el gravamen probatorio hacia el demandante. Radicando en este punto el meollo de la cuestión, corresponde hacer el análisis de las probanzas singularizadas por el recurrente, para tratar de hallar hasta qué punto es real su proposición de error evidente, o, en cambio, no se configura éste y por el contrario se mantiene invulnerable el juicio del juzgador de segundo grado.

En primer término, las declaraciones de los

testigos Hamburguen y Di Gerónimo (folios 15 a 19; no prestan mérito adecuado para definir con exactitud el punto. Cotejadas entrambas son contradictorias, pues mientras el primero habla de terminación del contrato por "tiempo cumplido" —de lo cual no existe ningún otro refuerzo probatorio en el expediente—, el segundo manifiesta que "fue en agosto de 1953 que (Insignares) dejó de ser Secretario de la Empresa, y tuvo un período de ausencia por enfermedad, etc.", advirtiendo además que el Consejo desde antes le había pedido la renuncia al señor Insignares, lo cual tampoco está demostrado. Es lo cierto que al Secretario Insignares se le pagó salario, en diversas proporciones, y por razones de enfermedad, desde el 20 de agosto hasta el 27 de diciembre de 1953.

No podría extremarse el rigor interpretativo a que quiere llegar el recurrente respecto de la respuesta al hecho 6º de la demanda. Porque, en síntesis, lo que la demandada confiesa es no haberle satisfecho las prestaciones ni las indemnizaciones al trabajador, al tiempo que respondiendo el punto 2º declara terminantemente no ser cierto que el retiro se hubiera producido sin justa causa. Son valderas las observaciones que, sobre este particular, hace el opositor.

La inspección ocular (folios 23 a 26) indica que, en la ausencia del Secretario señor Insignares —y que se venía causando por enfermedad desde el 20 de agosto de 1953—, inicialmente fueron nombrados secretarios *ad-interin* o *ad-honorem* el doctor Rafael Hamburger y la señorita Teresa Angulo, y que esta última fue designada en propiedad secretaria el 27 de noviembre del mencionado año.

Lo anterior significa que si antes no había existido ruptura del contrato de trabajo, y así lo indican todas las circunstancias de hecho, su terminación necesariamente se produjo cuando al secretario Insignares, que apenas había sido antes reemplazado mediante "*interinos*" a causa de su enfermedad, viene a ser reemplazado por un secretario en propiedad el 27 de noviembre de 1953. Y si no se demostró que tal reemplazo se hubiera producido por renuncia del señor Insignares, es apenas lógico concluir que éste fue despedido, es decir que la ruptura del contrato se produjo por despido del trabajador. Aún más: la misma realidad procesal está mostrando claramente que tal despido, realizado de manera intempestiva —y sin que aparezcan aducidas en su oportunidad razones que lo justifiquen— debe asimilarse a ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo.

Se configura por este aspecto la contraevidencia del proveimiento impugnado, en cuanto por éste se declaró la imposibilidad de configurar despido, y, por ende, su incualificación de ilegal.

Por lo anterior, la Sala encuentra que se violaron los artículos 47 y 64 del Código Sustantivo del Trabajo, y en consecuencia habrá de casar por este extremo el fallo recurrido.

Segundo cargo.

Va dirigido este cargo a demostrar la violación, por vía indirecta, de los mismos artículos 47 y 64 del Código Sustantivo del Trabajo. Es decir, pretende la anulación de la sentencia por cuanto ésta no declaró unilateral e ilegal la terminación del contrato por parte de la Cooperativa demandada. Como tal objetivo fue logrado por el recurrente, como se ha visto, mediante la primera acusación, la Corte prescinde de estudiar la segunda.

Tercer cargo.

Indemnización moratoria.— La proposición impugnadora versa sobre la violación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo por interpretación errónea.

La sustenta así: el sentenciador halló que era procedente confirmar la condena por indemnización moratoria contenida en el fallo de primera instancia, con la modificación de que la fecha desde la cual deberían computarse los salarios por mora era la de notificación de la demanda, "porque ya de esa fecha, si no cabe aceptar la obligación (sic) de que si no pagó fue porque el trabajador no volvió a la empresa".

Agrega que es claro el mandato del artículo 65 en cuanto dispone que la indemnización por mora la debe el patrono al trabajador desde el día en que el contrato termina; y que no obstante ser reconocido dicho principio por el sentenciador, se aparte de él en el *sub-lite* ya que señala como fecha inicial de las deudas en mora, una distinta a la de la expiración del contrato, o sea el 2 de septiembre de 1954, día de la notificación de la demanda.

Al repeler el ataque, el opositor sustenta que, en su sentir, la razón de la conclusión del Tribunal es la de que antes de la notificación de la demanda no puede alegarse mala fé por parte de la empresa demandada en la retención de las prestaciones adeudadas.

Se considera:

Los argumentos con los cuales afianza su im-

pugnación el recurrente se hallan dentro de la recta interpretación del mencionado artículo 65. La conclusión del *ad-quem* —consistente en tomar como punto de partida para la sanción por mora la fecha de la notificación de la demanda— parece obedecer a la imprecisión advertida por el sentenciador respecto del modo causa y momento de la extinción del contrato, pero ni el juzgador lo dice ni fluye de la realidad procesal que ella obedeciera —como lo dice el opositor— a que aquél sólo halló consignada mala fé a partir de la notificación de la demanda. La correcta inteligencia del texto que se tiene por violado —y que efectivamente lo fue— es la de que la sanción por mora se causa por retención injustificada de los salarios y prestaciones del trabajador a la terminación del contrato. Es por consiguiente arbitrario buscar otro momento, como lo hace el sentenciador en este caso, sin razón que lo justifique. Habiéndose establecido el 27 de noviembre de 1953 como fecha de la terminación del contrato, y no hallándose ni en ese momento ni en adelante factor justificativo de la retención de las prestaciones al trabajador, resulta violatorio de la norma precitada, por interpretación errónea, proponer otra fecha posterior como punto de partida de la sanción.

Las razones anteriores son suficientes para acoger el cargo; por lo cual, la Corte, como Tribunal de instancia, habrá de casar la sentencia objeto del presente recurso para disponer en cambio la condena por salarios caídos a partir del 28 de noviembre de 1953, día siguiente al de la terminación del contrato.

Cuarto cargo.

Pensión de jubilación. —Dice que la sentencia es violatoria de los artículos 362, 604, 607 y 730 del Código Judicial, 1.761, 1.763 del Código Civil, en relación con el 267 del C. S. del T.

Argümenta diciendo que sobre la base de que el patrono no despidió al demandante ni hubo despido ilegal, el fallador llegó a la conclusión de que no era pertinente decretar la pensión solicitada, confirmando la absolución al respecto contenida en el proveído de primera instancia, pero con la advertencia de que lo hacía por razones distintas. Dice que, demostrado como está que la terminación del contrato se produjo como consecuencia de ruptura unilateral e ilegal del mismo, procede la declaratoria de la pensión reducida de jubilación al tenor del artículo 267 del C. S. del

T., y que, en consecuencia, debe casarse el fallo recurrido que no la declaró.

En un capítulo final que el recurrente denomina "breves consideraciones para el fallo de instancia", hace una exégesis del precitado artículo 267 y destaca que el Juez de primer grado no accedió a la petición de jubilación reducida, en razón de que el capital de la empresa era inferior a \$ 800.000.00 que es el mínimo señalado para esta prestación por el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo. A este respecto dice que conviene observar cómo el certificado sobre capital de la empresa a que el Juez alude, expedido por la Superintendencia de Cooperativas (folio 28) se refiere al que la sociedad tenía el 31 de diciembre de 1953. Pero para asignarle valor probatorio —agrega— ha debido tenerse en cuenta el capital en 31 de diciembre de 1952, según mandato del artículo 195 del Código Sustantivo del Trabajo. El derecho a la pensión especial nace en el momento del despido injusto, dados los otros dos requisitos, y ese despido tuvo lugar el 20 de agosto de 1953, luego el capital de la empresa de que habla el artículo 195, no pudo ser otro que el de 1952, al cual no se refiere el certificado del Superintendente. Y como, según el mismo artículo 195, la prueba sobre el capital de la empresa, para efectos de librar al patrono de la pensión, incumbe a éste, con la consecuencia de que si no la aporta, responde de la prestación, fácil es concluir que no obrando en el proceso el comprobante sobre el capital de la Cooperativa en 31 de diciembre de 1952, se impone la condena a su cargo por concepto de la referida pensión.

El opositor replica que ni en el primero ni en el segundo cargos se demostró el despido sin justa causa, (pues lo que ocurrió fue abandono del cargo), y sostiene que la prueba del capital a que se refiere el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, para el pago de la pensión de jubilación corresponde al trabajador, ya que tampoco aquí es dable presumir, por tratarse de una prestación especial, que todos los patronos tengan ese capital o uno mayor.

Examen del cargo:

La Sala acogió la tesis de que la terminación del contrato ocurrió por ruptura unilateral e ilegal equivalente a despido sin justa causa. Esto conlleva la configuración de uno de los elementos pre-establecidos por el artículo 267 para el reconocimiento de la jubilación reducida. En las consideraciones de instancia habrá oportunidad de definir si tal prestación es procedente, esto es, si se llenan los demás requisitos prevenidos por

la misma norma. Por tanto debe admitirse la prosperidad del cargo en cuanto a la verdadera naturaleza de la terminación contractual, o sea, a que la relación contractual de trabajo se extinguió por ruptura unilateral e ilegal atribuible al patrono.

El recurso de la parte demandada.

Pretende la casación de la sentencia acusada "para que en lugar del numeral 2º de la misma se disponga la absolución de la demandada por razón de los salarios caídos, manteniendo la absolución contenida en el numeral 3º de la misma y reduciendo la condena proferida en el numeral 1º únicamente a lo que arroje la multiplicación del salario devengado por el tiempo servido desde el 16 de agosto de 1948 al momento de la dejación por abandono del cargo, declarando prescrita la acción en cuanto al tiempo anterior".

Con base en la causal primera del artículo 87 del C. de P. L. formula dos cargos así:

Primer cargo.

Acusá la violación por interpretación errónea o en forma directa del artículo 66 del C. S. del T. y del 250, en concordancia con el 65 *ibidem*.

En concepto del Tribunal —dice— a folios 66 y siguientes del cuaderno segundo, no está probado en el expediente el despido injustificado del demandante y antes bien el Tribunal, discrepando en esto con el *a-quo*, se inclina a aceptar que el contrato de trabajo de que trata el proceso terminó por dejación que hizo el demandante del cargo que desempeñaba en la empresa demandada. Luego de concluir que las probanzas indican que no hubo terminación unilateral del contrato por parte de la Cooperativa, concluye en que no procedía la retención de que trata el numeral 2º del artículo 250 del Código Sustantivo del Trabajo, porque esta norma sólo es aplicable a los casos en que haya despido o terminación unilateral por parte del patrono, y no a los de abandono o dejación del trabajo por parte del trabajador, ya que en estos eventos es imposible al patrono calificar el motivo de la terminación del contrato, conforme al artículo 66 del C. S. del T.

Dice el recurrente que esta tesis es notoriamente equivocada: el artículo 250, en su primera parte, sanciona al trabajador con la pérdida del auxilio de cesantía en los casos allí determinados, de los cuales es el primero el de "todo acto delictuoso cometido contra el patrono".

Reza el expediente, y así lo admite la sentencia acusada, que contra Manuel Salomón Insignares se inició una investigación penal, como secuela de la visita practicada por la Superintendencia de Cooperativas, entidad gubernamental, a la empresa demandada, siendo indagado (Insignares) al efecto. Una entidad oficial, pues, sindicó al demandante de la comisión de un delito contra el patrono, lo cual equivale al caso previsto en la segunda parte del precepto: "En estos casos el patrono podrá abstenerse de efectuar el pago correspondiente hasta que la justicia decida".

Argumenta diciendo que el texto no limita la retención únicamente a los casos en que haya despido, ni exige que se haya dado cumplimiento al artículo 66 del Código Sustantivo del Trabajo. El numeral 2º del artículo 250 se aplica a todos los casos de terminación del contrato de trabajo, siempre que se esté ante la posibilidad de que el trabajador, por una de las causales allí previstas, pierde el auxilio de cesantía. Todo lo que puede hacer el patrono cuando tenga conocimiento de que el trabajador ha incurrido en una de las causales que le hacen perder la cesantía, es retenerla hasta que la justicia decida. Además, cuando hay abandono o dejación del cargo por el trabajador, es imposible al patrono alegar al momento de terminación la causal o motivo de ésta; es sólo más tarde, cuando el trabajador reaparece, cuando puede hacerlo, porque a lo imposible nadie está obligado. En el presente caso el trabajador reapareció para demandar, y fue entonces cuando la empresa alegó la causal de retención de la cesantía que el trabajador le reclamaba. Eso lo admite la sentencia. Luego la aplicación del artículo 250 era de rigor. El Tribunal lo descartó por haberlo interpretado equivocadamente, junto con el artículo 66 mencionado. Y de contra, violó el artículo 65 del mismo Código, ya que éste exige al patrono de la condena por salarios caídos, justamente en los casos previstos en el numeral 2º del citado artículo 250.

Agrega que si no se acepta la interpretación errónea, entoncense procede la infracción directa de los dos primeros por no haberse aplicado y del segundo por haberlo sido no siendo aplicable al caso del pleito.

De otra parte, prosigue, hay que tener en cuenta que el artículo 66 dice: "La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra en el momento de la extinción la causal o motivo que la mueve a tomar esa determinación...". Habiendo admitido el Tribunal que la Cooperativa demandada no terminó

unilateralmente el contrato del actor, no le correspondía a ella hacer la alegación de que trata el artículo 66 en cita, por lo cual aparece igualmente quebrantado por infracción directa, ya que el texto le era inaplicable a la empresa, en cuanto dice en su numeral 2º que posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos.

El opositor reitera la tesis de que el contrato se terminó por ruptura unilateral e ilegal atribuible a la sociedad, y dice que —sobre este particular— se remite a la demanda de casación por él formulada. Agrega que la acusación parte de la base de que se está en presencia de un delito cometido por el demandante Insignares, y que, por tanto, la Cooperativa demandada tenía facultad para retener el auxilio de cesantía, al tenor de lo ordenado por el artículo 250 citado. Más es obvio —explica— que para la aplicación de este texto legal el patrono debe manifestar su voluntad de retener el valor del auxilio de cesantía, y en el proceso no hay prueba alguna que demuestre la exteriorización de este acto por parte de la entidad demandada, al momento de la terminación del contrato. Al contestar la demanda, nada se dijo al respecto. Y sólo en la alegación ante el Tribunal fallador, se habla del hecho.

Examen del cargo:

El planteamiento de la acusación se afianza sobre la tesis de que el actor hizo dejación o abandono de su cargo, evento en el cual serían atendibles las razones conducentes a demostrar que, en tal caso, mal podría exigirse del patrono la manifestación que ordena el artículo 66 del Código Sustantivo del Trabajo. Más la Sala, con base en la realidad procesal, encontró al estudiar el cargo primero de la demanda del trabajador que la extinción del contrato se produjo por despido del trabajador, asimilable a ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo por parte del patrono, por cuanto no se halló prueba alguna de que éste hubiera aducido, en su oportunidad, razones que lo justificaran.

La terminación unilateral del contrato puede ser legal o ilegal, según se realice con justa causa o sin ella. Con todo, un requisito formal es indispensable para que, en el evento de ser materialmente justa la causa, se refrendé plenamente la legalidad de la ruptura: que esa causa sea manifestada por la parte que termina unilateralmente el contrato en el momento de la terminación del mismo. Esa doctrina —acogida por

el artículo 66 del Código Sustantivo del Trabajo— obedece tanto a la anhelada franqueza y claridad con que el derecho rodea las relaciones contractuales del trabajo, como a la necesidad de que, amparada de toda maquinación desleal y precavida contra cualesquiera sorpresas, la parte a quien afecte la decisión de la otra sepa desde un principio a qué atenerse y pueda ocurrir a los medios adecuados y que considere convenientes para la protección de su interés jurídico.

Sería inequitativo que la parte pasiva de la terminación contractual estuviera sometida a la incertidumbre de una causa indeterminada o de un motivo oculto, guardados *in pectore* por la parte activa. Esta, a su turno, podría esgrimirlos como su “arma secreta” en contra de aquella en el curso del juicio, con el consiguiente desajuste del equilibrio de las partes en el proceso.

Existen casos en los cuales —contra la amplísima interpretación del libelista— la manifestación legal de la causa o motivo de ruptura contractual se hace, si cabe, más perentoria. Son aquellos en que la terminación unilateral, por producir efectos de un mayor alcance inmediato como la retención de la cesantía y su posible pérdida, afecta intereses jurídicos más delicados y suspende o extingue obligaciones de mayor entidad. Tales casos corresponden a situaciones de *facto* prevenidas por el artículo 250 del Código Sustantivo del Trabajo, cuyas tres causales de retención y eventual pérdida de la cesantía encuadran casi literalmente dentro de las justas causas de terminación unilateral del contrato por parte del patrono, consagradas por el artículo 62 *ibidem*. Es por tanto equivocado entender que si la simple terminación unilateral del contrato exige la manifestación del motivo, no vaya a exigirse ésta cuando la terminación unilateral produce las consecuencias de la posible pérdida de la cesantía y, por el momento, la retención de tal auxilio. En ambos casos existe terminación unilateral del contrato, con la diferencia de que en el último las consecuencias son agravadas por la ley; pero en ambos casos —como determinantes que son de la premencionada terminación unilateral— es requisito formalmente indispensable que la causa sea manifestada por la parte activa a la parte pasiva de la terminación en el momento de ésta. La interpretación contraria, a más de ser injurídica, agudizaría la inequidad que el ocultamiento de la causa implica, puesto que, por los graves efectos con que la ley complementa la ruptura unilateral, la defensa se encarecería para la parte pasiva con el aditamento de padecer de inmediato efec-

tos de la mayor trascendencia sin que conociera la razón o motivo que los produjo. El problema se reduce, en síntesis, a las más elementales nociones: causa y efecto son entidades ontológicamente distintas aunque vinculadas, como que la primera es determinante del segundo. Para el problema jurídico de autos la causa de la ruptura unilateral del contrato por parte del patrono debió ser manifestada por éste en el momento de la ruptura del mismo. Y si esa causa era de las que determina el efecto del artículo 250 (retención de cesantía y posible pérdida de ésta), también debió ser manifestada, porque no hay texto que autorice que la ruptura unilateral, por producir tal efecto, exima al patrono de cumplir el artículo 66. Una vez determinada la causa, el efecto, aunque tácito, producía sus consecuencias de retención y aún posible pérdida del auxilio de cesantía. Pero no es lógico ni jurídico suponer que el efecto tácito, determinante de las consecuencias previstas, tenga en sí mismo la virtualidad de hacer manifiesta la causa, condición formal en la cual la ruptura unilateral carece de la forma jurídica establecida para su refrendación legal.

Las consideraciones anteriores son suficientes para rechazar la acusación.

Segundo cargo.

Acusa la sentencia por infracción directa del artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo.

Consta de autos —dice— que la demanda fue presentada sólo el 12 de agosto de 1954. No aparece, ni el Tribunal lo acepta, que se hubiera interrumpido la prescripción por causa legal; luego el período de trabajo del demandante, comprendido entre el 20 de marzo de 1935 y el mes de junio de 1947, no sirve de base al presente reclamo, ya que desde 1947 hasta 1954 habían transcurrido más de 3 años y la acción estaba prescrita de acuerdo con la norma precitada. Por no haber declarado el Tribunal esa prescripción, violó de modo directo ese precepto.

Se considera:

No fue propuesta la excepción de prescripción dentro de la oportunidad procesal, y no podía ser declarada "ex-officio" por los juzgadores de instancia. Proponerla en casación es inconducente. Ello equivale a medio nuevo, por cuanto la cuestión no ha sido materia de controversia en las instancias, y no puede ser atendible ya en este recurso.

Lo dicho es suficiente para rechazar el cargo.

CONSIDERACIONES PARA EL FALLO DE INSTANCIA

Pensión de Jubilación.—La Sala dedujo (ver cargos 1º y 4º del demandante-recurrente) que la terminación del contrato en el sub-lite se produjo por ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo, o sea que obedeció a despido del trabajador sin justa causa. Esta conclusión —distinta de la del *ad-quem*— configura uno de los elementos legales para que se reconozca al trabajador el derecho de jubilación reducida del artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo. Sostuvo el juzgador de primer grado que la sociedad se hallaba eximida de pagar la pensión jubilatoria, en razón de que el certificado acerca de su capital sólo alcanzaba a la cifra de \$ 621.334.03 en 31 de diciembre de 1953. Con todo, la Sala advierte que la certificación referida es inadecuada, pues para que se le pudiera conceder mérito suficiente el patrono debería haber presentado el certificado del capital de la Cooperativa a 31 de diciembre de 1952, que fue el año inmediatamente anterior al de la terminación del contrato, según lo ordenado por el artículo 195 del Código Sustantivo del Trabajo. Y como la sociedad no presentó dicha prueba idónea, o sea la del capital correspondiente a 31 de diciembre de 1952, se presume que para los efectos de la jubilación poseía en esa fecha el capital suficiente. La jurisprudencia ha entendido por "patrimonio gravable declarado en el año inmediatamente anterior" el que posea el patrono al último día del año inmediatamente retropróximo a la terminación del contrato; así mismo, al tenor de lo establecido por el artículo 195, la prueba del patrimonio debe ser presentada por el patrono, y "en caso de no presentarla se presume que tiene el capital necesario para pagar la totalidad de la prestación demandada".

Como concurren los demás requisitos del artículo 267, la sociedad debe pagar, en principio, al demandante, una pensión de jubilación reducida que, según el mandato de esta última disposición, es del 75% de la que le hubiera correspondido en caso de haber prestado servicios por 20 años.

Sobre un salario de \$ 450.00 mensuales, la Sala calcula, de acuerdo con la ley, una pensión de jubilación reducida de \$ 253.12 mensuales. Por otra parte, dicha pensión jubilatoria debe ser pagada por la Cooperativa al trabajador a partir del 2 de septiembre de 1954, fecha en la cual fue notificada a la primera la demanda en que el segundo solicitaba dicha pensión (artículo 262 del C. S. del T.).

Auxilio de Cesantía. — La correspondiente al lapso comprendido entre el 16 de agosto de 1948 y el 27 de noviembre de 1953, o sea durante un período de 5 años, 3 meses y 11 días, con un sueldo mensual de 450.00 es de (\$ 450.00 X 5,28055) \$ 2.376.24.

Opción entre la Jubilación y la Cesantía.—Como la jubilación y la cesantía se excluyen recíprocamente, el demandante deberá optar entre aquélla o ésta. Pero en el caso de que opte por la jubilación, la Cooperativa podrá —a más de abstenerse del pago de la cesantía a que se refiere el punto anterior— deducir la cuantía del auxilio pagado al actor en junio de 1947, cuando terminó el primer contrato de trabajo, mediante el descuento de cuotas que no excedan del 20% de cada mensualidad (artículo 266 ibídem).

Lucro Cesante. — Cuando ocurrió la ruptura unilateral del contrato por parte del patrono, faltaban dos meses y diez y nueve días para cumplirse el último plazo presuntivo al tenor del artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo, por lo cual procede la indemnización por lucro cesante a que se refiere el artículo 64 ibídem, y esto produce, por concepto de dicha indemnización, la suma de \$ 1.185.00.

Salarios Caídos.—Deberán ser pagados por la demandada al demandante a razón de \$ 15.00 diarios y a partir del 28 de noviembre de 1953 hasta cuando se efectúe el pago de las demás prestaciones.

Costas.—No se condena en costas a la parte demandada recurrente, en razón de que su demanda dio ocasión para que la Sala analizara puntos nuevos en la jurisprudencia del trabajo.

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, CASA parcialmente la sentencia de fecha 7 de septiembre de 1955, proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla; y, erigida en tribunal de instancia reforma la del a-quo, y en su lugar dispone:

Primero.—Condénase a la Cooperativa de Productores de Leche del Atlántico Limitada, a pagar al señor Manuel Salomón Insignareñ, las cantidades por los conceptos que a continuación se expresan:

a) Auxilio de cesantía de dos mil trescientos setenta y seis pesos con veinticuatro centavos (\$ 2.376.24) moneda corriente, o pensión vitalicia de jubilación de doscientos cincuenta y tres pesos con doce centavos (\$ 253.12) moneda corriente mensuales a partir del dos (2) de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954), a opción del trabajador. En caso de que éste optare por la pensión de jubilación, la Cooperativa —a más de abstenerse del pago de cesantía antes fijada— podrá deducir la cuantía del auxilio pagado al actor en junio de mil novecientos cuarenta y siete (1947), cuando terminó el primer contrato de trabajo, mediante el descuento de cuotas periódicas que no excedan del 20% de cada mensualidad;

b) Indemnización de mil ciento ochenta y cinco pesos (\$ 1.185.00) moneda corriente por ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo;

c) Indemnización moratoria por el no pago oportuno de las prestaciones sociales, de quince pesos (\$ 15.00) diarios a partir del veintiocho (28) de noviembre de mil novecientos cincuenta y tres (1953) hasta cuando se efectúe dicho pago.

Segundo.—No se casa en lo demás.

Tercero.—Sin costas en este recurso.

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

Roberto De Zubiria C.—Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—Crótatas Londoño, Con-juez.—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ACCION DE RECONOCIMIENTO Y PAGO DE CESANTIA. — LA BUENA O MALA FE PATRONAL COMO FACTOR REGULADOR DE LA INDEMNIZACION MORATORIA. — A QUIEN CORRESPONDE APRECIARLA. — CASO EN QUE LA BUENA FE PATRONAL CESA EN VIRTUD DE SENTENCIA JUDICIAL

1.—La buena o mala fé patronales siempre juega un papel de primer orden en la configuración de los salarios indemnizatorios previstos en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. — Pueden existir ciertas circunstancias especiales como, por ejemplo, la duda razonable sobre la existencia de la obligación y otras semejantes que representan modalidades configurativas de la buena fé patronal que, por lo mismo, excluyen la imposición de la indemnización moratoria. Se aprecia, pues, que la adecuada y razonable interpretación jurisprudencial ha atemperado el rigor literal del precepto comentado.

2.—Al Tribunal e igualmente al a-quo, corresponde definir si el patrono ha actuado con buena o mala fé en su postura de abstención de pago oportuno de los derechos laborales que se sanciona con los salarios caídos, mediante el análisis de los factores que sirven de soporte a su actividad negativa.

Corte Suprema de Justicia.—Bogotá, D. E., junio ocho de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Roberto De Zubiría C.).

Por intermedio de apoderado, el señor IGNACIO RODRIGUEZ GOMEZ demandó en juicio ordinario laboral a la Sociedad "COOPERATIVA DE TRABAJADORES DE AVIANCA LIMITADA", a fin de que mediante el trámite legal ésta fuese condenada a pagar el valor correspondiente a "cesantía a razón de \$ 200.00 mensuales en virtud de contrato verbal de trabajo; los salarios caídos con base en el mismo sueldo mensual correspondientes a todo el tiempo transcurrido desde el día en que terminó unilateralmente el contrato de trabajo (26 de febrero de 1954) hasta cuando por sentencia o consignación así lo realizara, y a las costas del juicio".

Resulta oportuno aclarar que entre las mismas

partes demandante y demandadas se han tramitado dos (2) juicios laborales. Uno iniciado el catorce (14) de marzo de mil novecientos cincuenta y cinco (1955) ante el Juzgado Sexto (6º) del Trabajo de Bogotá en que se solicitaba el reconocimiento del plazo presuntivo del contrato de trabajo, cesantía y costas. En este negocio, el fallo de primera instancia acogió favorablemente las peticiones del demandante sobre plazo presuntivo y costas, omitió pronunciarse sobre cesantía y condenó a salarios caídos. Apelada tal providencia por la parte demandada ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, esta Corporación profirió su fallo en el sentido de confirmar la condena por lucro cesante, revocar la condena por salarios caídos y modificar lo relativo a costas de primera instancia; el Tribunal observó la omisión del a-quo al no haber resuelto nada sobre la petición de auxilio de cesantía. Acerca de este último particular, dijo lo siguiente: "Con todo, el error no se puede corregir por esta Superioridad, en consideración a que el único apelante es la parte demandada y, en tales circunstancias, es inadmisibles hacer más gravosa su situación. Resta advertir, a este respecto, que la acción para reclamar dicho auxilio le queda viva al actor para hacerla valer en juicio posterior". La parte demandante recurrió en casación ante la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral—, y esta Superioridad, en fallo de veintidós (22) de octubre de mil novecientos cincuenta y seis (1956), decidió el recurso en el sentido de no casar la sentencia de segundo (2º) grado. Es decir, que quedó viva la acción del demandante para reclamar el auxilio de cesantía, tal como lo resolvió el Tribunal.

En cuanto a los hechos del nuevo y segundo juicio, de que hoy conoce esta Sala, están expuestos así:

"El señor Ignacio Rodríguez, mediante contrato verbal, empezó a prestar sus servicios personales como contador, el día primero de febrero de 1954, a la Cooperativa de Trabajadores de Avianca Li-

mitada, mediante remuneración mensual de doscientos pesos (\$ 200.00) moneda corriente.

"El día 26 de febrero de 1954 sin causa legal fue despedido de su trabajo el señor Rodríguez Gómez, o sea, que la Cooperativa, terminó unilateralmente dicho contrato de trabajo.

"Hasta la fecha de la presente demanda (febrero 26 de 1957, destaca la Sala) no le ha sido cancelado el valor correspondiente al auxilio de cesantía a mi poderdante.

"La Cooperativa demandada hubo de ser condenada mediante sentencia ejecutoriada a pagar el presuntivo correspondiente por haber terminado unilateralmente el contrato, por el Juzgado Sexto del Trabajo de esta ciudad, y confirmado el fallo por el H. Tribunal del Trabajo y la Honorable Corte Suprema de Justicia, no casó la sentencia".

Corrido el traslado de rigor, la citada sociedad dio respuesta a la anterior demanda por medio de apoderado, oponiéndose a las condenas solicitadas, manifestando que se probaran los hechos contenidos en los párrafos 1º, 2º y 4º del libelo, y respecto del 3º dijo lo siguiente: "3º No es cierto como está expresado. El demandante inició acción contra la Cooperativa demandada ante el Juzgado Sexto del Trabajo de Bogotá, entre otras por auxilio de cesantía. El Juzgado no condenó a la Cooperativa por este concepto y el demandante no apeló de la sentencia. El fallo fue revisado por el Tribunal Seccional del Trabajo en virtud de apelación de la Cooperativa y en ese fallo tampoco hubo condenación por auxilio de cesantía. No obstante, el 18 de enero del corriente año la Cooperativa demandada consignó a favor del demandante en el Juzgado Sexto del Trabajo de Bogotá el valor del auxilio de cesantía por los pocos días que el señor Rodríguez sirvió a la Sociedad". Fueron propuestas además las excepciones dilatoria de inepta demanda y las perentorias de cosa juzgada y de prescripción.

Con fecha 23 de mayo de 1957 el Juzgado Primero del Circuito del Trabajo de Bogotá desató la anterior controversia, así:

"1º CONDENAR a la "COOPERATIVA DE TRABAJADORES DE AVIANCA LIMITADA", a pagar a IGNACIO RODRIGUEZ GOMEZ, mayor de edad y vecino de Bogotá, las siguientes cantidades:

"2º) DIECISEIS PESOS SESENTA Y SEIS CENTAVOS (\$ 16.66) moneda corriente, por cesantía; y

"b) SEIS MIL NOVECIENTOS CINCUENTA

PESOS (\$ 6.950.00) moneda corriente, por salarios caídos.

"2º AUTORIZAR a la "COOPERATIVA DE TRABAJADORES DE AVIANCA LIMITADA" para deducir de las anteriores cantidades la suma de dieciséis pesos con sesenta y seis centavos (\$ 16.66) moneda corriente, que consignó a favor de IGNACIO RODRIGUEZ GOMEZ, en el Juzgado Sexto del Trabajo de esta ciudad, y ordenar que tal consignación le sea entregada a este último.

"3º DECLARAR NO PROBADAS LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR EL APODERADO DE LA PARTE DEMANDADA.

"4º CONDENAR EN COSTAS A LA PARTE DEMANDADA".

En virtud de apelación interpuesta por el apoderado de la mencionada Cooperativa contra el fallo anterior, se surtió la segunda instancia ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá —Sala Laboral—, la que por medio de sentencia de fecha 27 de noviembre de 1957, se pronunció en los siguientes términos:

"PRIMERO. — REVOCASE el literal b) del numeral 1º del fallo proferido por el Juzgado Primero del Circuito Judicial del Trabajo de Bogotá en el presente juicio y, en su lugar CONDENASE a la "Cooperativa de Trabajadores de Avianca Limitada" a pagar, al señor Ignacio Rodríguez Gómez, con cédula de ciudadanía número 84228 de Bogotá, la indemnización moratoria, salarios caídos, a razón de SEIS PESOS CON SESENTA Y SEIS CENTAVOS (\$ 6.66) moneda legal, por cada día transcurrido entre la fecha en que quedó notificada la sentencia proferida por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en el juicio adelantado entre las mismas partes de la presente litis y el 18 de enero de 1957, según se liquidará definitivamente por el procedimiento establecido en el artículo 553 del Código Judicial, y de acuerdo con la parte motiva de esta sentencia.—CONFIRMASE el mismo numeral en lo demás.

"SEGUNDO. — CONFIRMASE los numerales 2º, 3º y 4º del mismo fallo recurrido.

"TERCERO.—SIN COSTAS—en la segunda instancia".

El apoderado de la parte actora ha recurrido en casación contra la providencia del ad-quem, y la Sala procede ahora a la decisión final previo

el estudio del único cargo que formula el recurrente en su demanda y del escrito de oposición.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

El apoderado de la parte recurrente expresa que la demanda se endereza a obtener la casación parcial del fallo recurrido por el aspecto de la condena en los salarios caídos, "para que, en su lugar, se disponga la confirmación del numeral 1º del fallo del Juzgado Primero del Circuito Laboral de Bogotá, pronunciado el día 23 de mayo de 1957, en el presente juicio, o en subsidio, se condene a la Cooperativa demandada al pago de la suma de seis pesos con sesenta y seis centavos (\$ 6.66) moneda corriente por cada día transcurrido, desde el 26 de febrero de 1954, fecha del despido o terminación unilateral del contrato, hasta el 18 de enero de 1957, en que la Cooperativa consignó el valor del auxilio de cesantía a favor del demandante, previo reconocimiento de que éste tiene derecho al pago del auxilio de cesantía".

CARGO UNICO

"Acuso el fallo recurrido por interpretación errónea o por infracción directa del artículo 65 del C. S. del T.

Lo sustenta el recurrente así:

"No obstante que, en el presente caso, la mala o buena fé, no tiene vinculación a las circunstancias de hecho entre las partes, me permito someramente, referirme a las "razones" o consideraciones del H. Tribunal, antes transcritas, pues ellas no tienen asidero, como no lo tuvieron en el primer juicio laboral. El H. Tribunal, dice que la Cooperativa en el primer juicio tuvo "razones respetables" para alegar un contrato o la existencia de un contrato con período a prueba y en tal virtud darlo por terminado sin las consecuencias legales a que ha estado abocada. Esta afirmación del H. Tribunal se halla desvirtuada inequívocamente por la Honorable Corte Suprema de Justicia, en fallo de fecha octubre 22 de 1956, que dijo: "La norma general es la de que todo contrato celebrado oralmente o que carezca de constancia escrita que fije los términos de su celebración o que pueda demostrarse con la presencia de una prestación de servicios mediante remuneración, ha de aceptarse como indefinido en su duración. Pensar que el contrato con período de prueba pueda celebrarse en cualquier momento de su duración de dos meses por escrito, es tanto como

aceptar que la prestación de servicios del trabajador pueda quedar al capricho y a la inestabilidad que éste haya de producirlo en cualquier momento, aún después de haber comenzado a trabajar sin haber condicionado en un principio nada sobre su duración.... pero lo que sí debe dejarlo en claro, como lo estimó el sentenciador en el fallo recurrido, es que la oportunidad de suscribir el documento no era adecuada. DE LO QUE APARECE EN AUTOS SI SE DESPRENDE BIEN CLARO, QUE EL DOCUMENTO SE SUSCRIBIO CON POSTERIORIDAD A LA FECHA DE NOTIFICACION DEL DESPIDO AL TRABAJADOR....".

"De tal suerte, que si de mala fé se habla, ella comenzó a operar desde el mismo día en que la Cooperativa le hizo firmar el documento o contrato al señor Ignacio Rodríguez, es decir desde el 27 de febrero de 1954".

"La apreciación contenida en los apartes de la sentencia acusada y referente a que la condena sobre salarios caídos sólo procede cuando está acreditada la mala fé del patron y nó cuando aparezca su buena fé, constituye una errada interpretación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo que dice: "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 convenios por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo". En caso similar al de autos (Rafael Ospina Méndez contra Cooperativa Lechera del Atlántico) la Honorable Corte Suprema, Sala Laboral, encontró que el sentenciador había quebrantado el citado precepto, al negarse a condenar al pago de los salarios caídos desde la fecha de la terminación unilateral del contrato de trabajo y haberlo hecho desde la notificación de la demanda, ya que dicha norma no establece distinción alguna al respecto. Dice la Sala: "...El cargo considera errónea la aplicación del artículo 65 cuando se trata de la mora en el pago de un saldo de prestaciones sociales a favor del trabajador. No estima la Sala que haya equivocado entendimiento de la norma, porque ella, como se repite, no establece diferencia sino que hace funcionar la sanción cuando aparezca la mora de una deuda laboral, cualquiera que sea su cuantía".

"El Tribunal condenó a la sanción que establece el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, con base en que la empresa no canceló al trabajador, a la terminación del contrato laboral, el salario adeudado por concepto de presta-

ciones sociales. Ha debido impartirla entonces desde la fecha de la desvinculación laboral y nó desde la notificación de la demanda, como lo resolvió. Este proceder del ad-quem ciertamente implica rebeldía o desconocimiento de la norma acusada, puesto que no la hizo operar en toda la extensión temporal de su mandato”.

Luégo, —agrega el recurrente:

“Sinembargo, si la Honorable Sala considera que el Tribunal, sin errar sobre el contenido de la norma en mención, hizo una mala o indebida aplicación de la misma, acuso entonces la sentencia recurrida por infracción directa del artículo 65 del C. S. del T.”.

“Pues bien. Como se ha visto, estaba el ad-quem obligado por aplicación de dicho precepto, a condenar a la Cooperativa de Trabajadores de Avianca Ltda., al pago de los salarios caídos desde la terminación del contrato de trabajo, 26 de febrero de 1954. No procedió en esta forma el Tribunal, sino que la condena a la sanción del artículo 65, la profirió a partir de la fecha en que hubo de quedar notificada la sentencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en el juicio que adelantaron las mismas partes del presente litigio, hasta el día 18 de enero de 1957, fecha en que consignó la Cooperativa el valor del auxilio de cesantía. Además, si, como lo reconoce el sentenciador, el derecho del demandante surge “de la ley, que condicionándolo a determinados hechos, concede al actor el derecho al auxilio de cesantía”, y si, como lo establece el artículo 65 en cita, en caso de no efectuarse el pago de lo debido por concepto de prestaciones sociales, o de no hacerse la consignación allí prevista, debe condenarse al patrono al pago de los salarios caídos, entonces el sentenciador de segunda instancia violó o quebrantó directamente el artículo 65 del C. S. del T. al no aplicarlo en toda su extensión temporal”.

* * *

Se considera.

A juicio de la Sala, lo que ha pretendido el recurrente con su acusación es plantear dos cargos: uno principal por interpretación errónea del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y otro subsidiario por infracción directa de la misma disposición. Esta conclusión es la que lógicamente se desprende del texto de su demanda cuando dice: “Sinembargo, si la Honorable Sala considera que el Tribunal, sin errar sobre el contenido de la norma en mención, hizo una mala o indebida aplicación de la misma, acuso entonces la

sentencia recurrida por infracción directa del artículo 65 del C. S. del T.”.

Hecha esta aclaración, primeramente se examinará la impugnación por interpretación errónea.

En la sustentación de su ataque, el libelista presenta estos argumentos centrales:

a) Que en el caso **sub-lite** la mala o buena fé no tiene vinculación con las circunstancias de hecho puesto que la Cooperativa demandada no tuvo “razones respetables” para alegar el período de prueba, tal como lo afirma el **ad-quem**; y,

b) Que si de mala fé se trata, ella comenzó a operar “desde el mismo día en que la Cooperativa le hizo firmar el documento o contrato al señor Ignacio Rodríguez, es decir, desde el 27 de febrero de 1954”.

Como ya reiteradamente lo ha dicho esta Corporación, la buena o mala fé patronales siempre juega un papel de primer orden en la configuración de los salarios, indemnizatorios previstos en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Pueden existir ciertas circunstancias especiales como, por ejemplo, la duda razonable sobre la existencia de la obligación y otras semejantes que representan modalidades configurativas de la buena fé patronal que, por lo mismo, excluyen la imposición de la indemnización moratoria. Se aprecia, pues, que la adecuada y razonable interpretación jurisprudencial ha atemperado el ligor literal del precepto comentado. Por lo visto, la Sala no encuentra que el Tribunal Sentenciador hubiera incurrido en el equivocado entendimiento que le imputa el recurrente; todo lo contrario, considera que el Tribunal le dio al artículo acusado la interpretación que le corresponde a su contenido normativo en concordancia con los dictados de la jurisprudencia laboral. Las circunstancias de tránsito de legislación, como ocurrió con el paso del régimen del Código Sustantivo del Trabajo al del Decreto-Ley 617 de 1954, y otras que tuvo en cuenta el **ad-quem**, encajan en principio dentro de las nociones de duda razonable o justificada, de que antes se ha tratado y que son liberadoras de la sanción moratoria. Otra cosa sería que el Tribunal hubiera cometido un flagrante error de apreciación de esos hechos o circunstancias exonerativos de la mala fé patronal, los que en verdad sirven de soporte de la conducta del empleador puesto que ésta sólo puede deducirse de la cualificación de sus actos u omisiones, en la satisfacción de las obligaciones laborales, con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo. Pero como la acusación no se ha planteado en términos de violación indirecta

de la ley sino de interpretación errónea de ésta, lo que excluye el análisis de cuestiones de hecho o probatorias, hay que descartar como atendible en el presente caso aquella supuesta situación.

Por lo expresado, no prospera la acusación por interpretación errónea de la ley.

* * *

En cuanto a la otra acusación por infracción directa del artículo 65 atrás citado, la Sala observa que el recurrente sostiene que el *ad-quem* ha debido aplicarlo en toda la extensión temporal de la mora y no limitado al período comprendido entre el 22 de octubre de 1956, fecha del fallo de casación, y el 18 de enero de 1957, día de la consignación judicial de la cesantía.

Tampoco por este aspecto se estructura la violación directa de la ley que el recurrente le atribuye al fallo de segundo grado. Las razones que tuvo el Tribunal para la condena limitada por los llamados salarios caídos, están consignadas en los siguientes términos:

“No había, pues, mala fé en la mora patronal mientras tuvo oportunidad legal de hacer valer sus puntos de vista y de demostrar los hechos en que los basaba.

“Empero, aun cuando en el momento de la terminación del contrato de trabajo no podía tacharse al patrono de moroso con mala fé, ésta si se hace incuestionable a partir de la fecha en que quedó legalmente notificada la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia, por cuanto de ahí en adelante y por virtud de la cosa juzgada, ya la Cooperativa no podía discutir la existencia de un contrato a término presuntivo con el demandante y, por consiguiente, tampoco podía caberle duda alguna sobre el derecho que asistía al actor al auxilio de cesantía. Las alegaciones de la demandada en este juicio, constitutivas de su defensa, como son las excepciones de prescripción y cosa juzgada, conforman, según el análisis anterior, un verdadero error de derecho y, por ende, constituyen mala fé sin que se admita prueba en contrario. (Artículo 768 del C. C.)”

Se ve, pues, que mientras la entidad demandada estuvo bajo el patrocinio de la buena fé el Sentenciador consideró que no era del caso im-

ponerle la indemnización moratoria; pero apenas estimó que había cesado tal protección, debido a que habían desaparecido las causas justificativas de aquella, resolvió favorablemente la petición por salarios moratorios. En concepto de la Sala esta actitud del Tribunal es ajustada a la ley. Como ya tuvo oportunidad de decirlo la Sala en el estudio del cargo anterior, al Tribunal e igualmente al *a-quo*, corresponde definir si el patrono ha actuado con buena o mala fé en su postura de abstención de pago oportuno de los derechos laborales que se sancionan con los salarios caídos, mediante el análisis de los factores que sirven de soporte a su actitud negativa. En el caso que se examina, el Tribunal encontró que existían circunstancias especiales que justificaban la mora del patrono; mas en cuanto consideró que tales hechos exculpativos de la sanción impetrada habían concluido, entonces dio acogida favorable a ésta. El *ad-quem*, pues, ha obrado dentro del sentido jurídico y jurisprudencial del artículo 65 del C. S. del T. Por lo mismo, no ha habido ni mala ni indebida aplicación del citado precepto.

Como no se ha demostrado la violación directa de la ley, el cargo no prospera.

* * *

En mérito de todas las consideraciones anteriormente expuestas, 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 del recurrente.

Cópiese, publíquese, 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.—Jorge Vélez García—

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONTRATO DE TRABAJO CONCURRENTEMENTE, ANTECEDENTE O SUBSIGUIENTE AL CONTRATO DE APARCERIA

Corte Suprema de Justicia—Salá de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., nueve de junio de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Vélez García).

El señor Luis Aristizábal demandó al señor Antonio González, para que por los trámites de un juicio ordinario laboral fuera éste condenado a pagar a aquél cesantía, vacaciones causadas y no disfrutadas, primas de servicios, salarios correspondientes a días festivos y dominicales, indemnización por ruptura unilateral e injustificada del contrato de trabajo, salarios e indemnización por accidente de trabajo, la indemnización moratoria por el no pago oportuno de las prestaciones, los zapatos y overoles que se hicieron exigibles durante la vigencia del contrato y las costas del juicio.

En el libelo de demanda dijo el apoderado del actor que éste fue contratado por el demandado el 28 de febrero de 1949 para que prestara servicios en la finca "Alto Pedrera", ubicada en jurisdicción del Municipio de Chinchiná, de propiedad del demandado, en labores de desyerbe, reparación de cercas, recolección, limpia y beneficio de café etc.; el trabajo se realizaba todos los días, inclusive los festivos patrios, pero nunca se le pagaron al actor los dominicales, festivos religiosos, ni se le pagaron doblados los festivos nacionales; tampoco le fueron concedidas las vacaciones, ni se le pagaron las primas de servicio, ni se le suministraron zapatos y overoles; a consecuencia de trabajos cumplidos en terrenos pantanosos, el demandante sufrió una infección en la mano derecha, en el año de 1951. Como resultado de tal infección fue operado en el Hospital de Chinchiná por el doctor Vicente Zapata, a fines del mes de junio de dicho año. Continuó incapacitado por un lapso de ocho meses, durante el cual el patrono dejó de pagarle salarios y no le suministró drogas, ni servicios médico-farmacéuticos etc. Terminada la incapacidad continuó trabajando en la misma finca, no obstante haber perdido la flexión de los dedos de la mano derecha, a excepción del pulgar; por la incapacidad

y las consecuencias del accidente, el patrono le pagó a Aristizábal la suma de \$ 500.00. Finalmente destaca el libelo que al contrato no se le fijó término de duración, que Aristizábal venía prestando normalmente sus servicios por un jornal de \$ 3.50, que trabajó hasta el 6 de noviembre de 1954, cuando le faltaban 3 meses y 24 días para completar la última prórroga del contrato presuntivo; y que hasta la fecha de la demanda no se le habían pagado las prestaciones y salarios.

El demandado respondió la demanda por conducto de apoderado judicial. Negó la mayoría de los hechos. Explicó que Luis Aristizábal había verificado varios trabajos en la finca de González, al contrato, y éste le pagó el valor de ellos según consta en las planillas. Así mismo afirmó que le había pagado al demandante el 20 de junio de 1954 la suma de \$ 150.00 por concepto de auxilio de cesantía, de fechas anteriores. Agregó que "El día 4 de abril de 1953, el demandante Aristizábal se hizo cargo, como aparcerero de la finca de propiedad de González llamada "Alto Pedrero" (sic), según contrato firmado ante testigos en esa misma fecha. El contrato se hizo por el término de un año, pero el aparcerero sólo desocupó después. De tal manera que en el último tiempo, el señor Aristizábal fue un aparcerero, sin derecho a las prestaciones que reclama, como ya lo tiene establecido la jurisprudencia".

El demandado propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, pago, transacción y prescripción.

Fallos de instancia.

El Juez Segundo del Trabajo de Manizales dirimió la controversia en proveimiento de 19 de abril de 1956, por el cual se condenó al demandado a pagar al demandante: a) \$ 483.00 por auxilio de cesantía; b) \$ 52.50 por concepto de vacaciones; c) \$ 153.10 por primas de servicio. Se condenó igualmente al demandado a suministrar en especie al trabajador cuatro pares de zapatos—tipo botín— de cuero, y cuatro overoles. Se declararon parcialmente probadas las excepciones de "inexistencia de la obligación y prescripción",

pero fueron declaradas sin fundamento legal las de "transacción y pago"; se absolvió al demandado de los demás cargos y peticiones de la demanda y no se condenó en costas.

Ambas partes interpusieron apelación contra la sentencia anterior. El Tribunal Seccional del Trabajo de Manizales resolvió el recurso en providencia del 2 de agosto de 1956, en la cual revocó la de primer grado y absolvió al demandado de todos los cargos y peticiones formulados por el actor. No hubo condenación en costas.

El recurso de casación.

La parte actora interpuso el recurso de casación. Concedido, admitido y tramitado en legal forma, corresponde ahora a la Corte resolverlo. El recurrente busca la casación total del fallo, para que en su lugar la Corte —como Tribunal de instancia— entre a decidir, acogiendo parcialmente la sentencia de primer grado, con las reformas que en derecho correspondan, de acuerdo con lo alegado y probado en juicio.

"En consecuencia —dice el recurrente— el fallo definitivo habrá de declarar la existencia del contrato de trabajo y condenar al demandado al pago de las siguientes cantidades, en concepto de prestaciones e indemnizaciones surgidas de su ejecución no interrumpida entre el día 28 febrero de 1949 y el 6 de noviembre de 1954, con base en un jornal de \$ 3.50 diarios, así

- "A) Por auxilio de cesantía, en 5 años, 8 meses y 9 días\$ 597.50
- "B) Por vacaciones acumuladas en los últimos 4 años 210.00
- "C) Por primas de servicios, a partir de 1952 y liquidada proporcionalmente en el último semestre 308.00
- "D) Indemnización por accidente de trabajo 735.00
- "E) Seis (6) pares de zapatos y seis (6) everoles.

"F) Indemnización por no pago oportuno de las prestaciones demandadas, a razón de \$ 3.50 por cada día de retardo desde el 6 de noviembre de 1954 hasta cuando se verifique el pago en legal forma.

"EXCEPCIONES.—Declarar parcialmente probada la excepción de inexistencia de la obligación, en cuanto a salarios por festivos patrios y religiosos, y dominicales, como también por la indemnización por ruptura ilegal del contrato de

trabajo, por no estar acreditado el derecho en el juicio.

"Declarar probada la excepción parcial de prescripción, en cuanto a las obligaciones exigibles con anterioridad de tres (3) años al 24 de marzo de 1955, fecha de interrupción de la prescripción por reclamo ante la Inspección Nacional de Asuntos Campesinos de Manizales. Se exceptúa la acción para demandar la indemnización por accidente, toda vez que "el término de prescripción no comienza a correr sino desde el momento en el cual la incapacidad resultante sea definida en su clase, de modo que el accidentado se encuentre en condiciones de conocer la indemnización que le corresponde" (CABANELLAS, cita Ortega Torres, Código, página 372). Y en el presente caso el dictamen médico sobre calificación de incapacidad y correspondiente indemnización, fue emitido en fecha 13 de febrero de 1956. (Fl. 18).

"Declarar NO PROBADAS las excepciones de pago y transacción propuestas por la parte demandada".

Cargo único.

Acusa la sentencia por aplicación indebida de los artículos 22, 23, 24 y 25 del Código Sustantivo del Trabajo, como consecuencia de errores en la apreciación de las pruebas, violación que condujo al Tribunal a dejar de aplicar las normas contenidas en los artículos 14, 65, 186, 189, 190, 193, 199, 203, 204, 209, 211, 218, 230 (subrogado por el artículo 9º del Decreto 617 de 1954), 249 y 306 ibídem.

Dice que el desarrollo del cargo conduce a la demostración de la existencia del contrato de trabajo y particularmente, del vínculo de subordinación o dependencia, elemento negado por el sentenciador de segundo grado

Como pruebas mal apreciadas cita y transcribe parcialmente las siguientes:

"a) En Acta de Conciliación. (Folio 2). Ante el señor Inspector de Asuntos Campesinos de Manizales, el apoderado de Antonio González, hizo las siguientes confecciones:

"En cuanto al señor Luis Aristizábal manifiesto que si es cierto trabajó en la finca de mi patrocinado, no lo hizo en forma continua pues cuando trabajó al jornal lo hacía durante dos o tres días de la semana como consta en las planillas respectivas. Había veces en que sí trabajaba toda la semana, pero es prácticamente imposible computar el tiempo para efectos de la cesantía. Tampoco es cierta ni la fecha que relata como inicial

de su trabajo ni la en que dice se retiró. Este reclamante tuvo contratos con mi patrocinado para trabajos a destajo y de administración, donde no se pactó salario fijo diario, dada su modalidad. En cuanto al accidente de trabajo el señor González conserva un recibo donde consta una transacción por este concepto.

“b) Recibo de fecha 20 de junio de 1954 (folio 8), documento en el cual el trabajador declara tener recibida del patrono la cantidad de CIENTO CINCUENTA PESOS (\$ 150.00), “por concepto de auxilio de cesantía según liquidación verificada en esta fecha”, y otorga además finiquito de las horas extras, descansos dominicales, días festivos patrios, vacaciones y prestaciones sociales, en la misma fecha, anterior a la terminación del contrato o relación laboral.

“c) Documento de fecha 4 de abril de 1953 (folio 9 y vuelto), en el cual se hace figurar al trabajador Luis Aristizábal como “Administrador”, de una parte o lote de terreno dentro de la finca “Alto Pedrero” de propiedad del patrono demandado. Importa destacar las siguientes cláusulas:

“Sexta: Es obligación del administrador cuando los quehaceres del terreno que recibe lo permitan, el de ayudarle al propietario en los trabajos del resto de la finca, trabajos que pueden ser por contrato o al jornal, pagándole como salario al día la suma de tres pesos para mantenerse de ellos”.

“Séptima: El Administrador renuncia desde ahora a las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, tal como a los artículos 186, numerales 1º, y 2º letra a) del artículo 204, 230 y 232 y 252 de la obra invocada.

“d) Contestación de la demanda (folio 10 y siguientes). Se leen estas manifestaciones que tienen el valor probatorio de una confesión:

“EXPLICACIONES OFRECIDAS. — El señor LUIS ARISTIZABAL VERIFICO VARIOS TRABAJOS EN LA FINCA DEL SEÑOR GONZÁLEZ, AL CONTRATO Y ESTE LE PAGO EL VALOR DE ELLOS, SEGUN CONSTA EN PLANILLAS QUE PRESENTARE. También, antes de abril de 1953, fue trabajador del señor González, en forma esporádica, ganando un jornal unas veces mayor y otra menor. Para evitar dificultades, mi patrocinado le pagó a Aristizábal el 20 de junio de 1954 la suma de ciento cincuenta pe-

sos (\$ 150.00), por concepto de auxilio de cesantía de fechas anteriores.

“EXCEPCIONES.... INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION.—Basada en el hecho de que, como ya dije, el demandante fue trabajador por contrato unas veces, como aparecero (sic) otras y en forma aislada, como asalariado otras, durante muy corto lapso.

“PAGO.— Basada en que, como ya expresé, al demandante se le pagaron algunas prestaciones que se le causaron a deber.

“TRANSACCION.— Basada en los mismos hechos anteriores.

e) Dictamen Médico-laboral (folio 18). En fecha 13 de febrero de 1956, el doctor Germán Muñoz Botero, Médico Seccional Industrial de Manizales, rindió dictamen sobre el accidente de trabajo sufrido por el trabajador Aristizábal, con el siguiente resultado:

“Anquilosis de la (sic) dos últimas articulaciones interfalangianas del dedo cuarto de la mano derecha; anquilosis de las articulaciones interfalangianas del dedo meñique y disminución funcional de los dedos segundo y tercero de la misma mano. Estas lesiones se clasifican, por analogía, en el numeral 7. Grupo IV de la Tabla de Valuación de incapacidades en vigencia, pero disminuyendo el porcentaje de disminución laboral en un cinco por ciento, en razón de que la limitación de movimientos de los dedos índice y cordial de la mano derecha es apenas parcial. En consecuencia, la indemnización que corresponde al trabajador Aristizábal, es igual al valor de siete (7) meses de salario”.

“f) Recibos de “LIQUIDACION DE TRABAJO” (folios 19 a 22), en los cuales aparece el pago de diversas cantidades en fechas 13 y 20 de junio y 11 y 27 de julio de 1954, por el trabajo en las semanas que finalizan en cada una de las expresadas fechas, remunerado en forma de destajo.

“g) Posiciones absueltas por Luis Aristizábal (folio 23).—Es muy claro en sus respuestas el demandante, y sus explicaciones merecen tomarse en cuenta para desentrañar la naturaleza del contrato. Así dice al contestar la segunda pregunta:

“De 1949 a 1954, estuve en la finca del señor Antonio González, administrando y trabajando en la misma finca; y durante el mismo tiempo por algunas ocasiones, tuve lotes de cafeteras para administrarlos en compañía con el propietario señor Antonio González.

“A la TERCERA pregunta, contesta:

“No es cierto y explico: Fui mayordomo de la finca, (sic) y parte de mi tiempo se lo dediqué a las cafeteras que tenía en compañía con don Antonio González, cuando no trabajaba al jornal, porque la mayor parte del tiempo lo emplee en trabajar al jornal durante la administración de la finca.

“h) Inspección Ocular sobre planillas (folio 25). En la segunda audiencia de trámite, la parte demandante exhibió diez (10) planillas de pagos de trabajadores, en diversas épocas correspondientes a los años de 1950, 1951 y 1952, y en todas ellas figura como trabajador el demandante Luis Aristizábal.

“i) Declaraciones de JOSE AGUSTIN CASTAÑO y JORGE ELIECER HENAÑO (folio 26).

“Estos testigos, citados por la parte demandada, afirman tener conocimiento de que Luis Aristizábal trabajó al servicio de don Antonio González, el primero por haber estado trabajando por algún tiempo en la misma finca, y el otro por razones de vecindad.

“j) POSICIONES ABSUELTAS POR ANTONIO GONZALEZ (folio 32).—Al absolver el pliego de posiciones, el demandado confiesa que tuvo como trabajador a Luis Aristizábal y le remuneró su labor y las prestaciones.

“En efecto, son estas algunas preguntas y respuestas:

“1ª Es cierto sí o nó que Luis Aristizábal estuvo dedicado a desyerbar, reparación de cercos, recolección de café y demás labores de su finca?.

“CONTESTO: “Es cierto a excepción de cercos que no los hizo y los demás trabajos los ejecutaba pero al contrato”.

“A la pregunta 4ª, contestó:

“Es cierto que le dí ciento cincuenta pesos al señor Aristizábal cuyo recibo presenté con la demanda (sic) y que corresponde a prestaciones sociales...

“Preguntado: “5ª Es cierto, sí o nó, que Aristizábal trabajó en su finca desde fines de febrero de 1949 en adelante, en diferentes labores?

CONTESTO: Es cierto.

“Preguntado sobre no pago de dominicales y festivos, CONTESTO: No es cierto y advierto que yo sí pago los dominicales a pesar de que la finca es pequeña y también le pagué los días que trabajó”. (Pregunta 7ª).

“Preguntado sobre el jornal devengado por el trabajador, CONTESTO: NO es cierto porque el señor Aristizábal empezó a devengar jornal de dos veinte, luego tres pesos y por último tres cincuenta. (14ª).

“Preguntado sobre el nó pago de prestaciones sociales, CONTESTO: No es cierto porque el recibo de los ciento cincuenta pesos corresponde a prestaciones sociales, y no por vigilancia” (20ª)”.
Agrega que el propio Tribunal, al comenzar la motivación, acepta que existió una vinculación contractual de carácter laboral entre las partes (transcribe el párrafo correspondiente), pero luego se olvida de esta realidad y es entonces cuando incurre en el error manifiesto de hecho que se acusa.

Examen del cargo:

La relación hecha por el recurrente —cuya repetición en este análisis resulta superflua— es demostrativa de que evidentemente existió contrato de trabajo entre el actor y el demandado. Las diversas piezas probatorias que el recurrente señala como mal apreciadas por el sentenciador —y que, en efecto, fueron valoradas de manera ostensiblemente erróneas— producen indiscutiblemente la certidumbre de que, salvo el contrato de aparcería interfiriente que aparece demostrado a folio 9, antes y después de éste el actor prestó servicios personales al demandado, y tal relación por ministerio de la ley (artículo 24) se presume regida por un contrato de trabajo.

Se configura por tanto el error de hecho que se predica de la providencia recurrida la cual, en consecuencia, habrá de casarse.

Antes de resolver, la Sala considera necesario hacer las siguientes

Consideraciones de instancia.

El examen del haz probatorio indica que las relaciones contractuales entre las partes fueron así: (a) del 28 de febrero de 1949 al 3 de abril de 1953 existió un contrato de trabajo; (b) del 4 de abril de 1953 al 4 de abril de 1954 existió entre los mismos un contrato de aparcería; (c) de 5 abril de 1954 a 6 de noviembre de 1954 existió nuevamente un contrato de trabajo. (Cfr. análisis del a-quo a folio 42).

Empero, como el actor sólo reclamó sus prestaciones el 24 de marzo de 1955, y como el demandado propuso la excepción de prescripción, es necesario acogerla parcialmente en lo que atañe a las obligaciones causadas y exigibles tres (3)

años antes (artículos 488 del C. S. del T. y 151 del C. de P. L.), o sea el 24 de marzo de 1952, lo cual está en acuerdo con el petitum del recurso. Por consiguiente, se declaran prescritos los derechos emanados (a excepción de la cesantía) del primer contrato (a) causadas por el lapso comprendido entre el 28 de febrero de 1949 y el 24 de marzo de 1952. Se reconocen en cambio las del resto del lapso del contrato (a) y las de todo el tiempo del contrato (c).

Cesantía: Respecto de esta prestación no procede la prescripción parcial en el contrato (a), porque ésta sólo se hizo exigible a la terminación del mismo o sea el 3 de abril de 1953. Se toman por tanto para su liquidación los lapsos completos de los contratos (a) y (c), lo cual da un total de tiempo servido de **4 años, 8 meses y 2 días**, que con un jornal de \$ 3.50 diarios (reconocido en posiciones por el demandado) produce un auxilio de cesantía de \$ **491.45**.

Vacaciones: Sólo tiene derecho a las causadas y no disfrutadas entre el 24 de marzo de 1952 y 24 de marzo de 1953, durante el contrato (a), que no están prescritas. El valor de éstas asciende a la suma de \$ 52.50.

Primas de servicio: Se liquidan a partir del 24 de marzo de 1952 en los contratos (a) y (c), así: con el jornal de \$ 3.50, la proporcional 3 meses y 6 días del primer semestre de 1952 vale \$ 27.99, la completa del último semestre del mismo año vale \$ 52.50. La prima proporcional al período de 3 meses 3 días del primer semestre de 1953 vale \$ 27.12, y la que corresponde al último semestre de 1954 (por un período de 4 meses y 6 días) alcanza a la suma de \$ 42.30. Total de las primas de servicio: \$ **149.91**.

Accidente de trabajo: Está demostrado en el proceso (folio 18) que el demandante padece de una disminución funcional por anquilosis de varios dedos de la mano derecha. Pero en esta deficiencia, calificada de accidente de trabajo por el demandante, dejó de demostrarse un extremo fundamental como es el de la época de su ocurrencia, pues de haber acaecido ésta durante la ejecución del contrato de aparcería (b), el demandado estaría exento de toda obligación por este concepto. El conato probatorio encaminado a establecer que dicha lesión se produjo en el año de 1951, durante el primer contrato de trabajo (a), resulta frustrado por la certificación del

Director del Hospital de San Marcos de Chinchiná (folio 34) en que se afirma no existir constancia en los libros acerca de la intervención quirúrgica ni de la hospitalización del señor Aristizábal a partir de junio de 1951. En consecuencia no prospera esta petición.

Tampoco aparece demostrado en el proceso lo relativo a las peticiones por salarios en días festivos, patrios, religiosos y dominicales, ni a la ruptura unilateral del contrato por parte del patrono; en consecuencia, tampoco puede accederse a estas solicitudes.

Salarios caídos: No fue considerada esta petición por el **a-quo**, ni mucho menos por el sentenciador de segundo grado. El primero, sin que se sepa por qué causa. El segundo, por la razón de que —al menos en la parte final de su proveído— declaró no haber hallado configurado contrato de trabajo y absolvió al demandado. No pudiéndose aplicar el artículo 65 sino en casos de mala fé patronal, según lo tiene establecido la jurisprudencia, corresponde analizar la posición del patrono para proveer en consecuencia. En el **sublite** se presentan circunstancias que merecen especial atención: el carácter concomitante que en veces asumió el contrato de trabajo con el especial de aparcería, al par que las intermitencias temporales del primero, produjeron en el sentenciador de segundo grado bases para una decisión que, aunque injurídica, obedecía a las especiales dificultades presentadas por el caso. Si la materia, por tanto, se prestó a cavilaciones y dudas para la jurisdicción, es apenas lógico pensar que hubiera determinado una mayor perplejidad para el patrono, persona no avezada en las complejidades del derecho, de lo cual se colige que su actitud estuvo amparada por un estado de duda razonable exculpativa de la sanción moratoria. Lo anterior lleva a la Sala a absolver al demandado por el concepto de indemnización moratoria.

Zapatos y overoles: El patrono debe suministrarle al demandante cuatro (4) pares de zapatos y cuatro (4) overoles, de acuerdo con el análisis que sobre este extremo hace el **a-quo** a folio 44 vuelto.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **CASA** la sentencia de 2 de agosto de 1956, proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Manizales,

que fue objeto del presente recurso, y, en su lugar, reforma la del a-quo, y obrando como tribunal de instancia dispone:

Primero: Condénase al señor Antonio González a pagar al señor Luis Aristizábal las cantidades por los conceptos que a continuación se expresan:

a) Cuatrocientos noventa y un pesos con cuarenta y cinco centavos (\$ 491.45) moneda corriente, por concepto de auxilio de cesantía;

b) Cincuenta y dos pesos con cincuenta centavos (\$ 52.50) moneda corriente por concepto de vacaciones;

c) Ciento cuarenta y nueve pesos con noventa y un centavos (\$ 149.91) moneda corriente, por concepto de primas de servicio.

Segundo: Mantiénense las condenas, absoluciones y declaraciones en la forma hecha por el juzgador de primer grado en los numerales 2º, 3º, 4º, 5º, 6º y 7º. del fallo proferido por aquél.

Sin costas.

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

Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiria C.—

Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



SALARIO MINIMO LEGAL. — APLICACION EN CASO DE FALTA DE PRUEBA SOBRE EL MONTO DEL SALARIO DEVENGADO POR EL TRABAJADOR. — SALARIO MINIMO EN EL TRABAJO A DOMICILIO. — CONFLICTO DE NORMAS EN MATERIA LABORAL

El salario mínimo, cuya finalidad es la de subvenir a las necesidades normales del trabajador y de su familia en el orden material, moral y cultural, se ha establecido en favor de todo el que reciba su salario en dinero, total o parcialmente, sea que la medida "se refiera a unidades de tiempo, a unidades de obra, tarea o actividad, o se tase por porcentajes, cualesquiera que sean los periodos de liquidación y pago", como lo preceptúa claramente el artículo 1º del Decreto número 71 de 1950.

El trabajo a domicilio, que como es sabido se remunera por unidad de obra o a destajo, no está, pues, excluido por este solo aspecto de las normas sobre salario mínimo, tanto menos cuanto que si el patrono no cumple con la obligación legal de llevar las anotaciones acerca de los nombres y domicilios de quienes ejecutan el trabajo; cantidad y características de la labor, forma y monto de la retribución, etc., y la de entregar gratuitamente al trabajador a domicilio la "libreta de salario", resulta en extremo difícil determinar con exactitud la remuneración recibida por el operario. Y no hay razón para sostener que la jornada de trabajo del que presta sus servicios a domicilio, nunca llega a las ocho horas diarias. Al contrario, se ha admitido generalmente por la doctrina, fundada en la experiencia del llamado "sweating system" (régimen del sudor) que el trabajador a domicilio tiene que realizar, por lo menos, tanta actividad como la que corresponde a una jornada normal y que aún alcanza niveles agotadores.

Respecto de la exclusividad de servicios, cabe observar que en parte alguna la exigen las disposiciones sobre la materia, por lo cual carece de validez el argumento de que para efectos del salario mínimo se requiere que la jornada de ocho horas se preste en favor de un solo patrono.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., diez de junio de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Alberto Bravo).

EUTALIA SALCEDO, por medio de apoderado, demandó a BONIFACIA DE URIBE, para que, por los trámites de un juicio ordinario laboral fuera condenada a pagarle la remuneración correspondiente al descanso dominical y en días de fiestas nacionales y religiosas, primas de servicios, vacaciones, auxilio de cesantía, salarios caídos y las costas del juicio.

Según los hechos de la demanda, la actora prestó sus servicios a la demandada desde el 1º de octubre de 1954 hasta el 15 de septiembre de 1955, fecha ésta en que fue retirada sin previo aviso y sin causa justificada; su actividad consistió en la confección de vestidos de dril para hombre, con destino a un almacén de propiedad de la demandada, situado en la plaza de mercado municipal de Ibagué; devengó un salario por unidad de obra, que al principio fue de \$ 2.14 y en los últimos años de \$ 5.21, en promedio; no se le pagó el valor de los salarios de los días de descanso obligatorio, ni las primas de servicio, ni se le concedieron vacaciones durante la ejecución del contrato, y, al terminar éste, no se le pagó tampoco el auxilio de cesantía.

Fundó su derecho en el Decreto 2.350 de 1954, en las Leyes 10 de 1934, 6ª de 1945 y 35 de 1939, y en los artículos 172, 174, 186, 249, 306 y demás concordantes del Código Sustantivo del Trabajo.

La parte demandada se opuso a las pretensiones de la demandante, manifestando que entre las partes no existió contrato de trabajo, porque si bien la señora Salcedo realizó algunas labores para la señora de Uribe, a domicilio, ello ocurrió de manera ocasional y sin subordinación de qué-lla a ésta.

El Juzgado del Trabajo del Circuito Judicial de Ibagué, que fue el del conocimiento, en sentencia del 6 de julio de 1956, absolvió a la demandada de todas las peticiones del libelo inicial.

Habiendo apelado el apoderado de la demandante para ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Ibagué, éste, en su fallo, "reformó" el del inferior, y en su lugar codenó a la demandada a pagar a la demandante \$ 952.00 por concepto de auxilio de cesantía, \$ 300.00 por vacaciones y \$ 270.00 por prima de servicios.

Interpuesto el recurso de casación por el apoderado de la demandada, concedido, admitido y tramitado en la forma legal, va a decidirse mediante el estudio de la respectiva demanda y del escrito del opositor.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Se dirige "a obtener que la Corte Suprema case el fallo de segundo grado, y que, convertida en Tribunal de instancia, confirme el fallo de primer grado y condene en costas a la parte demandante".

EL RECURSO

Con apoyo en la causal 1ª del artículo 87 del C. de P. del T., fórmula cinco cargos, que serán examinados a continuación.

PRIMER CARGO

Acusa de violación, por aplicación indebida, de los artículos 145, 146, 147, 148 y 192 del Código Sustantivo del Trabajo en concordancia con el último inciso del artículo 2º del Decreto 71 de 1950, que reglamentó los Decretos Extraordinarios 3.871 de 1949 y 70 de 1950, relativos al salario mínimo.

En desarrollo del cargo dice el recurrente que hubo interpretación errónea de las disposiciones citadas, porque habiéndose establecido la garantía del salario mínimo "para los trabajadores que perciban la totalidad de su estipendio o remuneración en dinero efectivo, que sean mayores de 16 años y obligados a trabajar **jornadas completas de 8 horas en adelante**, (subraya) según las autorizaciones legales y reglamentarias vigentes", conforme al último inciso del artículo 2º del Decreto 71 de 1950, y en el supuesto de que entre las partes hubiera existido un contrato de trabajo a domicilio, según lo dá por sentado el fallador, no era aplicable al caso el salario mínimo, que no puede amparar sino a los trabajadores de planta, que laboran durante ocho horas o más bajo la vigilancia o control de un empresario. "El legislador —dice— no podía tener en cuenta el salario mínimo global de dos pesos (\$ 2.00)

diarios para trabajadores a domicilio porque éstos siempre trabajan por unidad de obra, pieza o destajo, sin tener en cuenta horario alguno. De lo contrario, un trabajador contratado para hacer vestidos... a \$ 1.20, \$ 1.50 y \$ 3.00 docena, mal podría ganarse dos pesos (\$ 2.00) diarios aunque no llegara a confeccionar siquiera un pantalón al día".

Se considera:

El salario mínimo, cuya finalidad es la de subvenir a las necesidades normales del trabajador y de su familia en el orden material, moral y cultural, se ha establecido en favor de todo el que reciba su salario en dinero, total o parcialmente, sea que la medida "se refiera a unidades de tiempo, a unidades de obra, tarea o actividad, o se tase por porcentajes, cualesquiera que sean los períodos de liquidación y pago", como lo preceptúa claramente el artículo 1º del Decreto número 71 de 1950.

El trabajo a domicilio, que como es sabido se remunera por unidad de obra o a destajo, no está, pues, excluido por este solo aspecto de las normas sobre salario mínimo, tanto menos cuanto que si el patrono no cumple con la obligación legal de llevar las anotaciones acerca de los nombres y domicilios de quienes ejecutan el trabajo; cantidad y características de la labor; forma y monto de la retribución, etc., y la de entregar gratuitamente al trabajador a domicilio la "libreta de salario", resulta en extremo difícil determinar con exactitud la remuneración recibida por el operario. Y no hay razón para sostener que la jornada de trabajo del que presta sus servicios a domicilio, nunca llega a las ocho horas diarias. Al contrario, se ha admitido generalmente por la doctrina, fundada en la experiencia del llamado "sweating system" (régimen del sudor) que el trabajador a domicilio tiene que realizar, por lo menos, tanta actividad como la que corresponde a una jornada normal y que aún alcanza niveles agotadores.

Respecto de la exclusividad de servicios, cabe observar que en parte alguna la exigen las disposiciones que cita el recurrente, por lo cual carece de validez su argumento de que para efectos del salario mínimo se requiere que la jornada de ocho horas se preste en favor de un solo patrono.

No resulta, pues, desacertado aplicar, como lo hizo el fallador, las normas sobre salario mínimo, cuando falta la prueba concreta sobre el monto del salario devengado por el trabajador a domicilio.

El cargo no prospera.

SEGUNDO CARGO

Sostiene el recurrente que hubo aplicación indebida de las mismas normas citadas en el cargo anterior, a consecuencia de error de hecho consistente en que no se apreciaron o se apreciaron indebidamente las siguientes pruebas:

1. Las declaraciones de Antonio Vásquez Rodríguez (folio 32), Joaquín Pineda Ortiz (folio 33), Jorge Naranjo (folio 34), Inés López (folio 38), Ismenia Guzmán (folio 39), Francisco Quijano (folio 39 vuelto) y Pastor Quintero (folio 40),

2. La absolución de posiciones de la demandante.

Acerca de los testimonios aducidos por el demandante, el recurrente dice que las afirmaciones de los testigos son imprecisas en cuanto a las fechas, horarios, cantidad de trabajo, precios etc.; que son contradictorias respecto de la entrega de los materiales, la cual según unos se efectuaba directamente por la demandada, y según otros, por conducto de un individuo conocido con el nombre de "El Chivo"; que algunos dicen saber los hechos por simples referencias o de oídas, y que, sobre todo, de tales testimonios no puede inferirse que "el horario era mínimo de ocho (8) horas diarias".

Refiriéndose a las declaraciones de los testigos presentados por la demandada, anota el recurrente que el fallador no tuvo en cuenta que ellos coinciden en aseverar que la actora trabajó simultáneamente para otras personas y que en lo tocante a los servicios que prestó a la señora de Uribe, fueron intermitentes.

Sobre la absolución de posiciones de la demandante, hace el reparo de que las respuestas son vagas; que no indicó la absolvente cuál fue la cantidad de obra confeccionada y que ni siquiera intentó establecer cuánto devengaba, ni en qué tiempo recibió los distintos precios por unidad de obra.

Insiste en que el salario mínimo no rige para los trabajadores a domicilio y que, además, en el asunto debatido se le aplicó con retroactividad, tanto en el salario propiamente dicho, como en la cesantía, etc., puesto que tal especie de salario sólo se estableció en el año de 1950.

Se considera:

El fallador estimó y analizó todas las pruebas que singulariza el recurrente, y aunque advirtió contradicciones en algunas de ellas y falta de claridad en otras, adquirió la convicción de que "en el caso sub-judice sí existió contrato de trabajo a domicilio entre la demandante y la demandada,

ya que Eutalia Salcedo prestaba su servicio personal en el trabajo de costura, por cuenta de la demandada Bonifacia de Uribe". Además, halló comprobado que "el trabajo era habitual, pues aunque en ocasiones dizque demoraba (Eutalia Salcedo) algunos días en entregar la obra, según consta en los autos, ésto no se opone a la habitualidad del trabajo como ya se dijo". "Estas pequeñas interrupciones —agrega el sentenciador— no fueron bastantes para que la patrona y demandada señora Bonifacia de Uribe cancelara definitivamente el contrato de trabajo a domicilio con Eutalia Salcedo. Por el contrario, según consta en el expediente, el trabajo de la Salcedo tuvo lugar durante mucho tiempo, desde el año de 1937 a 1955, según los testigos José Joaquín Pineda y Jorge Naranjo, (folios 33 fte. a 35 fte. del expediente). Por otro aspecto, la demandada señora Bonifacia de Uribe no cumplió con las disposiciones legales o con las que establece sobre el particular el Código Sustantivo del Trabajo, como anteriormente se anotó (artículos 90, 93 del Código Sustantivo del Trabajo). En esta forma le quedaba muy difícil a la trabajadora demostrar el tiempo de trabajo servido a favor de la demandada, así como saber a ciencia cierta, cuáles fueron las interrupciones de que tratan los testigos y la misma demandada en éste negocio..."

La circunstancia de que el testigo Antonio Vásquez afirmara que los materiales eran enviados a la demandante por conducto de una persona determinada; y que Jorge Naranjo dijera que eran llevados por la propia señora Bonifacia de Uribe, constituye una contradicción sin importancia, porque pudieron darse alternativamente las dos modalidades de entrega de materiales, como bien lo explica la demandante al absolver la posición cuarta, así: "Yo le entregaba la obra semanalmente e inmediatamente me entregaba o me mandaba (se subraya) más material para la confección de nuevas obras, tal como estaba acordado".

En cuanto a que la demandante prestara sus servicios a otras personas, según lo declaran algunos testigos, el fallador sostiene, con apoyo en el artículo 26 del Código Sustantivo del Trabajo, que esa circunstancia no exonera a la demandada de sus obligaciones para con aquella, derivadas del contrato de trabajo a domicilio, porque no se pactó la exclusividad, apreciación ésta que el recurrente omite atacar.

No se configura, pues, el error de hecho alegado, y, por tanto, este cargo tampoco prospera.

TERCER CARGO

Acusa por falta de aplicación del artículo 21 del C. S. del T., que determina que la norma que se adopte debe aplicarse en su integridad.

Lo sustenta así:

"La sentencia acusada violó esta norma, como paso a demostrarlo:

"A folio 87 dice el fallo recurrido:

"Según la Ley 6ª de 1945 en su ordinal F. y parágrafo (1º..) durante cinco años a razón de \$ 60.00, total\$ 300.00"

"Total de la cesantía\$ 952.00"

"En concordancia con el artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo".

"Se ignora qué norma legal se aplicó en la liquidación siguiente que aparece al folio 86, parte final:

"Sobre las bases anteriores se entra a liquidar el auxilio de cesantía a favor de la demandante, en la forma siguiente: del 16 de octubre de 1954 al 1º de septiembre de 1955 10 años y 10 meses y medio, a razón de \$ 60.00 por año son \$ 652.50".

"Es probable que para esta liquidación no se aplicó el Código Sustantivo del Trabajo, porque como la demandante ha dicho que hizo obras a razón de \$ 1.20 y \$ 1.50 docena y posteriormente a \$ 3.00 docena no hubo un salario constante y por ende no fue el artículo 253 del Estatuto Sustantivo Laboral el aplicado, sino la legislación anterior, según la cual el auxilio de cesantía se liquidaba por el último salario cuando había modificaciones o no era constante.

"En esta forma queda de manifiesto que para liquidar una misma prestación se usaron dos normas (Ley 6ª de 1945 y C. S. del T.).

"Es de presumirse que para liquidar primas de servicios y vacaciones se aplicó el Código Sustantivo del Trabajo, y por consiguiente volvió a violarse el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, que prohíbe promiscuar normas de diversos estatutos.

"No es que se haya aplicado el ordinal 3º del artículo 252 del Código Sustantivo del Trabajo, que autoriza aplicar la legislación anterior para los trabajadores que tuvieron LA CESANTIA RESTRINGIDA, porque el fallador es muy claro cuando dice que no restringe ninguna prestación porque se presume que el demandado tiene el máximo de capital porque no presentó declaración de renta. Esto lo dice la sentencia a folios 85, bajo el rubro "CAPITAL DE LA DEMANDADA".

"En cumplimiento y desarrollo del artículo 21 del C. S. del T., el sentenciador debió aplicar

EXCLUSIVAMENTE la Ley 6ª de 1945, o exclusivamente el C. S. del T., y no el HIBRIDO JURIDICO de dos códigos, vale decir, DOS NORMAS.

"La incidencia de la violación de la norma contenida en el artículo 21 perjudica a mi poderdante, porque la contraparte se benefició con la norma sobre cesantía de la anterior legislación sobre el último salario (con salario variable, toda vez que tuvo que ser por unidad de obra), al paso que también se favoreció con las normas sobre PRIMAS DE SERVICIO del Código Sustantivo del Trabajo".

Se considera:

Ante la imposibilidad de determinar con exactitud el monto de lo que devengó efectivamente la demandante, y sin desconocer que hubo variación en el precio por unidad de obra, el sentenciador tomó como base para la liquidación de las prestaciones sociales de Eutalia Salcedo, el salario mínimo, que es salario fijo. Y si bien, refiriéndose al auxilio de cesantía, cita al mismo tiempo la respectiva disposición de la Ley 6ª de 1945 y el artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo, como las dos normas fijan la misma proporción, o sea la de un mes de salario por cada año de trabajo y proporcionalmente por fracciones de año, no puede reputarse más favorable al trabajador la una o la otra, y de consiguiente no surge para este efecto el conflicto previsto en el artículo 21 del C. S. del T.

En lo tocante a la compensación en dinero de vacaciones causadas y no disfrutadas y a las primas de servicio, prestaciones distintas e independientes del auxilio de cesantía, que tienen su propio régimen, la liquidación se hizo también sobre el salario mínimo de \$ 60.00, que para el sentenciador fue "el último salario devengado" de que trata el artículo 7º del Decreto 617 de 1954, sobre vacaciones, y el que rigió, respecto de las primas, desde la fecha en que se expidió el C. S. del T. hasta cuando terminó el contrato.

En consecuencia, no hubo aplicación "híbrida" de normas concurrentes, y siendo así no resulta violado por el aspecto que se indica el artículo 21 del nombrado Código.

Se rechaza el cargo.

CUARTO CARGO

Señala como violado el artículo 12, ordinal f), parágrafo, regla 1ª, de la Ley 6ª de 1945, por evidente error de hecho.

Dice que el fallador, al condenar a la demandada al pago de la suma de trescientos pesos

(\$ 300.00), aplicando la disposición citada, que se refiere al caso de despido del trabajador sin causa comprobada, o a su retiro por falta grave comprobada del patrono, dio por demostrado, sin estarlo, el despido o la falta grave del patrono.

Se considera:

El fallador liquida el auxilio de cesantía de la actora así: 10 años y 10 meses y medio, contados desde el 16 de octubre de 1944 hasta el 1º de septiembre de 1955, a razón de \$ 60.00 por año, o sea \$ 652.50, y 5 años más, también a razón de \$ 60.00 por año, o sea la suma de \$ 300.00. En total \$ 952.50.

Extinguido el contrato durante la vigencia del Código Sustantivo del Trabajo, que comenzó el 1º de enero de 1951, y no habiéndose partido de la base de que la trabajadora demandante tuviera restringido el derecho al auxilio de cesantía de acuerdo con la legislación anterior a esa fecha, no era el caso de aplicar en parte los preceptos de ésta a la liquidación de dicho auxilio. Al hacerlo, el sentenciador se equivocó indudablemente. Pero como su equivocación no consistió en que diera por establecido, según lo alega el recurrente, el despido injusto del trabajador ni su retiro por falta comprobada del patrono, el cargo, en la forma en que está planteado, carece de fundamento.

Cabría observar, además, que el tiempo de servicio computado en la sentencia, 15 años y 10 meses y medio, es inferior al que la misma estima demostrado mediante la prueba testimonial, que se extendió "desde el año de 1937 en adelante hasta 1955", sin que ello, que favorece a la demandada recurrente, en vez de perjudicarla, sea susceptible de rectificación alguna, ya que la otra parte no interpuso el recurso de casación.

Tampoco prospera este cargo.

QUINTO CARGO

En este acusa por violación directa del artículo 253 del Código Sustantivo del Trabajo, sobre auxilio de cesantía y de los artículos 186 y siguientes de la misma obra, relativo a vacaciones remuneradas, en armonía con el artículo 1º del Decreto Extraordinario 3.871 de 1949, que trata del salario mínimo.

Anota que el fallador liquidó todo el tiempo servido con base en el salario mínimo de \$ 60.00 mensuales, a pesar de que las partes no discutieron que hubo cambios en el precio por unidad de obra, y de allí deduce que el fallador entendió equivocadamente que en los salarios varia-

bles el último aumento o último sueldo repercutió sobre todo el tiempo trabajado.

Añade que, además, el salario mínimo sólo rige a partir del 1º de enero de 1950, según lo dispuesto por el artículo 1º del Decreto 3.871 de 1949, y que, en consecuencia, las prestaciones de la demandante no podía liquidarse sobre esa base sino desde la referida fecha.

SE EXAMINA EL CARGO

Ya se observó al estudiar el cargo tercero, que el sentenciador tomó como base para la liquidación de las prestaciones sociales de la actora, el salario mínimo, por no haber hallado la comprobación de lo que devengó efectivamente. Descartó así la consideración de los cambios que hubo en los precios por unidad de obra y adoptó un tipo de salario mínimo de \$ 2.00 diarios o \$ 60.00 mensuales, en el que no hubo aumentos a partir de la vigencia del Código Sustantivo del Trabajo y hasta al fecha en que terminó el contrato entre las partes.

Ahora bien, el artículo 253 del Código Sustantivo dispone liquidar el auxilio de cesantía por todo el tiempo de servicio, sobre el último salario mensual devengado por el trabajador, cuando no se han hecho aumentos. De igual manera, es el último salario el que se tiene en cuenta para la compensación en dinero de las vacaciones, en los términos de artículo 7º del Decreto 617 de 1954, que modificó el artículo 189 del C. S. del T.

Y si el fallador, por las razones indicadas, dejó de atenerse a la variabilidad de los salarios, mal pudo incurrir en la interpretación errónea de que lo acusa el recurrente.

Se rechaza 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 del recurrente.

Cópiese, publíquese, 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.—Jorge Vélez García.—

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

COEXISTENCIA DE VARIOS CONTRATOS DE TRABAJO CON DIVERSOS PATRONOS.—DETERMINACION DEL SALARIO. — LIBRE APRECIACION DE PRUEBAS. LA INSPECCION OCULAR NO ES MEDIO PROBATORIO SOLEMNE SUSTANCIAL A ACTO ALGUNO. — ERROR DE DERECHO

1.—No se opone a la existencia del contrato laboral el que el actor en varias ocasiones celebrara y ejecutara diversos contratos en forma independiente. La ley permite la coexistencia de contratos con dos o más patronos. Sobre este asunto, en alguna ocasión el Tribunal Supremo adujo las siguientes opiniones del autor Cabanellas "Hoy se admite la pluralidad o multiplicidad de compromisos, siempre que las tareas a que se obligan no coexistan en la ocasión, momento u oportunidad; vale decir, que las obligaciones no sean coetáneas o contemporáneas, pues de serlo, desaparecería automáticamente el elemento subordinación".

2.—En sentencia de 17 de diciembre de 1949, el antiguo Tribunal Supremo afirmó: "Existe pues, en el derecho del trabajo, el sistema llamado del íntimo convencimiento, en oposición al de la prueba legal o positiva. La verdad jurídica depende de la conciencia del Juez, desde el momento en que no se halla sometido a ninguna regla legal para la estimación de las pruebas". — En otra oportunidad, el 22 de agosto de 1949, el Tribunal había sentado igual tesis jurisprudencial: "En los juicios laborales no hay tarifa probatoria, y el fallador forma su convencimiento libremente sin hallarse sometido a ella, por lo cual puede un Tribunal desestimar el dicho de dos testigos, producido con caracteres de uniformidad, y atenerse al de uno solo que le produzca mejor impresión de credibilidad, sin que este proceder implique violación legal alguna".

3.—La inspección ocular no es medio probatorio solemne sustancial a acto alguno, sino un medio de prueba admitido por la ley para la demostración de los hechos cuya realidad investigaba. En todo lo que se refiera a error de derecho la ley es en grado sumo concreta, y no acepta que se dé por establecida su existencia sino en los casos en que se tengan por probados hechos de-

terminados por medios no autorizados legalmente, por exigirse al efecto especiales solemnidades, o cuando se deja de aceptar una de tales pruebas solemnes. Fuera de esos casos, no queda posibilidad alguna de incurrir en error de derecho.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., diez de junio de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Vélez García).

Mediante apoderado, Gabino Rangel instauró acción laboral ordinaria contra "A. Ordóñez Montero y Compañía Limitada" ante el Juez del Trabajo del Circuito Judicial de Bucaramanga, para que por sentencia que produjese ejecutoria fuese condenada esta sociedad a pagarle la suma de \$ 9.800.00 por concepto de cesantía, prima de servicios y vacaciones en dinero, más la cantidad de \$ 555.00 por concepto de salarios pendientes al extinguirse la relación laboral.

Según los hechos del libelo el actor trabajó ininterrumpidamente al servicio de la sociedad de responsabilidad limitada "A. Ordóñez Montero y Compañía Limitada" durante un lapso de quince años y medio. Las labores permanentes eran las de instalaciones eléctricas que la sociedad contrataba previamente. Desempeñaba su labor mediante un contrato de trabajo, por tareas, y su remuneración se hacía por unidad de obra. El promedio de remuneración mensual equivalía a la cantidad de \$ 500.00. La sociedad demandada, por razones que el demandante no creyó oportuno considerar, suspendió actividades y liquidó amistosamente con sus acreedores sin tener en cuenta la prelación que debe darse a las prestaciones legales a que tienen derecho los trabajadores, según expreso mandato de la ley. Sin más explicaciones, el Gerente de la sociedad notificó a Rangel que "no hay más trabajo". Su despido se realizó sin que le fuera liquidado el auxilio de cesantía correspondiente a los

quince años y medio de servicios. Tampoco se le otorgaron vacaciones remuneradas, ni se le cubrieron primas de servicio, las cuales reclamó en la demanda en lo correspondiente a los tres años anteriores. Rangel inicialmente llevó su reclamación ante el señor Inspector Seccional del Trabajo en busca de una conciliación, mas el Gerente Ordóñez Montero que alcanzó a ser citado tres veces consecutivas, no concurrió. Se ha hecho además remisa la sociedad a pagarle el valor de los últimos salarios, equivalentes a una suma de \$ 555.00. Durante dos veces consecutivas, el apoderado del demandante corrigió su demanda en el sentido de dirigirla contra el liquidador particular de la sociedad, como también contra Hermes López Ruiz en el carácter de comprador principal de la sociedad y contra los señores Juan C. Ordóñez Montero, Alberto Ordóñez Montero y la señora María Montero viuda de Ordóñez, a quienes consideró solidarios con aquélla. El apoderado de las personas demandadas contestó afirmando: "No me constan los hechos de la demanda". El Juez desató el litigio absolviendo de todos los cargos a la entidad demandada. La providencia se fundó en la no existencia del contrato de trabajo, pues no se comprobaron durante el juicio los elementos esenciales del mismo. Consecuencialmente, el derecho a las prestaciones solicitadas fue negado.

Conoció del recurso de apelación interpuesto por el demandante, el Tribunal Seccional del Trabajo de Bucaramanga. Este revocó la sentencia y en su lugar condenó a la sociedad en liquidación, representada por su liquidador, a pagar a Gabino Rangel la suma de \$ 1.085.37 por concepto de cesantía, vacaciones y prima de servicios, y la absolvió de los demás cargos formulados. Absolvió a los demás demandados, en su condición personal, de todos los cargos de la demanda. El juzgador de segunda instancia falló luego de considerar que las declaraciones testimoniales rendidas en el proceso, así como la inspección ocular realizada por e a-quo contenían una base cierta para la configuración de un contrato de trabajo durante el lapso de siete años.

Interpuso recurso de casación en forma oportuna el apoderado de la demandada. La impugnación busca que esta Sala declare 1º) Que no existió contrato de trabajo por cuanto que no están demostrados los elementos esenciales, ni la relación contractual puede presumirse. 2º) Que por lo anterior debe absolverse a la demandada de pagar auxilio de cesantía, vacaciones remuneradas y primas de servicio. 3º) Subsidiariamente

que se declare que no hay lugar a condenar al pago de esos auxilios por cuanto no está demostrado el salario ni el tiempo efectivo de servicios, según las pruebas testimoniales que obran en el expediente.

Cumplido normalmente el trámite legal, se entra a considerar los tres cargos presentados en su respectivo orden.

PRIMER CARGO

"Por error de hecho en que incurrió el ad-quem, a través de las pruebas por haber apreciado erróneamente las mismas, lo que trajo como consecuencia necesaria la violación de las siguientes disposiciones legales sustantivas: artículos 22, 23, 24, 26, 38, 39, 47 y 54 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida de éstas; error de hecho éste que aparece en forma ostensible y a primera vista, pues no está demostrado ninguno de los elementos esenciales del contrato de trabajo y de consiguiente ninguno de sus efectos legales y contractuales. Lo anterior se precisa —el error de hecho— cuando se lee la apreciación que hace el ad-quem de las cinco declaraciones de los señores Francisco Joya, Jesús Ojeda, Francisco Paillé, Cerbeleón Durán y Mario Arenas, y además, de las diligencias de inspección ocular que el mismo a-quo personalmente practicó".

En un alegato extensísimo el recurrente analiza pormenorizada y minuciosamente todas las declaraciones testimoniales que obran en el juicio, y la inspección ocular llevada a cabo por el Juez de primer grado. Se refiere en primer lugar a la declaración del señor Francisco Joya, y recalca que este testigo fue enfático en afirmar que no sabía en qué forma hubiera contratado la firma a Rangel; que desconocía la forma de remuneración de su trabajo; que sobre pago de prestaciones sociales dijo igualmente no saber nada; que el trabajo desempeñado por el actor "fue intermitente"; que éste trabajó en las obras del ingeniero Juan B. Arenas y que unas veces iba Saulo solo (hermano de Gabino Rangel). Más adelante dice el libelista: "Sostiene categóricamente —el deponente— que la empresa demandada no tenía ninguna clase de talleres donde el actor desarrollara su trabajo y en los cuales estuviera bajo las órdenes y vigilancia de los representantes de la primera". A continuación expresa: "Se llega a la conclusión de que el actor no tenía contrato de trabajo, porque el deponente no sabe qué contrato tenía el actor con la persona demandada", opina que las consideraciones de éste so-

bre sueldo o salario son de orden puramente subjetivo, que al no ser el trabajo continuo falla el tiempo de servicios en todas y cada una de sus partes. Había además ocasiones en que el trabajo no lo ejecutaba el actor sino su hermano Saulo, y se descarta entonces la prestación del servicio personal por parte del actor. Dice el recurrente que el *ad-quem* le dio valor suficiente a la prueba anterior, por lo que incurrió en error de hecho, "cuando es lo cierto que la prueba está tan débil que ni siquiera aparece configurado el servicio personal, para que se pueda por el *ad-quem* presumir el contrato de trabajo en los términos del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, puesto que el mismo deponente reconoce que Gabino no siempre desempeñó el trabajo porque el hermano de éste, Saulo, era quien lo ejecutaba". Del análisis de la declaración de Jesús Ojeda, el recurrente saca la conclusión de que aquél no sabe en qué condiciones trabajaba el actor, ignora el salario que devengara, desconoce si se le reconocieron prestaciones y no sabe absolutamente nada sobre jornada de 8 horas; sin embargo afirma que Rangel "trabajaba en otras partes independientemente cuando le quedaba tiempo", "cuando no tenía trabajo donde los Ordóñez", pero no sabe si con permiso de éstos o sin él.

Se llega luego, en la exposición del recurrente, al estudio de la inspección ocular realizada por el *a-quo* con la presencia del apoderado de la parte demandada. En los libros de contabilidad de la sociedad se encontraron las cuentas denominadas "Oficina de Instalaciones, Pago de Instaladores", en las que figura el actor a partir de enero de 1948, en 19 ocasiones juntamente con su hermano Saulo. En la parte final del acta de la inspección ocular se dejó escrita la siguiente aclaración: "También se lleva en estos auxiliares una cuenta con el título de "Oficina de Instalaciones Eléctricas, Gastos Generales y Mercancías". En esta cuenta aparecen algunas sumas como sueldos de Graciela Gómez, Hugo Arciniegas y Bernabé Suárez. No figura el nombre del demandante". De lo anterior concluye el recurrente que "el actor nunca fue empleado u obrero de la sociedad demandada, puesto que si lo hubiera sido estaría figurando en los libros de la misma y habría constancia de que había desarrollado la actividad que alega el actor". Expresa más adelante que el *ad-quem* toma el promedio de lo percibido por el actor en 1954 para deducir el sueldo promedio mensual, "cuando tal procedimiento es indebido, puesto que el *ad-quem* no podía incurrir en el

error de hecho consistente en estimar el tiempo que figura en la primera parte de la inspección ocular, puesto que el *a-quo* dejó claramente establecido que el actor no había percibido sueldos de la parte opositora; que el mismo no figuraba como empleado de la misma; que ni siquiera figura el nombre del mismo como tal y que el mismo tampoco figura en la lista del pago de prestaciones sociales". Acusa luego al sentenciador de haber incurrido en una "falta de lógica elemental", pues si dedujo las sumas anotadas conjuntamente en los asientos a favor de Gabino Rangel y su hermano Saulo para efectos de obtener el promedio de remuneración mensual, debe deducir igualmente el tiempo en que según el fallador trabajaron los dos hermanos, "porque donde hay la misma razón debe haber la misma disposición y puesto que el auxilio de cesantía para su liquidación además del factor salario, éste (sic) está en función del tiempo de servicios el cual determina su valor". Respecto del tiempo de servicios tomado en cuenta por el sentenciador "no se ve de donde lo tomó pues de la inspección ocular figura en los años de 1948, 1949 y 1954".

Se llega a renglón seguido a la declaración de Cerbeleón Durán, que fue la que el juzgador indudablemente consideró como esencial para formar su criterio, y además, la reprodujo en su integridad en la parte motiva de su providencia. El recurrente sin embargo considera que en lugar de ser esa declaración la más "explícita" como la califica el *ad-quem*, más bien "falla por su base pues los puntos fundamentales los ignora el deponente, y cuando ello no sucede así incurre en contradicciones de tal naturaleza que le resta todo valor valorativo (sic) a la prueba". Dada su trascendencia en el examen de este cargo, la declaración de Durán será considerada más adelante.

El recurrente termina la extensa formulación del cargo trayendo a cuento algunas opiniones del tratadista Manuel de la Plaza sobre el sistema de la libre apreciación en asuntos laborales, en el sentido de que el Juez que goza de la facultad de una gran flexibilidad en el sistema de la prueba libre, debe sin embargo estar controlado por una norma rectora que conduzca a una firme certidumbre jurídica.

Pide en consecuencia que la sentencia atacada sea casada por no haber existido contrato de trabajo entre las partes.

Se considera:

El fallador de segundo grado dio importancia

relievante al testimonio de Cerbeleón Durán, como puede apreciarse inequívocamente en el texto mismo de su providencia, para deducir que existió entre los litigantes una relación de trabajo personal con todas las características esenciales del contrato de trabajo. Consideró el *ad-quem* que tenía esa declaración poder de convicción suficiente para fundamentar su decisión de entre todos los restantes testimonios que ningún grado de certidumbre aportaban para la configuración de la relación laboral. En primer lugar, al ser preguntado el testigo sobre las condiciones en que trabajaba Rangel para la compañía, contestó: "Yo conocí trabajando a Gabino Rangel ahí en la Compañía como instalador, es decir haciendo instalaciones eléctricas en distintas casas y edificios". Sobre si esas casas y edificios eran de propiedad de los Ordóñez Montero, respondió: "No señor, eran trabajos que solicitaban los dueños de los edificios a la Oficina de Instalaciones del Almacén Alto, que era atendida y dirigida por la misma sociedad A. Ordóñez Montero". La afirmación no deja duda al respecto. Rangel trabajaba al servicio de una oficina de instalaciones que los almacenes de la demandada tenían establecida como parte de sus servicios, oficina que contrataba directamente los trabajos y llevaba a cabo su ejecución por intermedio de los trabajadores que a su servicio laboraban, entre ellos Gabino Rangel. Esta revelación fue única durante el término probatorio y no fue negada o desvirtuada por los restantes elementos de juicio. Afirma no obstante en su demanda de casación el apoderado del demandado que Francisco Joya sostiene categóricamente la inexistencia de talleres de instalaciones de la compañía, donde el actor desarrollara su trabajo, pero ello no es exacto. El testigo no afirmó ni negó nada simplemente expresó su desconocimiento del asunto. Por otra parte, en el acta de inspección ocular se habla de una cuenta en los libros con el título de "Oficina de Instalaciones Eléctricas". Queda entonces demostrado que el actor dependía de una sección especializada de la sociedad para la cual trabajaba, y no se ve de qué manera podría desvirtuarse en este punto la determinación del sentenciador. Más adelante Durán dijo: "Gabino iba algunos días a las horas de abrir la oficina, pedía los materiales que necesitaba y se iba para las obras". Aparece aquí un nuevo factor que delata la prestación del servicio mediante la dependencia de la empresa. Los materiales con que Rangel ejecutaba sus deberes profesionales eran de propiedad de la oficina de instalaciones de aque-

lla. El aserto no es negado de manera explícita por ninguno de los otros testimonios, y por el contrario uno de los testigos, el señor Jesús Ojeda, dice: "La mayor parte de la herramienta con que trabajaba el señor Rangel era de la sociedad Ordóñez Montero". Preguntado luego sobre si era permanente el trabajo del actor, el declarante asevera: "Era permanente siempre que hubiera obras para trabajarlas".

De los puntos de la declaración de Cerbeleón Durán que acaban de citarse se observan evidentemente elementos de juicio de valor suficiente para concluir sobre la existencia de la prestación de un servicio personal en forma permanente y subordinada, sin incurrir en un error valorativo ostensible; mucho más si el remanente probatorio ni desconoce ni se halla en oposición manifiesta frente a estos hechos. De tal manera que la apreciación del *ad-quem* acerca de lo atestiguado por el declarante Durán no configura una contra-evidencia de los hechos.

Uno de los argumentos en contra más esgrimidos en el escrito de casación es el de que la labor de Rangel no fue de índole personal, pues algunas veces la empresa enviaba a su hermano Saulo a efectuar el cumplimiento de los compromisos. Pero lo cierto es que no se demostró que el hecho significara una sustitución personal de su hermano Gabino, ni que entre la empresa y Saulo no existiera otra relación de servicio, ni que el actor no continuara entre tanto bajo las órdenes y dirección de la Oficina de Instalaciones en dichas tareas. Así que bien podía la empresa mandar a Saulo o a Gabino Rangel o a cualquiera otro de sus trabajadores dependientes. Se constata además en la cuenta de "servicios" que aparece en la inspección ocular, que durante repetidas ocasiones se pagó conjuntamente a los dos hermanos sumas que generalmente son de una cuantía que duplica la ordinariamente recibida por Gabino, con lo que se demuestra que la remuneración reconocía servicios prestados por ambos. Puede por tanto concluirse que el carácter personal del servicio de Gabino Rangel no está desvirtuado, y que —sobre este particular— la apreciación del fallador no es errónea.

Tampoco se opone a la existencia del contrato laboral el que el actor en varias ocasiones celebrara y ejecutara diversos contratos en forma independiente. La ley permite la coexistencia de contratos con dos o más patronos. La unanimidad de los testigos en el proceso afirma que los contratos independientes del actor con otras personas se efectuaban, con el consentimiento tácito

de la firma Ordóñez Montero, única y exclusivamente cuando no tenía que realizar tareas ordenadas por aquélla, y por el contrario cada vez que de la empresa era solicitado, Rangel acudía prestamente. Sobre este asunto, en alguna ocasión el Tribunal Supremo adujo las siguientes opiniones del autor Cabanellas: "Hoy se admite la pluralidad o multiplicidad de compromisos, siempre que las tareas a que se obligan no coexistan en la ocasión, momento u oportunidad; vale decir, que las obligaciones no sean coetáneas o contemporáneas, pues de serlo, desaparecería automáticamente el elemento subordinación".

De todo lo expuesto se deduce inequívocamente que el fallador de segunda instancia usó de la libertad que le corresponde en la apreciación de pruebas, para lo cual está autorizado legalmente. Un solo testimonio bastó para que aquél sacara juiciosos elementos de convicción, aún desechando los restantes que ningún valor le merecían. Esta Sala cree que el *ad-quem* no valoró erradamente las pruebas y por lo tanto no llegó a un error de hecho, que para que pueda ser aceptado como tal debe mostrarse ostensible, protuberantemente. El Juez no estaba sometido a una tarifa legal de pruebas y podía racionalmente entresacar una convicción aún de una sola de las piezas del acervo probatorio. La jurisprudencia en este sentido ha sido copiosísima. En sentencia de 17 de diciembre de 1949, el antiguo Tribunal Supremo afirmó: "Existe, pues, en el derecho del trabajo, el sistema llamado del íntimo convencimiento, en oposición al de la prueba legal o positiva. La verdad jurídica depende de la conciencia del Juez, desde el momento en que no se halla sometido a ninguna regla legal para la estimación de las pruebas". En otra oportunidad, el 22 de agosto de 1949, el Tribunal había sentado igual tesis jurisprudencial: "En los juicios laborales no hay tarifa probatoria, y el fallador forma su convencimiento libremente sin hallarse sometido a ella, por lo cual puede un Tribunal desestimar el dicho de dos testigos, producido con caracteres de uniformidad, y atenerse al de uno solo que le produzca mejor impresión de credibilidad, sin que este proceder implique violación legal alguna".

Respecto del tiempo de servicios y el salario devengado por el actor, el sentenciador no halló razones de comprobación en lo dicho por los testigos, pero sí en el texto de la inspección ocular. Exclusivamente de esa pieza probatoria dedujo los elementos que daban forma con absoluta certeza a un lapso de tiempo servido y una base cier-

ta de remuneración percibida. Siete años de trabajo dependiente aparecen en los libros inspeccionados de la empresa, y sobre esos siete años estimó la cuantía de las prestaciones. No aparece que el Juez hubiera incurrido en error manifiesto en su apreciación, y por lo tanto su determinación debe mantenerse.

En el mismo documento de la inspección ocular están verificadas sumas que periódicamente eran entregadas al actor, en veces conjuntamente con su hermano Saulo. En la cuenta rubricada bajo el título "Gastos Generales-Sueldos" no tenía por qué aparecer suma alguna en favor de aquél, puesto que su salario precisamente no era por el sistema de sueldos sino más bien por el de tareas u obras. El *ad-quem* lo estimó así, en consonancia con claras disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo. Se configura pues el último requisito esencial de un contrato laboral, requisito éste que en asoció con los restantes en el presente caso no puede evidentemente ser desvirtuado.

Por lo tanto no se acepta el cargo.

SEGUNDO CARGO

"Por el error de hecho en que incurrió el *ad-quem*, a través de las pruebas —los testimonios de los señores Francisco Joya, Jesús Ojeda, Francisco Paillié, Cerbeleón Durán y Mario Arenas y la prueba de inspección ocular por mala apreciación de las mismas, el que tuvo como consecuencia necesaria la violación de las siguientes disposiciones sustantivas: 249, 253, 186, 187, 189, 192, 306 y 307 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida de éstas, error de hecho éste que aparece en forma ostensible y a primera vista; pues no se encuentran demostrados el tiempo de servicio ni el salario devengado, del actor".

Para demostrarlo empieza por afirmar que de las declaraciones, a la vez que de la prueba de inspección ocular, no aparecen demostrados el tiempo de servicio y el salario devengado. Dice que esos dos factores determinan la cuantía de las prestaciones cesantía, vacaciones y prima de servicios; que en los libros analizados por el *ad-quem* en la inspección ocular, y de los cuales dedujo el *ad-quem* el monto del salario, figura en primer término "el nombre del mes y luego la fecha, sin que se diga que ello corresponde a un día de trabajo, a una semana, a una quincena o a un mes". El recurrente opina que de 122 asientos contables que hay, deben deducirse 19 que figuran a favor de los dos hermanos. El actor no está

incluido en la lista de los sueldos pagados, ni en la cuenta de Gastos Generales, ni en la de Cesantías y Prestaciones Sociales. "Tampoco está demostrado el salario en forma concreta y precisa puesto que las sumas que tomó el *ad-quem* pueden no ser la consecuencia de la ejecución de un contrato de trabajo si nó (sic) de un contrato de naturaleza distinto". Termina pidiendo que esta Sala case la sentencia en el sentido de no estar demostrados ni el tiempo de servicios, ni el salario que devengó, "lo que hace imposible la condena contra la parte demandada, pues no hay base real para hacerlo".

Se considera.

Ya se ha dicho que el salario devengado por Rangel era por tareas y por lo tanto bien podía no constar en las cuentas generales y sueldos, que son precisamente los pagos que se efectúan por períodos determinados. El error de hecho alegado por el recurrente no se observa por parte alguna, y menos si la razón dada para demostrarlo es la de que los pagos hechos al trabajador no se sabe si se hacían por meses, quincenas u otros períodos de tiempo. El artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que entre patrono y trabajador puede convenirse el salario por unidad de tiempo, por obra y a destajo, por tarea etc. De este modo se concluyó sobre la existencia de un tipo de remuneración que no es arbitrario ni erróneamente escogido. No debe pues rechazarse la apreciación del *ad-quem* sobre salarios.

Arguye el autor de la demanda de casación que todo el tiempo cuya remuneración efectiva aparece involucrada con la de Saulo Rangel debe sustraerse a la computación de las diferentes prestaciones sociales. Ello equivaldría a descontar un lapso laborado que legalmente debe incluirse en la estimación del monto de las prestaciones. El que el sentenciador de segundo grado hubiera optado por no incluir para efectos de estimar el monto de los salarios, las sumas aparecidas en asociación con el hermano del actor, sin discriminación alguna, se debió a que era imposible saber a ciencia cierta cuánto exactamente correspondía a Saulo, pero se aceptaba implícitamente que en el tiempo respectivo el trabajador había laborado. Ese tiempo servido tiene lógicamente que estar incluido en el cálculo de las prestaciones a que se condenó a la demandada. Las pretensiones del recurrente no son en consecuencia razonables.

Tampoco debe aceptarse que el sentenciador incurriera en error al establecer un tiempo de servicios con base en los libros de la inspección ocu-

lar. Era la única prueba que no dejaba incertidumbre ni duda sobre el particular, y toda vez que las declaraciones testimoniales eran en grado sumo vagas y contradictorias.

El cargo no prospera.

TERCER CARGO

"Por error de derecho en que incurrió el *ad-quem* a través de la prueba de inspección ocular por haberla dejado de apreciar en una parte, y haberla apreciado erróneamente en otra, en cuanto al tiempo de trabajo y en cuanto a que el nombre del actor no figura en los libros de la persona demandada como asalariado, ni en los asientos de contabilidad relacionados con los pagos de prestaciones sociales; lo que trajo como consecuencia necesaria la violación indirecta o de medio de las siguientes disposiciones legales sustantivas y la que parece (sic) a primera vista: 186, 187, 189, 192, 249, 253, 306 y 306 (sic) del Código Sustantivo del Trabajo".

Para demostrarlo el recurrente dice que fue el *a-quo* quien personalmente practicó la prueba de inspección ocular. Su libre apreciación está en este caso circunscrita "a lo que el *a-quo* vió,^o observó y anotó, pues el texto de la misma es de tal naturaleza claro y concluyente que no dá ni puede dar margen a hacer consideraciones distintas, implicaciones, deducciones de naturaleza distinta de las que arroja el texto de la misma acta de audiencia nombrada". El *ad-quem* toma equivocadamente el promedio de las sumas del año de 1954 sin que aparezca que tales sumas sean por sueldos o salarios. La conclusión debe ser por eso la de que "no había ni hay base para determinar el tiempo de servicios ni el sueldo devengado, lo que equivale a que también por esta circunstancia se nieguen las prestaciones de la demanda inicial". Termina el extenso cargo solicitando que sea revocada la totalidad de la condena por cesantía, vacaciones remuneradas y prima de servicio, y sea en consecuencia "casado este punto si los descargos anteriores al presente no llegaran a prosperar".

Se considera.

El artículo 87 del Código Procesal del Trabajo dispone: "Sólo habrá lugar a error de derecho en la casación del trabajo, cuando se haya dado por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir ésta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto, pues en este caso no se debe admitir su prueba por otro medio, y también cuando deja de apre-

ciarse una prueba de esta naturaleza, siendo el caso de hacerlo".

Puede advertirse fácilmente que el error que en el presente caso se presenta como de derecho no encuadra dentro de la definición estricta dada por el Código de Procedimiento Laboral. Todos los ataques que el recurrente hace al sentenciador, en la hipótesis de que fueran admisibles, versarían ni más ni menos sobre apreciaciones equivocadas de algunos medios de prueba en que habría incurrido el juzgador (errores de hecho); mas no surge de autos que la violación se produjese en el *sub-lite* por errores de derecho.

Si al valorar el *ad-quem* la inspección ocular de forma distinta a como la valoró el *a-quo*, aquél hubiera incurrido en un error, tal error en ningún caso podría ser de derecho. Porque la inspección ocular no es medio probatorio solemne sustancial a acto alguno, sino un medio de prueba admitido por la ley para la demostración de los hechos cuya realidad se investigaba. En todo lo que se refiera a error de derecho la ley es en grado sumo concreta, y no acepta que se dé por establecida su existencia sino en los casos en que

se tengan por probados hechos determinados por medios no autorizados legalmente, por exigirse al efecto especiales solemnidades, o cuando se deja de aceptar una de tales pruebas solemnes. Fuera de esos casos, no queda posibilidad alguna de incurrir en error de derecho. Es por eso por lo que el cargo no puede prosperar.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia objeto del presente recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

Luis Alberto Bravo—Roberto de Zubiría C.—

Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LA POTESTAD REGLAMENTARIA EN MATERIA LABORAL. — LA CONDICION RESOLUTORIA TACITA EN EL CONTRATO DE TRABAJO. — SUBSISTENCIA DEL CONTRATO ENTRE EL TRABAJADOR Y LA ADMINISTRACION PUBLICA A PARTIR DEL DESPIDO DEL PRIMERO, PARA EFECTOS DEL PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES INSOLUTOS. — DECRETO 797 DE 1949. — NATURALEZA DE LOS SALARIOS DURANTE EL PERIODO DE MORA EN EL PAGO DE LAS DEUDAS LABORALES

La potestad reglamentaria que, desde luego, debe ser ejercida siempre intra-*legem*, cuando versa sobre materias en que va envuelto el interés social, como en el caso de las relaciones entre patronos y trabajadores, es necesariamente menos limitada que cuando se refiere a medidas susceptibles de afectar tan sólo el interés individual de los ciudadanos. Y si, como ocurre a menudo en tratándose de esas relaciones, de suyo complejas y cambiantes, la voluntad del legislador no se manifiesta en forma completa y definida, resulta muchas veces imperioso extremar las medidas que tiendan al cabal desarrollo de los principios, generales expresados por aquel, tanto más si tales principios, por haberse inspirado en el derecho tradicional, han de ser adaptados a la especial naturaleza del Derecho del Trabajo.

El artículo 11 de la Ley 6^ª de 1945 es, precisamente, un ejemplo típico al respecto. Su texto dice:

“En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable”.

Este artículo trasplantó, como se ve, una antigua institución civil (*lex commissoria*, la llamaron los romanos) a la esfera de las relaciones laborales. Y si bien descartó uno de los términos de la disyuntiva del ordenamiento privado, o sea la opción a exigir el cumplimiento de lo pactado, en cambio, por falta de una exacta regulación, dejó expuesta la indemnización de perjuicios a las más contradictorias soluciones. Resultaba, pues, necesario adecuar el referido precepto a la peculiaridad del contrato de trabajo, y al hacerlo debieron tenerse en cuenta, entre otras, estas circunstancias:

a) El de trabajo, no es un contrato rígido,

sujeto enteramente a la autonomía de las voluntades privadas, sino flexible y fiscalizado por los poderes públicos, en orden a la protección del trabajador, que se supone la parte débil, y cuyas condiciones repercuten en la vida económica y social de la comunidad;

b) Los derechos que emanan del contrato laboral en favor del trabajador, son irrenunciables, y para que cumplan su función vital deben serle satisfechos sin dilación. Por ello, la terminación del contrato debe condicionarse lógicamente al pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones que se adeuden al trabajador;

c) El desempleo ocasiona graves perjuicios al trabajador y su familia y determina una anormalidad económica y social, que al Estado corresponde precaver por todos los medios;

d) La renuencia, sin motivo justificado, del empresario, empleador o patrono al pago oportuno de los salarios y prestaciones debidos, contraría la buena fé, lo cual, por sí solo y en atención al carácter relievante de ese principio en el contrato de trabajo, justifica una sanción, que bien puede traducirse en beneficio pecuniario para el trabajador, tanto más cuanto que a éste se le priva de su única fuente de ingresos;

e) La administración pública, cuando a las relaciones de ella con sus servidores es aplicable el régimen del contrato de trabajo, no tiene, por razón de los sistemas de contabilidad y de control, iguales facilidades prácticas para el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, que los empresarios o patronos particulares, lo cual impone el otorgamiento de un plazo prudencial para ese fin.

Reflejo de las expresadas circunstancias son los artículos 51 y 52 del Decreto 2.127 de 1945, que se transcriben en seguida:

"ARTICULO. 51.—Fuera de los casos a que se refieren los artículos 16, 47, 48, 49 y 50, la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del patrono, dará derecho al trabajador a reclamar los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo, además de la indemnización de perjuicios a que haya lugar".

"ARTICULO 52.—Salvo estipulación expresa en contrario, no se considerará terminado en ningún caso el contrato de trabajo, antes de que el patrono ponga a disposición del trabajador el valor de todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones que le adeude, salvo las retenciones autorizadas por la ley o la convención; si no hubiere acuerdo respecto al monto de tal deuda, bastará que el patrono entregue o consigne la cuantía que confiese deber, mientras la justicia del trabajo decide la controversia".

Más tarde, el Decreto 797 de 1949, en su artículo 1º, reprodujo el artículo 52, y en el párrafo 2º dispuso lo siguiente sobre los contratos de trabajo con los servidores oficiales:

"Los contratos de trabajo entre el Estado y sus servidores, en los casos en que existan tales relaciones jurídicas conforme al artículo 4º de este Decreto, sólo se consideran suspendidos hasta por el término de noventa (90) días, a partir de la fecha en que se haga efectivo el despido o el retiro del trabajador. Dentro de este término los funcionarios o entidades respectivos deberán efectuar la liquidación y pago de los correspondientes salarios, prestaciones e indemnizaciones que se adeuden a dicho trabajador.

"Durante la suspensión de los contratos de trabajo a que se refiere este artículo, serán de aplicación las normas contenidas en el artículo 4º del presente Decreto y estarán a cargo de la Caja de Previsión Social a que se hallen afiliados los trabajadores oficiales, o del respectivo Tesoro Nacional, Departamental o Municipal, si no existiere tal Caja, o del fondo especial que cubra sus remuneraciones en los casos señalados en el artículo 29 de la Ley 6ª de 1945, el reconocimiento y pago del seguro de vida y el

auxilio funerario en caso de muerte dentro del periodo de suspensión, así como los auxilios monetarios y la asistencia médica de que haya venido disfrutando el trabajador desde antes de la fecha del retiro en los casos de enfermedad o accidente de trabajo, y hasta por el término que señala la ley.

"Si transcurrido el término de noventa (90) días señalados, en el inciso primero de este párrafo no se hubieren puesto a órdenes del trabajador oficial los salarios, prestaciones e indemnizaciones que se le adeuden, o no se hubiere efectuado el depósito ante autoridad competente, los contratos de trabajo recobrarán su vigencia en los términos de la ley".

Las disposiciones que se han transcrito, determinan la manera de calcular el lucro cesante ("los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo"), que es una de las fases de la indemnización de perjuicios prevista en el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945, y subordinan la extinción del vínculo jurídico contractual al pago o consignación por el patrono del valor de todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones que le adeuda al trabajador, disposición esta última que tiene su antecedente legal en el artículo 8º de la misma ley, que exigía, para el caso de la terminación unilateral del contrato, la "previa cancelación de todas las deudas e indemnizaciones a que haya lugar".

Cuando en el primer inciso del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, que reproduce el artículo 52 del Decreto 2.127 de 1945, se dice que "no se considera terminado el contrato de trabajo antes de que el patrono ponga a disposición del trabajador el valor de todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones que le adeude", quiere significarse que la simple separación material del trabajador, cuyas relaciones personales con el patrono "pudieran hacerse muy penosas y hasta ocasionar algunas perturbaciones en el establecimiento en que trabaja", como lo observa Planiol (Tratado de Derecho Civil Tomo XI, página 90), no acarrea necesariamente la completa cesación del vínculo jurídico, y por ello el patrono continúa obligado al pago de los salarios.

Y si respecto de los contratos de trabajo entre el Estado y sus servidores, se habla de que dichos contratos se consideran "sus-

pendidos" hasta por el término de 90 días, plazo que se concede para efectuar la liquidación y pago de lo que la administración adeude al trabajador, y de que pasado ese plazo los contratos "recobrarán su vigencia" apenas debe entenderse que el vínculo jurídico subsistente, aislado de la prestación del servicio, no envuelve la obligación de pagar salarios durante el término de gracia, pero sí desde que éste concluye, y hasta cuando se cubra al trabajador lo que se le adeude o se haga el depósito ante autoridad competente.

Es de advertir que la anterior jurisprudencia explicaba estos fenómenos mediante la tesis de la subsistencia ficcionada del contrato de trabajo (ver sentencia del 27 de marzo de 1953 Luis Angel Valencia contra el Departamento de Caldas —y del 17 de junio de 1957— Abraham Muñoz contra el Municipio de Bogotá).

Ahora bien, es cierto que el pago de salarios una vez que el trabajador deja de prestar efectivamente sus servicios, no es estrictamente una indemnización de perjuicios proveniente del incumplimiento de las estipulaciones contractuales, o sea que no cabe dentro del concepto general de daño emergente o de lucro cesante. Pero tampoco se trata de los simples intereses moratorios de un crédito laboral, porque la obligación de pagar salarios durante el lapso comprendido entre el momento en que el trabajador deja de prestar sus servicios hasta aquél en que recibe o se pone a su disposición el valor de lo que le adeuda el patrono por retribución del trabajo, prestaciones e indemnizaciones, asume el carácter de una indemnización complementaria de perjuicio, que tiene apoyo en las normas comentadas y cuya aplicación está condicionada a la buena o mala fé del patrono, a la manera como ocurre en el derecho positivo francés, según lo anota Josserand en los siguientes términos: "El artículo 1.153, modificado por la Ley de 7 de abril de 1.900, decide en su último apartado que si el deudor de una suma de dinero causa a su acreedor por su retardo en pagársele, un perjuicio independiente de dicho retardo, puede ser condenado por ello a "intereses distintos de los intereses moratorios del crédito", es decir, a daños y perjuicios suplementarios justificados por su mala fé". (De-

recho Civil, Traducción española, Tomo III, Volumen 1, página 513).

Y es obvio que independientemente del retardo, el trabajador que, por renuncia injustificada del patrono, no recibe oportunamente el valor de sus salarios, prestaciones e indemnizaciones, ve afectados sus prospectos económicos, que giran necesariamente en torno a los derechos mínimos que la ley le concede, sufriendo de este modo un perjuicio que debe ser reparado en forma distinta a la de un simple interés moratorio.

Por lo expuesto estima la Sala que los artículos 52 del Decreto 2.127 de 1945 y 1º del Decreto 797 de 1949, no exceden la potestad reglamentaria, en cuanto se limitan al conveniente desarrollo y adaptación de los artículos 8º y 11 de la Ley 6ª de 1945.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., once de junio de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Alberto Bravo).

PEDRO ANTONIO PERILLA, por medio de apoderado, demandó al Municipio de Bogotá, representado por su Personero, para que mediante los trámites de un juicio ordinario se hicieran a favor del actor y en contra de la entidad demandada las siguientes declaraciones y condenaciones: 1ª, reanudación del contrato de trabajo; 2ª, reintegro al cargo de obrero de explotación de "mondonguería"; 3ª, indemnización moratoria; 4ª, indemnización por pre-aviso; 5ª, aumento de jornal; 6ª, salarios correspondientes al tiempo faltante para cumplirse el término presuntivo del contrato y 7ª, intereses legales.

Según los hechos de la demanda, Perilla prestó sus servicios al Municipio de Bogotá desde el 3 de julio de 1939 hasta el 24 de abril de 1950, en las funciones de obrero de explotación de mondonguería (Matadero Municipal); devengó un salario de \$ 4.12 al día durante los tres últimos meses de labores; fue despedido sin justa causa y no se le pagó el auxilio de cesantía.

Fundó su derecho en el parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949; en los artículos 49 y 50 del Decreto 2.127 de 1945; en los Decretos 3.871 de 1949 y 70-y 71 de 1950; en Acuerdo Municipal de Bogotá número 37 de 1949 y en el artículo 37 del C. S. del T.

La entidad demandada se opuso a la demanda y propuso las excepciones de incompetencia de

jurisdicción, carencia de acción y título, prescripción, pago y las demás que resultaren demostradas.

En la primera audiencia de trámite, el apoderado del actor enmendó la demanda para prescindir de las peticiones sobre reanudación del contrato, reintegro al cargo, indemnización por pre-aviso, aumento de jornal e intereses legales. Aceptada la enmienda, el litigio quedó limitado a las peticiones relativas al valor de los salarios del tiempo faltante para la terminación del plazo presuntivo del contrato y a la indemnización de perjuicios por falta de pago oportuno de los salarios y prestaciones a que el demandante cree tener derecho.

El Juez del conocimiento, que lo fue el Séptimo del Trabajo del Círculo Judicial de Bogotá, en fallo de fecha 6 de octubre de 1955, desestimó las peticiones de la demanda y, por tanto, negó las declaraciones y condenaciones que en ella se solicitaron. Condenó en las costas del juicio a la parte demandante. Habiendo apelado ésta del referido fallo, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá lo revocó en todas sus partes y, en su lugar, dispuso:

"a) CONDENAR al Municipio de Bogotá, representado por su Personero, a pagar a Pedro Antonio Perilla, CIENTO CUARENTA PESOS (\$ 140.00) moneda corriente a título de lucro cesante;

"b) ABSOLVER al Municipio de Bogotá de la solicitud de salarios caídos formulada en su contra por Pedro Antonio Perilla".

No se condenó en costas ni en la primera ni en la segunda instancia.

Ambas partes interpusieron el recurso de casación. Como el del Municipio se declaró desierto, se estudiará el del trabajador demandante, que fue concedido, admitido y sustentado oportunamente.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Persigue la casación de la sentencia para que sea reemplazada por una que acoja, en su integridad, las súplicas del libelo inicial, y al efecto formula tres cargos.

CARGOS PRIMERO Y SEGUNDO

Como los asuntos a que se refieren estos cargos (reintegro y reanudación del contrato, el uno, y pre-aviso, el otro) no fueron objeto de la sentencia acusada por cuanto la parte actora los retiró

expresamente del debate, lo cual fue admitido por el Juzgado del conocimiento con observancia de las respectivas formalidades legales, desapareció el interés jurídico respecto de ellos y, por consiguiente no es el caso de examinarlos en casación.

TERCER CARGO

Salarios caídos.

Relacionando este cargo con las disposiciones que el recurrente cita en forma general y con el concepto de infracción que señala de igual modo, podría entenderse que acusa por violación directa, aplicación indebida, interpretación errónea, y, también por quebranto indirecto, a través de errores de hecho, de los siguientes artículos: 49 y 50 del Decreto 2.127 de 1945; 1º, párrafo 2º, del Decreto 797 de 1949; 11 de la Ley 6ª de 1945 y 12 de la Ley 153 de 1887.

En síntesis, el recurrente sostiene que el fallador no tiene base legal para declarar que el Decreto 797 de 1949 es inaplicable por exceder la potestad reglamentaria.

Se considera:

La acusación está presentada con desconocimiento de la técnica de casación, ya que, por una parte, en un capítulo señala todas las disposiciones que considera violadas por la sentencia, con el propósito de que se las tenga en cuenta en cada uno de los cargos, y, por otra, enuncia la totalidad de las modalidades de infracción de la ley, con alcance también general para los distintos cargos. Sin embargo, como en éste se refiere concretamente a la aplicación indebida del artículo 12 de la Ley 153 de 1887, en relación con el Decreto 797 de 1949 (en la parte general menciona precisamente el artículo 1º, párrafo 2º), del que se afirma que dejó de aplicarse, se procede a estudiar este aspecto de la impugnación.

El Tribunal, para rechazar la pretensión sobre "salarios caídos", transcribe y reitera lo que la misma entidad expresó en la sentencia con la cual puso fin en segunda instancia al juicio de Oliverio Garzón contra el Municipio de Bogotá, a saber:

"El Decreto 797 de 1949, invocado en sustento de estas solicitudes, sustituyó el artículo 52 del 2.127 de 1945, reglamentario, por lo cual precisa dejarlos de aplicar en el caso sub-judice, en fuerza de lo estatuido por el artículo 12 de la Ley 153 de 1887

"Con efecto, en vista de que la Ley 6ª de 1945 no estableció, en ninguna de sus disposiciones,

que el vínculo laboral no feneciera por la mora en el pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones debidos, el extinto Tribunal Supremo del Trabajo explicó que “cuando el artículo 52 del Decreto 2.127 de 1945 dice que no se considerará terminado el contrato de trabajo sino cuando se paguen los salarios y prestaciones, no está diciendo que el contrato continúa con existencia jurídica real, sino que por ficción legal debe considerarse vigente para que resulte la indemnización que la jurisprudencia ha considerado consistente en los salarios de dicho tiempo”. Y agregó: “No continúa la existencia misma del contrato sino por la ficción legal que persigue en tal forma la indemnización del perjuicio causado por la mora, luego la disposición no es contraria a la Ley 6ª de 1945 sino que tiene su apoyo en el artículo 11 de la misma”. (Sentencia de 27 de marzo de 1953, juicio de Luis Angel Valencia contra el Departamento de Caldas).

“Pero, en primer lugar, esta “ficción”, evidentemente, no es legal. Si algún nombre le cabe es el de “reglamentaria”. Esto sentado, importa agregar que, en el ordenamiento jurídico colombiano, las ficciones siempre son legales, entendiéndose por ley, ésta, el decreto legislativo o el decreto ley. Una “reglamentaria” es, en consecuencia, por sí propia ilegal, pues desde que no pertenece ni está incorporada en el texto de la ley impone, necesariamente, obligaciones o prohibiciones no contempladas en ésta.

“La demostración carece de dificultades en el caso que se examina. El artículo 11 de la ley reglamentada es del siguiente tenor: “En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable”. Esta indemnización, ello es obvio, comprende únicamente los perjuicios conocidos con el nombre de **compensatorios**; se halla “instituida por igual, según lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, a favor de las partes contratantes con el propósito de resguardar el cumplimiento total de las obligaciones contractuales”. En cambio, la que la jurisprudencia ha deducido de la ficción “reglamentaria” prenombrada —salarios caídos— es de índole exclusivamente **moratoria**, pues persigue “proteger el pago inmediato al trabajador de las deudas laborales a la terminación del vínculo, cualquiera que sea la causa por la cual se haya extinguido”; tal indemnización —continúa la Corte— “es indiferente a razones de cumplimiento o incumplimiento del contrato y, por lo mismo, sólo está establecida

a favor del trabajador”. “Son, pues, de tipo diferente por su naturaleza y por sus objetivos”, concluye el alto Tribunal. (Auto de 28 de febrero de 1957, juicio de Luis R. Herrera contra Rafael Duque).

“Lo mismo, sin otras consideraciones o adiciones, deviene indispensable predicar del inciso primero del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, que regula el fenómeno de la mora para los contratos de trabajo celebrados entre particulares, pues está concebido en iguales términos que la disposición que deroga, y aún del párrafo 1º subsiguiente.

“El párrafo 2º, que gobierna el fenómeno anotado, para los contratos de trabajo entre el Estado y sus servidores, merece algunas anotaciones adicionales.

“La sentencia singularizada *at-supra*, alrededor de este párrafo, sentó, quizá por primera vez, la siguiente jurisprudencia: “Producido, pues, el despido (o el retiro en su caso) de un trabajador vinculado a una entidad oficial por un contrato de trabajo, sólo se considera suspendida tal relación jurídica, por el término de 90 días, en el cual deben cumplirse todos los trámites para la liquidación y pago de las prestaciones, indemnizaciones y salarios que se adeuden al trabajador, como se ha dicho. Es obvio que durante dicho término la entidad oficial no está obligada a pagar salarios por servicios no recibidos ni puede considerársela en mora ni incurso en sanción alguna, ya que éstas eran precisamente las finalidades de la nueva reglamentación. Pero transcurridos los 90 días señalados en el decreto, sin el reconocimiento y pago de aquéllas prestaciones, indemnizaciones y salarios que se adeuden, recobra el vínculo su plenitud jurídica y el trabajador puede volver a su oficio y reclamar todas las ventajas de su situación laboral. Sólo en este sentido cabe hablar de un derecho a ser reintegrado en el cargo y, si no lo fuere, a reclamar nuevos salarios hasta cuando se le restituya a su empleo y se le cancele lo anteriormente debido. Mas como el contrato de trabajo es un vínculo bilateral, y respecto de éstos nadie está en mora de cumplir sus obligaciones mientras la otra parte, a su turno, no cumpla las suyas o manifieste estar listo a cumplirlas, la entidad oficial sólo tiene obligación de reintegrar a su trabajador, si éste, a su vez, se presenta a cumplir su deber laboral”.

“Esta jurisprudencia, sin embargo, apegada a las palabras empleadas en el párrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, le hacía producir a éste efectos notoriamente ilegales, pues

tanto la suspensión como la reanudación de que él trata se producen después de la expiración real de la atadura jurídica-laboral, lo que es un imposible lógico y jurídico. Por ello, no subsistió mucho tiempo.

“En su reemplazo se produjo otra, todavía vigente, que, en lo fundamental, sostiene: a) “Pero el Decreto 797 de 1949 estableció un plazo para que se liquidaran y pagaran las sumas debidas a los trabajadores oficiales.”; b) “También resultaron excluidas de pago de salarios caídos las entidades de derecho público en el caso de mora en el pago de sus obligaciones, ya que lo dispuesto en el inciso tercero del parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, es la recuperación real del vínculo y no la ficción de que trataba el artículo 52 del Decreto 2.127 de 1945, como resulta claramente de la diferente redacción de las disposiciones, recuperación real que es imposible por vía legal después de la terminación que implica el inciso 1º del mismo parágrafo 2º cuando dice que se haga efectivo el despido o retiro del trabajador.”; y c) Por ello, “se ha de recurrir al sistema general de indemnización por mora, o sea, a los intereses moratorios consagrados en la legislación civil, en los casos en que las entidades de derecho público o las instituciones de previsión (en su caso) dejen de cumplir sus respectivas obligaciones” (Tribunal Supremo del Trabajo, sentencia de 14 de septiembre de 1954, juicio de Eliécer Camelo contra el Municipio de Bogotá).

“Para abundar en razones, a lo dicho por el extinto Tribunal de Casación Laboral en la decisión mayoritaria parcialmente transcrita, importa agregar que: 1º Aún en el supuesto de que el plazo que el parágrafo 2º en examen da a la Administración hubiese tenido como único objetivo el desplazamiento de la ficción subsistencial del contrato de trabajo para, de esta suerte, sustraer temporalmente de la relación jurídica la causa para cobrar salarios caídos, dicho parágrafo sigue siendo ilegal por imponer, según se dejó expuesto arriba, una obligación de indemnizar perjuicios moratorios no consagrada en la ley que pretende reglamentar; y 2º Aún en el supuesto de que por aquella —la del Tribunal Supremo— y estas razones se sostuviese, entonces, en virtud de lo dispuesto por el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, la aplicación analógica del inciso primero del artículo 1º del Decreto 797 de 1949 o del artículo 52 del 2.127 de 1945, ya está demostrado, en concepto de esta Corporación, cómo ni el uno ni el otro pueden recibir tal aplicación

por exceder, ellos también, la potestad reglamentaria”.

Para esta Sala de la Corte, la potestad reglamentaria que, desde luego, debe ser ejercida siempre **intra-legem**, cuando versa sobre materias en que va envuelto el interés social, como en el caso de las relaciones entre patronos y trabajadores, es necesariamente menos limitada que cuando se refiere a medidas susceptibles de afectar tan sólo el interés individual de los ciudadanos. Y si, como ocurre a menudo en tratándose de esas relaciones, de suyo complejas y cambiantes, la voluntad del legislador no se manifiesta en forma completa y definida, resulta muchas veces imperioso extremar las medidas que tiendan al cabal desarrollo de los principios, generales expresados por aquél, tanto más si tales principios, por haberse inspirado en el derecho tradicional, han de ser adaptados a la especial naturaleza del Derecho del Trabajo.

El artículo 11 de la Ley 6ª de 1945 es, precisamente, un ejemplo típico al respecto. Su texto dice:

“En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable”.

Este artículo trasplantó, como se ve, una antigua institución civil (lex commissoria, la llamaron los romanos) a la esfera de las relaciones laborales. Y si bien descartó uno de los términos de la disyuntiva del ordenamiento privado, o sea la opción a exigir el cumplimiento de lo pactado, en cambio, por falta de una exacta regulación, dejó expuesta la indemnización de perjuicios a las más contradictorias soluciones. Resultaba, pues, necesario adecuar el referido precepto a la peculiaridad del contrato de trabajo, y al hacerlo debieron tenerse en cuenta, entre otras, estas circunstancias:

a) El de trabajo, no es un contrato rígido, sujeto enteramente a la autonomía de las voluntades privadas, sino flexible y fiscalizado por los poderes públicos, en orden a la protección del trabajador, que se supone la parte débil, y cuyas condiciones repercuten en la vida económica y social de la comunidad;

b) Los derechos que emanan del contrato laboral en favor del trabajador, son irrenunciables, y para que cumplan su función vital deben serle satisfechos sin dilación. Por ello, la terminación del contrato debe condicionarse lógicamente al pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones que se adeuden al trabajador;

c) El desempleo ocasiona graves perjuicios al trabajador y su familia y determina una anomalía económica y social, que al Estado corresponde precaver por todos los medios;

d) La renuencia, sin motivo justificado, del empresario, empleador o patrono al pago oportuno de los salarios y prestaciones debidos, contraría la buena fé, lo cual, por sí solo, y en atención al carácter relievante de ese principio en el contrato de trabajo, justifica una sanción, que bien puede traducirse en beneficio pecuniario para el trabajador, tanto más cuanto que a éste se le priva de su única fuente de ingresos;

e) La administración pública, cuando a las relaciones de ella con sus servidores es aplicable el régimen del contrato de trabajo, no tiene, por razón de los sistemas de contabilidad y de control, iguales facilidades prácticas para el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, que los empresarios o patronos particulares, lo cual impone el otorgamiento de un plazo prudencial para ese fin.

Reflejo de las expresadas circunstancias son los artículos 51 y 52 del Decreto 2.127 de 1945, que se transcriben en seguida

“ARTICULO 51.—Fuera de los casos a que se refieren los artículos 16, 47, 48, 49 y 50, la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del patrono, dará derecho al trabajador a reclamar los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo, además de la indemnización de perjuicios a que haya lugar”.

ARTICULO 52.—“Salvo estipulación expresa en contrario, no se considerará terminado en ningún caso el contrato de trabajo, antes de que el patrono ponga a disposición del trabajador el valor de todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones que le adeuden, salvo las retenciones autorizadas por la ley o la convención; si no hubiere acuerdo respecto al monto de tal deuda, bastará que el patrono entregue o consigne la cuantía que confiese deber, mientras la justicia del trabajo decide la controversia”.

Más tarde, el Decreto 797 de 1949, en su artículo 1º, reprodujo el artículo 52, y en el párrafo 2º dispuso lo siguiente sobre los contratos de trabajo con los servidores oficiales:

“Los contratos de trabajo entre el Estado y sus servidores, en los casos en que existan tales relaciones jurídicas conforme al artículo 4º de este Decreto, sólo se considerarán suspendidos hasta

por el término de noventa (90) días, a partir de la fecha en que se haga efectivo el despido o el retiro del trabajador. Dentro de este término los funcionarios o entidades respectivos deberán efectuar la liquidación y pago de los correspondientes salarios, prestaciones e indemnizaciones que se adeuden a dicho trabajador.

“Durante la suspensión de los contratos de trabajo a que se refiere este artículo, serán de aplicación las normas contenidas en el artículo 4º del presente Decreto y estarán a cargo de la Caja de Previsión Social a que se hallen afiliados los trabajadores oficiales, o del respectivo Tesoro Nacional, Departamental o Municipal, si no existiere tal Caja, o del fondo especial que cubra sus remuneraciones en los casos señalados en el artículo 29 de la Ley 6ª de 1945, el reconocimiento y pago del seguro de vida y el auxilio funerario en caso de muerte dentro del período de suspensión, así como los auxilios monetarios y la asistencia médica de que haya venido disfrutando el trabajador desde antes de la fecha del retiro en los casos de enfermedad o accidente de trabajo, y hasta por el término que señala la ley.

“Si transcurrido el término de noventa (90) días señalado en el inciso primero de este párrafo no se hubieren puesto a órdenes del trabajador oficial los salarios, prestaciones e indemnizaciones que se le adeuden, o no se hubiere efectuado el depósito ante autoridad competente, los contratos de trabajo recobrarán su vigencia en los términos de la ley”.

Las disposiciones que se han transcrito, determinan la manera de calcular el lucro cesante (“los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo”), que es una de las fases de la indemnización de perjuicios prevista en el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945, y subordinan la extinción del vínculo jurídico contractual al pago o consignación por el patrono del valor de todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones que le adeuda al trabajador, disposición esta última que tiene su antecedente legal en el artículo 8º de la misma ley que exigía, para el caso de la terminación unilateral del contrato, la “previa cancelación de todas las deudas, prestaciones e indemnizaciones a que haya lugar”.

Cuando en el primer inciso del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, que reproduce el artículo 52 del Decreto 2.127 de 1945, se dice que “no se considerará terminado el contrato de trabajo antes de que el patrono ponga a disposición del trabajador el valor de todos los salarios, prestacio-

nes e indemnizaciones que le adeude", quiere significarse que la simple separación material del trabajador, cuyas relaciones personales con el patrono "pudieran hacerse muy penosas y hasta ocasionar algunas perturbaciones en el establecimiento en que trabaja", como lo observa Planiol (Tratado de Derecho Civil. Tomo XI, página 90), no acarrea necesariamente la completa cesación del vínculo jurídico, y por ello el patrono continúa obligado al pago de los salarios.

Y si respecto de los contratos de trabajo entre el Estado y sus servidores, se habla de que dichos contratos se consideran "suspendidos" hasta por el término de 90 días, plazo que se concede para efectuar la liquidación y pago de lo que la administración adeude al trabajador, y de que pasado ese plazo los contratos "recobrarán su vigencia", apenas debe entenderse que el vínculo jurídico subsistente, aislado de la prestación del servicio, no envuelve la obligación de pagar salarios durante el término de gracia, pero sí desde que éste concluye, y hasta cuando se cubra al trabajador lo que se le adeude o se haga el depósito ante autoridad competente.

Es de advertir que la anterior jurisprudencia explicaba estos fenómenos mediante la tesis de la subsistencia ficcionada del contrato de trabajo (ver sentencias del 27 de marzo de 1953 —Luis Angel Valencia contra el Departamento de Caldas— y del 17 de junio de 1957 —Abrahán Muñoz contra el Municipio de Bogotá—).

Ahora bien, es cierto que el pago de salarios una vez que el trabajador deja de prestar efectivamente sus servicios, no es estrictamente una indemnización de perjuicios proveniente de incumplimiento de las estipulaciones contractuales, o sea que no cabe dentro del concepto general de daño emergente o de lucro cesante. Pero tampoco se trata, como lo entiende el fallador de los simples intereses moratorios de un crédito laboral, porque la obligación de pagar salarios durante el lapso comprendido entre el momento en que el trabajador deja de prestar sus servicios hasta aquel en que recibe o se pone a su disposición el valor de lo que le adeuda el patrono por retribución del trabajo, prestaciones e indemnizaciones, asume el carácter de una indemnización suplementaria de perjuicios, que tiene apoyo en las normas comentadas y cuya aplicación está condicionada a la buena o mala fé del patrono, a la manera como ocurre en el derecho positivo francés, según lo anota Jossierand en los siguientes términos: "El artículo 1.153, modificado por la ley de 7 de abril de 1900, decide en su último

apartado que si el deudor de una suma de dinero causa a su acreedor por su retardo en pagársela, un perjuicio independiente de dicho retardo, puede ser condenado por ello a "intereses distintos de los intereses moratorios del crédito", es decir, a daños y perjuicios suplementarios justificados por su mala fé". (Derecho Civil, Traducción española, Tomo II, Volumen I, pág. 513).

Y es obvio que independientemente del retardo, el trabajador que, por renuencia injustificada del patrono, no recibe oportunamente el valor de sus salarios, prestaciones e indemnizaciones, ve afectados sus prospectos económicos, que giran necesariamente en torno a los derechos mínimos que la ley le concede, sufriendo de este modo un perjuicio que debe ser reparado en forma distinta a la de un simple interés moratorio.

Por lo expuesto estima la Sala, en desacuerdo con el fallador, que los artículos 52 del Decreto 2.127 de 1945 y 1º del Decreto 797 de 1949, no exceden la potestad reglamentaria, en cuanto se limitan al conveniente desarrollo y adaptación de los artículos 8º y 11 de la Ley 6ª de 1945, y que por tanto han debido aplicarse al caso de autos. Prospera, pues, el cargo.

Convertida la Sala en Tribunal de instancia, se procede a decidir el punto mediante las siguientes consideraciones:

Perilla dejó de prestar sus servicios al Municipio el 24 de abril de 1950 (folio 53). El plazo de 90 días de que trata el parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, que debe entenderse de días hábiles conforme al artículo 72 del C. de R. P. y M., venció el 14 de agosto. El valor correspondiente a su auxilio de cesantía le fue girado por la Caja de Previsión Social Municipal el 13 de noviembre del mismo año, con el cheque número 2500-83 a cargo del Banco de la República (folio 49). Hubo, pues, mora de 91 días en la cancelación del valor del auxilio.

Como no existe prueba acerca del último salario que devengó el actor, se tendrá en cuenta el salario mínimo legal, que en la época en que fue despedido era de \$ 2.00 diarios.

Los 91 días de mora a razón de \$ 2.00 diarios arroja un valor de \$ 182.00, que el Municipio de Bogotá deberá pagar al demandante Perilla.

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, CASA PARCIALMENTE, la sentencia recurrida en cuanto por el literal b) del numeral 1º de la parte re-

solutiva ABSUELVE al Municipio de Bogotá de la solicitud de salarios caídos formulada por la parte actora, REVOCA la de primer grado proferida por el Juez Séptimo del Trabajo de Bogotá, en cuanto por su numeral 1º desestima las peticiones de la demanda en su totalidad y en cuanto por su numeral 2º condena en costas al actor, y, en su lugar CONDEÑA al Municipio de Bogotá a pagar al demandante Pedro A. Perilla la suma de CIENTO OCHENTA Y DOS PESOS (\$ 182.00) moneda corriente como indemnización de perjuicios por falta de pago oportuno de su auxilio de cesantía. No la casa en lo demás.

Sin costas en las instancias ni en el presente recurso.

Cópiese, publíquese, 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.—Jorge Vélez García—

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ACLARACION DE SENTENCIA POR CAUSA DE ERROR NUMERICO EN EL VALOR DEL SALARIO MINIMO LEGAL, AL LIQUIDAR LA INDEMNIZACION POR MORA (SALARIOS CAIDOS)

El error numérico a que se refiere la ley, según lo ha sostenido la jurisprudencia, "es el que resulte de la operación aritmética que se haya practicado, sin variar o alterar los elementos numéricos de que se ha compuesto o que han servido para practicarla; es decir, que sin alterar los elementos numéricos, el resultado sea otro diferente; habría error numérico en la suma de cinco, formada por los sumandos 3, 2 y 4".

No existiendo prueba acerca del último salario que devengó el actor, deberá tenerse en cuenta el salario mínimo legal que devengaba en la época en que fue despedido.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., diez y seis de julio de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Alberto Bravo).

En escrito presentado oportunamente, solicita el apoderado judicial de PEDRO ANTONIO PERILLA que se aclare la sentencia dictada por esta Sala el once (11) de junio último en cuanto por ella se dispuso tener en cuenta el salario mínimo legal de \$ 2.00 diarios, al liquidar la indemnización por mora, en atención a la falta de prueba acerca del último salario que devengó el actor.

Se funda la solicitud en la consideración de que se incurrió en error aritmético puesto que de la información número 01964 de la Contraloría del Distrito Especial, visible al folio 52 vuelto del cuaderno principal, que dá cuenta de que a Pedro Antonio Perilla le fue pagada por el Municipio de Bogotá la cantidad de cuarenta y cinco pesos con veinte centavos (\$ 45.20) como salario de aumento por 113 días de trabajo, se infiere que el jornal era de cuatro pesos con doce centavos (\$ 4.12) de acuerdo con la escala establecida en el Decreto 3.871 de 1949.

Para resolver se considera:

Según lo ha sostenido la jurisprudencia, "el error numérico a que se refiere la ley es el que resulte de la operación aritmética que se haya

practicado, sin variar o alterar los elementos numéricos de que se ha compuesto o que han servido para practicarla; es decir, que sin alterar los elementos numéricos, el resultado sea otro diferente; habría error numérico en la suma de cinco, formada por los sumandos 3, 2 y 4".

Esta Sala, al casar parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio de Pedro Antonio Perilla contra el Municipio de Bogotá, por haber prosperado el tercer cargo de la demanda de casación, relativo a "salarios caídos", al decidir el punto en instancia dijo lo siguiente:

"Como no existe prueba acerca del último salario que devengó el actor, se tendrá en cuenta el salario mínimo legal que en la época en que fue despedido era de \$ 2.00 diarios. Los 91 días de mora a razón de \$ 2.00 diarios arrojan un valor de \$ 182.00, que el Municipio de Bogotá deberá pagar al demandante Perilla".

En la operación aritmética así efectuada no se advierte ningún error que justifique la aclaración pedida.

La desestimación de la prueba que menciona el apoderado de Perilla y la consiguiente adopción del salario mínimo para liquidar la indemnización moratoria, salario que igualmente sirvió de base al fallador de segunda instancia para la condena por lucro cesante, sin que este aspecto se hubiese planteado en el recurso de casación, no es materia que sea susceptible por sí misma de error aritmético, y por ello la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— no puede acceder a lo solicitado, como en efecto NO ACCEDE.

Cópiese, publíquese, 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.—Jorge Vélez García.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

EXTINGUIDA LA CLAUSULA DE RESERVA POR LA CELEBRACION DE UN CONTRATO ESCRITO A PLAZO DETERMINADO, NO REVIVE POR SU PROLONGACION TACITA EN PERIODOS SEMESTRALES, DE ACUERDO CON EL ARTICULO 49 DEL C. S. T. — ESTA CLAUSULA SOLO OPERA CUANDO SE PACTA POR ESCRITO EN CONTRATOS DE DURACION INDEFINIDA. — LA CONDENA POR LUCRO CESANTE NO TIENE LUGAR CUANDO EL TRABAJADOR DESPEDIDO HA TRABAJADO EN OTRA EMPRESA DURANTE EL PERIODO FALTANTE PARA LA TERMINACION DEL CONTRATO CON UN SALARIO IGUAL O MAYOR AL DEVENGADO

1. En los autos está acreditado que el primer contrato que ligó a las partes fue escrito, de duración indefinida y con estipulación de la cláusula de reserva. De igual manera que el segundo contrato en su anverso es del mismo modelo de impresión que el primero y con las mismas cláusulas que se han dejado anotadas pero con modificaciones en lo relativo al nuevo cargo del demandante, al salario y a la fecha de iniciación de servicios; se observa, además, que en su reverso existe una cláusula especial, con el distintivo de Nota, en la que se dice que su término es de un (1) año y que sólo será rescindible en caso de liquidación de la empresa; se pacta también una cláusula penal de cinco mil pesos.

El término de un año del segundo contrato venció el 4 de agosto de 1951. Después de esta fecha no hubo más contrato escrito ni convenio especial sobre prórroga del plazo fijo. Esta situación duró hasta el 3 de diciembre de 1951, fecha de terminación unilateral del contrato de autos por aviso previo de la empresa.

Como se ve, lo importante es definir cuáles fueron los efectos de la continuación del segundo contrato, una vez vencido el plazo fijo en él pactado. La Sala se inclina a acoger la solución prevista en la parte final del artículo 49 del Código Sustantivo del Trabajo por considerar que coincide exactamente con el caso debatido, cuando dispone: "La prórroga a plazo fijo del contrato celebrado por tiempo determinado debe constar por escrito; pero si extinguido el plazo inicialmente estipulado, el trabajador continuare prestando sus servicios al patrono, con su consentimiento expreso o tá-

cito, el contrato vencido se considera, por ese solo hecho, prorrogado por periodos de seis en seis meses".

Lo anterior está indicando que esta Corporación discrepa de la apreciación del sentenciador cuando éste sostiene que vencido el segundo contrato de periodo fijo recupera su vigencia la cláusula de reserva pactada en el primer convenio laboral y que, por tanto, la terminación unilateral decidida por la empresa está ajustada a la ley. No comparte la Sala tal punto de vista por las siguientes razones:

a) El segundo contrato convenido a término fijo extinguió la cláusula de reserva del primer contrato por fuerza de que la duración indefinida del contrato, que es donde cabe dicha cláusula, es antinómica e incompatible con el plazo determinado.

b) Según las voces del artículo 49 citado antes, la prórroga a plazo fijo del contrato celebrado por tiempo determinado debe constar por escrito. Este no es el caso del trabajador demandante puesto que continuó prestando sus servicios sin que mediara acuerdo escrito especial. De tal modo que entonces opera de otra parte de esa disposición legal que ordena que el contrato vencido se considera prorrogado por periodos de seis en seis meses. Pero en ningún caso, por ese solo hecho recobra su perdido vigor legal la cláusula cuestionada, pues este evento no lo contempla el precepto mencionado ni otro alguno. El periodo fijo del segundo contrato extinguió la nomenclatura cláusula y ésta no revive correlativamente con el plazo semestral sino que, de conformidad con el artículo 48 del C. S. del T., es imprescindible consignarla por escri-

to en una nueva estipulación contractual.

2. — Según jurisprudencia del Tribunal Supremo del Trabajo, a pesar de que en autos se halle probado que hubo ruptura unilateral e ilegal o injusta de un contrato de trabajo, el patrono queda exento de la sanción de que habla el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, si llega a probar que el trabajador no ha sufrido perjuicio alguno con la terminación de dicho contrato por haber entrado a trabajar a otra empresa inmediatamente después de la terminación y con un salario igual o mayor al devengado anteriormente...".

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., once de junio de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Roberto De Zubiría C.).

"LINEAS AEREAS TRASATLANTICAS COLOMBIANAS" (LATCO), con domicilio en Barranquilla, es la razón social de la empresa demandada por el actor NESTOR VARGAS ESCOBAR en juicio ordinario laboral ante el Juzgado Segundo del Trabajo de dicha ciudad, para que previos los trámites legales respectivos se hiciesen las declaraciones consistentes en que entre las partes existió un contrato de trabajo, inicialmente en forma verbal y luego por escrito, el cual por vencimiento del plazo pactado siguió rigiéndose por las normas generales y cuyo término se operó en virtud de rompimiento unilateral del contrato. Que con base en lo anterior, se condenase al pago del contrato presuntivo, auxilio de cesantía, vacaciones causadas y no disfrutadas, prima de beneficios, indemnización moratoria, perjuicios materiales y morales regulados por los medios establecidos en el Código Judicial y las costas del juicio.

Los hechos expuestos en el libelo son los siguientes:

"1º Con fecha 23 de abril (de 1949 destaca la Sala) el actor entró a prestar sus servicios a la empresa demandada, por medio de un contrato celebrado verbalmente;

"2º Con fecha 4 de agosto de 1950, entre la sociedad demandada y el actor se suscribió un contrato desde la fecha citada y que terminó el 4 de agosto de 1951;

"3º El contrato escrito a que se refiere el hecho anterior no se renovó por escrito, y el actor con-

tinuó prestando sus servicios, ya dentro de las normas generales del contrato de trabajo, o sea, por medio de contrato verbal;

"4º El salario devengado por mi poderdante era de \$ 1.800.00 mensuales, más los viáticos, primas de vuelo, lo cual da un total de \$ 2.169.10;

"5º Durante 2 años a mi poderdante no se le dieron vacaciones ni en tiempo ni en dinero;

"6º La sociedad demandada no ha pagado al actor el valor del auxilio de cesantía;

"7º La sociedad demandada no ha pagado al actor la prima de servicios de todo el año de 1951;

"8º La sociedad demandada rompió unilateralmente el contrato de trabajo verbal que subsistió entre el actor y la misma a partir del 4 de agosto de 1951;

"9º El despido injusto e intempestivo ha ocasionado perjuicios a mi poderdante, perjuicios que son tanto de orden moral como material y que se estiman en los valores indicados en el pedimento 11". (La Sala destaca que se refiere al ordinal 12 y no al 11, en el cual se solicita condena de \$ 2.000.00 por concepto de perjuicios materiales, y \$ 5.000.00 por concepto de perjuicios morales).

En derecho fueron invocados los artículos pertinentes de los Decretos 2.663 y 3.743 de 1950, (C. S. del T.), y el Decreto 2.158 de 1948 y demás disposiciones aplicables.

La citada sociedad no dio respuesta oportuna a la anterior demanda.

En fallo de primera instancia, de fecha 5 de noviembre de 1955, el a quo absolvió a la entidad demandada de todos los cargos formulados en su contra y no condenó en costas, providencia cuya apelación interpuesta por el apoderado del actor, fue dirimida por el extinguido Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla en sentencia fechada el 12 de diciembre de ese mismo año, en sentido confirmatorio e imponiendo costas.

Esta Sala entra ahora a resolver sobre el recurso de casación interpuesto contra la providencia de segundo grado, mediante el estudio de la respectiva demanda que contiene dos cargos. No hay escrito de oposición.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION:

Expresa el recurrente: "Con la presente demanda me propongo obtener que esa Honorable Corporación case totalmente la sentencia de segunda instancia, ya determinada, en cuanto por ella se absuelve a la sociedad Líneas Aéreas Transatlánticas Colombianas, y que como Tribunal de

instancia, revoque la sentencia del H. Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla, proferida el día doce de diciembre del año próximo pasado y se condene a la empresa a los pedimentos de la demanda”.

EXAMEN DE LOS CARGOS

El recurrente formula dos cargos que en su orden serán analizados por la Sala.

PRIMER CARGO

Esta acusación se presenta por falta de apreciación e indebida y errónea apreciación de ciertas pruebas, lo cual condujo al Tribunal a la violación indirecta de los artículos 23, 48, 49, 63 y 64 del C. S. del T., y 607 del C. J.

Las pruebas que se indican como no apreciadas son éstas:

- a) El contrato de trabajo de folio 65 y 65 vto.
- b) La carta dirigida por la demandada al Consul General de los Estados Unidos en Barranquilla, de fecha diciembre 3 de 1951.
- c) La liquidación de prestaciones sociales de folio 10.
- d) Las posiciones absueltas por el trabajador demandante visibles a folios 92 a 94.

Con base en las fallas de apreciación de las pruebas antes relacionadas, el impugnador sostiene que la empresa demandada rompió ilegalmente el contrato de trabajo que tenía celebrado con el demandante, dos meses antes de expirar el plazo presuntivo de seis meses, que vencía el 3 de febrero de 1952.

Como pruebas apreciadas indebidamente, el libelista menciona el informe, que califica de “informe privado”, suscrito por el señor Abel Coronado C., como Jefe de Oficina de la empresa de aviación denominada Líneas Interamericanas Aéreas S. A. “LIA” (folio 85).

El recurrente concluye este cargo así: “Con las pruebas no apreciadas por el Tribunal *ad-quem* y con las disposiciones antes dichas, en especial el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, pues estando demostrada la duración de la vinculación contractual; las modalidades en cuanto a término de esta misma relación; el salario; la forma unilateral de la terminación del contrato, ha debido obtenerse el resultado de que la empresa demandada hubiera sido condenada al pago de los salarios por el tiempo que faltaba para vencerse el plazo presuntivo de dicho contrato. Por otra parte no se probó por quién debía ha-

cerlo, o sea, por la parte demandada, que durante ese término el Capitán Vargas hubiera recibido remuneración de otra empresa privada o pública. Lo anterior incidió en la parte resolutive del fallo recurrido, ya que por estos errores de hecho, evidentes, se produjo la absolución de la empresa”.

Se considera.

En verdad, las pruebas que el recurrente puntualiza como no apreciadas por el *ad-quem* no son objeto de una referencia expresa en la motivación del fallo acusado, salvo el contrato de folios 65 y 65 vuelto. Lo que ocurre es que el Sentenciador orientó toda su argumentación hacia el punto de precisar si el contrato se había terminado legal o ilegalmente. En torno a esta circunstancia levantó toda la estructura de la providencia impugnada, para llegar a la conclusión de que la ruptura contractual se había producido en forma ajustada a la ley, más exactamente, con fundamento en la cláusula de reserva. En esto radica lo fundamental del problema jurídico y sobre este aspecto la Sala buscará la solución legal que sea de rigor.

En los autos está acreditado que el primer contrato que ligó a las partes fue escrito, de duración indefinida y con estipulación de la cláusula de reserva. De igual manera que el segundo contrato en su anverso es del mismo modelo de impresión que el primero y con las mismas cláusulas que se han dejado anotadas pero con modificaciones en lo relativo al nuevo cargo del demandante, al salario y a la fecha de iniciación de servicios se observa, además, que en su reverso existe una cláusula especial, con el distintivo de Nota, en la que se dice que su término es de un (1) año y que sólo será rescindible en caso de liquidación de la empresa; se pacta también una cláusula penal de cinco mil pesos.

El término de un año del segundo contrato venció el 4 de agosto de 1951. Después de esta fecha no hubo más contrato escrito ni convenio especial sobre prórroga del plazo fijo. Esta situación duró hasta el 3 de diciembre de 1951, fecha de terminación unilateral del contrato de Vargas por aviso previo de la empresa demandada.

Como se ve, lo importante es definir cuáles fueron los efectos de la continuación del segundo contrato, una vez vencido el plazo fijo en él pactado. La Sala se inclina a acoger la solución prevista en la parte final del artículo 49 del Código Sustantivo del Trabajo por considerar que coincide exactamente con el caso debatido, cuando dispone: “La prórroga a plazo fijo del con-

trato celebrado por tiempo determinado debe constar por escrito; pero si extinguido el plazo inicialmente estipulado, el trabajador continuare prestando sus servicios al patrono, con su consentimiento expreso o tácito, el contrato vencido se considera, por ese solo hecho, prorrogado por periodos de seis en seis meses”.

Lo anterior está indicando que esta Corporación discrepa de la apreciación del Sentenciador cuando éste sostiene que vencido el segundo contrato de período fijo recupera su vigencia la cláusula de reserva pactada en el primer convenio laboral y que, por tanto, la terminación unilateral decidida por la empresa está ajustada a la ley. No comparte la Sala tal punto de vista por las siguientes razones:

a) El segundo contrato convenido a término fijo extinguió la cláusula de reserva del primer contrato por fuerza de que la duración indefinida del contrato, que es donde cabe dicha cláusula, es antinómica e incompatible con el plazo determinado.

b) Según las voces del artículo 49 citado antes, la prórroga a plazo fijo del contrato celebrado por tiempo determinado debe constar por escrito. Este no es el caso del trabajador demandante puesto que continuó prestando sus servicios sin que mediara acuerdo escrito especial. De tal modo que entonces opera la otra parte de esa disposición legal que ordena que el contrato vencido se considera prorrogado por periodos de seis en seis meses. Pero en ningún caso, por ese solo hecho recobra su perdido vigor legal la cláusula cuestionada, pues este evento no lo contempla el precepto mencionado ni otro alguno. El período fijo del segundo contrato extinguió la nombrada cláusula y ésta no revive correlativamente con el plazo semestral sino que, de conformidad con el artículo 48 del Código Sustantivo del Trabajo, es imprescindible consignarla por escrito en una nueva estipulación contractual. Además, aún en la hipótesis de que existiera legalmente pactada la cláusula en cuestión, difícilmente podría tener éxito la tesis de que ella se utilizó con arreglo a la ley. En efecto, la nota de despido da como razón para éste: “la reorganización interna de la compañía”, aunque también se dice en ella que: “Le damos el preaviso de acuerdo con la ley y su contrato firmado con la empresa”. Pero en parte alguna de dicha notificación se menciona la cláusula de reserva y ésta, para que tenga eficacia legal, debe ser invocada, tal como lo ha consagrado repetidamente la jurisprudencia laboral.

Las anteriores consideraciones lógicamente ha-

cen concluir que el contrato de trabajo que vinculó a las partes fue terminado en forma ilegal por la sociedad demandada. Esta conclusión pone de presente el evidente error de apreciación probatoria en que incurrió el Sentenciador.

Así las cosas, surge el aspecto complementario del cargo en estudio consistente en la necesidad del reconocimiento del lucro cesante por concepto de indemnización de perjuicios. Para la efectividad de éste derecho el recurrente pretende descalificar probatoriamente la nota de folio 65, acogida sin reservas tanto por el Tribunal como por el Juzgado del conocimiento, con la cual se le restó alcance real a la posible condena por lucro cesante. Este ataque del impugnador sí no lo puede compartir la Sala, pues están de por medio apreciables razones jurídicas, entre otras las siguientes:

a) La prueba en referencia fue solicitada en la debida oportunidad procesal y decretada por el a-quo. Si la petición fue aceptada por el Juzgado se debió a que éste la consideró conducente.

b) La nota se allegó a los autos y no fue objeto de reparos en ninguna de las instancias.

c) Tanto el juzgador de primera como de segunda instancia le dieron mérito probatorio a la comunicación comentada.

d) No debe perderse de vista que el fallador de instancia en materia laboral disfruta de una gran amplitud para formarse su convencimiento. Dentro de este criterio, el Tribunal de casación no puede demeritar la valoración probatoria del inferior, a menos que del análisis de los actos acusados emerja un ostensible y notorio error en la estimación de las pruebas. Pero no es ésta la situación del caso **sub-judice**.

A la nota de la empresa LIA puede observarse que procesalmente no se produjo de conformidad con todos los ritos formales acostumbrados para tal clase de documentos como, por ejemplo, el reconocimiento judicial de su signatario. Esta deficiencia podría hacer derivar tal comunicación, en el peor de los casos, en una prueba indiciaria. Y acontece que ese indicio tiene una estrecha relación con la confesión del demandante contenida en su respuesta a la pregunta 7ª del pliego de posiciones, pregunta que dice textualmente: “Diga el absolvente si es cierto como yo afirmo que sí, lo es que inmediatamente regresó usted de su viaje a Miami, comenzó usted a trabajar en la empresa de aviación Lía (el absolvente dirá la fecha de su ingreso a la mencionada compañía y el sueldo que devengaba”, y que fue respondida así: “Sí es cierto, pero no recuerdo la fecha de

ingreso y el sueldo que devengaba era de \$ 2.150. mensuales" (folio 94). Y según la empresa Lía, el Capitán Vargas ingresó a su servicio el 26 de noviembre de 1951 y trabajó hasta el 31 de julio de 1953 devengando un sueldo de \$ 2.150.00. Se ve, pues, que durante los dos meses que podrían corresponder al actor por lucro cesante, devengó un salario superior al que le pagaba Latco, en la empresa Lía.

Como el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo fija el monto de los perjuicios por lucro cesante con relación al "tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo" y, por otra parte, se ha visto que durante ese tiempo el trabajador demandante no sufrió tales perjuicios por encontrarse trabajando, con mejor remuneración, en otra empresa, se concluye que no se ha configurado el evidente error de hecho que plantea el recurrente al no haberse pronunciado favorablemente el Tribunal respecto a la petición por lucro cesante. En este sentido son acertadas las consideraciones tanto del Sentenciador como del **a-quo** puesto que los perjuicios para que se puedan reconocer se requiere que sean ciertos. Sobre el particular el juzgador del conocimiento acoge explícitamente la jurisprudencia laboral consagrada en esta materia, cuando dice: "Según jurisprudencia del Tribunal Supremo del Trabajo, a pesar de que en autos se halle probado que hubo ruptura unilateral e ilegal o injusta de un contrato de trabajo, el patrono queda exento de la sanción de que habla el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, si llega a probar que el trabajador no ha sufrido perjuicio alguno con la terminación de dicho contrato por haber entrado a trabajar a otra empresa inmediatamente después de la terminación y con un salario igual o mayor al devengado anteriormente...".

Por todo lo anterior, la acusación no puede prosperar.

SEGUNDO CARGO

Esta acusación la enuncia el recurrente en los siguientes términos: "Acuso la sentencia por el H. Tribunal Seccional de Trabajo de Barranquilla, de fecha 12 de diciembre de 1955 impugnada de infringir, indirectamente los artículos 49, 63 y 64 del Código Sustantivo del Trabajo por error de

hecho en el que incurrió el sentenciador de segunda instancia al no aplicarlos debido a la equivocada apreciación de la prueba, o sea, el contrato de trabajo que obra en autos (Folio 65, cuaderno número 1)". Pero se observa que en el primer cargo el impugnador también habla de violación indirecta de textos legales por error de hecho; y entre las pruebas que señala como objeto de tal error, puntualiza como **no apreciada** el mismo contrato de folio 65. Y acontece que la única prueba en que apoya el recurrente el cargo que se examina es precisamente el contrato a que se ha hecho referencia.

La simple confrontación de los fundamentos de las dos acusaciones pone de manifiesto que el libelista ha hecho un planteamiento contradictorio. Es obvio que si una prueba se ataca como no apreciada no es aceptable que al mismo tiempo se diga que ella fue apreciada erróneamente. La jurisprudencia laboral en repetidas oportunidades ha sostenido que el ataque por defectos de apreciación probatoria sólo puede ser viable cuando el error surge en una forma ostensible y evidente. La forma contradictoria como se presenta el segundo cargo del recurrente alrededor del contrato visible al folio 65 está indicando que el error anotado no reúne las características de notoriedad y evidencia exigidas.

Por lo expuesto, el cargo no prospera.

En mérito de lo anteriormente 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** el fallo recurrido.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, 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.—Jorge Vélez García—

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

NATURALEZA JURIDICA DE LAS VACACIONES. — LA COMPENSACION EN DINERO DE LAS CAUSADAS Y NO DISFRUTADAS NO CONSTITUYE SALARIO. — LOS TRABAJADORES DE LA CONSTRUCCION NO ESTAN EXCEPTUADOS DE ESTA REGLA. — LAS VACACIONES NO INTERRUMPEN NI SUSPENDEN EL CONTRATO DE TRABAJO. — LA MORA EN SU PAGO OPORTUNO NO DA LUGAR A SALARIOS CAIDOS. — DURACION DEL CONTRATO PARA TRABAJADORES DE LA CONSTRUCCION

1.—El derecho a las vacaciones anuales tiene un fin específico, cual es el de obtener una reparación del organismo del trabajador, naturalmente fatigado y desgastado por el trabajo, y permitirle que lo continúe a su regreso en pleno goce de todas sus energías físicas. El hombre va a dejar por unos días el ambiente rutinario en el cual ha cumplido su servicio durante un año, va a entrar en un proceso de recuperación y de descanso, va a estar libre de toda actividad subordinada, de tal manera que pueda reanudar el cumplimiento de sus obligaciones laborales confortada orgánica y mentalmente. Esa la naturaleza jurídica y el fin primordial que el legislador ha tenido en la consagración de las vacaciones laborales. Si en el desarrollo del contrato de trabajo el patrono no ha cumplido con la obligación de concederlas por cada año de servicio a sus trabajadores, la ley le impone a su terminación una reparación, consistente en la compensación en dinero de esas vacaciones no disfrutadas, legalmente. Pero esta compensación asume un aspecto secundario que en manera alguna tiene poder suficiente para llenar ese objetivo fundamental y primero que la ley ha buscado de reponer las energías y capacidades perdidas de los asalariados. De ahí que haya perdido el carácter de prestación social, puesto que su aspecto sobresaliente no es el de un auxilio que el patrono esté obligado a reconocer a sus subordinados, sino cosa bien distinta.

El capítulo relativo a las vacaciones ha sido por ello lógicamente ubicado en nuestro estatuto laboral aparte del Título sobre prestaciones patronales. La parte final del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo debe entenderse en el sentido de que no son salario aquellas prestaciones de que tratan

los Títulos VIII y IX de la misma obra. Mas el hecho de que las vacaciones de los trabajadores de la construcción (por la especificación de la manera y periodos de su disfrute) se hallen dentro del último Capítulo que se refiere también a ciertas prestaciones patronales especiales, no quiere decir en modo alguno que aquéllas se asimilen a una prestación. La conclusión contraria de que sí se asimilan llevaría a una doble postura interpretativa: a) La de que para la generalidad de los trabajadores las vacaciones no son prestación, y b) La de que sí lo son para los trabajadores de construcción. No se hallan razones jurídicas que justifiquen este doble y contradictorio predicado de un mismo derecho que ha sido propuesto en los dos casos con una misma finalidad. La interpretación científica que debe hacerse de los textos lleva a concederle el sentido ya anotado a las vacaciones como derecho de igual naturaleza para todos los trabajadores de cualquier clase y condición, en obediencia a los principios del orden intelectual, fisiológico, humano y aun económico que respaldan aquel derecho.

Tampoco resulta adecuado considerar las vacaciones o su compensación en dinero como salario, porque es de la naturaleza de éste que "implique retribución de servicios", lo cual quiere decir que su causa radica en la efectiva realización de una labor. Siendo en esencia el salario una retribución de servicios, mal puede sostenerse que las vacaciones —on los dos eventos de su goce efectivo o de su compensación monetaria— equiparvan a aquél, ya que en tales casos desaparece necesariamente el elemento esencial del servicio. Puede decirse que las vacaciones y los dominicales y demás días de fiesta legales son descansos remunerados, pero tal

remuneración —por el receso de la actividad laboral— no ostenta la esencia salarial de retribución de servicios. El salario en estos casos no es más que una medida o módulo para remunerar el descanso, pero no es en esencia un salario. Dichos lapsos de descanso no suspenden el tiempo computable para la jubilación y la cesantía, en razón de que tampoco se interrumpe ni suspende durante ellos la relación contractual de trabajo, pero no porque sean retribuidos con salario sino con el quantum monetario o medida de éste.

2.—No constituyendo salario la compensación monetaria de vacaciones causadas y no disfrutadas, no puede condenarse a pagar salarios caídos cuando no se ha cubierto oportunamente, porque el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo es una norma de interpretación restrictiva, por lo cual su aplicación no puede extenderse hasta el caso de la mora en el pago de sumas que no constituyen salarios ni prestaciones sociales. La disposición hace referencia a salarios y prestaciones con un criterio exclusivo, y de su mandato restrictivo no puede salirse el juzgador al cumplir la tarea de su aplicación.

3.—La duración de los contratos de construcción se determina por el tiempo necesario para la realización de la obra. Si no aparece en autos que se haya convenido una duración del contrato distinta, debe entenderse que su finalización se produce apenas termina la labor contratada. En sentencia de 5 de septiembre de 1952, el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo sostuvo: "Los contratos laborales tiene siempre una duración determinada o determinable: por voluntad de los contratantes, dentro del límite señalado por la ley, o por la naturaleza del servicio, o por el término presuncional de seis meses en defecto de aquellas determinaciones.

"El contrato de los trabajadores de construcción vinculados a una obra determinada, pertenece a la segunda clase, esto es, su duración está determinada por la naturaleza del servicio, es decir, por el tiempo que dure la construcción, salvo que los contratantes hayan convenido un término expreso. Mas en defecto de éste no puede afirmarse que rija el presuntivo de la tercera clase, porque la duración se determina por la de la obra, según lo expuesto".

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., once de junio de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Vélez García):

En su carácter de heredera del señor Lorenzo Cruz, Felisa Cruz entabló mediante apoderado judicial un juicio laboral contra el doctor Enrique Gaitán Cubides a fin de obtener las prestaciones que, según la actora, éste debía al causante, a saber: a) \$ 2.171.94 como auxilio de cesantía; b) \$ 546.40 por concepto de vacaciones; c) \$ 61.60 por dos semanas de trabajo no pagadas; d) \$ 40.00 por un mes de trabajo nocturno; e) \$ 672.05 como auxilio por enfermedad y asistencia médica; f) Salarios caídos; g) En subsidio del anterior, el valor de perjuicios por mora en el reconocimiento y pago de las prestaciones.

Refiere el libelo que el doctor Enrique Gaitán Cubides, quien se ocupa en construcción de casas y edificios, contrató los servicios de Lorenzo Cruz en los primeros días de enero de 1944. Este trabajó a su servicio y bajo su continuada dependencia, mediante el pago de un salario por labor diurna y de otro por labor nocturna hasta el primero de noviembre de 1952 en trabajo efectivo, y hasta el último de abril de 1953 por enfermedad. Sus servicios fueron prestados en la construcción de varias casas y edificios, durante el día como oficial de albañilería y durante la noche como celador de las construcciones. Trabajaba de 7 a 12 de la mañana, de 1½ a 5 de la tarde y de las 8 de la noche a las 6 de la mañana del día siguiente. En los últimos años devengó \$ 5.50 diarios por su labor diurna y por su trabajo nocturno la suma de \$ 40.00 mensuales. El doctor Gaitán Cubides no pagó a Lorenzo Cruz las prestaciones por concepto de auxilio de cesantía, vacaciones remuneradas, auxilio por enfermedad y asistencia médica, ni dos semanas atrasadas de trabajo, ni el salario correspondiente a un mes de celaduría. El trabajador durante su vida estuvo cobrando constantemente estas prestaciones sin que el patrono las cubriera.

Se opuso el demandado a las pretensiones de la demandante, sometiéndose a lo que resultare probado respecto de algunos hechos y negando otros.

El Juzgado Quinto del Circuito Judicial del Trabajo de Bogotá desató la litis condenando al doctor Enrique Gaitán Cubides a pagar a la sucesión de Lorenzo Cruz las siguientes sumas: \$ 426.00 por concepto de cesantía, \$ 136.00 por concepto de vacaciones causadas y no disfrutadas,

el 60% de las costas, y \$ 2.00 diarios a partir del 16 de julio de 1952 hasta el día en que realizare el pago de las condenas, a título de indemnización por la mora en el reconocimiento de las prestaciones. Declaró no probada la excepción perentoria de pago interpuesta por el demandado, lo autorizó a deducir la cantidad de \$ 96.25 del valor de las condenas y lo absolvió de los demás cargos contra él formulados.

Apelada esta decisión por los apoderados de las partes litigantes subieron los autos al Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, entidad que revocó la condena del a-quo en materia de cesantía, modificó la suma por vacaciones en \$ 32.06, absolvió del pago de salarios caídos como de las costas de la primera instancia, declaró parcialmente probada la excepción de pago propuesta por el apoderado del doctor Gaitán Cubides y confirmó la absolución de los demás cargos formulados.

Contra esta providencia ha recurrido en casación el apoderado de la parte demandante. Habiéndose admitido el recurso y tramitado en forma legal, se entra a decidir.

Alcance de la impugnación.

Pretende obtener la casación del fallo recurrido por ser violatorio de la ley sustantiva, para que en su lugar se hagan las condenaciones al pago de lo que se deba por concepto de vacaciones, cesantía y salarios caídos.

PRIMER CARGO

Acusa la sentencia recurrida por violación directa de los siguientes artículos del Código Sustantivo del Trabajo: 65, 189 numeral 2º, 310 y 128.

El recurrente empieza por manifestar que la única condena en la sentencia del Tribunal fue la relacionada con las vacaciones causadas con anterioridad al año de 1952. El sentenciador consideró que las vacaciones no podían tenerse como una prestación social ni como un salario, por lo cual no había lugar a la aplicación de lo dispuesto en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

La violación de los textos enunciados es evidente —dice el libelista— porque la calidad de prestación social de las vacaciones no se desprende solamente de la interpretación de los textos legales, la jurisprudencia y la doctrina, sino que se muestra en forma expresa en la legislación laboral. En efecto, examinando el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo se ve que al pre-

ceptuar los pagos que no constituyen salario finaliza diciendo "...ni tampoco LAS PRESTACIONES SOCIALES DE QUE TRATAN LOS TITULOS VIII y IX".

En el título IX se encuentra que entre los capítulos que consagran derechos a favor de los trabajadores de construcción figura en forma especial el de cesantía y vacaciones. Son entonces tales auxilios por denominación expresa del artículo 128 prestaciones sociales, y el juzgador no puede desconocer el texto claro de este precepto sin violarlo directamente. Pero si las vacaciones no disfrutadas no se consideran como una prestación, habría que concluir a contrario sensu que esta compensación en dinero participa de la naturaleza del salario y entonces su falta de pago también fundaría la condenación pedida.

Por no entenderlo así incurrió el fallador en violación directa de las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo que dan esa categoría a las vacaciones, y al no hacer la condenación por salarios caídos infringió directamente el artículo 65 del mismo estatuto.

En su escrito de oposición el apoderado de la entidad demandada arguye que el Código Sustantivo del Trabajo quitó a las vacaciones el carácter de prestación, lo mismo que a los descansos obligatorios. El que el artículo 128 al enumerar los pagos que no constituyen salarios, "haya hecho una referencia ambigua, en manera alguna puede tenerse como una definición exegética". Además, la obligación de pagar las vacaciones en dinero a la terminación del contrato constituye para el patrono el carácter de una sanción (subraya el opositor). De manera tal que si no puede llamarse prestación un descanso que la ley otorga al trabajador, mucho menos puede dársele esa categoría a la sanción impuesta al patrono que no haya otorgado ese descanso a sus trabajadores. De otro lado, el artículo 65 es de interpretación restrictiva.

Se examina.

Queda reducido el análisis del cargo al carácter de prestación social o de salario que pueda o no tener la institución del descanso anual en favor de los trabajadores, para en consecuencia resolver sobre la aplicación de la indemnización por mora en el pago de las prestaciones a que se refiere el artículo 65 del C. S. del T.

El derecho a las vacaciones anuales tiene un fin específico, cual es el de obtener una reparación del organismo del trabajador, naturalmente

fatigado y desgastado por el trabajo, y permitirle que lo continúe a su regreso en pleno goce de todas sus energías físicas. El hombre va a dejar por unos días el ambiente rutinario en el cual ha cumplido su servicio durante un año, va a entrar en un proceso de recuperación y de descanso, va a estar libre de toda actividad subordinada, de tal manera que pueda reanudar el cumplimiento de sus obligaciones laborales recomfortado orgánica y mentalmente. Esa la naturaleza jurídica y el fin primordial que el legislador ha tenido en la consagración de las vacaciones laborales. Si en el desarrollo del contrato de trabajo el patrono no ha cumplido con la obligación de concederlas por cada año de servicio a sus trabajadores, la ley le impone a su terminación una reparación, consistente en la compensación en dinero de esas vacaciones no disfrutadas legalmente. Pero esta compensación asume un aspecto secundario que en manera alguna tiene poder suficiente para llenar ese objetivo fundamental y primero que la ley ha buscado de reponer las energías y capacidades perdidas de los asalariados. De ahí que haya perdido el carácter de prestación social, puesto que su aspecto sobresaliente no es el de un auxilio que el patrono esté obligado a reconocer a sus subordinados, sino cosa bien distinta. Razones suficientemente válidas para que el juzgador de segunda instancia no haya procedido a la condenación por salarios caídos, puesto que el pago por vacaciones no disfrutadas a que condenó en su providencia no encuadra dentro de los elementos específicos que el artículo 65 presupone para proceder a su condenación.

El capítulo relativo a las vacaciones ha sido por ello lógicamente ubicado en nuestro estatuto laboral aparte del Título sobre prestaciones patronales. La parte final del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo debe entenderse en el sentido de que no son salario aquellas prestaciones de que tratan los Títulos VIII y IX de la misma obra. Mas el hecho de que las vacaciones de los trabajadores de la construcción (por la especificación de la manera y períodos de su disfrute) se hallen dentro del último Capítulo que se refiere también a ciertas prestaciones patronales especiales, no quiere decir en modo alguno que aquéllas se asimilen a una prestación. La conclusión contraria de que sí se asimilan llevaría a una doble postura interpretativa: a) La de que para la generalidad de los trabajadores las vacaciones no son prestación, y b) La de que sí lo son para los trabajadores de construcción. No se

hallan razones jurídicas que justifiquen este doble contradictorio predicado de un mismo derecho que ha sido propuesto en los dos casos con una misma finalidad. La interpretación científica que debe hacerse de los textos lleva a concederle el sentido ya anotado a las vacaciones como derecho de igual naturaleza para todos los trabajadores de cualquier clase y condición, en obediencia a los principios de orden intelectual, fisiológico, humano y aún económico que respaldan aquel derecho.

Tampoco resulta adecuado considerar las vacaciones o su compensación en dinero como salario, porque es de la naturaleza de éste que "implique retribución de servicios", lo cual quiere decir que su causa radica en la efectiva realización de una labor. Siendo en esencia el salario una retribución de servicios, mal puede sostenerse que las vacaciones —en los dos eventos de su goce efectivo o de su compensación monetaria— equivalgan a aquél, ya que en tales casos desaparece necesariamente el elemento esencial del servicio. Puede decirse que las vacaciones y los dominicales y demás días de fiesta legales son descansos remunerados, pero tal remuneración —por el receso de la actividad laboral— no ostenta la esencia salarial de retribución de servicios. El salario en estos casos no es más que una medida o módulo para remunerar el descanso, pero no es en esencia un salario. Dichos lapsos de descanso no suspenden el tiempo computable para la jubilación y la cesantía, en razón de que tampoco se interrumpe ni suspende durante ellos la relación contractual de trabajo, pero no porque sean retribuidos con salario sino con el quantum monetario o medida de éste.

Debe anotarse por último que el artículo 65 es una norma de interpretación restrictiva, por lo cual su aplicación no puede extenderse hasta el caso de la mora en el pago de sumas que no constituyen salarios ni prestaciones sociales. La disposición hace referencia a salarios y prestaciones con un criterio exclusivo, y de su mandato restrictivo no puede salirse el juzgador al cumplir la tarea de su aplicación.

Todo lo anterior demuestra que no incurrió el Tribunal en violación de las disposiciones sustantivas que señala el recurrente. Su interpretación estuvo ajustada a los fundamentos científicos de las disposiciones sobre vacaciones, por lo que su decisión lejos de quebrantarse debe mantenerse.

No prospera en consecuencia el cargo.

SEGUNDO CARGO

Se funda en que la sentencia recurrida violó de manera indirecta los artículos 254 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por error de hecho en la apreciación de las pruebas testimonial, confesoria y pericial sobre duración del contrato de trabajo.

Al afirmar el Tribunal que los servicios prestados por el actor al doctor Gaitán Cubides no se llevaron a cabo a través de un solo contrato de trabajo sino de varios, dejó de apreciar la confesión hecha por el demandado en la contestación de la demanda. Tanto en ésta, como en las demás pruebas allegadas al juicio, se constata que el doctor Gaitán se dedica a actividades de construcción. De donde se concluye que el demandado no desempeñaba su oficio en forma ocasional, sino por profesión, en una empresa de carácter permanente.

Respecto a la continuidad de los servicios, la mayoría de los testigos coinciden al afirmar que Lorenzo Cruz trabajó por un tiempo que sobrepasa al indicado por el demandado en su confesión. Por otra parte, se sabe por la confesión del demandado y las declaraciones testimoniales que Cruz también fue empleado por el doctor Gaitán Cubides como celador nocturno de los edificios que construía. Incluso en ocasiones trabajaba durante el día en la construcción de un edificio a cargo del demandado y servía como celador nocturno en otro edificio, también a cargo del demandado. Así, el señor Alfonso Rodríguez declara que: "...mientras Lorenzo trabajaba en la construcción de la obra de la carrera 7ª con calles 11 y 12 Lorenzo Cruz estaba prestando sus servicios como celador en el edificio de la avenida 13 con calles 73 y 74". Es decir que la acción no se circunscribía exclusivamente a una obra determinada, para que se pueda afirmar que la duración de la obra regía la duración del contrato de trabajo.

Luego, incurrió el sentenciador en manifiesto error de hecho al partir de la base de que entre el demandante y el demandado existieron varios contratos de trabajo y no uno solo. Tal error lo condujo a la violación del artículo 254 del Código Sustantivo del Trabajo al darle validez a recibos que suponen pagos parciales del auxilio de cesantía y declarar probada la excepción de pago de este auxilio.

No existe la presunción de que los contratos celebrados en las empresas de construcción se estipulen por la duración de cada una de las obras cuando se ha trabajado continuamente. El error

evidente de hecho en la apreciación de las pruebas allegadas al juicio incidió en la parte resolutive de la sentencia de segunda instancia ya que determinó la revocación de la condena de primer grado al pago de la cesantía, así como la relacionada con salarios caídos.

Arguye el apoderado del demandado que para demostrar el error de hecho en la confesión (subraya el opositor) el recurrente comienza por afirmar que el doctor Gaitán Cubides en la contestación de la demanda manifestó que "Lorenzo Cruz le trabajó en su doble calidad de trabajador diurno y celador nocturno desde fines de 1947 hasta el 15 de julio de 1952", cuando lo que afirmó el doctor Gaitán fue lo siguiente: "Lorenzo Cruz empezó a trabajar conmigo en la construcción de varias casas y edificios, en su doble calidad de celador nocturno y trabajador diurno, a fines del año de 1947. Como es costumbre en el negocio de construcciones, los contratos de trabajo se celebraban para determinada obra, al concluir la cual se liquidaban y pagaban las prestaciones del tiempo corrido, quedando a paz y salvo y hasta esa fecha" (Folio 27, cuaderno 1º). Por lo que hace a la prueba testimonial, dice el autor del escrito de oposición que el recurrente se reduce a tomar los apartes que le favorecen y desecha el resto. Como el Juez en los negocios laborales no está sometido a la tarifa legal de pruebas, todo lo que hizo el Tribunal fue apreciarlas con un criterio científico.

Se examina el cargo:

No encuentra la Sala que el fallador de segundo grado hubiera incurrido "en error evidente de hecho", como lo afirma el recurrente en el presente cargo en el cual su autor dejó de enumerar las pruebas inapreciadas o mal apreciadas en la forma sistemática que la ley exige. Sustenta el libelista que el error consiste en que el sentenciador dedujo la realidad de contratos sucesivos, cuando lo cierto es que entre Cruz y Gaitán sólo hubo un contrato.

Analizadas las pruebas a que se refiere incidentalmente el autor del recurso, la Sala encuentra que de la respuesta a la demanda —citada fragmentariamente por el recurrente— ningún dato cierto puede sacarse que permita colegir la existencia de un solo contrato de trabajo entre los contendientes. Antes por el contrario, dicha contestación (folio 27) destaca que con Cruz se contrataba por la duración de cada una de las obras, y al final se le liquidaban sus respectivas prestaciones como es de uso corriente en los trabajos de construcción. De las declaraciones nume-

rosísimas que el recurrente cita no es posible establecer una unidad testimonial que permita deducir la continuidad de un único contrato. Si bien todos los testigos concuerdan en afirmar que durante determinado tiempo conocieron a Lorenzo como trabajador del doctor Gaitán, no es menos cierto que ninguno produjo una aserción que ameritara plenamente la unidad del contrato, y que, de contera, demeritara el valor de los documentos que convencieron al juzgador de la existencia de varios contratos, con sus respectivas liquidaciones de prestaciones sociales, datos advertidos por el sentenciador en la inspección ocular y peritación aneja (folios 69 y 77 a 88), de los cuales sacó la conclusión atacada.

No es, pues, contraevidente la deducción del Tribunal. Y no siéndolo se hace intocable su proveído.

Aún más: la duración de los contratos de construcción se determina por el tiempo necesario para la realización de la obra. Si no aparece en autos que se haya convenido una duración del contrato distinta, como precisamente ocurre en el caso que se contempla, debe entenderse que su finalización se produce apenas termina la labor contratada. En sentencia de fecha 5 de septiembre de 1952, el extinto Tribunal Supremo del Trabajo sostuvo: "Los contratos laborales tienen siempre una duración determinada o determinable: por la voluntad de los contratantes, dentro del límite

señalado por la ley, o por la naturaleza del servicio, o por el término presuncional de seis meses en defecto de aquellas determinaciones.

"El contrato de los trabajadores de construcción vinculados a una obra determinada, como el de autos, pertenece a la segunda clase, esto es, su duración está determinada por la naturaleza del servicio, es decir, por el tiempo que dure la construcción, salvo que los contratantes hayan convenido un término expreso. Mas en defecto de éste no puede afirmarse que rija el presuntivo de la tercera clase, porque la duración se determina por la de la obra, según lo expuesto".

En consecuencia no prospera el cargo.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia que fue objeto del presente recurso.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, 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.—Jorge Vélez García—

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONCILIACION. — VALOR PROBATORIO DEL ACTA DE ESTA DILIGENCIA EN EL JUICIO LABORAL

En la etapa conciliatoria laboral no hay obligación de aducir pruebas ni de reconocer o negar hechos, lo cual es característico de las audiencias de trámite más no de la conciliación, en donde, más que todo, se busca el entendimiento directo y amigable de las partes bajo la orientación del funcionario que conoce del diferendo. Si el intercambio de propuestas y contrapropuestas en esta etapa preliminar no culmina en un acuerdo conciliatorio, los hechos que hayan sido aceptados por las partes tendrán mayor o menor fuerza probatoria según sea el respaldo y concatenación con los elementos de convicción que se produzcan en el juicio laboral.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., junio doce de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Roberto De-Zubiría C.).

Contra EMILIANO RODRIGUEZ, vecino de Samacá, fue incoada acción ordinaria laboral por el señor JESUS ALFREDO PARRA, por medio de apoderado, ante el Juez del Trabajo de la ciudad de Tunja, a fin de que previo el trámite legal correspondiente se hiciesen las siguientes declaraciones y condenaciones en sentencia definitiva:

“Primera. Que entre el demandado señor Emiliano Rodríguez y mi cliente Jesús Alfredo Parra, vecino también de Samacá, existió un contrato de trabajo.

“Segunda. Que como consecuencia de la declaración anterior, el demandado mencionado está obligado a reconocerle y a pagarle a mi cliente prestaciones sociales y salarios a que tiene derecho de acuerdo con las leyes y decretos vigentes para estos casos.

“Tercera. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se condene al demandado de las anotaciones descritas arriba, a pagar al demandante Parra, las siguientes sumas por concepto de los referidos salarios y prestaciones, y

las que su autoridad liquide en virtud de los hechos probados:

“a) Por concepto de salarios devengados y no pagados, la suma de mil ochocientos ochenta y dos pesos (\$ 1.882.00) moneda corriente.

“b) Por concepto de auxilio de cesantía, la suma de doscientos cincuenta y un pesos, con veintiocho centavos (\$ 251.28) moneda corriente.

“c) Por concepto de prima de servicios, la suma de ciento veinte pesos (\$ 120.00) moneda corriente.

“d) Por concepto de vacaciones, la suma de ciento veinte pesos (\$ 120.00) moneda corriente.

“e) Ocho pares de zapatos y ocho overoles, o su equivalente en dinero.

“f) A pagar a mi cliente, por concepto de perjuicios ocasionados con la mora en el pago de las anteriores prestaciones sociales y salarios, los salarios caídos, desde que se hicieron exigibles tales salarios y prestaciones sociales, hasta cuando el demandado verifique su pago. Y

“A pagar las costas del presente juicio”.

Hechos de la demanda fueron los siguientes:

“1º Mi cliente le trabajó al demandado en labores agrícolas y ganaderas, durante el tiempo comprendido del doce de noviembre del año de mil novecientos cuarenta y siete al veinte de enero del año de mil novecientos cincuenta y dos, continuamente y devengando un salario mínimo de dos pesos diarios.

“2º Durante todo el tiempo relacionado en el hecho anterior, el demandado, solamente le pagó al trabajador los salarios correspondientes a seis meses y el resto, así como las prestaciones sociales se las está debiendo.

“3º. Ante el señor Inspector del Trabajo de esta ciudad, se verificó una audiencia de conciliación con fecha catorce de mayo del presente año, y ante dicho funcionario el demandado confesó la existencia del contrato de trabajo con su demandante, durante el tiempo que se deja determinado y de que no le pagó prestaciones sociales”.

El demandado, también por medio de apoderado, al dar respuesta a la anterior demanda, negó los hechos relacionados en los ordinales primero y segundo (1º y 2º), y en cuanto al tercero (3º.) manifestó que; “Es cierto la referencia a la audiencia

pero no en cuanto a las consecuencias y causas de ello en razón de no existir contrato de trabajo alguno entre el demandante y mi representado, ni en la actualidad ni mucho menos durante el tiempo aseverado por dicho actor". Propuso además las excepciones de carácter perentorio de falta de legitimación en causa o ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandante, la de petición de modo indebido y la de inepta demanda de fondo.

Tramitada la litis, el mencionado Juez **a-quo** la desató por medio de fallo de 9 de marzo de 1955, en el cual condenó al demandado a pagar lo siguiente: \$ 250.48 por cesantía; \$ 105.00 por vacaciones y \$ 120.00 por prima de servicios. Total: \$ 475.48. Absolvió al demandado de las demás peticiones hechas en el libelo y no condenó en costas.

Recurrida en apelación la anterior providencia por el apoderado de la parte demandada, el extinguido Tribunal Seccional del Trabajo de Tunja, desató el recurso en sentencia de fecha 8 de julio de ese mismo año, declarando probada la excepción de "inepta demanda" propuesta y, como consecuencia, revocando en todas sus partes el proveído del **a-quo** y en su lugar absolvió al demandado de los cargos de la demanda. No impuso costas.

Interpuesto en tiempo hábil el recurso extraordinario de casación contra la sentencia dictada por el **ad-quem**, concedido y tramitado en legal forma, corresponde ahora a esta Superioridad el estudio de la respectiva demanda, la cual contiene dos cargos. No hubo escrito de oposición.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Pretende el recurrente obtener que se case el fallo de segundo grado, y que, convertida la Sala en Tribunal de instancia, "confirme el fallo de primer grado en cuanto a las condenas en él producidas y lo modifique en cuanto a la absolución que hizo de los demás cargos de la demanda, condenando al demandado a ellos".

PRIMER CARGO

El recurrente indica como violados, por falta de aplicación, las siguientes disposiciones legales: Artículos 22, 23, 27, 36, 54, 57, 65; 145; 186; 189, 230, 231, 232, 235, 249, 253 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, y los Decretos 3.871 de 1949 y 70 de 1950.

Manifiesta el libelista que las disposiciones antes mencionadas se violaron a consecuencia de error de hecho evidente al apreciar equivocadamente las siguientes pruebas:

"a) Del ACTA de audiencia de conciliación suscrita por las partes ante la Inspección Seccional del Trabajo de Boyacá (folios 15 y 16 del cuaderno número 1) donde consta:

En uso de la palabra el demandado Emiliano Rodríguez, manifestó: "Que sí le trabajó su demandante Jesús Parra, en labores agrícolas, durante un tiempo de tres años o sea desde el año 1948, 1949 y 1950 inclusive, devengando un jornal o salario de ochenta centavos los primeros días y después se le reconoció un salario de un peso con cincuenta centavos (\$ 1.50) y que por ese concepto está pago; que por el asunto de cesantía y las demás prestaciones, que de eso si no le ha pagado ni se le ha arreglado nada, y solicita que la Inspección le liquide esas prestaciones de acuerdo con la ley, teniendo en cuenta que su capital no alcanza de ninguna manera a veinte mil pesos (\$ 20.000.00)".

"b) De la declaración del señor Gonzalo Parra, Administrador de la Fábrica de Hilados y Tejidos de Samacá, quien al admitir que EMILIANO RODRIGUEZ trabajó como dependiente de la empresa determina que su labor fue la de "vigilancia de las propiedades de la empresa", pero no de "vigilante de obreros destinados a labores agrícolas por cuenta de la empresa, por cuanto ésta no se ha ocupado en ninguna época en esa clase de labores". Afirmó categóricamente, ratificando el informe oficial de la Compañía de Samacá S. A. que obra a folio 17 del cuaderno 1, que JESUS ALFREDO PARRA no trabajó en ninguna época como dependiente de la Compañía de Samacá y que esta Compañía: "... no le ha pagado directa ni por intermedio de sus empleados jornales en ninguna época". Dijo que la empresa Samacá había permitido a varios particulares y a una entidad, extinguida ya y distinta de la empresa, cultivos en terrenos de su propiedad pero sin beneficio ninguno para la empresa. No precisó en cuáles de sus terrenos ni en qué época ocurrió esto (folios 26 v. y 27 de C. Nº 1).

"c) De la declaración de DANIEL RODRIGUEZ (folios 22 vuelto y 24 del cuaderno número 1). Este testigo afirma que Jesús Alfredo Parra trabajó a órdenes de Emiliano RODRIGUEZ quien a su vez lo hacía por cuenta propia al menos en un período comprendido entre los años 1950 o 1951, hasta el año de 1952.

"d) De la declaración de FELIX ROSE CAS-TELBLANCO (folios 27 vuelto a 28 vuelto del cuaderno número 1). Este testigo declara que "Jesús Alfredo PARRA estuvo trabajando a ór-

denes de Emiliano Rodríguez, desde 1947 hasta 1952, tiempo en que yo fui compañero de él. Aclaro que cuando yo dejé de trabajar allí, él se quedó prestando sus servicios, no sé hasta cuándo". Si bien acepta la vinculación de RODRIGUEZ con la compañía, no precisa ni menos funda la razón de su conocimiento respecto a la relación que los vinculara, ni le consta la época en que esto ocurrió, y así:

"PREGUNTADO: "Si le consta sírvase decir si Jesús Alfredo Parra trabajaba únicamente a órdenes de Emiliano Rodríguez, o si le trabajaba a alguna otra persona? CONTESTO: " De allá nunca salía a trabajar a otra parte, y solamente le daba órdenes Emiliano".

"e) De las deposiciones de los testigos JULIO GIL CARDENAS (folios 19 y 20 del cuaderno número 1), IGNACIO CASTIBLANCO (folios 20 vuelto y 21 del cuaderno número 1) y MANUEL GIL (folios 21 a 22 vuelto) quienes afirman que Jesús Alfredo Parra trabajó a órdenes de Emiliano Rodríguez. No dan ninguna razón o fundamento de su dicho respecto de la vinculación de Rodríguez con la Compañía Samacá o con José Navarro, así dice el testigo Ignacio Catiblanco:

"No sé él (Parra) cuánto ganaría en esa vez; yo ganaba un peso; yo lo conocía con Emiliano Rodríguez, **no sé si por cuenta de la fábrica o por cuenta de Emiliano Rodríguez** desde 1947 y hace unos dos años y medio que salió; se ocupaba de trabajos de sacanza de papas, echando cercas, fumigando y en trabajos de bueyes".

"Además se observan flagrantes contradicciones que son patentes sobre todo en la declaración de Julio Gil Cárdenas (Respuestas a las preguntas 5ª y 10ª a la 6ª y 19, etc.), lo que resta totalmente su mérito.

"f) En las declaraciones practicadas en la segunda instancia con base en un solo cuestionario propuesto por el apoderado del demandado, se observa que fueron TRECE los testigos interrogados sobre los mismos hechos habiéndose obrado en contravención de lo preceptuado en el artículo 53 del C. de P. L. (D. N.º 2.158 de 1948) que dice:

"... En cuanto a la prueba de testigos, el Juez no admitirá más de cuatro para cada hecho".

"Además el Tribunal no consideró el hecho de que ninguno de los testigos da razón o fundamento respecto de sus afirmaciones, y que en las declaraciones de MATEO RODRIGUEZ, (Fls. 15 vuelto a 16), ANTONIO MATAMOROS (folio 5 a 5 vuelto), ADAN BUITRAGO o LANCHEROS (folio 18. a 18 vuelto); VICENTE GONZALEZ

(folio 18 vuelto a 19); no se cumplieron los requisitos de que trata el artículo 52 del C. de P. L. respecto a la recepción de las pruebas; que en la declaración de FIDELIGNO FORERO dejó el Juez comisionado esta constancia: "... que el declarante se mostró bastante confuso como si fuera sordo o no entendiera las preguntas". Que los testigos SILVINO BUITRAGO (folios 19 a 19 v.) y JOSE CASTIBLANCO (folios 20 a 20 vuelto) y SANTOS VARGAS (folios 19 vuelto a 20) no pueden dar razón de su dicho por haber trabajado según afirman, en el lugar, en breves períodos y en años anteriores a la época a que la relación laboral se refiere por lo cual incurren en falsedad, así:

"Silvino Buitrago dice:

"Yo trabajé por ahí como en el año de mil novecientos cuarenta y seis y lo conocí trabajando ahí claro que dependíamos de la fábrica de Tejidos Samacá y no me consta más sino cuando yo trabajé allá".

"Santos Vargas dice, al referirse al Punto e) del interrogatorio:

"Yo no puedo decir eso porque como no trabajé sino un mes no más no me consta eso".

"José Castiblanco dice:

"Yo trabajé seis meses allá en el cuarenta y cuatro y ay (sic) nos pagaban era por cuenta de la empresa y él estuvo a órdenes de la Compañía de Tejidos Samacá y en labores agrícolas y yo me salí para las minas y allá siguió un poco de tiempo pero yo no me di cuenta hasta cuándo".

"Se observa además que, según consta en la declaración de CUSTODIO RODRIGUEZ, (folios 21 a 22), este testigo es hermano de Emiliano Rodríguez, por lo cual su dicho carece de valor.

* * *

"Además el Tribunal violó los preceptos anteriormente enumerados en este cargo a consecuencia de un error de hecho evidente, que consistió en la falta de apreciación del informe que obra a folio 17 de la empresa TEXTILES SAMACA S. A., suscrito por su Administrador señor Gonzalo Parra, cuyo contenido se encuentra ratificado por declaración del mismo que obra a folios 26 vuelto y 27 del cuaderno número 1, prueba pedida y decretada oportunamente, dicho informe dice así:

"Samacá, Las Fábricas, octubre 25 de 1954.

"Señorita

"Carmenza Rodríguez G. Secretaria del Juzgado del Trabajo.—Tunja.

"Nos referimos a su atento Oficio número 0204 del 21 de los corrientes por medio del cual ese

Juzgado solicita a la Administración de la Fábrica información sobre si los señores JESUS ALFREDO PARRA B. y EMILIANO RODRIGUEZ fueron trabajadores de la Fábrica por los años de 1947 a 1950 inclusive.

"Gustosamente damos la información solicitada en la siguiente forma:

"JESUS ALFREDO PARRA B. no ha sido trabajador de esta empresa en ninguna época.

"EMILIANO RODRIGUEZ sí figura en las planillas de Jornales de la empresa por los años de 1947 a 1950; en la actualidad no pertenece a la nómina de trabajadores.

"De usted muy atentamente,
"TEXTILES SAMACA S. A.—ADMINISTRADOR FABRICA.— (Sello) GONZALO PARRA (firmado)".

"De lo anterior resulta que incurrió el Tribunal en una equivocada apreciación de los citados elementos probatorios y omitió apreciar uno de ellos. Dio alcance que no tienen a tales medios de prueba y fue así como, al examinar la declaración de Gonzalo PARRA, que acertadamente estimó de "especial interés", en lo que se refiere al cargo desempeñado por Emiliano Rodríguez en la Fábrica, juzga fue la de "mayordomo", siendo así que expresamente el declarante afirma que dicho señor trabajó en la empresa no como "vigilante de obreros destinados a labores agrícolas por cuenta de la empresa, por cuanto ésta no se ha ocupado en ninguna época en esa clase de labores", sino como "vigilante de las propiedades de la empresa, situadas en el páramo del rabanal", lo que es totalmente distinto.

"Por otra parte de la misma declaración erradamente, deduce el Tribunal una relación de trabajo entre mi mandante y una persona distinta de Emiliano Rodríguez, lo que no es posible, ya que, como arriba lo anotamos, lo que el declarante Parra manifestó fue que la empresa Samacá había permitido a varios particulares y una entidad denominada "Cooperativa de Trabajadores de la Fábrica de Samacá", cultivos en terrenos de su propiedad, pero no dice en cuál de sus terrenos ni en qué época ocurrió eso. Así que carece de fundamento la afirmación que, con base principal en esa declaración, hace el Tribunal de que mi mandante "hubo de trabajar, bien a órdenes de la Compañía de Samacá, o bien a órdenes de la entidad denominada "Cooperativa de Trabajadores de la Fábrica de Samacá", obedeciendo órdenes directas del demandado señor Emiliano Rodríguez pero en su condición de mayordomo".

Se considera:

A continuación se sintetizan las declaraciones que el recurrente señala como erróneamente apreciadas por el Tribunal. **Declaración del señor Gonzalo Parra.**—De su testimonio se destacan estos hechos: Que Emiliano Rodríguez trabajó para la fábrica de Samacá desde 1947 hasta 1953 en labores de vigilancia de las propiedades de dicha empresa; que no existe dato de que Emiliano Rodríguez, como dependiente de esa fábrica, hubiera sido vigilante de obreros destinados a labores agrícolas, por razón de que esa compañía en ninguna época se ocupó en tal clase de labores; y que Jesús Alfredo Parra nunca trabajó en la Fábrica de Samacá.

Declaración de Daniel Rodríguez.—Este declarante manifiesta que le consta que Jesús Alfredo Parra trabajó primero con la Compañía de Samacá, hasta el año de 1950 o 1951, y después, Parra acompañó a Emiliano Rodríguez en el páramo, haciendo recogida de animales; y agrega que desde el año de 1947 Parra trabajó a órdenes de Emiliano Rodríguez pero por cuenta de la nombrada compañía.

Declaración de Félix Roso Castelblanco.— A las preguntas de importancia formuladas directamente por el Juzgado del conocimiento, Roso responde así: "Jesús Alfredo Parra estuvo trabajando a órdenes de Emiliano Rodríguez, desde 1947 hasta 1952, tiempo en que yo fui compañero de él". Y como respuesta al interrogatorio de la parte demandada, manifiesta: "Trabajó (Parra) por cuenta de la Compañía pero a órdenes de Emiliano Rodríguez". "Trabajó (Parra) solamente por cuenta de la Compañía, de allí no salía porque allá asistía". (Folio 28 vto.).

Declaraciones de los testigos Julio Gil Cárdenas, Ignacio Castiblanco y Manuel Gil.—Tal como lo anota el impugnador las deposiciones de estos testigos ostentan muchas deficiencias. Además, es de observar que el testimonio de Julio Gil Cárdenas se encabeza con este nombre pero la diligencia respectiva la firma José Manuel Gil y el de éste, en cambio, se inicia con su nombre y lo suscribe también José Manuel Gil. Se aprecia, pues, que José Manuel Gil aparece declarando en dos diligencias: una con su propio nombre y otra con el nombre de Julio Gil Cárdenas.

En lo que respecta a Ignacio Castiblanco, la simple lectura de su testimonio demuestra que no tiene ningún mérito probatorio.

En cuanto a las declaraciones recibidas durante

la segunda instancia, a las cuales le hace reparos el recurrente, la Sala no considera del caso referirse a ellas por razón de que expresamente el Tribunal se abstiene de tenerlas en cuenta, tal como se ve en la motivación de su fallo, por lo cual no puede decirse de ellas que fueron mal apreciadas.

En lo relativo a la falta de apreciación del informe escrito dado por la Fábrica de Samacá al **a-quo**, estima la Sala que no es una omisión grave puesto que el empleado que lo suministró, señor Gonzalo Parra, tuvo posteriormente oportunidad de rendir declaración ampliada sobre los mismos hechos a que se refiere el susodicho informe, declaración que sí fue estimada por el **ad-quem**.

Queda por ver la primera prueba, que el recurrente presenta como apreciada equivocadamente.

Se trata del Acta de la audiencia de conciliación celebrada en la Inspección del Trabajo de Boyacá, entre las mismas partes que ahora contienden. El libelista sostiene que los hechos reconocidos por el demandado en aquella ocasión equivalen a una confesión.

En verdad, de la referida Acta se desprende que el demandado reconoció ciertos hechos, tales como que Parra le trabajó en labores agrícolas por espacio de tres años, desde 1948 hasta 1950 inclusive; que le pagó diferentes salarios y que no le canceló prestaciones sociales. No puede negarse que este reconocimiento constituye una confesión extrajudicial, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 604 del Código Judicial. Pero en lo atinente a su mérito probatorio, también es oportuno recordar que, según el artículo 608 *ibidem*, tal confesión está calificada de prueba deficiente o incompleta, y su fuerza es mayor o menor según la naturaleza y las circunstancias que la rodean; y, claro está, también puede adquirir el valor de plena prueba si, a juicio del Juez, no queda duda alguna acerca de la confesión misma. Ahora bien, dentro de la libertad de que goza el fallador de instancia para valorar las pruebas, se observa que para el **ad-quem** el Acta cuestionada no revistió la importancia que le reconoce el recurrente. Y viéndolo bien, esta actitud del Tribunal no es equivocada porque, como se sabe, en la etapa conciliatoria laboral no hay obligación de aducir pruebas ni de reconocer o negar hechos, lo cual es característico de las audiencias de trámite mas no de la conciliación, en donde, más que todo, se busca el entendimiento directo y amigable de las partes bajo la orientación del funcionario que conoce del diferendo. Si el intercambio de pro-

puestas y contrapropuestas en esta etapa preliminar no culmina en un acuerdo conciliatorio, los hechos que hayan sido aceptados por las partes tendrán mayor o menor fuerza probatoria según sea el respaldo o concatenación con los elementos de convicción que se produzcan en el juicio laboral. Y lo que en este sentido se aprecia en el **sub-lite** es que hay una notoria discrepancia entre lo que registra el Acta referida y las declaraciones de los testigos. Sin exagerar se puede decir que los declarantes coinciden en afirmar que Parra recibía órdenes del demandado pero que éste las daba por cuenta de la Fábrica de Samacá.

Por todo lo anterior, pues, la Sala considera que no se ha configurado el evidente error de hecho que anota el recurrente.

Por consiguiente, el cargo no prospera.

* * *

SEGUNDO CARGO:

Está propuesto así: Violación de las mismas disposiciones indicadas en el primer cargo, como consecuencia de la infracción de los artículos 603, 604, 606 y 632 del Código Judicial, al no apreciar como prueba de confesión y como documento auténtico, la declaración del demandado y el ACTA en la cual ella consta, cuya copia obra a folios 15 y 16 del cuaderno número 1, que en lo pertinente transcribió en el anterior cargo".

Como en este cargo el recurrente se limita a acusar el Acta de conciliación que ya se analizó detenidamente al resolver la primera acusación, la Sala considera que para la impugnación que se examina es pertinente el mismo análisis que se efectuó anteriormente.

Por lo tanto, tampoco prospera este cargo.

* * *

En mérito de las consideraciones expuestas, 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 de segundo grado recurrido por el apoderado judicial del actor JESUS ALFREDO PARRA contra el demandado EMILIANO RODRIGUEZ.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Roberto De Zubiria C.—Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—Ignacio Reyes Posada, Conjuez.—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONCURRENCIA DE CONTRATO DE OBRA Y CONTRATO DE TRABAJO. — LIQUIDACION DE PRESTACIONES EN ESTE CASO. — INTERES JURIDICO PARA RECURRIR EN CASACION CUANDO NO SE HA APELADO DE LA SENTENCIA DE PRIMER GRADO DESFAVORABLE AL RECURRENTE.—TECNICA DE CASACION

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral—Bogotá, D. E., quince de junio de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Vélez García).

El señor Beltrán Molina demandó, mediante procurador judicial, al señor Enrique Gómez Pineda, socio de la firma Mendoza y Gómez, para que mediante los trámites de un juicio ordinario laboral fuera obligado a pagar al primero: 1º El auxilio de cesantía correspondiente a 11 meses y 5 días de servicios; 2º La indemnización moratoria por no haber pagado oportunamente las prestaciones debidas; 3º Los salarios correspondientes al plazo presuntivo; 4º La diferencia de metros trabajados (dice "metros trabajos" el libelo), en su valor, de conformidad con los siguientes precios: M3 de excavación \$ 3.00; M3 de cimientos \$ 12.00; M3 de muro \$ 12.00; M3 de loza \$ 40.00; 5º Las prestaciones sociales y primas "cargadas a cuenta de mi representado" y pagadas a los trabajadores que realizaban las obras con él; (la petición sexta aparece tachada); 7º Las demás prestaciones que resultaren probadas, y 8º Las costas del juicio.

Relacionó los siguientes hechos:

"El señor doctor Enrique Gómez Pineda, socio administrador de la Compañía Mendoza y Gómez de esta ciudad, con oficinas en la calle 30 avenidas 3 y 4, contrató los servicios de mi poderdante para la construcción de puentes y otros trabajos en la carretera que de esta ciudad conduce a Planeta Rica (en construcción). El contrato se celebró verbalmente y sin fijación de término de duración. Se acordó una remuneración diaria de \$ 16.00 pesos o sea \$ 480.00 mensuales, con derecho a dos horas extra (sic) de trabajo diarias cuando las trabajara, además se le reconocía 3.00 pesos por metro cúbico de excavación; \$ 12.00 por metro cúbico de cimientos y muros y \$ 40.00 por metro cúbico de loza, proporcionándole la empresa los trabajadores y materiales necesarios. Mi poderdante Beltrán Molina, prestó

sus servicios desde el día 13 de febrero de 1956 al 18 de enero de 1957, esto es, durante once meses 5 días, al cabo de los cuales fue despedido ilegalmente por su patrón doctor Gómez Pineda, quien de esta manera, rompió unilateralmente sin causa justificativa, el contrato de trabajo, ya que dio preaviso el día 14 de enero y lo retiró el 18 del mismo mes. Al despedir a mi poderdante, el patrón Gómez Pineda, no le pagó los salarios correspondientes al plazo presuntivo, como tampoco el auxilio de cesantía, el número de metros trabajados o construidos por Beltrán Molina, no fue contabilizado en su totalidad, se le cargaron a su cuenta semanas repetidas, es decir contabilizadas dos veces para hacerle los descuentos de lo pagado, y se le cargó a su cuenta las primas y cesantías que la Empresa había pagado a los trabajadores que ella le facilitó para sus labores".

Invocó los artículos 23, 24, 47, 64, 127, 310, 253 del C. S. del T. y los demás aplicables al caso, como también los artículos 5º 12 etc. del C. de P. L.

La parte demandada respondió la demanda, negando los hechos en que se basaba "esto es, en las afirmaciones referentes a que el señor Beltrán Molina era trabajador de la empresa". Agregó que con dicho señor la empresa había celebrado un contrato verbal de obra, consistente en la obligación de Beltrán de construir, a precio unitario, varios puentes de la carretera Montería-Planeta Rica. "Si el contrato es de carácter civil —agregó— las exigencias que hace la parte demandante no pueden resolverse por la jurisdicción laboral. En tal sentido, excepciono".

El Juez único del Trabajo de Montería decidió la controversia condenando a la empresa "Mendoza y Gómez Limitada", representada por su gerente señor Enrique Gómez Pineda, a pagar al demandante la suma de \$ 7.569.41 por las siguientes prestaciones sociales: a) \$ 3.124.02 por concepto de cesantía; b) \$ 1.608.75 por concepto de cesantías y primas ilegalmente deducidas y cargadas a cuenta de Beltrán Molina, y c) \$ 2.836.64 por concepto de primas de servicios; condenó en costas a la parte demandada y la absolvió de los

demás cargos formulados en el libelo de demanda.

La parte demandada apeló de la providencia de primer grado, y el Tribunal Superior de Montería, por su Sala Laboral, decidió el recurso mediante providencia del 28 de noviembre de 1957 por la cual reformó la de primer grado, condenó a la empresa "Mendoza y Gómez Limitada", a pagar al actor la suma de \$ 942.71 por los siguientes conceptos: a) \$ 497.29 por auxilio de cesantía y b) \$ 454.42 por prima de servicios; confirmó el punto segundo de la sentencia recurrida y no condenó en costas en la instancia.

El Recurso de Casación.

Contra la sentencia de segunda instancia interpuso el recurso extraordinario de casación el apoderado de la parte demandante. Admitida y tramitada en forma legal, la Sala va a estudiar la correspondiente demanda, y, en lo que resultare pertinente, el escrito de oposición.

Alcance de la impugnación.

Este aspecto de la demanda (correspondiente al "petitum" de la misma) consiste en una alegación de tres literales (A, B, C) y un cuarto (D) a modo de conclusión y que literalmente dice: "Se hace necesario, por tanto, que, merced al recurso de casación, se analicen de nuevo las pruebas y los textos legales aplicables, con el objeto de que se enmiende el yerro judicial cometido y se repare la injusticia consumada". Ya en la parte final del escrito el recurrente da a entender que el recurso busca la casación de la sentencia acusada para que, presumiblemente modificando la del **a-quo**, se liquiden las prestaciones demandadas sobre un salario base de \$ 3.404.00 mensuales que era, al decir del recurrente, el "quantum" real del salario devengado por el trabajador Molina.

I

Aparte de algunas acusaciones formalmente incompletas, el escrito de demanda, bajo el acápite "Expresión de los motivos de casación", presenta un ataque global de la sentencia en los siguientes términos: "La sentencia proferida por el H. Tribunal Superior del Distrito de Montería —Sala Laboral— en el negocio de la referencia, al surtir la segunda instancia del mismo, es violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa de algunos preceptos legales, aplicación indebida de

otros e interpretación errónea de varios, los cuales se habrán de citar más adelante etc."

II

Seguidamente, sin formular predicado de impugnación de texto alguno, el autor de la demanda hace una extensa alegación propia de instancia conducente a demostrar que entre su patrocinado y la sociedad "Mendoza y Gómez Limitada" hubo realmente un contrato de trabajo. A este efecto cita la liquidación privada hecha por el patrono al demandante Beltrán Molina y transcribe apartes de las declaraciones de Pedro Hernández (folio 33), Heliodoro Martínez (folio 34), Jerónimo Mendoza (folio 35), Benjamín Morales G. (folio 35 vuelto), Carmelo Herrera (folio 36 vuelto), Juan Padilla (folio 39), Tomás Mestra (folios 39 vuelto y 40), Rafael Enrique Agámez (fl. 40 vto.) y la inspección ocular del folio 42 vuelto y siguientes.

Consideraciones de la Sala:

No se halla acusación alguna en el alegato anterior. Aparte de su inadecuación formal, la demostración es superflua puesto que recae sobre una realidad demostrada en autos que no ha sido desconocida por los juzgadores de instancia en el curso del proceso, la de que existió una relación contractual entre el demandante y la demandada. Precisamente por haber existido contrato laboral —y por haber sido reconocido éste por los juzgadores— hubo condenación por prestaciones sociales. Si no hubiera existido contrato de trabajo no habrían sido declaradas las obligaciones prestacionales que sólo pueden proceder de la existencia de aquél. Sobra por tanto la vehemente alegación del autor del escrito, puesto que versa sobre un extremo que el juzgador no ha desconocido. O si acaso quería obtener otros resultados, la acusación carece de eficacia por las razones expresadas. El recurso no se ajusta en sus planteamientos a la técnica exigida por la ley, ya que —como antes se vio— involucra en una sola impugnación global las modalidades de infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea, y, estos motivos, según reiterada jurisprudencia, deben plantearse en forma separada, por ser diferentes al par que su pretendida ocurrencia exige análisis distintos e igualmente separados. El examen de la demanda —que se hace sobremana difícil por las deficiencias formales anotadas— permite entresacar cinco proposiciones de

impugnación contra el fallo recurrido. Van a estudiarse tales acusaciones:

Primera.

Violación por aplicación indebida de los artículos 127 y 253 del Código Sustantivo del Trabajo. Del examen de los libros de contabilidad de la demandada —dice el recurrente— efectuado durante la inspección ocular de los mismos, se desprende en forma exacta que Molina devengó un salario diario de \$ 16.00. Además de la cantidad anterior, según los mismos libros a Molina se le pagó, durante el tiempo de servicio, la suma de \$ 31.997.00 por trabajos de excavación, cimientos, muros y loza, que le fueron liquidados y pagados, a más del salario diario, en virtud del mismo contrato de trabajo. Por otra parte, le fueron reconocidas y pagadas horas extras por un valor de \$ 654.15. Agrega que haciendo las operaciones correspondientes, se establece que Molina devengó un salario variable, cuyo promedio es de \$ 3.404.00 al mes. Se refiere a la doctrina legal del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo para concluir que todas las sumas que recibió Beltrán Molina lo fueron a título de salario, y así deben ser consideradas según lo establece la precitada disposición. Agrega que carece de toda eficacia la observación del **ad-quem**, el cual se extraña de que el actor devengase un salario tan crecido, superior al de otra clase de trabajadores, porque lo cierto es que a la luz de la ley dicha suma fue percibida por concepto de salarios.

En su escrito de réplica, el apoderado de la parte demandada destaca la ineptitud formal y sustancial del cargo. Agrega que la pretensión del recurrente versa sobre el cómputo, como salario, de estipendios que no tienen el carácter de tal porque fueron causados dentro de una relación distinta, amén de que en tales estipendios quedaron incluidas sumas pagadas a los ayudantes de Molina. Agrega que las apreciaciones del sentenciador sobre este aspecto litigioso no han sido combatidas por el recurrente mediante la demostración de que al sostenerlas se incurrió en ostensibles y notorios errores de hecho. Por lo demás, agrega, aún en el caso de que las apreciaciones del **ad-quem** fueran de dudoso fundamento, ello no podría justificar la infirmación del fallo, porque ésta sólo puede producirse cuando el error es evidente.

Se considera:

El ataque anterior —que parece ser causado por una presunta violación de medio, o sea al

través de mala apreciación o total desestimación de pruebas— se resiente de los defectos que la Sala ha hallado en el escrito de demanda. La falta de una enunciación precisa de las pruebas —a las cuales sólo se hace referencia incidental— contraría el mandato del artículo 90 del C. de P. L., cuyo literal b) exige la singularización de los medios probatorios que se consideren mal evaluados o inapreciados y la indicación de la clase de error en que incurrió el sentenciador.

En síntesis, el criterio que procura esbozar con dificultad notable el fallador de segundo grado consiste en separar en una relación compleja, como es la del caso **sub-judice**, la figura de la “*Locatio conductio operis*” (contrato de ejecución de obra o de resultado) de la figura “*locatio conductio operarum*” (prestación de servicios o contrato de trabajo), para deducir las prestaciones que, sólo respecto de este último, la ley establece, y asignarle a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de la controversia en torno a los contratos de obra. Como ya se ha visto (punto II) el apoderado del recurrente no atacó de manera eficaz este criterio; hubo de limitarse a formular una alegación acerca de la existencia del contrato de trabajo —que ya el sentenciador había reconocido—, sin demostrar adecuadamente de qué manera resultaba violatoria de norma sustantiva la estimación en torno a la concurrencia —junto con aquél— de varios contratos de ejecución de obra sometidos a la jurisdicción ordinaria.

En el acta de inspección ocular a que se refiere el recurrente consta la ejecución de varias obras contratadas con el actor, realizadas por éste con el concurso de otros operarios y pagadas por la empresa. “Chequeados (. . . .) los asientos de contabilidad en el Libro de Cuentas Corrientes, se constató que el total de sumas recibidas por el señor Beltrán Molina y los demás trabajadores que figuran en los roles correspondientes es de treinta y cuatro mil trescientos setenta y ocho pesos con sesenta y ocho centavos (\$ 34.378.68), de los cuales figuran en el renglón correspondiente a la sub-cuenta de jornales la suma de treinta y un mil cuatrocientos ochenta y cuatro pesos con treinta centavos (\$ 31.484.30); en la sub-cuenta de prestaciones sociales dos mil quinientos noventa y cuatro pesos treinta y ocho centavos (\$ 2.594.38). (Fol. 11 del C. 2º.)

De suerte que la cantidad que el recurrente considera salario no fue tenida como tal por el sentenciador, debido a que, como resulta del acta de inspección ocular, no constituyó una retribución exclusivamente destinada a remunerar los

servicios personales de Molina, sino que consistió en la suma global de costo-trabajo de las obras contratadas con éste y fue recibida "por Beltrán Molina y los demás trabajadores que figuran en los roles correspondientes" (subraya la Sala). A esto replica el opositor que en la pretensión del recurrente "hay una doble aspiración ilícita, la de que se tengan como salarios cantidades originadas en contratos de obra y la de que se compute dentro de ellas lo que fue cubierto a otras personas que trabajaban bajo la dependencia del demandante".

No aparece pues la pretendida violación indirecta de los artículos 127 y 253 que alega el recurrente, por lo cual no prospera la acusación.

Segunda y Tercera.

Son, en su orden, estas acusaciones, "la violación del artículo 47 del C. S. del T. directamente", y la del artículo 65 por interpretación errónea.

Examen:

El alcance de los cargos es el de que la Sala decida sobre dos extremos (duración presuntiva y salarios caídos) que fueron resueltos por el a-quo en forma adversa a las pretensiones del actor, sin que éste hubiera interpuesto el recurso de apelación contra esa determinación desfavorable. Carece pues de interés jurídico el actor por su conformidad con la decisión de primer grado que negó tales pretensiones, y tal perdido interés no puede revivirse en casación. Por lo tanto, se desechan las acusaciones.

Cuarta.

"La sentencia impugnada violó el artículo 149 del Código Sustantivo del Trabajo directamente". (No expresa el concepto de violación). Dicha norma —dice el recurrente— prohíbe deducir, retener o compensar suma alguna del salario, sin orden suscrita por el trabajador para cada caso o sin mandamiento judicial. Demostrado como está —argumenta— que Molina era trabajador de la empresa, que ésta contrataba y pagaba los trabajadores, que los que laboraban con Molina eran trabajadores de la empresa, la última no tenía ningún derecho para descontar o retener de los salarios de Beltrán Molina la suma de \$ 1.608.75, y con esta suma pagar las primas y cesantías de trabajadores que no eran de Molina sino de la Empresa.

Examen:

Las consideraciones hechas por la Sala para decidir sobre la primera acusación sirven de base para resolver el cargo que se estudia. En el momento de la liquidación de los contratos de obra,

la empresa consideró que las prestaciones de los trabajadores auxiliares y dirigidos por el contratista Molina corrían a cargo de éste, por considerarlos dependientes del contratista y no de la empresa; de forma que dedujo la cuantía por tales prestaciones de la cantidad que salía a deberle a Molina. Mas si se trata de deducción en la cuenta corriente de un contrato de obra —cuyas divergencias, como lo sostuvo el ad-quem le competen a la jurisdicción civil ordinaria—, es imposible llegar a la conclusión de que lo deducido sea salario.

La ineptitud de forma ostentada por el cargo causa la absoluta imposibilidad de realizar más adecuadamente su estudio. Formulada la impugnación por violación directa, no expresa el concepto específico de la misma (infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea, que son las especies de toda violación genérica, directa o indirecta). Luego tanto por la forma como por el fondo el cargo es inepto y, en consecuencia, la Sala no lo acoge.

Quinta.

La sentencia "violó el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo que ordena pagar la prima, en proporción al salario, y ya se vio que salario es todo lo que el trabajador recibe como compensación por su trabajo, en dinero o en especie, como lo establece el artículo 127 de la misma obra, artículo que también fue violado, por interpretación errónea". El recurrente dice que dicha prima debe en consecuencia liquidarse con base en un salario de \$ 3.404.00 que según él —como ya se vio en el primer cargo— fue el promedio mensual de Molina.

La Sala considera:

No habiéndose demostrado que el salario de Molina fuera de \$ 3.404.00 mensuales, no puede liquidarse prima con base en esa cantidad. La Sala se remite a su análisis de la primera acusación para rechazar la presente.

Por todo lo cual, 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 que fue objeto del presente recurso.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, 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.—Jorge Vélez García—
Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ALCANCE DE LAS FACULTADES PARA CREAR, SUPRIMIR O REFUNDIR CARGOS EN LA ADMINISTRACION PUBLICA, PROVEERLOS, SEÑALARLES FUNCIONES, ETC., EN RELACION CON LOS TRABAJADORES VINCULADOS POR MEDIO DE CONTRATO DE TRABAJO

En la hipótesis de que el Decreto 73 de 1950, por no haber hecho distinción ninguna, fuera aplicable a los trabajadores vinculados al Municipio de Bogotá por medio de un contrato de trabajo, es obvio que respecto de éstos las medidas administrativas tomadas con fundamento en dicho decreto debían armonizarse necesariamente con las disposiciones laborales pertinentes.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., diez y seis de junio de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Alberto Bravo).

SATURNINO GARCIA, por medio de apoderado, demandó al Municipio de Bogotá para que fuera condenado a lo siguiente: reanudación de su contrato de trabajo; reintegro al cargo de obrero de pavimentación; pago de los salarios dejados de recibir desde la fecha del despido hasta la del reintegro; pago de la cantidad de \$ 34.80 por haber sido despedido sin el aviso previo correspondiente; pago del aumento de jornal, y pago de la suma de quinientos setenta y cuatro pesos con cincuenta centavos (\$ 574.50), valor de los salarios de 175 días que le faltaron para cumplir el último período presuntivo de su contrato de trabajo e intereses.

Según los hechos de la demanda, García prestó sus servicios al Municipio de Bogotá desde el 15 de julio de 1942 hasta el 31 de enero de 1951, como obrero de pavimentación; devengó durante los últimos tres meses de labores un jornal de \$ 3.48 y fue despedido sin que dentro de los noventa días siguientes se le pagara el auxilio de cesantía ni los salarios del pre-aviso.

Fundó su derecho en los Decretos 797 de 1949, 2.127 de 1945 y 3.871 de 1949; en el artículo 47 del C. S. del T.; en el artículo 1.617 del C. C.; en el Acuerdo Municipal número 37 de 1949 de Bogotá y en la Ley 24 de 1947.

La entidad demandada se opuso a la demanda

y propuso las excepciones de incompetencia de jurisdicción, carencia de acción y título, prescripción, pago y las demás que se demostraran.

El Juez del conocimiento, que lo fue el cuarto del Circuito Judicial del Trabajo de Bogotá declaró no probada la excepción de prescripción; condenó al Municipio a pagar al actor la suma de \$ 12.53 por concepto del valor del aumento de salario dentro del lapso comprendido entre el 1º y el 31 de enero de 1950, a razón de \$ 0.41.76 por cada día, y absolvió de las demás peticiones de la demanda (1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 6ª y 7a.). No condenó en costas.

Interpuesto el recurso de apelación por ambas partes, el Superior confirmó lo relativo a la excepción de prescripción y al aumento de salarios; revocó la absolución respecto de las peticiones 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 6a. y 7a., y en su lugar dispuso:

“a) Declárase probada la excepción de cosa juzgada en cuanto respecta a las peticiones 1ª, 2ª, 3ª y 4ª de la demanda; y

“b) Condénase al Municipio de Bogotá, representado por el señor Personero Municipal, a pagar a Saturnino García la suma de seiscientos treinta y seis pesos, con treinta y dos centavos (\$ 636.32) por salarios que hicieron falta para vencerse el término presuntivo del contrato de trabajo”.

No hubo condenación en costas ni en la primera ni en la segunda instancia.

Contra la sentencia anterior interpuso el recurso de casación el apoderado del Municipio, y habiéndosele concedido admitido y tramitado en legal forma, se va a decidir mediante el estudio de la demanda de casación y del escrito de oposición.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Persigue “la infirmación del punto b) de la parte resolutive de la sentencia en cuanto por él se condena al Municipio de Bogotá a pagar al actor la suma de \$ 636.32 por salarios faltantes para el vencimiento del término presuntivo del contrato de trabajo”.

Al efecto, formula un solo cargo.

CARGO UNICO

Acusa la sentencia de ser violatoria de la ley sustantiva por aplicación indebida del Decreto 2.127 de 1945, como consecuencia de haber sido interpretado erróneamente el precepto contenido en el artículo único del Decreto Extraordinario 73 de 1950.

El recurrente desarrolla la acusación así:

“La primera de las citadas normas se refiere al pago de los salarios faltantes para el vencimiento del término presuntivo del contrato de trabajo cuando se termina unilateralmente y sin justa causa por parte del patrono.

“El artículo único del Decreto Extraordinario número 73 de 1950 —que es posterior al Decreto 2.127 de 1945— dice textualmente:

“Facúltase al Alcalde de Bogotá, para crear empleos, proveerlos, suspenderlos, señalarles asignaciones y funciones precisas, suprimirlos y refundirlos dentro de las partidas asignadas para personal en el presupuesto vigente, con el fin de reorganizar técnica y económicamente la Administración Municipal”.

“Como fácilmente se observa el legislador, por medio de la disposición transcrita que tiene un carácter especial, con el objeto de facilitar la reorganización técnica y económica de la Administración Municipal de Bogotá, señaló ciertas facultades o atribuciones particulares al señor Alcalde, entre las cuales se cuentan las de suspender, suprimir y refundir empleos. De modo pues que esta disposición no contiene otra cosa que una facultad expresa para suspender o terminar unilateralmente por parte del Municipio y sin previo aviso el contrato de trabajo; es una forma o modalidad de suspensión o terminación del contrato de trabajo creada legalmente y que, por consiguiente, debe tenerse en cuenta cuando quiera que tengan que aplicarse los preceptos contenidos en el Decreto 2.127 de 1945, como ocurre en el caso de la referencia.

“No es, pues, ni puede ser una ruptura ilegal o ilícita del contrato de trabajo por parte del patrono aquella que se funda en una disposición expresa y especial de la misma ley.

“Por otra parte, si es en verdad una facultad que la ley otorga a un funcionario público con jurisdicción y mando, no existe razón alguna para que, en cada caso, tenga éste la obligación de acreditar o demostrar dicha facultad; o que procedió en ejercicio de ella. Nadie, menos un funcionario público está obligado a demostrar que en un caso dado actuó en cumplimiento de una

ley o en uso de sus facultades o atribuciones; lo que debería probarse, por el contrario, sería que obró incumpliendo la ley o extralimitándose en sus funciones o facultades. Si no fuese de esta manera, los funcionarios públicos verían muy fácilmente cercenadas o supeditadas sus atribuciones y, en casos como el de autos, estarían impedidos para buscar y obtener el fin mismo que persigue la ley: el Alcalde no podría obtener el fin que el artículo único del Decreto número 73 de 1950 persigue, cual es la reorganización técnica y económica de la Administración Municipal.

“Por lo demás, no puede afirmarse jurídicamente —como lo hace el Tribunal en la sentencia recurrida— que la citada disposición legal tenga operancia únicamente en el caso de empleados que estén vinculados mediante una relación de derecho público, y no en el caso de trabajadores que estén vinculados para con la Administración por una relación contractual laboral, porque la norma no distingue, y donde la ley no distingue a nadie le es lícito distinguir.

“Es, pues, absolutamente claro que el Tribunal en la sentencia recurrida interpretó equivocadamente el precepto del artículo único del Decreto antes citado”.

El apoderado del opositor dice que el Decreto 73 de 1950, en que se funda la acusación, es inconstitucional, por cuanto el Presidente de la República no puede delegar funciones en los Alcaldes y que, por otra parte cuando a un empleado se le despide sin probarle mala conducta ni incumplimiento del contrato, se comete por el patrono un abuso de poder que está sancionado en nuestra legislación con el pago de los salarios faltantes, en los términos del artículo 51 del Decreto 2.127 de 1945, por tratarse de servicios prestados a una entidad de derecho público.

Se examina el cargo.

El fallador estima que el demandante Saturnino García, por razón del cargo que desempeñó, estuvo vinculado a la Administración Municipal de Bogotá mediante un contrato de trabajo, y en consecuencia se abstiene de aplicar al caso de autos el Decreto 73 de 1950, que, en su concepto, se refiere sólo a los empleados cuyas relaciones se rigen por las normas del Derecho Administrativo. Dentro de este orden de ideas llega a la siguiente conclusión:

“De manera que, como el actor fue suspendido ‘por selección de personal el 31 de enero de 1950’, y en atención a que no se estipuló un término fijo de duración de su contrato de trabajo, debe considerarse celebrado por seis meses, de conformidad

con lo que disponía en ese entonces la Legislación Sustantiva del Trabajo, Ley 6ª de 1945, artículo 8º. Y como además, la selección de personal, no estaba incluida entre las causales justas de despido, que contenían los artículos 48 y 49 del Decreto 2.127 de 1945, reglamentario de la última ley nombrada, se concluye, que el despido del demandante fue ilegal, y por tanto debe condenarse al Municipio de Bogotá a pagarle al demandante \$ 636.32 por salarios que hicieron falta para vencerse el contrato presuntivo”.

En el fondo, pues, la tesis del sentenciador envuelve una cuestión de hecho, como es la de determinar si el demandante García prestó sus servicios a la Administración Municipal de Bogotá como empleado propiamente dicho o como trabajador ocupado en algunas de las actividades sometidas por su naturaleza especial al régimen del contrato individual de trabajo, cuestión ésta que no puede estudiarse a través del cargo, que se ha formulado por interpretación errónea de la ley.

Más aún independientemente de la referida cuestión de hecho y en la hipótesis de que el Decreto 73 de 1950, por no haber hecho distin-

ción ninguna, fuera aplicable a los trabajadores vinculados al Municipio de Bogotá por medio de un contrato de trabajo, es obvio que respecto de éstos las medidas administrativas tomadas con fundamento en dicho decreto debían armonizarse necesariamente con las disposiciones laborales pertinentes.

Por tanto, el cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, 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.—Jorge Vélez García—

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ACCIDENTE DE TRABAJO. — VALOR PROBATORIO DEL CERTIFICADO MEDICO SOBRE ESTE PUNTO. — FORMALIDADES DE LA CONSIGNACION DE LO QUE EL PATRONO CREA DEBER AL TRABAJADOR. — ERRORES DE HECHO Y DE DERECHO

1.—No tienen el mismo alcance de ocurrencia el error de hecho y el de derecho. El campo de proyección del primero cabe decir que es ilimitado puesto que puede abarcar todo el conjunto probatorio; en cambio, el segundo tiene un ámbito de acción restringido, delimitado expresamente por el Código de Procedimiento Laboral. Es así, como el artículo 87, en lo pertinente dispone: "...Sólo habrá lugar a error de derecho en la casación del Trabajo, cuando se haya dado por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir ésta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto, pues en este caso no se debe admitir su prueba por otro medio, y también cuando deja de apreciarse una prueba de esta naturaleza, siendo el caso de hacerlo".

2.—En lo que respecta a la consignación prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo para evitar la indemnización moratoria, se observa que no está condicionada a ninguna clase de solemnidad para su validez. Lo único que se exige es que se haga ante el Juez del Trabajo y, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar.

1º) \$ 1.687.50 por concepto de auxilio de cesantía;

2º) \$ 330.00 por compensación monetaria de vacaciones;

3º) \$ 225.00 por concepto de prima de servicios;

4º) \$ 509.60 por concepto de pago de transportes;

5º) \$ 121.88 por concepto del 25% de recargo en horas extras;

6º) \$ 2.560.00 por concepto del tiempo faltante para completarse el contrato presuntivo de trabajo;

7º) \$ 20.00 diarios equivalentes al salario devengado, por cada día de mora o de retardo en el pago de las anteriores prestaciones e indemnizaciones, desde el día de la terminación unilateral del contrato de trabajo, hasta que tales pagos se hagan.

8º) Igualmente solicitó que fuera la empresa condenada a pagar la indemnización correspondiente a la incapacidad temporal sufrida como consecuencia de accidente de trabajo, y por la incapacidad permanente, total o parcial, resultante o consecuente del mismo, de acuerdo con el dictamen de la Oficina de Medicina e Higiene Industrial del Ministerio del Trabajo.

9º) Las costas del juicio en caso de oposición a las peticiones solicitadas.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., junio diez y nueve de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Roberto De Zubiría C.).

Contra la Empresa denominada "CONSTRUCCIONES MOORE LIMITADA" el actor JOSE VICENTE ORTIZ por medio de apoderado instauró juicio ordinario de trabajo a fin de que por el trámite correspondiente le fuesen reconocidas las prestaciones sociales e indemnizaciones que a continuación se enumeran, o las que de conformidad con los hechos demostrados en el juicio le correspondieran:

Los hechos relatados en la demanda fueron los siguientes:

"1º Mediante contrato verbal de trabajo sin estipulación de término para su duración, mi poderdante prestó sus servicios personales a la entidad demandada, como motonivelador.

"2º Empezó a prestar sus servicios a la Empresa el 8 de marzo de 1953.

"3º Prestó sus servicios hasta el 18 de marzo de 1958.

"4º El 18 de marzo quedó incapacitado para trabajar y el médico de la Empresa dio incapacidad hasta el 30 de abril del presente año (se refiere al año de 1955, destaca la Sala).

"5º En tal forma su relación de trabajo con la

Empresa, se extendió desde el 8 de marzo de 1953, hasta el 30 de abril del presente año (1955).

"6º Devengó un salario diario de \$ 20.00.

"7º Fuera de esto trabajó en horas extras, en jornada diurna.

"8º La empresa le pagó salarios desde la iniciación de la prestación de servicio hasta el 25 de marzo del presente año inclusive.

"9º La empresa le pagó a mi poderdante, remuneración del trabajo suplementario en horas extras diurnas del 1º de diciembre de 1953 en adelante con los recargos legales.

"10. Mi poderdante laboró continuamente al servicio de la empresa exclusivamente en el trabajo de motonivelador de la misma.

"11. El 18 de marzo del presente año, siendo aproximadamente las 10 a 11 de la mañana, mi poderdante manejaba la motoniveladora de propiedad de la empresa cuando por desperfecto de la palanca de mando de la misma, sufrió un accidente de trabajo, que le ocasionó la fractura de la muñeca izquierda.

"12. Mi poderdante por cuenta de la empresa, ha sido atendido desde la fecha del accidente, en la Clínica Central y por el Médico doctor Hugo Drago, médico de la Empresa.

"13.—La Empresa le ha pagado salarios completos desde el día del accidente hasta el 25 del mismo mes, en que éste se produjo.

"14. La Empresa se ha negado a continuar pagando los salarios, por el accidente que sufrió mi poderdante del 26 de marzo del presente año en adelante, a pesar de que el médico de la misma, le dio incapacidad para trabajar hasta el 30 de abril del presente año.

"15. El médico de la Empresa, en fecha 3 de mayo levantó la incapacidad de mi poderdante y le ordenó que debía continuar prestando sus servicios a la empresa en trabajos diferentes a los cuales había sido contratado.

"16. Por los dos hechos anteriores, la Empresa terminó unilateralmente el contrato de trabajo celebrado por mi poderdante, sin justa causa".

Corrido el traslado de rigor, la sociedad ya citada por medio de apoderado contestó la demanda negando los hechos en que se fundaba el actor y oponiéndose a que se hicieran las declaraciones solicitadas por inexistencia de las obligaciones.

El Juzgado Sexto del Circuito Judicial del Trabajo de Bogotá, que fue el del conocimiento, desató la controversia mediante fallo fechado el 22 de octubre de 1956, (folios 58 a 64, cuaderno principal), condenando a la Empresa demandada a pagar al actor la cantidad de UN MIL OCHO-

CIENTOS PESOS (\$ 1.800.00) moneda corriente por concepto de la INDEMNIZACION POR DISMINUCION DE LA CAPACIDAD LABORAL, consecutiva a ACCIDENTE DE TRABAJO; y la suma de VEINTE PESOS (\$ 20.00) diarios a partir del seis (6) de mayo de 1955 y hasta su cancelación, por concepto de SALARIOS CAIDOS, e impuso condena por costas a cargo de la parte vencida.

Absolvió de las demás peticiones impetradas a la expresada sociedad.

El Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá por medio de fallo fechado el 30 de noviembre de 1956 (folios 78 a 84 del mismo cuaderno), en virtud de la apelación interpuesta por los apoderados de ambas partes contra la providencia del a-quo revocó las condenas impartidas por éste, impuso costas de segunda instancia a cargo del demandante y confirmó el numeral 3º absolutorio del mismo proveído.

Recurrida- en casación la providencia del ad-quem por el apoderado de la parte actora, subidos los autos a esta Superioridad y luégo de haber sufrido el trámite legal correspondiente, se va a decidir el recurso previo el estudio de la demanda de casación y el escrito de oposición. La demanda contiene seis cargos.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Aspira el recurrente a que se revoque la sentencia dictada por el extinguido Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, y a que en su lugar, se acceda a conceder las peticiones contenidas en la demanda de instancia.

EXAMEN DE LA ACUSACION

En atención a que los cargos primero y cuarto, de una parte, y segundo y sexto, de la otra, se caracterizan por el señalamiento de las mismas disposiciones legales y pruebas singularizadas en la acusación, por igual concepto de infracción, la Sala reunirá esos dos grupos de cargos y los estudiará conjuntamente.

CARGOS 1º y 4º

En ellos se acusa la sentencia recurrida por violación indirecta de los artículos 47, 64, 186, 189, 249 y 306 del C. S. del T., por motivo de error de hecho en relación con las pruebas que en seguida se indican.

Como pruebas no apreciadas, el recurrente cita

las declaraciones de los señores Vidal Sarmiento, Rubén Ruiz Botero, Gabriel Tenjo y Marco A. Pinilla y el certificado del médico doctor Hugo Drago; estima el recurrente que debido a esta omisión el Tribunal incurrió en error de hecho y violó los preceptos de carácter sustantivo antes relacionados.

Para definir si la acusación está bien orientada, conviene tener presente las razones que tuvo el Sentenciador para su pronunciamiento absoluto, las cuales son las siguientes: "En el fallo del *a-quo* aparece la absolución de la demandada por los conceptos de cesantía, vacaciones, primas, transportes, horas extras y presuntivo, con base en que algunas de estas prestaciones fueron pagadas por la demandada por medio de consignación hecha ante el Juzgado y que el demandante recibió. En relación con las otras, como transportes, horas extras y presuntivo no aparecieron con base alguna probatoria para producir condenas, circunstancias éstas que acoge el Tribunal para confirmarlas en el mismo sentido".

Con toda nitidez se ve, pues, que la absolución proferida por el *ad-quem* en lo relativo a cesantía, vacaciones, primas, transportes, horas extras y presuntivo, obedeció a dos razones principales: una, la consignación judicial hecha por la sociedad demandada cuyo valor el demandante recibió y, otra, la falta de pruebas, por lo cual exoneró de la obligación de reconocer las tres últimas peticiones mencionadas.

Ante tan evidente fundamentación, no puede menos que observarse que el libelista olvidó atacar uno de los soportes primordiales del fallo acusado, esto es, la consignación efectuada por la demandada. Ha quedado intacta, pues, una de las bases esenciales del proveído impugnado y, por lo mismo, hay que concluir que la acusación está formulada de manera incompleta.

En cuanto a horas extras, transporte y lucro cesante, subsiste la realidad procesal deducida tanto por el Tribunal como por el Juzgado del conocimiento, en el sentido de que no hay elementos probatorios que permitan acoger favorablemente tales peticiones. A los testigos Tenjo, Ruiz Botero y Sarmiento, citados por el recurrente, nada les consta en lo que se refiere al despido alegado por Ortiz, tampoco deponen con precisión acerca del tiempo que éste pudo trabajar horas extras ni el de los viajes realizados en bus, ni sobre la obligación de la demandada en cuanto a reconocimiento de los gastos de transporte. Los derechos en cuestión, pues, están carentes de respaldo probatorio, tal como lo dedujo el *ad-quem*.

En relación con el certificado del doctor Drago, es obvio que no es la prueba idónea para demostrar los extremos últimamente mencionados, ya que se refiere de modo especial al estado de salud del demandante Ortiz. Igual cosa cabe decir del testimonio de Pinilla, quien preferentemente declara sobre el accidente sufrido por Ortiz, sin afirmaciones valederas acerca de otros aspectos del litigio.

Por lo analizado, no se configura el ostensible error de estimación probatoria que pretende el recurrente y, en consecuencia, los cargos no pueden prosperar.

CARGOS 2º y 6º.

En este grupo de cargos se plantea la acusación por violación indirecta del artículo 204 del Código Sustantivo del Trabajo, a causa de error de hecho fundamentado en la "mala interpretación" dada por el Tribunal a la declaración del señor Marco A. Pinilla y a la falta de apreciación del certificado médico expedido por el doctor Hugo Drago.

Se considera.

Dentro de la amplitud de valoración probatoria de que está investido el juzgador laboral de instancia, no se aprecia que el Tribunal hubiese cometido un flagrante yerro al considerar el testimonio a que se refiere el cargo. Efectivamente, la prueba en cuestión fue objeto de un especial tratamiento por parte del *ad-quem*, ya que resolvió llamar al testigo Pinilla, en la segunda instancia, para que ampliara la declaración rendida ante el *a-quo*. Al comparar los dos testimonios, el Tribunal encontró que Pinilla había incurrido en notorias contradicciones consistentes en que primeramente había manifestado que el accidente, Ortiz lo sufrió en la mano derecha y sosteniendo posteriormente que había sido en la izquierda y, también, que en un principio dijo que había visto el accidente y luego manifestó que se lo había contado el lesionado. A simple vista, pues, se nota la oposición que existe en la deposición de Pinilla, por lo cual no es errada la inferencia del fallador en el sentido de restarle mérito de convicción a la prueba comentada. Y la deducción del Tribunal se robustece al tener en cuenta que ninguno de los compañeros de trabajo de Ortiz que depusieron en el juicio, dice constarle lo del referido accidente.

En cuanto al certificado del doctor Hugo Drago, considera la Sala que puede servir para acreditar un estado de incapacidad o de lesión pero en ma-

nera alguna para demostrar el accidente de trabajo reclamado por Ortiz. De conformidad con la definición de accidente de trabajo que trae el Código Sustantivo, en el artículo 199, tal fenómeno laboral ocurre debido a un suceso imprevisto y repentino que sobreviene por causa o con ocasión del trabajo. Según lo expone el trabajador demandante el accidente que reclama como de trabajo ocurrió el 18 de marzo de 1955, en la carretera que conduce de Bogotá a Facatativá, y los primeros servicios médicos prestados por el doctor Drago a Ortiz se cumplieron, tal como lo registra el expediente, el 28 de marzo de 1955. No se alcanza a comprender cómo diez (10) días después de sucedido el hecho, pueda afirmar categóricamente el nombrado facultativo que se trataba de una lesión ocurrida en el desempeño del trabajo.

Por todo lo expuesto, no se ha estructurado el evidente error de hecho que alega el recurrente.

La acusación no prospera.

TERCER CARGO

Este cargo se presenta también, como los anteriores, por violación indirecta de la ley sustantiva pero, no ya por error de hecho sino de derecho, que el recurrente hace consistir en el mérito probatorio que el Tribunal le da a una copia del memorial de consignación de cesantía, vacaciones, prima de servicios y salarios de sanidad; dicha copia, en opinión del recurrente "no es suficiente para demostrar la consignación en sí". Menciona como violado el artículo 65 del C. S. del T.

Se considera.

No tienen el mismo alcance de ocurrencia el error de hecho y el de derecho. El campo de proyección del primero cabe decir que es ilimitado puesto que puede abarcar todo el conjunto probatorio; en cambio, el segundo tiene un ámbito de acción restringido, delimitado expresamente por el Código de Procedimiento Laboral. Es así, como el artículo 87, en lo pertinente dispone "... Sólo habrá lugar a error de derecho en la casación del Trabajo, cuando se haya dado por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir ésta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto, pues en este caso no se debe admitir su prueba por otro medio, y también cuando deja de apreciarse una prueba de esta naturaleza, siendo el caso de hacerlo".

En lo que respecta a la consignación prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Tra-

bajo para evitar la indemnización moratoria, se observa que no está condicionada a ninguna clase de solemnidad para su validez. Lo único que se exige es que se haga ante el Juez del Trabajo y, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar. En autos se aprecia que la sociedad demandada efectuó la consignación ante el Juez Primero del Trabajo de Bogotá y, además, que el trabajador demandante recibió su valor, según manifestación hecha por su apoderado en la audiencia de trámite celebrada ante el Tribunal (folio 71 del primer cuaderno). Por lo tanto, no es equivocada la estimación probatoria que el *ad-quem* le asigna a tal prueba.

No prospera el cargo.

QUINTO CARGO

Lo formula el recurrente por violación directa de los artículos 47, 64, 65, 104 (sic), 186, 189, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, debido a que no obstante haberse establecido la existencia del contrato de trabajo, su desarrollo y elementos, por medio de las declaraciones de los señores Vidal Sarmiento, Rubén Ruiz y Marco A. Pinilla, no se condenó a las prestaciones e indemnizaciones que tales artículos contemplan.

Se considera.

Como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia laboral, la violación directa de la ley debe estructurarse independientemente de las cuestiones de hecho o probatorias que hayan sido materia de discusión en el juicio. La acusación analizada contraría tal principio jurisprudencial, por cuanto fundamenta la impugnación en las declaraciones de los testigos antes mencionados, declaraciones que, como se sabe, no fueron tomadas en cuenta por el *ad-quem* como soporte de su decisión de fondo, sino que, éste modeló su fallo apreciando, de manera principal, la consignación judicial hecha por la sociedad demandada. Los referidos testimonios fueron estimados por el Tribunal pero éste llegó a la conclusión de que no eran suficientes para respaldar un pronunciamiento favorable a las pretensiones del trabajador demandante. Hay de por medio pues, cuestiones de hecho discutidas en el *sub-lite* que de ningún modo pueden servir de apoyo a la acusación por infracción directa de la ley que plantea el recurrente.

Por lo expresado, el cargo carece de eficacia para quebrantar el fallo acusado.

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación

Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia objeto del presente recurso.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, 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.—Jorge Vélez García—
Vicente Mejía Osorio, Secretario.

DETERMINACION DEL TIEMPO DE SERVICIOS Y DEL SALARIO DEVENGADO.— PRIMA SEMESTRAL

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veinte de junio de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Vélez García).

María del Carmen Peña de Rodríguez demandó mediante apoderado a la sociedad "Lavandería Perfecto Limitada", representada por su gerente señor David Reynes para que, previos los trámites de un juicio ordinario laboral, fuese condenada a pagarle las siguientes prestaciones: Auxilio de cesantía correspondiente a siete años y seis meses de trabajo a razón de un sueldo promedio en el último año de \$ 230.00 mensuales; valor de los domingos trabajados y no pagados en los últimos tres años a razón de \$ 7.65 diarios; prima de servicios por 3 años de trabajo a razón de un promedio mensual de \$ 230.-; valor de las vacaciones en los últimos cuatro años laborados en la cuantía de \$ 230.00 por mes; valor de la asistencia médica debida en los últimos tres años de servicio; indemnización correspondiente a una suma igual al último salario diario por cada día de retardo en el reconocimiento de las prestaciones. Además todos los gastos que se causaren como resultado de la acción.

Hechos que fundamentaron la demanda; la actora celebró contrato de trabajo verbal el seis de junio de 1949. Como salario se estipuló un porcentaje del 25% sobre el valor de las entradas, contabilizadas según los recibos de entrega de ropa lavada. La sucursal número 11 de la Lavandería Perfecto estaba a cargo de la demandante. Esta trabajó en dicha sucursal desde el 6 de junio de 1949 hasta el 5 de diciembre de 1956. Por orden de la Lavandería mantenía abierta la sucursal todos los domingos y días festivos, sin recibir la correspondiente remuneración. Nunca recibió primas de servicios, ni gozó de vacaciones, ni su equivalente en dinero. Se enfermó de gravedad estando al servicio de la Lavandería, sin recibir prestaciones ni asistencia médica. El 5 de diciembre de 1956 notificó a la empresa su intención de no renovar el contrato, cuyo plazo presuntivo vencía

ese día. En el momento de la demanda, todavía no se le habían liquidado ni pagado las prestaciones y demás derechos adquiridos legalmente.

La parte demandada se opuso a que se hicieran las declaraciones solicitadas en la demanda y negó a la demandante el derecho de pedir prestaciones sociales por no haber sido trabajadora al servicio de la Lavandería Perfecto.

El Juez del conocimiento absolvió a la sociedad demandada de todas y cada una de las peticiones, y condenó en costas a la demandante, sobre la base de no haber encontrado debidamente probada la existencia del contrato laboral.

Subidos los autos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá —Sala Laboral—, por recurso de apelación que interpuso la demandante, ese Tribunal confirmó el fallo de primera instancia, luégo de establecer la existencia del contrato de trabajo, pero sin hallar suficientemente probados el tiempo servido y la cuantía de la remuneración percibida.

La parte demandante ha interpuesto recurso de casación y aspira a obtener que la sentencia que impugna sea casada totalmente, y que esta Sala, "como juzgador ad-quem", revoque la de primera instancia y en su lugar condene a la demandada al tenor de la demanda inicial", "con costas en ambas instancias a cargo del condenado". La demanda contiene tres cargos que se estudiarán en el orden que han sido propuestos.

PRIMER CARGO

"Violación indirecta de la ley proveniente de error de hecho por falta de apreciación de unas pruebas, y en concreto: Violación indirecta de los artículos 27, 179, 180, 186, 249, 253, 306 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo por el error de hecho en que incurrió el Tribunal y que consistió en no haber tenido por demostrado, estándolo nítidamente en el proceso el salario devengado y el tiempo de servicio".

En la demanda de casación se indican como pruebas no apreciadas las siguientes: a) declaración de Alcides Ospina, quien afirmó en septiembre de 1957 que María del Carmen Rodríguez tra-

bajó "hasta el año pasado"; b) Declaración de José María Moreno: "... esa lavandería se abrió más o menos en 1949 con la denominación de Perfecto Sucursal no recuerdo si 11 o 12"; c) Declaración de Clodomiro Niño: "Hace más de ocho años que la conozco trabajando en una Lavandería que queda en la esquina de su casa (.....) hasta hace poco que no ví el aviso más, el aviso de la Lavandería"; d) Declaración de Manuel Pinzón "... la conocí hace cuatro años más o menos trabajando con la empresa Lavandería Perfecto, donde yo trabajé en la actualidad (.....) aproximadamente hasta diciembre del año de 1956 estuvo ella en la sucursal, cuando yo entré a trabajar en la Lavandería ella estaba (.....) cuando yo empecé a trabajar la sucursal 11 del Gaitán ya estaba funcionando (.....) yo desempeñe el cargo de administrador de la empresa (.....) yo recibí las cuentas y los inventarios según consta en las libretas que se me ponen de presente (.....) las entradas de la sucursal 11 eran normales, teniendo en cuenta el lugar donde está situada..." e) Declaración de Alfredo Jiménez Pachón: "... yo la conocí a la señora María del Carmen Rodríguez, hace más o menos dos años y medio, debido a que era y soy contador de la empresa Lavandería Perfecto (.....) me consta por el movimiento de las mismas cuentas que tenía que llevar, que a dicha señora se le cobraba un 75% del valor de los recibos que expedía ella con membrete de la Lavandería"; f) Declaración de Friedrich Blumenreich: "... conozco a la señora María del Carmen Peña de Rodríguez hace ocho años (...) yo iba a cobrar las cuentas de la fábrica (.....) la fábrica le pagaba a la señorita Aura el 25% del total de la lavada o arreglo de la ropa (.....) allá en la casa conocí a la señora Carmen, en la casa de ella, allá tenía un aviso de la Lavandería....."; g) Declaración de Olimpo Monguí: "... conozco a la señora María del Carmen Peña de Rodríguez de vista aproximadamente año y medio (.....) actualmente desempeñe el cargo de despachador de la ropa; me consta que la señora mandaba la ropa a la Lavandería a lavar"; h) Posiciones de María del Carmen Peña, contestación a la pregunta octava "..... allí se le reunía el dinero conforme rezaba en los recibos y la Lavandería me daba mensualmente un 25%".

Puede apreciarse que de los siete testigos que declaran en autos, tres presentados por la parte actora y cuatro por la demandada, dos de ellos manifiestan que la demandante trabajó en la Lavandería de siete a ocho años; otro, empleado de la empresa, dice que la conoció desde hace ocho

años; dos afirman que trabajó hasta 1956; y el administrador de la empresa acepta que al entrar a su servicio, hacía cuatro años, ya estaba en ella la demandante y que continuó trabajando hasta 1956.

En lo referente al salario, existen dos declaraciones y las posiciones de la actora, "concordes en la cuantía del porcentaje".

Pero si de las declaraciones testimoniales no se pudiere establecer con precisión desde qué día y hasta qué fecha trabajó María del Carmen Peña, ni su remuneración exacta, las libretas de las facturas sí indican esos extremos, por lo que la prueba que ellas aportan también fue mal apreciada. Por no haber sido objetadas por la contraparte obra a su favor un reconocimiento tácito, al tenor del artículo 207 del Código Judicial. Pero si no se admite ese reconocimiento, no significa sin embargo que los talonarios deben considerarse sólo como "apuntes sobre facturas, sin que tengan firma responsable en su gran mayoría" (palabras del *ad-quem*) porque ellas equivalen a un documento privado reconocido expresamente por la contraparte. Para demostrar lo anterior, el recurrente dice que obran en total siete talonarios con los números 1, 24, 25, 26, 27, 28, 29. Todos esos talonarios contienen: número de la sucursal fecha, una lista de nombres, el valor al lado de la lista, y el total del precio cobrado cada semana por la ropa lavada. El talonario número 1 tiene fecha 6 de junio de 1949 en sus primeras hojas, y 3 de diciembre del mismo año en la última. El talonario 24, que comprende las facturas desde el 24 de noviembre de 1955 hasta enero 30 de 1956 está firmado al pie del total de cada semana por una firma ilegible, pero desde enero 23 éste corresponde al señor Manuel Pinzón, administrador de la empresa. Los talonarios 25, 26, 27, 28 y 29 corresponden a las semanas comprendidas entre el 6 de febrero de 1956 y el 3 de diciembre del mismo año. Todos los inventarios están rubricados por el mismo señor Pinzón. Las "únicas irregularidades" de esta libreta son: en la 28, la factura correspondiente al 8 de octubre, y en la 27 la correspondiente al 13 y 20 de agosto llevan una firma distinta a la del administrador. Las últimas cuatro páginas de la libreta 28 no llevan fecha ni firma legible. En la libreta 29 aparece el inventario final con fecha 10 de diciembre de 1956.

El recurrente dice que las características enumeradas prueban por sí solas la autenticidad del contenido de las planillas, "pero si esto no bastare, obra en autos la declaración del mismo administrador, Manuel Pinzón, quien afirma: "Yo re-

cibí las cuentas y los inventarios según consta en las libretas que se me ponen de presente...". Este reconocimiento por parte del administrador de la empresa de las planillas en general, tiene mayor valor que el simple reconocimiento de la firma, puesto que se refiere también a la exactitud de su contenido".

Hay pues, una plena prueba de la fecha de iniciación del servicio, formada por la libreta número uno y por las declaraciones no desvirtuadas de dos testigos hábiles. Plena prueba de la continuidad del trabajo porque las afirmaciones de los testigos al respecto tampoco fueron contradichas. Plena prueba del monto del salario del último año, contenida claramente en las facturas.

Resaltan por lo tanto los descuidos del Tribunal al examinar esas pruebas, pero si éste considerara innecesario hacer un estudio detenido de ellas, en lo que se refiere a tiempo de servicios, habría podido colegir un término racionalmente aproximado.

Se presentó escrito de oposición en el cual la parte demandada dice que la demanda de casación peca por falta de técnica, al no explicar la clase de violación de ley sustantiva en que incurrió el Tribunal, y que ningún valor tienen las declaraciones sobre tiempos de servicios, al igual que las planillas aducidas por el recurrente. Se ocupa además en un prolijo examen sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo al objeto de demostrar que no existió.

Se examina el cargo.

Debe circunscribirse el análisis de este recurso estrictamente a los puntos que el recurrente plantea. El estudiar sobre si existió o no un contrato laboral entre las partes no cabe aquí, por cuanto el señor apoderado de la demandada no ejerció el derecho de recurrir, y en su escrito de oposición estaba obligado a limitarse a los planteamientos del recurrente pues no podía extenderse sobre consideraciones diferentes a las que se limitó el debate. El Tribunal dio por establecido el contrato de trabajo a domicilio, por lo que debe partirse de su existencia para el examen del recurso.

De las declaraciones rendidas en el proceso sí puede establecerse en forma precisa un determinado tiempo de servicios. Varios de los deponentes, los señores Alcides Ospina y Manuel Pinzón, este último administrador de la empresa, afirman que conocieron a la señora de Rodríguez trabajando en la sucursal de la Lavandería Perfecto hasta 1956, en el mes de diciembre según aseve-

raciones más específicas del segundo. Esa época bien pudo haber sido tenida por el *ad-quem* como correspondiente a la terminación del contrato que él mismo dio por existente, toda vez que no se encuentra desvirtuada y ni siquiera puesta en duda por los demás elementos posteriores. En lo referente al momento de su iniciación, el señor José María Moreno declara que la sucursal se abrió más o menos en 1949, y asegurará que en ella se trabajaba continuamente; Clodomiro Niño y Friedrich Blumenreich aseveran que conocen a la demandante desde más de ocho años atrás trabajando en la Lavandería. Los demás testigos conocieron a la actora en su trabajo en distintas fechas. Aparece así en autos un tiempo que no deja margen a dudas, en el cual la señora demandante se desempeñó en el cumplimiento de su contrato de trabajo verbal con la entidad demandada. El fallador de segunda instancia debió haberlo considerado así, y proceder en consecuencia a condenar al pago de las prestaciones correspondientes. Al obrar de manera contraria y al desestimar el valor de esas pruebas incurrió en ostensible error de hecho, por lo que las pretensiones de la demandante en este punto deben ser aceptadas.

En lo que hace al salario devengado, dos de los declarantes, señores Blumenreich, cobrador de las cuentas de la fábrica y Jiménez Pachón, contador de la misma, se expresan en el sentido de que a la señora de Rodríguez correspondía un 25% del total de la lavada o el arreglo de la ropa. Esta Sala estima que tal porcentaje bien puede deducirse de las planillas aportadas al juicio, correspondientes al último año servido. Todas ellas contienen los nombres de quienes solicitaban los servicios de la Lavandería, las respectivas sumas pagadas, y en cada semana el inventario correspondiente, rubricados en su mayor parte por el señor Pinzón, en su calidad de administrador de la empresa de lavandería. El fallador de segundo grado dispuso de medios probatorios adecuados para determinar el salario y el tiempo servido; ai no hacerlo así, en la providencia resultante —que ha sido objeto del presente recurso— se incurrió en error de hecho por la desestimación de pruebas y, consiguientemente, en las violaciones indirectas que se acusan. Por tanto, la Sala habrá de erigirse en Tribunal de instancia para hacer los pronunciamientos a que hubiere lugar en derecho.

Como prosperó el primer cargo, la Sala no entra a estudiar el segundo que fue formulado en forma subsidiaria.

TERCER CARGO

Dice el recurrente: "Acuso la sentencia por violación directa del artículo 65 del C. S. del T., por falta de aplicación siendo el caso de hacerlo".

Al negarse la empresa demandada a reconocer la existencia del contrato, —agrega— no consignó suma alguna que pudiera interrumpir el curso de la indemnización. Por otra parte, la discusión sobre la existencia de la relación entre las partes no libera a la demandada de esa obligación, desde el momento en que el Tribunal reconoció expresamente la existencia de tal vínculo. En frente de este reconocimiento, la decisión del patrono de no reconocerlo demuestra claramente su voluntad de no pagar las prestaciones que corresponden a todo trabajador y que son de orden público, lo que configura la ausencia de la buena fé del patrono "indispensable (se refiere a la buena fé) para exonerarlo del pago de las indemnizaciones establecidas por el artículo 65 en estudio". El recurrente se extiende en otras consideraciones relativas al tiempo de servicios y al salario devengado, para sustentar la tesis de que si éste no se hubiera establecido debería haberse tomado el salario mínimo, y reitera la violación del texto preindicado por falta de aplicación.

Se considera:

En el presente caso la falta de reconocimiento y pago de prestaciones a favor de la demandante por parte de la Lavandería Perfecto se debió a que esta entidad consideraba que no existía contrato de trabajo. Los datos del proceso no dan asidero para considerar que tal negativa obedeciera a temeridad o mala fé del patrono, sino a la duda de éste acerca de la fuente misma de la obligación o sea de la existencia del contrato de trabajo. Tal duda, por otra parte, aparece razonable en materia que, como la presente, ostenta aspectos de oscuridad manifiesta respecto de la configuración o no del contrato laboral. Invariable y copiosa jurisprudencia de esta Corporación y del antiguo Tribunal Supremo del Trabajo ha sustentado la doctrina de que la buena fé patronal en torno a los extremos de existencia del contrato o monto de la obligación exime de la sanción indemnizatoria consagrada por dicho texto; y, aún más, que igual resultado eximente produce la duda razonable, seria y atendible. Si bien el *ad quem* dio por establecida una relación jurídica entre las partes con todas las características esenciales del contrato de trabajo, ello se produjo después de un proceso en que el patrono negaba que sus vínculos con la demandante revistieran esas

características, y tal negativa aparece afianzada por serios motivos de duda.

En consecuencia no aparece la violación del artículo 65 del C. S. del T. y, por tanto, no prospera el cargo.

Consideraciones de instancia.

De acuerdo con las pruebas documentales y testimoniales que obran en el proceso, se puede establecer como tiempo servido el que va del 6 de junio de 1949 (según los datos de la libreta número 1), a diciembre 3 de 1956, (según la última libreta) o sea un lapso de 7 años, 6 meses.

Durante el último año de servicios la actora recogió ropas para el arreglo en la Lavandería Perfecto por un valor de \$ 9.225.20 (según los datos de las libretas), o sea que devengó un salario de (25% de la suma anterior) \$ 2.306.30. Esta cantidad, dividida por 12, produce un salario promedio de \$ 192.19.

Hechas las operaciones aritméticas, se puede establecer una cesantía por valor de \$ 1.440.42.

Las vacaciones de los últimos cuatro años (solicitadas por la demandante) que no fueron disfrutadas en su oportunidad, con base en el salario promedio producen un valor de \$ 384.38.

Solicita la demandante que se condene a la demandada al pago de las primas de servicio correspondiente a los tres últimos años, pero es el caso que sólo existen en el proceso datos para establecer el salario promedio del último año —como ya se vio— mas no el de los dos años inmediatamente anteriores. Ha sostenido la jurisprudencia de la Corte que para liquidar la prima debe "tomarse el promedio del respectivo período semestral o del lapso mayor conforme a las voces del artículo 306" (casación de 16 de septiembre de 1958). Por lo tanto, para la liquidación de la prima en el último año se toma el salario promedio de \$ 192.19, y para las de los dos años anteriores el salario mínimo de \$ 60.00 mensuales, lo cual arroja un total de \$ 312.19.

No demostró la actora que hubiera trabajado en días dominicales y festivos, ni aparece en el proceso que aquélla hubiera padecido enfermedad alguna durante la prestación del servicio, por lo cual no se puede acceder a dichas peticiones. Tampoco se condena a salarios caídos por las razones expuestas en el cargo tercero.

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, CASA la

sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, el día 19 de febrero de 1958, que fue objeto del presente recurso, y, obrando como Tribunal de instancia, revoca la del **a-quo** y dispone:

Primero. Condénase a la Sociedad denominada "Lavandería Perfecto Limitada", representada por su gerente, a pagar a la señora María del Carmen Peña de Rodríguez, las cantidades por los conceptos que a continuación se expresan:

a) Mil cuatrocientos cuarenta pesos con cuarenta y dos centavos (\$ 1.440.42) moneda corriente por concepto de cesantía;

b) Trescientos ochenta y cuatro pesos con treinta y ocho centavos (\$ 384.38) moneda corriente por concepto de vacaciones causadas y no disfrutadas, y

c) Trescientos doce pesos con diez y nueve centavos (\$ 312.19) moneda corriente por concepto de primas de servicios.

Segundo.—Sin costas en las instancias, ni en el presente recurso.

Cópiese, publíquese, 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.—Jorge Vélez García.—

Vicente Mejía Osorio, Secretario

**CONTRATO DE TRABAJO CON AGENTES COLOCADORES DE SEGUROS. — DE-
TERMINACION DE LA EXCLUSIVIDAD Y DE LA CONTINUADA DEPENDENCIA.—
LA INCAPACIDAD PARA TRABAJAR ES ELEMENTO NECESARIO PARA RECLA-
MAR AUXILIO POR ENFERMEDAD NO PROFESIONAL. — LA APRECIACION DE
LOS ELEMENTOS QUE CONFIGUREN EL CONTRATO DE TRABAJO, NO PUEDE
ATACARSE SINO POR LA VIA INDIRECTA. — LOS MISMOS HECHOS NO PUE-
DEN SERVIR PARA SUSTENTAR ERRORES DE HECHO Y DE DERECHO**

1.—La violación directa de la ley por los motivos de infracción directa y de aplicación indebida sólo pueden alegarse en casación cuando los hechos no se discuten, pues a la Corte corresponde considerar en estos casos una cuestión puramente legal, independientemente de toda cuestión de hecho. Lo referente a la existencia del contrato de trabajo que vinculó a las partes, es una cuestión relacionada con la apreciación de los elementos probatorios del proceso que sólo puede atacarse por la vía indirecta, a través de errores de hecho o de derecho y no en la forma directa.

2.—El artículo 95 del Código Sustantivo del Trabajo crea una presunción legal en favor de los Agentes Colocadores de pólizas de seguros, que les permite dar por establecidos los requisitos de dedicación exclusiva y de continuada dependencia, concurrentes a establecer, junto con otros elementos, la existencia del contrato especial de trabajo que contempla el artículo 94 *ibidem*, mediante la demostración del hecho indicador que consiste en haber producido, el agente colocador, el rendimiento mínimo que aquella disposición exige, la que, por otra parte, no excluye la demostración de esa exclusividad y continuada dependencia, con fundamento en otras pruebas. Por su parte el artículo 96 del Código Sustantivo del Trabajo contempla el caso de coexistencia de contratos de trabajo de los Agentes colocadores de pólizas de seguros, en dos o más ramas del seguro o para dos o más compañías, conforme a la previsión del artículo 26 de la misma obra, en cuyo evento ordena que la producción, número de pólizas y comisiones en cada uno de los ramos, o en cada una de las Compañías, se acumulan para el efecto de establecer si se han cum-

plido los requisitos que señala el artículo 95 y dispone la manera como deben hacerse los cómputos de producción anual, para que sobre la presunción que esta disposición consagra.

Conviene advertir, además, para el recto entendimiento y aplicación de las normas que regulan el contrato de trabajo con los Agentes colocadores de pólizas de seguros, que el elemento "exclusividad" a que alude el ordinal primero del artículo 94 del Código Sustantivo del Trabajo, hace relación únicamente a que la labor de dichos trabajadores se concrete a la colocación de pólizas, bien sea en una o más ramas del seguro o para una o varias Compañías Aseguradoras, sin que les sea lícito dedicarse a otra u otras actividades y negocios, pues en este evento no puede configurarse el contrato de trabajo.

3.—De conformidad con lo establecido por el artículo 277 del Código Sustantivo del Trabajo que consagra el derecho al auxilio por enfermedad no profesional, para tener derecho a este auxilio es preciso que la enfermedad produzca incapacidad para trabajar, la que debe demostrarse con el dictamen pericial de médicos graduados, pues de no hacerse así, no debe el juzgador deducir una incapacidad por ser ello extraño a los conocimientos jurídicos que le son propios.

4.—El error de derecho implica el quebrantamiento de una regla legal sobre prueba que conduce a la violación de otra norma sustantiva consagratória del derecho que se impetra. Por lo tanto, no pueden servir de supuestos para sustentarlo los mismos hechos y razonamientos aducidos para fundamentar el "error de hecho", pues el uno y el otro obedecen a causas distintas y su demostración es diferente. Por otra parte en

materia laboral sólo habrá lugar a error de derecho en casación, cuando se haya dado por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir ésta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto, pues en este caso no se debe admitir su prueba por otro medio, y también cuando deja de apreciarse una prueba de esta naturaleza, siendo el caso de hacerlo.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veintiséis de junio de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.).

El señor Adolfo Vides Herrera, por medio de apoderado, demandó a la Sociedad de Seguros denominada “Confederación del Canadá”, con negocios en Colombia y representada por el señor Herbert W. N. Noorhouse, para que, previos los trámites de un juicio ordinario laboral, se condenase a la entidad demandada al pago de las indemnizaciones y prestaciones sociales que le corresponden por razón de enfermedad no profesional, como trabajador de esa sociedad.

Como hechos de la demanda, relató los que en seguida se sintetizan, así:

1º Que viene trabajando con la Confederación del Canadá, en Barranquilla, desde el 13 de junio de 1952; 2º Que los servicios prestados a la demandada son los de agente colocador de seguros, por lo cual la Compañía le paga emolumentos o comisiones no sólo por las nuevas pólizas que coloque sino también sobre las renovaciones que hacen los clientes y que en el año de 1953 la Compañía le pagó la suma de \$ 6.730.90; 3º Que desde comienzos del año de 1954 observó una disminución de la potencialidad visual por ambos ojos, que le aparejaba gran desventaja en el rendimiento de su trabajo, por lo cual, trató verbalmente el asunto con el Gerente de las Oficinas de Barranquilla, a fin de obtener que la Confederación cumpliera con la obligación legal de proporcionarle asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria, al tenor de lo dispuesto en los artículos 227 y 277 del Código Sustantivo del Trabajo, lo que no aceptó el Gerente pero le ofreció consultar con la Oficina principal. 4º Que ante las circunstancias anotadas, por su cuenta se hizo examinar de un especialista en enfermedades de los ojos, quien opinó debía de operarse

primero el ojo izquierdo y después de algún tiempo el ojo derecho, por haberle diagnosticado catarata bilateral, como consta del certificado médico que acompaña. 5º Que, de acuerdo con el diagnóstico del especialista, insistió ante la demandada, por escrito y por conducto de su gerente, para que se atendiera su caso y se le administrara lo necesario para pagar su asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria. Que la Confederación del Canadá rechazó la solicitud comunicándole que lamentaba la enfermedad pero que siendo su capital menor de \$ 800.000.00 no le permitía tomar ninguna determinación favorable para el caso. 6º Que la demandada sí tiene un capital mayor de \$ 800.000.00 como se deduce de los propios anuncios de la Compañía. 7º Que la Confederación del Canadá está obligada a reconocerle y pagarle los gastos que el demandante ha hecho de su peculio particular para medicinas, consultas, operaciones, tratamientos, laboratorio etc., requeridos para la operación que le fue practicada en el ojo izquierdo y que está también obligada a pagarle lo necesario para el tratamiento y operación etc. del ojo derecho a fin de no perderlo. Que la incapacidad sufrida por el demandante en 1954 fue total pero transitoria hasta cuando se le hizo la operación del ojo izquierdo y que la parcial subsistirá hasta tanto se le opere el ojo derecho. 8º Que un cirujano especialista le operó el día 13 de noviembre de 1954 extirpándole la catarata del ojo izquierdo y que según concepto del mismo especialista debe operarse ya el ojo derecho invadido por la catarata y sin visión. Que “el proceso de tratamiento incluyendo médicos, medicinas, laboratorios, dentistas, etc. le costó a Vides Herrera, \$ 3.000.00, más \$ 200.00 de clínica, \$ 400.00 del cirujano especialista y \$ 100.00 de otras medicinas después de la operación, lo que arroja un total de \$ 3.700.00. Igual suma se requiere para el tratamiento del ojo derecho, por haber avanzado el mal, lo que asciende a un gran total de \$ 7.400.00 moneda legal”. Al hecho noveno dijo que la Confederación del Canadá no le ha pagado el auxilio de enfermedad, pero acepta que “le pagó los emolumentos que le correspondían por su trabajo casi ciego” y concluye que “se le deben también esas prestaciones, ya que los pagos que se le hicieron en ese tiempo no equivalían a auxilio de enfermedad, sino al pago de sus emolumentos como si no estuviera enfermo”. Fijó la cuantía en más de \$ 10.000.00 y como fundamentos de derecho, citó en su apoyo los artículos 1º, 14, 24, 56, 227, 277 y concordantes del C. S. del T., y los artículos 2º, 25, 27, 50 y siguientes y concordantes del C. P. T.

Admitida la demanda se le notificó y corrió el traslado al representante de la Compañía en la ciudad de Barranquilla, sin que éste la contestara dentro del término legal. Posteriormente el Gerente General de la Confederación del Canadá, constituyó apoderado para que la representara en el juicio, y éste, en la primera audiencia de trámite, respondió a los hechos de la demanda, manifestando: al primero, que era cierto que el demandante Vides Herrera "viene trabajando y continúa trabajando con la Confederación del Canadá en Colombia, en Barranquilla, desde los últimos meses del año de 1952, como agente colocador de pólizas de seguros de vida, pero sin dedicarse exclusivamente a esta labor en la Compañía, bajo continuada dependencia de la misma". Aceptó el segundo hecho y aclaró que no le constaba que en el año de 1953 la demandada le pagara a Vides Herrera la suma de \$ 6.730.90. Al tercero, dijo no constarle que fuera en el año de 1954 cuando el demandante empezara a notar la decadencia de su potencialidad visual y que no era cierto que desde entonces hubiera notificado a la Compañía sobre su enfermedad. Dijo no constarle el hecho cuarto. Al quinto, manifestó que era cierto si las cartas que se refiere son auténticas. Negó el sexto. Rechazó el contenido del hecho séptimo por considerar que era una simple afirmación del demandante y por constituir, lo allí expresado, un hecho antecedente del juicio. Dijo no constarle el hecho octavo. Al noveno dijo ser cierto que la Confederación del Canadá le ha pagado al señor Vides Herrera los emolumentos correspondientes a su trabajo y no le ha pagado los auxilios por la enfermedad que reclama, porque estima que a la demandada no le obliga hacer dicho pago. Dijo que el punto décimo contiene una petición del demandante a la cual se opone alegando inexistencia de la obligación. En resumen, expresó que se oponía a las pretensiones de la demanda "porque el demandante señor Vides Herrera no reúne los presupuestos exigidos en los artículos 94 y 95 del Código Sustantivo del Trabajo que serían los únicos capaces de obligar a la demandada al pago de la prestación pedida, y porque, además, la Confederación del Canadá en Colombia y especialmente en Barranquilla, carece del capital legal que la obligue al pago de prestaciones como las contempladas en los artículos 227 y 277 del C. S. del T."

El Juez Primero del Trabajo de Barranquilla, a quien correspondió el conocimiento del negocio, con fecha 26 de septiembre de 1955 dictó senten-

cia absolviendo a la demandada de todos los cargos formulados en la demanda.

El apoderado del demandante interpuso el recurso de apelación para ante el extinguido Tribunal del Trabajo de Barranquilla, entidad que por sentencia de 22 de noviembre de 1955 revocó el fallo apelado y en su lugar condenó a la Confederación del Canadá a pagarle al demandante Adolfo Vides Herrera, "la suma de \$ 1.000.00 por concepto de asistencia médica, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria del tratamiento de la enfermedad de catarata del ojo izquierdo a que fue sometido el señor Vides estando al servicio de dicha empresa". Absolvió a la demandada de los demás cargos de la demanda. Ambas partes interpusieron el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal. Admitido y tramitado en legal forma, se procede a decidirlo, teniendo en cuenta las respectivas demandas y el escrito de oposición a la demanda del trabajador. Por razones de método, se estudiará en primer término el recurso de la parte demandada recurrente.

LA DEMANDA DE LA EMPRESA

Alcance de la impugnación.—Aspira a que se case la sentencia proferida por el Tribunal Seccional de Barranquilla para que en su lugar "se disponga que la Confederación del Canadá queda absuelta de todos los cargos de la demanda instaurada por el señor Adolfo Vides Herrera y en la cual alegaba disminución de su capacidad laboral pretendiendo configurar el derecho a un auxilio por enfermedad no profesional, y de otro lado queriendo configurar anómalamente una condición de trabajador como que hubiera tenido una dependencia continuada y productiva en los términos del Código Laboral".

Con base en la causal primera del artículo 87 del C. P. T. acusa la sentencia de violar la ley sustantiva "por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea". Al efecto, formula seis cargos. En el examen de la demanda se estudiarán conjuntamente los cuatro primeros y por separado, el quinto y el sexto.

Primer grupo de cargos.

Expresa el recurrente: "Primero.—Se ha violado en la sentencia reclamada, de manera directa el artículo 94 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con el artículo 95 del mismo código, por cuanto se consideró al demandante como vinculado con la Compañía que represento

por medio de un contrato laboral, siendo así que el señor Vides Herrera no tenía dependencia de trabajador en los términos de la ley por no haber calificado o sea por no haber colocado pólizas de seguros en la proporción, número y cuantía allí indicados. **Segundo.**—Se ha violado de manera directa en la sentencia materia del recurso, la disposición del artículo 95 del Código Sustantivo del Trabajo por cuanto se atribuyen al demandante derechos que no le reconoce la ley, toda vez que entre él y la Compañía demandada no había una continuada dependencia de tipo laboral. **Tercero.**—Aplicación indebida del artículo 277 del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto se atribuyen al demandante derechos que no le corresponden, no siendo del caso considerar a la Compañía demandada como una de las que tiene más de ochocientos mil pesos de capital, y además aceptando que ella tiene un capital inferior (sic) a esa cifra, se aplicó mal la disposición porque no habría relación laboral de carácter permanente entre el demandante y la Sociedad que representa el suscrito. **Cuarto.**—Aplicación indebida de lo dispuesto en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto se consideró al señor Vides Herrera como trabajador de la sociedad demandada y, se le aplicó la disposición que trata del auxilio monetario por enfermedad para los trabajadores en caso de incapacidad comprobada”.

Examen.

Los cargos que se estudian se dirigen, sin lugar a dudas, a desconocer por distintos aspectos la existencia del contrato de trabajo que vinculó a las partes, a saber: en el primero y segundo, por considerar que no se reunían los elementos de exclusividad y dependencia requeridos para considerar al demandante colocador de pólizas de seguros, como vinculado por un contrato de trabajo, según las normas especiales contenidas en los artículos 94 y 95 del Código Sustantivo del Trabajo; en el tercero se niega esa misma relación laboral entre las partes, e idéntico motivo se arguye en el cuarto, agregándose, además, que la demandada no tenía el capital de \$ 800.000.00, o superior a esta cifra, que le obligase al pago de la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria a que se le condena en el fallo. Ahora bien: es sabido, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, que la violación directa de la ley por los motivos de infracción directa y de aplicación indebida sólo pueden alegarse en casación cuando los hechos no se discuten, pues a la Corte corresponde considerar en estos casos una cuestión puramente legal, independientemente de to-

da cuestión de hecho. Lo referente a la existencia del contrato de trabajo que vinculó a las partes, es una cuestión relacionada con la apreciación de los elementos probatorios del proceso que sólo puede atacarse por la vía indirecta, a través de errores de hecho o de derecho y no en la forma directa planteada por el recurrente. No prosperan los cargos.

Quinto cargo.—Lo presenta y desarrolla así:

“La sentencia reclamada proferida por el H. Tribunal de Barranquilla incurre en aplicación errónea de la ley al considerar que el demandante tiene derecho a una retribución de mil pesos en que se estima el valor de la asistencia por la operación de un ojo con ocasión de una catarata. El error se configura como de hecho por la alegación anterior que nos muestra que el señor Vides Herrera no era trabajador con categoría de continuada dependencia, en los términos de la ley, y se incurre en error de derecho por cuanto se dio aplicación a normas que no eran pertinentes”.

Se estudia.

En este cargo el recurrente, en forma harto deficiente trata de configurar una violación de la ley por aplicación indebida como consecuencia de errores de hecho y de derecho que no demuestran ni desarrolla y sin indicar los elementos probatorios que pudieran haber sido mal apreciados o dejados de apreciar por el Tribunal, con el agravante de que no indica las normas sustantivas de carácter laboral que considera violadas. Todo esto hace inestimable el cargo y por lo tanto no prospera.

Sexto cargo.—Acusa la sentencia de haber incurrido “en error de hecho grave al dejar de considerar en su real sentido las pruebas que aparecen en el libelo y que indican que el demandante no clasificó como colocador de pólizas de seguros al tenor del artículo 95 del Código Sustantivo del Trabajo, y esas pruebas se encuentran en el expediente de primera instancia como son los documentos que están a folios 83, 84 y 88, por los cuales se desprende que no hizo el trabajo de colocación en la intensidad, valor y número que manda el artículo citado número 96, y además porque tenía relaciones de trabajo con otras entidades lo que lógicamente le ponía en vía de no poder llegar a completar la cantidad de rendimiento económico señalado por la ley para que un agente clasifique y se pueda considerar como dependiente de la Compañía de Seguros”.

Se examina el cargo.

El recurrente estima violados los artículos 95 y 96 del Código Sustantivo del Trabajo, pero se abstiene de indicar el concepto de la violación. Sin embargo, la Sala entiende que ha querido formular su impugnación de violación de la ley por aplicación indebida, ya que el cargo lo sustenta con base en haber incurrido el sentenciador "en error de hecho grave" como consecuencia de interpretación errónea de las pruebas o documentos que indica.

Por otro aspecto, se observa que el cargo que se estudia es en tal forma incompleto, que no permite una decisión de fondo por parte de la Corte, sobre la cuestión que se le quiere someter. El recurrente se limitó a señalar la violación de los artículos 95 y 96 del Código Sustantivo del Trabajo, pero guardó silencio sobre las normas que debió tener en cuenta el Tribunal para llegar a su decisión condenatoria, ni señaló como quebrantados los preceptos legales sustantivos que consagran las prestaciones sociales a que se refiere la parte resolutive del fallo. Tales normas no podían ser otras que el artículo 94 del Código Sustantivo del Trabajo que define cuándo hay contrato de trabajo con los Agentes Colocadores de pólizas de seguros y el artículo 277 *ibidem* que consagra el derecho al auxilio por enfermedad no profesional. Es indudable que existe o debió existir una íntima relación entre aquella y esta última disposición, de suerte que la sentencia pudiera, partiendo de la aplicación o de la interpretación del primer texto, encontrar el camino para dar aplicación al último. Pero el recurrente no lo observó y su ataque se ha quedado a mitad del camino, pues, aun cuando la Corte en vía de amplitud quisiera adentrar en el tema planteado, no podría legal y lógicamente llegar a ninguna conclusión concreta por carencia de base que le permita decir si las disposiciones consagradoras del derecho que reconoció el fallo fueron o no violadas y por qué concepto.

Las normas legales que se estiman violadas por la sentencia, no consagran propiamente el derecho a ninguna prestación. En efecto, el artículo 95 del Código Sustantivo del Trabajo crea una presunción legal en favor de los Agentes Colocadores de pólizas de seguros, que les permite dar por establecidos los requisitos de dedicación exclusiva y de continuada dependencia, concurrentes a establecer, junto con otros elementos, la existencia del contrato especial de trabajo que contempla el artículo 94 *ibidem*, mediante la demostración del hecho indicador que consiste en

haber producido, el agente colocador, el rendimiento mínimo que aquella disposición exige, la que, por otra parte, no excluye la demostración de esa exclusividad y continuada dependencia, con fundamento en otras pruebas. Por su parte, el artículo 96 del Código Sustantivo del Trabajo invocado también por el recurrente, contempla el caso de coexistencia de contratos de trabajo de los Agentes colocadores de pólizas de seguros, en dos o más ramas del seguro o para dos o más compañías, conforme a la previsión del artículo 26 de la misma obra, en cuyo evento ordena que la producción, número de pólizas y comisiones en cada uno de los ramos, o en cada una de las Compañías, se acumulan para el efecto de establecer si se han cumplido los requisitos que señala el artículo 95 y dispone la manera como deben hacerse los cómputos de producción anual, para que obre la presunción que esta disposición consagra.

Conviene advertir, además, para el recto entendimiento y aplicación de las normas que regulan el contrato de trabajo con los Agentes colocadores de pólizas de seguros, que el elemento "exclusividad" a que alude el ordinal primero del artículo 94 del Código Sustantivo del Trabajo, hace relación únicamente a que la labor de dichos trabajadores se concrete a la colocación de pólizas, bien sea en uno o más ramos del seguro o para una o varias Compañías Aseguradoras, sin que les sea lícito dedicarse a otra u otras actividades y negocios, pues en este evento no puede configurarse el contrato de trabajo.

Finalmente, considera la Corte que aún en el supuesto de que el cargo se hubiese formulado en forma correcta, los documentos señalados como mal apreciados no configuran el error de hecho evidente que trata de deducir el recurrente, pues, por el contrario, analizándolos de acuerdo con las normas contempladas por los artículos 95 y 96 del Código Sustantivo del Trabajo, no puede concluirse de ellos que el demandante "no clasificó como colocador de pólizas de seguros", ni tampoco que "no hizo el trabajo de colocación en la intensidad, valor y número que manda el artículo citado número 96" pues al acumular los datos contenidos en las pruebas que cita y verificar los cómputos que señala el citado artículo 96, se llega a la conclusión de que el demandante cumplió con los requisitos exigidos por el artículo 95, para que pudiera obrar en su favor la presunción que esta norma consagra.

Por lo expuesto no prospera el cargo.

EL RECURSO DE LA PARTE DEMANDANTE

Alcance de la impugnación.—Expresa el recurrente, al final de su demanda, que la impugnación “tiene el alcance de que se infirme la sentencia recurrida en casación y que de acuerdo con lo estatuido en el artículo 99 del Código de Procedimiento del Trabajo se decida sobre la cuantía de la condena decretada por el Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla, con inclusión de la asistencia total —artículo 277 del Código Sustantivo del Trabajo— para las dos operaciones”.

Con apoyo en la causal 1ª del artículo 87 del C. P. T. acusa la sentencia recurrida “como violatoria de la ley sustantiva y a consecuencia de errores de hecho y de derecho evidentes en los autos, en la interpretación de la demanda y en la apreciación de las pruebas aportadas al juicio”. Al respecto formula tres cargos, los que se estudiarán en su orden.

Primer cargo.—Dice que “el Tribunal Seccional incidió en evidente error de hecho mediante la estimación de la demanda al considerar que el ejercicio de la acción sobre reconocimiento y pago de la asistencia médica, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria limitó el demandante a la operación de cataratas del ojo izquierdo no obstante su claro planteamiento de una operación ‘bilateral’, esto es, de los dos ojos. Formuló así el sentenciador una equivocada interpretación de la demanda, con deslinde notorio y arbitrario. Procedimiento con el cual quebrantó en primer lugar el artículo 471 del Código Judicial, en relación con el 145 del Código Procesal del Trabajo, error que lo condujo a la violación indirecta de la norma del artículo 277 del Código Sustantivo del Trabajo, falta de aplicación (sic) en todo su alcance económico que implica”.

Desarrolla el cargo manifestando que el libelo es perfectamente claro en el sentido de plantear, en la relación de hechos generadores de la acción, los pertinentes a deducir, por la causa de enfermedad no profesional, el reconocimiento y pago de la asistencia médica, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria de una operación de cataratas de ambos ojos: hechos tercero, cuarto, quinto, séptimo y octavo. Cuaderno principal, folio 20 a 24, a los cuales se remite. A continuación transcribe apartes del fallo impugnado, cita algunas apreciaciones doctrinarias y jurisprudenciales referentes a la interpretación de las demandas y concluye manifestando que todo lo dicho conduce a

poner de manifiesto el error de hecho evidente en que incurrió el Tribunal en la interpretación de la demanda, con la consecuente violación de los preceptos legales invocados, por haberlos dejado de aplicar al excluir de la decisión el reconocimiento y pago de la asistencia médica, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria, por razón de la enfermedad no profesional del actor —cataratas en ambos ojos—, a que se refieren los hechos y la parte petititoria del libelo inicial.

Se considera:

El actor, en la demanda con que se inició el presente juicio, pidió se condenase a la entidad demandada a que le reconociera y pagara “las indemnizaciones o prestaciones sociales a que tiene derecho por razón de enfermedad no profesional en la condición de empleado o trabajador de dicha entidad, enfermedad que le ha ocasionado a Vides Herrera incapacidad parcial grave, y a que se le reconzca y pague la atención y gastos que demande el evitar que esa incapacidad parcial para trabajar se convierta en incapacidad permanente total”. Es evidente que en los hechos 3º, 4º, 5º, 7º, y 8º. en que fundamentó su acción, hizo referencia a la dolencia que le aquejaba, consistente en disminución visual a causa de catarata bilateral y especialmente, por lo expresado en el hecho 7º, aclaró el sentido del petitum de la demanda para que la condena solidaria abarcase no sólo los gastos efectuados por el demandante en la operación de catarata del ojo izquierdo, sino, además, a que se le reconociese y pagase lo necesario para el tratamiento adecuado y operación del ojo derecho.

Si lo anterior es incontrovertible, no lo es menos que el sentenciador sólo podía reconocer el derecho alegado en la extensión y cuantía en que éste apareciese demostrado en el juicio. Esta la razón que tuvo el Juez de primer grado para absolver a la demandada, por estimar que el actor no había demostrado uno de los fundamentos principales en que se basa el reconocimiento de la prestación asistencial prevista en el artículo 277 del Código Sustantivo del Trabajo, reclamada por el demandante. Esta fundamentación del a-quo fue propiciada y encontrada acertada por el Tribunal con base en la realidad procesal, cuando expresó lo siguiente: “No se trató al expediente, tal como lo aprecia el a-quo, ningún dictamen de facultativo que demuestre y determine que el actor estuvo incapacitado para desempeñar sus labores a consecuencia de la enfermedad que dice haber padecido estando al servicio de la demandada. Luego vino carente de su principal

fundamento el pretendido derecho a las prestaciones que consagran los artículos 227 y 277 del C. del T.”.

Sin embargo, esté olvido del demandante para acreditar o establecer la incapacidad sufrida por la enfermedad no profesional que le aquejaba, lo subsanó parcialmente el Tribunal, al decretar, en la audiencia de trámite celebrada el 15 de octubre de 1955, la práctica de algunas pruebas, entre otras, que se examinara al demandante por el Médico Industrial, para que “dictamine, con vista de los antecedentes existentes en el juicio y los que pudiere obtener de los médicos tratantes si el señor Vides sufrió incapacidad y su duración, por la operación de catarata a que fue sometido, como también fijar la incapacidad proveniente, si la hubiere parcial o definitiva” (Subraya la Sala). De esta forma, se practicó la prueba decretada pero limitada a determinar la incapacidad por la operación a que había sido sometido el demandante por razón de la catarata que le afectaba el ojo izquierdo. De ahí que, en el análisis probatorio, el *ad-quem* consignara lo siguiente: “No obstante, el Tribunal estimó conveniente un mayor esclarecimiento probatorio acerca del hecho de la operación a que dice haber sido sometido el actor, así como que establecer si tal operación acarrea incapacidad, su duración y el valor pericial de la asistencia quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria. Al efecto decretó las pruebas que tuvo por conducentes, de cuya práctica se ha venido a demostrar que la operación de catarata del ojo izquierdo si le fue practicada al actor y acarrea incapacidad, según el dictamen del Médico Industrial al folio 12 del 2º cuaderno, lo cual basta para que se tenga por procedente en uno de sus extremos fundamentales el derecho impetrado a suministro de asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria por enfermedad de catarata”. Por lo anterior, no aparece la equivocada interpretación de la demanda por el sentenciador con deslinde notorio y arbitrario de los hechos y de las peticiones de la misma como lo pretende el recurrente, ni aparece configurado el error de hecho que se alega, y, por consiguiente, no incurrió el sentenciador en las violaciones de ley que se le imputan, por lo cual el cargo no prospera.

Segundo cargo. — Acusa la sentencia de violar la ley sustantiva “a consecuencia de errores de hecho evidentes en los autos en la apreciación de las pruebas relativas de la enfermedad no profesional —cataratas en ambos ojos— a que alude

el artículo 277 del Código Sustantivo del Trabajo”.

Expresa que el Tribunal sin discriminar los elementos probatorios, a cada situación invocada en la demanda, estima acreditada sólo parcialmente aquella enfermedad del demandante, reconociéndole únicamente el derecho a la asistencia médica, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria, correspondiente a la operación de cataratas del ojo izquierdo, sin tener en cuenta la prueba de la existencia de la misma enfermedad en el ojo derecho, plenamente establecida con los dictámenes de los médicos especialistas y del Industrial, que le sirvieron de base para dar por demostrada la primera. Señala al efecto como pruebas mal apreciadas, el certificado expedido por el especialista doctor Alfonso Alvarez Jaramillo, fechado el 11 de junio de 1954 (folio 3 del primer cuaderno) ratificado posteriormente dentro del término probatorio; el dictamen del doctor Arnulfo Manzur Gutiérrez (folios 11 del 2º cuaderno) y el dictamen del Médico Seccional de Medicina Industrial de la ciudad de Barranquilla (folios 12 del mismo cuaderno). Termina el cargo manifestando que si se hace la confrontación del estudio probatorio verificado en la sentencia, con el contenido de los elementos probatorios citados y con el de los artículos 722 del Código Judicial y 144 del C. P. T., se evidencia la violación de éstos, porque al estudiarse aquellas pruebas por el sentenciador, se dio por demostrada la enfermedad no profesional parcialmente, —cataratas en el ojo izquierdo—, estándola, también, con las mismas probanzas, la del ojo derecho, las que dejó de apreciar en ese sentido; que este procedimiento indujo al sentenciador a incurrir en error de hecho evidente con violación de las normas procedimentales citadas, por falta de aplicación y al quebrantamiento del artículo 277 del Código Sustantivo del Trabajo.

Subsidiariamente, acusa la sentencia por error de derecho en la apreciación de las mismas pruebas “por las mismas causas y razones anotadas anteriormente”.

Se considera.

Al estudiar el primer cargo, se dejó plenamente establecido que el Tribunal para concretar la condena exclusivamente al pago de la suma de \$ 1.000.00 por concepto de asistencia médica, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria del tratamiento por enfermedad de catarata del ojo izquierdo a que fue sometido el demandante, tuvo como fundamento el hecho de que sólo se estableció la incapacidad sufrida por éste, en lo referente a la causada por razón de la operación que

se le practicó en el ojo izquierdo. De las pruebas que indica el recurrente como mal apreciadas, la única en la que se expresa que el demandante sufrió incapacidad por razón de enfermedad no profesional es el dictamen del Médico Seccional de Medicina e Higiene Industrial de Barranquilla, que obra a folio 12 del 2º cuaderno, pero limitada exclusivamente a la sufrida por razón de la operación de catarata a que fue sometido el demandante en el ojo izquierdo. Respecto a la incapacidad por razón de la enfermedad —catarata en el ojo derecho—; el dictamen del doctor Arnulfo Manzur Gutiérrez (folios 11 del 2º cuaderno) se limita a expresar que el señor Adolfo Vides Herrera presenta en el ojo derecho una catarata senil con buena percepción luminosa y en buenas condiciones de operar. Y el certificado del Médico especialista doctor Alfonso Alvarez Jaramillo (folios 3 del primer cuaderno) expresa que el señor Vides Herrera “padece de catarata senil bilateral, debiéndose someter en el transcurso de 4 a 5 meses a la primera intervención (ojo izquierdo), para posteriormente operarle el ojo derecho”. El mismo médico Alvarez Jaramillo en su declaración que obra a folios 90 y 91 del cuaderno 1º, después de reconocer el contenido al certificado a que se ha hecho referencia, preguntado si de acuerdo con los exámenes practicados por él y el estado que constató con el paciente Vides Herrera pudiera decir si sufrió alguna incapacidad para trabajar y cuál sería ella? Contestó: “Haciendo más de un año que no veo al señor Vides Herrera de quien se trata no puedo contestar esa pregunta”. Preguntado, si de acuerdo con el estado que presentaba el enfermo cuando fue a su consultorio él se encontraba incapacitado para trabajar. Contestó: “Depende de la profesión que tuviera él. Debiendo estar parcialmente incapacitado, aclaro, recordando de la persona en el momento que fue a mi consultorio no estaba incapacitado para el trabajo”.

Ahora bien: de conformidad con lo establecido por el artículo 277 del Código Sustantivo del Trabajo que consagra el derecho al auxilio por enfermedad no profesional, para tener derecho a este auxilio es preciso que la enfermedad produzca incapacidad para trabajar, la que debe demostrarse con el dictamen pericial de médicos graduados, pues de no hacerse así, no debe el juzgador deducir una incapacidad por ser ello extraño a los conocimientos jurídicos que le son propios. La incapacidad por la enfermedad del ojo derecho no se acreditó. Esta la razón del sentenciador para limitar la condena únicamente en cuanto a la

incapacidad demostrada en el juicio por medio del dictamen del Médico Industrial de Barranquilla, en lo referente a la intervención quirúrgica a que fue sometido el demandante para la extirpación de la catarata del ojo izquierdo. No está demostrado el error alegado por el recurrente, ni la violación de la ley como se indica en el cargo.

En forma subsidiaria, el recurrente acusa la sentencia por “error de derecho” en la apreciación de las pruebas que señaló al formular el cargo por “error de hecho”; aduce como único razonamiento para fundamentarlo, el de las mismas causas y razones anotadas para el error de hecho. Sabido es que el error de derecho implica el quebrantamiento de una regla legal sobre prueba que conduce a la violación de otra norma sustantiva consagradoria del derecho que se impetra. Por lo tanto, no pueden servir de supuestos para sustentarlo los mismos hechos y razonamientos aducidos para fundamentar el “error de hecho”, pues el uno y el otro obedecen a causas distintas y su demostración es diferente. Por otra parte en materia laboral sólo habrá lugar a error de derecho en casación, cuando se haya dado por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir ésta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto, pues en este caso no se debe admitir su prueba por otro medio, y también cuando deja de apreciarse una prueba de esta naturaleza, siendo el caso de hacerlo. El recurrente no ha demostrado que se estructura en el presente caso la causal o motivo alegado.

No prospera el cargo.

Tercer cargo.—Dice que “la sentencia es violatoria de la ley sustantiva como consecuencia de errores de hecho evidentes en la apreciación de la prueba pericial —avalúo— de la asistencia médica, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria necesaria, de la enfermedad no profesional adquirida por el demandante al servicio de la empresa demandada”; que se quebrantó el artículo 721 del C. J. en relación con el 144 del C. P. T. como medios para la violación del artículo 277 del Código Sustantivo del Trabajo.

Señala como mal apreciado el dictamen pericial rendido por el doctor Arnulfo Manzur Gutiérrez (folio 11 del 2º cuaderno), en cuanto fijó en la suma de \$ 1.000.00 el costo de la operación de cataratas del ojo izquierdo a que fue sometido el demandante, incluida la clínica y gastos farma-

céuticos y de laboratorios, por considerar que no está explicado y debidamente fundamentado, por lo cual no puede aceptarse como plena prueba para efectos de basar en él la condena.

Se considera.

En primer término se observa que la prueba pericial a que alude el recurrente fue decretada por el Tribunal para establecer "el valor de la asistencia farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria a que dio lugar el tratamiento de la enfermedad de cataratas" del señor Vides Herrera. Rendido por el perito el concepto que obra a folios 11 del segundo cuaderno, se ordenó ponerlo en conocimiento de las partes por el término legal, según providencia dictada en la audiencia de fecha 9 de noviembre de 1955 (folio 17 del mismo cuaderno). Consta que en esa misma audiencia el apoderado del actor manifestó "que no tiene reparo que hacer al dictamen rendido por el perito doctor Manzur, porque su dictamen más o menos se ajusta a lo solicitado en la demanda". Al analizar esta prueba el Tribunal consignó lo siguiente: "Y con respecto al valor de la asistencia médica, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria por razón de la operación de catarata del ojo izquierdo ha quedado establecido, mediante el dictamen pericial que se decretó al efecto, y que no ha sido tachado ni objetado, que su valor es de mil pesos (\$ 1.000.)". De lo anterior resulta evidente que fue el mismo apoderado del actor quien en la oportunidad procesal correspondiente aceptó plenamente la prueba que hoy se ataca en casación y que sirvió de base al fallador para proferir la condena que contem-

pla la sentencia. No aparece demostrado el error evidente de hecho, por lo cual no prospera el cargo.

En cargo subsidiario del que se deja estudiado el recurrente acusa la sentencia por error de derecho en la apreciación de la referida "prueba pericial —avalúo—" por haberle asignado el Tribunal "un valor probatorio que la ley no le atribuye, y por las mismas causas y razones expuestas anteriormente en el cargo de error de hecho". Considera la Sala que lo expresado al analizar y decidir la acusación por "error de derecho" que el recurrente presentó como subsidiario del segundo cargo es aplicable y suficiente para estimar ineficaz esta impugnación.

• No prospera el cargo.

Por las razones expuestas 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.

Cópiese, publíquese, 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.—Jorge Vélez García.—

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

COMO DEBE EL TRABAJADOR ADQUIRIR EL DERECHO A LA JUBILACION PARA QUE SUS SUCESORES PUEDAN TENER DERECHO A LA PENSION DE QUE TRATA EL ARTICULO 275 DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO A SU FALLECIMIENTO. — QUIENES PUEDEN SER BENEFICIARIOS DE ESTA PENSION

1.—En los ordinales 2 a 5 del artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo, se consagra, en atención al nexo familiar con el causante, una serie de beneficiarios de dicha pensión. Se observa que dichos beneficiarios son calificados por la ley, pues ésta se refiere a personas que no dispongan de medios suficientes para su congrua subsistencia, que se trate de hijos menores de 18 años, o de padres o hermanos inválidos o de hermanas solteras, en su caso.

2.—La proposición “cuando el trabajador haya adquirido el derecho dentro de las normas de este Código”, usada por el artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo, ni aún mediante una exégesis literal podría equipararse a la expresión “... en o dentro de la vigencia de las normas de este Código”. No sólo porque el sentido natural y obvio de la primera cláusula no procura asidero para colegir la segunda, sino porque una interpretación científica de la manifestación legal indica que, en esencia, lo ordenado por el legislador no fue condicionar tal derecho a que la pensión jubilatoria se hubiera originado dentro del tiempo de vigencia de las normas del Código. Esto es, que el derecho a la jubilación hubiera tenido su origen en armonía y con adecuación a los principios que el Código establece, o sea en concordancia con los elementos que erigió en generadores de la jubilación del artículo 260 del C. S. del T.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veintiséis de junio de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Vélez García).

La señora Florentina Quinchanegua viuda de Sánchez, en su carácter de cónyuge sobreviviente del señor Roberto Sánchez y como representante legal de su hijo menor Mario Roberto Sánchez,

demandó mediante apoderado al “Consortio de Cervecerías Bavaria S. A.” para que mediante los trámites de un juicio ordinario laboral se condenara a esta sociedad a pagar a los demandantes:

1º La cantidad de \$ 6.753.72, por partes iguales a cada uno de los demandantes, como valor de la pensión que venía disfrutando el señor Roberto Sánchez, en su carácter de trabajador del Consortio, de conformidad con el artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo;

2º Los intereses legales de dicha cantidad, desde la fecha en que se hizo exigible hasta el día del pago;

3º Las costas del juicio en caso de oposición.

Como hechos generadores de su derecho relacionó los siguientes:

a) El señor Roberto Sánchez fue trabajador del Consortio de Cervecerías Bavaria S. A. durante más de 20 años;

b) Dicha Compañía reconoció a Sánchez el derecho de percibir una pensión mensual vitalicia de jubilación de \$ 562.81 moneda corriente;

c) Sánchez estaba devengando dicha pensión el 13 de marzo de 1956, fecha de su fallecimiento;

ch). La Sociedad demandada debe a los demandantes por razón de la pensión de que disfrutaba el señor Roberto Sánchez, según liquidación hecha por la misma empresa, la cantidad de \$ 6.753.72 moneda corriente, que está dispuesta a entregar al Juzgado;

d) Los demandantes, como herederos de Roberto Sánchez, tienen derecho a percibir el valor de dicha pensión, con exclusión de toda otra persona;

e) El Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá reconoció a la señora Quinchanegua viuda de Sánchez y a Mario Roberto Sánchez el carácter de cónyuge sobreviviente y heredero, en su orden, del causante Roberto Sánchez, como se demuestra por la copia del auto correspondiente;

f) El señor Roberto Sánchez contrajo matrimonio con la señora Florentina Quinchanegua el 29 de septiembre de 1951 en la parroquia de Girardot en cuya acta legitimaron como hijo suyo a

Mario Roberto, como se prueba por la partida respectiva;

g) El señor Roberto Sánchez murió en Bogotá el 13 de marzo de 1956, para cuya demostración se acompaña el acta de defunción expedida por el Notario 8º de dicho circuito;

h) El prenombrado menor Mario Roberto Sánchez nació el 12 de enero de 1944, según acta que se adjunta.

Fundamentó su acción en los artículos 260, 275 y concordantes del C. S. del T., y 74 del C. de P. L.

La demandada dio respuesta al libelo por medio de apoderado. Expresó que la empresa no se oponía a que se hicieran las declaraciones solicitadas "en cuanto ellas miran al ordenamiento del pago de la pensión", porque reconoce y acepta que debe hacerlo, pero teniendo en cuenta el certificado del seguro individual que reposa en sus archivos y en el que figuran como beneficiarios expresos los señores: Enriqueta, Lucila, Elpidia, Roberto, Cecilia, Berta, Isabel y Mario Roberto Sánchez, con asignación de cuotas iguales". Declaró además que no se había verificado el pago por haber surgido nuevos interesados y por tanto suscitarse colisión entre ellos. Solicitó en tal virtud que la jurisdicción competente declarara y ordenara a quién o a quiénes debería hacerse al pago, "teniendo en cuenta la disposición reglamentaria originaria del derecho del ex-trabajador y en la que se dispone que debe cubrirse en cuotas mensuales, de acuerdo con la última pensión causada".

EL Juez del conocimiento, que fue el Quinto del Trabajo de Bogotá, desató la controversia condenando a la demandada a pagar a las personas designadas en el certificado de seguro individual referido, la cantidad de \$ 6.753.72, en cuotas de \$ 844.21 a cada uno. En esta sentencia de primer grado no hubo condenación en costas.

La parte demandante apeló de la providencia anterior, y el Tribunal Superior de Bogotá decidió el recurso mediante providencia de 6 de mayo de 1957, por la cual revocó el numeral primero de la sentencia recurrida y en su lugar condenó a la Sociedad a pagar a la señora Florentina Quinchanagua viuda de Sánchez, en su condición de representante legal del menor Mario Roberto Sánchez Q., y para éste, la suma de \$ 844.21, correspondiente a la cuota que le fue asignada por el asegurado. No hubo condenación en costas.

El recurso de casación.

Interpuesto como ha sido el recurso de casación por la parte demandante, y concedido, admitido

y legalmente tramitado, la Sala va a resolverlo mediante el examen de la correspondiente demanda. En ésta se pide la infirmación del fallo de segunda instancia, la revocatoria de la sentencia de primera, y, en su lugar, una decisión de la Corte por la cual se acceda a las peticiones del demandante.

Formula el apoderado del recurrente varios cargos contra la sentencia acusada y se basa en las dos causales del artículo 87 del C. de P. L. Esta Sala, en uso de las atribuciones que le confieren el artículo 99 *ibidem* y por analogía el 538 del Código Judicial procede a examinar la acusación formulada en el capítulo III del libelo.

Se refiere este capítulo a la violación del artículo 275 del Código S. del T. por interpretación errónea.

En sustentación del cargo dice su autor que el Tribunal considera que la pensión que se reclama no encaja dentro de la norma del artículo 275, porque el señor Roberto Sánchez fue pensionado a partir del 1º de noviembre de 1944, fecha anterior a la época en que entró a regir dicha norma.

Hay una equivocada interpretación de tal precepto, dice, porque éste sólo exige que para que el cónyuge sobreviviente y sus hijos menores de 18 años etc. tengan derecho a percibir la pensión durante dos años, sólo se necesita que el trabajador **haya adquirido**, tiempo pasado, el derecho dentro de las normas de este Código, y lo esté disfrutando en el momento de la muerte. Interpreta el Tribunal equivocadamente que si el trabajador ya había adquirido ese derecho antes de entrar a regir el nuevo Código, no hay derecho a cobrar la pensión, lo que no es así, porque entonces quedarían excluidos de ella los que la habían adquirido bajo la vigencia de leyes anteriores. Agrega que el artículo 14, literal c) de la Ley 6ª de 1945 reconocía ese mismo derecho, y que con base en esa norma tienen interés jurídico los sucesores de Roberto Sánchez y pueden solicitar su pago, ya que la ley concede a los trabajadores acogerse a la disposición más favorable.

Prosigue diciendo que el artículo 275 citado establece en forma nítida que fallecido un trabajador jubilado, su cónyuge y sus hijos menores de 18 años tendrán derecho a recibir la mitad de la respectiva pensión durante dos años, contados desde la fecha del fallecimiento, cuando el trabajador haya adquirido el derecho dentro de las normas de este Código, lo esté disfrutando en el momento de la muerte y siempre que aquellas personas no dispongan de medios suficientes para su congrua subsistencia, condiciones que en el caso se cumplen.

Examen de la acusación:

La disposición legal por cuya interpretación errónea se acusa a la sentencia, dice en su primer ordinal:

“ARTICULO 275.—1. Fallecido un trabajador jubilado, su cónyuge y sus hijos menores de diez y ocho (18) años tendrán derecho a recibir la mitad de la respectiva pensión durante dos años, contados desde la fecha del fallecimiento, cuando el trabajador haya adquirido el derecho dentro de las normas de este Código, lo esté disfrutando en el momento de la muerte, y siempre que aquellas personas no dispongan de medios suficientes para su congrua subsistencia”.

En los demás ordinales (2, 3, 4, 5) se consagra, en atención al nexo familiar con el causante, una serie de beneficiarios de dicha pensión. Se observa que dichos beneficiarios son **calificados** por la ley, pues ésta se refiere a personas que no dispongan de medios suficientes para su congrua subsistencia, que se trate de hijos menores de 18 años, o de padres o hermanos inválidos o de hermanas solteras, en su caso.

Un somero examen del texto preinserto demuestra claramente cómo su doctrina legal fue materia de equivocada inteligencia por parte del sentenciador. La proposición “cuando el trabajador haya adquirido el derecho dentro de las normas de este Código”, ni aun mediante una exégesis literal podría equipararse —como la equiparó el juzgador— a la expresión “...en o dentro de la vigencia de las normas de este Código”. No sólo porque el sentido natural y obvio de la primera cláusula no procura asidero para colegir la segunda, sino porque una interpretación científica de la manifestación legal indica que, en esencia, lo ordenado por el legislador no fue condicionar tal derecho a que la pensión jubilatoria se hubiera originado dentro del tiempo de vigencia de las normas del Código, sino de conformidad con las normas del Código. Esto es, que el derecho a la jubilación hubiera tenido su origen en armonía y con adecuación a los principios que el Código establece, o sea en concordancia con los elementos que erigió en generadores de la jubilación el artículo 260 del C. S. del T.

La admisión y consiguiente corrección de tal yerro interpretativo propicia que la Sala —como Tribunal de instancia— cumpla a plenitud su tarea enmendadora de la violación de la ley sustantiva por el concepto expresado, y, por ende, entre a examinar, para el fallo de instancia, si

en efecto el causante pensionado había adquirido la pensión en acuerdo o dentro de los principios del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo. Con tal propósito, apreciada la comunicación de la empresa que obra a folio 26 del primer cuaderno, se advierte que a 20 de octubre de 1944 el trabajador Sánchez tenía 56 años de edad; que empezó a trabajar el 10 de agosto de 1908, o sea que prestó sus servicios a la empresa, en forma ininterrumpida, por más de 36 años. Estos datos —reconocidos por la propia empresa— caben sobradamente dentro de los principios o elementos del artículo 260 del Código, y, en consecuencia, dan base para la aplicación del 275 ibídem de acuerdo con la interpretación de esta norma hecha por la Sala.

Cabe advertir, finalmente, que lo solicitado por la actora en el **sub-lite** no es seguro de vida extralegal a que se refiere el documento del folio 27, sino el beneficio de pensión jubilatoria en los términos de tiempo y cuantía que establece el artículo 275 precitado para los beneficiarios del pensionado, y que tanto la actora como su menor hijo reúnen las calificaciones de la ley.

Las partes coinciden en que la cantidad debida por tal concepto es de \$ 6.753.72; además, como han transcurrido más de dos años desde la muerte del causante, esta suma deberá ser pagada, en su totalidad, por una vez, a los beneficiarios.

Por lo cual, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 6 de mayo de 1957; en su lugar, obrando como Tribunal de instancia, **REVOCA** la sentencia del **a-quo**, y

FALLA:

1º Condénase al “Consortio de Cervecerías Bavaria S. A.”, representado por su gerente, a pagar a la señora Florentina Quinchaneque viuda de Sánchez y a su menor hijo Roberto Sánchez Q., la cantidad de seis mil setecientos cincuenta y tres pesos con sesenta y dos centavos (\$ 6.753.72) moneda corriente por iguales partes.

2º Sin costas en las instancias ni en este recurso.

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

Luis Alberto Bravo.—Roberto De Zubiria C.—
Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—
Vicente Mejía Osorio, Secretario.

EL COMPÚTO DE LA INDEMNIZACION POR MORA EN EL PAGO DE LOS SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES, PARA LOS EFECTOS DE FIJAR LA CUANTIA DEL JUICIO FRENTE AL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION, SE HACE DESDE EL DESPIDO DEL TRABAJADOR HASTA LA FECHA DE LA PRESENTACION DE LA DEMANDA

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., treinta de junio de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Alberto Bravo).

El apoderado sustituto de Industria de Aceros Limitada, a quien se le reconoce personería suficiente en este auto, ocurre de hecho ante esta Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para que se le conceda el recurso de casación que interpuso en su debida oportunidad procesal contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio que a aquélla sociedad adelantó Humberto Tabares Lopera.

El fallador de segunda instancia negó el recurso de casación, por considerar que la cuantía del negocio no ascendía a la suma de \$ 4.000.00, según el valor que a cada una de las peticiones le fue fijada por el perito Alfredo Gutiérrez Márquez, así: \$ 2.480.00 por lucro cesante; \$ 699.16 por horas extras; \$ 149.48 por auxilio de cesantía; \$ 300.00 por sobresueldo del mes de diciembre de 1956 y \$ 140.00 por los denominados "salarios caídos", todo lo cual arroja un guarismo de \$ 3.768.64.

En la sustentación del recurso, se ha sostenido por el mismo procurador, que la cuantía del juicio es muy superior a la mínima señalada por la ley procesal del trabajo.

Para resolver, se considera:

La demanda inicial contiene las peticiones de auxilio de cesantía, horas extras diurnas y nocturnas, salarios insolutos, lucro cesante e indemnización por mora. El demandante Tabares Lopera afirma que laboró al servicio de la empresa demandada desde el 17 de octubre al 13 de diciembre de 1956; que ejerció las funciones de contador con una remuneración mensual de \$ 600.00, habiéndosele despedido de manera ilegal e injusta; que realizó trabajo extraordinario y que no se le ha pagado el sobresueldo correspondiente al mes de diciembre del mismo año, pactado en la cantidad de \$ 300.00.

No comparte esta Sala la valoración equivocada que hace el experto en lo tocante a la indemnización por mora en el pago de los salarios y prestaciones sociales, para los efectos de fijar la cuantía del juicio frente al recurso extraordinario de casación, ya que constituye jurisprudencia uniforme y reiterada la de que su cómputo se hace desde el despido del trabajador hasta la fecha de la presentación de la demanda.

En el asunto *sub-lite* Tabares Lopera fue despedido el 13 de diciembre de 1956 y el libelo fue presentado el 25 de enero de 1957, periodo que comprende 39 días, que a razón de \$ 20.00 cada uno da un total de \$ 780.00.

En consecuencia, la cuantía de este juicio es la siguiente:

Lucro cesante	\$ 2.480.00
Horas extras	699.16
Auxilio de cesantía	149.48
Salarios insolutos	300.00
Indemnización por mora	780.00

TOTAL:\$ 4.408.64

El anterior valor supera la cuantía mínima exigida por el artículo 9º del Decreto Legislativo 1.762 de 1956, para la viabilidad de este recurso extraordinario.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— considera **MAL DENEGADO EL RECURSO DE CASACION** interpuesto por el apoderado de Industria de Aceros Limitada contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio seguido por Humberto Tabares Lopera contra la recurrente y, en su lugar, **CONCEDE** dicho recurso. Comuníquese lo resuelto al mismo Tribunal para que remita el expediente a esta Superioridad.

Cópiese, comuníquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y archívese.

Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiria C.—
Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—
Vicente Mejía Osorio, Secretario.

**DISTINCION ENTRE VIOLACION MEDIO Y VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY.—
EL ERROR EN LA APRECIACION DE UNA PRUEBA NO PUEDE SER SIMULTA-
NEAMENTE DE HECHO Y DE DERECHO**

1.—La violación directa de una de las disposiciones legales no puede determinar la indirecta de otras. La violación de normas de procedimiento es simplemente una violación de medio, entendiéndose por tal la que incide en la transgresión de preceptos sustantivos. Pero si la violación ocurre a través de errores de hecho o de derecho en la apreciación de pruebas, es siempre indirecta, tanto respecto de las reglas procesales como de las disposiciones materiales o sustantivas.

2.—El error en la apreciación de una misma prueba, no puede ser simultáneamente de derecho y de hecho. El primero se refiere a los casos en que la ley exige una determinada solemnidad para la validez del acto que pretenda demostrarse, y el segundo, a aquellos en donde no se requiere esa solemnidad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., treinta de junio de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Alberto Bravo).

Por medio de apoderado, JAIME PEREA demandó a la CENTRAL HIDROELECTRICA DEL RIO ANCHICAYA LIMITADA, sociedad domiciliada en Cali, para que fuera condenada a pagarle la suma de \$ 3.600.00 como indemnización por ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo y las costas del juicio.

Según los hechos de la demanda, el demandante y la entidad demandada celebraron un contrato de trabajo, con fecha 5 de agosto de 1954, mediante el cual el primero se comprometió a prestar sus servicios como Ingeniero en la construcción de la Almenara en la referida empresa; la remuneración de su trabajo fue fijada en la suma de \$ 1.200.00 mensuales; desempeñó el cargo en forma regular y satisfactoria hasta el 5 de noviembre del mismo año, fecha en que se le despidió, invocando como razón la de que la obra,

había terminado; en su reemplazo fue nombrado el doctor Ramiro Sinisterra Barberena, pues la obra en verdad no había sido concluida.

El actor fundó su derecho en los artículos 22 y siguientes, 47, 49 y 54 del C. S. del T. y en las disposiciones pertinentes del Código Procesal del Trabajo.

La empresa, al contestar la demanda, y obrando también por conducto de apoderado, negó el derecho, se opuso a las pretensiones del actor y propuso las excepciones de petición de lo no debido y de carencia de acción.

El Juzgado del conocimiento, que lo fue el Segundo del Circuito Judicial del Trabajo de Cali, en su fallo declaró no probadas las excepciones perentorias propuestas por la parte demandada y condenó a ésta a pagar al doctor Jaime Perea Suárez la suma de \$ 3.600.00, correspondiente a los salarios de 3 meses que faltaban para cumplirse el plazo presuntivo del contrato de trabajo y las costas del juicio.

El apoderado de la demandada interpuso el recurso de apelación para ante el antiguo Tribunal Seccional del Trabajo de Cali, que confirmó en todas sus partes la sentencia recurrida.

Va a decidirse el recurso de casación propuesto contra el fallo de segunda instancia por la empresa demandada.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Pide que se infirme el fallo de segunda instancia, y en su lugar se exonere a la Sociedad demandada de las obligaciones que de ella fueron solicitadas por el actor. Al efecto, con base en la causal primera del artículo 87 del C. P. T., formula un solo cargo, el cual se examinará a continuación.

CARGO UNICO

Acusa la sentencia de "haber violado indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 23, 47, 54 y 64 del Código Sustantivo del Trabajo y artículos 1.757 del Código Civil, y directamente por la misma causa, los artículos 51, 55, 60, inciso

segundo del 61 y 145 del Código Procesal del Trabajo, y 725, 726 y 730 del Código de Procedimiento Civil”.

Dice el recurrente que el Tribunal llegó a tales infracciones al estimar como prueba del contrato de trabajo que se dice haber existido entre las partes, un medio probatorio practicado sin los requisitos y formalidades que la ley exige para tenerlo como tal. Se refiere a la inspección ocular efectuada en los libros y documentos de la empresa, acerca de la cual afirma que el auto que la decretó no expresó que debía llevarse a cabo en las oficinas centrales o administrativas o en la gerencia de la sociedad demandada, sino antes bien otro sitio distinto, según se desprende del auto número 236, dictado por el Juez a-quo (folio 13 del cuaderno principal); que el mismo apoderado del actor, al solicitar dicha prueba, mencionó “el lugar donde se levanta la Almenara del río Anchicayá” (folio 12); que tampoco en el auto complementario número 286 (folio 14), se señaló el sitio o lugar, ni siquiera la fecha de la inspección, ya que no se indicó el año en que debía cumplirse la diligencia. Agrega que la irregularidad procedimental en la confección o práctica de las pruebas las hace inatendibles, y cita al respecto jurisprudencia de la Corte y del antiguo Tribunal Supremo del Trabajo y pasajes del profesor Antonio Rocha. Concluye afirmando que el fallador, al darle mérito a la referida inspección, ocular, incurrió en los siguientes errores que aparecen de manifiesto en los autos:

“DE HECHO: a) Dar por demostrado con un medio ineficaz, o si pudiéramos decir inexistente, el que el demandante Jaime Perea entrara al servicio de la empresa demandada el día 4 de agosto de 1954 en calidad de ayudante de Interventoría y saliera el día 4 de noviembre del mismo año, recibiendo como remuneración por sus servicios una asignación mensual de \$ 1.200.00; y

“DE DERECHO: b) Darle valor probatorio a la inspección ocular a que nos hemos venido refiriendo en el cuerpo de este escrito, sin haberse ella practicado con el lleno de todas las formalidades y requisitos que la ley exige para que a esa clase de prueba pueda atribuírsele mérito probatorio alguno”.

El opositor hace reparos técnicos a la demanda de casación. Dice que el recurrente no explica cómo fueron violados los preceptos que cita. En cuanto a la prueba de la inspección ocular, observa que ésta comprendió dos partes: una relativa al examen de los libros y planillas de la entidad demandada, y otra que tenía por objeto

verificar el estado en que se encontrara la construcción de las obras de la Almenara del Río Anchicayá; que el fallador no tuvo en cuenta la segunda sino la primera, y respecto de ésta anota que en el encabezamiento del auto respectivo se indica el año al que necesariamente corresponden el mes y el día que la misma providencia señala para llevar a cabo la inspección; que en cuanto al sitio en que debía efectuarse el examen de los libros y planillas de la empresa, el Juez en la tercera audiencia de trámite (continuación, folio 36) dispuso que el Juzgado se trasladara “a las oficinas de la Central de Anchicayá, que funcionan en el Banco de Bogotá de esta ciudad, 5º Piso” y que, además, al Gerente de la empresa demandada se le envió el oficio número 787 de fecha 28 de julio de 1955, para ponerle en conocimiento que el 11 de julio siguiente se efectuaría la inspección ocular decretada por auto número 458, “con el fin de revisar los libros y archivos en general de la Central”; que el propio apoderado de la demandada, en el día y hora anunciados, puso a disposición del Juzgado los elementos que debían ser materia del examen, y que por tanto no hubo sorpresa para la entidad demandada.

Por último, dice que el sentenciador no sólo se basó en la inspección ocular sino que tuvo en cuenta pruebas de otra índole, como la carta de despido (folio 8º del segundo cuaderno), las posiciones absueltas por el Gerente de la empresa (folios 8 vuelto y 9º) y las declaraciones de Absalón Gómez, Angel E. Palacios y Ramiro Sinisterra, visibles a folios 16 del cuaderno principal, 16 vuelto del segundo cuaderno y 61 del cuaderno principal, respectivamente, pruebas éstas que fundaron la convicción del Tribunal acerca de los hechos en que se apoyan las peticiones del actor, y que el recurrente no ataca.

Se considera:

La violación directa de unas disposiciones legales no puede determinar la indirecta de otras. La violación de normas de procedimiento es simplemente una violación de medio, entendiendo por tal la que incide en la transgresión de preceptos sustantivos. Pero si la violación ocurre a través de errores de hecho o de derecho en la apreciación de pruebas, es siempre indirecta, tanto respecto de las reglas procesales como de las disposiciones materiales o sustantivas. Por otra parte, el error en la apreciación de una misma prueba, no puede ser simultáneamente de derecho y de hecho. El primero se refiere a los casos en que la ley exige una determinada solemnidad para

la validez del acto que pretenda demostrarse, y el segundo, a aquellos en que no se requiere esa solemnidad.

El cargo, pues, como está planteado adolece de defectos de técnica. Sin embargo, obrando con amplitud y en atención a que el recurrente acusa por violación indirecta de disposiciones sustantivas de carácter laboral y singulariza la respectiva prueba, esta Sala procede a estudiarlo.

El demandante, al corregir su demanda en la forma puntualizada por el Juez, antes de ordenar el traslado solicitó, entre otras, las siguientes pruebas:

“Inspección ocular sobre las planillas de pago de empleados y sobre los libros de contabilidad de la empresa, para demostrar el sueldo del Ingeniero, el tiempo de servicio y el no pago de sus prestaciones e indemnizaciones.

“Exhibición de documentos que obran en poder del demandado y reconocimiento de firma.

“Inspección ocular con intervención de peritos, para demostrar que la Almenara de “Anchicayá” no ha sido concluida”.

Y aunque en la primera audiencia de trámite, el apoderado de la parte actora parece referirse a una sola inspección ocular, señaló con precisión los dos objetos distintos que debían ser materia de la diligencia, y el Juzgado, al decretarla, también los separó del mismo modo, así: primer objeto, “los libros y planillas de la entidad demandada”; y segundo objeto, “estado de las obras de la Almenara del río Anchicayá” (folio 5, 7, 12, y 13 del cuaderno principal).

En la tercera audiencia de trámite, se llevó a cabo la inspección ocular sobre la almenara del río Anchicayá, y posteriormente, en la continuación, en día distinto, de dicha audiencia de trámite, encontrándose presente el apoderado de la entidad demandada, previo anuncio escrito al Gerente de la misma en Cali, el Juez en compañía de su Secretario, del mencionado apoderado y del de la parte actora, se trasladó a las oficinas de la Central Hidroeléctrica del Río Anchicayá, situadas en el “Banco de Bogotá número 507”, donde se pusieron “a disposición del Despacho los libros de comprobantes de contabilidad correspondientes al lapso comprendido entre agosto de 1954 y diciembre del mismo año”, según reza el Acta de la audiencia (folios 37, 38, 40 y 41 del cuaderno principal).

La inspección ocular sobre las obras de construcción de la Almenara del río Anchicayá, fue desestimada por el fallador de segundo grado,

dada la circunstancias de que “dichas obras —dice el Tribunal— se encuentran situadas en el corregimiento de “Ladrilleros” que es jurisdicción del Municipio de Buenaventura y que por lo tanto debió de comisionarse al Juez de ese Municipio para que llevara a efecto la mencionada diligencia y no usurpar jurisdicción como lo hizo el a-quo al determinar practicarla directamente”.

En cambio, dentro del haz probatorio en que se fundó la sentencia acusada, figura la inspección ocular practicada en las oficinas de la empresa situadas en la ciudad de Cali, prueba ésta que en las instancias no fue objetada por el aspecto que es materia de la acusación en este recurso.

Para la Sala carecen de validez los reparos que formula el recurrente a esta última prueba ya que en lo tocante a la forma como se practicó, no hubo inobservancia alguna de los requisitos que señala la ley. Y en cuanto al modo como se ordenó practicarla, si bien es cierto que el auto respectivo, dictado dentro de la primera audiencia de trámite, no especificó el sitio en que habría de realizarse la inspección ocular, ello no constituye un vicio que la afecte en su aducción, puesto que al expresar como objeto de la diligencia el examen de los libros y planillas de la entidad demandada, y habiéndose indicado en el libelo inicial la dirección de las oficinas de ésta, no cabía duda alguna sobre el particular.

Por lo demás, el fallador dio por demostrado el despido intempestivo del actor, con base en otras pruebas que no han sido atacadas por el recurrente.

Por tanto, se desecha la acusación.

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 del recurrente.

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

Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiria C.—
Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García.
Vicente Mejía Osorio, Secretario.



EXISTENCIA DE CONTRATO DE TRABAJO ENTRE EL JEFE DE OFICINA, SU-CURSAL O AGENCIA Y LA EMPRESA

La calidad de Jefe de una Oficina no descarta la posibilidad de la existencia del contrato de trabajo. Se puede ser Jefe de una agencia o sucursal de una empresa, constituida como persona jurídica o empresa individual, y esta categoría no hace imposible que el cargo se desempeñe como servicio dependiente, es decir, regido por un contrato laboral.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., treinta de junio de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Roberto De Zubiría C.).

Ante el Juzgado Primero del Circuito Judicial del Trabajo de Manizales, la demandante señorita LIBIA TORO A. instauró juicio ordinario laboral en contra de la EMPRESA ARAUCA LIMITADA, con domicilio en dicha ciudad y representada por su Gerente señor GUSTAVO CUERVO, para que por medio del trámite respectivo se condenase a la mencionada sociedad comercial de transportes a pagar las cantidades que a continuación se enumeran por concepto de prestaciones sociales e indemnizaciones provenientes de una relación de trabajo:

- 1º \$ 835.00 equivalentes al auxilio de cesantía por el tiempo servido;
- 2º \$ 390.00 por vacaciones;
- 3º \$ 780.00 por prima de servicios de los años 1953 y 1954;
- 4º \$ 1.148.00 por remuneración dominical;
- 5º \$ 267.00 por días festivos religiosos;
- 6º \$ 180.00 por días festivos patrios;
- 7º \$ 1.456.00 como indemnización de perjuicios equivalentes al plazo presuntivo del contrato de trabajo;
- 8º La suma que se hubiera causado y que se cause a título de salarios indemnizatorios por el no pago oportuno de las prestaciones sociales e indemnizaciones; y,
- 9º Las costas de la litis.

Los hechos expuestos en la demanda fueron fundamentados así:

“Primero. La señorita Libia Toro A., principió a trabajar, al servicio de la EMPRESA ARAUCA LIMITADA, en su oficina de Santa Rosa de Cabal, el 14 de diciembre de 1952.

“Segundo. A ella se le encomendó, desde la fecha citada en el hecho anterior, la instalación, organización y administración de la oficina mencionada.

“Tercero. Al servicio de la sociedad citada, permaneció la señorita Toro prestando sus servicios como oficinista, hasta el 22 de febrero de 1955.

“Cuarto. Su salario fue en principio a porcentaje así: Todo bus en tránsito de la ruta Pereira-Manizales, tenía que dejar un peso en la oficina de Santa Rosa. Con el producido de la oficina, la señorita Toro debía de hacer los gastos de la misma, y la cantidad restante constituía su salario, que fluctuaba mensualmente entre un mínimo de \$ 300.00 y un máximo de \$ 400.00. Este sistema de salario estuvo vigente hasta el 3 de junio de 1954. De esta fecha en adelante, la empresa le asignó un sueldo mensual de \$ 390.00.

“Quinto. La relación de trabajo terminó por decisión de la señorita Toro. Pero dicha determinación se vio en la necesidad de tomarla, porque la empresa le rebajó el salario que venía devengando.

“Sexto. Durante el tiempo de duración de la relación de trabajo, la señorita Toro laboró todos los días de la semana, inclusive los dominicales, festivos, patrios y religiosos, pero la remuneración legal correspondiente a ellos no le fue pagada por la empresa. Los festivos transcurridos fueron 147 así: 112 dominicales, 20 festivos religiosos y 15 festivos patrios.

“Séptimo. La señorita Toro no tuvo vacaciones remuneradas en los términos de la ley. Ni sus primas de servicio le fueron pagadas en la proporción establecida por el régimen laboral vigente.

“Octavo. La terminación de la relación de trabajo por causas ajenas a la voluntad libre de la trabajadora, se traduce en un despido sin motivación justa, razón por la cual es procedente la indemnización de perjuicios a cargo del patrono por cuyo motivo la empleada se vio en la imperativa

obligación de retirarse del servicio. A la señora Toro, por no haberse celebrado a término fijo el contrato de trabajo, le faltaban 112 días para cumplir la cuarta prórroga del plazo presuntivo de seis meses que prevé la ley, a cuyo pago tiene derecho a título de indemnización.

"Noveno. Hasta la fecha, la empresa no ha pagado las prestaciones que confiesa deber, ni ha verificado consignación alguna de las sumas correspondientes".

En derecho fueron invocados los artículos 24, 47, 64, 65, 172 siguientes, 177 siguientes, 179 siguientes, 186 siguientes, 249 siguientes, 306 siguientes etc. del Código Sustantivo del Trabajo.

Aceptada la demanda y corrido el traslado de rigor, la empresa la contestó por intermedio de apoderado oponiéndose a la condena impetrada, y en cuanto a los hechos manifestó no ser ciertos los relataos en los numerales 1º y 2º. Respecto de los demás dio respuesta a ellos así:

"3º Es cierto en cuanto a la fecha en la cual dejó de prestar servicios. En esa fecha, febrero 22 de 1955, se retiró por su propia cuenta del servicio.

"4º No es cierto. Libia Toro ingresó al servicio de la Empresa Arauca, en la oficina de ésta en Santa Rosa de Cabal, en junio 3 de 1954, con un sueldo fijo mensual que se estipuló en la suma de \$ 210.00.

"5º Es cierto en cuanto al retiro. No es cierto en cuanto a la manera de interpretar la causal. En febrero 16 de 1955 se le puso de presente a Libia Toro la situación decreciente de ingresos de la Empresa, motivo por el cual ésta la continuaría teniendo a su servicio con un nuevo sueldo de \$ 200.00 al mes. Libia Toro aceptó y continuó trabajando.

"6º Durante el tiempo real de servicio Libia Toro recibió el pago de su trabajo en domingos. Por consiguiente se le está haciendo pago del trabajo en días festivos. No es pues, cierto, en la forma expresada.

"7º. No es propiamente un hecho. No obstante contesto: a) **Vacaciones:** no se dio el término legal para que se causaran, pues Libia Toro, trabajó al servicio de la Empresa Arauca, mucho menos de un año; **Prima de servicios:** la causada se le pagó, como se demostrará en juicio.

"8º. No es un hecho. Es cuestión de derecho, por cierto no evidente en la forma planteada. Respecto a **presuntivo** es a la actora a quien corresponde pagar tal indemnización por incumplimiento a contrato de trabajo, respecto a su término.

"9º No es cierto en la forma expresada. Algu-

nas de las prestaciones ya le fueron pagadas. Las restantes, debidas, se le están pagando por consignación, ya que Libia Toro se ausentó intempestivamente del oficio que desempeñaba y no hubo a quién pagarle tales prestaciones al momento de su liquidación".

Propuso además la excepción dilatoria de inepta demanda y las perentorias de inexistencia de la obligación, petición de modo indebido, pago, pago por consignación, extinción de las obligaciones, obligación restringida y la de compensación.

Tramitada legalmente la litis, el Juez de primer grado la desató a través de la sentencia de fecha agosto 3 de 1955, cuya parte resolutive textualmente dice:

"1º Se declaran parcialmente fundadas las excepciones propuestas por la parte opositora.

"2º Se condena a la EMPRESA ARAUCA LIMITADA, representada por su Gerente señor Gustavo Cuervo, a pagar dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, a la señorita Libia Toro A., la suma de MIL TRES PESOS CON TREINTA Y DOS CENTAVOS (\$ 1.003.32) por los siguientes conceptos:

"a) Por cesantía	\$ 151.66
"b) Por dominicales	20.66
"c) Por festivos patrios y religiosos...	77.00
"d) Por presuntivo	700.00
"e) Por salarios causados y no pagados	54.00

"3º Se absuelve a la misma Empresa Arauca Limitada, de los demás cargos formulados en la demanda.

"4º Sin costas en esta instancia".

Apelada la anterior providencia por los apoderados de AMBAS PARTES, el Tribunal Seccional del Trabajo de Manizales (extinguido, hoy Sala Laboral del Tribunal Superior), resolvió el recurso de alzada por medio del fallo de fecha 23 de noviembre de ese mismo año, el cual en su parte resolutive que se transcribe expresa:

"1º **CONDENASE** a la EMPRESA ARAUCA LIMITADA, representada por su Gerente señor Gustavo Cuervo C., mayor y vecino de Manizales, a pagar a la señorita LIBIA TORO A., mayor y vecina de Santa Rosa de Cabal, tres (3) días después de la ejecutoria de este fallo, la suma de TRES MIL DOSCIENTOS TREINTA Y UN PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS (\$ 3.231.50) moneda corriente, por concepto de auxilio de cesantía, vacaciones, prima de servicios, dominicales, festivos patrios y religiosos, salarios indemnizatorios por plazo presuntivo y por no pago oportuno de las prestaciones e indemnizaciones, y salario causado y no pagado. En esta suma se

incluye la cantidad de DOSCIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS (\$ 274.50) moneda corriente, que consignó el demandado, la que debe ser entregada a la señorita Libia Toro.

"2º Se CONFIRMAN los numerales 3º y 4º de la providencia recurrida.

"3º Se DECLARA PROBADA la excepción de obligación restringida. Y parcialmente PROBADAS la de pago, pago por consignación y la de extinción de obligaciones.

"4º Se DECLARAN NO PROBADAS las excepciones de inepta demanda sustantiva, inexistencia de obligación, petición de modo indebido y compensación.

"5º Sin costas.

Contra el anterior proveído el apoderado de la sociedad demandada interpuso el recurso extraordinario de casación, el que al ser concedido y admitido por esta Superioridad, se va a decidir previo el estudio de la respectiva demanda que presenta dos cargos. No hubo escrito de oposición.

* * *

ALCANCE DE LA IMPUGNACION:

Manifiesta el apoderado de la empresa recurrente que "el recurso va enderezado a obtener la casación parcial del fallo proferido por el H. Tribunal, para que, acogida la prosperidad del ataque se convierta el SUPREMO en Tribunal de instancia y decida sobre la cuantía y extensión de los derechos demandados, teniendo en cuenta el tiempo real de servicios y el sueldo devengado por la demandante".

PRIMER CARGO

Está propuesto por aplicación indebida de los artículos 22, 23, 24, 64, 65, 179, 186, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, por apreciación errónea de la prueba testimonial, documental y la confesión.

El recurrente sostiene que la conclusión deducida por el Tribunal de que entre las partes existió un contrato de trabajo, desde el 14 de diciembre de 1952 hasta el 22 de febrero de 1955, es equivocada y que este error ocurrió por defectuosa interpretación de ciertas pruebas y falta de apreciación de otras.

Se considera.

Pruebas mal apreciadas.

El libelista señala como tales las siguientes: los testimonios de Jorge Humberto Torres, César Botero Arango y Sofía Buitrago, y el Certificado del Director de Circulación y Tránsito.

Manifiesta el impugnador que la declaración de Torres le merece al Tribunal completo crédito pero que tal valoración constituye un "grave error" porque, en primer lugar, la afirmación que el testigo hace de que la señorita Libia Toro ejercía el 22 de diciembre de 1952 el cargo de Jefe de la Oficina, no sirve para dar por establecido la subordinación de ella en relación con la sociedad demandada y que el calificativo de "jefe" que le da el testigo a la empleada demandante "indica que no existía continuada dependencia frente a nadie y menos con relación a la Empresa Arauca". En cuanto a la otra afirmación del deponente, o sea, que la oficina funcionaba en determinado sitio del Parque de Bolívar y que luego fue trasladada a la Plaza del Mercado, la comenta al recurrente diciendo que el propio Torres la desvirtúa cuando al ratificarla, a la pregunta del cuestionario propuesto: "Si usted sabe y le consta que la oficina situada en la plaza de Bolívar de Santa Rosa fue luego trasladada a un local de las galerías en la misma ciudad y en qué fecha", responde: "No me encontraba trabajando en Santa Rosa cuando la trasladaron".

De conformidad con la deducción del Tribunal y según consta de autos, el problema esencial del sub-lite consiste en esclarecer qué clase de relación gobernó a las partes durante el lapso comprendido entre el 14 de diciembre de 1952 y el 2 de junio de 1954, ya que sobre el período que va del 3 de junio de 1954 al 22 de febrero de 1955, hay acuerdo sobre la existencia del vínculo jurídico-laboral. Con tal criterio obró el Tribunal al analizar el acervo probatorio del proceso y es el que seguirá la Sala en el estudio del cargo.

Según el testimonio de Torres, los hechos de que él da cuenta, le constan por la circunstancia de haber desempeñado el cargo de ayudante en la oficina de la demandada en Santa Rosa y en tal virtud declara que la señorita Libia Toro ejercía, en la fecha de la llegada de Torres a la empresa, diciembre 25 de 1952, el cargo de jefe de dicha oficina. Esta manifestación de Torres trata de descalificarla el recurrente mediante la crítica de que ella no sirve para demostrar el elemento subordinación esencial en el contrato de trabajo puesto que si era "jefe" este hecho indica que no podía ser dependiente de nadie. En verdad, la

conclusión del recurrente se extrema por razón de que la calidad de jefe de una oficina no descarta la posibilidad de la existencia del contrato de trabajo. Se puede ser jefe de una agencia o sucursal de una empresa, constituida como persona jurídica o empresa individual, y esta categoría no hace imposible que el cargo se desempeñe como servicio dependiente, es decir, regido por un contrato laboral.

La apreciación del Tribunal, pues, no es errada y de ella no resulta una indebida valoración probatoria, máxime cuando se sabe que la Oficina en la cual trabajaba la señorita Toro no era una empresa de ésta sino de la demandada. Lo que ocurre es que el Tribunal aceptó que ella prestó servicios personales, tal como lo declaran casi todos los testigos, y, por lo mismo, que estaba protegida por la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo. Luego, correspondía a la sociedad demandada destruir la presunción pero no con pruebas, como la de Torres, que precisamente la refuerzan.

En lo que respecta a los testimonios de César Botero Arango y Sofía Buitrago, el recurrente sostiene que en su recepción se violaron las prescripciones del artículo 52 del Código Procesal del Trabajo sobre prueba comisionada. En verdad, el Juzgado Primero Municipal de Santa Rosa de Cabal, comisionado para recibir la ratificación de las declaraciones extrajudiciales de los mencionados deponentes, no cumplió con lo dispuesto en el citado precepto, al no comunicar al comitente su concepto sobre la personalidad de los testigos y su apreciación acerca de los testimonios evacuados. Por consiguiente, tales pruebas presentan vicios formales que le restan eficacia.

En cuanto se refiere al Certificado del Director de Circulación, el recurrente plantea objeciones sobre la validez del documento y asevera que quien aparece suscribiéndolo (Darío Salazar Toro) no era el Director de tal dependencia oficial en diciembre 14 de 1952, sino que lo era Ernesto Toro.

La base del reparo del impugnador sobre la persona que realmente desempeñaba el cargo de Director de Circulación en Santa Rosa parece ser la manifestación hecha por Libia Toro, en posiciones, en el sentido de que para la época indicada antes su hermano Ernesto era el "Inspector de Circulación y Tránsito de esta ciudad". Más tal objeción no significa que Darío Salazar Toro no haya podido ser el Director de Circulación en la fecha que suscribe el Certificado, esto es, el 28 de febrero de 1955, ni que de acuerdo con los da-

tos que es de suponer reposaran en tal dependencia oficial, expidiera el Certificado que se comenta. Luego no es descaminada la aceptación del aludido documento por lo que se refiere a la persona que lo firma. Por lo mismo, no es equivocada la estimación dada por el Tribunal al referido Certificado ni de ella resulta un ostensible error de valoración probatoria.

* * *

Se ve, pues, que aunque se desestimen las declaraciones de los testigos Botero y Buitrago, quedan en firme las otras pruebas examinadas y, no sólo éstas, sino también otras que tuvo en cuenta el Tribunal y que no han sido objeto de ataque por el impugnador, según se aprecia en la motivación de su fallo. De todo lo anterior se colige que ha quedado intacta la presunción de contrato de trabajo que infirió el *ad-quem* y que la acusación no ha demostrado el manifiesto error de hecho que plantea. El cargo no prospera.

SEGUNDO CARGO

Lo presenta el recurrente por violación directa del artículo 1.495 del Código Civil y consecuentemente de las mismas disposiciones sustantivas señaladas en el primer cargo. Sostiene que en nuestro derecho positivo no existe la figura del autocontrato y que, por el contrario, el artículo antes citado exige la concurrencia de dos voluntades para que el contrato se realice; y que entre la sociedad Empresa Arauca Limitada y la Oficina de Santa Rosa existió un contrato bilateral, oneroso y conmutativo, que dio origen a obligaciones precisas para las dos partes. Que no obstante lo anterior, el Tribunal consideró que las dos personas contratantes eran una misma y que la señorita Libia Toro estuvo en calidad de empleada de la sociedad demandada.

Se considera.

Tal como se expresó en el estudio del primer cargo, acerca de la segunda etapa de servicios de la señorita Libia Toro para la Empresa Arauca hay concordancia de las partes en que estuvo regulada por contrato de trabajo. En lo atinente a la etapa inicial de sus servicios, el Tribunal manifiesta lo siguiente:

"Así, el debate principal sobre este caso, se circunscribe a saber si realmente tuvo vida tal relación de trabajo en el lapso negado por la empresa. Por lo mismo se procede a analizar las probanzas y en especial las que sirven de soporte a la acción de la demandante, bien sea la documental o testimonial, etc."

Y después de efectuar el análisis de las diferentes pruebas que reposan en el expediente, el **ad-gum** llega a esta conclusión: "Por lo demás la parte demandada, como se tiene visto, ha pretendido establecer que en diciembre de 1952, celebró un convenio con el señor Ernesto Toro, para que éste manejara la oficina de Santa Rosa y que, si la señorita Toro trabajó en dichas oficinas, lo hizo por medio de un vínculo contractual con el señor Ernesto Toro. Lo anterior se elige de las respuestas dadas por el señor gerente de la empresa al absolver las posiciones y el pliego formulado para la demandante, lo mismo que de algunos declarantes traídos por dicha parte".

"Aceptando en gracia de discusión, que tales aseveraciones son ciertas, debe concluirse que la empresa Arauca fue la propietaria y beneficiaria directa de la sucursal establecida en esa población, y que si el señor Ernesto Toro fue el encargado del manejo de tal oficina, la señorita Toro al prestar sus servicios no lo hacía en provecho de éste, sino de la citada empresa como propietaria". "Aún más, la parte demandada no probó que el señor Ernesto Toro, teniendo en cuenta la hipótesis propuesta, fuera un intermediario o contratista independiente que estuviera obligado al reconocimiento de parte de las prestaciones de la demandante señorita Toro. Siendo así, legalmente quien debe responder hoy, en su totalidad de las prestaciones a que tiene derecho, es la empresa que se benefició con su trabajo. Porque no puede en forma alguna dudarse de la prestación del servicio de parte de la señorita Libia Toro, ya que el mismo apoderado del demandado dice en el pliego de posiciones: "Diga como es cierto, sí o nó, que usted estuvo a órdenes de su hermano Ernesto a cargo de dicha oficina o agencia hasta el día 29 de mayo de 1953, y desde diciembre 14 de 1952".

De las anteriores consideraciones del Sentenciador, éste dedujo lo siguiente:

"Primero. Se tiene como cierto por el Tribunal, que la demandante señorita Libia Toro, prestó sus servicios con provecho de la empresa Arauca Limitada, no sólo dentro del término contenido del 3 de junio de 1954 al 22 de febrero pasado, sino durante el lapso comprendido del 14 de diciembre de 1952 al 2 de junio de 1954; Segundo.

Que la presunción deducida de dicha relación de trabajo, no fue destruida en forma alguna; y Tercero. Si como se estableció la relación de trabajo personal de la señorita Toro, en provecho de la empresa demandada, evidentemente se desprende que también existió un contrato de trabajo".

Teniendo en cuenta los puntos de vista en que el Tribunal fundamentó su proveído, necesariamente hay que concluir que esta acusación del recurrente está mal orientada, pues el cargo no ha debido plantearse por violación directa sino indirecta de la ley, ya que la sentencia se respaldó primordialmente en las pruebas allegadas al expediente. En el presente caso, el artículo 1.495 del Código Civil no juega ningún papel. En cambio, si desempeña una función principalísima la presunción consagrada en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo. Y ocurre que las diferentes pruebas del juicio acreditaron los servicios personales de la demandante configurándose así la presunción en referencia. Esta presunción no ha sido destruida por la sociedad demandada, luego está vigente, dando categoría de vínculo laboral a la relación que ligó a las partes. Por lo tanto, con ninguna prueba se ha demostrado que la señorita Toro estuviera relacionada con ese establecimiento con un nexo que no fuera el laboral. Por consiguiente, la violación alegada no se ha estructurado. El cargo no prospera.

* * *

En mérito de las consideraciones ya expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de segundo grado objeto del presente recurso.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiria C.—

Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LAS FUNCIONES DE RECOLECCION DE IMPUESTOS NO PUEDEN ATRIBUIRSE A LAS PERSONAS O EMPRESAS PRIVADAS, POR LO CUAL QUIEN LAS EJECUTA NO ESTA VINCULADO POR CONTRATO DE TRABAJO A LA ADMINISTRACION PUBLICA

Ni la dependencia oficial en que el demandante prestó sus servicios es de tal naturaleza que pueda considerarse entre los casos de excepción que contempla el artículo 4º del Decreto 2.127 de 1945, ni las funciones que le tocó desempeñar, fueron realizadas en una dependencia administrativa idéntica a una institución de particulares o susceptibles de ser fundada y manejada por estos en la misma forma, pues que la imposición y recaudo de tributos o impuestos, es función privativa del Estado y no de los particulares.

En efecto: Es apenas elemental que una empresa de transportes o un taller de reparaciones de vehículos, como ocurre en los casos que presenta el recurrente, pueden tener a su servicio trabajadores que atiendan lo referente "a las placas de los vehículos de su propiedad o confiados a la empresa o taller". Pero actividad bien diferente es la desempeñada por el actor cuando prestaba sus servicios al Municipio de Bogotá como "Oficial Ayudante de Placas del Departamento de Impuestos", pues esta función no puede atribuírle ninguna persona natural o jurídica de derecho privado a sus trabajadores.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., treinta de junio de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.)

Rafael Gómez Gómez, por medio de apoderado, demandó al Municipio de Bogotá representado por su Personero para que, previos los trámites de un juicio ordinario de trabajo, se condenase a dicha entidad de derecho público a pagarle diversas sumas de dinero por concepto de los llamados salarios caídos y por lucro cesante, según se expresa en el libelo de fecha 30 de abril de 1954 y

en el escrito de corrección de 8 de octubre del mismo año (folios 48 a 51).

Fundamentó su demanda en los siguientes hechos:

1º Que laboró al servicio del Municipio desde el 16 de julio de 1951 hasta el 7 de mayo de 1952.

2º Que durante el referido tiempo desempeñó las funciones de Oficial Ayudante de Placas de la Sección Octava del Departamento de Impuestos de la Circulación y Tránsito de Bogotá.

3º Que el sueldo devengado durante los tres últimos meses de servicios fue de \$ 210.00 mensuales.

4º Que fue despedido del servicio oficial del Municipio el 7 de mayo de 1952, sin justa causa.

5º Que ni el auxilio de retiro ni los salarios de preaviso le fueron pagados dentro de los 90 días subsiguientes a su despido.

6º Que al ser despedido el 7 de mayo de 1952, le faltaban 69 días para completar otro período semestral de trabajo.

Como fundamentos de derecho invocó el Decreto 797 de 1949, el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945, el Decreto 2.127 del mismo año y los artículos 47 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, el artículo 7º de la Ley 24 de 1947 y el Decreto 2.158 de 1948.

El Personero del Municipio, por medio de Delegado, se opuso a la demanda negando los hechos y el derecho invocados y pidió la absolución de la entidad demandada. Propuso varias excepciones, dilatorias unas y perentorias otras y objetó la cuantía de la demanda.

Cumplido el trámite legal, el Juez Tercero del Trabajo de Bogotá, que fue el del conocimiento, profirió sentencia con fecha 6 de septiembre de 1956, por medio de la cual declara que "no es el caso de decidir la presente controversia por falta de jurisdicción y competencia". Condenó en costas al demandante.

El apoderado del actor interpuso el recurso de apelación contra dicha sentencia, recurso que fue decidido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral; en fallo de fecha

19 de junio de 1957, en el que se dispuso, lo siguiente:

"1º REVOCAR el punto primero de la parte resolutive de la sentencia recurrida y, en su lugar, absolver al Municipio de Bogotá de los cargos que le fueron formulados por Rafael Gómez Gómez en el libelo de demanda.

"2º CONFIRMAR en lo demás el fallo apelado.

"3º Sin costas".

El apoderado del demandante interpuso recurso de casación, el que fue concedido por el Tribunal. Admitido y tramitado en legal forma, se procede a decidirlo teniendo en cuenta la demanda de casación. Hubo escrito de oposición, pero éste fue presentado extemporáneamente.

LA DEMANDA

Alcance de la impugnación.—Sobre este punto, expresa el recurrente: "Deseo que se infirme la sentencia. Es mi propósito que subroguéis el fallo que motiva el recurso dictando uno vuestro en que hagáis todas y cada una de las declaraciones de mi libelo".

En un aparte de su demanda distinguido con el número Quinto y que titula "Expresión de los motivos de Casación, manifiesta que el Tribunal Seccional violó los preceptos legales sustantivos a que se refieren los artículos 49 y 50 del Decreto Ejecutivo número 2.127 de 1945; el artículo 1º, párrafo 2º del Decreto Ejecutivo 797 de 1949 y el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945, lo mismo que el artículo 19 del C. S. del T.

Expresa más adelante que las referidas disposiciones, "fueron infringidas con violación directa, por aplicación indebida, por interpretación errónea y a consecuencia de error de hecho".

Formula tres cargos, que se estudiarán en su orden.

Primer cargo.—Lo titula "Reintegro.—Reanudación del Contrato—", y dice:

"Como la sentencia no condenó a la reanudación del contrato ni al reintegro de Rafael Gómez Gómez, hubo violación directa o aplicación indebida del Decreto 797 de 1949 y del artículo 11 de la Ley 6ª de 1945. Debían, por consiguiente, haberse hecho efectivos en favor de Rafael Gómez Gómez, los daños y perjuicios: el *id quod interest* de que trata el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945, también violado".

Sustenta este cargo, así:

"También las empresas privadas de transportes tienen a su servicio empleados especialmente destinados a vigilar el ramo de las placas de los ca-

rrros pertenecientes o afiliados a la empresa. Tales empleados se encargan exclusivamente del pago de los impuestos causados con motivo de las placas. Luego si el oficio que GOMEZ GOMEZ desempeñaba en el Distrito era susceptible de ser desempeñado por empleados de empresas privadas de transportes, no hay razón para no dar aplicación a la parte final del artículo 4º del Decreto 2.127 de 1945".

Se examina.

El Tribunal en su sentencia recurrida expresó lo siguiente:

"Conforme a lo sostenido por el aquo, el Tribunal considera que las funciones desempeñadas por el actor, en su condición de Oficial de Ayudante de Placas, en una sección adscrita al Departamento de Impuestos de la Circulación y Tránsito de Bogotá, son propias de un funcionario público. Además, como atinadamente lo sostiene el inferior, el Departamento de Circulación y Tránsito, en su aspecto de cobro de impuestos, al cual estuvo vinculado el demandante, no puede considerarse como empresa explotada con ánimo de lucro o como institución idéntica a las de los particulares, susceptible de ser fundada o manejada por éstos.

"Por consiguiente, el demandante no puede quedar amparado por el régimen exceptivo que consagra el artículo 4º del Decreto 2.127 de 1945, lo que implica que su vinculación con el Municipio demandado no pudo ser de carácter contractual-laboral.

"Lo anterior significa que, contrariamente a lo sostenido por el a-quo, el actor no logró demostrar la existencia del contrato de trabajo como condición necesaria para la prosperidad de su acción, sin que pueda concluirse, como lo hace el inferior, declarando la inexistencia de un presupuesto procesal".

Sabido es que, cuando se impugna una sentencia por alguno de los motivos que configuran la violación directa de la ley, solo corresponde a la Corte considerar una cuestión puramente legal, pues los hechos se tienen como admitidos tales como los encontró comprobados el Tribunal de instancia. En el caso *sub-judice* se impugna la sentencia por violación directa, por el motivo de aplicación indebida del Decreto 797 de 1949 y del artículo 11 de la Ley 6ª de 1945, al dejar de aplicar el sentenciador las referidas normas.

De acuerdo con la parte del fallo que se deja transcrita, el Tribunal consideró plenamente establecido que el vínculo jurídico que unía al

demandante Rafael Gómez Gómez con el Municipio de Bogotá por el desempeño de las funciones de Oficial Ayudante de Placas en una sección adscrita al Departamento de Impuestos de la Circulación y Tránsito, era una simple relación de servicio público y que, por lo tanto, no podía considerarse de carácter contractual-laboral, ni, consecuentemente, aplicarse a su caso las normas que regulan el contrato de trabajo con los trabajadores oficiales conforme al régimen de excepción que consagra el artículo 4º del Decreto 2.127 de 1945. Ahora bien, si estos supuestos de hecho establecidos por el Tribunal en la sentencia, no son, ni pueden ser materia de ataque a través de la violación directa de la ley que acusa el cargo y, si se tiene en cuenta que las normas invocadas se refieren a casos en que se parte de la existencia de un contrato de trabajo, es claro que no aparece el quebrantamiento de las disposiciones legales invocadas, por no haberse aplicado, como no podrían serlo a situaciones contrarias a las previstas por las mismas normas.

Por otra parte, se observa que el recurrente deduce la violación de las normas legales que invoca, porque la sentencia "no condenó a la reanudación del contrato ni al reintegro de Rafael Gómez Gómez". Sin embargo, ocurre que esta cuestión no fue planteada ni pedida en la demanda original (folios 5, a 8) ni en el escrito de corrección de la misma (folios 48 a 51). No prospera el cargo.

Segundo cargo.—Expresa el recurrente que, "como la sentencia del Tribunal no condenó a pagarle a Gómez Gómez los salarios corridos durante los sesenta y nueve (69) días que le faltaron a Gómez Gómez para cumplir el último período presuntivo de su contrato de trabajo, acuso la sentencia de haber infringido el Decreto 2.127 de 1945 en su artículo 51". Agrega: "Dicha infracción fue directa y consistió en no haberle dado aplicación a pesar de la claridad de su texto y de haberse probado los hechos que configuran su aplicación en el presente juicio".

Se considera.

La norma invocada establece el derecho a la indemnización de perjuicios en favor del trabajador por la terminación unilateral e ilegal del contrato de trabajo por parte del patrono, consistente en el pago del monto de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el último período presuntivo. Es decir,

la indemnización allí prevista parte del supuesto legal de la existencia de un contrato de trabajo, que se termina unilateralmente y en forma ilegal por parte del patrono. Al examinar el cargo anterior, con base en las transcripciones de la sentencia que allí se hicieron, se dejó consignado el motivo o fundamento del *ad-quem* para absolver a la entidad demandada, que fue el de no estar configurado un contrato de trabajo entre el demandante y el Municipio de Bogotá, por no serle aplicable a esa relación de trabajo el régimen previsto por el artículo 4º del Decreto 2.127 de 1945. Este hecho así consignado es todo lo contrario de lo que afirma el recurrente en el cargo que se estudia, cuando expresa que la infracción directa de la norma invocada se debió a no haberla aplicado a un hecho probado en el juicio. Aparece, por el contrario, que el sentenciador entendió rectamente, en sí misma, la norma que se considera violada y se abstuvo de aplicarla porque la situación debatida no se refería a un hecho regulado por ella. No prospera el cargo.

En este mismo capítulo el recurrente consignó, lo siguiente:

"Error de hecho.—Acuso también la sentencia del H. Tribunal de haber cometido error de hecho, al no condenar al Distrito de Bogotá a pagarle lucro cesante a GOMEZ GOMEZ. Porque con esta omisión la sentencia del H. Tribunal dejó de apreciar las pruebas que obran a los folios 69 y 79 del cuaderno principal".

Así presentado este cargo, el recurrente no lo sustenta, ni demuestra en qué consistió el error de hecho que alega, ni su incidencia en la parte resolutive del fallo. Tampoco señala la disposición legal sustantiva que considera violada, lo que es suficiente para hacerlo inestimable. Además, el documento que obra al folio 69, contiene la contestación que hace el Gerente de la Caja de Previsión Social Municipal al libelo de demanda, siendo el caso de advertir que dicho documento ninguna incidencia tuvo en el fallo recurrido, puesto que el demandante, al corregir su demanda inicial, prescindió de dirigirla también contra la Caja de Previsión Social Municipal. El documento que obra al folio 79 se refiere a la parte final del Acuerdo Municipal número 37 de 1949 expedido por el Concejo de Bogotá, y, en este punto, se refiere a adiciones en el presupuesto de rentas de la vigencia de dicho año, sin que pueda observarse relación alguna o incidencia en la parte resolutive del fallo impugnado. Por lo expuesto no prospera esta acusación.

Tercer cargo.—Lo titula “Contrato de Trabajo” y por él acusa la sentencia de quebrantar el artículo 4º del Decreto 2.127 de 1945, in-fine: a) Por aplicación indebida, y b) Subsidiariamente, por error de hecho.

Lo sustenta así: “Aplicación indebida.—Consistió la aplicación indebida en que pretendió el H. Tribunal Superior que el cargo de Ayudante de Placas no existe sino en trabajos oficiales; cuando es lo cierto que una empresa de transportes bien establecida, o un taller de reparaciones de vehículos, una de las cosas a que atiende con más diligencia es, precisamente, a las placas de los vehículos de su propiedad o confiados a la empresa o al taller”.

Se considera.

La sustentación de esta parte del cargo carece de consistencia lógica y contiene una tergiversación de lo expresado por el Tribunal en la sentencia. En efecto, el *ad-quem* en parte alguna expresó que “el cargo de Ayudante de Placas no existe sino en trabajos oficiales”. En el fallo se expresó: “El Tribunal considera que las funciones desempeñadas por el actor, en su condición de Oficial Ayudante de Placas, en una Sección adscrita al Departamento de Impuestos de la Circulación y Tránsito de Bogotá, son propias de un funcionario público”.

Estima la Sala que el *ad-quem* al proferir el fallo cumplió su función propia de precisar la circunstancia de hecho relievante para que la norma entre en juego y establecer la diferencia o semejanza que media entre la hipótesis legal y la tesis del caso concreto. Mediante ese proceso lógico jurídico, tendiente a fijar el ámbito en que opera la parte final del artículo 4º del Decreto 2.127 de 1945, verificó su calificación jurídica en relación con los hechos, para deducir que el demandante no estaba vinculado al Municipio de Bogotá por una relación contractual de trabajo; la norma en cuestión fue rectamente entendida y aplicada por el sentenciador, porque ni la dependencia oficial en que el demandante prestó sus servicios es de tal naturaleza que pueda considerarse entre los casos de excepción que contempla el artículo 4º del Decreto 2.127 de 1945, ni las funciones que le tocó desempeñar, fueron realizadas en una dependencia administrativa idéntica a una institución de particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma, pues que la imposición y recaudo de tributos o impuestos, es función privativa del Estado y no de los particulares. Por este primer aspecto, no prospera la impugnación.

Error de hecho.—Dice el recurrente: “Cometió el H. Tribunal Superior error de hecho, porque apreció mal la prueba del folio 75 del cuaderno principal. La mala apreciación estriba en definir que las funciones de ayudante de placas no pueden prestarse sino al servicio del Estado”.

Se considera.

Al estudiar este cargo, en su primer aspecto, se dejó claramente establecido cuál fue la expresión y contenido del juicio del *ad-quem*. Es apenas elemental que una empresa de transportes o un taller de reparaciones de vehículos, como ocurre en los casos que presenta el recurrente, pueden tener a su servicio trabajadores que atiendan lo referente a las placas de los vehículos de su propiedad o confiados a la empresa o taller”. Pero actividad bien diferente es la desempeñada por el actor cuando prestaba sus servicios al Municipio de Bogotá como Oficial Ayudante de Placas del Departamento de Impuestos”, pues esta función no puede atribuírle ninguna persona natural o jurídica de derecho privado a sus trabajadores.

El documento que obra al folio 75 del cuaderno principal y que el recurrente considera como mal apreciado, contiene una certificación de la Contraloría Municipal de Bogotá, en donde se expresa que el demandante prestó sus servicios al mismo Municipio como oficial Ayudante de Placas del Departamento de Impuestos desde el 16 de julio hasta el 11 de octubre y desde el 1º de noviembre hasta el 31 de diciembre, en el año de 1951; y, desde el 1º de enero hasta el 7 de mayo de 1952, con una asignación mensual de \$ 210.00. No encuentra la Corte que el citado documento haya sido erróneamente apreciado por el Tribunal, pues como se dejó expresado, de él resulta, con claridad meridiana, que las funciones que desempeñó el trabajador al servicio del Municipio, no podían asimilarse a las de un trabajador particular porque no encuadran dentro del régimen de excepción que establece el artículo 4º in-fine del Decreto 2.127 de 1945. No prospera el cargo.

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.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiría C.—
Luis Fernando Páredes—Jorge Vélez García—
Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

CAPACIDAD PARA SER PARTE. — LAS COMUNIDADES A TÍTULO UNIVERSAL O SINGULAR, POR NO SER PERSONAS JURÍDICAS, NI SIQUIERA PATRIMONIOS AUTÓNOMOS, NO PUEDEN SER PARTE EN UN JUICIO, PORQUE NO SON SUJETOS DEL DERECHO DE ACCIÓN O DE EXCEPCIÓN, EL CUAL RADICA EN LOS COMUNEROS O HEREDEROS QUE FORMAN LA COMUNIDAD SINGULAR O UNIVERSAL. CAPACIDAD PROCESAL DE LOS COMUNEROS EN LA LEY 95 DE 1890.—PADRÓN DE COMUNEROS—SU VALOR PROBATORIO Y OBLIGATORIO.—PRUEBA PARA DEMOSTRAR EL CONDOMINIO DE UN INMUEBLE FRENTE AL ESTADO. — ACCESIÓN DE LA SUPERFICIE. — NINGUNA DISPOSICIÓN DEL C. FISCAL ADMITE LA ACCESIÓN COMO UN MODO ADECUADO Y EFICAZ PARA ADQUIRIR LA PROPIEDAD DE LOS BALDÍOS, QUE DEBEN GOBERNARSE MEDIANTE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE DERECHO PÚBLICO CONTENIDAS EN LA LEY 110 DE 1912 Y EN LAS QUE POSTERIORMENTE SE HAN DICTADO SOBRE LA MATERIA. — REQUISITOS QUE DEBE LLENAR EL MODO DE LA ACCESIÓN, PARA QUE TENGA CUMPLIDO EFECTO, AUN DENTRO DE LAS NORMAS CIVILES. — LA RESERVA TERRITORIAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 107 DEL C. FISCAL, ESTA VIGENTE RESPECTO DE LAS ISLAS DE UNO Y OTRO MAR. — PROCEDIMIENTO PROVISIONAL PARA LA ADJUDICACIÓN DE TERRENOS BALDÍOS UBICADOS EN LAS ISLAS Y PLAYONES DE LOS RÍOS Y LAGOS NAVEGABLES.—NO HA SIDO DESVIRTUADA, POR LA LEY 200 DE 1936, LA DOCTRINA DE LA CORTE, SEGÚN LA CUAL, RESPECTO DE LAS MINAS, OPERA UNA PRESUNCIÓN DE DOMINIO EN FAVOR DEL ESTADO, Y, POR TANTO, QUIEN ALEGA PROPIEDAD PRIVADA SOBRE UNA MINA, DEBE ACREDITAR SU DERECHO CON EL RESPECTIVO TÍTULO

1.—Para ser parte en un proceso, quien se presenta como demandante o como demandado, debe ser sujeto capaz de derechos y obligaciones, vale decir, que sea persona natural o jurídica; de tal manera que cuando no tiene tal calidad, no puede comparecer en juicio. Así ocurre, por ejemplo, con las comunidades a título universal o singular que, por no ser personas jurídicas, ni siquiera patrimonios autónomos, no pueden comparecer como partes en un juicio, derecho que radica en los herederos o comuneros considerados como personas naturales.

2.—Si los comuneros pueden ser parte en el ejercicio de acciones que atañen a la comunidad, en su calidad de personas naturales, pueden comparecer en juicios, si son capaces, por sí mismos o representados por el respectivo apoderado, o sea, tienen capacidad procesal, que “es la aptitud para realizar actos procesales con eficacia jurídica en nombre propio o ajeno. Así como en derecho material existe diferencia entre capacidad jurídica y capacidad de obra (agere),

en derecho procesal existe diferencia entre capacidad para ser parte y capacidad para actuar en el proceso”, como lo dijo la Corte en sentencia de fecha 19 de agosto de 1954, G. J. Tomo LXXXVIII, pág. 350.

3.—En los artículos 16 a 27, la Ley 95 de 1890 no se privó a los comuneros de su capacidad procesal, para imponerles, necesariamente, la comparecencia a juicio representados por medio de un administrador, nombrado con los requisitos y en las condiciones previstas en los artículos 16 y siguientes; en otras palabras, la elección de un administrador hecha con todas las formalidades impuestas en los artículos citados, no transforma a la comunidad en persona jurídica, distinta de los comuneros individualmente considerados; por tanto, éstos conservan su primitiva facultad de comparecer en juicio en defensa de los intereses de la comunidad, en ejercicio de un derecho propio como así lo dispone el artículo 22 de la Ley 95 de 1890.

Sin embargo, un administrador de la comunidad, regularmente nombrado, si bien

no representa a una persona jurídica, si recibe el mandato de la mayoría de los comuneros, con la facultad de obligarlos a todos, aun a aquellos que no hubiesen concurrido a la respectiva junta de comuneros; en cambio, si un administrador ha sido designado por una minoría, o sea, sin obtener "la mayoría absoluta de votos", ordenada en el artículo 17 y computada en la forma señalada en el artículo 19, recibe también un mandato de la minoría de los comuneros que hubiesen concurrido a la junta; pero sus actuaciones judiciales o extrajudiciales no obligan o no producen efectos sino respecto de ellos, o sea, en estos casos la representación del administrador no produce efectos generales respecto de todos los comuneros sino solamente en relación con los comuneros que tienen la calidad de mandantes.

4.—Como en todo acto o contrato, para decidir sobre su mérito probatorio y valor obligatorio, es menester considerar el padrón en cuanto atañe a los comuneros, como también respecto de terceros, entre los cuales se halla el Estado.

Respecto de los comuneros, el padrón tendrá pleno valor probatorio y obligatorio mientras sea aceptado por todos, porque si surgen disputas sobre la calidad de comunero o respecto de las cuotas o acciones que le corresponden, el punto debe decidirse por el Juez, en juicio ordinario, como todo litigio que se refiere a la propiedad de un inmueble, en obediencia al último inciso del artículo 21 de la Ley 95 de 1890.

Como el Estado en la elaboración del padrón, no es parte, aun cuando se hayan exhibido los títulos necesarios por los comuneros, es un acto que ni le aprovecha ni le perjudica, porque se trata de res inter alios acta, o sea es tercero en cuanto a lo convenido en la junta general de comuneros, quienes, por lo demás, no pueden crearse un título a su favor con la mera aceptación de varias personas como condóminos de un inmueble determinado.

En otras palabras, el padrón elaborado en la junta general de comuneros aun cuando haya sido presidida por el Juez, tiene el valor probatorio señalado en el artículo 1.759 del Código Civil.

5. — Para demostrar el condominio de un inmueble, frente al Estado, no existe prueba distinta de los títulos que exhiban los

comuneros dentro del juicio, con el objeto de justificar su derecho sobre determinadas cuotas o acciones, los cuales, además, deben tener como antecedente necesario el expedido por el Estado antes del 28 de octubre de 1873, en cuanto a la propiedad del subsuelo.

En consecuencia, lo aceptado o convenido en las juntas de comuneros, integradas por la mayoría requerida, no tiene fuerza vinculante respecto del Estado, a quien no le será oponible nada de lo consignado en la respectiva acta, ni en cuanto atañe a la calidad real de condueños, ni respecto de la propiedad privada del inmueble.

6.—El artículo 673 del Código Civil consagra la accesión como un modo de adquirir el dominio, en cuanto tiene relación con predios de propiedad particular, o sea, presupone que hayan salido del dominio del Estado mediante el cumplimiento de las normas previstas en el C. F. y en las leyes reformativas, las cuales determinan las causas y los procedimientos necesarios para que los particulares adquieran la propiedad de los baldíos, mediante el cultivo, la ocupación con ganados o a cambio con bonos, etc.; sin embargo, ninguna disposición del Código citado admite la accesión como un modo adecuado y eficaz para adquirir la propiedad de los baldíos, que deben gobernarse mediante la aplicación de las normas de derecho público, contenidas en la Ley 110 de 1912 y en las que posteriormente se han dictado sobre la materia (artículo 46, 65 del C. F. Ley 97 de 1946).

Ahora, para que el modo de la accesión tenga cumplido efecto, aun dentro de las normas civiles, debe llenar determinados requisitos, indicados en el artículo 719 del Código Civil, que define el aluvión como "el aumento que recibe la ribera de un río o lago por el lento e imperceptible retiro de las aguas"; de donde resulta, pues, que la accesión debe ser obra de la naturaleza y en forma lenta e imperceptible, sin que intervenga la mano del hombre.

El artículo 719 del Código Civil al definir qué se entiende por aluvión, en la enumeración, excluyó el mar que halla cabal explicación en lo dispuesto en el artículo 720 del mismo Código, que dice:

"El terreno de aluvión accede a las heredades riberañas dentro de sus respectivas

líneas de demarcación, prolongadas directamente hasta el agua; pero en puertos habitados pertenecerá a la Unión".

El principio consagrado en la legislación nacional, sobre la reserva de esta clase de islas, está también admitido en numerosísimas legislaciones: así, por ejemplo, en el artículo 597 del Código Civil de Chile, se lee: "Las nuevas islas que se formen en el mar territorial o en ríos y lagos que puedan navegarse por buques de más de cien toneladas, pertenecerán al Estado".

El artículo 737 del Uruguay expresa: "Las islas que se formen en el mar territorial, o en río o arroyos navegables o flotables, pertenecerán al Estado".

Según el tratadista español Borell y Soler: "Entre los artículos 370 y 372 del Código Civil, que tratan del cambio de cauce de los ríos, se intercaló otro, el 371, que se refiere a las islas que se formen en los mares adyacentes a las costas de España y en los ríos navegables y flotables, disponiendo que unas y otras sean de propiedad del Estado; sigue el artículo 373, que se ocupa en las que se formen en los demás ríos".

"Tanto el Derecho Romano como las Partidas declaraban cosa nullius la isla que se forma en el mar; pero el Código determina que son propias del Estado, sin distinguir si entran en la categoría de bienes patrimoniales, como parece natural, ya que en principio, nada obliga a destinarlas a algún servicio público".

"También pertenecen al Estado, según el mismo artículo 371, las islas que se formen en los ríos navegables y flotables". (Derecho Civil Español. Tomo III, pág. 230).

En la legislación colombiana, en principio, las islas formaban parte de la reserva territorial del Estado, antes de la vigencia de la Ley 97 de 1946, según las siguientes normas del C. F.

Artículo 107.—"Constituyen la reserva territorial del Estado, y no son enajenables: a) Las islas nacionales, de uno y otro mar de la República, y de los ríos y lagos, de acuerdo con el aparte c) del artículo 45".

El artículo mencionado dice: "Se reputan baldíos y por consiguiente, de propiedad nacional... b) Las islas de uno y otro mar perteneciente al Estado, que no estén ocupadas por poblaciones organizadas, o apropiadas por particulares, en virtud de título

traslativo de dominio. c) Las islas de los ríos o lagos navegables por buques de más de cincuenta toneladas". (V. Ley 13 de 1937).

Los artículos transcritos del C. F. han sido parcialmente modificados por el artículo 13 de la Ley 97 de 1946, que dice: "Exclúyese de la reserva de que hablan los artículos 107 y numeral d) del artículo 45 del Código Fiscal las islas y playones de los ríos y lagos navegables, sin perjuicio de que para una destinación concreta puedan hacerse las reservas que se consideren necesarias por medio de la ley o decreto especial.

"En consecuencia, pueden ser adjudicables en la forma y condiciones que el Gobierno determinare en la respectiva reglamentación, dándose preferencia, en todo caso, a los colonos pobres que no tengan otros medios de subsistencia".

De consiguiente, la reforma atañe a "las islas y playones de los ríos y lagos navegables"; pero la reserva prevista en el artículo 107 del C. F. está vigente respecto de las islas marinas, mencionadas en el aparte b) del artículo 45 del mismo Código.

En cuanto al procedimiento para la adjudicación de esta clase de islas, con carácter de provisional, lo estableció el artículo 14 del Decreto número 547 de 17 de febrero de 1947 (D. O. número 26364 pág. 681 y 682).

7.—Respecto a la propiedad de las minas la doctrina de la Corte ha reconocido que opera una presunción en favor del Estado, según el siguiente aparte:

"El dominio de la Nación sobre las minas es la situación inicial y natural que, por ende, debe presumirse. Esto significa, entre otras cosas, que debe acreditarse con los precisos elementos probatorios correspondientes (subraya la Sala) que una mina dada ha salido de ese dominio e ingresado en el privado y que en éste se conserva, cuando quiera que se formula oposición a la posesión pretendida por alguien como denunciante de ella"; o bien, agrega ahora la Sala, como presunto contratante (Casación de 1º de octubre de 1940, G. J. número 1961, página 121).

Como el subsuelo no accede, en la legislación colombiana a la propiedad del suelo (artículo 202 de la Constitución Nacional; artículo 4º del C. F. vigente), quien alega la propiedad privada de una mina, es natural

que debe acreditar su derecho "con los precisos elementos probatorios correspondientes", los cuales, en tratándose de los hidrocarburos, están determinados en el antes citado artículo 7º de la Ley 160 de 1936.

La presunción a que se refiere la doctrina de la Corte no ha sido desvirtuada ni modificada, en lo concerniente a las minas, incluyendo entre ellas los yacimientos de petróleo, por la Ley 200 de 1936, pues en el artículo 5º se dijo expresamente: "Las disposiciones de la presente ley se refieren exclusivamente a la propiedad territorial superficial, y no tienen aplicación ninguna respecto del subsuelo".

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, dieciocho de junio de mil novecientos cincuenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Efrén Osejo Peña).

En grado de consulta, debe revisarse la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta, con fecha 2 de abril de 1954, en el juicio ordinario promovido por la Comunidad de Propietarios de las Islas de los Gómez o Camargo contra la Nación, para que se hicieran las siguientes declaraciones, tal como se explicaron en la corrección de la demanda de fecha 5 de agosto de 1944 (folios 152 C. Nº 1):

"PRIMERA. Que el globo de terrenos conocido con el nombre de Islas de los Gómez o Camargo, compuesto de cuatro islas hoy unidas entre sí, llamadas "Del Medio", "La Ceiba", "Ceniza" y "Los Novillos", con sus cabidas originarias antiguas y además, con todas las tierras que a éstas se han juntado en el curso de los años por accesión, ubicadas en jurisdicción del Municipio de Sitio Nuevo, Departamento del Magdalena, comprendido por los linderos señalados en el hecho a) de este libelo, salió del patrimonio del Estado, perdió su calidad originaria de baldíos tanto en su parte superficial como en el subsuelo y los petróleos y derivados que en éste se encuentren, en virtud de actos dispositivos realizados por la Corona de España durante el régimen colonial del país, o lo que es igual en razón de títulos de dominio conferidos por aquélla a varias personas naturales citadas en esta demanda, sobre el expresado globo de tierras.

"SEGUNDA. Que actualmente y en forma exclusiva pertenece a la Comunidad antigua denominada de "Propietarios de las Islas de los Gó-

mez o Camargo", y por tanto a cada uno de los condueños integrantes de aquella en común, el dominio pleno y superficiario del inmueble conocido con el nombre de "Islas de los Gómez o Camargo" compuesto de cuatro islas hoy unidas entre sí, llamadas "Del Medio", "La Ceiba", "La Ceniza" y "Los Novillos", con sus cabidas o medidas originarias fijadas en los títulos de propiedad particular y, además, con las tierras que se han juntado a ellas en el curso de los años —por accesión— ubicado en jurisdicción del Municipio de Sitionuevo, Departamento del Magdalena, comprendido por los linderos indicados en el hecho a) de esta demanda, del cual está en posesión material e inscrita, tranquila, pacífica y sin interrupción dicha Comunidad, hallándose poseído el expresado inmueble tanto por la mencionada Comunidad que obra por medio de su Administrador, como por cada uno de sus conueños o condueños, muchos de los cuales han realizado la explotación económica del suelo en diversas porciones territoriales del precitado inmueble".

"TERCERA. Que actualmente y de manera exclusiva pertenece a la Comunidad antigua denominada de "Propietarios de las Islas de los Gómez o Camargo" y por tanto, a cada uno de los dueños integrantes de ésta y en común, el dominio pleno del subsuelo y la propiedad de los petróleos y derivados que en éste se encuentren, del inmueble conocido con el nombre de "Islas de los Gómez o Camargo", compuesta de cuatro islas llamadas 'Del Medio', 'La Ceiba', 'Ceniza' y 'Los Novillos', con sus cabidas originarias fijadas en los títulos de propiedad particular y, además con las tierras que a éstas se han juntado en el curso de los años, —por accesión— ubicado en jurisdicción del Municipio de Sitionuevo, Departamento del Magdalena, comprendido por los linderos señalados en el hecho a) de esta demanda del cual está en posesión tranquila, pacífica e ininterrumpida la expresada Comunidad antigua".

Los hechos en que se apoyan las anteriores peticiones, pueden sintetizarse así:

a) Los terrenos materia de la demanda fueron adjudicados originariamente en la forma siguiente: La isla de "El Medio", al señor Luis Suárez, por el Capitán y Gobernador de la Provincia de Santa Marta; la Isla de "La Ceiba", a Juan Bruno Peñate por el Gobernador y Capitán de la misma Provincia, don José de Vera; la Isla de "Ceniza", fue titulada por el Gobernador de la misma Provincia a Tomás de Aquino Camargo; y la de "Los Novillos" a don Clemente Josef de

Mendoza por las mismas autoridades de la Colonia, por las cabidas en cada caso señaladas. Que posteriormente todas las mencionadas islas pasaron a ser, de propiedad de Juan Venancio Gómez, quien las adquirió por diferentes transmisiones; de dicho señor Gómez la propiedad pasó a otras personas hasta quedar constituida una comunidad. Las cuatro islas, por la acción del tiempo, vinieron a formar un solo inmueble, que tiene los siguientes linderos "Por el Norte, con el Mar de las Antillas o Caribe, desde las "Bocas de Ceniza" hasta las bocas del "Río Viejo"; por el Este, con los caños del "Río Viejo" y el caño "Del Toribio"; por el Sur, con el río Magdalena; y por el Oeste, en toda su extensión con el río Magdalena hasta las "Bocas de Ceniza", primer lindero".

b) En este hecho se expresa que en virtud de sucesivos contratos de compraventa entre particulares, a partir del año de 1825, se formó en las islas de los Gómez o Camargo un estado de condominio que originó la constitución de una Comunidad antigua denominada "Propietarios de las Islas de los Gómez o Camargo", según consta de la escritura de la 15 de abril de 1890, otorgada de conformidad con las disposiciones de la Ley 95 de aquel año.

c) Se mencionan aquí los nombres de los actuales comuneros de las referidas islas y se indican las tradiciones de donde tales copropietarios derivan sus derecho en la Comunidad.

d) Este hecho expresa: "Que la Comunidad antigua referida desde hace mucho tiempo, viene en posesión tranquila, pacífica, e ininterrumpida del inmueble atrás relacionado, ejercitando en éste actos de pleno dominio por medio de los órganos administrativos y de gobierno de ella—el Administrador y la Junta Directiva— celebrando contratos de arrendamiento sobre exploraciones en husca de petróleo, contratos de explotaciones de hidrocarburos y derivados en dichas islas, constituyendo mandatarios que obran en defensa de sus legítimos derechos y de acuerdo con las leyes del petróleo; realizando la explotación económica del suelo y sobre pequeños sectores territoriales del expresado inmueble, por conducto de sus comuneros o condueños que ocupan y poseen tales porciones en nombre de la Comunidad por prescripción legal; constituyendo mandatarios para defender sus tierras incultas en las precitadas islas contra ocupantes de hecho o sin causa legal; renovando periódicamente su personal directivo, etc.; realizándose por los comuneros ventas y transferencias de sus respectivos derechos en el

curso de un siglo, tal como se acredita en diversos actos conformados con las normas civiles".

e) Se afirma aquí que la Comunidad demandante no ha enajenado el derecho de propiedad sobre los terrenos materia del litigio.

En el hecho f) se expresa que el Gobierno Nacional —Ministerio de Minas y Petróleos— aceptó una propuesta de exploración y explotación de Petróleos, formulada por la Sociedad Tolima Lard Company sobre una zona territorial de 49.999 hectáreas 992 metros cuadrados, ubicada en jurisdicción del Municipio de Sitionuevo, Departamento del Magdalena, la cual de acuerdo con el alindamiento, comprende el terreno de las islas de los Gómez o Camargo; que en el mismo sentido fue presentada y aceptada otra propuesta de la sociedad "Contratistas de Petróleos S. A.", sobre una zona de 49.812 hectáreas, que, como la anterior, se superpone sobre las mencionadas Islas, consideradas por el Gobierno como integradas por terrenos baldíos.

En cuanto a las disposiciones que amparan la acción promovida, se citan en el libelo: los artículos 669, 762, 2.322 y sus concordantes del Código Civil; artículos 16 y siguientes de la Ley 95 de 1890 y sus concordantes del Código Civil; los artículos 4º, 15 y sus concordantes de la Ley 37 de 1931 y la Ley 160 de 1936; el artículo 5º de esta última ley; el artículo 734 y siguientes del Libro II, Título XVIII, Cap. 11 del C. J.

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, el Fiscal del Tribunal como representante de la Nación demandada, le dio respuesta manifestando no constarle de los hechos a), b), c), d), e) y h); aceptando los señalados con las letras f) y g) relacionados con las propuestas de exploración y explotación de petróleo, y negando los fundamentos de derecho invocados en el libelo. Y en cuanto a las súplicas, solicita que sean negadas, con la afirmación de que los terrenos materia de la acción "son baldíos de propiedad Nacional". (Folio 156, C. Nº 1).

EL FALLO CONSULTADO. — En sentencia materia de la presente consulta, el Tribunal Superior de Santa Marta despachó favorablemente las peticiones principales de la demanda, oído el concepto que en el mismo sentido emitió el Fiscal de la Corporación.

El Tribunal, en efecto, halló debidamente acreditada la propiedad privada del subsuelo petrolífero y de la superficie de las islas de los Gómez o Camargo en cabeza de la Comunidad actora, con base en los títulos de adjudicación primitiva de aquellos terrenos y en los instrumentos públi-

cos que acreditan la organización legal de la Comunidad y que respaldan el padrón de la misma y, además, por considerar demostrada la identidad del inmueble materia de la demanda.

La parte resolutive del fallo en referencia dice así:

“1º Reconoce que el globo de terreno conocido con el nombre de Islas de los Gómez o Camargo, compuesto de cuatro islas, hoy unidas entre sí, llamadas “Del Medio”, “La Ceiba”, “Ceniza”, y “Los Novillos”, con sus cabidas originales antiguas y, además, con todas las tierras que a éstas se han juntado en el curso de los años, por accesión, ubicadas en jurisdicción del Municipio de Sitionuevo, Departamento del Magdalena, comprendido por los linderos señalados en el hecho a) de la demanda presentada por el doctor Antonio José Pantoja como representante de la Comunidad “Propietarios de las Islas de los Gómez o Camargo”, cuyos linderos son: ‘Por el Norte con el Mar de las Antillas o Caribe, desde las ‘Bocas de Ceniza’ hasta las bocas del ‘Río Viejo’; por el Este, con los caños de ‘Río Viejo’ y el ‘Caño del Toribio’; por el Sur, con el río Magdalena, y por el Oeste, en toda su extensión con el río Magdalena hasta las ‘Bocas de Ceniza’, primer lindero’; y que dicho inmueble salió del patrimonio del Estado, perdió su calidad originaria de baldíos tanto en su parte superficiaria como en el subsuelo y los petróleos y derivados que en éste se encuentren; en virtud de títulos de dominio conferidos por la Corona de España a las personas naturales en el expresado libelo.

2º Igualmente pertenece actualmente y en forma exclusiva a la Comunidad denominada “Propietarios de las Islas de los Gómez o Camargo” y por tanto a cada uno de los condueños integrantes de aquélla y en común, el dominio pleno y superficiario del inmueble mencionado ‘Isla de los Gómez o Camargo’ compuesto de las islas hoy unidas llamadas ‘Del Medio’, ‘La Ceiba’, ‘Ceniza’ y ‘Los Novillos’, con sus cabidas o medidas originarias fijadas en los títulos de propiedad particular y, además, con las tierras que se han juntado a ellas en el curso de los años, por accesión, ubicado en el Municipio de Sitionuevo, Departamento del Magdalena, dentro de los linderos indicados en el punto anterior, y que se encuentra en posesión material e inscrita tanto por su Administrador como por cada uno de sus comuneros o condueños.

“3º Asimismo pertenece a la susodicha Comunidad ‘Propietarios de las Islas de los Gómez o

Camargo’ y por tanto a cada uno de los dueños integrantes de ésta, el dominio pleno del subsuelo y de la propiedad de los petróleos y derivados de éste que se encuentren en el inmueble conocido con el nombre de ‘Islas de los Gómez o Camargo’ compuesta de las cuatro islas tantas veces mencionadas”. (Folios 211 a 212, C. Nº 1).

COADYUVANCIAS.—Dentro de la tramitación de la presente consulta, fueron introducidas y admitidas por la Sala las coadyuvancias que pasan a mencionarse.

La de la sociedad “Ujeta y Compañía” domiciliada en Barranquilla, admitida por auto de fecha 30 de junio de 1955 (folio 120, cuaderno número 6) con la limitación o aclaración allí expresada sobre la exclusión de algunos copartícipes.

La de la señora Georgette Op den Bosch de Vieira, admitida por auto de fecha 30 de junio del mismo año (Folio 25 a 27 del C. Nº 7).

Y, por último, la introducción por la Compañía Urbana Mercantil Agrícola e Industrial (Cumai) de Barranquilla, que fue admitida por medio de la providencia de fecha 30 de los mismos mes y año citados anteriormente. (Fl. C. Nº 3).

ALEGACIONES DEL PROCURADOR DELEGADO. Son tres los puntos de ataque propuestos por la Procuraduría Delegada en lo Civil al fallo consultado, según se observa en el alegato de conclusión presentado por dicho funcionario, que es menester considerarlos previamente por referirse, en püridad de verdad, a los presupuestos procesales del juicio.

Para el señor Procurador Delegado no aparece en el proceso acreditada en debida forma la representación adjetiva de la Comunidad demandante, puesto que la elección del Administrador, señor Alberto Alvarez C., quien con tal carácter confirió poder al doctor Antonio J. Pantoja para iniciar el presente juicio contra la Nación, no se llevó a efecto de acuerdo con las normas establecidas en la Ley 95 de 1890. Sostiene que las personas que intervinieron en el nombramiento del Administrador de la Comunidad, no alcanzaron a integrar la mayoría absoluta de votos que requiere para la validez, el artículo 17 de la ley citada, toda vez que según el acta correspondiente, protocolizada por medio de la Escritura pública de 22 de julio de 1944, de la Notaría Tercera de Barranquilla, fueron 73 las personas que diciéndose comuneros hicieron el nombramiento en referencia, las cuales sólo llegaron a representar un total de 16 acciones, en tanto que la Comunidad, aproximadamente, se divide en

60 acciones, y que ni aún computando los votos emitidos con posterioridad a la elección del Administrador, se consigue reunir el número suficiente para considerar que en ese acto estuvo representada la mayoría de que trata el artículo 17 de la Ley 95 de 1890.

Observa también el señor Procurador que, teniendo en cuenta lo expresado, la elección del señor Alvarez C. como Administrador de la "Comunidad de Propietarios de las Islas de los Gómez o Camargo" que aquí demanda, no anula la que hizo otro grupo de comuneros de las mismas Islas que actúan dentro de la organización llamada "Comunidad de las Islas de los Gómez o Camargo", para el mismo cargo de Administrador, en la persona del señor Luis Alberto Revolledo, con cuya representación fue iniciado otro juicio ordinario contra la Nación para pedir el reconocimiento de la propiedad privada de los petróleos de las mismas Islas de los Gómez o Camargo, en el Tribunal de Santa Marta, según se comprueba del certificado expedido por esta entidad y visible en los folios 16 y 17 del C. N° 5.

"De lo anterior se desprende —dice el alegato— que el demandante señor Alvarez no tenía ni tiene aún la personería de la Comunidad, (artículo 22 de la ley mencionada) porque la reunión en que se hizo el nombramiento no llenaba los requisitos exigidos para constituir una junta general de comuneros y porque en la votación se contaron los votos de los electores, muchos de los cuales no eran comuneros, a razón de un voto por cada persona, siendo así que los votos se computan según el número de derechos o acciones que cada votante posea en el momento".

"Así, pues, considero que este juicio está afectado de nulidad por no tener la persona que lo promovió la personería de la comunidad demandante". (Folios 24 C. N° 4).

Y en las conclusiones finales del escrito en referencia reitera el señor Procurador:

"De acuerdo con las consideraciones que preceden debo concluir:

a) Que existe ilegitimidad sustantiva en la personería de la parte demandante;

b) Que así mismo existe ilegitimidad adjetiva en la personería de la misma parte;

De consiguiente, debe revocarse la sentencia de primera instancia y absolver a la Nación, con costas a cargo de la demandante, lo que con todo respeto solicito de la H. Sala". (Folio 40 C. N° 4).

REPLICA DE LA PARTE ACTORA. A esto replica el apoderado de la Comunidad demandante:

"Pero resulta que los comuneros de las Islas de los Gómez o Camargo designaron sucesivamente Administrador en los años de 1890, 1909, 1920 y 1944. Es necesario advertir que en marzo de este último año un íntimo grupo de condueños nombró Administrador al doctor Luis Alberto Revolledo; nombramiento que fue declarado sin valor en junta de comuneros de que dá cuenta la escritura número 2.929 de 26 de noviembre de 1944 de la Notaría Tercera de Barranquilla (folios 128 a 154 del cuaderno número 3), por haberse hecho la elección del doctor Revolledo "por una resalante minoría de la totalidad de los derechos en común sobre el inmueble" y por no haber concurrido a la junta algunas de las personas que aparecían como asistentes a ella.

"En otros términos, como la elección del doctor Revolledo fue declarada 'sin valor ni efecto', la que se hizo en el señor Alberto Alvarez el 2 de julio de 1944, lo fue cuando había transcurrido mucho más de un año después de la realizada en 1920, y por lo tanto la validez de este último nombramiento debe apreciarse a la luz del artículo 20 de la Ley 95 de 1890, que dice:

"El nombramiento de Administrador subsiste mientras no se haga otro con arreglo a los artículos anteriores; y podrá hacerse cuando después de un año se acuerde por una quinta parte de los votos de los comuneros".

"Y este fue precisamente el caso de la elección recaída en el señor Alvarez, como de manera clara aparece explicado en el alegato presentado ante la Corte por mi antecesor doctor Antonio José Pantoja, con cita de las escrituras que en el proceso acreditan los derechos de los comuneros que votaron o adhirieron posteriormente a la designación del señor Alvarez como Administrador de la Comunidad. Esos comuneros representaban 28, 79 acciones de las 85 en que se halla dividida la Comunidad, o sea mucho más de la quinta parte de la totalidad de las acciones. De modo que la elección del señor Alvarez se ajustó a lo previsto en el citado artículo de la Ley 95 de 1890, y por lo mismo su validez es inobjetable".

"De otro lado —continúa el apoderado de la demandante— ya esta discusión sobre la personería del señor Alvarez para representar a la Comunidad de las Islas de los Gómez o Camargo, por razones que en seguida paso a exponer, carece totalmente de importancia.

"En efecto, la actuación en el juicio del apoderado de la Comunidad ha sido ratificada recientemente por el actual Administrador don Enrique

Ujueta, quien fue elegido con tal carácter el 26 de diciembre de 1955 en junta de comuneros convocada con ese objeto por el señor Juez Primero del Circuito de Barranquilla, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 18 de la Ley 95 de 1890, que a la letra dice:

“Cuando la Comunidad no haga el nombramiento conforme al artículo anterior, cualquiera de los comuneros podrá ocurrir al Juez para que los convoque al lugar y en día y hora determinados, a fin de que bajo la presencia del mismo Juez hagan el nombramiento, que podrá hacerse en este caso por cualquier número de comuneros que concurra, y en su defecto por el mismo Juez’.

“El señor Ujueta acompañó a su memorial de ratificación la escritura pública por la cual se protocolizó el acta de nombramiento, en donde se lee: ‘... a cuyo efecto el Juez, teniendo en cuenta lo dispuesto por la Ley 95 de 1890, dispuso antes de proceder a la elección señalar la cuota parte que a cada uno de los presentes corresponde en el bien común, con expresión del título respectivo... Todos los concurrentes presentaron los títulos que los acreditan como comuneros, junto con los certificados de registro y vigencia de los mismos, a excepción del señor Pedro Pablo Guerrero, quien verbalmente dijo representar a los herederos del señor Roque de Mendoza, representación que fue rechazada por el señor Juez por cuanto el señor Guerrero no presentó títulos suficientes para acreditar el dominio de sus representados en la Isla de los Gómez o Camargo. Reconocidas por el Juez las distintas representaciones y los derechos particulares de los asistentes, se puso en conocimiento de los asistentes que se abría la votación y que designaran candidato a la administración de la Comunidad. Solicitada previa deliberación, llegaron al acuerdo de designar como administrador al señor Enrique Ujueta, designación que fue acogida sin impugnación de especie alguna. Ante la unanimidad demostrada por los concurrentes, el señor Juez aceptó la designación de Administrador de la Comunidad de la Isla de los Gómez o Camargo en la persona del señor Enrique Ujueta...’”

Agrega aquí el señor apoderado que para la reunión predicha, se hizo con citación de los comuneros por la prensa de Barranquilla, en los periódicos El Heraldo, La Prensa y El Nacional, y termina:

“Por consiguiente, la ratificación que de lo actuado en el juicio ha hecho el señor Enrique Ujueta como Administrador de la Comunidad, cargo

para el cual fue nombrado en forma absolutamente regular, y de acuerdo con el artículo 18 de la Ley 95 de 1890, cubre o sana cualquier vicio procesal en que se hubiera incurrido inicialmente, que por lo demás no ha existido en mi concepto”. (Folios 98 a 99 fte. y vto. C. N° 4).

CUESTIONES PREVIAS. Vistas las alegaciones del señor Procurador Delegado en lo Civil, en las cuales se conjuga algún presupuesto procesal con la nulidad de lo actuado, por ilegitimidad de la personería adjetiva, es menester proceder al estudio de estas cuestiones:

Capacidad para ser parte.—Para ser parte en un proceso, quien se presenta como demandante o como demandado, mediante el ejercicio del derecho de acción y de la contradicción o excepción, se requiere que sea un sujeto capaz de derechos y obligaciones, vale decir, que sea persona o natural o jurídica; de tal manera que cuando no tiene tal calidad, no puede comparecer en juicio. Así ocurre, por ejemplo con las comunidades a título universal o singular que, por no ser personas jurídicas, ni siquiera patrimonios autónomos, no pueden ser parte en un juicio, porque no son sujetos del derecho de acción o de excepción, el cual radica en los comuneros o herederos que forman la comunidad singular o universal.

El artículo 230 del Código Judicial consagra este principio, en estos términos:

“Artículo 230. Las personas naturales y las jurídicas pueden ser demandantes o demandadas y comparecer en juicio en los términos y con las condiciones que la ley establece”.

La Corte, en sentencia de fecha 19 de agosto de 1954, ratificando la doctrina expuesta en otro fallo, se expresa así:

“La Comunidad de una cosa universal o singular, que nuestro Código Civil llama impropia-mente cuasi-contrato, no es una persona jurídica. De tal manera que en estricto rigor, la comunidad como tal carece de capacidad procesal para ser parte, pues no es una entidad distinta de los comuneros individualmente considerados.

“La comunidad puede tener un administrador nombrado de acuerdo con los artículos 16 a 27 de la Ley 95 de 1890. Existiendo tal administrador, éste tiene la personería de ella, dice el artículo 22 de dicha ley. En consecuencia, el administrador tiene capacidad para comparecer en juicio en nombre de la comunidad, sea como demandante o como demandado. En realidad es más preciso decir

que el administrador de la comunidad tiene la representación judicial de los comuneros, por lo que se expuso anteriormente. Y su actuación dentro del juicio los perjudica o aprovecha a todos, vinculándolos en todos los efectos de la relación jurídico-procesal, de tal manera que el fallo que se pronuncia dentro del proceso produce cosa juzgada en favor o en contra de la comunidad.

“Pero si la comunidad carece de administrador, cualquier comunero puede comparecer procesalmente en defensa de los derechos de todos. Cuando el comunero litiga en favor de la comunidad no es propiamente que asuma la representación de la supuesta entidad, que no existe como persona jurídica, sino que acciona con un interés propio que se confunde con el de aquélla. La gestión procesal de cualquier comunero en beneficio de la comunidad, aprovecha a todos; pero aquella que no la favorece, sólo perjudica al gestor”. (G. J. Tomo LXXVIII, Nº 2.145, pág. 350).

En resumen, según los principios expuestos, se concluye: la comunidad, singular o universal, no puede ser parte, porque no es persona jurídica, primero; y segundo, solamente pueden ser partes, en ejercicio de un derecho propio, no delegado, los comuneros o herederos.

Capacidad procesal. Si los comuneros pueden ser parte en el ejercicio de acciones que atañen a la comunidad, en su calidad de personas naturales, pueden comparecer en juicio, si son capaces, por sí mismos o representados por el respectivo apoderado, o sea, tienen capacidad procesal, que es la aptitud para realizar actos procesales con eficacia jurídica en nombre propio o ajeno. Así como en derecho material existe diferencia entre capacidad jurídica y capacidad de obrar (*agere*), en derecho procesal existe diferencia entre capacidad para ser parte y capacidad para actuar en el proceso”, como lo dice la Corte en la sentencia antes citada. (Página 350 *ibidem*).

Capacidad procesal de los comuneros en la Ley 95 de 1890.—En los artículos 16 a 27, la Ley 95 de 1890 no privó a los comuneros de su capacidad procesal, para imponerles, necesariamente, la comparecencia a juicio representados por medio de un administrador, nombrado con los requisitos y en las condiciones previstas en los artículos 16 y siguientes; en otras palabras, la elección de un administrador, hecha con todas las formalidades impuestas en los artículos citados, no transforma a la comunidad en persona jurídica, distinta de los comuneros individualmente considerados;

por tanto, éstos conservan su primitiva facultad de comparecer a juicio en defensa de los intereses de la comunidad, en ejercicio de un derecho propio como así lo dispone el artículo 22 de la Ley 95 de 1890, en estos términos:

“El administrador de una comunidad, nombrado con arreglo a las disposiciones anteriores, tiene la personería de ella.

“Esto no impide que cada comunero represente como parte y sea tenido como tal para lo relativo a su derecho; pero si después de representado un comunero, dejare de estar a derecho en el lugar del juicio, éste continuará con las otras partes y surtirá sus efectos como si tal comunero no se hubiere hecho presente”.

Sin embargo, un administrador de la comunidad, regularmente nombrado, si bien, no representa a una persona jurídica, sí recibe el mandato de la mayoría de los comuneros, con la facultad de obligarlos a todos, aun a aquellos que no hubiesen concurrido a la respectiva junta de comuneros; en cambio, si un administrador ha sido designado por una minoría, o sea, sin obtener “la mayoría absoluta de votos”, ordenada en el artículo 17 y computada en la forma señalada en el artículo 19, recibe también un mandato de la minoría de los comuneros que hubiesen concurrido a la junta; pero sus actuaciones judiciales o extrajudiciales no obligan o no producen efectos sino respecto de ellos, o sea, en estos casos la representación del administrador no produce efectos generales respecto de todos los comuneros, sino solamente en relación con los comuneros que tienen la calidad de mandantes.

Según lo expuesto, carece de interés práctico en este juicio estudiar si el administrador fue designado por la mayoría requerida en la Ley 95 de 1890, o si solamente debió su nombramiento a una minoría de accionista; porque si un comunero tiene capacidad para comparecer en defensa de los derechos de la comunidad, cualquiera que sea su interés en ella, con mayor razón puede hacerlo un grupo de ellos, en un mismo proceso o en varios.

Nulidad de la actuación. El señor Procurador Delegado en lo Civil, en las conclusiones de su alegato, alude a la nulidad de la actuación, cuando dice: “Que asimismo existe ilegitimidad adjetiva en la personería de la misma parte”.

En la junta efectuada por algunos comuneros de las Islas de los Gómez o Camargo, se aprobó la siguiente proposición, inserta en la escritura

de protocolización número 1.852 de 22 de julio de 1944, pasada ante el Notario Tercero de Barranquilla:

"Autorízase ampliamente al señor Administrador, asesorado por el señor Presidente de la misma, para que inmediatamente proceda a celebrar un contrato de mandato y comisión con abogado conocido, de experiencia en las cuestiones del petróleo, a quien se otorguen los poderes generales del caso, para que en nombre y con la personería de la comunidad, proceda a presentar demanda contra la Nación y contra cualquiera otra persona natural o jurídica, por los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía en defensa de la propiedad que la entidad demandante tiene sobre los petróleos y derivados que se encuentren en las "Islas de los Gómez o Camargo", situadas en la jurisdicción del Municipio de Sitionuevo, comprendidas por los linderos que se expresan en esta acta y ante cualesquiera autoridades competentes del órgano judicial de la República, y para que lleve la personería de la misma Comunidad en los juicios, diligencias, actuaciones o actos que contra ella se promuevan disputándole la mencionada propiedad en dichos petróleos y derivados, pudiendo el señor Administrador, asesorado como queda dicho, determinar el alcance y los límites del expresado mandato, lo mismo que las facultades que deban conferirse a dicho mandatario-contratista..." (Folios 22 vuelto a 23 fte. C. número 1).

Desde luego, en la redacción se incurrió en alguna impropiedad en los términos usados, pues confieren el mandato a nombre o en representación de la comunidad, como si se tratara de una persona jurídica, que no se forma ni aún en el caso de una junta integrada por la mayoría de los comuneros; de suerte, pues, que debe interpretarse en el sentido de que los comparecientes confieren el poder en su calidad de comuneros de las expresadas Islas.

Como las personas que han comparecido al juicio, como mandantes y mandatarios, son capaces, o por lo menos no se ha demostrado lo contrario, no existe nulidad por ilegitimidad de la personería de la parte actora. Además, en el curso del juicio se ha ratificado la actuación, no sólo por los coadyuvantes, sino también por el señor Enrique Ujueta, nombrado administrador de la Comunidad en junta o sesión presidida por el Juez Primero Civil del Circuito de Barranquilla, según se dice en la escritura de protocolización número 2.193 de 30 de septiembre de 1955, pasada ante el

Notario Primero del Circuito de la misma ciudad, conforme a los memoriales suscritos por el dicho señor Ujueta y por el doctor Antonio José Pan-toja. (Folios 85 a 89 del C. N° 4).

Valor probatorio y obligatorio del padrón. El artículo 21 de la Ley 95 de 1890 dice así:

"El Administrador de la comunidad debe tener un padrón exacto de todos los comuneros, con expresión de las cuotas de sus derechos, en el cual irán anotándose sucesivamente todos los cambios que ocurran".

"Para formar por primera vez este padrón, si los comuneros no son conocidos de un modo auténtico, el Juez, a solicitud del administrador, los citará por edictos fijados en lugares públicos de la cabecera del municipio en que se halle la finca común, para que presenten al administrador los títulos que comprueben su derecho dentro de un plazo de sesenta días.

"Siendo notorio e indudable el derecho de un individuo deberá incluirse en el padrón, aun cuando no se haya presentado a solicitarlo.

"Los casos dudosos o litigiosos se decidirán por el Juez".

Ahora, ¿qué valor probatorio y obligatorio tiene el padrón que ha sido elaborado con todas las formalidades previstas en el artículo transcrito?

Como en todo acto o contrato, para decidir sobre su mérito probatorio y valor obligatorio, es menester considerar el padrón en cuanto atañe a los comuneros, como también respecto de terceros, entre los cuales se halle el Estado.

Respecto de los comuneros, el padrón tendrá pleno valor probatorio y obligatorio, mientras sea aceptado por todos, porque si surgen disputas sobre la calidad de comunero o respecto de las cuotas o acciones que les corresponde, el punto debe decidirse por el Juez, en juicio ordinario, como todo litigio que se refiere a la propiedad de un inmueble, en obediencia al último inciso del artículo citado antes.

Como el Estado en la elaboración del padrón, no es parte, aun cuando se hayan exhibido los títulos necesarias por los comuneros, es un acto que ni le aprovecha ni le perjudica, porque se trata de "res inter alios acta", o sea es tercero en cuanto a lo convenido en la junta general de comuneros, quienes, por lo demás, no pueden crearse un título a su favor con la mera aceptación de varias personas como condóminos de un inmueble determinado.

En otras palabras, el padrón elaborado en la junta general de comuneros aun cuando haya sido

presidida por el Juez, tiene el valor probatorio señalado en el artículo 1.759 del Código Civil, que dice:

“El instrumento público hace plena fé en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En esta parte no hace plena fé sino contra los declarantes.

“Las obligaciones y descargos contenidos en él hacen plena prueba respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se transfieren dichas obligaciones y descargos por título universal o singular”.

Para demostrar el condominio de un inmueble, frente al Estado, no existe prueba distinta de los títulos que exhiban los comuneros dentro del juicio, con el objeto de justificar su derecho sobre determinadas cuotas o acciones, los cuales, además, deben tener como antecedente necesario el expedido por el Estado antes del 28 de octubre de 1873, en cuanto a la propiedad del subsuelo.

En consecuencia, lo aceptado o convenido en las juntas de comuneros, integradas por la mayoría requerida, no tiene fuerza vinculante respecto del Estado, a quien no le será oponible nada de lo consignado en la respectiva acta, ni en cuanto atañe a la calidad real de conductos, ni respecto de la propiedad privada del inmueble.

Resueltas las cuestiones previas, sobre presu- puestos procesales y nulidad de la actuación, corresponde estudiar, en el fondo, las acciones deducidas a juicio por algunos comuneros de las Islas de los Gómez o Camargo, en defensa de los derechos de la Comunidad.

Tres súplicas se formularon en la corrección de la demanda, que pueden resumirse en esta forma:

Primera. Que el globo de terreno conocido con el nombre de Islas de los Gómez o Camargo e integrado por las islas Del Medio, Ceniza, La Ceiba y Los Novillos “con sus cabidas originarias antiguas, y, además, con todas las tierras que a éstas se han juntado en el curso de los años, por **accesión**, salió del patrimonio del Estado y perdió la calidad de baldío, ‘tanto en su parte superficial como en el subsuelo y los petróleos derivados que en éste se encuentren’, por actos dispositivos de la Corona de España durante el régimen colonial del país.

Segunda. En esta súplica se ejercita la acción petitoria con el objeto de que, en la sentencia, se declare que la propiedad superficial de la isla corresponde en forma exclusiva a la “Comunidad antigua denominada **Propietarios de la Isla de los**

Gómez o Camargo, integrada por las dichas cuatro islas, con su cabida originaria fijada en los títulos de propiedad particular y con las tierras que se han juntado por **accesión**, comprendida por las lindes descritas en el hecho a) de la demanda.

Tercera. En la última petición se suplica una declaración semejante, en cuanto se refiere a la propiedad exclusiva de la citada comunidad respecto del subsuelo, con los petróleos y demás derivados, por las mismas lindes indicadas en las otras peticiones.

Por tanto, si se tiene en cuenta que la demanda se encamina a formular oposición a dos propuestas de contratos, para la exploración y explotación de los subyacentes y posibles hidrocarburos de la isla; y si además, se considera que la primera súplica tiene la calidad de premisa respecto de las otras dos, interpretando la demanda, se llega a la conclusión de que la acción deducida a juicio tiene por objeto se declare que la propiedad de la isla de los Gómez o Camargo, tanto en la superficie como en el subsuelo petrolífero, pertenece a los condóminos de la “Comunidad de Propietarios de las Islas de los Gómez o Camargo”, con fundamento en los títulos expedidos durante el régimen colonial e invocando también el modo de la accesión, que transformó las cuatro islas en una sola, según el decir de los actores.

Procedé la Sala a estudiar los títulos coloniales respecto de las cuatro islas, para deducir si llenan los requisitos previstos en la ley.

El artículo 7 de la Ley 160 de 1936 que subrogó el 28 de la Ley 37 de 1931, vigente cuando se inició este juicio, dá la pauta o norma sobre las pruebas que debe presentar el particular, con el fin de conseguir la declaración de dominio sobre el suelo y sobre los posibles yacimientos de hidrocarburos del subsuelo.

De acuerdo con el artículo citado, el particular debe presentar las siguientes pruebas:

a) Título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, o el documento público que lo supla, en su caso;

b) Los títulos de propiedad del actor, juntamente con el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos, que deben, uno y otro, ‘comprender el período de la prescripción extraordinaria’.

c) ‘La determinación precisa del terreno de que se trata’, que conlleva los elementos de la especificación como cuerpo cierto, mediante la descripción de los respectivos linderos, y la identi-

cación o localización del predio sobre el terreno, en armonía con los títulos.

Títulos emanados del Estado. Como título originario se invocan las adjudicaciones, concesiones o mercedes hechas por las autoridades españolas, en el tiempo de la colonia, a varios adjudicatarios, según aparece de los documentos o actuaciones protocolizadas en la escritura número 120 de 21 del mes de junio de 1882, otorgada ante el Notario Primero de Barranquilla, respecto de las islas Del Medio, Ceniza y La Ceiba.

Isla Del Medio. Por decreto del Gobernador de Santa Marta, expedido el 14 de diciembre de 1713, se hizo "merced al dicho Licenciado don Luis Suárez Cuadros Presbítero y a sus herederos y sucesores de la referida Isla, nombrada Del Medio, de una caballería de tierra, con sus entradas y salidas, usos y costumbres que le pertenece debajo de los límites y linderos expresados..."; sin embargo, en el memorado decreto no aparecen descritos los linderos, pues al principio del decreto se lee: "Y presentó petición pidiendo se le hiciera merced de una Isla realenga, sita en el Río Grande de la Magdalena de esta jurisdicción nombrada del medio, que linda del frente con la Barranca de San Nicolás, que tendrá una caballería de tierra..." (Fos. 162 C. N° 3).

El 4 de enero del año de 1714, el capitán don Cristóbal de Araújo, vecino de la ciudad de Santa Marta, dio posesión al Presbítero Luis Suárez Cuadros de la caballería adjudicada, pero en la dicha diligencia tampoco se determinaron los linderos de la expresada parcela. En efecto, al principio de la diligencia, se dice: "En la isla que llaman del Medio sita en este río grande de la Magdalena, jurisdicción de la ciudad de Santa Marta, que linda por el frente con el sitio de las Barranquillas de San Nicolás, jurisdicción de Cartagena...", y terminó la diligencia así: "para efecto de que le diese la posesión de dhas. tierras en conformidad del referido título, su fecha catorce de diciembre del año pasado de setecientos trece, y comisión dada a mí en el mismo día y obedeciendo la referida comisión en su cumplimiento, habiendo leído dho. título, en presencia de los testigos que irán expresados, metiéndole en la posesión de dhas. tierras, de la referida Isla del medio al dhco. Licenciado Dn. Luis Suarez, y se la di Real, corporal civil quaci en la forma ordinaria sin contradicción de persona alguna, cogiendo de la mano, y paseándolo por las tierras y arrancando yervas, y cortó ramas e hizo otros actos, en señal de posesión y de como así pasó,

me pidió se le diese por certificación..." (Fls. 163 f. y vto. C. N° 3).

Como la isla tuviese una cabida mayor, previa la tramitación o composición de regla, se comisionó a don Francisco Javier de Castro para que llevase a efecto la mensura, quien se expresa así: "...habiendo sido requerido por parte del Licenciado dn. Luis Suarez con el despacho que antecede del señor Govor. y Capitán General de la ciudad de Santa Marta, y su Provincia y en virtud y cumplimiento pasado a esta Isla que llaman del Medio y está poseyendo el susodicho en virtud de merced que de ella le hizo el Maestre de Campo Dn. José Moso de la Torre, siendo Gobernador y capitán General de la Dha. ciudad con una cabuya de cien varias castellanias, y en compañía de seis hombres de trabaxo y los testigos de mi asistencia, comencé a hacer las medidas de tierra que se compone por la frente que hace la parte del Río arriba y ancho de ella, y desde el uno al otro cabo se midieron pr. esta cabezera.... se...ientas varas (1- así está) y corriendo por el costado, que hase frente con la Isla que llaman de la Ceiba se midieron siete cabullas y media de largo hasta llegar a la tierra inútil y playón anegadiso de su cola y desde allí atrabazando línea recta, se midieron ocho cabullas que hasen ochocientas varas hasta las orillas del río que hase frente con la Loma de las Barranquillas, y de allí corriendo a la esquina en qe. se comenzaron las medidas se midieron quinientas varas que todas componen tres anegas de tierra y para qe. así conste lo pongo pr. diligencia, y firmo con testigos.—Franco. Javier de Castro—José Antº Quintero Príncipe.—Bentura Alberto Núñez..." (Fols. 154 f. y vto. C. N° 3).

Como de la mensura practicada resultaron tres fanegas, se ordenó al Pbro. Suárez satisfacer los derechos por las dos restantes; y hecho esto, se le confirmó la adjudicación con fecha 12 de marzo de 1737.

En el año de 1718 se le adjudicó a Luis Soto de Herrera otra parcela en la Isla del Medio, con una cabida de "seis fanegas de tierra", de la cual se le dio posesión el 24 de mayo del año mencionado. (Fol. 171 vto. y 172 C. N° 3).

La Ceiba. El 11 de diciembre de 1736 el Gobernador Juan de Vera expidió título a favor de Juan Bruno Peñafé de la isla de la Ceiba "contigua a otros dos islotes nombrados el uno de Dn. Luis Suárez, y el otro de don Luis Soto", con una cabida de cinco fanegas, previa la mensura hecha

por el comisionado Teniente Badillo. (Fs. 168 y 169 C. N.º 3).

Isla de Ceniza. El Cabildo de Santa Marta hizo merced de tierras a Tomás Camargo "de dos caballerías de tierra que tiene un pedazo de Isla que llaman de Zeniza que solo sirve por ser anegadizo para pastar ganado en tiempo de verano que linda por la una pte. con la Mar Salada desde dha. Boca de Zeniza que sale a la mar, hasta la Boca del Rioviejo que así mismo sale a la mar, u por la otra, desde la misma boca de Zeniza, Riogrande arriba hasta topar la entrada a la otra Boca del Rioviejo, y por la otra parte confina con tierras que son de María Camacho, y con tierras que son del capitán don Cristóbal de Araujo según consta del cavildo celebrado para dicha merced a veynte y seis de abril del año pasado de mil setecientos diez y siete como así mismo parece por certificación dada pr. el dho. capitán dn. Simón Franco. de Urbina y Dn. José de Ybarra Administradores del Rl. haver del dho. año de setecientos diez y siete, haber enterado el dho. don Pedro Calderón en la Rl. Caja cinco ps. por rason de la composición de dha. tierra en nombre del dho. Tomás Camargo..." (Flss 173 fte. y vto. C. N.º 3).

Esta adjudicación se confirmó por el Juez Privativo de tierras de Santa Marta con fecha 3 de septiembre de 1751 (Fl. 175 fts. y vto. C. N.º 3).

Isla de los Novillos. En la escritura número 102 de 26 de mayo de 1882 (fs. 14 y ss. cuaderno número 3), por orden del Juez Primero del Circuito de Barranquilla, el Notario Segundo de la misma ciudad protocolizó los documentos relacionados con la adjudicación de la isla de los Novillos a Clemente Josef Méndozza, efectuada en remate público de 28 de abril de 1757, cuyo título se expidió el 20 de agosto de 1759 y se confirmó el 2 de septiembre de 1769, siguiendo las instrucciones de la Cédula de San Lorenzo del Real de 1754.

El objeto del remate, como las posteriores actuaciones, fue la "Isla nombrada de los Novillos, citta en el Río grande de la Magdalena frontero al citio del Barranquilla que se compone según mensura de siete fanegas un almud y dos quintos de otro que se vende por cuenta de la Real Hacienda..." (Fs. 15 C. N.º 3).

Identificación de las parcelas. De acuerdo con los títulos examinados, en cada una de las respectivas islas, se adjudicó a los colonos sendas parcelas con expreso señalamiento de la cabida, las cuales constituyen como el fundamento para

la adquisición de la totalidad de la isla, en función con el modo de acceso, según las pretensiones expuestas por los actores en la demanda; por esto, se impone como punto inicial, examinar si las dichas parcelas, con las modestas áreas adjudicadas, se han identificado y ubicado sobre el terreno, en obediencia al ordenamiento contenido en el aparte c) del artículo 28 de la Ley 160 de 1936, que no dispone nada excepcional o especial, porque, en tratándose de una acción petitoria, el primer requisito para la procedencia de la acción, radica en la singularización e identificación del predio, según el artículo 222 del C. J.

Tanto en la inspección ocular practicada por el Juez Segundo Civil del Circuito de Ciénaga, comisionado por el Tribunal de Santa Marta, como en el dictamen pericial rendido por los ingenieros, se sostiene la identidad de la Isla de los Gómez o Camargo con las lindes indicadas en la demanda, así como también se afirma que se identificaron cada una de las islas; sin embargo, en ninguno de los dos medios probatorios se estableció la identidad, ni la ubicación de cada una de las parcelas que fueron objeto de adjudicación del año de 1713 a 1769, por las autoridades coloniales de aquel tiempo, indispensable, de acuerdo con lo prescrito en el numeral c) del artículo 7º de la Ley 160 de 1936, que impone o exige "la determinación precisa del terreno de que se trata". En este caso, se han determinado, identificado o localizado las doce mil cien hectáreas de las Islas de los Gómez o Camargo, pero no las pocas fanegas y caballerías que fueron objeto de las adjudicaciones y mercedes de antaño.

En cuanto a las cuatro islas antiguas que ahora forman o integran, como un todo, la denominada de los Gómez o Camargo, no fueron identificadas tal como existían en los días de la colonia, con sus respectivas cabidas, sino tal como existen ahora, que incluyen apreciables zonas de terreno agregadas por el descenso de las aguas, como se ve en la siguiente constancia dejada por el Juez comisionado:

"A petición del apoderado del demandante, el Juzgado dispuso que se constataran los linderos actuales y se identificaran y reconocieran cada una de esas islas teniéndose en cuenta los cambios o modificaciones impuestos por la naturaleza en ellas, sus canales naturales de en-

tradas o salidas, sus canales artificiales, ciénagas, salinas, montes o rastros, cultivos y demás elementos que sirvan para individualizarlas". (Fol. 16 vto. C. N° 2).

Más adelante se dejó este testimonio: "Con el auxilio de los señores peritos y a solicitud del apoderado de la persona demandante se constató que se han verificado accesiones por todos los lados de la Isla de los Gómez o Camargo y aún en sus partes internas, por el lento e imperceptible retiro de las aguas, sin que se haya alterado la fisonomía del globo de tierras en que se practica la diligencia, compuesto, como se ha dicho ya, de las cuatro islas denominadas 'Del Medio', 'La Ceiba', 'Los Novillos' y 'Ceniza'. Por último el Juzgado deja constancia de que la alinderación de cada una de las islas mencionadas últimamente, fue tomada a medida que se iba determinando y constatando la explotación económica de ellas, posesión, etc. y que los linderos de dichas islas corresponden exactamente a la de los títulos originarios que se hallan en el expediente y a los posteriores a ellos que se han tenido a la vista, y teniendo en consideración, los cambios de la naturaleza, caños, canales de entradas y salidas, etc.". (Fol. 19, cuaderno número 2).

A las observaciones dejadas por el Juez comisionado, cabe advertir que resulta del todo inexplicable que las islas, no obstante "que se han verificado accesiones por todos los lados de la Isla de los Gómez o Camargo y aún en sus partes internas", el aspecto exterior o fisonomía de la misma no se haya alterado, cuando en forma insistente se sostiene que las cuatro islas de la época colonial forman ahora una sola, denominada Isla de los Gómez o Camargo; y que para identificar las cuatro islas, se hayan considerado "los cambios de la naturaleza", según se dice en el aparte transcrito.

Los peritos, en el párrafo siguiente, afirman:

"Se identificó y reconoció el terreno de las islas de los Gómez o Camargo... y se observaron los cambios o variaciones y modificaciones que se han efectuado en dichas islas debido a fuerzas naturales y a la mano del hombre, especialmente en lo que se refiere a los canales que atraviesan las islas de los Gómez... etc.". Más adelante agregan: "Las accesiones que se han realizado naturalmente en las partes externas de las Islas de los Gómez o Camargo son de vieja data y puede calcularse que tienen más de un siglo, fundándonos en que los terrenos formados

por la acesión, son firmes y de contextura sólida..."

Con estos antecedentes concluyen, líneas más adelante, por establecer la identidad de las antiguas islas, así:

"Los linderos de las islas, como sobra decirlo, son arcifinios; esas cuatro islas son las únicas que existen fronterizas a la ciudad de Barranquilla. Además, esas islas han conservado su antigua fisonomía y por eso su individualización y constatación (sic) nos dan asidero suficiente para conceptuar que corresponden a la de los títulos expresados. A todo lo cual hay que agregar que todos los testigos, viejos concedores de la región coincidieron fielmente en precisar los linderos generales envolventes de las islas y los particulares e individuales de cada uno de ellos". (sic) (Fls. 27 C. N° 2).

No se comprende, se repite, cómo las islas, a pesar de las mutaciones tan apreciables, no hayan perdido su antigua fisonomía, ni cuál haya sido ésta en los años de 1713 a 1769, ni de qué medios se sirvieron los peritos y los testigos para descubrir o precisar esa antigua fisonomía, para afirmar que no ha cambiado después de dos siglos y a pesar de los considerables terrenos que se han juntado a las primitivas islas, hasta el extremo de transformarlas en una sola, pues en el hecho a) de la demanda se lee:

a)... Que las cuatro islas discriminadas pasaron por medio de actos de la vida civil a ser de propiedad privada del señor Juan Venancio Gómez, a otros posteriormente, hasta constituirse sobre ellas una comunidad de derechos; y por la acción del tiempo hallaron hoy unidas dichas cuatro islas entre sí, comprendiendo todas ellas el inmueble hoy denominado "islas de Gómez o Camargo, ubicado en jurisdicción del Municipio de Sitionuevo, Departamento del Magdalena, que se comprende por los siguientes linderos: "Por el norte, con el Mar de las Antillas o Caribe, desde las 'Bocas de Ceniza' hasta las bocas del 'Río Viejo'; por el este, con los caños del 'Río Viejo' y el caño 'Del Toribio'; por el sur, con el río Magdalena; y por el oeste, en toda su extensión con el río 'Magdalena', hasta las 'Bocas de Ceniza', primer lindero".

Tampoco explican los peritos cómo identificaron las lindes de los antiguos títulos o que no existen o son imprecisos en ellos, con los actuales de las distintas islas, que integran la nominada Isla de los Gómez.

En los títulos antiguos no existen los linderos o son del todo imprecisos, como pasa a verse:

En la primera adjudicación de la parcela al Pbro. Suárez Cuadros en la isla del Medio, se expresó: "que linda del frente con la Barranca de Sn. Nicolás, que tendrá una caballería..." y se dice también que está situada "en el río Grande de la Magdalena". (Fol. 162 C. N° 3).

En la mensura practicada para la adjudicación del exceso en la misma isla del Medio, se lee: "...que se compone por la rente que hace la parte del Río arriba y ancho de ella, y desde el uno al otro cabo se midieron pr. esta cabezera se... ientas varas (1-así está) y corriendo por el costado, que hace frente con la isla que llaman de la Ceiba se midieron siete cabullas y media de largo hasta llegar a la tierra inútil y Playón anegadizo de su cola y desde allí atrabazando línea recta, se midieron ocho cabullas que hasen ochocientas varas hasta las orillas del río que hace frente con la Loma de las Barranquillas, y de allí corriendo a la esquina en qe. se comenzaron las medidas se midieron quinientas varas que todas componen tres anegas de tierra..." (Fol. 164 C. N° 3).

Sobre la parcela adjudicada, en la misma isla del Medio a Luis Soto de Herrera, se dijo: "...que está enfrente de la Barranquilla, que por la banda de arriba linda con otra, que llaman de Genés que es de don Francisco Camargo, y por debajo con la del Licenciado don Luis Suarés, que será de seis fanegadas de tierra..." (Fol. 171 vto. C. N° 3).

Respecto de la adjudicación de la Ceiba a Juan Bruno Peñate, se dijo en cuanto a lindes: "contigua a otros dos islotes nombrado el uno de Dn. Luis Suárez y el otro de D. Luis Soto". (Fl. 168 C. N° 3).

Sobre la isla de Ceniza, adjudicada a Tomás de Aquino Camargo, se dijo: "Linda por la una parte con la Mar Salada desde dha. Boca de la Zeniza que sale a la Mar, hasta la Boca del Río-viejo que así mismo sale a la mar, u por la otra desde la misma boca de Zeniza, Riogrande arriba hasta topar la entrada a la otra Boca del Riviejo, y por la otra parte confina con tierras que son de María Camacho y con las tierras que son del capitán Cristóbal de Araujo..." (fol. 173 C. número 3).

En fin, el alindamiento de la llamada de los Novillos se reduce a esto: "...citta en el Río Grande de la Magdalena frontero al citio del Barranquilla, que se compone según su mensura

de siete fanegas un almud y dos quintos de otro..." (Fol. 15 C. N° 3).

De acuerdo con las transcripciones anteriores, las mencionadas islas, con excepción de la llamada Ceniza, ni siquiera en los tiempos coloniales, fueron debidamente deslindadas, para que ahora, después de dos siglos, no obstante la cesión de considerables terrenos, se puedan identificar en la forma dicha por los señores peritos, quienes, como fundamento de su dictamen, debieron indicar las antiguas lindes, para demostrar cómo coinciden con las actuales, más nada de esto hicieron; de manera que su escueta afirmación, respecto de la identificación de las cuatro islas, carece de asidero legal o de una razonable fundamentación.

Respecto de la isla designada con el nombre de Ceniza, la más especificada de todas, los peritos debieron indicar o señalar el lado que lindaba, en los tiempos de la colonia, "con tierras que son de María Camacho, y con las tierras que son del capitán don Cristóbal Araújo"; pero tampoco esta determinación se hizo en la diligencia de inspección ocular ni en el concepto de los expertos, porque, para la exacta identificación, debía necesariamente indicarse los actuales colindantes por el costado que antes lindaba con María Camacho y Cristóbal Araújo.

La pretendida identificación se refiere a las cuatro islas, porque, como antes se expresó, en cuanto atañe a cada una de las parcelas adjudicadas, cinco en total, no se dijo nada, ni se trató siquiera de identificarlas ni de ubicarlas dentro de las doce mil cien hectáreas actuales que integran la Isla de los Gómez.

Así, pues, falta el indispensable elemento de la identificación y ubicación de las pocas fanegadas y caballerías, adjudicadas por las autoridades españolas a los antiguos colonos, para que ahora pudieran tomarse como fundamento o base del reconocimiento del derecho de dominio de los sucesores o causahabientes de aquellos, en cuanto atañe a la totalidad de la isla, en función con el modo de la cesión.

LA ACCESION FRENTE AL ESTADO.—Sin embargo, los actores, respecto de lo expuesto, podrían objetar que las declaraciones suplicadas en la demanda no se refieren a las distintas parcelas adjudicadas por las autoridades españolas, con las cabidas o áreas indicadas en los títulos, sino que deben recaer sobre el suelo y subsuelo de las islas de los Gómez o Camargo, tal como se ha-

llan en la actualidad, formando un solo todo, con una cabida de doce mil cien hectáreas (12.100 H.), porque, en virtud de la accesión, a las primitivas parcelas se han juntado apreciables zonas de terrenos aluviales, que las han convertido en un todo indivisible; y que, en consecuencia, identificado el todo se cumple con el dicho requisito en cuanto atañe a las parcelas, que sólo mentalmente pueden considerarse distintas de aquél, más no físicamente, con el objeto de exigir una especial y material identificación sobre el terreno.

Con el fin de dar adecuada respuesta a esta cuestión, fundamental en concepto de los actores, la Sala procede a estudiar si el modo de la accesión es admisible en cuanto a la superficie y respecto del subsuelo de la isla, para adquirir el dominio privado sobre ambos, frente a las pretensiones del Estado que los considera sujetos a la legislación sobre baldíos.

Accesión de la superficie. En el supuesto de que no fuese necesaria la identificación, sobre el terreno, de las primitivas parcelas adjudicadas por las autoridades de la Colonia, con el objeto de invocar la accesión, tampoco puede aceptarse este modo de adquisición en este caso, por estas razones:

El artículo 673 del Código Civil consagra la accesión como un modo de adquirir el dominio, en cuanto tiene relación con predios de propiedad particular, o sea, presupone que hayan salido del dominio del Estado mediante el cumplimiento de las normas previstas en el C. F. y en las leyes reformativas, las cuales determinan las causas y los procedimientos necesarios para que los particulares adquieran la propiedad de los baldíos, mediante el cultivo, la ocupación con ganados o a cambio con bonos; sin embargo, ninguna disposición del Código citado admite la accesión como un modo adecuado y eficaz para adquirir la propiedad de los baldíos, que deben gobernarse mediante la aplicación de las normas de derecho público, contenidas en la Ley 110 de 1912 y en las que posteriormente se han dictado sobre la materia. (Art. 46-65 del C. F. Ley 97 de 1946).

Ahora, para que el modo de la accesión tenga cumplido efecto, aún dentro de las normas civiles, debe llenar determinados requisitos, indicados en el artículo 719 del Código Civil, que define el aluvión como "el aumento que recibe la ribera de un río o lago por el lento e imperceptible retiro de las aguas"; de donde resulta,

pues, que la accesión debe ser obra de la naturaleza y en formá lenta e imperceptible, condiciones que en este caso no se cumplen.

En las islas de los Gómez, la accesión no fue exclusivamente obra de la naturaleza, sino que intervino la mano del hombre, como así consta en el siguiente aparte del concepto de los peritos:

"Se identificó y reconoció el terreno de las islas de los Gómez y Camargo, que se hallan situadas frente a Barranquilla, en el Municipio de Sitio-nuevo, en jurisdicción del Departamento del Magdalena y se observaron los cambios o variaciones o modificaciones que se han efectuado en dichas islas debido a fuerzas naturales y a la mano del hombre, especialmente lo que se refiere a los canales que atraviesan las islas de los Gómez o que se hallan dentro de ellas, tales como los denominados "Del Torno" y "Caño Nuevo" que son cauces de grande extensión por donde se hace fácilmente el traslado de los habitantes de las islas de este a oeste y de nordeste a oeste y viceversa, y que son canales de entradas y salidas". (Fol. 26 vto. C. N° 2).

No cabe duda alguna que en la accesión, por el desplazamiento de las aguas, se operó con la intervención de la mano del hombre, o cuando menos contribuyó en forma eficiente y decisiva.

Tampoco cumple con el otro requisito de que sea imperceptible, porque si se toma en cuenta la cabida de las primitivas parcelas adjudicadas por las autoridades de la Colonia, con la cabida actual de las islas, la desproporción resulta de manifiesto, hasta el extremo de que el efecto superaría a la causa. En verdad, como ya se ha visto, la cabida de las parcelas, conforme a los títulos, tiene modestas proporciones; en cambio, la isla de los Gómez tiene actualmente una cabida de doce mil cien hectáreas, de acuerdo con el plano presentado en esta segunda instancia (Fls. 63 del C. N° 4), el cual, según en él mismo se advierte, es un "plano-calco de las Cartas Geográficas del Instituto Geográfico Agustín Codazzi y de la Dirección General de Navegación".

Según el concepto de los peritos que actuaron en primera instancia, "la superficie enunciada de la parte de las Islas de los Gómez o Camargo que queda fuera de la propuesta número 115 alcanza a unas 400 hectáreas de terreno aproximadamente" (Folios 30, cuaderno número 2°); y según el plano por ellos presentado, la parte no afectada por la dicha propuesta apenas representa un pequeño triángulo, con una base de 5.330 metros, respecto del área total de la isla (Folios 24, cuaderno nú-

mero 2º), que en forma evidente, objetiva, permite apreciar la considerable cabida de ésta.

El artículo 719 del Código Civil al definir qué se entiende por aluvi6n, en la enumeraci6n, excluy6 el mar, que halla cabal explicaci6n en lo dispuesto en el art6culo 720 del mismo C6digo, que dice:

“El terreno de aluvi6n accede a las heredades riberañas dentro de sus respectivas l6neas de demarcaci6n, prolongadas directamente hasta el agua; pero en puertos habilitados pertenecerá a la Uni6n”.

El principio consagrado en la legislaci6n nacional, sobre la reserva de esta clase de islas, está tambi6n admitido en numeros6simas legislaciones: as6, por ejemplo, en el art6culo 597 del C6digo Civil de Chile se lee: “Las nuevas islas que se formen en el mar territorial o en r6os y lagos que puedan navegarse por buques de más de cien toneladas, pertenecerán al Estado”.

El art6culo 737 del Uruguay expresa: “Las islas que se formen en el mar territorial o en r6o o arroyos navegables o flotables, pertenecerán al Estado”.

Según el tratadista espa6ol Borrel y Soler: “Entre los art6culos 370 y 372 del C6digo Civil, que tratan del cambio de cauce de los r6os, se intercal6 otro, el 371, que se refiere a las islas que se formen en los mares adyacentes a las costas de Espa6a y en los r6os navegables y flotables, disponiendo que unas y otras sean de propiedad del Estado; sigue el art6culo 373, que se ocupa en las que se formen en los demás r6os”.

“Tanto el Derecho romano como las Partidas declaraban cosa nullius la isla que se forma en el mar; pero el C6digo determina que son propias del Estado, sin distinguir si entran en la categor6a de bienes patrimoniales, como parece natural, ya que en principio, nada obliga a destinarlas a alg6n servicio p6blico”.

“Tambi6n pertenecen al Estado, según el mismo art6culo 371, las islas que se forman en los r6os navegables y flotables”. (Derecho Civil Espa6ol. Tomo II, p6gina 230).

En la legislaci6n colombiana, en principio, las islas formaban parte de la reserva territorial del Estado, antes de la vigencia de la Ley 97 de 1946, según las siguientes normas del C. F.:

Art. 107. “Constituyen la reserva territorial del Estado, y no son enajenables: a) Las islas nacionales, de uno y otro mar de la Rep6blica, y de los r6os y lagos, de acuerdo con el aparte c) del art6culo 45”.

El art6culo mencionado dice: “Se reputan bald6os y por consiguiente, de propiedad nacional: ... b) Las islas de uno y otro mar pertenecientes al Estado, que no est6n ocupadas por poblaciones organizadas, o apropiadas por particulares, en virtud de t6tulo traslativo de dominio. c) Las islas de los r6os o lagos navegables por buques de más de cincuenta toneladas”. (V. Ley 13 de 1937).

Los art6culos transcritos del C. F. han sido parcialmente modificados por el art6culo 13 de la Ley 97 de 1946, que dice:

“Exclúyese de la reserva de que hablan los art6culos 107 y numeral d) del art6culo 45 del C6digo Fiscal las islas y playones de los r6os y lagos navegables, sin perjuicio de que para una destinaci6n concreta puedan hacerse las reservas que se consideren necesarias por medio de ley o decreto especial.

“En consecuencia, pueden ser adjudicables en la forma y condiciones que el Gobierno determinare en la respectiva reglamentaci6n, dándose preferencia, en todo caso, a los colonos pobres que no tengan otros medios de subsistencia”.

De consiguiente, la reforma atañe a “las islas y playones de los r6os y lagos navegables”; pero la reserva prevista en el art6culo 107 del C. F. está vigente respecto de las islas marinas, mencionadas en el aparte b) del art6culo 45 del mismo C6digo.

En cuanto al procedimiento para la adjudicaci6n de esta clase de islas, con carácter de provisional, lo estableci6 el art6culo 14 del Decreto n6mero 547 de 17 de febrero de 1947 (D. O. N.º 26364, pág. 681 y 682).

La isla, cuya propiedad se litiga, está ubicada en el delta del r6o Magdalena, frente al puerto de Barranquilla, con canales navegables “por embarcaciones mayores y menores”. (v. Inspecci6n ocular fs. 15 C. N.º 2), la cual limita, por uno de sus lados, con el mar de las Antillas o Caribe, o sea, se llenan a cabalidad las condiciones previstas para que los terrenos aluviales de esta isla se los considere como bald6os actualmente.

Por las razones expuestas, no procede hacer la declaraci6n demandada en la segunda súplica del libelo.

Accesi6n del Subsuelo. En la tercera petici6n de la demanda se suplica la declaraci6n de que pertenece a los comuneros “el dominio pleno del subsuelo y la propiedad de los petr6leos y derivados que en éste se encuentren, del inmueble conocido con el nombre de “Isla de los G6mez o Camargo”, no s6lo con las cabidas originales, sino

también con las tierras que se han juntado por accesión, es decir, se suplica una declaración de dominio sobre el subsuelo con fundamento en el modo de la accesión.

Las razones expuestas antes para desechar la accesión de la superficie, son también suficientes para negar esta última súplica de la demanda; pero, además, en tratándose del subsuelo, en el supuesto de que la accesión fuere un modo admisible para adquirir la propiedad de los hidrocarburos, habría que demostrar la realización del fenómeno antes del 28 de octubre de 1873, fecha en la cual, el Código Fiscal de ese año, hizo la reserva de los petróleos en favor de la Nación.

En este juicio, dadas sus naturales características, no se ha probado que la Isla de los Gómez o Camargo se haya integrado, por obra de la accesión, tal cual está ahora, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, no obstante que los peritos afirman esto:

“Las accesiones que se han realizado naturalmente en las partes externas de las Islas de los Gómez o Camargo son de vieja data y puede calcularse que tienen más de un siglo, fundándonos en que los terrenos formados por la accesión, son firmes y de textura sólida. Además, la existencia de árboles denominados “robles” en los lugares vecinos al río aludido, de gran desarrollo, nos permiten conceptuar que son centenarios, por la misma razón”.

Respecto de estas afirmaciones, en primer término, cabe observar que aquí los peritos hablan de las accesiones realizadas naturalmente en las partes externas de las islas, pero antes las atribuyeron a la cooperación de la mano del hombre; y tampoco explican por qué las accesiones se suspendieron hace un siglo; o bien cuáles son las partes centenarias y cuáles de más reciente data, para determinar el régimen jurídico de cada una de ellas, en armonía con el artículo 7 de la Ley 160 de 1936.

Además, respecto de la propiedad de las minas, la doctrina de la Corte ha reconocido que opera una presunción en favor del Estado, según el siguiente aparte:

“El dominio de la Nación sobre las minas es la situación inicial y natural que, por ende, debe presumirse. Esto significa, entre otras cosas, que debe acreditarse con los precisos elementos probatorios correspondientes (subraya la Sala) que una mina dada ha salido de ese dominio e ingresado en el privado y que en éste se conserva, cuando quiera que se formula oposición a la posesión

pretendida por alguien como denunciante de ella”; o bien, agrega ahora la Sala, como presunto contratante (Casación de 1º de octubre de 1940. G. J. N.º 1.961, pág. 121).

Como el subsuelo no accede, en la legislación colombiana a la propiedad del suelo (artículo 202 de la Constitución Nacional; artículo 4º del C. F. cte.), quien alega la propiedad privada de una mina, es natural que debe acreditar su derecho “con los precisos elementos probatorios correspondientes”, los cuales, en tratándose de los hidrocarburos, están determinados en el antes citado artículo 7º de la Ley 160 de 1936.

La presunción a que se refiere la doctrina de la Corte no ha sido desvirtuada ni modificada, en lo concerniente a las minas, incluyendo entre ellas los yacimientos de petróleo, por la Ley 200 de 1936, pues en el artículo 5º se dijo expresamente: “Las disposiciones de la presente ley se refieren exclusivamente a la propiedad territorial superficial, y no tienen aplicación ninguna respecto del subsuelo”.

En consecuencia, tampoco procede la declaración demandada en la tercera petición, en cuanto a la propiedad exclusiva del subsuelo de la isla e incluyendo los hidrocarburos y derivados.

En el hecho d) de la demanda se alude a la posesión económica de la isla, en cuanto se refiere a la superficie; sin embargo, estima la Sala que, como en las peticiones del libelo no se demanda nada en concreto, ni se invocó la Ley 200 de 1936 en los fundamentos de derecho, esta cuestión no puede ser objeto de especial estudio o consideración, ni de juzgamiento o decisión en forma expresa (artículo 5º L. 200 de 1936).

En vista de las conclusiones anteriores, se hace innecesario estudiar las numerosísimas escrituras presentadas por los demandantes, con el fin de establecer la cadena de títulos en los últimos treinta años, a contar de 1944 hacia atrás, según lo exige el aparte b) del artículo 7º de la Ley 160 de 1936 (inc. 2 artículo 3 L. 200 de 1936), pues presupone la previa y cabal identificación del predio; y en este caso preciso, que el modo de la accesión hubiese sido considerado adecuado para adquirir la propiedad tanto del suelo como del subsuelo, y, según lo expuesto, la Sala llegó a conclusiones adversas a estas pretensiones de los actores.

Por las consideraciones expuestas, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de

Colombia y por autoridad de la ley, **REVOCA** la sentencia de fecha 2 de abril de 1954 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, y en consecuencia, **ABSUELVE** a la Nación de los cargos formulados en la demanda de fecha 31 de julio de 1944 y en el escrito de corrección de la misma, de fecha 5 de agosto del mismo año, presentada por el doctor Antonio José Pantoja a nombre de los titulados condueños de la Isla de los Gómez o Camargo y coadyuvada, en esta segunda instancia por las sociedades domiciliadas en Barranquilla, "Ujueta y Compañía", y "Compañía Urbana Mercantil

Agrícola e Industrial (Cumai)" y por la señora Georgette Op Den Bosch de Vieira.

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

Luis Carlos Zambrano—Ramiro Araújo Grau—

Efrén Osejo Peña—Carlos Peláez Trujillo—Jorge

García M., Secretario.

I N D I C E

	<u>Págs.</u>		<u>Págs.</u>
SALA PLENA			
Se deplora el fallecimiento del ex-Magistrado doctor Luis Rafael Robles.—Proposición aprobada en sesión de Sala Plena de 9 de febrero de 1959	491	gún delito, desde el momento mismo en que lo realiza queda sujeto a acción penal, la cual debe ser ejercida "exclusivamente" por sus titulares, aunque, por no haberse promovido ella de inmediato, el proceso a que haya lugar sólo se inicie o prosiga cuando el responsable haya perdido su calidad oficial.—Se reafirma la tesis sentada sobre los presupuestos que deben concurrir en un funcionario público, para ser lo que se denomina en la doctrina "funcionario de derecho".—La Corte aprehende el conocimiento del proceso enviado por el Senado de la República, seguido contra el señor Gustavo Rojas Pinilla, "por el delito definido y sancionado por el Código Penal en su Capítulo II, Título III, del Libro II".—Magistrado Ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio	493
La Corte deplora el fallecimiento del ex-Magistrado doctor Eleuterio Serna.—Proposición aprobada en sesión de Sala Plena de 14 de abril de 1959	491	La norma constitucional que faculta al legislador para prescindir, en la expedición de una ley determinada, de algunos de los requisitos genéricamente exigidos por otra disposición de la misma índole para dictar leyes semejantes, no se entiende implícitamente subrogada por el nuevo precepto que, dejando en vigor el requisito exceptuado, reglamenta de nuevo y en abstracto la materia.—La demanda de inexecutable de leyes o decretos debe contener, entre sus requisitos esenciales, la exposición de las razones por las cuales se estiman infringidos los textos de la Carta que se dicen violados.—Se declara exequible la Ley 13 de 1947, por la cual se creó el Departamento del Chocó.—Así lo resuelve la Corte en sentencia de Sala Plena. — Magistrado Ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio.....	493
La Sala Plena de la Corte rinde homenaje a la memoria de Rafael Uribe Uribe al cumplirse el primer centenario de su nacimiento.—Proposición aprobada el 14 de abril de 1959	492		
La Corte se asocia al duelo nacional por el fallecimiento de S. E. Rvdma. Crisanto Cardenal Luque, Arzobispo de Bogotá y Primado de Colombia.—Moción de duelo aprobada en sesión de Sala Plena de 8 de mayo de 1959	492		
Moción de duelo aprobada en Sala Plena con motivo del fallecimiento del ex-Magistrado de la Corte, doctor Germán Alvarado. — Aprobada en sesión de 14 de mayo de 1959.	492		
Corresponde a la Corte Suprema de Justicia una vez producida en sentido afirmativo por el Senado de la República la declaratoria de que tratan las reglas 2ª y 3ª del artículo 97 de la Constitución—, la competencia privativa para conocer de la acción penal promovida en la Cámara de Representantes por actos atribuidos como delictuosos a quien ejercía la Presidencia de la República. — Funciones que en tal evento corresponden a cada una de dichas entidades.—Interpretación y alcance del artículo 131 de la Carta.—Si un funcionario público amparado por fuero especial incurre en al-			
		SALA DE CASACION CIVIL	
		Técnica de la causal 1ª de casación.—Buena o mala fe en el poseedor vencido.—A quién	

Págs.

Págs.

corresponde su calificación.—Venta de cosa ajena. — Su inoponibilidad al verdadero dueño.—Evicción de la cosa vendida.—Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Santa Marta, en el ordinario reivindicatorio adelantado por Araminto López Cotes y otras contra Otilia Magri de Infante.—Magistrado Ponente: Dr. Hernando Morales M. 501

Error de hecho evidente y error de derecho en la apreciación de pruebas.—En qué consisten.—En punto a dictámenes periciales el error de derecho consistiría en no atribuirle valor al concepto cuando lo tiene en virtud de su fundamentación, o, en fijarle un alcance diverso al que le otorgan las normas que regulan el valor de esa prueba, y la apreciación de si está o no fundado corresponde valorarla libremente al juzgador de instancia.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pereira, en el juicio ordinario sobre oposición a un deslinde, adelantado por Manuel Valencia M. contra Sergio Mejía Jaramillo.—Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco. 506

La ausencia de abogado titulado e inscrito que represente al actor en juicio sobre declaración de filiación natural, constituye ilegitimidad de personería del representante o apoderado de dicha parte.—Quién puede pedir esta nulidad.—El artículo 12 de la Ley 45 de 1936, no es una norma de carácter sustantivo.—Técnica de la causal 1ª.—El dolo entendido como vicio del consentimiento en un acto jurídico y el que puede realizarse extracontractualmente, y que da solo lugar a indemnización de perjuicios, no puede confundirse. — No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pasto, en el ordinario sobre filiación natural adelantado por Judith Ortega Flórez contra Zoila Flórez de Fajardo y otro.—Magistrado Ponente: Dr. Hernando Morales M. 512

Doctrina permanente de la Corte ha sido la de sostener la validez del acto jurídico trascendental del testamento, fundada en el principio de que es necesario respetar la última voluntad del testador y de que todo

acto testamentario lleva la presunción de su validez.—Factores concurrentes para declarar la nulidad de un acto testamentario. La demostración de un estado psíquico anormal, de carácter permanente, que inhiba a una persona para todo acto jurídico, es una cuestión exclusivamente científica que sólo pueden determinar los expertos en la materia y de acuerdo con las fórmulas o normas legales. — Limite de la autonomía de los Tribunales en la apreciación de las pruebas.—Interpretación y alcance del artículo 1060 del C. Civil.—Facultad de delegación del testador en un asignatario para la escogencia de especies.—Sentido del artículo 1255 ibidem.—Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario sobre nulidad de un testamento, adelantado por Antonio Isaza Llano contra Adela Escobar v. de Isaza y otros.—Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Escallón. 518

Condiciones necesarias para la accesión de terrenos aluviales en la hipótesis del artículo 720 del C. Civil. — Prevalece ante la Corte la convicción del sentenciador legalmente adquirida dentro del marco discrecional de sus poderes de apreciación en la instancia. No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario sobre oposición a un deslinde, adelantado por Secundino Cadavid contra Alberto Cadavid y otra.—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez. 531

La demanda de casación puede formularse con antelación al auto de traslado para fundar el recurso.—El recurso de casación no es oportunidad para atacar una sentencia aprobatoria de partición con base en objeciones que no se propusieron en el término del traslado y por tanto no fueron objeto de debate en instancia.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Buga, en el juicio sobre liquidación de sociedad conyugal adelantado por Inés Rodríguez de Peláez contra Gonzalo Peláez. — Magistrado Ponente: Dr. Hernando Morales M. 536

La existencia de un contrato de compraventa

Págs.

Págs.

de inmuebles, cuya prueba no es otra que la copia registrada del respectivo instrumento público, no se demuestra con el certificado del Registrador del Circuito, que apenas tiene el valor de prueba supletoria subordinadas a las condiciones precritas por el artículo 2.675 del C. Civil, ni por medio de confesión —sea judicial o extrajudicial—, ni tampoco con documento privado.—Cuándo existe el error de derecho.—El mandatario que contrata en nombre propio y así obtiene la tradición con la inscripción de su título, adquiere para sí, pero sólo mientras no se establezca plenamente que obró en el ejercicio de su mandato.—Alcance jurídico del artículo 2.083 del C. Civil.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre pago de perjuicios materiales y morales, adelantado por José Manuel Rodríguez Vega contra Ricardo Gallego Valencia y otro.—Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Escallón 539

Responsabilidad civil extracontractual.—Para la prosperidad de la acción indemnizatoria, el actor debe probar debidamente el llamado vínculo de causalidad entre la culpa y el perjuicio.—Dentro de los medios probatorios establecidos por la ley, la prueba es completamente libre para establecer ese vínculo de causalidad.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el ordinario sobre pago de perjuicios materiales, adelantado por Isabel Duque v. de Quintero contra el Municipio de Marulanda.—Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Salazar Tapiero..... 547

Sociedad de hecho entre concubinos.—Definición y clasificación de las sociedades de hecho.—Sociedades de hecho que se forman por virtud de un consentimiento expreso y sociedades de hecho que se fundan en un consentimiento tácito o implícito y se originan en la colaboración de dos o más personas en una misma explotación.—Requisitos que debe reunir esa explotación para que pueda inducirse de los hechos el consentimiento implícito y por consiguiente la existencia de la sociedad de hecho.—Requi-

sitos adicionales necesarios en el caso de que la sociedad de hecho se constituya entre concubinos.—Contratos varios que pueden celebrarse entre amancebados.—Ejercicio del derecho de renuncia que tienen los socios cuando en el contrato de sociedad no se ha expresado plazo o condición para que ella tenga fin.—Síntesis de los principios contenidos en los artículos 2091, 2134, 2135 y 2136 del C. Civil.—La colaboración transitoria no es suficiente para demostrar el consentimiento en la formación de la sociedad de hecho entre concubinos.—Consideraciones sobre el problema de los llamados “pronunciamientos implícitos”—Entre nosotros no es posible recurrir sino respecto a la parte resolutive de la sentencia, sin que ello implique que dicha parte se encuentre siempre en la resolución, ya que a veces ésta se remite a la parte motiva para determinados efectos.—La tesis de que la cosa juzgada comprende únicamente lo dispositivo de la sentencia, es la que ha prevalecido en últimas.—La excepción de prescripción es necesario proponerla, para que el juzgador deba examinarla.—Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario sobre disolución, liquidación de sociedad de hecho existente, distribución y consiguiente restitución o reivindicación de bienes, adelantado por María Dolores Becerra v. de Montes contra Francisco Alvarez.—Magistrado Ponente: Dr. Hernando Morales M. 553°

El heredero que haya poseído y explotado económicamente un bien de la comunidad herencial dentro de las condiciones determinadas en la Ley 51 de 1943, puede demandar prósperamente la declaración de pertenencia por usucapción ordinaria o extraordinaria.—Cuándo puede atacarse en casación la apreciación que el Tribunal hizo de la prueba indiciaria.—En materia civil no puede resolverse sobre lo futuro hipotético.—Como la causal de incongruencia constituye error in procedendo, es de preferente análisis en casación.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Tunja, en la acción de pertenencia, adelantada por Hermelindo Heliodoro Rivera contra

Págs.

Págs.

la sucesión de Narciso Rivera y otra.—Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco 567

presentación de la sucesión de Mariana de Jesús Erazo, contra Mercedes Erazo de Moncayo.—Magistrado Ponente: Dr. Hernando Morales M. 585

La falta de citación directa o por emplazamiento de las personas que han debido ser llamadas a juicio, impide que nazca la relación jurídico-procesal.—Quién puede alegar la nulidad que ocasiona aquella.—Casación contra sentencia aprobatoria de la partición en juicio divisorio.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Neiva, en el juicio divisorio adelantado por María Herrera de Fuentes contra Hilario Herrera y otros.—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez..... 574

La indebida acumulación de acciones en una demanda, por sí misma no es base para configurar la incompetencia de jurisdicción, sino que da margen a la excepción dilatoria de inepta demanda.—Nulidades alegables en casación.—Responsabilidad civil extracontractual.—Prescripción e interrupción de ésta por solidaridad de los socios respecto del pasivo general de la compañía en liquidación.—Si la referida acción se ejercitó no contra la sociedad disuelta definitivamente sino contra cada uno de los ex-associados, es deber del actor acreditar que tal persona moral existió por la época en que se cometió el daño cuya indemnización persigue.—Prueba de su constitución.—Al establecer la responsabilidad de los empresarios por el hecho de sus dependientes mientras estén bajo su cuidado, no importa tanto determinar la persona que hizo la designación del trabajador, sino la relación de dependencia entre la empresa y este último. No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Popayán, en el ordinario sobre pago de perjuicios morales y materiales sufridos en accidente de tránsito, adelantado por Manuel Antonio Astudillo Salazar contra Nepomuceno Ordóñez y otros.—Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Salazar Tapiero 594

Técnica de la demanda de casación.—En este recurso extraordinario no puede reabrirse el debate probatorio, cerrado para siempre en la instancia.—Error de hecho y de derecho en la apreciación de pruebas.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario reivindicatorio adelantado por Pedro Sanz Mazuera contra Carmen Gutiérrez v. de Aguirre.—Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Salazar Tapiero 578

Medio nuevo de orden público.—Declaración oficiosa de la nulidad absoluta en el acto o contrato.—Requisitos para su ocurrencia.—No es necesario que el poder para vender bienes raíces deba aparecer en escritura pública.—El mandato es un contrato consensual y no solemne, que se perfecciona por el solo consentimiento, sin necesidad de formalidad alguna.—No deben confundirse, por ser distintos, los contratos de enajenación de inmuebles, o sea los que tienden a transferir estos, con los que simplemente contienen un mandato para que el mandatario represente al vendedor en el respectivo acto.—La falta de derecho en el demandante no es una excepción; en su sentido concreto, sino uno de los elementos de la acción civil.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pasto, en el ordinario sobre rescisión de un contrato por lesión enorme, adelantado por Virginia Erazo de Santacruz y otra, en re-

Reivindicación para la herencia.—Titularidad del actor.—Apertura del juicio sucesorio. Reconocimiento del título de heredero.—Vocación hereditaria del hermano natural del causante.—Prueba testimonial de la posesión notoria del estado civil.—Casación in peius.—Causal segunda de casación.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Cartagena, en el ordinario sobre petición de herencia y otras declaraciones, adelantado por Pedro Santander Castro contra Nicolás Orozco Franco.—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez.... 603

Elementos fundamentales que configuran la

Págs.

Págs.

acción reivindicatoria o de dominio. — Su comprobación judicial es esencial para el éxito de ella. — Para la demostración de la identidad que existe entre la cosa que pretende reivindicarse y la poseída por el reo, la prueba más adecuada es la inspección ocular. — Presunción de dominio. — Statu quo. — Oportunidad para la estimación del acervo probatorio. — La demanda y su contestación constituyen las piezas principales del juicio civil, y el juez no puede decidir sobre súplicas no formuladas en el libelo ni sobre extremos extraños al debate. — No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario reivindicatorio adelantado por la sociedad anónima "Urbanización Nacional" contra Faustino Echavarría y otra. — Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Escallón 609

Quiénes pueden alegar con eficacia legal las causales de ilegitimidad de la personería en quien figure como su apoderado o representante y la falta de citación en forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio. — Técnica de casación en el error de derecho. — Autonomía de los Tribunales en la apreciación de las pruebas. — No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre filiación natural y petición de herencia adelantado por Demetrio Aldana contra la sucesión de Campo Elías Aldana. — Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Salazar T. 617

La falta de expresión de los linderos en la compraventa de inmuebles no siempre es motivo de nulidad del acto. — Esta omisión puede subsanarse cuando en el contenido de la escritura pueden encontrarse elementos de los que sea factible deducir claramente la determinación de los límites. — Es antitécnico proponer respecto a una misma prueba un error de derecho y un error de hecho en su estimación. — No es de recibo atacar simultáneamente por aplicación indebida e interpretación errónea de una misma norma. — En qué consisten éstas. — Requisitos para que se declare nulo el acto o contrato celebrado por persona absolutamente incapaz. — Técnica de casación. — Au-

tonomía de los Tribunales en la apreciación del dictamen pericial. — No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario sobre nulidad de un contrato de compraventa, adelantado por Adelaida Angel Chaux y otros contra Cicerón Angel Ferrer y otro. — Magistrado Ponente: Dr. Hernando Morales M. 621

Acción de nulidad absoluta de un contrato de compraventa. — Interés del acreedor en la acción contra su deudor. — Se ratifica la doctrina sentada al respecto, con la aclaración de que no obstante estar consagrada la nulidad absoluta en interés general de la moral y la ley, quien quiera alegarla con fundamento en un interés privado, debe demostrar que este interés es actual y positivo, porque sus derechos sufrirían mengua o lesión por causa del contrato afectado de nulidad. — Estimación y mérito de las pruebas presentadas en inspecciones oculares u otras diligencias en que intervienen las partes y el Juez. — Es legal la presentación directa de los instrumentos públicos durante el término de pruebas. — Requisitos y oportunidad para darle mérito a las partidas sobre estado civil aducidas en inspecciones oculares. — Aplicación práctica del art. 472 del C. de P. C. — En casación no son admisibles censuras o ataques de sentencias fundados en cuestiones no controvertidas en las instancias. — A tenor del artículo 1521 del C. Civil, hay un objeto ilícito en el otorgamiento de la escritura de venta de un inmueble embargado, pero la falta de inscripción del título no afecta la esencia del convenio. — El tercero perjudicado por el acto de su deudor en razón del contrato celebrado por éste, no está dentro de la posibilidad de hecho de realizar lo que la ley llama "prestaciones mutuas". — Interpretación del artículo 1746 del C. Civil. — No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre nulidad de un contrato de compraventa adelantado por Olegario Medina contra Alfonso Jiménez y otros. — Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco... 633

Simulación. — Legitimación en causa del heredero para impugnar los negocios simula-

Págs.

Págs.

dos de que fue parte el causante.—Restricción probatoria.—Caso en que el acto simulado se impugna por desmejorar las legítimas.—Se corrobora la jurisprudencia de la Corte sobre el campo en que se mueve, según las hipótesis, la prueba de la simulación.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Buga, en el ordinario sobre simulación de un contrato de compraventa, adelantado por Rodolfo Arzayús contra Rosa López. — Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez..... 644

Se reitera la doctrina referente a la naturaleza y alcance del recurso de casación y a los requisitos y formalidades que debe reunir la demanda que se formule para sostenerlo. En el ordinario sobre nulidad de las cesiones de unos créditos hipotecarios, adelantado por Salvador Molina Chica, como heredero testamentario de la sucesión de Dolores Chica Orozco v. de Chica contra Alicia Uribe Jaramillo, no se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín.—Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Salazar T. 648

La violación directa y la violación indirecta de la ley, responden a conceptos jurídicos distintos dentro de las modalidades del recurso de casación.—El artículo 1.618 del C. Civil, como todas las disposiciones contenidas en el Título XIII del Libro IV del mismo estatuto, son simples reglas generales de hermenéutica contractual.—Alcance del artículo 1.867 del C. Civil.—Error de hecho. Requisitos para la prosperidad de la acción de resolución de un contrato de compraventa. — Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre resolución de un contrato de compraventa, adelantado por Anselma León v. de Paz y otros contra Sady González Bernal. — Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Escallón 653

Nulidad por falta de citación y emplazamiento de una cualquiera de las partes.—Quién puede válidamente alegarla.—Casación. — Condiciones para su admisibilidad. Interés jurídico del recurrente.—Violación

directa y violación indirecta de la ley.—Diferencias entre éstas.—La interpretación de la demanda corresponde al fallador y sólo puede ser variada por la Corte en el caso de que ante ella se alegue y demuestre un error manifiesto.—Error de derecho.—En qué consiste.—El justiprecio que el Tribunal le haya dado a la falta de constancia que el artículo 620 del C. J. ordena dejar al Juez y al Secretario sobre la no comparecencia del litigante citado a absolver posiciones, no puede considerarse en casación.—Carácter del artículo 280 del C. J. en cuanto establece el requisito de la capacidad para ser parte.—A qué conduce la carencia de este presupuesto procesal.—En el ordinario sobre resolución de un contrato de promesa de venta, adelantado por Daniel Villaneda Soto contra Alejandro Berger y otros, no se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá.—Magistrado Ponente: Dr. Arturo C. Posada 662

El laudo tiene por sí mismo fuerza vinculatoria entre las partes comprometidas por el proceso arbitral.—La transacción como instituto no es posible identificarla con el compromiso ni con el laudo.—Tienen diferencias que los separan y especifican. — A la Corte no le es permitido llenar los vacíos de la demanda de casación.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario sobre nulidad de un laudo arbitral, adelantado por Jorge Vélez Muñoz contra Francisco Ospina Cárdenas. — Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez 670

La nulidad por falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio, no ocurre cuando debiéndose demandar a determinada persona por ser sujeto pasivo de la relación sustancial materia de la litis, no se la demanda, pues ello es materia de un presupuesto de la pretensión o acción civil que se examina en la sentencia, en forma que si falta, el fallo deberá ser absoluto.—Interpretación del artículo 403 del C. Civil.—Legitimación. — En qué consiste.—Condiciones para que se produzca.—A quié-

Págs.

Págs.

nes compete conferir este beneficio.—Legitimación voluntaria.—Desde cuándo opera la legitimación que no se produce ipso iure. Objeto de la notificación de la legitimación. Tratándose de incapaz, ésta debe hacerse por orden legal al guardador general o a un curador especial.—La aceptación puede ser expresa o tácita.—Término para aceptarla o para impugnarla.—A quiénes compete hacerlo.—No puede confundirse el procedimiento sobre rectificación de partidas de estado civil con la acción civil que implique un cambio de estado.—Diferencias entre éstas.—El procedimiento ante los Tribunales eclesiásticos no es el indicado para cambiar el estado civil, sino el que se inicie ante los jueces civiles que son los competentes al respecto.—Mientras la persona interesada no obtenga, por la ley civil, sentencia favorable de impugnación de su calidad de hijo legitimado, no tiene capacidad para solicitar se declare a su favor un estado civil diverso, cual es el de hijo natural, porque no se pueden poseer simultáneamente dos estados civiles.—En el ordinario sobre filiación natural y petición de herencia, adelantado por Ana Dolores Martínez o Acosta de Martínez contra Evangelista Martínez R. y otros, se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de San Gil.—Magistrado Ponente: Dr. Hernando Morales M. 672

Parte pasiva de la acción de filiación natural después de muerto el padre.—En principio, no es admisible proponer respecto a una misma prueba el error de hecho y el de derecho.—Error de derecho.—Autonomía de los Tribunales en la apreciación de las pruebas.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre filiación natural y petición de herencia, adelantado por José Benjamín Torres y otra contra David Torres M.—Magistrado Ponente: Dr. Hernando Morales M. ... 697

SALA DE CASACION PENAL

Interpretación del veredicto que afirma la responsabilidad pero niega el propósito de cometer el delito.—Dolo indeterminado en el homicidio.—Se desecha el recurso de ca-

sación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso adelantado contra Joaquín Bernardo Arenas Bustamante, por el delito de homicidio.—Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria 701

Cuando el provocador y el autor de la riña se confunden en una misma persona, esa idea de provocación envuelve conceptualmente y a su vez de manera racional la idea de que el provocado que se vio obligado a actuar obró en riña imprevista.—Se invalida el fallo proferido por el Tribunal Superior de Santa Marta, en el proceso adelantado contra Angel Antonio Quintero por el delito de homicidio.—Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres..... 707

Prelación en el estudio de las causales invocadas.—Prueba pericial en materia procesal penal.—Su apreciación corresponde al Juez; conforme al sistema de la libre convicción.—Nulidad por incompetencia de jurisdicción.—Se invalida el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el proceso adelantado contra Virgilio Flórez y otro, por el delito continuado de robo.—Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez 712

La vía de un proceso penal es inadecuada para tratar de obtener la resolución de un contrato de servicios profesionales, o de evadir la posible condena a indemnizar al abogado por la ruptura unilateral del contrato de mandato.—En qué consiste la retractación de una queja, por faltas en el ejercicio de la profesión de abogado.—Norma que, a posteriori, protege a estos de denuncias temerarias o ligeras.—Se confirma el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso adelantado contra el doctor Luis A. Muñoz, por faltas en el ejercicio de la abogacía.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez..... 721

Las causales 1ª y 2ª de casación no pueden invocarse para demostrar la inconsonancia de la sentencia con el veredicto del jurado. Técnica del recurso.—Se desecha el recurso

Págs.

Págs.

de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pereira, en el proceso adelantado contra Anselmo Reyes Alvarez, por el delito de homicidio. Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria 723

Grados de la evidencia desde el punto de vista objetivo y desde el subjetivo.—Falsedad y uso de documentos privados en general y falsedad y uso de instrumentos negociables en particular. — Reglas del concurso material de falsedad y estafa.—Escala Penal aplicable a tal concurso. — Dictamen grafológico. — Su valor probatorio.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso adelantado contra José Antonio Cabrera Sarmiento o Luis Francisco Cabrera Sarmiento, por los delitos de falsedad en instrumento negociable y estafa en concurso real.—Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino... 730

Condiciones requeridas para que, tratándose de coacción moral, pueda hablarse de irresponsabilidad. — La celebración de la audiencia pública al día siguiente del señalado, no ocasiona la nulidad prevista bajo el num. 7º del artículo 198 del C. de P. P. ni la supralegal del artículo 26 de la Carta, cuando el procesado y su defensor concurren al acto y este último expuso ampliamente sus puntos de vista sin hacer reclamo alguno. — Condiciones requeridas para la procedencia del perdón judicial, en el evento del artículo 195 del C. P.—Interpretación de esta norma.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Neiva, en el proceso adelantado contra Napoleón Valenzuela Bonilla, por los delitos de homicidio y lesiones personales.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez 736

Al mandatario judicial no puede negársele la facultad de elegir la mejor oportunidad que él estime apta para el éxito de sus gestiones.—La apreciación y decisión sobre si en determinados hechos se ha configurado o no un delito de calumnia, debe dejarse al funcionario competente para conocer de tal

clase de infracciones penales, sobre las cuales no puede pronunciarse la Corte sino en la debida oportunidad procesal, si llega a tenerla.—Se confirma el fallo absolutorio proferido por el Tribunal Superior de Pamplona, en el proceso adelantado contra el doctor Jorge Lamus Girón, por presunta violación de las normas que regulan el ejercicio de la abogacía.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez..... 742

Técnica de la demanda de casación penal.—Causal 1ª — Cuándo procede invocarla.— Únicamente a la Corte, en Sala Plena, corresponde decidir, previa la respectiva demanda, sobre la exequibilidad de todas las leyes o decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 76 y el artículo 121 de la Carta.—El artículo 26 de la Constitución no establece formas de juicio sino que garantiza las que hayan sido señaladas en las normas legales.—La Corte se abstiene de casar el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el proceso adelantado contra Luis Francisco Amaya Rodríguez, por los delitos de falsedad y estafa. — Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres 745

La omisión de la práctica de una prueba decretada, la falta de una orden judicial que ordenase prescindir de ella y la ausencia correlativa de la notificación, no acarrea, necesariamente, la nulidad del acto procesal, y menos, la del juicio.—Sistema formal previsto en la ley para la reclamación de tal clase de omisiones.—Los Secretarios judiciales tienen la obligación de pasar al despacho del respectivo superior los asuntos en que deba dictarse alguna resolución, sin necesidad de petición de parte, pero no la de verificar un resumen de la actuación, para facilitar la labor del juzgador o conferirle validez previa a lo que vaya a decidir. — No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Tunja, en el proceso adelantado contra Manuel Supelano Guio por el delito de homicidio (doble).—Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez 751

La disparidad de criterios entre funcionarios de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, siempre que preceda un examen de conformidad con las normas de la crítica, no puede tomarse como índice de actos contrarios a la ley.—La ley procesal vigente cambió el antiguo sistema de la llamada tarifa legal de pruebas por el denominado legal-moral que concede amplitud al funcionario para apreciar razonadamente los elementos aportados a un proceso en busca de la verdad material.—Se confirma la providencia proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el proceso adelantado contra el doctor Belisario Buitrago Forero, por el delito de prevaricato.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez 756

Como únicamente la Corte Suprema de Justicia puede, previo el lleno de los requisitos legales, decretar el cambio de radicación de un proceso penal militar, es impropio pretender que un proceso de tal naturaleza siga al sindicado a las distintas Fuerzas Militares a donde sea trasladado, variando la competencia de sus jueces en la primera instancia y aceptando el cambio de radicación de facto.—En el momento mismo de la consumación del delito militar, queda determinada la competencia e indicado el juzgador de primera instancia en la jurisdicción penal castrense, dentro de los miembros de la misma Fuerza a que el sindicado pertenecía en ese momento.—Se dirime la colisión de competencias suscitada en el proceso adelantado en el Comando Militar del Destacamento del Oriente del Tolima, contra Uldarico Peña, por los delitos de violencia carnal y lesiones personales. — Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez 758

Los Jueces Municipales son competentes para conocer de los delitos de lesiones personales cuando al ofendido no le queden consecuencias de carácter permanente.—La peritación médico-legal que señale una perturbación funcional transitoria debe indicar, claramente, si esta secuela tiene como causa una lesión que directamente haya

afectado la función del órgano o miembro, o si solo es debida al proceso de curación de la herida.—Se invalida el fallo proferido por el Tribunal Superior de Neiva, en el proceso adelantado contra Pastora Sabi Calderón o Rosalba Calderón Sabi, por el delito de lesiones personales.—Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez 761

Interpretación del último inciso del artículo 431 del C. de P. P.—Cuando en la parte resolutive del auto de proceder se dice que la vocación a juicio por el delito genérico de homicidio se hace en el grado de frustración, no se viola la expresada norma.—Aunque lo técnico es no indicar en la parte dispositiva del auto de proceder si el enjuiciamiento por un delito genérico se hace en el grado de consumación, frustración o tentativa, el mencionar la segunda de estas circunstancias no vulnera el derecho de defensa, sino que lo favorece.—No se invalida el fallo proferido por el Tribunal Superior de Buga, en el proceso adelantado contra Jorge Enrique Parra Alarcón, por el delito de homicidio. — Magistrado Ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio 764

En los juicios con intervención de jurado, no pueden atacarse en casación, sobre la base de que no han sido demostrados, los hechos referentes al cuerpo del delito ni a las circunstancias modificadoras de la infracción básica.—Técnica de la demanda de casación penal.—No se invalida el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el proceso adelantado contra Víctor y Guillermo Martínez y otro, por asesinato y otros delitos.—Magistrado Ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio 767

Dentro del fuero militar existe una escala de fueros específicos para el juzgamiento en primera instancia.—Si en un mismo proceso, por un mismo hecho, se juzga a distintos sindicados sometidos a diferente fuero, deben conocer los funcionarios correspondientes, mediante copias, si fuere del caso. Se dirime la colisión de competencias suscitada en el proceso adelantado en el Comando del Batallón N° 19 "Nueva Grana-

Págs.

Págs.

da", contra Jesús Antonio Matéus Méndez y otros. — Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez 770

El Juez de derecho no puede considerar las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que sean modificadoras o elementos constitutivos del delito, si no han sido aceptadas por el Jurado en su veredicto.—Condena condicional en el caso del artículo 27 del Código Penal.—Exceso en la defensa.—La Corte amplía la doctrina sentada al respecto.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Neiva, en el proceso adelantado contra Jorge Eliécer Endo, por el delito de homicidio.—Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barreña Domínguez..... 772

Para pronunciarse sobre la invalidez de un fallo anterior que sirve, precisamente, de presupuesto de la reincidencia, no le es dable a la Corte intentar, al margen del recurso de casación, otro extraordinario.—La reincidencia es computable aunque no asuma las condiciones de reiterada o específica.—Sanción accesoria de relegación a una colonia agrícola especial. — Calificación de la habitualidad criminal. — A más de las condiciones personales del procesado, el fallador, en cualquier grado, debe valorar la naturaleza y modalidades de los hechos y los motivos determinantes. — Se reitera la doctrina de que las solas reincidencias no permiten imponer la sanción accesoria.—Se invalida el fallo proferido por el Tribunal Superior de Manizales, en el proceso adelantado contra Gustavo Valencia Bedoya, por el delito de lesiones personales.—Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria 779

La soberanía de que gozan los falladores para apreciar en un sentido o en otro las explicaciones del reo luego de confrontarlas con los demás testimonios del proceso, es intocable en casación.—Perturbación funcional permanente de un órgano.—En el proceso adelantado contra Carlos Alberto Bernal o Pérez, por el delito de lesiones personales, no se casa el fallo proferido por el Tribu-

nal Superior de Bogotá. — Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino..... 794

Intervención en política de funcionarios del Ministerio Público.—Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Buga, en el proceso adelantado contra el doctor Elías Potes Posso, en su calidad de Fiscal de Juzgado Superior, por intervención en política.—Magistrado Ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio... 799

Como en los juicios con intervención de jurado corresponde a éste lo atañadero a la apreciación de los hechos, en el recurso de casación esa materia no puede revisarse por el impropio conducto de la causal 2ª.—Nulidad supralegal.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso adelantado contra Luis Alfredo Betancourt, por el delito de homicidio. — Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino 800

Como Tribunal de casación, a la Corte no le incumbe hacer por la vía de la causal 2ª, un análisis de los hechos y las pruebas en que se funda el fallo acusado, a fin de ver si comparte o no las razones del sentenciador. — Calificación del testimonio de una menor de once años de edad.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pasto, en el proceso adelantado contra Juan Bautista Arteaga, por el delito de violencia carnal.—Magistrado Ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio 805

Los fallos que se nutren de transcripciones, tan innecesarias como impertinentes, de casi todas las piezas del proceso, sin fijar en forma clara y precisa los hechos materia del debate, las pruebas que los respaldan y las conclusiones jurídicas a que haya lugar, son en extremo defectuosos y reveladores de una deplorable pereza mental. — No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Neiva, en el proceso adelantado contra Luis Carlos Tovar, por el delito de lesiones personales. — Magistrado Ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio..... 816

Págs.

Págs.

SALA DE CASACION LABORAL

El mandato judicial no se extingue por el hecho de que el apoderado sea elegido representante a las Cámaras Legislativas.—No se accede a la restitución de términos solicitada, ni a reponer el auto por medio del cual se declaró la deserción del recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá—Sala Laboral— en el ordinario laboral adelantado por Alfredo Montenegro contra el Municipio de Bogotá.—Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiría..... 821

Para efectos de la determinación de la cuantía, la indemnización por mora en el pago de salarios y prestaciones sociales se computa desde la terminación del contrato hasta la presentación de la demanda. — Recurso de hecho.—Se estima bien degenado el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Santa Marta, en el ordinario laboral adelantado por Marina de Andreis P. contra el Banco Popular —Sucursal de Santa Marta—. Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiría C. 823

La justa causa para la ruptura unilateral del contrato debe manifestarse a la otra parte en el momento mismo de su terminación.—Retención y pérdida de la cesantía.—Prueba del patrimonio patronal para atender ciertas prestaciones sociales—Momento desde el cual se causa la indemnización por mora en el pago de las deudas laborales.—Se casa parcialmente el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla, en el ordinario laboral adelantado por Manuel Salomón Insignares contra la “Cooperativa de Productores de Leche del Atlántico, Ltda.” —Magistrado Ponente: Dr. Jorge Vélez García..... 826

Acción de reconocimiento y pago de cesantía. La buena o mala fe patronal como factor regulador de la indemnización moratoria. A quién corresponde apreciarla. — Caso en que la buena fe patronal cesa en virtud de sentencia judicial.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá,

en el ordinario laboral adelantado por Ignacio Rodríguez Gómez contra la “Cooperativa de Trabajadores de Avianca, Ltda.” Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiría C. 836

Contrato de trabajo concurrente, atenciente o subsiguiente al contrato de aparcería.— En el ordinario laboral adelantado por Luis Aristizábal contra Antonio González, se casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Manizales. — Magistrado Ponente: Dr. Jorge Vélez García..... 841

Salario mínimo legal.—Aplicación en caso de falta de prueba sobre el monto del salario devengado por el trabajador.—Salario mínimo en el trabajo a domicilio. — Conflicto de normas en materia laboral.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Ibagué, en el ordinario laboral adelantado por Eutalia Salcedo contra Bonifacia de Uribe. — Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo..... 847

Coexistencia de varios contratos de trabajo con diversos patronos. — Determinación del salario.—Libre apreciación de pruebas.—La inspección ocular no es medio probatorio solemne sustancial a acto alguno.—Error de derecho.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bucaramanga, en el ordinario laboral adelantado por Gabino Rangel contra “A. Ordóñez Montero & Cía. Ltda.”—Magistrado Ponente: Dr. Jorge Vélez García..... 852

La potestad reglamentaria en materia laboral. — La condición resolutoria tácita en el contrato de trabajo.—Subsistencia del contrato entre el trabajador y la Administración Pública a partir del despido del primero, para efectos del pago de salarios y prestaciones insolutos. — Decreto 797 de 1949.—Naturaleza de los salarios durante el período de mora en el pago de las deudas laborales.—Se casa parcialmente el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Pedro Antonio Perilla contra el Municipio de Bogotá.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo 859

Págs.

Págs.

Aclaración de sentencia por causa de error numérico en el valor del salario mínimo legal, al liquidar la indemnización por mora (salarios caídos).—No se accede a aclarar el fallo de casación proferido en el ordinario laboral adelantado por Pedro Antonio Perilla contra el Municipio de Bogotá.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo. 868

Extinguida la cláusula de reserva por la celebración de un contrato escrito a plazo determinado, no revive por su prolongación tácita en periodos semestrales, de acuerdo con el artículo 49 del C. S. T.—Esta cláusula solo opera cuando se pacta por escrito en contratos de duración indefinida. — La condena por lucro cesante no tiene lugar cuando el trabajador despedido ha trabajado en otra empresa durante el periodo faltante para la terminación del contrato con un salario igual o mayor al devengado. No se casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla, en el ordinario laboral adelantado por Néstor Vargas Escobar contra "Líneas Aéreas Transatlánticas Colombianas" (Latco).—Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiría C. 869

Naturaleza jurídica de las vacaciones. — La compensación en dinero de las causadas y no disfrutadas no constituye salario.—Los trabajadores de la construcción no están exceptuados de esta regla.—Las vacaciones no interrumpen ni suspenden el contrato de trabajo.—La mora en su pago oportuno no da lugar a salarios caídos. — Duración del contrato para trabajadores de la construcción.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Felisa Cruz, en su carácter de heredera de Lorenzo Cruz, contra el doctor Enrique Gaitán Cubides.—Magistrado Ponente: Dr. Jorge Vélez García 874

Conciliación. — Valor probatorio del acta de esta diligencia en el juicio laboral.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Tunja, en el ordinario laboral adelantado por Jesús Alfredo

Parra contra Emiliano Rodríguez.—Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiría C... 880

Concurrencia de contrato de obra y contrato de trabajo.—Liquidación de prestaciones en este caso. — Interés jurídico para recurrir en casación cuando no se ha apelado de la sentencia de primer grado desfavorable al recurrente.—Técnica de casación. —No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Montería, en el ordinario laboral adelantado por Beltrán Molina contra Enrique Gómez Pineda. — Magistrado Ponente: Dr. Jorge Vélez García..... 885

Alcance de las facultades para crear, suprimir o refundir cargos en la administración pública, proveerlos, señalarles funciones, etc., en relación con los trabajadores vinculados por medio de contrato de trabajo.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Saturnino García contra el Municipio de Bogotá. — Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo..... 889

Accidente de trabajo. — Valor probatorio del certificado médico sobre este punto.—Formalidades de la consignación de lo que el patrono crea deber al trabajador.—Errores de hecho y de derecho.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por José Vicente Ortiz contra la empresa denominada "Construcciones Moore Limitada". — Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiría C..... 892

Determinación del tiempo de servicios y del salario devengado. — Prima semestral.—Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por María del Carmen Peña de Rodríguez contra la sociedad "Lavandería Perfecto, Ltda."—Magistrado Ponente: Dr. Jorge Vélez García 897

Contrato de trabajo con agentes colocadores de seguros.—Determinación de la exclusividad y de la continuada dependencia.—La incapacidad para trabajar es elemento ne-

Págs.

Págs.

cesario para reclamar auxilio por enfermedad no profesional.—La apreciación de los elementos que configuren el contrato de trabajo, no puede atacarse sino por la vía indirecta.—Los mismos hechos no pueden servir para sustentar errores de hecho y de derecho.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla, en el ordinario laboral adelantado por Adolfo Vides Herrera contra la sociedad de seguros denominada “Confederación del Canadá”—Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A. 902

Cómo debe el trabajador adquirir el derecho a la jubilación para que sus sucesores puedan tener derecho a la pensión de que trata el artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo a su fallecimiento.—Quiénes pueden ser beneficiarios de esta pensión.—Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Florentina Quinchanegua v. de Sánchez, en su carácter de cónyuge sobreviviente de Roberto Sánchez y como representante legal de su hijo menor Mario Roberto Sánchez contra “Consortio de Cervecerías Bavaria S. A.” — Magistrado Ponente: Dr. Jorge Vélez García. 911

El cómputo de la indemnización por mora en el pago de los salarios y prestaciones sociales, para los efectos de fijar la cuantía del juicio, frente al recurso extraordinario de casación, se hace desde el despido del trabajador hasta la fecha de la presentación de la demanda.—Se estima mal denegado el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario laboral adelantado por Humberto Tabares López contra “Industria de Aceros Ltda.” — Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo. 914

Distinción entre violación medio y violación indirecta de la ley.—El error en la apreciación de una prueba no puede ser simultáneamente de hecho y de derecho.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Cali, en el ordinario laboral adelantado por Jaime Perea contra

la “Central Hidroeléctrica del Río Anchicayá, Ltda.”—Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo 915

Existencia de contrato de trabajo entre el Jefe de Oficina, Sucursal o Agencia y la Empresa.—En el ordinario laboral adelantado por Libia Toro A. contra la “Empresa Arauca Ltda.”, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Manizales.—Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiria C. 918

Las funciones de recolección de impuestos no pueden atribuirse a las personas o empresas privadas, por lo cual quien las ejecuta no está vinculado por contrato de trabajo a la administración pública.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Rafael Gómez Gómez contra el Municipio de Bogotá.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A. 923

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Capacidad para ser parte.—Las comunidades a título universal o singular, por no ser personas jurídicas, ni siquiera patrimonios autónomos, no pueden ser parte en un juicio porque no son sujetos del derecho de acción o de excepción, el cual radica en los comuneros o herederos que forman la comunidad singular o universal.—Capacidad procesal de los comuneros en la Ley 95 de 1890. Padrón de comuneros.—Su valor probatorio y obligatorio.—Prueba para demostrar el condominio de un inmueble frente al Estado.—Accesión de la superficie.—Ninguna disposición del C. Fiscal admite la accesión como un modo adecuado y eficaz para adquirir la propiedad de los baldíos, que deben gobernarse mediante la aplicación de las normas de derecho público contenidas en la Ley 110 de 1912 y en las que posteriormente se han dictado sobre la materia. Requisitos que debe llenar el modo de la accesión, para que tenga cumplido efecto, aun dentro de las normas civiles.—La reserva territorial prevista en el artículo 107 del Código Fiscal, está vigente res-

Págs.

Págs.

pecto de las islas de uno y otro mar.—Procedimiento provisional para la adjudicación de terrenos baldíos ubicados en las islas y playones de los ríos y lagos navegables.—No ha sido desvirtuada, por la Ley 200 de 1936, la doctrina de la Corte, según la cual, respecto de las minas, opera una presunción de dominio en favor del Estado, y, por tanto, quien alega propiedad privada sobre una mina, debe acreditar su derecho con el respectivo título.—Se revoca el fallo proferido por el Tribunal Superior de Santa Marta, y en su lugar se absuelve a la Nación de los cargos que se le formularon en la demanda ordinaria sobre dominio del subsuelo petrolífero, adelantada por la Comunidad de propietarios de las Islas de Los Gómez o Camargo contra aquella.—Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña. 927

ERRATAS ADVERTIDAS

Título, renglón 1º, página 553, dice "COCUBINOS", en vez de CONCUBINOS.

Título, renglones 18 y 19, página 553, dice "NOSOTROS", en vez de NOSOTROS.

Título, renglón 4º, página 721, dice "CONSI-TE", en vez de CONSISTE.

Título, renglón 9º, página 751, dice "FALICITAR", en vez de FACILITAR.

Título, renglón 2º, página 902, dice "DEPEDENCIA", en vez de DEPENDENCIA.

ESTA REVISTA ES EDITADA EN LOS
"TALLERES GRAFICOS MUNDO AL
DIA"—CALLE 14 N° 13-56—TEL. 414325.

—
Para pedidos y suscripciones llame al telé-
fono número 414325, y será atendido inme-
diatamente.

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: DOCTOR CARLOS MANUEL GUTIERREZ E.

RELATOR DE LA CORTE



TOMO XC

BOGOTA — 1960

NUMERO 2.213

EXTRACTO DE LAS DOCTRINAS CONTENIDAS EN EL PRESENTE TOMO XC (Nos. 2.207 A 2.212, ENERO, FEBRERO, MARZO, ABRIL, MAYO Y JUNIO DE 1959) DE LA "GACETA JUDICIAL"

— A —

— 1 —

ABOGADOS (Demanda de-revisión)

La revisión, según doctrina invariable de esta Corte, es técnicamente una acción promovida contra la autoridad de la cosa juzgada, y "por eso, el escrito en que se intenta es una verdadera demanda" que debe ser elaborada por abogado titulado e inscrito en la Corporación. (Casación Penal. Febrero 11/59. Nos. 2207-2208-2209)171, 1ª y 2ª

— 2 —

ABOGADOS (Denuncia temeraria por faltas contra la ética profesional)

La apreciación y decisión sobre si en determinados hechos se ha configurado o no un delito de calumnia, debe dejarse al funcionario competente para conocer de tal clase de infracciones penales, sobre las cuales no debe pronunciarse la Corte sino en la debida oportunidad procesal, si llega a tenerla. Si pese a una decisión negativa por no apa-

recer violación de las normas que regulan el ejercicio de la abogacía y erigen en faltas punibles ciertos hechos relacionados con tal ejercicio, el acusado, por su propia iniciativa, formula denuncia por calumnia contra sus acusadores, la actividad jurisdiccional de los funcionarios competentes para adelantar ese proceso, se vería interferida por un prejuzgamiento del caso, hecho dentro del juicio sumario especial instituido por la Ley 69 de 1945. (Casación Penal. Mayo 16/59. Números 2211-2212)744, 2ª

— 3 —

ABOGADOS (Denunciados temerariamente)

Retractarse no es manifestar un acusador que no tiene interés en que "continúe la queja", sin retirar expresamente los cargos formulados y dar siquiera una satisfacción moral a aquel cuya reputación ha sido puesta en tela de juicio y expuesto a las contingencias desdorosas de un proceso penal. En tal evento, lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley 69 de 1945, que protege, a posteriori, a

los abogados contra denuncias temerarias o ligeras, debe obrar en forma plena. (Casación Penal. Mayo 12/59. Nos. 2211-2212)...

722, 2ª

— 4 —

ABOGADOS (Ejercicio del poder)

Si los contratos se celebran de buena fe y la mala no se presume, no puede negarse al mandatario la facultad de elegir la mejor oportunidad que él estime apta para el éxito de sus gestiones, pues ha de suponerse que es él quien mejor conoce, comúnmente, las circunstancias de todo orden que influyen o pueden influir en dicho éxito, o en su fracaso. Máxime cuando lo encomendado al profesional es el ejercicio de la llamada "acción contenciosa de anulación", que puede intentarse en cualquier tiempo, conforme lo dispone la Ley (artículo 33 del C. C. A.). (Casación Penal. Mayo 16/59. Nos. 2211-2212).

743, 1ª

— 5 —

ABOGADOS (Faltas contra la ética profesional)

La circunstancia de que en la mortuoria de una persona el apoderado de uno de los interesados hubiera manifestado que el causante no había otorgado testamento, al paso que otro abogado presentó uno ante el mismo Juez de la causa, no prueba que el primero incurrió en falta contra la ética profesional: lo único que prueba es que ignoraba a la sazón que existiese dicho acto de última voluntad del causante. (Casación Penal. Abril 1º/59. Nº 2210).....366, 2ª

— 6 —

ABUSO DE AUTORIDAD (Al decretar y cumplir un lanzamiento)

Si el Juez de segundo grado, al revocar el

fallo del inferior, dictó sentencia de lanzamiento y procedió a ejecutarla o hacerla ejecutar, a esto último se le podría tener como un delito de abuso de autoridad por acción, es decir, por la ejecución de un acto arbitrario contra una persona, realizado excediéndose en el ejercicio de las funciones propias de su condición de Juez de segunda instancia. La arbitrariedad o injusticia de tal acto estaría determinada por el artículo 550 del Código de Procedimiento Civil, que dispone que las sentencias se ejecuten por el Juez de primera instancia. Pero ocurre que en el capítulo del mismo Código que reglamenta el lanzamiento de arrendatario, existe el art. 1.106 que dice: "Si la decisión del Juez es de lanzamiento, este debe hacerse por él mismo, o por medio de la Policía, dentro de los dos días siguientes". Ante el texto de esta norma —así su sentido sea el de que hace referencia al Juez de primera instancia— no es desacertado ni absurdo que se le haya también interpretado como imperativa para el superior que decretó el lanzamiento, pues el inferior precisamente se había abstenido de hacerlo. Si a esto se agrega el perentorio término de dos días que esta misma disposición establece, la interpretación del funcionario de segunda instancia se hace aún más probablemente certera.

En estas condiciones, tal hecho resulta ser apenas un criterio interpretativo, en el que, para que adquiera contornos delictivos, debe aparecer el elemento doloso, el motivo, el interés que hubiera podido dar nacimiento a un propósito de violar la ley o de forzar su sentido para perjudicar a la persona del demandado o a su propiedad. (Casación Penal. Febrero 26/59. Nos. 2207-2208-2209).....

182, 1ª

— 7 —

ABUSO DEL DERECHO (De litigar)

La Corte ha aceptado en numerosos fallos

que puede haber abuso en el derecho de litigar y, por lo mismo, responsabilidad de parte del agente que le acarrea la obligación de indemnizar los perjuicios causados, con apoyo en las normas del Título 34 del Libro 4º del Código Civil, haciendo la diferencia entre el acto intencional que solo persigue causar un perjuicio y el simplemente culposo, que se debe a error de conducta, por imprudencia y negligencia del agente, pero que de todas maneras es necesario hacer el estudio de los factores subjetivos que la hicieron posible, ya que la teoría del riesgo creado no tiene aplicación en este campo. (Sentencias del 30 de octubre de 1935, 19 de mayo de 1941 y 22 de mayo de 1956).

El hecho de no alcanzar éxito en una acción judicial, por sí solo no acredita temeridad y la apreciación de esta corresponde al sentenciador de instancia. (Casación Civil. Febrero 12/59. Nos. 2207-2208-2209)

43, 2ª y 44, 1ª

— 8 —

ACCESION (De islas de propiedad particular)

El artículo 673 del Código Civil consagra la accesión como un modo de adquirir el dominio, en cuanto tiene relación con predios de propiedad particular, o sea, presupone que hayan salido del dominio del Estado mediante el cumplimiento de las normas previstas en el C. F. y en las leyes reformativas, las cuales determinan las causas y los procedimientos necesarios para que los particulares adquieran la propiedad de los baldíos, mediante el cultivo, la ocupación con ganados o a cambio con bonos, etc.; sin embargo, ninguna disposición del Código citado admite la accesión como un modo adecuado y eficaz para adquirir la propiedad de los baldíos, que deben gobernarse mediante la aplicación de las normas de derecho público, contenidas en la Ley 110 de 1912 y en las

que posteriormente se han dictado sobre la materia (arts. 46, 65 del C. F. - Ley 97 de 1946).

Ahora, para que el medio de la accesión tenga cumplido efecto, aun dentro de las normas civiles, debe llenar determinados requisitos, indicados en el artículo 719 del Código Civil, que define el aluvión como “el aumento que recibe la ribera de un río o lago por el lento e imperceptible retiro de las aguas”; de donde resulta pues, que la accesión debe ser obra de la naturaleza y en forma lenta e imperceptible, sin que intervenga la mano del hombre.

El artículo 719 del Código Civil al definir qué se entiende por aluvión, en la enumeración, excluyó el mar que halla cabal explicación en lo dispuesto en el artículo 720 del mismo Código, que dice:

“El terreno de aluvión accede a las heredas riberanas dentro de sus respectivas líneas de demarcación, prolongadas directamente hasta el agua; pero en puertos habilitados pertenecerá a la Unión”.

El principio consagrado en la legislación nacional, sobre la reserva de esta clase de islas, está también admitido en numerosísimas legislaciones: así, por ejemplo, en el artículo 597 del Código Civil de Chile, se lee: “Las nuevas islas que se formen en el mar territorial o en ríos y lagos que puedan navegarse por buques de más de cien toneladas, pertenecerán al Estado”.

El artículo 737 del Uruguay expresa: “Las islas que se formen en el mar territorial, o en río o arroyos navegables o flotables, pertenecerán al Estado”.

Según el tratadista español Borell y Soler: “Entre los artículos 370 y 372 del Código Civil, que tratan del cambio de cauce de los ríos, se intercaló otro, el 371, que se refiere a las islas que se formen en los mares adyacentes a las costas de España y en los ríos navegables y flotables, disponiendo que unas y otras sean de propiedad del Estado;

sigue el artículo 373, que se ocupa en las que se formen en los demás ríos”.

“Tanto el Derecho Romano como las Partidas declaraban cosa nullius la isla que se forma en el mar; pero el Código determina que son propias del Estado, sin distinguir si entran en la categoría de bienes patrimoniales, como parece natural, ya que en principio, nada obliga a destinarlas a algún servicio público”.

“También pertenecen al Estado, según el mismo artículo 371, las islas que se formen en los ríos navegables y flotables”. (Derecho Civil Español. Tomo II, pág. 230).

En la legislación colombiana, en principio, las islas formaban parte de la reserva territorial del Estado, antes de la vigencia de la Ley 97 de 1946, según las siguientes normas del C. F.:

Artículo 107.—“Constituyen la reserva territorial del Estado, y no son enajenables: a) Las islas nacionales, de uno y otro mar de la República, y de los ríos y lagos, de acuerdo con el aparte c) del artículo 45”.

El artículo mencionado dice: “Se reputan baldíos y por consiguiente, de propiedad nacional: . . . b) Las islas de uno y otro mar perteneciente al Estado, que no estén ocupadas por poblaciones organizadas, o apropiadas por particulares, en virtud de título traslativo de dominio. c) Las islas de los ríos o lagos navegables por buques de más de cincuenta toneladas”: - (V. Ley 13 de 1937).

Los artículos transcritos del C. F. han sido parcialmente modificados por el artículo 13 de la Ley 97 de 1946, que dice: “Exclúyese de la reserva de que hablan los artículos 107 y numeral d) del artículo 45 del Código Fiscal las islas y playones de los ríos y lagos navegables, sin perjuicio de que para una destinación concreta puedan hacerse las reservas que se consideren necesarias por medio de ley o decreto especial.

“En consecuencia, pueden ser adjudicables

en la forma y condiciones que el Gobierno determinare en la respectiva reglamentación, dándose preferencia, en todo caso, a los colonos pobres que no tengan otros medios de subsistencia”.

De consiguiente, la reforma atañe a “las islas y playones de los ríos y lagos navegables”; pero la reserva prevista en el artículo 107 del C. F. está vigente respecto de las islas marinas, mencionadas en el aparte b) del artículo 45 del mismo Código.

En cuanto al procedimiento para la adjudicación de esta clase de islas, con carácter de provisional, lo estableció el artículo 14 del Decreto número 547 de 17 de febrero de 1947. (D. O. N° 26.364, págs. 681 y 682). (Negocios Generales. Junio 18/59. Nos. 2211-2212) 942, 1ª y 2ª y 943, 1ª y 2ª

— 9 —

ACCIDENTES DE TRABAJO (Culpa patronal)

La parte que debía emplear la diligencia y cuidado en el suministro de los elementos adecuados de protección contra accidentes y enfermedades profesionales era el deudor de estos dentro de la relación contractual, y, por tanto, a él le incumbía la carga de la prueba tendiente a demostrar el hecho positivo de que sí había empleado dicha diligencia y cuidado en suministrarlos, tanto más cuanto que al actor le resultaba difícil probar la proposición negativa de que aquel, obrando indiligentemente, no los suministró. (Casación Laboral. Febrero 16/59. Números 2207-2208-2209) 242, 2ª

— 10 —

ACCIDENTES DE TRABAJO (Obligaciones patronales de prevención)

Las obligaciones patronales, entre las que figura de modo principalísimo la de sumi-

nistrar los elementos adecuados para la protección contra accidentes, no están sometidas a la instancia o a solicitud de los trabajadores, sino que deben ser cumplidas espontáneamente por el patrono. (Casación Laboral. Febrero 16/59, Nos. 2207-2208-2209) 244, 2ª

— 11 —

ACTO ADMINISTRATIVO (Determinación del paramento de una construcción)

El acto administrativo que determina el paramento a que debe sujetarse una construcción dada, aplicando para ello las disposiciones generales sobre planeamiento urbano, no implica, como es obvio, una ocupación material del terreno ni su incorporación al patrimonio del Estado como bien de uso público. Puede sí impedirse con ello al propietario particular el uso pleno de su inmueble y por lo mismo causarle perjuicios.

De acuerdo con los artículos 67 y 68 del Código Contencioso Administrativo, la persona lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil puede demandar directamente de la administración las indemnizaciones correspondientes. La limitación del dominio consistente en impedirle a un propietario hacer una construcción por tener que ajustarse a las normas de desarrollo urbano que fijan líneas o paramentos que determinan la anchura de las vías públicas, es un acto de la administración que si causa daño origina igualmente acciones que conducen a la reparación del perjuicio. La tutela del derecho lesionado en tales casos se alcanza a través del procedimiento previsto en las disposiciones aludidas. (Negocios Generales. Abril 15/59. Nº 2210).....467, 2ª y 468, 1ª

— 12 —

ACUMULACION (De autos y de acciones)

Indudablemente, es cierto, que existe di-

ferencia entre la acumulación de acciones prevista por el artículo 209 del Código Judicial, y la de autos definida por el artículo 396 de la misma obra. La diferencia es elementalmente perceptible con solo diferenciar lo que se entiende por "acción" y lo que son "autos" en sentido del Código Judicial. Pero la diferencia no es tan profunda que en el fondo no suponga similares razones determinantes y confluyentes sobre esos dos fenómenos, entre ellas, la de la conexión jurídica, cuya esencia es propiciar la contención de la causa, la cual está integrada por tres elementos, a saber: a) Personas; b) Título o causa de pedir o jurídica; y c) Cosa, objeto o causa de hecho, como lo tiene dicho la Corte (G. J. número 1.911-12, pág. 753). En todo caso, tanto la acumulación de acciones como la de autos, no son signo maneras de realizar la unidad del procedimiento, cuestión de orden y método que la ley busca por distintos motivos, sin olvidar que a la pòstre la acumulación de procesos es una acumulación de acciones, promovida separadamente. (Casación Civil. Abril 22/59. Nº 2210)342, 2ª

— 13 —

ACUMULACION (Indebida)

La indebida acumulación de acciones en una demanda, por sí misma no es base para configurar la incompetencia de jurisdicción, sino que da margen a la excepción dilatoria de inepta demanda, o cuando esta no se propone, a la inhibición del juzgador para dictar sentencia de mérito por defecto del presupuesto procesal de demanda en forma.

Como es sabido, cada parte en un juicio puede constar de una o de varias personas y en este segundo caso se conocen con el nombre de litis-consortes, que pueden ser activos o pasivos, según sean demandantes o demandados. Es la llamada acumulación subjetiva que la ley permite a fin de evitar

fallos contradictorios y por economía procesal. - (Casación Civil. Mayo 29/59. Nos. 2211-2212).....596, 2ª y 597, 1ª

— 14 —

ADUANAS (Competencia para conocer de los juicios sobre responsabilidad civil extracontractual del Estado)

Que de conformidad con el Decreto 188 de 1958, el conocimiento de los juicios sobre responsabilidad civil extracontractual del Estado en materia aduanera pasaron a ser de la competencia de la justicia ordinaria, es evidente. Las dudas tan solo se han suscitado con relación a las actuaciones iniciadas antes de la vigencia de este decreto. ¿Sigue conociendo de ella la justicia aduanera, o deben pasar inmediatamente a la jurisdicción ordinaria?

Nada dispuso el referido Decreto con relación a la ley aplicable en los juicios comenzados antes de su entrada en vigencia. Hay, pues, que acudir a las reglas generales sobre la materia para decidir el problema.

Que toda ley debe empezar a regir inmediatamente, es lo normal, por lo que las excepciones que tenga a bien establecer el legislador a este principio debe hacerlas constar de manera expresa. Ahora bien, en lo atinente a competencia no ha establecido excepción alguna a la norma acabada de enunciar sobre efecto inmediato de las leyes; luego es obvio que el parágrafo 2º del artículo 4º del Decreto 188 de 1958, que trasladó de la jurisdicción de aduanas a la ordinaria la competencia para conocer de los juicios sobre responsabilidad contractual y extracontractual del Estado en materia aduanera, debió entrar a regir inmediatamente.

El artículo 40 de la Ley 153 de 1887, no consagra excepción alguna, en materia de competencia, al aludido principio.

Reza así dicho artículo: "Las leyes con-

cernientes a la sustanciación y ritualidades de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".

En su primera parte el precepto se limita a hacer una aplicación, al caso concreto de las leyes sobre sustanciación y ritualidad de los juicios, del principio general ya enunciado, a efecto de destacar con toda claridad la excepción que consagra en la segunda parte, según la cual solo deben supervivir a las leyes procesales nuevas aquellas que regían los términos, actuaciones y diligencias ya iniciadas. Obsérvese que en esa excepción para nada se menciona la competencia.

Es claro, pues, que respecto a esta, rige el principio general del efecto inmediato de las leyes.

Pretender concluir, argumentando a contrario sensu, cosa opuesta a la acabada de indicar, es completamente inaceptable, y la improcedencia de tal argumentación en este caso aparece patente a poco que se medite en lo contradictorio que resultaría su aplicación a todo el artículo. En efecto: de la exclusión que hace en la primera parte, de las leyes sobre competencia y otras, se concluye que solo las concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios tienen efecto inmediato; pero con la misma lógica habría que concluir que esas leyes sobre competencia, que también están excluidas de la segunda parte, entrarían a regir inmediatamente, pues allí solo se afirma la supervivencia de las leyes sobre los términos, actuaciones y diligencias.

Con relación al artículo 1.228 del Código Judicial (Ley 105 de 1931) dijo la Comisión Redactora que él "declara exactamente la misma doctrina del 40 de la Ley 153 de 1887, pero empleando una terminología más jurí-

dica". Y agregó: "Siendo las leyes procedimentales disposiciones de orden público deben aplicarse a las actuaciones pendientes y no dejar que sobrevivan las viejas normas sino en aquello que verdaderamente constituye un derecho adquirido".

El aludido artículo dice que "las disposiciones de este Código (subraya la Sala) se aplican a los juicios pendientes en el momento en que principie a regir, pero, los términos no vencidos, los recursos interpuestos, y las tercerías e incidentes introducidos, se rigen por la ley aplicable al tiempo en que empezó el término, se interpuso el recurso, o se promovió la tercería o el incidente". De manera que todas las disposiciones del Código, comprendidas, por tanto, las concernientes a la competencia, debían entrar a regir inmediatamente, con las solas excepciones de las disposiciones relativas a términos, recursos, tercerías e incidentes.

Los redactores del Código confirman, pues, a la Sala en la interpretación que acaba de hacer del art. 40 de la Ley 153 de 1887.

La Corte en repetidas ocasiones ha sostenido la tesis del efecto inmediato de las leyes sobre competencia.

"Las leyes que cambian la jurisdicción y competencia son de orden público y por consiguiente tienen un carácter absoluto, inmediato y obligatorio", dijo esta Sala en providencia de noviembre 17 de 1938 (G. J. T. XLVII, número 1.943, pág. 543).

Y en otra ocasión: "La facultad de administrar justicia es lo que se denomina jurisdicción; y cuando una norma legal atribuye ese poder a entidad distinta de la que antes tenía la competencia sobre cierta clase de asuntos, su aplicación no puede eludirse generalmente, pues no es aceptable afirmar que solo por eso se violan situaciones procesales concretas y adquiridas, ya que los litigantes no tienen derecho a que el fallo lo profiera determinado Juez. Ellos solo tienen la prerrogativa de pedir y obtener que se les

decidan sus solicitudes por medio de las instituciones procesales indicadas por el legislador".

"En materia de jurisdicción no se ve claro cuál es el derecho procesal adquirido que directamente se arrebate cuando el legislador dispone que un juicio sea fallado por otra autoridad distinta. Cuando la ley quiere que la jurisdicción y competencia se conserven en causas pendientes, lo dice expresamente, como lo hizo en el artículo 167 de la Ley 40 de 1907". (Junio 19 de 1945, G. J. Tomo LIX, número 1.045).

Más recientemente dijo esta Sala, refiriéndose precisamente al Decreto 188 de 1958 (G. J. Tomo LXXXVIII, Nros. 2.199-2.200, pág. 952).

"La ley nueva que modifica la organización de los Tribunales de justicia o las reglas relativas a la jurisdicción o las que determinan la jerarquía de la jurisdicción misma —como ocurre con el Decreto Legislativo 0188— tiene efecto general inmediato y estriba ello en la razón fundamental que —según Pascuale Fiore— es siempre la misma: 'Que siendo motivadas tales leyes por razones de interés público y de los particulares a quienes corresponde el derecho judicialmente, no puede ostentar contra él ningún otro el derecho de impedir al legislador el mejorar el sistema de ordenamiento judicial y de las reglas que convienen a las jurisdicciones, y por lo tanto, no pueden sustraerse al imperio de la ley nueva que hubiere sancionalo nuevas reglas con relación a esto'. (Obra "De la Irretroactividad e Interpretación de las Leyes", páginas 515 y siguientes).

"Quiere expresar lo anterior que cuando la ley nueva haya abolido una jurisdicción, en el caso de autos la aduanera, y la haya sustituido por otra —la ordinaria— las causas pendientes ante la jurisdicción abolida deberán ser continuadas ante la que le hubiera sustituido". (Negocios Generales. Fe-

brero 10/59. Nos. 2207-2208-2209) . . 272, 2ª,
273, 1ª y 2ª y 274, 1ª y 2ª

— 15 —

ADUANAS (Conocimiento de negocios contra el Estado sobre responsabilidad por pérdida, etc., de mercancías)

Cualesquiera que sean las ideas que se profesen sobre la teoría de la doble personalidad del Estado, es un hecho evidente que en el derecho positivo colombiano se acepta que al Estado puedan aplicársele disposiciones de derecho privado, o, en otras palabras, que el Estado puede verse envuelto no solo en controversias de derecho público, sino también en controversias de derecho privado. Precisamente a estas últimas se refiere el artículo 76 del Código Judicial, para atribuirle su conocimiento a la llamada jurisdicción ordinaria, concretamente, a los Tribunales Superiores en primera instancia. Como en virtud del artículo 40 del Código Judicial en relación con el 2º de la Ley 67 de 1943, los litigios originados en contratos—sin distinción entre la clase del negocio, si administrativo o civil— deben decidirse en una sola instancia por la Sala de Negocios Generales de la Corte, es obvio, que el artículo 76 antes aludido sólo cubija a los casos de controversias civiles distintas de las contractuales.

En presencia, pues, de una controversia no contractual suscitada entre un particular y el Estado, debe ante todo definirse si ella pertenece al campo del derecho público o al del derecho privado, para efectos de determinar la jurisdicción que deba decidir: si lo primero, será la de lo contencioso administrativo; si lo segundo, la ordinaria, concretamente, se repite, los Tribunales Superiores en primera instancia.

Al someter las mercancías de importación a los trámites de recibo, almacenaje, reconocimiento, etc., las aduanas, cuya custodia

ejercen, realizan actividades típicamente administrativas, que ponen en relación directa al poder soberano del Estado con quien hace la importación.

Para deducir responsabilidad a aquel por la pérdida de mercancías que estaban bajo la custodia de una aduana en virtud del aludido proceso de nacionalización, no es necesario acudir a noción alguna del derecho privado, ya que el propio legislador, en una disposición clara y terminante del Código de Aduanas (Ley 79 de 1931), consagró esa responsabilidad estatal, de manera directa y objetiva, prescindiendo de toda idea de culpa. Esa disposición es el artículo 55 del citado Código, tal como quedó modificado por el artículo 2º del Decreto 630 de 1942, que a la letra dice: “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 la forma legal o su abandono voluntario, o hasta cuando se le considere legalmente abandonada por haberse cumplido el término legal de almacenaje”.

Las anteriores conclusiones no están en contradicción con lo resuelto por esta misma Sala en auto de febrero 10 del cursante año, en el que se desató un incidente de competencia negativa suscitado entre el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena y el Juzgado Superior de Aduanas de la misma ciudad. En esa providencia se decidió el punto relativo al efecto inmediato del Decreto 188 de 1958, en lo tocante a las normas sobre competencia que estableció con relación a demandas como la que dio lugar al presente proceso (indemnización por la pérdida o sustracción de una mercancía

en la aduana de Barranquilla). Como la Sala concluyera que de esta clase de demandas no podían seguir conociendo los Jueces aduaneros, desató el incidente en ese sentido, ordenando que el negocio siguiera en el Tribunal Superior. Pero es obvio que nada se oponía a que el Tribunal, a su vez adoptara la conducta que fuera del caso para que el negocio quedara radicado definitivamente en la oficina judicial que legalmente correspondía. (Negocios Generales. Abril 25/59. Número 2210) 477, 2ª y 478, 1ª y 2ª

— 16 —

ALUVION (Accesión a predios no deslindados)

En la hipótesis del artículo. 720 del Código Civil, el criterio legal para determinar la accesión a los predios ribereños de los terrenos aluviales dentro de sus respectivas líneas limítrofes prolongadas directamente hasta el agua, descansa obviamente sobre dos bases necesarias: a) Que en realidad se trate del aumento recibido por la ribera de un río o lago a consecuencia del lento e imperceptible retiro de las aguas (719); y b) Que las líneas de demarcación de las heredades ribereñas estén ya definidas sobre el suelo, que es precisamente la finalidad propia del juicio de deslinde y amojonamiento.

De manera que si esta vía judicial se halla en proceso, no habrá definición de la línea limítrofe sino cuando esté ejecutoriado el fallo que ponga fin a la controversia: solo así la linde podrá ser prolongada directamente hasta el agua para enseñar el crecimiento por aluvión de aquellas heredades.

Y cuando no se contempla el lento e imperceptible retiro de las aguas sino la presencia de corrientes devastadoras de los hitos, no hay duda de que entonces la tarea jurisdiccional en el deslinde ha de concretarse a esclarecer y restituir la verdadera colindancia según las pruebas allegadas a

los autos, con apoyo primordial en las titulaciones de las partes. (Casación Civil. Mayo 13/59. Nos. 2211-2212) 534, 2ª y 535, 1ª

— 17 —

Quando el artículo 7º de la Ley 2ª de 1938

ARBITRAMIENTO (Sentencia arbitral)
estipule que las sentencias arbitrales se ejecutorían desde que queden notificadas y son inapelables, de suerte que su ejecución puede exigirse lo mismo que la de las resoluciones judiciales, establece una situación jurídica de carácter general sobre la fuerza vinculatoria que por sí misma tiene el laudo entre las partes comprometidas por el proceso arbitral. De modo que si el fallo de instancia no ha desatendido ese precepto por manera directa sino que considera nula por extemporánea la decisión de los árbitros, la prosperidad de la censura exigiría la demostración de que en concreto alguna norma sustancial resultara violada con quiebra de los soportes en que descansa el fallo, lo cual no se suple con las aseveraciones de que el demandante fue el responsable de la demora o de que no son pocos los fallos judiciales pronunciados fuera del término señalado por la ley. Es obvio que en el recurso extraordinario no le es permitido a la Corte llenar oficiosamente los vacíos de la demanda de casación.

Las normas de los artículos 2.469 y 2.483 del Código Civil, versan sobre la transacción como instituto que no es posible identificar con el compromiso ni con el laudo, en mérito de las diferencias que los separan y especifican, aunque hayan en común algunas características por ser medios idóneos para zanjar amigablemente las disputas entre las partes. Quienes transigen llegan por acuerdo directo a resolver un litigio pendiente o a precaver un litigio eventual, mientras que por virtud del compromiso no terminan ni precaven el litigio sino que lo sustraen de la

jurisdicción común para someterlo al conocimiento de los árbitros. (Casación Civil. Junio 24/59. Nos. 2211-2212) . . . 671, 1ª y 2ª

— 18 —

ARMAS (Competencia para conocer del delito de porte ilegal)

La posesión ilegítima de armas, sean o no estas de uso privativo de las Fuerzas Armadas, está prevista como delito militar por el artículo 257 del Código de la materia (Decreto 250 de 1958), cuyo texto original fue subrogado por el artículo 1º del Decreto 284. Y como dicha actividad no está reprimida como delictuosa por la legislación penal ordinaria, es claro que su conocimiento corresponde a las autoridades militares, como se desprende del numeral 6º del artículo 308 de aquel estatuto, que es menester interpretar en el sentido de que, cuando un hecho esté contemplado como delito exclusivamente por el referido Código, sus autores quedan sujetos a la jurisdicción militar, para evitar el absurdo de que este sea aplicado por funcionarios de la justicia ordinaria.

Ahora bien, el Decreto 326 de 1958 no modificó en forma alguna las citadas disposiciones, por cuanto la medida preventiva de seguridad que, según él, deben aplicar "los Jueces de Instrucción Criminal y donde no existan, los Jueces Municipales" (artículo 9º), se impone "sin perjuicio de la acción penal correspondiente", como de manera explícita lo ordena el artículo 2º ibidem. (Casación Penal. Abril 8/59. Nº 2210) . . . 376, 1ª y 377, 1ª

— 19 —

ARRENDAMIENTO (Tácita reconducción)

El hecho de que el lanzamiento se decretara por la rama jurisdiccional del poder público es de elocuencia suficiente para de-

mostrar no solo el incumplimiento del arrendatario sino también la circunstancia ventajosa para él de continuar con el goce a su satisfacción del objeto. Es notorio que de otra suerte habría hecho uso de los medios extrajudiciales o judiciales adecuados a obtener el cumplimiento de las obligaciones del arrendador o, en último término, para ponerlo en mora de recibir lo arrendado.

Si, por el contrario, aparece que sobre un contrato vencido el arrendador no alcanza a lograr la aquiescencia del arrendatario para las estipulaciones de la prórroga, ni tampoco que el objeto le sea devuelto, no obstante el plazo razonable concedido con esa finalidad, el plano equitativo en contrataciones que se renuevan día a día, como el arrendamiento de cosas, circunscribe la responsabilidad recíproca de las partes y exige que el arrendatario no pueda deducir pretensión alguna valedera en juicio con fundamento en lo que habría de ser su propia culpa. Porque hay error de conducta imputable a un buen padre de familia en no llegar a un acuerdo sobre la prórroga, si desea la continuación del arrendamiento o en no proveer lo conducente a restituir el objeto, si las condiciones del arrendador resultaren en última instancia inallanables. Con mayor énfasis cuando para restituir se ha concedido por el arrendador un lapso prudencial.

Por ministerio del artículo 2.014 del Código Civil, "no se entenderá en caso alguno que la aparente aquiescencia del arrendador a la retención de la cosa por el arrendatario, es una renovación del contrato" y que "si llegado el día de la restitución no se renueva expresamente el contrato, tendrá derecho el arrendador para exigirla cuando quiera".

La tácita reconducción está ciertamente admitida por la norma. Pero esta figura exige esencialmente que el arrendatario no permanezca en el inmueble contra la voluntad del arrendador, y supone su beneplácito al recibir el pago de la renta con posterioridad

al vencimiento o cualquier hecho de ambas partes igualmente inequívoco de su intención de perseverar en el contrato bajo las mismas condiciones que antes.

Mas cuando, al contrario, es inequívoco que el contrato no tuvo prórroga por falta de acuerdo del arrendatario con las nuevas condiciones propuestas por el arrendador, la hipótesis queda al margen de la reconducción tácita, y la permanencia del arrendatario en el inmueble apenas alcanzaría a presentar la aparente conformidad del arrendador con la fuerza de las circunstancias que no le permiten conseguir de una vez la restitución del objeto arrendado. (Casación Civil. Abril 30/59. N° 2210) . . 361, 2ª y 362, 1ª y 2ª

— 20 —

AUTO (Para mejor proveer)

No habiéndose obtenido dentro de la oportunidad que al efecto señala la ley, la prueba adecuada para la determinación del globo de terreno cuyo dominio del subsuelo petrolífero se pretende, ni que los linderos de este se superponen al área de la propuesta de exploración y explotación, es improcedente pedir a la Sala que, usando de la facultad que para dictar autos para mejor proveer le confiere el artículo 60 del Código Judicial, ordene practicar, entre otras pruebas, una inspección ocular a fin de lograr dicha identificación del terreno. Porque es claro que, aun admitiendo que tales autos pudieran ser proferidos en juicios de una sola instancia, como en el presente, no podrían tener por objeto una prueba como la acabada de aludir, toda vez que al ordenarla, no se trataría de hacer más luz sobre algún punto obscuro o dudoso, sino, simplemente, de establecer hechos respecto a los cuales no existe prueba alguna, lo que pugna con la naturaleza de esta clase de providencias. El auto para mejor proveer supone un principio, a lo

menos, de prueba, respecto al punto que se trata de aclarar. (Negocios Generales. Abril 20/59. N° 2210) 471, 1ª y 2ª

— 21 —

AUTO DE PROCEDER (Calificación del delito)

Lo que dispone el artículo 431 del Código de Procedimiento Penal en su último inciso, es que en la parte resolutive del auto de proceder se haga “el llamamiento a juicio por el delito que corresponda, el cual se determinará con la denominación que le de el Código Penal en el respectivo capítulo, o en el correspondiente título cuando este no se divida en capítulos, como homicidio, lesiones personales, robo, estafa”; y lo que prohíbe es “determinar dentro del género de delito la especie a que pertenezca”, o “señalar el artículo especial que se considere aplicable”.

De tal suerte, y como en el Código Penal no hay ningún delito genéricamente llamado en capítulo o título alguno “homicidio imperfecto”, del cual sean especies el “homicidio frustrado”, y la “tentativa de homicidio”, no se viola la expresada norma, ni se incurre por consiguiente en nulidad, cuando en la parte resolutive del auto de proceder se dice que la vocación a juicio por el delito genérico de homicidio se hace en el grado de frustración. (Casación Penal. Mayo 30/59. Nos. 2211-2212) 765, 2ª

— 22 —

AUTO DE PROCEDER (Enjuiciamiento en grado de consumación, frustración o tentativa)

Aunque lo técnico es no indicar en la parte dispositiva del auto de proceder si el enjuiciamiento por un delito genérico se hace en el grado de consumación, frustración o tentativa, el mencionar la segunda de estas

circunstancias no vulnera el derecho de defensa, sino que lo favorece. Porque si dicha providencia es la base del juicio y el pliego de los cargos que se formulan al acusado para que se defienda de ellos, es claro que no podrá condenársele por cargos más numerosos o más graves que los allí contenidos, por cuanto ello equivaldría a juzgarlo, en lo que exceda de estos, sin auto de proceder, que es una de "las formas propias" o características del juicio penal ordinario, y se violaría el artículo 26 de la Constitución; pero sí es posible condenarlo por menos y es lo que acontece con frecuencia —en cuanto al número o gravedad de tales cargos—, lo cual es en el fondo una absolución parcial, precisamente porque el objeto del juicio es debatir estos, para ver si la defensa los elimina en todo o en parte.

Síguese de lo expuesto que si a un sujeto se le encausa por un delito frustrado, no podrá condenársele por el mismo delito en el grado de consumación, pero sí en el de tentativa, si el jurado, en los juicios en que él interviene, acepta "que el hecho se ha cometido con circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario" (artículo 500 del C. de P. P.), que configuran el segundo fenómeno y no el primero, o si el Juez de derecho las estima probadas en los demás casos. (Casación Penal. Mayo 30/59. Nos. 2211-2212).....765, 2ª y 766, 1ª

— 23 —

AUTO DE PROCEDER (Prueba para dictarlo)

Basta la declaración de un solo testigo, siempre que llene los requisitos señalados en el artículo 429 del C. de P. P., para que, cumplidos los demás supuestos legales, pueda y deba dictarse auto de proceder. (Casación Penal. Mayo 6/59. N° 2210) .388, 1ª y 2ª

— B —

— 24 —

BALDIOS (No se adquieren por accesión)
(Véase el aparte *Accesión* en el número 8 de este Índice).

— 25 —

BIENES MOSTRENCOS (Objeto de un delito)

Los semovientes y demás efectos que hayan sido decomisados por las autoridades, como objeto de un delito de robo o hurto, o el producto del remate de los mismos, no puede calificárseles de mostrencos, y en caso de no ser reclamados por sus verdaderos dueños se entregarán al Estado. (Negocios Generales. Abril 10/59. N° 2210).....

460, 2ª

— C —

— 26 —

CAMBIO DE RADICACION (Coacción)

El ambiente del tumulto y de las injurias de la muchedumbre contra las partes en el momento de la audiencia pública, no solo resta al debate judicial parte de la necesaria serenidad del ánimo, de su objetividad y de su independencia, sino que convierte sus resultados en inseguros y sospechosos. En un caso tal, es difícil saber hasta dónde la bochornosa presión de una multitud irresponsable pudo afectar la autonomía del Jurado, desviar su criterio de los cauces normales e influir en la estructuración mental de su veredicto. Pero precisamente esta inseguridad para la valoración de un elemento vicioso y capaz, por sí mismo, de alterar la zona de sosiego en que debe moverse la conciencia de los jurados, es uno de los malos frutos de

la violencia ejercida contra una de las partes, suficiente para adoptar, en concepto de la Corte, la medida extraordinaria del cambio de radicación.

La justicia colombiana requiere la seguridad, siquiera en el grado en que está es posible, de que, en sus decisiones, no ha influido ni influirá la odiosa coacción de las masas, factor sobre cuya eficacia es fácil llamarse a engaño, por ignorancia de los fenómenos de la vida profunda, estudiados por la moderna psicología.

Pudiera objetarse que el vicioso ambiente en que se movió el debate judicial dicho, es cosa superada. Pero ello no es rigurosamente exacto, o se presenta, al menos, como inseguro, cuando el proceso no ha terminado y son múltiples las contingencias a que, naturalmente, queda sujeto. Y, en todas ellas, puede gravitar sobre las mentes de los Jueces y las partes la influencia nefasta de ese ambiente, bien bajo la forma de ecos de lo pasado, bien como posibilidades de repetición, bien como nueva realización efectiva. Existiendo el remedio del cambio de radicación, la justicia no tiene por qué correr los riesgos que, vistas las circunstancias anotadas, acompañan a tales contingencias. (Casación Penal. Enero 29/59. Nos. 2207-2208-2209).....162, 1ª y 2ª

— 27 —

CAMBIO DE RADICACION (Por sindicación formulada por la opinión pública)

La creencia del procesado de que la opinión pública lo sindique como autor intelectual de determinado delito y de que tal animadversión perjudica gravemente el proceso que se le adelanta, no puede ser por sí sola, suficiente fundamento para justificar el cambio de radicación del expediente. La "opinión pública" puede sindicarse a una persona, con razón o sin ella; y en este último evento, no se sigue, necesariamente, la exis-

tencia de animadversión. Y mucho menos se justifica el cambio de radicación, si de las pruebas acompañadas a la solicitud, rectamente entendidas, se deduce que no es la "opinión pública" la que le hace el cargo de homicidio al procesado, sino que son las autoridades del lugar las que lo han señalado bajo este calificativo, dentro de un proceso normalmente adelantado.

De las providencias desfavorables para el acusado que profiera el Juez que conoce del negocio, tampoco puede desprenderse prevención alguna contra aquel, sino la expresión de puntos de vista que pueden y deben ser debatidos, mediante el ejercicio de los recursos legales contemplados, al efecto, en el estatuto procesal, si es que se considera abusiva e ilegítima la actitud del funcionario. (Casación Penal. Enero 29/59. Números 2207-2208-2209).....158, 2ª y 159, 1ª

— 28 —

CAMBIO DE RADICACION (Pruebas para el)

Con las pruebas que libremente y en forma incompleta haya escogido el interesado para fundamentar su solicitud de cambio de radicación, es impropio pretender que la Corte entre en la crítica del acervo probatorio procesal y revise los puntos de vista de los Jueces, como si se tratase de una instancia. Ello es del todo extravagante para tales fines. (Casación Penal. Enero 29/59. Nos. 2207-2208-2209).....159, 2ª

— 29 —

CAMBIO DE RADICACION (Sus fundamentos)

Es primordial fundamento del cambio de radicación de un proceso penal el de la recta administración de justicia. Pero esta no podría impartirse así, sin la remoción de cual-

quier causa perturbadora del sereno y libre otros términos: la indebida aplicación se trámite de un proceso, así ese motivo perturbador sea solo el que subjetivamente resulte del temor a represalias que se estima pueden tomar las personas interesadas en torcidos resultados del juzgamiento. (Casación Penal. Enero 28/59. Nos. 2207-2208-2209)157, 2ª

— 30 —

CASACION CIVIL (Absolución de posiciones)

El justiprecio que el Tribunal le haya dado a la falta de constancia que el artículo 620 del Código Judicial ordena dejar al Juez y al Secretario sobre la no comparecencia del litigante citado a absolver posiciones, no puede considerarse en casación, porque implicaría la revisión de una etapa del juicio ya superada, la cual, por mandato del artículo 618 ibidem corresponde exclusivamente al fallador de instancia. De otra parte, el art. 620 no le asigna un valor probatorio a esa constancia. Simplemente ordena que del acto de la no comparecencia se deje testimonio en el expediente por medio de nota que suscriben el Juez y el Secretario. (Casación Civil. Junio 22/59. Nos. 2211-2212) ...669, 1ª

— 31 —

CASACION (Acusación simultánea por aplicación indebida e interpretación errónea de una misma norma)

No es de recibo atacar simultáneamente por aplicación indebida e interpretación errónea de una misma norma, ya que la primera noción significa que aquella no ha debido hacerse operar sobre la cuestión litigiosa, por ser ajena a esta, mientras que la segunda consiste en hacer actuar la norma que corresponde al caso controvertido, pero en un sentido diverso del que ella tiene. En

presenta cuando entendida rectamente una norma se aplica a un hecho o a una situación no prevista o regulada por ella, al paso que la errónea interpretación se produce cuando el juzgador acierta en la norma que debe aplicar, pero yerra en su verdadero significado. - (Casación Civil. Junio 11/59. Nos. 2211-2212)625, 2ª

— 32 —

CASACION (Acusación simultánea por errores de hecho y de derecho)

En principio no se aviene a la técnica de casación proponer respecto a una misma prueba un error de derecho y un error de hecho en su estimación, pues si el sentenciador le negó el mérito legal a un medio probatorio o le dio el que no poseía, es obvio que la apreció desde el punto de vista de la evidencia, ya que en el primer caso dejó de estimarla en su valor legal y en el segundo, la estimación fue jurídicamente equivocada.

Sin embargo, cuando se aducen cargos con tal defecto, la Corte obrando en vía de amplitud, examina de preferencia el referente al error de derecho, que presupone que la prueba no se ha ignorado, lo que descarta generalmente la posibilidad del error de hecho. (Casación Civil. Junio 11/59. Números 2211-2212)625, 1ª

— 33 —

CASACION (Apreciación de pruebas)

En el recurso de casación no se puede reabrir el debate probatorio, haciendo la Corte por su cuenta un nuevo análisis de los elementos de convicción aportados al juicio para tratar de llegar a nuevas y diferentes conclusiones de las adoptadas por el Tribunal, sino solo en el caso de que se precisen los errores manifiestos de hecho o de derecho en que incurrió el sentenciador, errores

provenientes de apreciación equivocada o de falta de apreciación de determinada prueba, que llevaron al Juez de instancia a la violación de una norma sustancial que a su turno incide en la resolución del pleito. En tal caso la Corte solo puede entrar a estudiar la prueba que el recurrente estima erróneamente valorada o desestimada, pero no las demás. (Casación Civil. Marzo 18/59. Números 2207-2208-2209).....97, 1ª y 2ª

— 34 —

CASACION (Buena o mala fe del poseedor vencido)

La calificación de la buena o mala fe del poseedor vencido es un punto que permanece dentro de la soberana apreciación del fallador de instancia (G. J. LXIII, pág. 731), salvo demostración de evidente error de hecho en las pruebas que lo llevaron a una conclusión sobre el particular, de modo que hace referencia a violación indirecta por dicho tipo de error. (Casación Civil. Mayo 4/59. Nos. 2211-2212).....503, 2ª

— 35 —

CASACION (Cargos formulados subsidiariamente)

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 solo 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 solo se encuentra relevada de considerar los restantes, en el supuesto de que prospere alguno, según el artículo 538

ibidem. (Casación Civil. Febrero 2/59. Nos. 2207-2208-2209).....22, 2ª y 23, 1ª

— 36 —

CASACION (Contra sentencia aprobatoria de la partición)

“El recurso de casación no es oportunidad procesal ni medio adecuado para atacar la legitimidad de una sentencia aprobatoria de una partición... con base en objeciones no formuladas dentro del término legal de traslado que establece el art. 964 del C. J., o distintas de las que los interesados opusieron efectivamente en esa única oportunidad del proceso”. (G. J. LXIII, pág. 675). (Casación Civil. Mayo 13/59. Nos. 2211-2212) . . .538, 2ª

— 37 —

CASACION (Crítica de las pruebas)

La crítica de detalles de carácter secundario que se formulan a las pruebas del juicio, sin argumento alguno capaz de desvirtuar su eficacia probatoria, resultan improcedentes ante la Corte cuya esfera de acción, en estos casos, está limitada a corregir los errores evidentes de hecho y los de derecho de que adolezca el fallo sometido a su juicio. (Casación Civil. Marzo 17/59. Números 2207-2208-2209).....84, 2ª

— 38 —

CASACION (In pejus)

Exige el equilibrio jurídico que si por la sola rectificación de doctrina se alcanza el fin principal de uniformar la jurisprudencia que persigue el recurso extraordinario, no sea susceptible de infirmación el fallo cuando ya la Corte como juez de instancia, en materias vinculadas exclusivamente al interés privado, estaría en la necesidad de resolver

en forma empeorativa de la situación procesal del recurrente.

Ello porque si el orden público no entra en juego y hay acuerdo de las partes sobre lo que válidamente ha resuelto el sentenciador sobre algunos extremos de la litis, no sería plausible en casación quebrantar la aquiescencia del adversario no impugnador del fallo, porque prosperara el recurso de la contraparte que está conforme también con la resolución del sentenciador sobre esos mismos extremos, y se limita a mostrar su inconformidad con lo resuelto sobre los extremos restantes a través del ejercicio del derecho de recurrir en casación. El correcto empleo de un derecho, que se manifiesta en la prosperidad de la censura, no podría sin mengua de la justicia volverse nunca contra su legítimo titular, lo que sería el resultado de la casación *in peius*. (Casación Civil. Junio 3/59. Nos. 2211-2212) 607, 1ª

— 39 —

CASACION (Interés jurídico para recurrir)

“El interés jurídico para recurrir en casación puede no existir... porque la sentencia del Tribunal no infiere ningún agravio al recurrente”. (G. J., tomo LXII, pág. 50). “Es necesario que la sentencia contra la cual se interpone la casación infiera agravio a la parte recurrente, porque la casación lo mismo que la apelación, legalmente ha de entenderse interpuesta en lo desfavorable al recurrente”. (G. J., tomo LXIV, pág. 792). (Casación Civil. Junio 22/59. Números. 2211, 2212) 666, 1ª

— 40 —

CASACION (Ley sustantiva para estos efectos)

El artículo 230 del Código Judicial no es norma sustantiva sino procesal, en cuanto

establece el requisito de la capacidad para ser parte en un juicio. Además, la carencia de este presupuesto procesal, no llevaría a la negación de las peticiones, que es resolución de fondo, sino a la inhibición del fallador para considerar las acciones instauradas. (Casación Civil. - Junio 22/59. Nos. 2211-2212) 669, 2ª

— 41 —

CASACION (Ley sustantiva para estos efectos)

La norma del artículo 12 de la Ley 45 de 1936, no constituye ley sustantiva o sustancial, pues no reconoce derechos a los asociados, sino meramente establece requisitos sobre personería procesal, o sea que entroniza un caso de *ius postulandi* en esta clase de negocios, para los abogados titulados. (Casación Civil. Mayo 11/59. Nos. 2211-2212) 514, 2ª y 515, 1ª

— 42 —

CASACION (Ley sustantiva para estos efectos)

Los artículos 328 y 329 del Código Judicial no son de carácter sustantivo, en estricto sentido, por cuanto no consagran derechos a favor de los particulares. Son simples normas, definiciones generales de determinadas figuras procesales. Distinto sería si, en concreto, se hubiera dejado de apreciar una excepción perentoria. (Casación Civil. Abril 22/59. N° 2210) 341, 1ª

— 43 —

CASACION (No la puede interponer quien no haya apelado de la sentencia desfavorable de primer grado)

Aunque el Municipio esté conforme, no puede hacerse efectiva la obligación decla-

rada en el fallo adverso de primera instancia sin que preceda el grado de consulta establecido por la ley como protección excepcional y extraordinaria en favor del Estado, los Departamentos y los Municipios. Pero, como es obvio, la consulta se agota y pone fin a la dicha tutela jurídica especial cuando es proferida la sentencia que cierra el segundo grado de la litis.

Surtida la consulta, cobra fuerza absoluta la aquiescencia al fallo condenatorio, como fenómeno automático que priva de base adecuada a la misma parte para censurar en casación la sentencia confirmatoria, y despoja a la Corte de competencia para calificar el mérito de la respectiva demanda.

Cuando hay conformidad del vencido con el fallo judicial que le es adverso, no se descubre, en efecto, ninguna base plausible para dar cabida al arrepentimiento en casación.

El hecho de que el recurso se admitiera no liga a la Corte según doctrina reiterada que puede consultarse en la GACETA JUDICIAL LXXVII, 2.138 y 2.139, 51, 2ª. (Casación Civil. Abril 21/59. N° 2210)
330, 1ª y 2ª

— 44 —

CASACION (Por errónea apreciación de indicios)

Salvo cuando es manifiesta la correspondencia necesaria entre el hecho índice y el indicado en cumplimiento de leyes elementales de la naturaleza, el mérito del indicio no es absoluto sino apenas probable y se pondera no objetiva sino subjetivamente por la certeza moral del sentenciador, quien por inferencias graves, precisas y conexas entre sí, puede llegar a la convicción íntima y firme de que el hecho litigioso se encuentra probado plenamente.

Por modo que si dentro del recinto de la certeza moral y la convicción íntima no cabe establecer en el recurso extraordinario ningún género de jerarquía, y puesto que presuntivamente el fallo de instancia se entiende ajustado a la tarifa en la valoración de las probanzas, ha de seguirse en casación que los poderes discrecionales del sentenciador al apreciar la prueba por indicios están llamados a prevalecer, a menos que se demuestre error de derecho o yerro evidente de hecho en el juicio del sentenciador, lo que es de todo punto excepcional.

No ocurre a menudo que escape a los ojos del juzgador el medio que evidencia en el proceso cómo determinado hecho se cumplió o no tuvo existencia, para que según esto se de o no por probado el índice, con palmario error de hecho. O bien, que el nexo entre el índice y el indicado no armonice con los dictados del sentido común o esté en oposición con leyes elementales de la naturaleza, para que por el aspecto subjetivo pudiera predicarse error evidente de hecho.

Tampoco es común que por medios extraños al régimen legal de probanzas se tengan por acreditados los hechos indicativos o que se desconozca su prueba producida conforme a la tarifa. Ni sucede con frecuencia que sean recibidos los indicios por el juzgador cuando la ley rechaza esa prueba. Por todo lo cual es también de excepción en esta materia el error de derecho.

Así lo ha dicho la Corte. (Casación, junio 12 de 1958, LXXXVIII, 176).

De donde emerge el principio general acerca de que la discusión sobre el mérito probatorio de los indicios termina en la instancia, y se destaca la razón por la cual ante la Corte prevalece casi siempre el convencimiento del sentenciador fundado en indicios. (Casación Civil. Marzo 20/59. Nos. 2207-2208-2209)105, 1ª y 2ª

— 45 —

CASACION (Por error en la interpretación de doctrinas de la Corte)

El cargo referente a error en la interpretación de las doctrinas de la Corte se halla fuera de la órbita en que el artículo 520 del Código Judicial coloca los siete motivos o causales que respaldan el recurso de casación. La tacha por este aspecto no puede ser objeto de consideración. (Casación Civil. Abril 14/59. N° 2210).....317, 2ª

— 46 —

CASACION (Presentación de la demanda antes del traslado)

La ley establece el término de treinta días para fundar la casación (C. J., artículo 530), vencidos los cuales si así no se hace debe declararse desierto el recurso (artículo 532 ibidem). Dicho término preclusivo tiene por fin que el recurrente asuma en tiempo razonable la carga de fundar el recurso, lo cual es indispensable para que la Corte precise su radio de acción, ya que, como es sabido, esta entidad no puede moverse sino en el campo que el recurrente le delimita en cuanto a las causales invocadas y sus aspectos diversos.

Pero nada se opone a que con antelación a dicho plazo pueda aducirse la demanda, pues lejos de entorpecer el procedimiento puede que en algunos casos se acelere. Además, la demanda ya ha ingresado al proceso cuando el término para proponerla se conceda, de modo que el opositor la tiene a su disposición en el momento en que le corresponde contestarla, como si se hubiera aducido dentro del traslado respectivo, por lo cual los principios preclusivos no se afectan. (Casación Civil. Mayo 13/59. - Nos. 2211-2212).....537, 1ª y 2ª

— 47 —

CASACION (Soberanía del sentenciador en la apreciación de las pruebas)

Comoquiera que en el recurso extraordinario no se trata de renovar el debate probatorio, cerrado para siempre en la instancia, sino solo de demostrar que la tarifa legal ha sido violada, si se alega error de derecho, o de puntualizar contraevidencia procesal, si error manifiesto de hecho se invoca, está fuera de duda que no alcanzará a ser destruida en casación la sentencia acusada porque el recurrente ensaye un estudio crítico diferente de la prueba testimonial, de recibo como elemento de juicio en alegatos de conclusión, pero no ante la Corte para contradecir el fallo de segundo grado que llega cubierto por la presunción de que las pruebas fueron bien apreciadas y el derecho correctamente aplicado por el Tribunal.

Si en los procesos para declarar la paternidad natural por ministerio de la justicia, el sistema normativo de la causal basada en el concubinato defiere en último término a la convicción del sentenciador formada en lo íntimo de su propia conciencia, la prosperidad de la demanda de casación queda circunscrita al supuesto extraordinario de error craso por lo absurdo o por ignorancia de medios que escaparon a los ojos del juzgador para desvirtuar por vía de consecuencia el juicio que emitiera. Porque si la paternidad no es susceptible de prueba directa y su declaración ha de fundarse en inferencias simples cuando se realiza fuera de matrimonio, el grado mismo de convicción que funden y su vigor para el descubrimiento de la verdad procesal, encuentra refugio en el fuero interno del sentenciador y permanece al abrigo de cualquiera duda que pudiera surgir de algún examen ulterior de los testigos allegados al debate, en razón de que la duda y la evidencia se excluyen recíprocamente como estados mentales y nunca habrá entonces apoyo

plausible para decretar la ruptura del fallo acusado. (Casación Civil. Abril 7/59. Número 2210).....300, 2ª y 301, 1ª

— 48 —

CASACION (Soberanía del sentenciador en la apreciación de las pruebas)

La autonomía de los Tribunales en la apreciación de las pruebas, no es el producto de una concesión de la jurisprudencia, sino que depende de la naturaleza de la prueba y de la manera como debe estimarse; la convicción del Tribunal sobre la fuerza de un medio probatorio, o la falta de convicción, en su caso, no pueden ser variadas por la Corte, pues el recurso extraordinario no permite subrogar la apreciación probatoria, que es operación clausurada en instancia. (Casación Civil. Junio 24/59. Nos. 2211-2212).
700, 2ª

— 49 —

CASACION (Técnica de)

El artículo 531 del Código Judicial dispone perentoriamente que en la demanda de casación se citen los textos legales que el recurrente estime infringidos, formalidad que es de estricto cumplimiento por tratarse de un recurso extraordinario, como es el de casación. Pero como la violación de los preceptos del Código Civil o del Código Judicial que determinan los casos en que hay confesión, constituye lo que se denomina infracción medio, es indispensable que en la demanda se señalen también las disposiciones propiamente sustantivas que el sentenciador violó con el error de derecho en la apreciación de los medios de prueba a que se refiera el cargo. (Casación Civil. Abril 14/59. Nº 2210).....318, 1ª

— 50 —

CASACION (Técnica de)

La Corte ha dicho que en cargos por error, que en últimas versan sobre violación de ley sustancial, es menester, después de invocar error en la apreciación de una prueba y señalar las normas probatorias infringidas (tratándose de error de derecho), citar o enunciar los preceptos sustantivos que han sido violados como consecuencia del error. (Casación Civil. Marzo 17/59. Nos. 2207-2208-2209).....92, 2ª

— 51 —

CASACION (Técnica de)

Se ha dicho por la Corte en varias ocasiones que cuando el fallo recurrido descansa en diversas bases, si deja de atacarse alguna de ellas que sea suficiente para justificarlo, no es posible quebrarlo aunque llegaran a prosperar acusaciones en relación con otros fundamentos. (Casación Civil. Junio 11/59. Nos. 2211-2212).....631, 2ª

— 52 —

CASACION (Técnica de)

Si el impugnador en casación no principia por atacar las bases del fallo, no puede entrar la Corte al estudio de los fundamentos, para saber si el Tribunal incurrió en errores **in procedendo** o **in judicando**, y en caso de encontrarlos establecidos proceder a casar el fallo acusado. (Casación Civil. Junio 16/59. Nos. 2211-2212).....652, 2ª

— 53 —

CASACION (Técnica de)

Tratándose de violación indirecta de la ley, a través de pruebas equivocadamente

apreciadas, el cargo no se ajusta a la técnica de casación cuando no indica la disposición sustancial infringida, que es requisito esencial en estos casos, sino únicamente menciona normas probatorias que se estiman transgredidas. (Casación Civil. Mayo 11/59. Nos. 2211-2212).....514, 2ª

— 54 —

CASACION LABORAL

La abstención en el ejercicio de una simple facultad no sería suficiente para fundar en esa circunstancia acusación alguna contra el fallo recurrido. (Casación Laboral. Febrero 24/59. Nos. 2207-2208-2209) . . 259, 1ª

— 55 —

CASACION (Cuando se alega una nulidad)

La impugnación persigue "se declare, la nulidad íntegra del juicio, por carencia de los presupuestos procesales...". Pero ocurre que el artículo 87 del Código Procesal del Trabajo determina perentoriamente las dos únicas causales del recurso de casación en materia laboral, que son: la de ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea y por contener la sentencia decisiones que hagan más gravosa la situación de la parte que apeló de la de primera instancia o de aquella en cuyo favor se surtió la consulta. Se ve, pues, que la petición de nulidad del libelista no encaja en ninguna de las causales anotadas. (Casación Laboral. Abril 13/59. Nº 2210).....427, 2ª

— 56 —

CASACION (Medios nuevos)

Es inadecuado realizar mutaciones petitorias en el recurso de casación. Lo que no se ha pedido en la primera instancia (dentro

del lapso procesal que corre desde la demanda hasta la primera audiencia de trámite), no puede demandarse en las subsiguientes etapas procesales y mucho menos en el recurso de casación, que no puede tenerse como otra fase del juicio sino como expediente de excepción y extraordinario que conduce a la confrontación entre el proveimiento del fallador de segundo grado y la ley sustantiva. (Casación Laboral. Abril 16/59. Número 2210).....431, 1ª y 2ª

— 57 —

CASACION (No prospera por errores "in procedendo" en materia laboral)

Los errores in procedendo semejantes a los de tal clase en casación civil, no son posibles en casación laboral, porque las causales que se refieren a ellos en el procedimiento civil, quedaron suprimidas por el Código de Procedimiento del Trabajo.

Así, la ilegitimidad de la personería del apoderado del demandante, de la cual el recurrente pretende derivar la incidencia de un error de derecho, por la errónea apreciación de las pruebas que se produjeron en el juicio, constituye precisamente el sexto motivo de casación que, en materia civil, consagra el artículo 520 del Código Judicial, por referirse a la segunda causal de nulidad que, para los juicios, se establece por el artículo 448 ibidem. Esa nulidad, por el motivo indicado, en el procedimiento del trabajo solo puede proponerse en el curso del juicio pero no en casación. (Casación Laboral. Enero 24/59. Nos. 2207-2208-2209).....216; 2ª y 217, 1ª

— 58 —

CASACION (Por costas)

Lo referente a costas en el juicio no es susceptible de casación, no solo por ser un

punto accesorio en el debate, sino también por contradecir el fin principal de este recurso extraordinario que es el de unificar la jurisprudencia nacional del trabajo mediante el examen de las disposiciones sustantivas que consagran los derechos en materia social y que se consideren violadas por la sentencia. (Casación Laboral. Febrero 28/59. Nos. 2207-2208-2209) 269, 1ª y 2ª

— 59 —

CASACION (Por errores "in procedendo")

Los errores in procedendo por sí solos no dan lugar al recurso de casación. Es necesario que el ataque de los fallos acusados señale las normas sustantivas laborales que se consideren infringidas pues este es el punto de partida que sirve a la Sala para cumplir su tarea específica de unificar la jurisprudencia nacional del trabajo. Esta labor solo puede hacerse confrontando la sentencia impugnada con las disposiciones que consagran los derechos esenciales del contrato de trabajo que se estiman violados. (Casación Laboral. Abril 13/59. Nº 2210) 427, 2ª y 428, 1ª

— 60 —

CASACION (Por haberse declarado la existencia o inexistencia de la cosa juzgada)

Como es bien sabido, para que la sentencia dictada en un juicio surta el efecto de cosa juzgada en otro, es necesario que en los dos procesos sean idénticos estos elementos: personas, causa y objeto (artículo 474 del C. J.).

Requírese además que la sentencia del primer juicio esté ejecutoriada y se haya dictado en asunto contencioso. (Artículo 473 ibidem).

La investigación sobre la existencia de la cosa juzgada exige el examen de prueba documental: la demanda y la sentencia del pri-

mer pleito y la demanda del segundo. La confrontación entre estas piezas dirá si en los dos pleitos concurren los tres elementos a que se ha hecho referencia.

Así, pues, la existencia o inexistencia de la cosa juzgada no puede resultar sino de la valoración probatoria que para tal fin debe hacer el juzgador del segundo pleito, por lo cual no es pertinente la acusación por quebranto directo de las disposiciones antes citadas, sino por errores, bien de hecho o de derecho. (Casación Laboral. Febrero 24/59. Nos. 2207-2208-2209) 258, 2ª

— 61 —

CASACION (Por violación de normas sustantivas y procedimentales)

Las normas sustantivas y las normas procedimentales, como lo establece la ley y lo confirma la jurisprudencia, no son susceptibles de una idéntica forma de violación, puesto que las primeras son las que estatuyen los derechos y las segundas los medios o instrumentos para obtener el reconocimiento de aquellos. (Casación Laboral. Febrero 16/59. Nos. 2207-2208-2209) . . 228, 2ª

— 62 —

CASACION (Técnica de)

De conformidad con reiterada jurisprudencia de esta Corte, es aceptable el ataque en casación en que se ha omitido citar expresamente determinado texto legal, necesario para la proposición completa del cargo, siempre y cuando se haya comentado o hecho alusión directa al contenido del mismo por el recurrente. Es muy razonable este criterio porque de otra manera se sacrificaría al rigor formalista de las citas legales el valor intrínseco que encierra toda norma de derecho. (Casación Laboral. Febrero 23/59. Nos. 2207-2208-2209) 252, 2ª

— 63 —

CASACION (Técnica de)

Dentro de un mismo cargo se sostiene simultáneamente violación de la ley por infracción directa y por error de hecho. También la jurisprudencia, con apoyo en la ley, ha aclarado suficientemente que en una misma acusación no se pueden plantear dos impugnaciones que son específicamente distintas, como acontece con las expuestas por el recurrente. Esto es lógico y razonable, ya que la infracción directa se debe estructurar marginando las cuestiones de hecho de la litis; en cambio, la violación por error de hecho se configura primordialmente sobre la materia probatoria de la controversia, lo que determina que la infracción legal sea indirecta. (Casación Laboral. Febrero 16/59. Nos. 2207-2208-2209).....228, 2ª

— 64 —

CASACION (Técnica de)

El extinguido Tribunal Supremo del Trabajo en sentencia de 9 de abril de 1951 — juicio seguido por Enrique Sanclemente S. contra "Saavedra, Suso y Cía. Limitada"—, dijo:

"En cuanto al error de hecho en la apreciación de las pruebas, es de observar que según reiterada jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Suprema de Justicia, cuando la sentencia materia del recurso de casación se apoya en un conjunto de medios de prueba que concurrieron todos a formar la convicción del fallador, no basta para infirmarla que se ataquen algunos de tales medios, suponiendo eficaz el ataque, si los que restan son suficientes para apoyar la solución a que llegó aquel, ni tampoco que se hayan dejado de estimar algunas pruebas, si la sentencia se funda en otras que no

han sido atacadas". - (Casación Laboral. Abril 27/59. N° 2210).....455, 1ª

— 65 —

CASACION (Técnica de)

La jurisprudencia de la Corte —como la del antiguo Tribunal Supremo del Trabajo— ha insistido sobre la inconducencia de las demandas de casación que no se ajusten a las formalidades establecidas por la ley para la sustentación de éste recurso. Una de ellas —establecida por el artículo 90 del C. de P. L.— es la indicación concreta del concepto de violación, esto es el señalamiento preciso de si la ley ha sido violada por infracción directa, por aplicación indebida o por interpretación errónea. El juzgador de casación —al cual deben presentársele el concepto o conceptos violatorios— carece de facultades y en muchas ocasiones aun de posibilidades para entrar a descubrirlos oficiosamente. (Casación Laboral. Abril 16/59. N° 2210) . .

430, 2ª y 431, 1ª

— 66 —

CASACION PENAL

No es dable a la Corte intentar, al margen del recurso de casación, otro extraordinario para pronunciarse sobre la invalidez de un fallo anterior que sirve, precisamente, de presupuesto de la reincidencia. (Casación Penal. Junio 18/59. Nos. 2211-2212) .788, 1ª

— 67 —

CASACION (Cuándo puede interponerla la parte civil)

Los artículos 556 y 557 del Código de Procedimiento Penal, señalan con toda precisión cuáles son las sentencias casables *ratione materiae*. El 558 *ibidem* dice quiénes pue-

den, en general, interponer el recurso; y el 559 de la misma obra determina, con carácter especialísimo y en términos muy netos quiénes pueden ser recurrentes cuando la sentencia demandada o por demandar es condenatoria.

Este último artículo dice así:

“Las partes mencionadas en el artículo anterior (el procesado y el Ministerio Público) y la parte civil podrán interponer recurso de casación contra las sentencias condenatorias a que se refieren los artículos 556 y 557 en lo referente a la indemnización de perjuicios, cuando la cuantía sea o exceda de tres mil pesos”.

Esto quiere decir: a) Que los artículos 556 y 557 se refieren a sentencias condenatorias y absolutorias; b) Que el artículo 559 recién transcrito, no reconoce a la parte civil el derecho de recurrir en casación contra las sentencias totalmente absolutorias. (Casación Penal. Abril 10/59. N° 2210). 381, 2ª y 382, 1ª

— 68 —

CASACION (Cuando se decreta condena condicional)

La Sala estima que el beneficio de la condena condicional (artículo 80 del Código Penal) lo otorga o no lo otorga el fallador atendiendo a lo que le dicte su convicción íntima. Se trata, en este caso, de una facultad que el fallador de instancia solo puede ejercer si concurren en el procesado los factores a), b) y c) del artículo 80 ibidem.

Si pues el Tribunal, como lo prevé el referido ordinal c) llegó a la convicción de que el procesado no era acreedor al beneficio de la condena condicional, esa convicción íntima no podría ser válidamente modificada dentro del recurso extraordinario de casación. (Casación Penal. Abril 10/59. N° 2210) 385, 1ª y 2ª

— 69 —

CASACION (Demanda de)

Es esencialmente defectuosa la demanda en la cual, sin decir expresamente la causal que se invoca, se impugna la sentencia recurrida por ser “violatoria de la ley penal, por indebida aplicación de la misma”, y trata de sustentarse el cargo mediante la demostración de que se aceptaron como probadas circunstancias no acreditadas en el proceso, y no se tomaron en cuenta las que sí lo están. Porque lo que aquí ocurre es que se enuncia una causal (la 1ª) y trata de demostrarse otra (la 2ª). En tales circunstancias, debe la Corte desechar la causal aducida, por no encontrarla justificada (artículo 569 del C. de P. P.), y no admitir la que trató de demostrarse, por no haberse alegado (artículo 568 ibidem). (Casación Penal. Mayo 30/59. Nos. 2211-2212). 768, 2ª y 769, 1ª

— 70 —

CASACION (Demanda de)

La demanda de casación debe formularse con arreglo a lo previsto en el artículo 531 del C. J., ya que no otra cosa se desprende de lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley 94 de 1938. Conforme a aquel precepto legal esa demanda “debe contener un resumen de los hechos materia de la controversia”. La omisión de tal resumen reviste importancia, pero, en sentir de la Sala, no en grado tan extremo que se haga necesario declarar desierto el recurso. Ello implicaría la aplicación de un criterio, no propiamente severo sino, incluso, peligroso, en fuerza que podría correrse el riesgo de sacrificar el derecho al rigorismo de la forma seca y anquilosada. (Casación Penal. Mayo 18/59. Nos. 2211-2212)747, 1ª

CASACION (En procesos con intervención del jurado)

No es discutible, a la luz de lo dispuesto por los artículos 28 de la Ley 4ª de 1943 y 499 del Código de Procedimiento Penal, que el jurado debe aceptar o negar “el hecho o hechos materia de la causa conforme al auto de proceder, determinando las circunstancias que lo constituyen”, y que al Juez de derecho solo incumbe apreciar y calificar “las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, cuando no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito”. Ahora bien, si “los elementos constitutivos del delito... serán la base de la comprobación del cuerpo del delito”, como lo ordena el artículo 272 del mismo C. de P. P., tampoco resulta dudoso que al pronunciarse el Tribunal Popular sobre aquellos extremos, lo que hace es admitir o rechazar que están probados el cuerpo del delito y las circunstancias modificadoras pertinentes.

Porque lo anterior es así; porque en los juicios en que interviene el jurado el fallo de instancia no se dicta conforme a las pruebas del proceso, sino de acuerdo con el veredicto (artículo 480 *ibidem*), y porque los jueces del pueblo deben pronunciar este “sin atender voz distinta” a la de su “personal conciencia” (artículo 528), vale decir, sin sujetarse a normas legales para la formación de su convencimiento, en aquellos no pueden atacarse en casación, sobre la base de que no han sido demostrados, los hechos referentes al cuerpo del delito ni a las circunstancias modificadoras de la infracción básica. (Casación Penal. Mayo 30/59. Nos. 2211-2212)768, 2ª

CASACION (Interpuesta por el Ministerio Público)

El Ministerio Público no es ni puede ser “representante o defensor” de ningún reo, aunque “como representante de la sociedad” debe procurar “la defensa de las personas acusadas sin justa causa” (artículo 92 del Código de Procedimiento Penal) para que aquella no sufra perjuicios con la condena de un inocente. En consecuencia, si un Fiscal de Tribunal Superior interpone recurso de casación, debe entenderse que el Ministerio Público es la parte recurrente, y no el procesado, aunque al momento de sustentarlo lo haga en términos que puedan favorecer a este. (Casación Penal. Abril 10/59. Número 2210)379, 2ª y 380, 1ª

CASACION (Interpuesta y sustentada por el Ministerio Público)

El Procurador General de la Nación (o su Delegado correspondiente) es quien representa a la sociedad, como parte, en los recursos de casación (artículos 160 y 178, 1º, del Código Judicial). Y cuando el artículo 3º del Decreto 1.154 de 1954 dispone que el Fiscal de Tribunal Superior que interpusiere uno de ellos “debe tenerse como parte recurrente para los efectos de presentar la respectiva demanda dentro del término señalado por el artículo 563 del Código de Procedimiento Penal, demanda que podrá ampliar el Procurador General de la Nación”, consagra, para tal supuesto, la existencia de dos reales recurrentes, cuando este funcionario hace uso de dicha facultad. De aquí se sigue que, conforme a la última de las disposiciones citadas, cada uno de ellos tiene un término de quince días para cumplir su cometido, y que “si el recurso no se fundare

dentro" de él, debe ser declarado desierto (artículo 565 ibidem).

Estima la Corte necesario ponerle fin al vicio, desventuradamente ya tradicional, de permitirles a los Agentes del Ministerio Público, sin consecuencia alguna, ampliar o contestar las demandas de casación después de vencido con creces el plazo que la ley les fija para ello. Tales funcionarios están colocados en un mismo pie de igualdad con las demás partes respecto a estas materias, y no pueden invocar el privilegio de no respetar los términos judiciales, porque uno de de sus deberes específicos es precisamente el de procurar que ellos se cumplan (artículos 175 del Código Judicial y 99 del C. de P. P.).

Consecuente con lo anterior, la ampliación de la demanda de casación que no presente en la oportunidad legal el señor Agente del Ministerio Público, debe declararse desierta. (Casación Penal. Febrero 12/59. Nos. 2207-2208-2209).....178, 1ª y 2ª

— 74 —

CASACION (Recurso de)

El de casación es un recurso extraordinario que sólo se concede y tramita a la parte que lo interpone personalmente, "o por su representante o defensor" cuando se trata del procesado (artículo 558 del Código de Procedimiento Penal) fuera de los supuestos en que se refiere a la indemnización de perjuicios. (Casación Penal. Abril 9/59. Número 2210).....379, 2ª

— 75 —

CASACION (Violación del artículo 26 de la Constitución)

El artículo 26 de la Constitución no es susceptible de violación por el hecho de apli-

car las formas del juicio que una Ley o un Decreto hayan establecido con anterioridad a la consumación del delito que da lugar al juzgamiento, precisamente porque ese precepto de la Carta no establece formas de juicio sino que garantiza las que hayan sido señaladas en las normas legales, que es a las que incumbe semejante misión. (Casación Penal. Mayo 18/59. Nos. 2211-2212) .747, 2ª

— 76 —

CAUSAL 1ª DE CASACION CIVIL (Errónea interpretación de la demanda)

Si el Tribunal, basado en los hechos relatados en el libelo, interpretó la demanda en el sentido de considerar que la acción principal instaurada es la de simulación y no la de nulidad absoluta de un contrato de compraventa, la acusación de la sentencia no es procedente por el motivo de no estar esta en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas, con fundamento en el ordinal 2º del artículo 520 del Código Judicial sino por la causal 1ª de la misma norma, en cuanto el Tribunal en la interpretación de la demanda incurrió "en error de derecho o en error de hecho manifiesto en los autos". (Casación Civil. Febrero 16/59. Nos. 2207-2208-2209)51, 2ª

— 77 —

CAUSAL 1ª DE CASACION (Errónea interpretación de la ley)

El error de interpretación de una norma legal no da margen para infirmar una sentencia, cuando no ha sido dicha norma la que reguló el litigio, sino otras las que lo rigeon. (Casación Civil. Febrero 28/59. Números 2207-2208-2209).....77, 2ª

— 78 —

CAUSAL 1ª DE CASACION (Ley sustantiva para estos efectos)

El artículo 381 del Código Judicial no tiene el carácter de norma sustantiva o sustancial, por cuanto no se consagra en ella un derecho, sino de adjetiva o procesal, dado que solamente se limita a indicar la manera como debe fallarse el juicio en los supuestos que contempla en sus cuatro ordinales. (Casación Civil. Marzo 21/59. Nos. 2207-2208-2209) 111, 2ª

— 79 —

CAUSAL 1ª DE CASACION (Ley sustantiva para estos efectos)

El artículo 471 del Código Judicial no es una norma de carácter sustantivo, porque no consagra un derecho subjetivo, sino puramente procesal, por cuanto dispone la forma y el contenido que debe tener la sentencia, por medio de la cual se declara o se niega el derecho, cuyo reconocimiento o protección se invoca en la demanda. Su violación no da margen para fundar un cargo en casación. (Casación Civil. Abril 14/59. Número 2210).....317, 1ª

— 80 —

CAUSAL 1ª DE CASACION (Ley sustantiva para estos efectos)

El carácter de ser sustantiva o adjetiva una disposición legal, no consiste ni depende de su colocación en tal o cual código, pues como lo ha declarado la Corte, disposiciones adjetivas se hallan incorporadas en el Código Civil, como sustantivas las hay en el Código de Procedimiento Civil.

El artículo 1.115 del Código Judicial, como

lo dijo la Comisión Redactora de dicho estatuto, congruente con la rúbrica del Título XXVII del mismo y en concordancia con el concepto jurídico de tenencia, establece que las disposiciones sobre lanzamiento de arrendatario se aplican también a la restitución de objetos dados en comodato, depósito, prenda, anticresis, o sobre los cuales se tenga un derecho de retención ya extinguido. Según lo expuesto, el citado artículo es de carácter meramente adjetivo o procedimental y como conforme a lo dispuesto en el ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial, el cargo de violación de la ley debe referirse a preceptos de carácter sustantivo, es decir, a normas creadoras o reguladoras de derechos de esa índole, es obvio, que no tienen incidencia en casación los reparos que se hacen a la sentencia por concepto de violación de disposiciones adjetivas. (Casación Civil. Febrero 28/59. Nos. 2207-2208-2209). 77, 2ª y 78, 1ª

— 81 —

CAUSAL 1ª DE CASACION (Ley sustantiva para estos efectos)

Si en particular el cargo está basado en violación de los artículos 960, 964 y 965 del Código Judicial, carece por este aspecto de aptitud para trascender al recurso por la causal primera, toda vez que no atañen a normas estructurales del derecho sino que solo versan sobre el procedimiento. Ni es más idónea la acusación por alegar al mismo tiempo el quebranto de las reglas 7ª y 8ª del artículo 1.394 del Código Civil, puesto que ellas tampoco objetivan derechos cuando apenas describen la orientación general para guiar a quien está llamado a resolver al abrigo de la buena fe y los principios de equidad las variables y diversas situaciones de hecho que la práctica cotidiana ofrece a la autoridad jurisdiccional. (Casación Civil. Abril 21/59. Nº 2210).....333, 2ª

— 82 —

CAUSAL 1ª DE CASACION (Por errónea interpretación de la demanda)

Cuando el fallo de segunda instancia se basa en la interpretación de la demanda, la cual es una prueba sometida a la interpretación del sentenciador, el cargo de incongruencia no cabe hacérsele a la sentencia con respaldo en la causal 2ª del artículo 520 del Código Judicial; en tal evento, el fallo solo es atacable formulando el cargo con apoyo en la causal 1ª por violación de la ley por apreciación errónea del libelo en cuanto el Tribunal incurrió en error de derecho o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos.

Sobre el particular esta Corte ha dicho: "...la interpretación de una demanda corresponde al fallador de instancia y solo puede ser variada por la Corte en el caso de que ante ella se alegue y demuestre un error de hecho manifiesto". (G. J., Tomo LXXX, número 2.153, pág. 33. Casación de 18 de abril de 1955. Tomo LXXXI, números 2.160-61, pág. 971. Casación diciembre 15 de 1955). (Casación Civil. - Enero 28/59. Nos. 2207-2208-2209) 13, 1ª

— 83 —

CAUSAL 1ª DE CASACION (Técnica de)

Es deber del recurrente señalar la prueba que considera apreciada erróneamente por el fallador de instancia, pues el segundo inciso del numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial dice: "Si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba" (se subraya), lo cual implica, que en este caso haya que señalar la prueba apreciada indebidamente o aquella dejada de apreciar, porque solo en relación con ella es posible saber si

incurrió en falsa apreciación o en ausencia de esta.

La Sala ha repetido muchas veces que el error de derecho se produce como consecuencia de una equivocada apreciación de pruebas, y viola las disposiciones probatorias pertinentes por darle al medio un valor diverso al que la ley le asigna, por lo cual debe el recurrente indicar el precepto probatorio infringido. Y como esta transgresión debe refluír en normas sustanciales que se quebranten por indebida aplicación o por falta de esta, ellas deben igualmente indicarse, así como el concepto de violación. (Casación Civil. Mayo 4/59. Nos. 2211-2212)... 503, 2ª

— 84 —

CAUSAL 1ª DE CASACION (Violación directa e indirecta de la ley)

La aplicación indebida de una norma es una de las tres formas como puede llegarse a la violación directa, según el numeral 1º, primer inciso, del artículo 520 del Código Judicial. Es sabido que además de dicho tipo de violación existe la indirecta, esto es, la que se configura a través de errores de hecho o de derecho en la apreciación de determinada prueba.

La Corte ha dicho sobre el particular: "La infracción directa hiera la ley derechamente, sin rodeos, sin el medio o vehículo de los errores en el campo probatorio. No entra en juego el error de hecho ni el error de derecho, expresiones estas que por lo demás deben reservarse en casación, contra una costumbre bastante generalizada, para designar exclusivamente equivocaciones sufridas por el Tribunal de instancia en la tarea investigativa en el campo probatorio, y no los errores en general en que pueda incurrir en las funciones de juzgar. Como se trata de agravio inferido a la ley por fuera de esa tarea, el juzgador trabaja con los textos le-

gales sustantivos únicamente y ante ellos enjuicia el caso; ya sabe si los hechos están probados o no están probados, parte de la base de una o de otra cosa, y solo le falta aplicar la ley a los hechos establecidos: "La violación indirecta de la ley ocurre siempre con motivo de la labor investigativa del Tribunal en el campo probatorio; fuera de este no puede haber violación indirecta de la ley. Así, pues, solo cuando trate de saber el juzgador de instancia si los hechos materiales del litigio, están o no probados, es cuando puede acaecer la violación indirecta, esto es, por contragolpe, a causa de las equivocaciones que sufra el sentenciador en esa investigación". G. J. Tomo LXXVIII, pág. 604).

De esta manera, es perfectamente claro que dentro de un cargo por violación directa, por cualquiera de sus tres fases, es ajena la cuestión probatoria, la cual puede dar base solo a la violación indirecta, ya que la violación directa parte del supuesto de que la cuestión de hecho se admite tal cual la fijó el Tribunal. (Casación Civil. Febrero 11/59. Nos. 2207-2208-2209)34, 2ª

— 85 —

CAUSAL 2ª DE CASACION CIVIL (Alegada contra sentencia aprobatoria de la partición)

La causal segunda, de "no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes" permite corregir en casación el error cometido en la instancia cuando no es desatado como en derecho corresponde al vínculo jurídico que para las partes emerge del debate judicial: o porque la decisión versa sobre extremos no incluídos ni en la acción ni en la defensa; o porque disminuya o exagere el contenido que en derecho tiene la pretensión de cualquiera de las partes en la medida de su prevalencia. Pero cuando en concreto el

marco procedimental deja por fuera de la controversia el hecho de la comunidad universal y el carácter de ser todos los partícipes quienes se apersonaron en el juicio precisamente para terminar la indivisión, se descubre con claridad indiscutible que la aprobación judicial del acto partitivo desata por completo los elementos integrantes del lazo jurídico procesal, bien sea que procedieran o no objeciones prósperas o infundadas con respecto al trabajo hecho o rehecho para liquidar la masa partible. La conformidad de los no objetantes y las objeciones de quienes disientan, delimitan las pretensiones recíprocas de las partes, pero solo dentro del ámbito determinado en el estudio de la censura que antecede, y la sentencia aprobatoria del trabajo final resuelve en definitiva sobre la validez de todos los reparos a la partición, salvo arbitrariedad manifiesta, según viene dicho. (Casación Civil. Abril 21/59. Nº 2210)334, 1ª y 2ª

— 86 —

CAUSAL 2ª DE CASACION (Consonancia con las excepciones propuestas)

La causal 2ª de casación, solo puede prosperar cuando indebidamente se deja de fallar sobre algo de lo sometido a la decisión judicial, o cuando se resuelve sobre cuestiones extrañas al litigio, o cuando en una palabra, se falla con exceso o por defecto.

"No basta para que legalmente pueda decirse que una sentencia adolece de insuficiencia, tratándose de excepciones propuestas, que se haya omitido decisión especial al respecto". (Casación 18 de mayo de 1946, J. G. número 2046, pág. 21). Además, sobre este particular ha dicho también esta Superioridad: "Lo natural es que el sentenciador las estudie (las excepciones) en la parte motiva y decida sobre ellas en la resolutive. Pero no puede afirmarse que el fallo

carezca de consonancia, cuando luego de tomar en cuenta las excepciones se pronuncia de acuerdo con lo que sobre las defensas expuso". (G. J. Tomo XLIII, pág. 608). (Casación Civil. Febrero 6/59. - Nos. 2207-2208-2209).....28, 1ª y 2ª

— 87 —

CAUSAL 2ª DE CASACION (Cuándo hay lugar a alegarla)

Cuando está organizada la causal segunda de casación para el evento de no hallarse "la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes", busca la norma garantizar el límite invariable de los poderes del Juez por la correspondencia que debe existir entre lo pedido y lo resuelto como finalidad propia del debate jurisdiccional.

Se encuentra así el instrumento adecuado a corregir en casación el error judicial consistente en no desatar a cabalidad el vínculo jurídico surgido del proceso, para colocarse el juzgador por fuera de su recta inteligencia en modo absoluto o apenas relativo: sea porque el Juez entienda y resuelva sobre cuestiones no incluidas ni en la acción ni en la defensa (*extra petita*); ya porque recorte arbitrariamente el contenido de la pretensión prevaleciente de cualquiera de las partes (*minus petita*); o en fin, porque aumente o exagere lo pedido, sin apoyo en el planteamiento de las pretensiones recíprocas de las partes, como supuesto necesario de lealtad en el proceso (*ultra petita*).

No porque el recurrente aduzca críticas a la motivación habría de concluirse con la incongruencia del fallo, si aparece que acepta las súplicas del actor dentro de notoria coincidencia formal entre lo pedido y lo resuelto por el sentenciador. (Casación Civil. Febrero 25/59. Nos. 2207-2208-2209) .68, 2ª y 69, 1ª

— 88 —

CAUSAL 2ª DE CASACION (Cuándo puede alegarse)

Por muchos años a hoy la Corte ha sostenido en frecuentes fallos que la incongruencia de la sentencia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes debe buscarse en la parte resolutive de aquella; y que "técnicamente considerada la causal 2ª de casación solo es operante cuando el sentenciador deduce en su fallo conclusiones y resoluciones que no están en consonancia con la acción o acciones ejercitadas en el libelo de demanda, ora porque no decida sobre alguna de ellas, ya porque resuelva sobre alguna que no ha sido pedida, porque condene a más de lo demandado, y cuando deje de fallar sobre excepciones perentorias oportunamente propuestas en el juicio". Tº LXXXVI, pág. 756 ibidem, Tº LX, página 147). Solamente cuando se ha incurrido en la sentencia en alguno de estos excesos u omisiones, puede decirse que hay incongruencia entre lo pedido en el juicio y lo resuelto en el fallo. (Casación Civil. Febrero 16/59. Nos. 2207-2208-2209)53, 1ª

— 89 —

CAUSAL 2ª DE CASACION (Cuándo puede invocarse)

La causal 2ª consiste en no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. Como la sentencia decide qué tutela le dispensa el derecho objetivo a un interés jurídico determinado, ella debe guardar armonía con la demanda, pues esta contiene el límite del poder jurisdiccional.

Esta causal no tiene lugar cuando el recurrente considera que la cuestión resuelta ha debido decidirse por un aspecto distinto a aquel que la sentencia tuvo en mira, sino

cuando deja de resolver sobre puntos de la demanda o cuando decide sobre los que no se han propuesto. Por eso la Corte ha dicho: "Fuera de la falta de consonancia entre lo pedido y lo sentenciado....; todo lo demás relacionado con el fondo mismo de la cuestión controvertida, las acusaciones que conduzcan a calificar legalmente los fundamentos o motivación jurídica del fallo, como es la de haberse otorgado lo pedido por un concepto de derecho diferente al que ha servido de apoyo al demandante, son materia exclusiva del primero de los motivos del artículo 520, que engloba las diversas maneras de violación de la ley sustantiva". G. J. número 1977, pág. 21). (Casación Civil. Abril 23/59. N° 2210).....351, 2ª

— 90 —

CAUSAL 2ª DE CASACION (Cuando se proponen subsidiariamente acciones de nulidad y simulación)

El cargo fundado en lo que se relaciona con la incongruencia entre la acción de nulidad absoluta y la declaración de simulación de un contrato de compraventa —cuando las dos acciones se han propuesto subsidiariamente y con fundamento en los mismos hechos, y el fallador ha desatado la de simulación—, no conlleva sino a la rectificación doctrinaria del orden en que deben resolverse las peticiones principales y subsidiarias acumuladas en una demanda, y no a la casación de la sentencia.

Declarada la simulación, el fallador oficiosamente debe ordenar la cancelación de la escritura en que se consignó el contrato y del registro de la misma, "como una formalidad que se desprende de los efectos del fallo" y como una declaración que va envuelta en la de ineficacia por simulación. (G. J. número 1883, pág. 449). (Casación Civil. Abril 14/59. N° 2210).....316, 1ª y 319, 2ª

— 91 —

CAUSAL 6ª DE CASACION CIVIL (Nulidades que se pueden alegar)

En forma repetida ha dicho la Corte que las nulidades a que se refiere el artículo 520, numeral 6º, del Código Judicial, no son todas las que adolezca o pueda adolecer un juicio, sino únicamente las consagradas en los tres numerales del artículo 448 del citado estatuto y siempre que no hayan sido saneadas. Las demás no son alegables en casación ni viables en el recurso. - (Casación Civil. Mayo 29/59. Nos. 2211-2212).....597, 1ª

— 92 —

CAUSAL 6ª DE CASACION (Por falta de citación o emplazamiento)

La nulidad que ocasiona la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio (motivo 3º del artículo 448 del Código Judicial), hace relación primordialmente con el demandado que no es notificado legalmente en el proceso, o en ocasiones con aquellas personas que deben llamarse a este para que intervengan como partes principales y a veces accidentales, pues tiende a garantizar el derecho de defensa, esto es, en evitar que se juzgue a alguien sin haber sido oído.

No ocurre esta causal cuando debiéndose demandar a determinada persona por ser sujeto pasivo de la relación sustancial materia de la litis, es decir, por tener la legitimatio ad causam pasiva, no se la demanda, pues ello es materia de un presupuesto de la pretensión o acción civil que se examina en la sentencia, en forma que si falta, el fallo deberá ser absolutorio. "No reza la causal de nulidad de que se trata con las personas que debiendo ser demandadas, no han sido citadas ni emplazadas en el juicio en la forma

legal. En el primer caso, que es lo propuesto en el cargo que se estudia, la ausencia procesal se vincula, no a un aspecto simplemente procedimental o adjetivo que pudiera afectar la validez de la actuación judicial, sino que implica una cuestión sustantiva o de fondo que se traduce en la improcedencia de la acción por falta de una de sus condiciones jurídicas esenciales, que no es considerable en casación sino dentro de la primera de las causales autorizantes del recurso". (G. J. número 2010-14, págs. 554-55).

El artículo 403 del Código Civil, en su segundo inciso dice: "Siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo legítimo deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad".

Esta norma no hace relación a nulidad procesal alguna, sino que versará sobre la legitimación del demandado en determinados procesos de estado, por lo cual no incide en la validez formal del juicio. Es evidente que la disposición civil comentada puede operar cuando en juicio en que deba intervenir legítimo contradictor este no figure, mas ello implicaría la carencia de la legitimación mencionada, cuestión que se decide en el fallo por tratarse de una condición de la acción civil, es decir, que el demandado sea la persona llamada a responder en la relación sustancial invocada.

La impropiedad del término empleado por el precepto no varía la naturaleza del fenómeno, como no se varía por el artículo 1.625 del Código Civil que habla de que puede extinguirse una obligación por medio de convención en que las partes, "consientan en darla por nula", siendo que realmente establece un medio extintivo que no estructura la nulidad del contrato, y como no se varía por el artículo 473 del Código Judicial cuando expresa que la sentencia ejecutoriada en materia contenciosa "hace absolutamente

nula cualquier decisión posterior que le sea contraria", siendo que la cosa juzgada no configura en el nuevo proceso nulidad alguna, sino solo constituye excepción.

Pero suponiendo que el artículo 473 del Código Civil establezca una nulidad procesal, ella no podría alegarse a través de la causal 6ª, la cual comprende, por disposición del artículo 520 del Código Judicial, únicamente los motivos de nulidad previstos en el art. 448 ibidem, entre los cuales no se encuentra el indicado por la referida norma. La Corte ha repetido muchas veces que únicamente es posible alegar en el recurso extraordinario las nulidades procesales comunes a todos los procesos.

Mas siguiendo en el campo de la hipótesis, y admitiendo dentro de esta que la ausencia de legítimo contradictor ocasionara nulidad procesal comprendida en la falta de citación o emplazamiento, ocurre que dicho motivo lo puede alegar solamente la persona que no fue citada o emplazada conforme a la ley. (Casación Civil. - Junio 24/59. Nos. 2211-2212)..... 687, 2ª y 688, 1ª y 2ª

— 93 —

CAUSAL 1ª DE CASACION LABORAL (Formas de violación de la ley)

La violación directa de una de las disposiciones legales no puede determinar la indirecta de otras. La violación de normas de procedimiento es simplemente una violación de medio, entendiendo por tal la que incide en la transgresión de preceptos sustantivos. Pero si la violación ocurre a través de errores de hecho o de derecho en la apreciación de pruebas, es siempre indirecta, tanto respecto de las reglas procesales como de las disposiciones materiales o sustantivas. (Casación Laboral. Junio 30/59. Nos. 2211-2212)

— 94 —

CAUSAL 1ª DE CASACION (Violación de normas del Código de Procedimiento)

Es incuestionable que al señalar como violadas dos normas de carácter procedimental, el escrito del demandado recurrente se queda á medio camino porque no indica que se hubiera llegado en consecuencia a la violación de normas de carácter sustantivo tutelares de derechos emanados de una relación laboral, y como lo exige el tecnicismo de casación en esa materia por su finalidad primordial de ser ese recurso unificador de la jurisprudencia nacional en materia laboral. La formulación del cargo está así mal o incompletamente hecha. Al respecto cabe reproducir aquí la jurisprudencia del Tribunal Supremo del Trabajo, sustentada en sentencia de fecha 25 de junio de 1952, al decidir el recurso de casación interpuesto en el juicio seguido por Carlos Bresseur Krier contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. Se expresó entonces así: "Como fácilmente se observa, todas las disposiciones citadas por el recurrente son de carácter procesal y como repetidamente lo ha dicho esta Corporación, la violación de normas legales de tal categoría, aun consideradas como sustantivas, no dan base, por sí solas, a la casación del fallo recurrido sino que debe alegarse, además, sobre la violación de las normas positivas tutelares de los derechos debatidos en el juicio, de verdadero carácter sustantivo y las únicas que con base en la causal primera del artículo 87 del Código de Procedimiento del Trabajo, pueden ocasionar el desquiciamiento del fallo impugnado y la consiguiente decisión de instancia sobre el fondo del litigio". Continuando la misma línea de interpretación científica del procedimiento de casación, dijo la misma Corporación en sentencia de 25 de julio del mismo año: "La transgresión de las

disposiciones de procedimiento, así sean ellas sustantivas, no es por sí misma motivo de casación. Si se la demuestra, es preciso luego establecer el consiguiente quebrantamiento de algunas normas en que reconozcan u otorguen derechos emanados de la relación de trabajo". Casación Laboral. Abril 27/59. N° 2210)..... 456, 2ª.

— 95 —

CAUSAL 1ª DE CASACION (Violación directa de la ley)

La violación directa de la ley por los motivos de infracción directa y de aplicación indebida solo pueden alegarse en casación cuando los hechos no se discuten, pues a la Corte corresponde considerar en estos casos una cuestión puramente legal, independientemente de toda cuestión de hecho. Lo referente a la existencia del contrato de trabajo que vinculó a las partes, es una cuestión relacionada con la apreciación de los elementos probatorios del proceso que solo puede atacarse por la vía indirecta, a través de errores de hecho o de derecho y no en la forma directa. (Casación Laboral. Junio 26/59. Nos. 2211-2212)..... 905, 1ª y 2ª

— 96 —

CAUSAL 1ª DE CASACION PENAL

La causal 1ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal sirve de fundamento a la Corte para corregir errores de derecho procedentes de mala o indebida aplicación de la ley; pero no para enmendar lo resuelto por los juzgadores de instancia en materia de pruebas. (Casación Penal. Enero 24/59. Nos. 2207-2208-2209)..... 149, 2ª

— 97 —

CAUSAL 1ª DE CASACION (Ley sustantiva para estos efectos)

La causal 1ª del artículo 567 del C. de P. P. solo cabe invocarla cuando se pretende que en la sentencia acusada se ha violado la ley penal sustantiva "por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma". La ley que establece las formas y requisitos de cada juicio no es ley sustantiva sino de procedimiento. Por consiguiente las reales o supuestas violaciones de esa ley meramente procedimental no es dable demandarlas con la invocación de la predicha causal 1ª de casación. (Casación Penal. Mayo 18/59. Nos. 2211-2212).....747, 1ª

— 98 —

CAUSAL 1ª DE CASACION (No se refiere a cuestiones de hecho)

En verdad la causal 1ª de casación se contrae a un tema de estricto derecho. Por lo tanto, en su examen no pueden involucrarse cuestiones de hecho y mucho menos de prueba con respecto a esos mismos hechos. Cuando se pretende hacer prosperar la causal en comentario a través de algo así como un examen de los elementos de juicio que permitieron la condena del procesado, solo puede invocarse como subsidiaria de la segunda, precisamente porque esta última es la que permite debatir los hechos y las pruebas con el fin de demostrar que se ha violado la ley en cualquier forma y concluir en el ámbito de la causal 1ª que es la que concretamente se contrae a semejante violación bien por errónea interpretación de la mencionada ley, que debe ser sustantiva, o por indebida aplicación de la misma. (Casación Penal. Abril 10/59. N° 2210).....392, 2ª y 393, 1ª

— 99 —

CAUSALES 1ª Y 2ª DE CASACION PENAL (Diferencias)

Si para demostrar la violación de la ley penal, que es el marco propio de la causal 1ª de casación, se presenta como condición previa el examen de las pruebas, se desnaturaliza la técnica del recurso y se invade el campo de otra causal, que sería, en el caso, la 2ª. Dentro de esta sí cabe tal postura crítica, ya que prospera "cuando por errada interpretación de los hechos, en la sentencia se les haya atribuido un valor probatorio que no tienen, o se les haya negado el que sí tienen, o no se les haya tomado en cuenta a pesar de estar acreditadas en el proceso, o cuando resulte manifiesta contradicción entre ellos". - (Casación Penal. Enero 27/59. Nos. 2207-2208-2209).....153, 2ª

— 100 —

CAUSALES 1ª, 2ª Y 3ª DE CASACION PENAL (En los juicios por jurado)

De las tres causales invocadas en el recurso (1ª, 2ª y 3ª) de una vez hay que descartar las dos primeras, como que toda la argumentación la orientó a tratar de demostrar la inconformidad de la sentencia recurrida con el veredicto del Jurado, que es, precisamente la causal tercera establecida en el artículo 567. Y hay que descartarlas porque para alegar que hubo violación de la ley penal, por errónea interpretación o indebida aplicación de la misma, tendría que tratarse, o de un juicio sin intervención del jurado, o ser la causal primera subsidiaria de la tercera, ya que, supuesta la discordancia entre el veredicto y la sentencia, cabría examinar si en esta pudo haber violación de la ley penal sustantiva.

A la causal segunda menos aplicación puede dársele en un juicio por jurado, pues

to que lo que el demandante plantea es la desestimación de "la segunda parte de la respuesta del veredicto", y no que se haya atribuido a unas pruebas valor distinto al que tenían, o dejado de dar valor a otras, en cuanto a los elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad, o en cuanto a circunstancias influyentes en la determinación de la sanción. (Casación Penal. Mayo 12/59. Nos. 2211-2212) 728, 1ª y 2ª

— 101 —

CAUSAL 2ª DE CASACION PENAL (En los juicios con intervención de jurado)

Es ya vieja, pero no menos actual, la doctrina de esta Corporación, que niega a la referida causal 2ª virtud eficaz, en tratándose de juicio con intervención del Jurado. Innecesario resulta volver sobre los fundamentos de tal doctrina, ampliamente expuestos en otras oportunidades, y cuya única excepción se refiere al caso de las "circunstancias que hayan influido en la determinación de la sanción", cuando se trata de las que corresponde apreciar al Juez de derecho y no a los Jurados (artículo 499 del Código de Procedimiento Penal). (Casación Penal. Enero 27/59. Nos. 2207-2208-2209) 153, 2ª

— 102 —

CAUSAL 2ª DE CASACION (No procede en los juicios con intervención de Consejo de Guerra Verbal)

La distinción entre juicio con intervención de jurado y juicios de consejo verbal de guerra a los fines de que en cuanto a los primeros persista la doctrina de la Corte en el sentido de que en ellos no procede la causal 2ª de casación pero que en los otros se determine un diverso tratamiento que permita el juego de esa causal en forma tan

ampliá como si en ellos no hubiera intervenido tribunal de conciencia, no es posible formularla sin incurrir en arbitrariedad, precisamente porque la índole de estos juicios, por el aspecto de fallo en conciencia, los hace equiparables, y entonces la consideración de ambos debe ser análoga. Por lo tanto, la doctrina de la Corte según la cual la causal 2ª de casación no procede en los juicios que se deciden con la intervención de tribunales de conciencia, es indispensable sostenerla tanto para el juicio con intervención de jurado como para el que se desarrolla con la intervención de consejos verbales de guerra. En estos juicios la prueba de la responsabilidad es el veredicto del jurado o del consejo verbal, prueba que no es susceptible de impugnación con invocación de la causal 2ª, precisamente porque ella es general y emerge en el proceso a través de una elaboración de conciencia, al margen por completo de cualquier tarifa legal. (Casación Penal. Abril 10/59. N° 2210)

393, 1ª y 2ª

— 103 —

CAUSAL 2ª DE CASACION (Soberanía del sentenciador en la apreciación de las pruebas)

No incumbe a la Corte, como tribunal de casación, hacer por la vía de la causal segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, un análisis de los hechos y las pruebas en que se funda el fallo acusado, a fin de ver si comparte o no las razones del sentenciador, pues si tal hiciera quitaría al recurso el carácter de "extraordinario" que expresamente le asigna la ley, para convertirlo en una nueva instancia. Su misión en esta materia está circunscrita a examinar los cargos de la demanda, para establecer si de ellos se desprende que incurrió el juzgador en algún error de hecho, con las conse-

cuencias, por los motivos y sobre los extremos previstos por dicha norma. (Casación Penal. Junio 30/59. Nos. 2211-2212) .812, 2ª

— 104 —

CAUSAL 3ª DE CASACION PENAL (Desestimación del veredicto del jurado)

El artículo 480 del Código de Procedimiento Penal ordena que "en los procesos cuya competencia concierne a los Jueces Superiores, 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 este dé a los hechos sobre los cuales ha versado el debate".

Si a pesar de no declararse, en su oportunidad legal, la contraevidencia del veredicto, el Juez o Tribunal lo desestima o se aparta de él, la sentencia carece de base y da lugar a la segunda parte de la causal 3ª del artículo 567 de la Ley 94 de 1938. El Jurado procede a calificar los hechos, no con sujeción a trabas de escuelas o sistemas, sino atendiendo exclusivamente a la voz de la propia conciencia.

La Sala reitera, pues, su doctrina sobre improcedencia de la causal 2ª en los juicios en que interviene el Jurado. (Casación Penal. Enero 24/59. Nos. 2207-2208-2209) 150, 1ª

— 105 —

CAUSAL 4ª DE CASACION PENAL (Manera de formularla)

Cuando se ataca la sentencia, de conformidad con el ordinal 4º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, alegando que los sindicados fueron juzgados sin el lleno de las fórmulas procesales, y que por tal razón su derecho de defensa no estuvo bien protegido, el recurrente está obligado a dar un detalle completo de las formas y garan-

tías que pudieran estimarse omitidas y violadas. (Casación Penal. Enero 27/59. Nos. 2207-2208-2209) 154, 2ª

— 106 —

CERTIFICADOS (De un Registrador de Instrumentos Públicos como prueba de la compraventa)

Si bien es cierto que un principio de amplitud informa nuestro régimen legal en materia de pruebas, también lo es, que allí mismo se establece por razones de orden público, que las partes no gozan de libertad para la escogencia de los medios de pruebas, los cuales son específicos, cuando se trata de comprobar ciertos hechos o situaciones jurídicas, v. gr. en lo referente a extremos que tocan con el estado civil, o cuando se trata de contratos solemnes relativos a la compraventa de inmuebles, en los cuales, es la copia registrada del respectivo instrumento público la exigida por la ley.

"El certificado del registrador de instrumentos públicos de un contrato de compraventa de inmuebles, no es prueba del contrato; la escritura pública en los contratos solemnes no puede suplirse por otra prueba sino en el caso del artículo 2.675 del Código Civil". (Casación, 23 de julio de 1925, Tº XXXVII, pág. 91).

Según los términos del artículo 2.675 del Código Civil, el certificado expedido por un registrador de instrumentos públicos, no tiene el valor sino de prueba supletoria y su eficacia legal está subordinada a las condiciones allí mismo prescritas.

No hay norma legal dentro de nuestra tarifa de pruebas, ni disposición alguna en la ley que establezca como medio adecuado para comprobar la compraventa de inmuebles, ni la confesión, sea judicial o extrajudicial, ni tampoco el documento privado. (Casación Civil. Mayo 14/59. Nos. 2211-2212) 543, 2ª y 544, 1ª

— 107 —

CESACION DE PROCEDIMIENTO (Se decreta de oficio, no de plano)

Las expresiones “de oficio” y “de plano” no son equivalentes. La primera se emplea en el lenguaje forense, según la Real Academia Española, para designar el auto “que provee el Juez sin pedimento de parte”, y la segunda, “la resolución judicial adoptada sin trámites”.

Infiérese de lo dicho que cuando el Código Penal dispone que “la muerte del procesado extinguirá la acción penal” (artículo 100) y que “la prescripción de la acción y la de la sanción se declararán de oficio”, solo autoriza al Juez para ponerle fin al proceso por propia iniciativa, no para prescindir de los trámites previstos para ello por el art. 153 del Código de Procedimiento Penal, cuando la acción penal no pueda proseguirse, por haberse extinguido, como ocurre en los casos indicados. Es erróneo sostener que en tales supuestos la cesación de procedimiento debe ordenarse “de plano”. (Casación Penal. Abril 2/59. N° 2210) 371, 2ª y 372, 1ª

— 108 —

CESANTIA (En caso de sustitución patronal)

Los artículos 254 y 68 del Código Sustantivo del Trabajo consagran, en su orden, la prohibición de pagos parciales de cesantía antes de la terminación del contrato y la continuación de éste en caso de sustitución patronal. La doctrina legal de aquellos textos debe armonizarse con el ordinal 1º del artículo 69 ibidem que sustenta la solidaridad del antiguo y nuevo patrono respecto de las obligaciones que a la fecha de la sustitución sean exigibles de aquél. El meollo del ataque consiste en sustentar que el ordinal 5º ibidem debe interpretarse en el sentido

de que, en presencia de las hipótesis por él planteadas, la carga de la totalidad de la cesantía corre por cuenta del nuevo patrono, inclusive en la parte del auxilio que se haya causado por servicios al antiguo. Una interpretación de esta índole produciría un efecto nugatorio de la solidaridad en los términos del ordinal primero, y, por tanto, esta fracción legal resultaría sin ninguna eficacia. Es claro que el trabajador tiene acción para reclamar la totalidad de la cesantía del nuevo patrono, por dos razones: 1ª. Porque este es solidariamente responsable respecto de la causada por el servicio del antiguo (contra el cual puede repetir), y 2ª. Porque es exclusivamente responsable de la causada por los servicios que, después de la sustitución, a él se le presten. Pero ello no quiere decir que el trabajador carezca de acción para reclamar contra el antiguo patrono la que se causó a su servicio, porque así lo establece concretamente la ley al imponer la responsabilidad solidaria de los patronos sustituidos y sustitutos respecto de las obligaciones que a la fecha de la sustitución sean exigibles a aquél. Si el trabajador escoge al antiguo patrono para que le responda por la cesantía causada a su servicio, y durante el tiempo que le sirvió, podrían surgir otros problemas (base salarial de liquidación, etc.), pero su determinación tendría una inmovible base legal, cual es la de la solidaridad pasiva de los patronos respecto de la cesantía que se causó al servicio del primero. Aún más: puede haber razones de conveniencia (insolvencia del nuevo patrono y solvencia del antiguo, localización, etc.), que hagan más aconsejable demandar, por lo que le corresponde, al antiguo. (Casación Laboral. Abril 20/59. N° 2210) 448, 1ª y 2ª

— 109 —

CESANTIA (Pago antes de finalizar el contrato)

Fuera de los motivos contemplados en los

artículos 254, 255 y 256 del Código Sustantivo del Trabajo, el pago de la cesantía antes de la terminación del contrato de trabajo es violatorio de la ley. (Casación Laboral. Febrero 23/59. Nos. 2207-2208-2209).....

252, 2ª

— 110 —

CESANTIA (Su retención a la terminación del contrato)

La terminación unilateral del contrato puede ser legal o ilegal, según se realice con justa causa o sin ella. Con todo, un requisito formal es indispensable para que, en el evento de ser materialmente justa la causa, se refrende plenamente la legalidad de la ruptura: que esa causa sea manifestada por la parte que termina unilateralmente el contrato en el momento de la terminación del mismo. Esta doctrina —acogida por el art. 66 del Código Sustantivo del Trabajo— obedece tanto a la anhelada franqueza y claridad con que el derecho rodea las relaciones contractuales del trabajo, como a la necesidad de que, amparada de toda maquinación desleal y precavida contra cualesquiera sorpresas la parte a quien afecte la decisión de la otra sepa desde un principio a qué atenerse y pueda ocurrir a los medios adecuados y que considere convenientes para la protección de su interés jurídico.

Sería inequitativo que la parte pasiva de la terminación contractual estuviera sometida a la incertidumbre de una causa indeterminada o de un motivo oculto, guardados in pectore por la parte activa. Esta, a su turno, podría esgrimirlos como su “arma secreta” en contra de aquella en el curso del juicio, con el consiguiente desajuste del equilibrio de las partes en el proceso.

Existen casos en los cuales la manifestación legal de la causa o motivo de ruptura contractual se hace, si cabe, más perentoria,

Son aquellos en que la terminación unilateral, por producir efectos de un mayor alcance inmediato como la retención de la cesantía y su posible pérdida, afecta intereses jurídicos más delicados y suspende o extingue obligaciones de mayor entidad. Tales casos corresponden a situaciones *de facto* prevenidas por el artículo 250 del Código Sustantivo del Trabajo, cuyas tres causales de retención y eventual pérdida de la cesantía encuadran casi literalmente dentro de las justas causas de terminación unilateral del contrato por parte del patrono, consagradas por el artículo 62 *ibidem*. Es por tanto equivocado entender que si la simple terminación unilateral del contrato exige la manifestación del motivo, no vaya a exigirse esta cuando la terminación unilateral produce las consecuencias de la posible pérdida de la cesantía y, por el momento, la retención de tal auxilio. En ambos casos existe terminación unilateral del contrato, con la diferencia de que en el último las consecuencias son agravadas por la ley; pero en ambos casos —como determinantes que son de la premencionada terminación unilateral— es requisito formalmente indispensable que la causa sea manifestada por la parte activa a la parte pasiva de la terminación en el momento de ésta. La interpretación contraria, a más de ser injurídica, agudizaría la inequidad que el ocultamiento de la causa implica, puesto que, por los graves efectos con que la ley complementa la ruptura unilateral, la defensa se encarecería para la parte pasiva con el aditamento de padecer de inmediatos efectos de la mayor trascendencia sin que conociera la razón o motivo que los produjo. El problema se reduce, en síntesis, a las más elementales nociones: causa y efecto son entidades ontológicamente distintas aunque vinculadas, como que la primera es determinante del segundo. Para el problema jurídico de autos la causa de la ruptura unilateral del contrato por parte del patrono debió ser manifestada

por éste en el momento de la ruptura del mismo. Y si esa causa era de las que determina el efecto del artículo 250 (retención de cesantía y posible pérdida de ésta), también debió ser manifestada porque no hay texto que autorice que la ruptura unilateral, por producir tal efecto, exima al patrono de cumplir el artículo 66. Una vez determinada la causa, el efecto, aunque tácito, producía sus consecuencias de retención y aún posible pérdida del auxilio de cesantía. Pero no es lógico ni jurídico suponer que el efecto tácito, determinante de las consecuencias previstas, tenga en sí mismo la virtualidad de hacer manifiesta la causa, condición formal en la cual la ruptura unilateral carece de la forma jurídica establecida para su refrendación legal. (Casación Laboral. Mayo 26/59. Nos. 2211-2212) 833, 1ª y 2ª y 834, 1ª

— 111 —

CLAUSULA DE RESERVA (Extinguida requiere pactarse de nuevo para que reviva)

En los autos está acreditado que el primer contrato que ligó a las partes fue escrito, de duración indefinida y con estipulación de la cláusula de reserva. De igual manera que el segundo contrato en su anverso es del mismo modelo de impresión que el primero y con las mismas cláusulas que se han dejado anotadas pero con modificaciones en lo relativo al nuevo cargo del demandante, al salario y a la fecha de iniciación de servicios; se observa, además, que en su reverso existe una cláusula especial, con el distintivo de Nota, en la que se dice que su término es de un (1) año y que solo será rescindible en caso de liquidación de la empresa; se pacta también una cláusula penal de cinco mil pesos.

El término de un año del segundo contrato venció el 4 de agosto de 1951. Después de esta fecha no hubo más contrato escrito

ni convenio especial sobre prórroga del plazo fijo. Esta situación duró hasta el 3 de diciembre de 1951, fecha de terminación unilateral del contrato de autos por aviso previo de la empresa.

Como se ve, lo importante es definir cuáles fueron los efectos de la continuación del segundo contrato, una vez vencido el plazo fijo en él pactado. La Sala se inclina a acoger la solución prevista en la parte final del artículo 49 del Código Sustantivo del Trabajo por considerar que coincide exactamente con el caso debatido, cuando dispone: "La prórroga a plazo fijo del contrato celebrado por tiempo determinado debe constar por escrito; pero si extinguido el plazo inicialmente estipulado, el trabajador continuare prestando sus servicios al patrono, con su consentimiento expreso o tácito, el contrato vencido se considera, por ese solo hecho, prorrogado por períodos de seis en seis meses".

Lo anterior está indicando que esta Corporación discrepa de la apreciación del sentenciador cuando éste sostiene que vencido el segundo contrato de período fijo recupera su vigencia la cláusula de reserva pactada en el primer convenio laboral y que, por tanto, la terminación unilateral decidida por la empresa está ajustada a la ley. No comparte la Sala tal punto de vista por las siguientes razones:

a) El segundo contrato convenido a término fijo extinguió la cláusula de reserva del primer contrato por fuerza de que la duración indefinida del contrato, que es donde cabe dicha cláusula, es antinómica e incompatible con el plazo determinado.

b) Según las voces del artículo 49 citado antes, la prórroga a plazo fijo del contrato celebrado por tiempo determinado debe constar por escrito. Este no es el caso del trabajador demandante puesto que continuó prestando sus servicios sin que mediara acuerdo escrito especial. De tal modo que entonces opera la otra parte de esa disposición legal

que ordena que el contrato vencido se considere prorrogado por períodos de seis en seis meses. Pero en ningún caso, por ese solo hecho recobra su perdido vigor legal la cláusula cuestionada, pues este evento no lo contempla el precepto mencionado ni otro alguno. El período fijo del segundo contrato extinguió la nombrada cláusula y ésta no revive correlativamente con el plazo semestral sino que, de conformidad con el artículo 48 del C. S. del T., es imprescindible consignarla por escrito en una nueva estipulación contractual. (Casación Laboral. Junio 11/59. Nos. 2211-2212).....871, 2ª y 872, 1ª

— 112 —

COMPETENCIA (Cuándo se determina en la justicia penal militar)

El artículo 319 del Código de Justicia Penal Militar establece que la "jurisdicción Penal Militar se ejerce: ...c) por los Jueces de primera instancia y por quienes, en casos especiales, los reemplacen".

Y en los capítulos IV, V, VI VII y VIII, del Título III del Libro 3º de dicho código, se señalan los funcionarios que ejercen la jurisdicción penal militar como Jueces de primera instancia, desarrollando el criterio indicado en el artículo 309 del mismo estatuto, según el cual "los sindicados serán juzgados, por regla general, por los miembros de las mismas fuerzas armadas a que pertenezcan, salvo las excepciones de este código". Es así como en los citados capítulos se indica quiénes son jueces de primera instancia ya para el personal de la Armada Nacional, ora para el personal de la Fuerza Aérea, ya para quienes dependen de las Unidades de la Policía Militar, señalándoles en relación con estas últimas, que "los Directores de Escuelas de Formación o de Institutos de Policía conocen en primera instancia de los juicios penales militares contra oficiales,

suboficiales, personal de tropa, alumnos y civiles de las respectivas Escuela o Instituto". (Artículo 348 del C. P. M.).

Pero al desarrollar el Código de Justicia Penal Militar ese criterio de juzgamiento de los sindicados "por los miembros de las mismas fuerzas a que pertenezcan", lógicamente no buscó apartarse de la norma general de que la competencia queda determinada, en materia penal, en el momento mismo de la consumación del delito; y es en esa oportunidad, entonces, cuando quedan indicados los juzgadores de primera instancia en la jurisdicción penal castrense, dentro de los miembros de la misma fuerza a que el sindicado pertenecía en ese momento.

Pretender que un proceso penal militar siga al sindicado a las distintas fuerzas militares a donde sea trasladado, variando la competencia de sus jueces en la primera instancia sería aceptar ese cambio de radicación de facto, como insinúa el Comando de la Escuela de Policía Militar, lo cual resulta violatorio de los requisitos señalados en el artículo 316 del mismo Código de Justicia Penal Militar, conforme a los cuales solamente "la Corte Suprema de Justicia podrá cambiar la radicación de un proceso penal militar, previo concepto del Procurador de las Fuerzas Armadas, oficiosamente o a solicitud de parte, cuando lo estime conveniente para la recta administración de justicia, o si una enfermedad grave del sindicado así lo exige". (Casación Penal. Mayo 21/59. Nos. 2211-2212).....759, 2ª y 760, 1ª

— 113 —

COMPETENCIA (En qué consiste)

La competencia es la facultad que tiene el Juez o Tribunal para conocer o fallar sobre determinado negocio en particular, y las normas que la determinan "son de restrictiva interpretación, de taxativo entendimien-

to, de literal observancia, que en absoluto rechazan de por sí cualquier sentido o extensión analógica, a fin de que la exacta fijación de funciones, necesaria como es, no se desautorice con un dañoso arbitrio judicial que tienda a permitir a los falladores el uso de cualquiera atribución que las leyes no les han señalado expresamente". (Auto de 31 de mayo de 1940, G. J. Tomo XLIX, 652). (Casación Penal. Mayo 21/59. Nos. 2211-2212) 760, 2ª

— 114 —

COMPETENCIA (Para conocer de delitos cometidos por civiles y militares)

Si se trata de un solo delito cuyo juzgamiento compete a distintos funcionarios de la jurisdicción militar, según se refiera a procesados particulares o a procesados militares, existen, dentro de dicha jurisdicción, dos fueros. uno, para los particulares, otro, para los militares.

En tal evento, se está en el caso previsto en el artículo 51 del C. de P. P., aplicable analógicamente. Porque, si, en tratándose de varios delitos, deben expedirse copias, cuando su conocimiento está atribuido a distintas jurisdicciones, lógicamente, lo mismo debe hacerse, cuando, a pesar de tratarse de uno solo, ha sido cometido, en concurso, complicidad u otro fenómeno análogo, por varias personas, sujetas, a su vez, a distintas jurisdicciones específicas, aunque la genérica sea la misma. Para tal caso, es también aplicable, sin duda, lo previsto en el artículo 299 del C. de J. P. M. (Casación Penal. Junio 1º/59. Nos. 2211-2212) . . . 771, 2ª

— 115 —

COMPETENCIA (Para conocer de delitos militares cometidos por particulares)

La sustracción de armas destinadas al ser-

vicio de las Fuerzas Armadas, está contemplada como delito en el Código de Justicia Penal Militar (artículos 235 y ss.), luego no hay duda de que corresponde a las autoridades militares el conocimiento del proceso que se inicie por el hurto de un fusil no solo en lo que respecta a los soldados objeto de acusación (ordinal 1º, artículo 307 del C. de J. P. M.), sino también en lo tocante al particular inculcado por el mismo ilícito (numeral 6º ibidem).

Cuando no se trata de varios delitos, sometidos a diversas competencias (artículo 50 del C. de P. P.), sino de un solo delito, el de hurto, del cual se sindicaba a varias personas, como autores, coautores, cómplices o partícipes, no sería aplicable lo dispuesto en el artículo 50 que acaba de citarse.

Correlativamente, si tampoco se trata de delitos conexos, sino de uno solo, tampoco sería solución del problema lo dispuesto en el artículo 54 del C. de P. P.

Cuando varias personas, militares las unas y no militares las otras, cometen un delito contemplado en el C. de J. P. M., todas ellas quedan sujetas al fuero militar, tomada esta palabra no en el sentido de privilegio especial, sino en el de jurisdicción encargada por la ley del conocimiento de determinados negocios.

Pero a su vez dentro de dicho fuero general (el militar), deben tenerse en cuenta los fueros particulares o específicos contemplados en la ley sobre organización de la justicia penal militar. Esta, constituida por el Decreto Extraordinario 0250 de 1958, atribuye el conocimiento del delito de hurto de armas, destinadas al servicio de las Fuerzas Armadas, que se impute a los soldados, al respectivo Comando del Batallón (artículo 331 del Decreto); pero, a su vez, de los delitos cometidos por particulares conoce el respectivo Comando de la Brigada (artículo 330 ibidem). (Casación Penal. Junio 1º/59. Nos. 2211-2212) 771, 1ª y 2ª

— 116 —

CÓMPETENCIA (Para conocer de excepciones y tercerías en ejecución por jurisdicción coactiva)

Al ser acusados de inexecuibilidad los artículos 3º, 4º y 5º de la Ley 67 de 1943, la Sala Plena de la Corte declaró en sentencia de 26 de julio de 1944: "Primero.—Es exequible el artículo 5º de la Ley 67 de 1943. Segundo.—Los artículos 3º y 4º de la mencionada ley son exequibles, salvo en cuanto dichas disposiciones se refieren: 1º A incidentes de excepciones cuando el juicio por jurisdicción coactiva se funda en un acto de gestión de la Administración; y 2º A tercerías, cuando la que se propusiere, o alguna de ellas, se fundaren en un acto de gestión de la Administración o en un acto entre particulares".

De lo pregonado en dicho fallo se desprende —y así lo ha expresado la Corte en varias providencias que desarrollan su contenido— que en tratándose de incidentes de excepciones en juicios por jurisdicción coactiva, su conocimiento corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa cuando se proponen en una acción compulsiva adelantada por una entidad de derecho público con fundamento en un acto de poder de la Administración, y que toca a la justicia ordinaria, de acuerdo con las reglas de jurisdicción y competencia contenidas en el Libro I del Código de Procedimiento Civil, conocer de las excepciones propuestas en juicios de la naturaleza antes indicada, cuando el recaudo se derive de un acto de gestión de la Nación, o de los Departamentos o Municipios.

El fallo primeramente citado de la Corte da un seguro criterio para distinguir los actos allí clasificados como de imperio o como de gestión, y señala algunas de las conse-

cuencias que deben extraerse de ese principio. Son apartes de esa sentencia:

"De las doctrinas transcritas se deduce que esta Corporación tiene admitido que cuando el Estado obra como persona pública, por actos de autoridad o de poder, y en forma unilateral, las decisiones que dicte son de carácter administrativo, y si sobre ellas hubiere controversia, la contención es de carácter contencioso-administrativo y cae bajo la jurisdicción de los Tribunales correspondientes. Por el contrario, cuando el Estado obra como persona privada y en forma bilateral, entonces sus actos son de gestión y si sobre ellos hubiere controversia, de la contención correspondería conocer a los Tribunales ordinarios...". Más adelante agrega en relación con el punto concreto que aquí debe resolverse: "Dice el artículo 329 del Código Judicial que 'constituye excepción perentoria todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió'. Dentro de un juicio ejecutivo toda excepción tiene el carácter de perentoria, siendo así que si prospera 'el Juez ordena cesar el juicio, y decreta el desembargo de los bienes, con costas cargo del ejecutante', como dice el artículo 1.026 del mencionado Código. Bien entendido que la excepción puede resultar establecida no respecto al total, sino a una parte de la obligación, y entonces el juicio tan solo cesará en parte. El artículo 982 ibidem dice: 'Puede exigirse ejecutivamente toda obligación que conste en acto o documento que provega del deudor, o de su causante, y constituye por sí solo, según la ley, plena prueba contra él, o que emane de una decisión judicial que deba cumplirse'. Y el artículo 1.059 de la misma obra agrega: 'Además de los actos y documentos mencionados en el artículo 982, en estos juicios (los de jurisdicción coactiva) prestan también mérito ejecutivo: 1º Los alcances líquidos y definitivos deducidos contra los responsables

del Erario por el Departamento de Contraloría y los demás tribunales de cuentas nacionales, departamentales y municipales; 2º Las copias de los reconocimientos hechos por los Recaudadores a cargo de los deudores de impuestos; 3º Las copias de las Resoluciones definitivas ejecutoriadas proferidas por funcionarios competentes en el ejercicio de sus funciones, sobre multas que deben ingresar al Tesoro Nacional, Departamental o Municipal. En forma que el recaudo en los juicios por jurisdicción coactiva, puede consistir en un acto de poder de la Administración, verbigracia, un alcance o un reconocimiento; o en un acto de gestión de la misma Administración, verbigracia, un contrato. En ambos casos las excepciones que se propongan en el juicio, se dirigen a discutir la existencia o eficacia de la obligación que trata de hacerse efectiva, y es cierto que si aquella obligación emana de un contrato, o sea de un acto de gestión, la excepción que se proponga plantea una contención relacionada con dicho acto, y como dicha contención no es administrativa, conforme antes se expuso, ha de concluirse que de tales excepciones corresponde conocer a la justicia ordinaria. Lo contrario sucede en el caso de que la excepción se proponga en un juicio por jurisdicción coactiva, en que trata de hacerse efectivo un acto de poder de la Administración".

Por lo tanto, la regla general de competencia para el conocimiento de las apelaciones y de los incidentes de excepciones y tercerías que se susciten en los juicios por jurisdicción coactiva, competencia fijada por los artículos 3º y 4º de la Ley 67 de 1943 en los Tribunales de carácter contencioso administrativo, tiene estas salvedades: que las excepciones se propongan en un juicio en que se trate de hacer efectivo un acto de gestión de la Administración, o que las tercerías se funden en un acto de gestión de la Administración o en un acto entre particu-

lares, casos en los cuales de los dichos incidentes seguirá conociendo la justicia ordinaria. (Negocios Generales. Abril 28/59. Número 2210) . . . 480, 2ª, 481, 1ª y 2ª y 482, 1ª

— 117 —

COMPRAVENTA (Acción para su cumplimiento)

Cuando en un contrato de promesa de venta consta que el vendedor se obligó a "otorgar la correspondiente escritura apenas lo exigiera el comprador", corresponde a este requerir al vendedor para constituirlo en mora, sin que pueda decirse que una demanda de reconvencción equivale a un requerimiento, ya que este es un acto judicial el cual debe surtirse en la forma prescrita por la ley.

Si la intención de una demanda de reconvencción fue la de obtener el cumplimiento del contrato de promesa de venta, la situación jurídica en que se colocó el autor de aquella no pagando la totalidad del precio estipulado, no le daba margen legal al sentenciador para evacuar favorablemente las súplicas impetradas allí, porque la acción de cumplimiento de un contrato a que se refiere el artículo 1.546, inciso 2º del Código Civil, corresponde exclusivamente, como lo ha dicho la Corte en numerosos fallos, entre ellos el de 13 de junio de 1946, al contratante que ha cumplido por su parte con sus obligaciones contractuales, porque de este cumplimiento surge el derecho de exigir que los demás cumplan las suyas. Lo dicho anteriormente no afecta el derecho del promitente comprador, para obtener por las vías legales el reintegro de aquellas sumas de dinero que dio al promitente vendedor a buena cuenta del precio del inmueble prometido. (Casación Civil. Febrero 28/59. Nos. 2207-2208-2209).

— 118 —

COMPRAVENTA (Falta de determinación de los linderos en la escritura)

La omisión de las formalidades sustanciales que especifica el artículo 2.595 del Código Civil no da lugar a la anulación de la escritura, cuando sean conocidos el Notario y las personas que intervinieron como partes, lo mismo que los testigos. Por eso, por ejemplo, la Corte ha dicho que “la falta de indicación de la vecindad y sexo de los otorgantes no anula el instrumento, no habiendo duda sobre que son personas conocidas...”. (LXI, pág. 57).

Y si la ausencia de formas que la ley eleva a la categoría de sustanciales no implica invalidez, siempre que el requisito del conocimiento de las personas que intervienen en el instrumento se cumpla, con más veras la falta de cualquiera de las determinaciones previstas en el artículo 2.594 de la misma obra, que no revisten la calidad de sustanciales, entre las que se encuentra la indicación de los linderos, tratándose de actos o contratos referentes a inmuebles, no es posible que origine nulidad de la escritura.

Se recuerda que el artículo 2.658 del mencionado código, cuya cita por analogía es pertinente, expone: “Todo título o documento que se presente al registro deberá designar claramente el nombre, apellido y domicilio de las partes; el nombre, la situación, los linderos y el valor de las fincas, y las demás circunstancias que en su caso contribuyan a hacer conocer perfectamente el acto o contrato”. Y que en relación con esta norma la Corte ha dicho: “El artículo 2.658 del Código Civil prescribe que los actos o documentos que se presenten al registro han de contener, entre otras designaciones, los linderos de las fincas que son materia del acto o contrato sobre que versa el documento registrable. Este artículo es imperativo, y si

bien está sancionado con la nulidad del registro, artículo 2.664, esta no es necesaria ni de aplicación ineludible, sino que la omisión que la origina ordinariamente puede subsanarse por ciertos medios, que son: o por los términos mismos de la inscripción, o por lo que resulte del título a que se refiere el registro. Estos medios subsidiarios, que pueden llenar al respecto las omisiones de la diligencia misma, demuestran que, como ha declarado la Corte en otras casaciones, “el no haberse expresado en la diligencia de registro de una escritura los linderos de la finca, es informalidad que no constituye causal de nulidad de la diligencia, si de esta misma y del título presentado se viene a conocimiento de lo que se echa de menos en aquella, circunstancia esta que hace válida la diligencia”. (Jurisprudencia de la Corte, Tomo II, número 2118 —Garavito—, y G. J. Tomo XXI, 261, 1^a). La doctrina así sentada, entraña siempre una cuestión de hecho, que consiste en averiguar si de la diligencia misma de instrucción y por lo que resulta del título a que ésta se refiere, se llega al conocimiento de la designación que se ha dejado de hacer, expresa y especialmente”. (Casación, 2 de mayo de 1932, XL, 38 y 39).

Los principios anteriores no son sino una derivación del que propugna porque el objeto de las obligaciones debe ser determinado o determinable. A este propósito el artículo 1.518 del Código Civil llega a decir que la cantidad de las cosas objeto de una obligación puede ser incierta con tal de que el acto o contrato fije reglas o contenga elementos que sirvan para determinarla, lo que implica que la ley admite un cierto grado de indeterminación de la cantidad, siempre que ésta no sea tal que haga ilusorio el derecho del acreedor, y desde luego que la determinación sea posible. Por eso, varios autores enseñan que lo importante es que la convención proporcione los elementos necesarios para determinar la cosa indeterminada en su ca-

lidad o cantidad. (Casación Civil. Junio 11/59. Nos. 2211-2212).....627, 1ª y 2ª

— 119 —

COMPRAVENTA (Nulidad por falta de determinación de los linderos)

La doctrina sentada por la Corte en materia de registro (Casación, mayo 2 de 1932, G. J., Tomo XL, páginas 38 y 39), establece que si bien la expresión de los linderos es imperativa, pues constituye el factor principal para determinar el inmueble, su omisión no da lugar siempre a nulidad del registro del instrumento correspondiente, pues puede subsanarse por otros medios como los elementos que resulten del título a que se refiere el registro, remitiéndose a lo que en cada caso resulte de aquel, a fin de indagar si por su intermedio se puede conocer la designación que se ha dejado de hacer en forma expresa. Con su base se podría explicar que por similar causa el artículo 2.594 del Código Civil emplee la locución "por regla general" cuando indica los requisitos de los instrumentos que se otorguen ante Notario, entre los cuales figuran los linderos de las fincas respectivas. De modo que permite pensar que frente a esa disposición de generalidad puedan existir casos en que la ausencia de ellos sea subsanable cuando en el contenido de la escritura aparezcan elementos de los que sea factible deducir claramente la determinación de los límites que en forma expresa dejaron de incluirse. (Casación Civil. Junio 11/59. Nos. 2211-2212) . . . 627, 2ª y 628, 1ª

— 120 —

COMPRAVENTA (Pacto de reserva del dominio)

Cuando se vende con reservación del dominio hasta el pago del precio, el arbitrio de

las partes modifica la natural simultaneidad de ejecución de los contratos sinalagmáticos perfectos. Porque si el comprador asume la obligación de pagar el precio en varios contados periódicos sin recibir todavía título y modo de dominio que el vendedor se reserva, es porque en el orden del tiempo debe preceder la satisfacción del precio a la entrega traslaticia. Pero aún así la dinámica contractual fundada en la equidad hace saber que si por el cumplimiento de la obligación del comprador se realiza la modalidad suspensiva de la obligación del vendedor, simultáneamente con la cobertura del último contado se hace exigible la tradición o se verifica de manera automática si ya el objeto obraba en manos del comprador. Lo cual demuestra a la vez que la simple entrega hecha a este último cuando hay reserva de dominio para el vendedor, carece de efecto traslaticio inmediato por encontrarse el título subordinado suspensivamente a la realización de un incierto futuro (750).

Si por lo común la tradición reviste carácter traslaticio por ser modo hábil en derecho para adquirir el dominio, y si en general nada impide a la autonomía de la voluntad concertada de las partes expresar suspensiva o resolutoriamente una determinada condición que modifique el efecto traslaticio de la entrega, hay sin embargo reglas típicas que configuran la cláusula de reserva del dominio para el vendedor.

Cuando la tradición se cumple en desarrollo del contrato de venta, el efecto traslaticio del dominio no se encuentra invariablemente supeditado al pago del precio (750). Es necesario proteger el interés público anexo a terceros poseedores de buena fe, así como también salvaguardar la legitimidad contractual y la firmeza de las transacciones. Por ello se estatuye que de acuerdo con lo que comúnmente acontece el precio debe pagarse en el lugar y tiempo de la entrega o en el lugar y tiempo estipulados; por ello

la manifestación de estar pagado el precio en la correspondiente escritura de venta no admite otra contraprueba que la nulidad o falsificación del instrumento, y solo en esa virtud "habrá acción contra terceros poseedores" (1934); por ello, en fin, la voluntad modificadora del efecto traslativo de la tradición debe ser expresa antes que todo.

Si el comprador no cumple su obligación primordial de satisfacer el precio, surge para el vendedor la alternativa que le otorga el derecho para exigir el pago o la resolución de la venta a su albedrío, con facultad plena de obtener en ambos extremos el resarcimiento de perjuicios (1930). Esta regulación no es modificable en materia de inmuebles por la voluntad de las partes expresada en el *pactum reservati dominii*. Quedaría al capricho del comprador desligarse del contrato con solo dejar de ejecutarlo cuandoquiera que hallara el arrepentimiento en concordancia con sus intereses personales.

Pero en materia de bienes muebles la flexibilidad que el desarrolló de los negocios aconseja ha permitido recibir esta norma:

"La cláusula de no transferirse el dominio de los bienes raíces, sino en virtud de la paga del precio, en las condiciones que el vendedor y el comprador tengan a bien estipular, será válida, sin perjuicio de los derechos de los terceros poseedores de buena fe" (1º, Ley 45 de 1930).

Si por virtud del pacto reservativo la especie continúa bajo el dominio del vendedor, es inadmisibles cualquier género de duda acerca de que los riesgos corren para quien no ha dejado de ser propietario, siempre que el objeto se encuentre en su poder o atienda a su administración.

En la hipótesis de que el comprador haya recibido el cuerpo cierto a título provisional mientras se cumple la condición suspensiva del efecto traslativo, la responsabilidad por

el objeto se medirá de acuerdo con las normas aplicables a la figura que en concreto las partes hayan querido organizar en resguardo de la tenencia otorgada al comprador, o simplemente en conformidad con la noción de culpa leve, según rige en los contratos interesados para ambas partes, si hubiere silencio al respecto. (Casación Civil. Febrero 25/59. Nos. 2207-2208-2209) 71, 2ª y 72, 1ª y 2ª

— 121 —

COMPRAVENTA (Pérdida de la cosa antes de que opere la condición suspensiva)

Si la venta está subordinada suspensivamente a un acontecer futuro e incierto los efectos del contrato varían, aunque en nada se modifican los principios concernientes a la responsabilidad.

En la venta bajo condición suspensiva el acuerdo de voluntades proclama que el vendedor no se desapodera de la especie y ni siquiera se obliga a entregarla sino cuando el evento previsto se realice, a tal punto que si la condición es fallida todo viene a ser como si no se hubiera contratado jamás. Si el evento se cumple, la pérdida del cuerpo cierto mientras pendía la condición pertenece al vendedor en conformidad con la regla *res perit domino*, y porque precisamente si el querer de las partes subordinó la formación del negocio al cumplimiento del hecho condicional, ninguna base objetiva habría para la obligación y el contrato mismo si al verificarse el evento no existiera ya la especie prevista, siempre que el insuceso no resulte imputable al vendedor en comparación de su conducta con la que habría observado un buen padre de familia. Por lo que la responsabilidad en la guarda del objeto no varía. (Casación Civil. Febrero 25/59. Nos. 2207-2208-2209) 71, 2ª

COMPRAVENTA (Pérdida de la especie vendida)

De acuerdo con las normas generales que regulan la compraventa como contrato conmutativo y sinalagmático perfecto de ejecución simultánea, tanto la pérdida o deterioro como la mejora del cuerpo cierto que se vende, afecta el patrimonio del comprador desde el momento de perfeccionarse el negocio, aunque no se haya hecho la entrega (1876). Es el principio romano de que la especie vendida perece para el comprador: *res perit emptori*.

Parecería que la equidad natural y la buena fe como pauta de la contratación quedarán de esa suerte profundamente lesionadas. Porque si es obvio que los bienes perecen para el dueño (*res perit domino*), desde luego que quien nada tiene, nada puede perder, no es menos claro que sin la tradición efectuada en cumplimiento de la compraventa es imposible la transferencia del dominio por la sola virtud del contrato, a pesar de que desde su perfeccionamiento tenga plena validez la promesa del vendedor en favor del comprador, sobre la especie contemplada en el negocio jurídico. Soporta entonces la pérdida no el titular del derecho *erga omnes*, que no deja de ser dueño el vendedor hasta el momento de la tradición, sino que el riesgo pertenece a quien por virtud del contrato es apenas acreedor del objeto negociado: *res perit creditor*.

La dificultad se acrecienta al considerar que el cuerpo cierto vendido es susceptible de pérdida liberatoria para el deudor, mientras que el precio, en dinero para que haya compraventa, por pertenecer a un género nunca perece. De manera que si la pérdida por regla general está a cargo del comprador, ello significa la subsistencia de su obligación de pagar el precio a pesar de que jurídicamen-

te desaparezca para el vendedor la suya, de transferir por tradición la especie prometida

Reaparece sin embargo el plano de equidad sobre principios bastante claros para disipar la incertidumbre: que nunca el hombre está obligado a lo imposible; que todos y cada uno de los modos por los cuales se extinguen las obligaciones son idóneos para la liberación del deudor; y que la bilateralidad conmutativa de la compraventa quiere decir que las obligaciones correlativas nacidas a un mismo tiempo para las partes se explican recíprocamente y para extinguirse exigen que en derecho se cumpla al efecto alguno de los modos previstos por las normas, sin necesidad de que se trate exactamente del mismo modo para todas las contraídas por cada una de las partes.

Si deja de existir el cuerpo cierto por causa de que el vendedor no quiso, no estuvo en capacidad de prever, ni podía evitar, el vínculo obligatorio se extingue jurídicamente por cuanto sin responsabilidad ha llegado a ser imposible el objeto. Es entonces necesario que la obligación correlativa se extinga también por modo valedero en derecho y, primeramente, por pago cuyo objeto no es susceptible de pérdida liberatoria.

Así el problema queda planteado en el campo que concierne a graduar la responsabilidad surgida de los vínculos obligatorios con fuente en el contrato. Si es deber del vendedor conservar hasta el momento de la entrega el cuerpo cierto prometido al comprador y no le bastan ya los cuidados que en concreto acostumbre para manejar su propio patrimonio, sino que en abstracto se le exigen las precauciones de un *buen padre* de familia (63, 1.604), es seguramente por la imposibilidad de equiparar la posición de quien debe una cosa determinada y la de quien nada ha prometido; y porque quien vende una especie la sustrae virtualmente de sus bienes y se constituye en

guardián para asegurar el buen y fiel cumplimiento de aquello a que por obra de su voluntad se obligara en vista de otra contraprestación.

Si comparada la conducta del vendedor con la de que por derecho se atribuye a un buen padre de familia, apareciere que a pesar de su diligente vigilancia y previsión sobrevino la pérdida inevitable del cuerpo cierto vendido, la obligación viene a ser imposible, queda sin objeto y se extingue por modo tan completo como si el pago se hubiera hecho. De esta suerte, a consecuencia de la concatenación recíproca de las obligaciones originadas para las partes del mismo negocio bilateral, surge la razón necesaria de que el vínculo que liga al comprador se extinga también de modo eficaz en derecho, esta vez por pago efectivo del precio en dinero, puesto que los géneros no perecen. (Casación Civil. Febrero 25/59. Nos. 2207-2208-2209) 70, 2ª y 71, 1ª y 2ª

— 123 —

COMPRAVENTA (Por medio de apoderado)

Es innegable que algunos autores han sostenido la tesis de que es necesario que el poder para vender inmuebles debe aparecer en escritura pública, con las bases que siguen: a) Si el artículo 2.149 del Código Civil no determina cuál debe ser la forma de un mandato, es porque deja la resolución de este punto a las reglas generales del derecho, por lo cual el poder no debe ser inferior, en cuanto a solemnidades, a las del acto o contrato a que se refiera, cuando este es solemne; b) Como el consentimiento del vendedor debe constar en la escritura pública en que se hace la venta, en la misma forma debe ser extendido el mandato, ya que es en el momento de otorgarse el poder, cuando el mandante, que en últimas es el vendedor, presta su consentimiento; c) El ánimo

contractual específico por parte del mandante se expresa en el mandato y, por medio de su mandatario, en el contrato llevado a cabo por este en nombre de aquel, que viene a desarrollar los propósitos jurídicos de quien confirió el encargo. Por tanto, el mandato debe considerarse inseparable, desde el punto de vista jurídico, de las gestiones realizadas por el mandatario, de modo que la prueba del ánimo del mandante debe someterse a las mismas exigencias probatorias que las gestiones y contratos de que trata el mandato, especialmente en cuanto a la publicidad para terceros, lo que determina para el poder la necesidad de la escritura pública y su registro.

Igualmente es cierto que la Corte en algunas ocasiones ha acogido la tesis de que el mandato para actos o contratos solemnes debe tener la misma solemnidad que estos, y al respecto basta citar la sentencia de 4 de diciembre de 1957 (G. J. números 2.188 a 2.190, página 569).

No obstante lo expuesto, la propia Corte en sentencia posterior, de 4 de septiembre de 1958 (G. J. número 2.202, página 35), ha dicho: "La Corte reafirma ahora la doctrina que ha sostenido en muchas ocasiones en el sentido de que no es necesario que el poder para vender bienes raíces deba aparecer en escritura pública, pues en ninguna parte la ley ordena que tal poder deba otorgarse en esta forma, por el contrario, el artículo 2.149 del Código Civil preceptúa que "el encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aún por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra".

A lo cual se agrega el contenido del art. 2.150 de la misma obra que reza: "El contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario. La aceptación puede ser expresa o tácita. Aceptación tá-

cita es todo acto en ejecución del mandato. Aceptado el mandato no podrá disolverse el contrato sino por mutua voluntad de las partes”.

Es decir, que de acuerdo con la estructuración legal, el mandato, salvo disposición expresa, como ocurre con el poder para que el varón contraiga matrimonio (Ley 57 de 1887, artículo 11); acto este que es solemne y con el poder para litigar, que debe constar por escrito sea por escritura pública si comprende toda clase de pleitos o varios juicios, o por memorial presentado personalmente, si se trata de un solo proceso, sin duda tal contrato es de los llamados consensuales, esto es, de los que se perfeccionan por el solo consentimiento de las partes a términos del artículo 1.500 *ibidem*.

De dichos textos se desprende, obviamente, que el mandato es un contrato consensual y no solemne, que se perfecciona por el solo consentimiento, sin necesidad de formalidad alguna. Inclusive probatoriamente se considera incluido entre las excepciones a la restricción de prueba testimonial, cuando valga más de quinientos pesos. Por eso la Corte ha dicho: “Entre las excepciones que establece el artículo 91 de la Ley 153 de 1887 a la regla general sobre restricción de la prueba testimonial por razón de la cuantía, hay que considerar incluido el mandato, contrato que según el artículo 2.149 del Código Civil puede celebrarse verbalmente o de cualquier otro modo inteligible y aún por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra, pues si se exigiera prueba escrita cuando el objeto del mandato excediera de quinientos pesos, no tendría cumplimiento esta última disposición especial para el mandato, y como tal, de preferente aplicación a la del artículo 91 citado”. (G. J. XIX, 87; XXII, 295; XXXIV, 48; LXII, 619, LXII, 670).

Esta doctrina, descansa, fuera de las razones antedichas, en que el artículo 2.149

del Código Colombiano no contiene el siguiente pasaje que trae el artículo 2.123 del Código Chileno: “Pero no se admitirá en juicio la prueba testimonial sino de conformidad a las reglas generales, ni la escritura privada cuando las leyes requieran un instrumento auténtico”. En cambio, el artículo 1.985 del Código Francés, establece prácticamente los mismos principios del colombiano, ya que advierte que la prueba de testigos para el mandato debe darse de acuerdo con las reglas generales del título de las obligaciones consensuales.

En esta forma, ante disposiciones expresas de ineludible aplicación, no puede concluirse que la categoría del mandato deba estar conforme con la del acto para el cual se confiere, ya que las reglas generales de derecho determinan que sea la norma que regula el caso la que debe actuar, y que no sean de recibo disposiciones que reglamenten materias diferentes. Por otro lado, no puede desconocerse que se trata de dos contratos distintos, el de mandato y el de compraventa, el primero de los cuales genera derechos y obligaciones personales que no pueden afectar la situación jurídica del segundo, por lo cual quien da su consentimiento para vender, en nombre del mandante, es el mandatario; de manera que la solemnidad de la escritura, indispensable para tal manifestación, no lo es para la del mandante que puede expresarse en cualquiera de las formas previstas por el artículo 2.149 a que se ha hecho mérito, desde el momento en que, como dice el artículo 1.505 del Código Civil, lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultado para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado con él.

Por último, el argumento relativo a la publicidad no se desvirtúa, ya que por un lado la escritura de venta específica que ésta se celebró en virtud de poder del vendedor (o del comprador) y así debe constar en el

registro, y por otro, al aducirse el poder en forma auténtica, como ocurre en el presente caso en que aquél fue presentado ante dos funcionarios públicos que identificaron al mandante, no hay lugar a engaño. Además, desde que nuestra legislación admite el mandato no representativo, permite establecer ante terceros una apariencia sobre la persona que actúa en determinado acto jurídico, fuera de que la necesidad de escritura pública a que se refiere el artículo 2.577 del Código Civil debe entenderse para los contratos relativos a la enajenación de bienes inmuebles y no los que puedan conducir a ellos, cual es el mandato para celebrarlos, de modo que la resolución número 352 de octubre 14 de 1940 del Ministerio de Hacienda, publicada en el Diario Oficial número 24.489 (referente a una consulta hecha por un notario sobre si el poder para vender inmuebles debía constituirse por escritura pública, (absuelta afirmativamente) no es aceptable desde el punto de vista jurídico, pues no es admisible confundir los contratos de enajenación de inmuebles, o sea los que tienden a transferir éstos, con los que simplemente contienen un mandato para que el mandatario represente al vendedor en el respectivo acto, contrato que no puede afirmarse que sea relativo a inmuebles, pues la naturaleza del mandato es la gestión de negocios ajenos siendo el objeto de éstos una cuestión de diverso orden en la convención.

Lo dicho antes se respalda con la opinión de Enneccerus, en su obra de Derecho Civil (T. I, Volumen II, página 275).

“El otorgamiento del poder (apoderamiento) tiene íntimo parentesco con el consentimiento y se hace, como éste, mediante declaración unilateral recepticia. Constituye la declaración de que los negocios a celebrar en nuestro nombre por el apoderado, o las declaraciones de voluntad que ha de recibir

él mismo en nuestro nombre, deban surtir efecto inmediato a favor y en contra de nosotros, mientras que el consentimiento se refiere a negocios a celebrar en nombre propio. El apoderamiento no es una parte del negocio o de los negocios, cuya conclusión eficaz para el poderdante posibilita, sino que es un negocio jurídico con sustantividad propia. Por consiguiente, no requiere la forma que en su caso se prescriba para el negocio a que se refiere, sino que no está sujeto a forma más que cuando así se prescriba por excepción”. (Casación Civil. Mayo 29/59. Nos. 2211-2212).....590, 2ª 591, 1ª y 2ª, 592, 1ª y 2ª.

— 124 —

COMPRAVENTA (Prueba de la). (Véase el aparte Certificados en el número 106 de este Índice).

— 125 —

COMPRAVENTA (Resolución del contrato)

La ley autoriza el ejercicio de la acción de resolución de un contrato de compraventa, a la parte que ha cumplido contra el contratante moroso. Para su prosperidad es indispensable que uno de los contratantes se encuentre en mora de cumplir sus prestaciones.

Y no puede decirse que sea menester requerirlo judicialmente, para constituirlo legalmente en mora, puesto que se trata de una obligación pura y simple, es decir, de una de aquellas que según lo enseñan los doctrinantes, pueden ser exigidas inmediatamente, después de haber sido formada, pues no hay plazo pendiente alguno. (Casación Civil. Junio 20/59. Nos. 2211-2212)...

658, 2ª y 659, 1ª

— 126 —

COMPRAVENTA (Saneamiento por evicción)

La devolución del precio es uno de los elementos del saneamiento por evicción a cargo del vendedor a quien se le haya denunciado el pleito (C. C. Art. 1.904).. (Casación Civil. Mayo 4/59. Nos. 2211-2212).....505, 1ª

— 127 —

COMPROMISO (Diferencias con la transacción) Véase el aparte Arbitramento en el número 17 de este Índice.

— 128 —

COMUNIDAD (Capacidad para ser parte)

Para ser parte en un proceso, quien se presenta como demandante o como demandado, debe ser sujeto capaz de derechos y obligaciones, vale decir, que sea persona natural o jurídica; de tal manera que cuando no tiene tal calidad, no puede comparecer en juicio. Así ocurre, por ejemplo, con las comunidades a título universal o singular que, por no ser personas jurídicas, ni siquiera patrimonios autónomos, no pueden comparecer como partes en un juicio, derecho que radica en los herederos o comuneros considerados como personas naturales. (Negocios Generales. Junio 18/59. Nos. 2211-2212)... 934, 2ª.

— 129 —

COMUNIDAD (Prueba del dominio frente al Estado)

Para demostrar el condominio de un inmueble, frente al Estado, no existe prueba distinta de los títulos que exhiban los comu-

neros dentro del juicio, con el objeto de justificar su derecho sobre determinadas cuotas o acciones, los cuales, además, deben tener como antecedente necesario el expedido por el Estado antes del 28 de octubre de 1873, en cuanto a la propiedad del subsuelo.

En consecuencia, lo aceptado o convenido en las juntas de comuneros, integradas por la mayoría requerida, no tiene fuerza vinculante respecto del Estado, a quien no le será oponible nada de lo consignado en la respectiva acta, ni en cuanto atañe a la calidad real de condueños, ni respecto de la propiedad privada del inmueble. (Negocios Generales. Junio 18/59. Nos. 2211-2212) ..937, 1ª

— 130 —

COMUNIDAD (Quién la representa en juicio)

Si los comuneros pueden ser parte en el ejercicio de acciones que atañen a la comunidad, en su calidad de personas naturales, pueden comparecer en juicios, si son capaces, por sí mismos o representados por el respectivo apoderado, o sea, tienen capacidad procesal, que "es la aptitud para realizar actos procesales con eficacia jurídica en nombre propio o ajeno. Así como en derecho material existe diferencia entre capacidad jurídica y capacidad de obra (agere), en derecho procesal existe diferencia entre capacidad para ser parte y capacidad para actuar en el proceso", como lo dijo la Corte en sentencia de fecha 19 de agosto de 1954. (G. J. Tomo LXXVIII, pág. 350). (Negocios Generales. Junio 18/59. Nos. 2211-2212) ..935, 1ª

— 131 —

COMUNIDAD (Representación en juicio por el administrador)

En los artículos 16 a 27, la Ley 95 de 1890

no se privó a los comuneros de su capacidad procesal, para imponerles, necesariamente, la comparecencia a juicio representados por medio de un administrador, nombrado con los requisitos y en las condiciones previstas en los artículos 16 y siguientes; en otras palabras, la elección de un administrador hecha con todas las formalidades impuestas en los artículos citados, no transforma a la comunidad en persona jurídica, distinta de los comuneros individualmente considerados; por tanto, éstos conservan su primitiva facultad de comparecer a juicio en defensa de los intereses de la comunidad, en ejercicio de un derecho propio como así lo dispone el artículo 22 de la Ley 95 de 1890.

Sin embargo, un administrador de la comunidad, regularmente nombrado, si bien no representa a una persona jurídica, sí recibe el mandato de la mayoría de los comuneros, con la facultad de obligarlos a todos, aun a aquéllos que no hubiesen concurrido a la respectiva junta de comuneros; en cambio, si un administrador ha sido designado por una minoría, o sea, sin obtener "la mayoría absoluta de votos", ordenada en el artículo 17 y computada en la forma señalada en el artículo 19, recibe también un mandato de la minoría de los comuneros que hubiesen concurrido a la junta; pero sus actuaciones judiciales o extrajudiciales no obligan o no producen efectos sino respecto de ellos, o sea, en estos casos la representación del administrador no produce efectos generales respecto de todos los comuneros sino solamente en relación con los comuneros que tienen la calidad de mandantes. (Negocios Generales. Junio 18/59. Nos. 2211-2212) ... 935, 1ª y 2ª.

— 132 —

COMUNIDAD (Valor probatorio del padrón frente a los comuneros y al Estado)

Como en todo acto o contrato, para decidir

sobre su mérito probatorio y valor obligatorio, es menester considerar el padrón en cuanto atañe a los comuneros, como también respecto de terceros, entre los cuales se halla el Estado.

Respecto de los comuneros, el padrón tendrá pleno valor probatorio y obligatorio, mientras sea aceptado por todos, porque si surgen disputas sobre la calidad de comunero o respecto de las cuotas o acciones que le corresponden, el punto debe decidirse por el Juez, en juicio ordinario, como todo litigio que se refiere a la propiedad de un inmueble, en obediencia al último inciso del artículo 21 de la Ley 95 de 1890.

Como el Estado en la elaboración del padrón, no es parte, aun cuando se hayan exhibido los títulos necesarios por los comuneros, es un acto que ni le aprovecha ni le perjudica, porque se trata de *res inter alios acta*, o sea es un tercero en cuanto a lo convenido en la junta general de comuneros, quienes, por lo demás, no pueden crearse un título a su favor con la nueva aceptación de varias personas como condóminos de un inmueble determinado.

En otras palabras, el padrón elaborado en la junta general de comuneros aun cuando haya sido presidida por el Juez, tiene el valor probatorio señalado en el artículo 1.759 del Código Civil. (Negocios Generales. Junio 18/59. Nos. 2211-2212) 936, 2ª y 937, 1ª

— 133 —

CONCILIACION (Valor probatorio del acta respectiva)

En la etapa conciliatoria laboral no hay obligación de aducir pruebas ni de reconocer o negar hechos, lo cual es característico de las audiencias de trámite más no de la conciliación, en donde, más que todo, se busca el entendimiento directo y amigable de las partes bajo la orientación del funcionario

que conoce del diferendo. Si el intercambio de propuestas y contrapropuestas en esta etapa preliminar no culmina en un acuerdo conciliatorio, los hechos que hayan sido aceptados por las partes tendrán mayor o menor fuerza probatoria según sea el respaldo y concatenación con los elementos de convicción que se produzcan en el juicio laboral. (Casación Laboral. Junio 12/59. Nos. 2211-2212).....
884, 1ª y 2ª

— 134 —

CONDENA CONDICIONAL (Casos en que procede)

Considera la Sala que al disponerse en el artículo 27 del Código Penal la viabilidad de la condena condicional en los casos allí indicados, lo que se propuso el legislador fue hacer factible dicho beneficio aún en los eventos en que la pena aplicable fuese de calidad y duración distintas a lo exigido en el primer inciso del artículo 80 del mismo código, que sólo hace procedente dicho subrogado penal “cuando se imponga la pena de arresto no mayor de tres años o la de prisión que no exceda de dos...”

Y el requisito de que se trate de “casos especialmente favorables para el sindicato” a que alude el artículo 27 citado no puede entenderse como cosa distinta al acopio de las condiciones previstas en el artículo 80 del Código Penal, sobre ausencia de antecedentes delictivos en el procesado, buena conducta anterior suya y factores personales, modalidades del hecho y motivos determinantes que lo favorezcan, pues no otras consideraciones son las que permiten al juzgador deducir la ausencia de peligrosidad social en quien haya incurrido en una violación punible, ausencia de peligrosidad social que es lo que justifica y permite la aplicación de los subrogados penales. (Casación

Penal. Junio 4/59. Nos. 2211-2212).....
777, 2ª

— 135 —

CONDICION RESOLUTORIA (En contrato de trabajo con trabajadores oficiales)

La potestad reglamentaria que, desde luego, debe ser ejercida siempre *intra-legem*, cuando versa sobre materia en que va envuelto el interés social, como en el caso de las relaciones entre patronos y trabajadores, es necesariamente menos limitada que cuando se refiere a medidas susceptibles de afectar tan sólo el interés individual de los ciudadanos. Y si, como ocurre a menudo en tratándose de esas relaciones, de suyo complejas y cambiantes, la voluntad del legislador no se manifiesta en forma completa y definida, resulta muchas veces imperioso extremar las medidas que tiendan al cabal desarrollo de los principios, generales expresados por aquél, tanto más si tales principios, por haberse inspirado en el derecho tradicional, han de ser adaptados a la especial naturaleza del Derecho del Trabajo.

El artículo 11 de la Ley 6ª de 1945 es, precisamente, un ejemplo típico al respecto. Su texto dice:

“En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable”.

Este artículo trasplantó, como se ve, una antigua institución civil (*lex commissoria*, la llamaron los romanos) a la esfera de las relaciones laborales. Y si bien descartó uno de los términos de la disyuntiva del ordenamiento privado, o sea la opción a exigir el cumplimiento de lo pactado, en cambio, por falta de una exacta regulación, dejó expuesta la indemnización de perjuicios a las más contradictorias soluciones. Resultaba, pues, necesario adecuar el referido precepto a la

peculiaridad del contrato de trabajo, y al haberlo debieron tenerse en cuenta, entre otras, estas circunstancias:

a) El de trabajo, no es un contrato rígido, sujeto enteramente a la autonomía de las voluntades privadas, sino flexible y fiscalizado por los poderes públicos, en orden a la protección del trabajador, que se supone la parte débil, y cuyas condiciones repercuten en la vida económica y social de la comunidad

b) Los derechos que emanan del contrato laboral en favor del trabajador, son irrenunciables, y para que cumplan su función vital deben serle satisfechos sin dilación. Por ello, la terminación del contrato debe condicionarse lógicamente al pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones que se adeuden al trabajador;

c) El desempleo ocasiona graves perjuicios al trabajador y su familia y determina una anormalidad económica y social, que al Estado corresponde precaver por todos los medios;

d) La renuencia, sin motivo justificado, del empresario, empleador o patrono al pago oportuno de los salarios y prestaciones debidos, contraría la buena fé, lo cual, por sí solo y en atención al carácter relievante de ese principio en el contrato de trabajo, justifica una sanción, que bien puede traducirse en beneficio pecuniario para el trabajador, tanto más cuanto que a éste se le priva de su única fuente de ingresos;

e) La administración pública, cuando a las relaciones de ella con sus servidores es aplicable el régimen del contrato de trabajo, no tiene, por razón de los sistemas de contabilidad y de control, iguales facilidades prácticas para el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, que los empresarios o patronos particulares, lo cual impone el otorgamiento de un plazo prudencial para ese fin.

Reflejo de las expresadas circunstancias

son los artículos 51 y 52 del Decreto 2.127 de 1945, que se transcriben en seguida:

“ARTICULO 51.— Fuera de los casos a que se refieren los artículos 16, 47, 48, 49 y 50, la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del patrono, dará derecho al trabajador a reclamar los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo, además de la indemnización de perjuicios a que haya lugar”.

“ARTICULO 52.—Salvo estipulación expresa en contrario; no se considerará terminado en ningún caso el contrato de trabajo, antes de que el patrono ponga a disposición del trabajador el valor de todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones que le adeude, salvo las retenciones autorizadas por la ley o la convención; si no hubiere acuerdo respecto al monto de tal deuda, bastará que el patrono entregue o consigne la cuantía que confiese deber, mientras la justicia del trabajo decide la controversia”.

Más tarde, el Decreto 797 de 1949, en su artículo 1º, reprodujo el artículo 52, y en el párrafo 2º dispuso lo siguiente sobre los contratos de trabajo con los servidores oficiales:

“Los contratos de trabajo entre el Estado y sus servidores, en los casos en que existan tales relaciones jurídicas conforme al artículo 4º de este decreto, sólo se considerarán suspendidos hasta por el término de noventa (90) días, a partir de la fecha en que se haga efectivo el despido o el retiro del trabajador. Dentro de este término los funcionarios o entidades respectivos deberán efectuar la liquidación y pago de los correspondientes salarios, prestaciones e indemnizaciones que se adeuden a dicho trabajador.

“Durante la suspensión de los contratos de trabajo a que se refiere este artículo, se-

rán de aplicación las normas contenidas en el artículo 4º del presente Decreto y estarán a cargo de la Caja de Previsión Social a que se hallen afiliados los trabajadores oficiales, o del respectivo Tesoro Nacional, Departamental o Municipal, si no existiere tal Caja, o del fondo especial que cubra sus remuneraciones en los casos señalados en el artículo 29 de la Ley 6ª de 1945, el reconocimiento y pago del seguro de vida y el auxilio funerario en caso de muerte dentro del período de suspensión, así como los auxilios monetarios y la asistencia médica de que haya venido disfrutando el trabajador desde antes de la fecha del retiro en los casos de enfermedad o accidente de trabajo, y hasta por el término que señala la ley.

“Si transcurrido el término de noventa (90) días señalados, en el inciso primero de este párrafo no se hubieren puesto a órdenes del trabajador oficial los salarios, prestaciones e indemnizaciones que se le adeuden, o no se hubiere efectuado el depósito ante autoridad competente, los contratos de trabajo recobrarán su vigencia en los términos de la ley”.

Las disposiciones que se han transcrito, determinan la manera de calcular el lucro cesante (“los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo”), que es una de las fases de la indemnización de perjuicios prevista en el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945, y subordinan la extinción del vínculo jurídico contractual al pago o consignación por el patrono del valor de todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones que le adeuda al trabajador, disposición esta última que tiene su antecedente legal en el artículo 8º de la misma ley, que exigía, para el caso de la terminación unilateral del contrato, la “previa cancelación de todas las deudas e indemnizaciones a que haya lugar”.

Cuando en el primer inciso del artículo

1º del Decreto 797 de 1949, que reproduce el artículo 52 del Decreto 2.127 de 1945, se dice que “no se considera terminado el contrato de trabajo antes de que el patrono ponga a disposición del trabajador el valor de todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones que le adeude”, quiere significarse que la simple separación material del trabajador, cuyas relaciones personales con el patrono “pudieran hacerse muy penosas y hasta ocasionar algunas perturbaciones en el establecimiento en que trabaja”, como lo observa Planiol (Tratado de Derecho Civil Tomo XI, página 90), no acarrea necesariamente la completa cesación del vínculo jurídico, y por ello el patrono continúa obligado al pago de los salarios.

Y si respecto de los contratos de trabajo entre el Estado y sus servidores, se habla de que dichos contratos se consideran “suspendidos” hasta por el término de 90 días, plazo que se concede para efectuar la liquidación y pago de lo que la administración adeuda al trabajador, y de que pasado ese plazo los contratos “recobrarán su vigencia” apenas debe entenderse que el vínculo jurídico subsistente, aislado de la prestación del servicio, no envuelve la obligación de pagar salarios durante el término de gracia, pero sí desde que éste concluye, y hasta cuando se cubra al trabajador lo que se le adeude o se haga el depósito ante autoridad competente.

Es de advertir que la anterior jurisprudencia explicaba estos fenómenos mediante la tesis de la subsistencia ficcionada del contrato de trabajo (ver sentencia del 27 de marzo de 1953 Luis Angel Valencia contra el Departamento de Caldas —y del 17 de junio de 1957— Abraham Muñoz contra el Municipio de Bogotá).

Ahora bien, es cierto que el pago de salarios una vez que el trabajador deja de prestar efectivamente sus servicios, no es

estrictamente una indemnización de perjuicios proveniente del incumplimiento de las estipulaciones contractuales, o sea que no cabe dentro del concepto general de daño emergente o de lucro cesante. Pero tampoco se trata de los simples intereses moratorios de un crédito laboral, porque la obligación de pagar salarios durante el lapso comprendido entre el momento en que el trabajador deja de prestar sus servicios hasta aquél en que recibe o se pone a su disposición el valor de lo que le adeuda el patrono por retribución del trabajo, prestaciones e indemnizaciones, asume el carácter de una indemnización complementaria de perjuicio, que tiene apoyo en las normas comentadas y cuya aplicación está condicionada a la buena o mala fé del patrono, a la manera como ocurre en el derecho positivo francés, según lo anota Jossierand en los siguientes términos: "El artículo 1.153, modificado por la Ley de 7 de abril de 1900, decide en su último apartado que si el deudor de una suma de dinero causa a su acreedor por su retardo en pagársele, un perjuicio independiente de dicho retardo, puede ser condenado por ello a "intereses distintos de los intereses moratorios del crédito", es decir, a daños y perjuicios suplementarios justificados por su mala fé". (Derecho Civil, Traducción española, Tomo II, Volumen 1, página 513).

Y es obvio que independientemente del retardo, el trabajador que, por renuncia injustificada del patrono, no recibe oportunamente el valor de sus salarios, prestaciones e indemnizaciones, ve afectados sus prospectos económicos, que giran necesariamente en torno a los derechos mínimos que la ley le concede, sufriendo de este modo un perjuicio que debe ser reparado en forma distinta a la de un simple interés moratorio.

Por lo expuesto estima la Sala que los artículos 52 del Decreto 2.127 de 1945 y 1º del Decreto 797 de 1949, no exceden la potestad reglamentaria, en cuanto se limitan al con-

veniente desarrollo y adaptación de los artículos 8º y 11 de la Ley 6ª de 1945. (Casación Laboral: Junio 11/59. Nos. 2211-2112).
864, 2ª, 865, 1ª y 2ª y 866, 1ª y 2ª

— 136 —

CONFESION (Del apoderado de una de las partes)

"La confesión en juicio, dice Fernando Alessandri, es un medio probatorio que consiste en el reconocimiento que hace en juicio una de las partes sobre un hecho que produzca en su contra consecuencias jurídicas. Por medio de esta prueba, la parte contraria (el confesante) reconoce y declara sobre la efectividad de un hecho que sirve de fundamento a las peticiones de la otra". (Curso de Procedimiento Civil, tomo I, página 41).

La doctrina anteriormente expuesta se halla prácticamente consagrada como norma de nuestro derecho probatorio en el artículo 604 del Código Judicial y también en el 607 ibídem, que le reconoce el carácter de confesión judicial a la efectuada por el apoderado cuando se realiza en las condiciones allí mismo prescritas.

Si el demandado confesó judicialmente ser poseedor del inmueble en litigio con ánimo de señor y dueño y si esa confesión que está de acuerdo con lo afirmado por el actor del juicio en su libelo, tiene el carácter de plena prueba, es obvio concluir que sobre la aceptación de tal hecho se trabó la litis viniendo en consecuencia a quedar descartada de ella el extremo relativo a la condición jurídica del demandado. (Casación Civil. Febrero 28/59. Nos. 2207-2208-2209) 77, 1ª

— 137 —

CONFESION (Del sindicado)

La confesión del procesado no contradicha por prueba válida alguna en los autos, debe

tomarse como indivisible. (Casación Penal. Abril 1º/59. Nº 2210) 369, 1ª y 2ª

— 138 —

CONFESION (Judicial y extrajudicial)

La confesión la hace la parte interesada en el proceso de modo que entraña el reconocimiento de obligaciones, pues por su conducto se aceptan hechos que la perjudican. De acuerdo con el artículo 604 del Código Judicial, aplicable por analogía en materia laboral, la confesión puede ser judicial o extrajudicial. La primera es la que se hace ante un Juez competente en razón de la naturaleza de la causa y en ejercicio de sus funciones; y la segunda si se cumple en otra ocasión, en carta misiva, conversación, o cualquier acto o documento no destinado a servir de prueba. (Casación Laboral. Febrero 23/59. Nos. 2207-2208-2209) 253, 1ª y 2ª

— 139 —

CONFESION (Manera de desvirtuar la ficta)

El juzgador de segunda instancia, al verificar el proceso lógico jurídico para formar su convicción, halló que el Gerente de la empresa demandada, confesante presunto, para quitar o desvirtuar la fuerza probatoria de su confesión, que se tenía por hecha, adujo otras pruebas contra el alcance de la confesión ficta, que habrían sido solicitadas y decretadas en forma legal, las que halló suficientes para acreditar lo contrario o cosa distinta a lo dado por confesado. Este proceder se ajusta a la ley y tiene su fundamento racional, ya que el artículo 618 del Código Judicial, aplicable por analogía al procedimiento del trabajo, contiene una simple presunción de orden legal, que como tal, admite

prueba en contrario (artículo 606 inciso 2º ibídem), de modo que producida ésta legal y eficazmente y desvirtuada la confesión presunta, no puede seguir produciendo el efecto de sanción que esa norma contiene, hasta forzar al juzgador a desconocer la realidad de los hechos. (Casación Laboral. Febrero 28/59. Nos. 2207-2208-2209) . . . 266, 2ª

— 140 —

CONSIGNACION (Solemnidades)

En lo que respecta a la consignación prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo para evitar la indemnización moratoria, se observa que no está condicionada a ninguna clase de solemnidad para su validez. Lo único que se exige es que se haga ante el Juez del Trabajo y, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar. (Casación Laboral. Junio 19/59. Nos. 2211-2212) 895, 1ª y 2ª

— 141 —

CONSTITUCION (Subrogación de una norma constitucional por otra)

La norma constitucional que faculta al legislador para prescindir, en la expedición de una ley determinada, de alguno de los requisitos genéricamente exigidos por otra disposición de la misma índole para dictar leyes semejantes, no se entiende implícitamente subrogada por el nuevo precepto que, dejando en vigor el requisito exceptuado, reglamenta de nuevo y en abstracto la materia, pues entre el primero y el último canon no existe incompatibilidad alguna, ni éste regula lo que fue objeto exclusivo de aquél. Y es que, en materia constitucional, el criterio de interpretación requiere positiva exactitud, que excluye en lo posible las derogaciones

meramente presuntivas o tácitas. (Sala Plena. Mayo 20/59. Nos. 2211-2212) 499, 2ª

— 142 —

CONSULTA (A favor del trabajador)

Qué la consulta se surte en interés de la ley es cosa que no puede remitirse a duda en presencia del Art. 69 del Código Procesal Laboral, que la establece solamente para aquellas sentencias que fueren apeladas y sean en un todo desfavorables al trabajador. El propósito claro de la disposición es por consiguiente la defensa del asalariado más allá de su propio querer, con la finalidad trascendente al orden público de evitar que los derechos reconocidos por las leyes sociales se menoscaben o se hagan nugatorios. Esa intervención oficiosa de la ley al ordenar la consulta, suple la actividad del trabajador que no apela, pues éste en presencia de un fallo totalmente desfavorable a sus pretensiones ha podido abandonarse a esa intervención oficiosa de la ley, la consulta, sin que pueda decirse que faltó el interés jurídico en la segunda instancia, pues la ley misma hace que la conserve. (Casación Laboral. Abril 22/59. Nº 2210) 450, 2ª y 451, 1ª

— 143 —

CONTRABANDO

No acepta la Sala que, para la aplicación de las doctrinas de Carrara sobre el exceso, en los casos de participación criminal, se pueda asimilar el delito especial de contrabando a uno "contra el patrimonio ajeno"; ni que se pueda considerar como un mismo género de delincuencia uno y otro delito. (Casación Penal. Diciembre 18/58. Nos. 2207-2208-2209) 137, 1ª

— 144 —

CONTRATO (A favor de un tercero)

El contrato en el cual se promete una prestación a favor de un tercero puede ser de dos clases, o sea aquél en que el tercero adquiere un derecho en virtud del contrato, contrato a favor del tercero propiamente tal, y aquél en que el promitente se obliga sólo a favor de quien recibe la promesa, a realizar una prestación a favor del tercero, de manera que no se deriva derecho alguno para éste. Este caso puede calificarse como contrato impropio a favor del tercero. "Su naturaleza jurídica, no ofrece especialidad alguna, pues sólo el contenido de la obligación del deudor se determina en el sentido de que el acto debido tiene que ejecutarse hacia el tercero. El que el deudor se libere en virtud de la prestación al tercero, no tiene su fundamento en que el contrato contenga un apoderamiento tácito al tercero para recibir la prestación, sino sencillamente en que la prestación al tercero es el contenido de la obligación" (Enneccerus, Derecho de las Obligaciones, Tomo II, pág. 173).

Y los traductores de la obra, Blas Pérez y José Alguer, catedrático de la Universidad de Barcelona, refiriéndose al Derecho Español expresan que el supuesto anterior "es el corriente entre los contratos por los que el deudor se obliga frente a su único acreedor a dar o hacer, con la única particularidad, que no es digna de atención especial, de que en lugar de cumplir su obligación en manos del acreedor, lo verifica en virtud de realizar la prestación al tercero" (Obra citada, página 176). Casación Civil. Abril 6/59. Nº 2210) 294, 2ª

— 145 —

CONTRATO DE TRABAJO (Circunstancias que no lo desvirtúan)

El no estar el trabajador sometido a hora-

rio especial, trabajar en forma discontinua y otras circunstancias parecidas, no constituyen modalidades que sirvan para desvirtuar el contrato de trabajo puesto que legalmente ellas no representan elementos esenciales del nexo jurídico-laboral. (Casación Laboral. Febrero 23/59. Números 2207-2208-2209)252, 2ª

— 146 —

CONTRATO DE TRABAJO (Con agentes colocadores de seguros)

El artículo 95 del Código Sustantivo del Trabajo crea una presunción legal en favor de los Agentes Colocadores de pólizas de seguros, que les permite dar por establecidos los requisitos de dedicación exclusiva y de continuada dependencia, concurrentes a establecer, junto con otros elementos, la existencia del contrato especial de trabajo que contempla el artículo 94 ibídem, mediante la demostración del hecho indicador que consiste en haber producido, el agente colocador, el rendimiento mínimo que aquella disposición exige, la que, por otra parte, no excluye la demostración de esa exclusividad y continuada dependencia, con fundamento en otras pruebas. Por su parte el artículo 96 del Código Sustantivo del Trabajo contempla el caso de coexistencia de contratos de trabajo de los Agentes colocadores de pólizas de seguros, en dos o más ramas del seguro o para dos o más compañías, conforme a la previsión del artículo 26 de la misma obra, en cuyo evento ordena que la producción, número de pólizas y comisiones en cada uno de los ramos, o en cada una de las Compañías, se acumulan para el efecto de establecer si se han cumplido los requisitos que señala el artículo 95 y dispone la manera como deben hacerse los cómputos de producción anual, para que obre la presunción que esta disposición consagra.

Conviene advertir, además, para el recto entendimiento y aplicación de las normas que regulan el contrato de trabajo con los Agentes colocadores de pólizas de seguros, que el elemento "exclusividad a que alude el ordinal primero del artículo 94 del Código Sustantivo del Trabajo, hace relación únicamente a que la labor de dichos trabajadores se concrete a la colocación de pólizas, bien sea en una o más ramas del seguro o para una o varias Compañías Aseguradoras, sin que les sea lícito dedicarse a otra u otras actividades y negocios, pues en este evento no puede configurarse el contrato de trabajo. (Casación Laboral. Junio 26/59. Nos. 2211-2212)906, 1ª y 2ª

— 147) —

CONTRATO DE TRABAJO (Con jefes o directores)

La calidad de Jefe de una Oficina no descarta la posibilidad de la existencia del contrato de trabajo. Se puede ser Jefe de una agencia o sucursal de una empresa, constituida como persona jurídica o empresa individual, y esta categoría no hace imposible que el cargo se desempeñe como servicio dependiente, es decir, regido por un contrato laboral. (Casación Laboral. Junio 30/59. Nos. 2211-2212)921, 1ª

— 148 —

CONTRATO DE TRABAJO (Con recaudadores de impuestos)

Ni la dependencia oficial en que el demandante prestó sus servicios es de tal naturaleza que pueda considerarse entre los casos de excepción que contempla el artículo 4º del Decreto 2.127 de 1945, ni las funciones que le tocó desempeñar, fueron realizadas en una dependencia administrativa idéntica.

tica a una institución de particulares o susceptibles de ser fundada y manejada por éstos en la misma forma, pues que la imposición y recaudo de tributos o impuestos, es función privativa del Estado y no de los particulares.

En efecto: Es apenas elemental que una empresa de transportes o un taller de reparaciones de vehículos, como ocurre en los casos que presenta el recurrente, pueden tener a su servicio trabajadores que atiendan lo referente "a las placas de los vehículos de su propiedad o confiados a la empresa o taller". Pero actividad bien diferente es la desempeñada por el actor cuando prestaba sus servicios al Municipio de Bogotá como "Oficial Ayudante de Placas del Departamento de Impuestos", pues esta función no puede atribuírle ninguna persona natural o jurídica de derecho privado a sus trabajadores. (Casación Laboral. Junio 30/59. Nos. 2211-2212).....926, 1ª y 2ª

— 149 —

CONTRATO DE TRABAJO (Con trabajadores oficiales)

Las relaciones de derecho individual del trabajo de carácter oficial están excluidas del ámbito de la aplicación del Código Sustantivo del Trabajo, en virtud de lo dispuesto en sus artículos 3º y 4º. Ellas se rigen por los estatutos especiales allí previstos, y a falta de éstos, por las normas anteriormente expedidas sobre el particular.

Una de esas normas es la contenida en el artículo 4º del Decreto 2.127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª del mismo año, cuyo texto dice:

"No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, las relaciones entre los empleados públicos y la administración nacional, departamental o municipal no constituyen contratos de trabajo, y se rigen por leyes es-

peciales, a menos que se trate de la construcción o sostenimiento de las obras públicas, o de empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro, o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma".

Esta norma contempla dos hipótesis: Una de índole general y otra de carácter excepcional. Para la primera consagra la presunción de que no existe contrato de trabajo. En cambio, para la segunda, establece la presunción contraria.

Sin duda tal juego de presunciones suscita en la práctica muchas dificultades. Pero en lo que se refiere a la segunda hipótesis el recto entendimiento de la norma enseña que afirmadas y demostradas las circunstancias relativas a la prestación del servicio y a la remuneración, e indicada como actividad del trabajador una de las enumeradas en aquella, obra la presunción *prima facie* de que la correspondiente relación es asimilable a las que se rigen por un contrato de trabajo. Esto es, que se da el grado de probabilidad necesario para suponer que el trabajador ha estado vinculado a la administración pública en la misma forma que en el campo de las relaciones laborales de carácter particular. (Casación Laboral. Abril 6/59. Nº 2210)410, 1ª y 2ª

— 150 —

CONTRATO DE TRABAJO (Con varios patronos)

No se opone a la existencia del contrato laboral el que el actor en varias ocasiones celebrara y ejecutara diversos contratos en forma independiente. La ley permite la coexistencia de contratos con dos o más patronos. Sobre este asunto, en alguna ocasión el Tribunal Supremo adujo las siguien-

tes opiniones del autor Cabanellas: "Hoy se admite la pluralidad o multiplicidad de compromisos, siempre que las tareas a que se obligan no coexistan en la ocasión, momento u oportunidad; vale decir, que las obligaciones no sean coetáneas o contemporáneas, pues de serlo, desaparecería automáticamente el elemento subordinación". (Casación Laboral. Junio 10/59. Nos. 2211-2212)855, 2ª y 856, 1ª

— 151 —

CONTRATO DE TRABAJO (Entre parientes)

Dentro de un criterio general, no puede olvidarse que no existe disposición alguna que establezca que el vínculo de parentesco o de familia significa imposibilidad de la existencia del contrato de trabajo. (Casación Laboral. Febrero 23/59. Nos. 2207-2208-2209)252, 2ª

— 152 —

CONTRATO DE TRABAJO (Examen médico a su terminación)

No debe perderse de vista que al demandante correspondía acreditar plenamente el hecho alegado de haber solicitado el examen médico de retiro, pues la obligación patronal de hacer practicar al trabajador el examen sanitario y de expedirle el correspondiente certificado a la expiración del contrato, está condicionada al hecho de que éste lo solicite. (Casación Laboral. Febrero 28/59. Nos. 2207-2208-2209)268, 2ª

— 153 —

CONTRATO DE TRABAJO (Indemnizaciones a cargo del trabajador por ruptura ilegal)

Se incurre en error notorio al considerar

que los perjuicios a cargo del trabajador cuando éste es el culpable de la ruptura ilegal equivalen a los salarios correspondientes al tiempo faltante para cumplirse el plazo pactado o presuntivo del contrato. Lo que dispone el numeral 2º del artículo 64 es que "en caso de que el patrono tenga que indemnizar perjuicios al trabajador, por ruptura unilateral e ilegal del contrato, el lucro cesante consiste en el monto de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo". (Subraya la Sala). Como se ve, no es aplicable dicho texto al caso de que el trabajador tenga que indemnizar perjuicios al patrono por ruptura etc. sino al caso contrario.

Los perjuicios por dicha ruptura ilegal, cuando se causan a cargo del trabajador y en favor del patrono, están sometidos a la tasación que se demostrare en juicio y comprenden el lucro cesante y el daño emergente. (Casación Laboral. Abril 16/59. Nº 2210) 435, 1ª

— 154 —

CONTRATO DE TRABAJO (Manifestación del motivo a su terminación) Véase el aparte Cesantía en el número 110 de este Índice.

— 155 —

CONTRATO DE TRABAJO (Se acredita por los medios comunes de prueba)

Para demostrar la existencia de un contrato de trabajo y reconocer y liquidar las prestaciones legales emanadas del mismo, tales como cesantía, vacaciones y prima de servicios y establecer "los hechos sustanciales afirmados en la demanda —el tiempo de servicios y el salario devengado—", no se requiere la producción en juicio de pruebas específicas a las que la ley atribuye un es-

pecial valor, "por exigir ésta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto" sino que, dichos extremos, pueden establecerse por los medios comunes de prueba. (Casación Laboral. Enero 24/59. Nos. 2207-2208-2209)217, 1ª

— 156 —

CONTRATO DE TRABAJO (Su duración cuando se trata de trabajadores para construcción de obra determinada)

La duración de los contratos de construcción se determina por el tiempo necesario para la realización de la obra. Si no aparece en autos que se haya convenido una duración del contrato distinta, debe entenderse que su finalización se produce apenas termina la labor contratada. En sentencia de 5 de septiembre de 1952, el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo sostuvo: "Los contratos laborales tienen siempre una duración determinada o determinable: por voluntad de los contratantes, dentro del límite señalado por la ley, o por la naturaleza del servicio, o por el término presuncional de seis meses en defecto de aquellas determinaciones.

"El contrato de los trabajadores de construcción vinculados a una obra determinada, pertenece a la segunda clase, esto es, su duración está determinada por la naturaleza del servicio, es decir, por el tiempo que dure la construcción, salvo que los contratantes hayan convenido un término expreso. Mas en defecto de éste no puede afirmarse que rija el presuntivo de la tercera clase, porque la duración se determina por la de la obra, según lo expuesto". (Casación Laboral. Junio 11/59. Nos. 2211-2212)879, 1ª y 2ª

— 157 —

CONTRATOS (Reglas para su interpretación)

El artículo 1.618 del Código Civil, como todas las disposiciones contenidas en el Título XIII del Libro IV del mismo estatuto, no tienen ciertamente un carácter imperativo. Son simples reglas generales de hermenéutica contractual, que se les sugieren a los jueces de fondo para la formación de su criterio cuando hayan de interpretar la voluntad de las partes vinculadas por medio de una relación jurídico-contractual. Comentando Claro Solar aquellas disposiciones que son las mismas que consagra el código civil chileno, dice al respecto lo siguiente:

"Los comentadores del código de Napoleón, inspirándose en la jurisprudencia de la Corte de Casación, sostienen que los artículos que contienen las reglas de interpretación de los contratos no tienen un carácter imperativo, ni establecen reglas absolutas sino que constituyen consejos dados a los jueces por el legislador para la interpretación de los contratos. Colin y Capitant, dicen que los artículos 1.156 a 1.164 son reglas que deben servir de hilo conductor cuando el Juez llena la misión de interpretar los contratos". (Derecho Civil Chileno, Tomo XII, página 5). (Casación Civil. Junio 20/59. Nos. 2211-2212)657, 1ª

— 158 —

COSA JUZGADA (Qué comprende)

Si bien la decisión judicial viene a ser la resolución de las cuestiones en litigio, se hace menester precisar cuáles son éstas en cada caso, ya que la cosa juzgada sólo sobrevendrá respecto a lo que haya constituido la materia del fallo, o sean las cuestiones resueltas por éste.

Carnelutti dice al respecto: "Ello no significa que la cosa juzgada se limite a aquellas cuestiones que han recibido decisión expresa, desde el momento en que la decisión viene a ser una declaración, que al igual que cualquiera otra, contiene cuestiones que se subentienden lógicamente sin necesidad de expresarlas. Especialmente, cuando la solución de una cuestión supone como *prius* lógico la solución de otra, esta otra se halla también implícitamente contenida en la decisión (el llamado juzgamiento implícito). Se hallan implícitamente resueltas todas las cuestiones cuya solución sea lógicamente necesaria para llegar a la solución expresada en la decisión" (Sistema de Derecho Procesal Civil, tomo I, página 318).

Desde luego, como el mismo autor lo anota, mientras a veces es sencillo determinar cuántas y cuáles fueron las cuestiones resueltas, otras veces se presentan dificultades, que deben aclararse mediante la interpretación. Las cuestiones resueltas constituyen un extremo "que por lo general se infiere de la parte de la decisión que contiene la invitación conclusiva del efecto de su solución (parte dispositiva)... Se suele decir, por ello que el lugar del juzgamiento está en la parte dispositiva. Esta máxima ha de tomarse, sin embargo, con gran cautela, precisamente porque "lo que haya formado la materia de la sentencia" no se puede decidir, por vía de interpretación, sino de la sentencia entera, y especialmente, por tanto, de su parte motiva o motivación, de la que igual puede surgir una restricción que una ampliación del fallo, o sea porque de ella resulte que algunas cuestiones no han sido resueltas ni implícita ni explícitamente, pese a la amplitud de la fórmula conclusiva, sea porque, en cambio, otras cuestiones que no aparezcan comprendidas en ésta, resulten en realidad consideradas o resueltas" (obra y página citadas).

Si bien los asertos anteriores pueden lle-

gar a ser admisibles, tratándose de sentencias ejecutoriadas, que requieran interpretación al aplicarlas, el problema no puede resolverse sino con base en los principios que gobiernan el interés procesal para hacer uso de los recursos que la ley establece contra las providencias judiciales, cuando se trata de aquéllas que no han adquirido total ejecutoria, ya que solamente puede utilizar los medios de impugnación quien haya recibido un gravamen con el respectivo proveimiento, es decir, que la parte que ha conseguido una situación enteramente favorable no tiene capacidad para entablar recurso contra la respectiva resolución judicial. En efecto, dice De la Plaza: "Sólo el perjudicado por la sentencia puede utilizar medios de impugnación para solicitar que se revoque o se enmiende, porque él únicamente está gravado por el resultado del proceso. En esta sencilla consideración, por otra parte perfectamente razonable, estriba lo que se ha llamado interés en recurrir, que no es sino la legitimación en orden al medio de impugnación solicitado".

Y por la misma razón expresa la Corte: "Las partes singularizan en cada pleito las cuestiones de su interés personal cuya decisión someten al Juez, y es ésta lo que las vincula y lo que buscan como fin de su litigio, no las consideraciones y apreciaciones que han conducido al juzgador a pronunciarlas. Los particulares no están obligados a suscitar o a afrontar discusiones académicas, y así el que ha ganado un pleito porque la sentencia le concede cuanto pidió, o lo absuelve de todos los cargos de la demanda, mal haría en apelar en razón de que la opinión del sentenciador expuesta en la parte motiva no es precisamente la de ese litigante sobre los hechos o el derecho... Lo favorable o desfavorable a que mira el artículo 494 del Código Judicial está en lo que concede, niega u ordena, esto es, en su parte resolutive". (G. J., Tomo XLI, página 835).

La misma Corporación reitera la doctrina

parable, de modo que entre el fundamento y lo dispositivo media relación tan estrecha que no puede desmembrarse, tesis ésta que ha recuperado fuerza en los últimos años en algunos países. (Casación Civil. Mayo 20/59. Nos. 2211-2212) 563, 2ª y 564, 1ª y 2ª

—159 —

CUANTIA (Cómo se computan los salarios caídos)

La reiterada jurisprudencia, consagrada inicialmente por el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo y acogida posteriormente por esta Corte, se orienta en el sentido de que para efectos de la cuantía de la demanda los salarios por mora en el pago oportuno de las prestaciones sociales sólo deben contarse desde la terminación del contrato de trabajo hasta la fecha de la presentación de aquélla.

La Sala reafirma el criterio jurisprudencial antes expuesto, con respaldo en las siguientes consideraciones:

a) Entre los requisitos que debe reunir la demanda ordinaria en el procedimiento civil (artículo 205 del Código Judicial) "petición con que se inicia un juicio", y la demanda en el procedimiento laboral (artículo 25 del C. de P. del T.), se encuentra el de la fijación de la cuantía. Se trata, pues, de una exigencia procesal expresa que debe cumplir el demandante para que su libelo quede ajustado a la ley;

b) En los juicios en que hay traslado de la demanda el demandado puede objetar la estimación de la cuantía hecha por el demandante (artículo 206 del Código Judicial). Pero es obvio que tal objeción debe referirse a la cuantía señalada por el actor en su demanda pues precisamente es en este último escrito en donde la ley le exige que la determine;

c) Todo lo anterior está reforzado, con-

anterior en los términos que siguen: "Es necesario que la sentencia contra la cual se interpone la casación infiera agravio a la parte recurrente, porque la casación, lo mismo que la apelación, legalmente ha de entenderse interpuesta en lo desfavorable al recurrente" (G. J. Tomo LXIV, pág. 792).

Así las cosas, entre nosotros no es posible recurrir sino respecto a la parte resolutive de la sentencia, sin que ello implique que dicha parte se encuentre siempre en la resolución, ya que a veces ésta se remite a la parte motiva para determinados efectos. O sea, que la facultad de recurrir está subordinada al hecho de no haber sido satisfechas las pretensiones deducidas en el proceso, es decir, que sólo puede hacer valer el recurso quien ha visto insatisfecha alguna de sus aspiraciones.

Eduardo J. Couture tratando de la apelación por quien ve triunfar sus pretensiones expresa lo siguiente que es aplicable al caso sub-lite: "Se da, asimismo, la situación del que ha visto triunfar sus pretensiones pero por fundamentos que le son perjudiciales. . . No obstante, ese agravio no da mérito al recurso de apelación. Los fundamentos de la sentencia no son motivo de recurso, sino su parte dispositiva". (Fundamentos de Derecho Procesal Civil, página 260).

Y Chiovenda expone: "En conclusión: objeto de la cosa juzgada es la conclusión última del razonamiento del Juez, y no sus premisas; el último e inmediato resultado de la decisión y no la serie de hechos, de relaciones o de estados jurídicos que en la mente del Juez constituyeron los presupuestos de dichos resultados" (Instituciones, tomo I, página 416).

De manera que, en últimas ha prevalecido la tesis de que la cosa juzgada comprende únicamente lo dispositivo de la sentencia, que fue la orientación alemana que se superpuso a la enseñanza de Savigny respecto a que la sentencia es un todo único e inse-

cretamente en la casación laboral por el artículo 92 del estatuto procesal de la materia, al preceptuar: "Cuando sea necesario tener en consideración la cuantía de la demanda y haya verdadero motivo de duda..." (Subraya la Sala).

Claro está, que la cuantía inicial puede alterarse por razón de corrección de la demanda o por sentencia ultra o extra petita.

En resumen, pues, resulta incuestionable que legalmente, con toda claridad, está definido que con la presentación de la demanda se inicia el juicio y que en este escrito se debe indicar la cuantía de lo que se pide. Además, la cuantía que sirve de base para que el demandado le formule objeciones es la determinada en el libelo respectivo por el actor pues de este escrito es del que se le corre traslado al opositor. (Casación Laboral. Mayo 25/59. Nos. 2211-2212)..... 825, 2ª y 826, 1ª

— 160 —

CUANTIA (Determinación en caso de reclamarse indemnización moratoria)

El cómputo de la indemnización por mora en el pago de los salarios y prestaciones, para los efectos de fijar la cuantía del juicio frente al recurso extraordinario de casación, se hace desde el despido del trabajador hasta la fecha de la presentación de la demanda. (Casación Laboral. Junio 30/59. Nos. 2211-2212) 914, 1ª y 2ª

— 161 —

CUANTIA (Su determinación para efectos de la casación)

En materia laboral, la fijación de la cuantía de la demanda inicial, que se hizo en suma superior a \$ 300.00, no sirve para resolver sobre la admisión del recurso de ca-

sación que, como se sabe, exige una cuantía mínima y exacta de \$ 4.000.00.

En el recurso de hecho sobre denegación del recurso de casación, decretada por los Tribunales, la Sala estima que para determinar tal cuantía, se tiene que precisar el valor de cada una de las peticiones del libelo con que se inició el juicio, para establecer si el recurso interpuesto cumple con las exigencias legales sobre la cuantía aludida, relacionando las solicitudes de la demanda con los hechos señalados en la misma. (Casación Laboral. Enero 31/59. Nos. 2207-2208-2209) 221, 1ª

— 162 —

CULPA (Compensación de)

Para que pueda operar el fenómeno de la culpa compensada, es preciso demostrar, como extremo de la litis, la imprudencia de la víctima en el accidente originario de los daños causados a ésta. (Casación Civil. Febrero 6/59. Nos. 2207-2208-2209) 28, 2ª

— CHI —

— 163 —

CHEQUE (Alteración por el girador o un tercero)

El artículo 191 de la Ley 46 de 1923, se inspira en una presunción de responsabilidad, pero como lo ha expresado la Corte, "no impide que el Banco pueda exonerarse de responsabilidad demostrando una culpa, negligencia o imprudencia de parte del girador o de sus empleados" (G. J., número 1:914, 1915, página 405).

La regla 1ª del artículo 20 de la ley de instrumentos negociables, interpreta situaciones de ambigüedad que debe entenderse dependen del girador mismo. En cambio, los hechos de alteración o falsedad, previstos

en el artículo 191, deben suponerse efectuados por persona diferente a aquél, ya que nadie podría falsificar o adulterar sus propios escritos. (Casación Civil. Abril 23/59. N° 2210)253, 1ª

— D —

— 164 —

DEFENSA (Exceso en la)

“El exceso en la defensa no se reprime en nuestra legislación a título de culpa; únicamente consagra un atenuante especial de la responsabilidad y de la sanción que corresponde a la infracción en caso de no haberse realizado en tales circunstancias. Es decir, que en esos casos, la disposición penal aplicable se determina con prescindencia de los supuestos de la legítima defensa y se relaciona con la norma que consagra la atenuación de la responsabilidad, para deducir de ellas la pena básica aplicable. Y esto es así, porque en tales eventos el hecho se ejecuta por persona normal, que tiene el propósito de obtener el resultado que se produce y obra voluntariamente en su producción, o sea, con concurrencia de las condiciones que caracterizan los hechos dolosos”. (G. J. Tomo LXVIII, pág. 265).

Y si bien es cierto, agrega ahora la Sala, que la doctrina más generalizada es aquella que encuentra en el exceso de defensa un comportamiento culposo (Carrara, Alimena, Florián, Cuello Calón, Soler, etc.), pues dicen “el temor, la sorpresa, la agitación del ánimo pueden determinar un error de cálculo que quita al hecho excesivo el carácter de doloso, para hacerlo imputable sólo a título de culpa” (Sebastián Soler, Tratado de Derecho Penal Argentino, página 436, edición de 1940), atendido que nuestra legislación penal no hace del exceso en la defensa, ni de las demás situaciones previstas en

el artículo 27 una figura delictiva independiente de aquellas que tutelan los intereses ofendidos, en cada caso, con ese exceso, no es dable aceptar de jure condito que la defensa excedida resulte sancionada con fundamento en una acción psíquica de simple negligencia o imprudencia (culpa), distinta de la acción psíquica de aquella conducta (homicidio, lesiones personales, por caso) de la cual se predica dicho exceso como circunstancia atenuadora de la sanción penal y en la cual es claro que el resultado (muerte o daño en la salud) se obtuvo mediante una acción física orientada y guiada por una acción psíquica de carácter intencional (dolo).

El exceso en la defensa, de una parte, acarrea la condición de antijuridicidad de la conducta, esto es, la hace injustificada, única razón para que esa conducta mantenga el carácter delictuoso, y de otra aporta una atenuación de la pena.

Incide, pues, el comportamiento excedido, en cuanto a los casos de justificación del hecho (artículo 25 del Código Penal), en lo que hace relación a la antijuridicidad, mas no en lo que respecta a la culpabilidad, como acción psíquica del delito (intencionalidad —dolo—; negligencia o imprudencia —culpa—). (Casación Penal. Junio 4/59. Nos. 2211-2212)778, 1ª y 2ª

— 165 —

DELITOS (Cometidos por particulares de que conocía la justicia penal militar)

A partir del 11 de julio de 1958, fecha en que se inició la vigencia del Decreto 250 del mismo año (Código de Justicia Penal Militar), los procesos por delitos previstos por las leyes penales comunes y cometidos por particulares que no se encuentren en ninguno de los casos de sus artículos 307 y 308 son de conocimiento de la justicia ordinaria y no de la militar y la autoridad judicial castren-

se que hubiera estado conociendo de los que estuviesen en curso, debió remitirlos inmediatamente "al respectivo Juez o Tribunal" (artículo 618 *ibidem*). (Casación Penal. Abril 9/59. Nº 2210).....378, 1ª y 2ª

— 166 —

DEMANDA (Error en la denominación jurídica de la acción)

El error en la denominación jurídica de la acción no cambia su naturaleza jurídica "ya que una demanda debe interpretarse siempre en conjunto, debido a que la intención del actor está muchas veces contenida no sólo en la parte petitoria sino también en los fundamentos de hecho y de derecho".

Pero esto no significa que el fallador de instancia, pueda decidir indistintamente una acción por otra, sino que con la facultad de interpretación de la demanda, sí le es dado al mismo establecer cuál es la acción interpuesta.

Y es bien sabido que "la interpretación de la demanda que corresponde al fallador de instancia sólo puede ser variada por la Corte en el caso de que ante ella se alegue y demuestre un error de hecho manifiesto". (G. J., tomo LXXX, número 2.153, pág. 33). (Casación Civil. Febrero 16/59. Nos. 2207-2208-2209).....51, 1ª y 2ª

— 167 —

DESCANSOS (Domingales y festivos)

El trabajador tiene derecho al reconocimiento del descanso dominical remunerado cuando haya laborado toda la semana, y al de fiestas nacionales y religiosas aunque no la haya trabajado completa. (Casación Laboral. Abril 17/59. Nº 2210).....440, 2ª

— 168 —

DESLINDE (En caso de aluvión)

Véase el aparte Aluvión en el número 16 de este Índice.

— 169 —

DESTITUCIÓN (Denuncia penal por la de un funcionario)

Cuando de la denuncia por la destitución de un cargo oficial, no ratificada posteriormente y formulada sobre la base de que el querellante "presumía" o "suponía" o deducía que el ánimo y los fines de la destitución eran delictuosos o proclives, sin constarle nada al respecto, se desprende que el denunciante no buscaba un fin de interés público, cual era el castigo de los delincuentes, sino uno de carácter estrictamente privado, cual era su reintegración al cargo. De suyo, esta finalidad le resta seriedad a la denuncia y aun la hace sospechosa. Los actos administrativos son acusables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, por violación de las normas objetivas, abuso o desviación de poder, simulación, etc. Y el ofendido puede reclamar el restablecimiento de su derecho, mediante el ejercicio de la llamada acción contenciosa de plena jurisdicción. La acción penal es de otra naturaleza, y sus fines diversos y específicos, y aunque a través de ella, se pueda obtener la indemnización de perjuicios. (Casación Penal. Marzo 31/59. Nos. 2207-2208-2209)191, 1ª y 2ª

— 170 —

DICTAMEN PERICIAL (En lesiones personales)

La periferación médico-legal que señale una perturbación funcional transitoria debe indicar, claramente, si esta secuela tiene como

causa una lesión que directamente haya afectado la función del órgano o miembro, o si solo es debida al proceso de curación de la herida. (Casación Penal. Mayo 23/59. Nos. 2211-2212) 763, 1ª

—171 —

DICTAMEN PERICIAL (Su apreciación)

De conformidad con el artículo 268 del Código de Procedimiento Penal, el dictamen del perito no es por sí plena prueba. Su apreciación corresponde al Juez, conforme al sistema de la libre convicción, pudiendo acogerlo o desecharlo, parcial o totalmente, siempre que sean señaladas las razones de su determinación. Y esto, porque la prueba pericial descansa en un encadenamiento de probabilidades racionales que corresponde valorar al juzgador, antes de declararse convencido.

Si los elementos tomados en cuenta para derivar conclusiones en un dictamen pericial no eran idóneos, sino inciertos y engañosos, mal puede tener fuerza alguna de convicción dicha diligencia y mucho menos para determinar la cuantía de un delito contra la propiedad, cuestión de suma importancia en el negocio penal, como que con base en el guarismo que la señala se fija la competencia para el juzgamiento y, según los casos, la medida de la sanción. (Casación Penal. Mayo 8/59. Nos. 2211-2212) 719, 1ª y 2ª

— 172 —

DICTAMEN PERICIAL (Su valor probatorio)

La circunstancia de que un dictamen hubiera sido objetado por error grave y no hubieran prosperado las objeciones, no quiere decir que el fallador estaba atado a él y no podía apartarse de su contenido. Una cosa es que las objeciones no consigan éxito porque

realmente el dictamen no contenga el error que se le imputa, y otra, que carezca de la debida fundamentación. Lo primero se analiza en el fallo del incidente, y hace referencia a situaciones objetivas en relación con las conclusiones; lo segundo se examina al apreciar la prueba, esto es, al sentenciar, y se refiere a las bases o motivación de las conclusiones. El dictamen puede no ser objetivamente equivocado, pero si no está debidamente fundado, no hace prueba plena a tenor del artículo 721 del Código Judicial, punto éste que, como se ha dicho repetidas veces por la Corte, permanece dentro de la autonomía del Tribunal. (Casación Civil. Junio 11/59. Nos. 2211-2212...) 631, 2ª
632, 1ª

— 173 —

DIVORCIO (Abandono absoluto de sus deberes de esposo)

En realidad, nuestro Código Civil no dice en qué consiste el abandono absoluto de los deberes de que trata la causal 4ª del artículo 154 del Código Civil, el cual, según algunos doctrinantes consiste en el desamparo grave e injustificado de sus deberes por parte del marido o de la mujer. Nuestra jurisprudencia, a su vez, al fijar el alcance del numeral 4º del artículo citado, dijo en su sentencia de 11 de julio de 1929 (G. J., número 1.849, página 26) que no consistía en un desamparo temporal del hogar por parte del esposo, ausentado de él por querellas domésticas, sino en el quebrantamiento del deber que los cónyuges tienen de observar la participación en la vida conyugal. Posteriormente con el fin de precisar más la noción jurídica del abandono absoluto, dijo la Corte que éste consistía en el “menosprecio de aquellos deberes que toma sobre sí el individuo a virtud del matrimonio ya por derecho natural, ya por leyes positivas, deberes que tienen una fuente moral común: el amor y la venera-

ción recíproca de los esposos, del cónyuge para con su esposa y sus hijos: officia pietatis" (Casación, septiembre 27 de 1930, G. J., número 1.867, página 94). (Casación Civil. Marzo 17/59. Nos. 2207-2208-2209)....

83, 2ª y 84, 1ª

— 174 —

DOLO (Contractual y extracontractual)

No puede confundirse el dolo entendido como vicio del consentimiento en un acto jurídico (artículo 1.508) y el que puede realizarse extracontractualmente, y que da lugar sólo a indemnización de perjuicios. (Casación Civil. Mayo 11/59. Nos. 2211-2212).....

516, 1ª

— 175 —

DOLO (En la complicidad)

A) "Todo delito cometido por persona mayor de 18 años y no comprendido dentro del artículo 29 del Código Penal, para ser denominado tál, debe estar constituido por una acción dolosa o culposa; en ausencia del elemento subjetivo no es posible afirmar la existencia del delito. Vale decir que el elemento subjetivo de la acción es al mismo tiempo elemento constitutivo del delito en tal forma que su ausencia implica ausencia del delito".

B) De consiguiente, ha de entenderse el texto del artículo 20 del Código Penal como si dijera expresamente: "El que de cualquier otro modo coopere DOLOSA o INTENCIONALMENTE", sufrirá tal pena.

C) Referida la cooperación al requisito sine quo non del dolo, ha de aceptarse que ese fenómeno debe estar constituido por los dos elementos psíquicos a que se refieren los penalistas, o sea, la voluntad y la representación.

D). No existe fundamento alguno del orden doctrinal (de jure condendo), ni de derecho positivo (de jure condito), para pro-

fesar que la cooperación delictiva o la complicidad en general se sustraigan al orden o sistema común, que exige, en los delitos propiamente dichos, la concurrencia del dolo.

Está pues, en plena vigencia la doctrina, ya secular, de que la complicidad, bajo todas sus formas, supone y exige un acuerdo de voluntades, un ajuste o convenio que puede ser previo o nó, pero en que la acción criminal conjunta va o debe ir orientada hacia la realización de un fin trascendente para los cómplices o partícipes (evento).

E). El evento criminal debe haber sido querido por el cómplice, sea directamente, sea, al menos, bajo la forma de representación y consentimiento (dolo eventual), porque, de otra manera, no podría hablarse de acuerdo de voluntades, que es presupuesto básico de la complicidad. Si el ejecutor busca matar, y el cómplice violar una mujer, no puede decirse que hubo acuerdo y que el segundo deba responder de un homicidio que ni previó ni consintió.

F). En lo sustancial, el Código vigente no varió, pues, lo referente al elemento subjetivo de la complicidad que el Código Penal de 1890 incluía, expresamente, en sus definiciones de los artículos 23 y 24: "a sabiendas" "sabiendo".

G). Se amoldan a los principios porque se ha venido propugnando, y los afianzan como argumentos de autoridad, las siguientes opiniones de HANS WELZEL, en su Derecho Penal:

"Complicidad es la prestación de ayuda dolosa a un hecho doloso (se exceptúan las contravenciones)... La complicidad debe fomentar el hecho principal (objetivamente), y el cómplice debe quererlo (subjetivamente). Fomentar quiere decir: prestar una contribución causal a la comisión del hecho principal; por tanto, en los delitos de resultado, también una contribución al resultado: Quien presta al ladrón una ganzúa, con la cual éste vanamente trata de abrir la puerta si el la-

drón después entra por una ventana, comete solamente complicidad en la tentativa en tanto no exista para todo el hecho una ayuda psíquica a través del cómplice. Por eso, no existe complicidad, si el "cómplice" no quiere fomentar el hecho... El suminiestro consciente de un abortivo completamente inidóneo no es complicidad".

"Por lo demás, rigen, también aquí, los principios sobre instigación, en lo correspondiente (II, 2 a 5).

"3.—Como dolo de instigador es suficiente el *dolus eventualis*. De acuerdo con el RG., 15-172 el instigador debe haber querido también el resultado DEL HECHO PRINCIPAL... 4. El instigador debe haber querido un hecho determinado; UN MERO IMPULSAR O ANIMAR A ACTIVIDADES DELICTUOSAS NO ES SUFICIENTE... 5. El instigador responde solamente EN CUANTO EL HECHO COINCIDE CON SU DOLO".

Las doctrinas que anteceden construídas sobre las bases de la legislación y la jurisprudencia alemana, no son extrañas, conforme se ha visto, a las instituciones colombianas.

H). La acción criminal distribuída entre varias personas (delito concursal y delito en concurso, en las denominaciones de Carnelutti), puede desarrollarse de tal manera, que el evento criminal o "hecho principal" de que habla WELZEL, no coincida con lo querido o previsto por uno de los concurrentes o conjurados.

Dentro de las múltiples formas que puede adoptar esta desviación de la actividad criminal frente a la dirección psíquica (voluntad y representación), constituye una de las más notables, complejas y discutidas aquella en que el evento criminal último o hecho principal va más allá de lo querido o previsto por alguno de los concurrentes. Se quería robar solamente, y, fuera de ello, también se mató. Se quería un hurto, y el

ejecutor empleó violencia, con lo cual el evento se convierte en robo. Surge, de esta suerte, la teoría del exceso. (Casación Penal. Diciembre 18/58. Nos. 2207-2208-2209)...

135, 2ª y 136, 1ª y 2ª

— 176 —

DOLO (En materia penal. — Diferencias con la culpa. — Dolo eventual.—Diversas teorías)

I.—El dolo, como integrante del delito, no lo constituyen solamente elementos psicológicos. Según lo advierte, en afortunada síntesis, un fallo del Tribunal argentino de Santa Fé, "el derecho penal tiene en cuenta el fenómeno interno, psíquico; pero le da un tratamiento particular que lo convierte en expresión técnico-jurídica, y no lo identifica ni con la voluntad ni con la representación".

II.—Por lo mismo que no se trata de un factor exclusivamente psicológico, su presencia, en los casos particulares, no puede verificarse —para efectos del juicio de culpabilidad— sino refiriéndolo a la ley penal, pues, como lo observa el aludido fallo, el dolo supone "la relación a un orden normativo frente al cual el hecho ha sido con anterioridad lógica calificado".

De parecer semejante es Marcelo Gallo, en su monografía sobre la materia, quien propugna por la elaboración del concepto de dolo sobre las bases que le dé la ley positiva, interpretada con especial criterio sistemático.

III.—Estas bases se manifiestan en la legislación colombiana, con la generalísima del artículo 12 del Código Penal, según el cual "las infracciones cometidas por personas que no estén comprendidas en la disposición del artículo 29, son INTENCIONALES o culposas".

El legislador contrapone a lo culposo, lo intencional. Y no cabe duda de que esta última denominación corresponde a lo que

otros códigos y la doctrina jurídica conocen como doloso.

IV.—No se parte, pues, de la base de una definición, como lo hacen los códigos que dan la del dolo. Se esboza, tan sólo, un deslinde entre dos grupos de infracciones: *intencionales*, las unas; *culposas*, las otras.

Pero estas últimas sí las define la ley colombiana, y su definición esclarece, en parte, el problema del dolo. Desde el punto de vista del derecho positivo, la culpa queda determinada como una falta de previsión de lo previsible, o bien como un confiar imprudente en que no se realizará lo previsto como posible. Con esta definición, quedan, en parte, establecidos los límites del llamado *dolo eventual*, como habrá de verse adelante.

Lo trascendente es que nuestro derecho penal positivo contempla hechos punibles cometidos *sin intención*, y otros, con *intención o intencionales*. Y el empleo de esta palabra por el Código Penal facilita, hasta cierto punto, la comprensión del significado legal del dolo, ya que, tanto en sentido etimológico como en el propio y usual del vocablo, *intención* es dirección voluntaria del agente hacia determinada meta prevista como posible, o mejor, como realizable.

V.—Por ello mismo, es decir, por causa del empleo legislativo de dicho término, en vez del de dolo, de orígenes un tanto confusos, la tradicional discusión de los doctrinantes, sobre si el dolo es sola voluntad o sola representación, o, a un tiempo, voluntad y representación del evento típico incriminado con pena, viene a quedar relegada a segundo término, ya que el vocablo “*intencional*” de vieja raigambre latino-castellana, lo comprende todo: *representación y voluntad*.

VI.—“La intención, dice Rocco, es voluntad en cuanto tiende interiormente a un objeto. No es posible concebir una voluntad sin objeto, porque no se puede querer simpliciter; se debe querer un *quid*, lo que es el objeto, el fin, el motivo de la voluntad.

Entonces, la voluntad que tiende a un fin, se llama *INTENCION*”. (Subrayas y mayúsculas de la Sala). En otras palabras, no puede hablarse de actos intencionales, allí donde no ha habido representación sobre cuyo contenido la voluntad se actuó o determinó; tampoco donde la sola representación haya carecido de la eficacia psicológica suficiente para proyectar sobre la voluntad y envolverla en el dinamismo del querer o consentimiento.

Brillantemente expone Carnelutti el aspecto psicológico implicado en el dolo o la intención criminal, cuando expresa:

“Entre la caída y el lanzamiento de una piedra, existe, o por lo menos nosotros creemos que existe, esta diferencia: la piedra que cae va hacia cualquier parte, mientras que la piedra arrojada va hacia un blanco. Un hombre que se mueve, a diferencia de una cosa que se mueve, tiene una meta”.

“La meta o el blanco son cosas tan reales como el movimiento. Pero su realidad es psicológica, no material. Está dentro de nosotros, no fuera. Añadamos que pertenece al campo intelectual. Es uno de los milagros que realiza nuestra inteligencia, capaz de representarse a sí misma una mutación del mundo externo antes de que ocurra. A este propósito hablamos de finalidad (*scopo*); y la etimología aclara el mecanismo del fenómeno, que consiste en una proyección anticipada de la realidad exterior sobre nuestra mente”.

“Pero no basta el fin para determinar la forma. La representación mental de un evento es una condición necesaria a este respecto; pero no la condición suficiente. La finalidad no es más que la mitad del material psicológico del acto, y permanece, en efecto, en la esfera intelectual; PERO EL HOMBRE NO ACTUA, SI A LA INTELIGENCIA NO SE ASOCIA LA VOLUNTAD. Esta es la que llena el vacío entre el punto de partida y el de llegada, entre la piedra y el blanco”.

“Este segundo ingrediente o componente del acto jurídico es quizá el que hasta ahora ha llamado en mayor medida, tanto en el campo de los actos lícitos como en el de los ilícitos, la atención de los juristas; por su particular conformación, tal elemento toma aquí el nombre de CONSENTIMIENTO. Pero también para los actos ilícitos el elemento psicológico ha sido observado, en el campo civil, bajo las formas del DOLO y la CULPA, y en el campo penal, donde su existencia ha sido afirmada, no sólo por la doctrina, con las declaraciones más solemnes” (TEORIA GENERAL DEL DELITO).

VII.—Existe una rara uniformidad en las distintas legislaciones, en cuanto contemplan como necesaria y lógica la diferencia aludida entre grupos de delitos: **intencionales o dolosos**, de una parte, y **culposos**, de la otra.

La misma uniformidad se presenta, en relación con los diversos matices o grados de la intención criminal, lo cual conduce a distinguir varias clases o especies de **dolo**. Correlativamente, en los distintos tipos penales creados o reconocidos por los Códigos punitivos se refleja aquella diversidad de matices, mediante la incriminación de penas que van cambiando u oscilando, según sea la calidad de aquéllos.

El fundamento de todo ello, lo explica de esta suerte el mismo Carnelutti:

“RELEVANCIA DE LA INTENCION DEL AGENTE.

“...se plantea el problema en torno al valor de la intención para la valoración penal del acto. Tal problema sería resuelto en sentido negativo, si la valoración penal se hiciera según la forma y la causa, independientemente de la intención, de manera que el daño resultase castigado en la misma medida, tanto si ha sido producido con intención como si lo ha sido sin ella, lo mismo

más acá como más allá de la intención. Pero se comprende fácilmente por qué esta solución negativa debe ser repudiada por el Derecho; en realidad, la solución contraria se impone por las mismas razones que inspiran la lucha contra el crimen mediante la pena; si ésta actúa influyendo en las intenciones de los hombres, no es posible que la intención del que obra sea indiferente para la valoración penal del acto”. (Obra citada).

VIII—Dolo eventual.

a) Cuando el artículo 12 del Código Penal colombiano define la llamada “culpa con previsión” como un acto cuyos efectos nocivos —aunque previstos por el agente— confió éste, con imprudencia, en poder evitar, está señalando, en cierta forma, los límites del **dolo eventual**, muy semejante a aquella especie de **culpa**. Es por vía de ejemplo, el caso de quien dispara contra alguien un arma de fuego con el solo ánimo de quitarle el sombrero, confiando en que su destreza le ayudará a evitar la muerte o las lesiones de ese alguien. Estos resultados de la acción, previstos y comúnmente previsibles, no los quiso el agente. Se los representó, tan sólo, como posibles. Y, si se produce uno de ellos, no le es imputable a título de dolo, sino de simple culpa con previsión. En el caso, existe representación, pero no hay voluntad de concreción del resultado, como expresa WELZEL, al definir el dolo. Y ya se admitió que el dolo supone la presencia de ambos elementos psíquicos: **voluntad y representación**.

Supóngase, en cambio, que el sujeto del ejemplo anterior, al representarse como resultado posible de su conducta que la persona contra quien dirige el disparo llegue a ser muerta o herida por éste, se hace la consideración de que estos resultados no importan: no piensa o espera que podrá evi-

tarlos no hace ni intenta hacer nada por evadirlos, sino que razona de esta suerte: si ocurre uno de los dos (muerte o lesiones), me da lo mismo; corro con los riesgos, o los asumo. Por lo demás, la muerte se produce.

El caso es muy semejante al primero. Mas, con una diferencia específica: que, en aquel, el agente no ha asumido los riesgos o resultados posibles, expresamente representados o previstos. Únicamente los ha tenido en cuenta como posibilidades, pero sobre la base psíquica de que logrará evitarlos. Y esta es una de las cosas que espera y busca; que, a pesar de todo, no se produzcan. El comportamiento es imprudente, pero la voluntad no aparece ligada a los resultados. En cambio, en la segunda hipótesis, psicológicamente ha aceptado aquellos eventos dañosos, aunque condicionados. Fuera de la simple representación, ha habido, asimismo voluntad, consentimiento. Bien es cierto que esta forma de voluntad no es directa, sino condicionada: disparo, y sí, con ello, hiero o mato, no importa. Pero, condicionada y todo, esa voluntad no deja de serlo. Se está entonces, según lo enseñan la mayoría de los doctri- nantes, en presencia del dolo EVENTUAL. Dolo que, justamente por esta forma hipotética como la voluntad asiente a los resultados no queridos directamente, llaman algunos autores "dolo condicionado"; y que, por la forma indirecta como la voluntad los acepta, clasifican algunos dentro de la especie denominada "dolo indirecto".¹

b) No existen en la legislación penal colombiana, ya se anotó, disposiciones como la del artículo 15 del Código Penal del Brasil, que define como doloso el delito (o crimen), "cuando el agente quiso el resultado, o asumió el riesgo de producirlo". Este asumir el riesgo, que los intérpretes de dicha legislación entienden asumir voluntario, caracteriza, sin duda, lo que los tratadistas conocen como dolo eventual o condicionado. Distinto de la culpa con previsión, ya que, en ésta, el ries-

go del resultado posible no se asume, no se ratifica, no se asiente a él, sino que, al contrario, se espera que no se producirá. Por lo demás, es evidente que, si un riesgo se asume por el agente, o mejor, el riesgo del resultado posible, existe en el acto psíquico respectivo no sólo voluntad sino también representación.

Pero no significa lo anterior que, frente a las disposiciones del estatuto penal colombiano, no pueda elaborarse un concepto del eventual. Sin duda que esta discutida forma o especie de dolo no es ajena a nuestro sistema punitivo. Y su existencia y características pueden y deben extraerse, por el proceso de interpretación sistemática preconizado, al efecto, por Marcelo Gallo, de elementos como los siguientes:

Primero.—De la orientación general del artículo 11 del Código Penal, conforme a la cual "todo el que cometa una infracción prevista en la ley penal será responsable, salvo los casos expresamente exceptuados".

El segundo ejemplo del aparte a), número 8, implica, sin duda, un caso más grave, que no encaja dentro de la simple culpa con previsión. Y no está ni debe estar expresamente exceptuado. Luego se asimila a los demás casos más graves.

Segundo.—De la denominación característica que da el artículo 12 del Código Penal a las infracciones no culposas. El término "intencionales" es comprensivo, como se ha venido observando, de acciones producidas mediante el doble mecanismo psicológico de la voluntad y la representación. Y el dolo eventual de los penalistas no deja de ser dolo o fenómeno "intencional"; ni desde el punto de vista del derecho positivo así interpretado, se presenta como excepción al doble requisito de la concurrencia de aquellos dos elementos psíquicos.

Tercero.—De la definición dada por el Código para la culpa. Porque si, previstos los efectos dañosos del acto, éstos sólo pueden imputarse a título de culposos, cuando se ha confiado imprudentemente en poder evitarlos, los demás deben integrarse dentro del otro grupo (intencionales), no sólo porque quedan excluidos, por definición, de los constitutivos de culpa con previsión, sino también porque éstos resultan ser “intencionales”, desde el doble punto de vista de la voluntad y la representación que los acompaña, y sin que sea óbice para ello el carácter indirecto o condicionado de la volición.

Cuarto.—De lo dispuesto en normas positivas como las siguientes del Código Civil:

“Artículo 29.—Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso”.

“Artículo 30.—El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”.

“Artículo 32.—En los casos a que no pudiesen aplicarse las reglas de interpretación anteriores, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural”.

IX. Queda, pues, esbozado el criterio de la Corte sobre el dolo en general y el dolo eventual, en particular; e, igualmente, resumidas las características de uno y otro, lo mismo que el fundamento de dicho criterio. Pero no sobra, continuando el derrotero trazado, un intento de agotar dicho análisis y, para ello, conocer, en resumen, las opiniones “de los que profesan la misma ciencia” del

derecho, o sea, de los doctrinantes o tratadistas de la materia. Ello contribuirá a aclarar conceptos.

DOLO EVENTUAL:

Jiménez de Azúa:

“Hay *dolus eventualis* cuando el sujeto se representa la posibilidad de un resultado que no desea, pero cuya producción consiente, en última instancia, corriendo el riesgo de causarlo con tal de obtener el efecto que quiere ante todo”.

Von Hippel:

“Se da el *dolus eventualis* cuando la producción del resultado antijurídico que, juntamente con el deseado, se representa como posible, era preferible para el autor a la renuncia de su acto. Por el contrario, existe culpa cuando la esperanza en la no producción del resultado antijurídico fue decisiva para la ejecución del acto”.

Prims:

“En el dolo eventual el autor es responsable de las consecuencias de su acción, porque él ha querido el resultado no ya como cierto (que es el caso del dolo determinado o indeterminado), sino como probable o posible. Ha aceptado anticipadamente la eventualidad para el caso de que se realizase y por ende, esta realización, en la que ha consentido, ha de referirse a su voluntad y se pena como voluntaria”.

Costa e Silva:

“Cuando el agente practica el acto teniendo en la mente cierto efecto, pero sabe que, concomitantemente con éste, o en vez de él, puede surgir otro, y lo aprueba. Si el agente cree poder evitar ese nuevo efecto, si espera que no se realice, no habrá dolo. Existirá, cuando mucho, culpa”.

Teoría de la probabilidad.

El resultado debió ser previsto por el agente como probable o altamente posible. Si se cumplen estos requisitos, se supone que basta esta manera de representación, y el hecho se imputa al reo a título de dolo eventual, aunque la voluntad no haya asentido (Grossmann, W. Sauer, Alimena, Finzi, Julio Klein. Citas de Jiménez de Asúa. DE RECHO PENAL, tomo V).

Teorías del asentimiento-sentimiento.

Algunos autores han tratado de resolver el problema del dolo eventual, refiriéndolo a la posición afectiva que adopte el sujeto, bien ante la representación real del evento, bien ante la misma representación, hipotéticamente atribuida al mismo sujeto, a posteriori. Ya no se trata de la pura voluntad que asiente, sino de los sentimientos o afectos (deseos, aspiraciones, etc.) que dominan el ámbito del comportamiento y le comunican a éste cierto carácter volitivo, con todo y la aparente pasividad del querer. "El Juez penal debe probar, con respecto al dolo, dice RICHARD SCHMIDT, además del saber de las consecuencias del delito (y ciertamente además de la previsión de la mera posibilidad del resultado antijurídico), incluso un elemento ulterior que se puede caracterizar como voluntad. Pero éste se limita a una aspiración al resultado, a un deseo del resultado. El autor debe haber concebido intrínsecamente la representación del daño posible, junto a aquellas posibilidades ulteriores que de su obrar se deduzcan, sintiéndolo como un obstáculo de su resolución, y sin embargo, DEBE HABER ACEPTADO, APROBADO el daño, en el supuesto de que se produjera. La comúnmente llamada "voluntad" de las consecuencias que yacen en el futuro, fuera de la resolución voluntaria, tienen por tanto su asiento, en verdad, psicológicamente considerado, en el sentimiento o sensibilidad. El dolo es la repre-

sentación del resultado antijurídico, acentuada por un sentimiento de aprobación". (Cita de Jiménez de Asúa, obra citada).

Teorías hipotética y positiva del consentimiento.

Procede la primera de REINHARD FRANK, en sus comentarios a la legislación penal alemana. Su fórmula definitiva puede resumirse en los siguientes conceptos suyos:

"Si se llega a la conclusión de que el agente hubiera obrado incluso en el caso de conocimiento seguro, debe entonces afirmarse que hay dolo; si se llega a la consecuencia de que en caso de conocimiento seguro, hubiera omitido la acción, entonces el dolo debe rechazarse".

La segunda es la de quienes profesan que el dolo eventual debe tener, como cualquier otra clase de dolo, todos y cada uno de los requisitos aludidos, o sea, voluntad y representación. Por tanto, sólo se da aquella especie, cuando, fuera de haber tenido el agente la representación o previsión del resultado, como probable o posible, consiente en él, eventualmente, es decir, en la hipótesis o bajo la condición de que se produzca. Se asocian, pues, en el caso, como se vio, en el ejemplo propuesto atrás, los dos elementos psíquicos.

Se reconoce como exponentes de las doctrinas anteriores, del consentimiento, bajo su forma llamada positiva, a Von Hippel y Adolfo Prins, el resumen de cuyos puntos de vista se transcribió anteriormente; a Cuello Calón, Soler y otros.

Luis Jiménez de Asúa, cuya erudita discriminación ha seguido de cerca la Sala, expresa, como seguidor que es de la teoría del asentimiento, o mejor, de la positiva del consentimiento:

"No podemos aceptar la probabilidad o posibilidad; es decir, la mera representación, como fundamento y esencia del dolus eventualis; porque, como hemos dicho varias veces, la representación de lo meramente pro-

bable (o posible) desnaturaliza el concepto del dolo, y el **dolus eventualis**, aunque se refiera a un resultado de acaecimiento eventual, no por eso deja de ser dolo" (Subrayas del texto original).

"En consecuencia, para nosotros, el dolo eventual, como dolo que es, necesita reunir, junto a las particularidades de las especies, los caracteres **genéricos** del dolo, lo mismo que la **especie** precisa tener las características del género. El elemento voluntad es esencial, y **asentir** es un acto volitivo. Por eso, no hay **dolus eventualis** donde no existe **consentimiento** del agente en la hipotética representación, que se ratifica para el supuesto de que lo **posible** se transforme en **cierto**. No insistamos más en este punto, puesto que demostrado quedó que se puede tener **voluntad** de un resultado que no se desea, que no se apetece; se puede, por ende, consentir incluso en efectos desagrables". (Subrayas del original).

"No nos cansaremos de insistir en dos puntos. La precaución con que es preciso manejar el dolo eventual y la necesidad de que exista el consentimiento. En verdad, se trata de un mismo problema. Como hemos dicho —o mejor, como ha escrito Von Hippel— el dolo eventual no es otra cosa que **UNA ESPECIE DE DOLO**. No podemos hacer del **dolus eventualis** —como ocurre quiéranlo o no, con los partidarios de la fórmula de la probabilidad— una especie propia de lo culpable, intermedia entre el dolo y la culpa. Aunque el dolo esté en la frontera de uno y otra, es una especie del dolo, y **no una especie de la culpabilidad**. Como especie del dolo —reiterémoslo— ha de reunir los caracteres de éste. El asentimiento a lo representado como posible, entra en la amplia fórmula de la voluntad consciente que caracteriza el dolo común". (Subrayas y mayúsculas del original. Obra citada, tomo V.).

Teoría ecléctica o síntesis de Mezger.

Son bien conocidos los intentos de este notable penalista alemán por hacer una especie de fusión o síntesis de las teorías extremas de la **probabilidad** y el **consentimiento** "...la mera representación, el simple grado de la probabilidad (pensada) del resultado antijurídico, anota él, nada nos dice sobre la posición personal del sujeto respecto a dicho resultado, y precisamente dicha posición es la que, en primer término, sólo decide respecto a la culpabilidad".

En cuanto al segundo extremo, advierte el mismo autor que "los hechos mismos de la vida no siempre permiten hablar de consentimiento o no consentimiento en el resultado. Pues el autor mismo puede concebir el resultado como dependiente e independiente de su voluntad".

Distingue, pues, dos aspectos en la cuestión, que resume así:

"a) **EL AUTOR PIENSA EL POSIBLE RESULTADO COMO DEPENDIENTE DE SU VOLUNTAD: EN TAL SUPUESTO SOLO PUEDE DECIRSE QUE LO HA QUERIDO SI HA CONSENTIDO EN EL...** Tal consentimiento aparece **excluido** cuando el sujeto interviene precisamente para evitar el posible resultado... Pero la decisiva posición del agente respecto al resultado no debe ser tampoco una mera posición en la esfera del **sentimiento**. Lo determinante para la extensión de su culpabilidad no es el hecho de que esto o aquello sea deseado o no por el autor, sino más bien si **HA QUERIDO O NO** causarlo. En el **QUERER** concreto se manifiesta la personalidad del agente, y por ello sólo la denominada **TEORIA POSITIVA DEL CONSENTIMIENTO MUESTRA EL CORRECTO CAMINO**" (Subrayas y mayúsculas del original, **TRATADO DE DERECHO PENAL**, tomo II).

"b) **EL AUTOR PIENSA EL POSIBLE RESULTADO COMO INDEPENDIENTE**

DE SU VOLUNTAD: EN TAL SUPUESTO LO HA QUERIDO EN TANTO LO CONSIDERE PROBABLE, es decir, en tanto cuente con la posibilidad de que el resultado se produzca". Esta tesis la ilustra del modo siguiente:

"Si el autor hubiera pensado el resultado como unido necesariamente con el fin propuesto, entonces lo habría admitido en su voluntad. Pero no es esta la situación cuando sólo se piensa por el autor como posible. Aquí sólo pueden imputarse las consecuencias a título de dolo cuando el agente las considera como probables".

"De ordinario, el autor concibe como independiente de su voluntad las circunstancias de hecho ya existentes cuando realiza su conducta, ya presentes, y que, tal como se las representa, no puede modificar. Si el autor duda respecto a si la cosa que quiere sustraer es una cosa ajena, o si el niño del que quiere abusar aún no tiene catorce años, entonces aun no puede decirse que con ello haya admitido en su voluntad el carácter ajeno de la cosa o la edad juvenil del sujeto pasivo, respectivamente. El autor quiere cometer la sustracción de esa cosa, quiere ejecutar la acción impúdica sobre ese niño, y sólo cabe preguntar si ha considerado las propiedades posiblemente existentes como probables o no. En el primer caso, le serán imputadas a su dolo, no en el segundo, aun cuando cometa la acción misma dolosamente. Lo mismo ocurre, cuando se trate de circunstancias de hecho que sólo aparece en lo futuro y que sólo por la acción han sido causadas y logran realidad. También aquí procede distinguir de nuevo: el autor puede representarse la acción de manera que con ella ejerza influjo en la futura configuración de los hechos; entonces la decisión habrá de tomarse con arreglo al camino indicado sub a); pero también puede aquí representarse el sujeto la acción de manera que con ella no ejerza influjo alguno en la futura configuración

de los acontecimientos; entonces sólo queda el camino señalado sub b). Si en el caso concreto se trata de una situación o de la otra, no es siempre fácil decidir; pues también aquí se trata, de nuevo, de un trabajo de interpretación psicológico-valorativo en el caso concreto". (Obra citada, páginas 161 y ss.).

La Sala ha resumido, como acaba de verse, las principales doctrinas sobre el dolo penal, algunas de ellas a título meramente ilustrativo y para que se vean claramente las dificultades que suscita la elaboración de un concepto preciso sobre el llamado dolo eventual o condicionado. Pero insiste, de acuerdo con las anotaciones precedentes, en que una doctrina sobre aquel fenómeno, frente al derecho positivo colombiano, no puede edificarse sino sobre las bases de la voluntad y la representación como elementos psíquicos concurrentes; y en que el dolo eventual, como simple especie dentro del género, supone también la concurrencia de los dos elementos.

A tales conclusiones se llega, conforme se advirtió al principio del capítulo correspondiente, a través de un proceso de sistematización (interpretación sistemática) de normas positivas, sin que la hecha signifique, no obstante, que tal sistematización se considere agotada. (Casación Penal. Diciembre 18/58. Nos. 2207-2208-2209)127, 2ª a 133, 1ª

— 177 —

DOLO (Su prueba)

Una cosa es el dolo o los fenómenos psíquicos en él comprendidos, y otra, la prueba de éstos. A este propósito, se cita comúnmente la advertencia de Max Ernst MAYER, según el cual "se precisa distinguir la posibilidad de tener la representación del resultado, de la representación de la posibilidad del resultado... Aquella posibilidad no basta... En la confusión de ambas relaciones, descansa

la triste fama del *dolus eventualis*... Se debe no confundir el principio de prueba, con su resultado material”.

Anotación semejante hace Jiménez de Asúa, al comentar, en su citada obra, que “quienes no están acostumbrados a mirar los problemas del Derecho material con cierta independencia del Derecho formal; o mejor dicho, de los problemas de prueba, alegan frente al *dolus eventualis* los evidentes obstáculos para la comprobación”. (Casación Penal. Diciembre 18/58. Nos. 2207-2208-2209)133, 2ª

— 178 —

DOLO (Teoría del indiferentismo en el eventual)

Las teorías del indiferentismo, en materia de dolo, pretenden que basta, para deducir el dolo eventual, que al agente o partícipe le hayan sido indiferentes los resultados que se sigan de la acción, hayan sido o no previstos, y queridos o no. La fórmula del procesado sería de un tipo semejante a este: “Pase lo que pase, actúo, pues no me importan las contingencias”.

Sobra advertir que tales doctrinas, criticadas ampliamente por los autores, no encajan dentro del sistema penal colombiano. En el fondo, son una variante de la vieja fórmula del “*versari in re illicita*”, peligrosa por las exageraciones a que puede llevar, y que, para ser aplicable dentro de un sistema penal respetuoso de los derechos de la persona, requeriría una formulación positiva expresa (Casación Penal. Diciembre 18/58. Nos. 2207-2208-2209)135, 1ª

— 179 —

DOMINIO (Acción de)

El legislador no exige la posesión material

de los bienes *sub lite* por parte del demandante, como condición para ejercitar con éxito la acción de dominio, siendo suficiente que acredite la condición de propietario del bien, que si es raíz la prueba debe ser un título debidamente inscrito en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados, según lo ordena el artículo 756 del Código Civil. (Casación Civil. Marzo 18/59. Nos. 2207-2208-2209)98, 2ª

— 180 —

DOMINIO (Presunción de)

La presunción de dominio subsiste a los ojos de la ley, en virtud de la cual, el hecho de la posesión debe ser amparado y respetado mientras no se presente un título de propiedad debidamente registrado anterior a aquella posesión, lo cual como es obvio, presupone estudiar el título de propiedad presentado por el reivindicante y el exhibido por el reo para decidir cuál de ellos debe prevalecer. Si el sentenciador no falla en el fondo el litigio y no tiene por ende oportunidad de decidir sobre la legitimidad de la titulación presentada por las partes comprometidas en el litigio, no tiene otro camino que conservar el *statu-quo*. (Casación Civil. Junio 4/59. Nos. 2211-2212)615, 2ª

— E —

— 181 —

EDAD (Prueba de la)

La partida de matrimonio no es el documento adecuado para fijar la edad de una persona, sino la de nacimiento. Tal es la doctrina establecida para el registro de origen civil, conforme al artículo 347 del Código Civil en armonía con el 351 *ibidem*, subrogado este último por el 2º de la Ley 92 de 1938. Y esa es también la doctrina consa-

grada en el derecho canónico, como aparece del cánón 777. En el particular no hay, pues, discrepancia entre las dos legislaciones.

También, para ciertos fines y en defecto del documento principal, la edad puede ser fijada por la justicia civil, conforme al artículo 400 del Código Civil que fue lo ocurrido en el asunto que se estudia. (Casación Laboral. Febrero 24/59. Nos. 2207-2208-2209)..... 260, 1ª

— 182 —

ENCUBRIMIENTO (Su dolo)

El Código en vigencia no se separó, fundamentalmente, de la trayectoria que informaba el estatuto penal de 1890, en lo relativo a las varias y discutidas formas del encubrimiento. Y así como éste se había dividido, por la vieja legislación, en dos grandes grupos, según el acto encubridor hubiera sido pactado previamente o no, también la nueva conservó esta distinción. Y así, incriminó con la pena del cómplice, en el artículo 20, a quien preste una ayuda posterior, “cumpliendo promesas ANTERIORES” al hecho o evento criminal.

b) Efectivamente, esta manera de delincuencia, que los doctrinantes conocen con el nombre de “encubrimiento-participación”, la contemplaba el artículo 24 del Código Penal de 1890 como “fautoría”, pues designaba con el nombre de “fautores”, que vale tanto como FAVORECEDORES, a quienes, con concierto u ofrecimiento PREVIO, receptaban la persona del reo o del cómplice (favorecimiento personal o receptación *latu sensu*), o receptaban o expendían los efectos o instrumentos del delito (receptación *strictu sensu*), o defendían o protegían al autor o cómplice (favorecimiento) personal o simple favorecimiento (numerales 5º y 6º del artículo 24 citado).

c) No mediante concierto o promesa pre-

via, es decir, no tratándose de encubrimiento-participación, las actividades anteriores y otras afines se consideraban como simple encubrimiento, en el artículo 25 del citado Código de 1890. Ello a la manera que, bajo el actual sistema penal, se conocen con dicho nombre de encubrimiento, como delito autónomo “CONTRA LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA” (Título 4º, Libro 2º del Código Penal vigente) los casos de favorecimiento o fautoría del artículo 199, los de favorecimiento real o receptación del inciso 1º del artículo 200, y los de favorecimiento del inciso 2º del mismo texto.

d) Era condición esencial del encubrimiento-participación, en el Código derogado, que el fautor procediera A SABIENDAS, “sabiendo”, o previo “concierto”. Lo cual significa que no podía darse la fautoría sino con la condición del dolo, referida no sólo al resultado o resultados inmediatos y directos del favorecimiento, sino también al hecho de conocer y querer (voluntad y representación) el evento criminal en vías de realizarse por los autores o cómplices con quienes se pactaba o convenía el favorecimiento.

En resumen, el fautor (favorecimiento personal y real) debía saber, para hacerse culpable, en qué hecho consentido participaba, al favorecer a los autores o cómplices.

e) También el encubrimiento-participación contemplado en el artículo 20 del Código Penal de 1936 (antigua fautoría de la vieja legislación) requiere que la actividad del agente se cumpla “a sabiendas”, es decir, intencionalmente. No sólo en cuanto a la voluntad y la representación del evento inmediato buscado con la “ayuda posterior” (como favorecimiento al delincuente principal para eludir la acción de la justicia, entorpecimiento de la investigación, receptación de los efectos o instrumentos del delito, etc.), sino también en referencia al conocimiento y volición, condicionada o eventual siquiera,

del hecho principal que ha de ejecutarse por los autores y cómplices.

f) No es posible concebir, de *lege lata* o de *jure condito* una forma de concurso delictual, como lo designa el artículo 200 del Código Penal, en que se ignore el resultado que constituye el núcleo de la delincuencia y del concurso, o no se haya asentido a él, siquiera condicionalmente (dolo eventual). Ello valdría tanto como prometer ayuda, sin saberse a qué y para qué se ayuda, lo cual conduce, evidentemente, a la negación del dolo, de acuerdo con las doctrinas expuestas.

g) En resumen, el legislador de 1936 no creó, en el artículo 20 del Código Penal, una forma *sui generis* de concurso delictuoso desvinculada del sistema general que informa el estatuto y de los principios doctrinales que lo inspiran, en virtud de la cual sea posible hacer responsable a una persona de un evento no previsto o querido por ella, siquiera condicionalmente (dolo eventual). Puesto que, en el fondo, la ayuda POSTERIOR, prometida de antemano, viene a ser una manera de concurso o concurrencia proyectada sobre el hecho central, esta participación debe reunir —para que sea reprochable a título de dolo— los mismos supuestos psíquicos de toda participación, es decir: el conocimiento y la voluntad, siquiera condicionada, del hecho que constituye, por así decirlo, el núcleo del concurso.

h) Cuando este *mínimum* de supuestos no se halla presente en un caso, tal circunstancia no significa que los hechos típicos intencionalmente realizados por el sujeto, queden fuera de la zona de la represión penal. Puesto que son típicos e intencionales, le son reprochables al agente, si llenan los demás requisitos de toda conducta delictuosa, como el ser *antijurídicos*; pero no ya bajo la forma del *encubrimiento-participación*, si no como hechos autónomos, a que corresponde la pena incriminada específicamente para ellos. En resumen, una cosa es

el dolo con que se pacten y realicen los hechos típicos prometidos por el presunto fautor-partícipe, y otra, que ese dolo se comunique al núcleo o hecho central sobre que versa el concurso, sin saberse en qué consiste ese evento principal, ni consentirse en él. Sería extravagante, o inequitativo al menos, reprochar al presunto fautor una especie de *dolo subsequens* en que la *intencionalidad* de los actos inmediatos, prometidos de *antemano*, pero realizados con *posterioridad* a la ejecución del hecho principal por los autores y cómplices, se trasladara y comunicara a este hecho, supliéndose, de esta suerte, la falta de conocimiento del mismo y la ausencia de su volición, al momento de prometerse la "ayuda" futura. (Casación Penal. Diciembre 18/58. Nos. 2207-2208-2209.....

137, 1ª y 2ª y 138, 1ª y 2ª

— 183 —

ENFERMEDAD E INVALIDEZ (Prestaciones cuando la primera se convierte en la segunda)

La recta inteligencia del artículo 284 del Código Sustantivo del Trabajo indica a las claras que para la cesación de las prestaciones por enfermedad es condición *sine qua non* que tales prestaciones se vengán satisfaciendo regularmente cuando se declare el estado de invalidez, puesto que cesar significa "suspenderse o acabarse una cosa (...) dejar de hacer lo que se está haciendo" (17ª, Edición del Diccionario de la Real Academia), y esta noción de terminación o fin de algo que se viene realizando es aún más explícita en el contenido de la norma, la cual a dicha terminación o fin de las prestaciones por enfermedad contrapone sucesivamente la idea de comienzo o principio de la prestación por invalidez, cuando expresa: "Cesarán las prestaciones por enfermedad y comenzarán las correspondientes a invali-

dez". Repugnaría a la lógica la idea de que es posible cesar o dejar de hacer lo que nunca se ha hecho, aberración de juicio que, además, se prestaría a gravar doblemente a los patronos que cumplieran regularmente sus obligaciones para con el trabajador enfermo, y a exonerar del auxilio por enfermedad a los patronos incumplidos que dejando avanzar la enfermedad de sus servidores sin atender a su asistencia oportuna —alegarían la pretendida incompatibilidad— cuando el estado del paciente derivara de invalidez, para cumplir solamente las prestaciones correspondientes a este estado.

El artículo 284 consagra el tránsito de prestaciones (por enfermedad o invalidez), en una sucesión regular en que las primeras se han venido cumpliendo y cesan para dar comienzo a las segundas, cuando por el sobreviniente estado de invalidez hubiere lugar a éstas. Pero lo que cesan son las prestaciones, mas no el derecho a ellas cuando éste hubiere sido negado, ni la correlativa obligación de satisfacerlas. El artículo regula situaciones ordinarias en las que v. gr., un patrono, ante la enfermedad no profesional de su trabajador, procede realmente a satisfacer a favor de éste las prestaciones monetarias y específicas de los artículos 227 y 277 que deben procurarse durante un lapso hasta de 180 días; en esta hipótesis, y en el evento de que la situación del enfermo derivara al estado de invalidez, declarado por el médico, cesarían las prestaciones por enfermedad y empezaría a causarse las correspondientes a invalidez.

Mas en el caso de negligencia o temeridad del patrono renuente a atender las primeras prestaciones (por enfermedad), y que en la práctica dejan de satisfacerse, la derivación al estado de invalidez no priva al trabajador del derecho mismo a dichas prestaciones no satisfechas en su hora, en cuanto éstas sean

físicamente posibles. (Casación Laboral. Enero 15/59. Nos. 2207-2208-2209) 210, 1ª y 2ª

— 184 —

ENFERMEDAD NO PROFESIONAL (Auxilio por)

De conformidad con lo establecido por el artículo 277 del Código Sustantivo del Trabajo que consagra el derecho al auxilio por enfermedad no profesional, para tener derecho a este auxilio es preciso que la enfermedad produzca incapacidad para trabajar, la que debe demostrarse con el dictamen pericial de médicos graduados, pues de no hacerse así, no debe el juzgador deducir una incapacidad por ser ello extraño a los conocimientos jurídicos que le son propios. (Casación Laboral. Junio 26/59. Nos. 2211-2212) 909, 1ª

— 185 —

ERROR DE DERECHO (Cargo por)

Es sabido que el cargo por error de derecho en la apreciación de una prueba debe señalarse no sólo el, medio probatorio al que se asignó un valor diferente del que la ley establece, sino que es menester indicar las normas probatorias transgredidas, que sirven de medio para llegar a la infracción de la ley sustancial. (Casación Civil. Febrero 11/59. Nos. 2207-2208-2209) 36, 1ª

— 186 —

ERROR DE DERECHO (En la apreciación de una inspección ocular)

La inspección ocular no es medio probatorio solemne sustancial a acto alguno, sino un medio de prueba admitido por la ley para la demostración de los hechos cuya realidad investigaba. En todo lo que se refiera a error

de derecho la ley es en grado sumo concreta, y no acepta que se dé por establecida su existencia sino en los casos en que se tengan por probados hechos determinados por medios no autorizados legalmente, por exigirse al efecto especiales solemnidades, o cuando se deja de aceptar una de tales pruebas solemnes. Fuera de esos casos, no queda posibilidad alguna de incurrir en error de derecho. (Casación Laboral. Junio 20/59. Nos. 2211-2212) 858, 1ª y 2ª

— 187 —

ERROR DE DERECHO (En materia laboral)

El error de derecho implica el quebrantamiento de una regla legal sobre prueba que conduce a la violación de otra norma sustantiva consagratória del derecho que se impetra. Por lo tanto, no pueden servir de supuestos para sustentarlo los mismos hechos y razonamientos aducidos para fundamentar el "error de hecho", pues el uno y el otro obedecen a causas distintas y su demostración es diferente. Por otra parte en materia laboral sólo habrá lugar a error de derecho en casación, cuando se haya dado por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir ésta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto, pues en este caso no se debe admitir su prueba por otro medio, y también cuando deja de apreciarse una prueba de esta naturaleza, siendo el caso de hacerlo. (Casación Laboral. Junio 26/59. Nos. 2211-2212). 909 2ª

— 188 —

ERROR DE HECHO (Cuándo ocurre)

Sólo hay error de hecho cuando aparece de manera ostensible, cuando es manifiesto, protuberante y se presenta a todas luces en con-

traposición con la realidad y evidencia procesales. Al disponerlo así, la Corte ha buscado impedir que el amplio y necesario margen de apreciación libre que la ley le concede al juzgador, se vea menoscabado o restringido. (Casación Laboral. Abril 27/59. Nº 2210) 455, 1ª

— 189 —

ERROR DE HECHO (En la interpretación de la demanda)

El cargo de incongruencia por cuanto en la demanda no se le imputó mala fé al poseedor, y sin embargo el Tribunal tuvo en cuenta las pruebas que se adujeron para acreditar este extremo, no implica tacha de incongruencia sino de error de hecho en la apreciación de la demanda, o error de hecho proveniente de haber dado como probado un hecho, porque desconoció la demanda que, como prueba, indicaba que tal hecho no existió en virtud del principio de que *Quod non est in actis non est in mundo*. (Casación Civil. Febrero 16/59. Nos. 2207-2208-2209) 53, 1ª y 2ª

— 190 —

ERROR DE HECHO (Soberanía del sentenciador en la apreciación de las pruebas).

En esta clase de ataques, en los cuales se impugna el proveimiento del sentenciador de segundo grado por causa de errores de hecho, la doctrina de casación —acogida de modo invariable por la jurisprudencia nacional— ha sostenido que la prosperidad del cargo sólo se produce cuando el yerro cometido por aquél es ostensible y evidente, es decir, cuando el extremo resuelto equivale a decisión de tal naturaleza equivocada y fallida que francamente se opone a la lógica y repugna a la sana crítica. El planteamiento anterior tiende a resguardar la soberanía del Juez,

su autonomía en juicio, su independencia de criterio en la evaluación de los hechos, posición que resiste con más consistencia según los embates en el campo del derecho laboral, debido a que en éste se consagra la libertad de convencimiento mediante la persuasión racional y se desechan las tarifas y valoraciones de la ley. (Casación Laboral. Febrero 16/59. Nos. 2207-2208-2209).....

235, 2ª

— 191 —

ERRORES DE HECHO Y DE DERECHO (En casación laboral)

La aplicación indebida de una norma sustantiva, como motivo de casación, a consecuencia de apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba, puede dar origen a dos medios distintos de violación de la ley, que son: el error de hecho y el error de derecho. En el error manifiesto de hecho se puede incurrir, bien sea, por que se dá por probado un hecho que manifiestamente no ha ocurrido, o porque se deja de aplicar la ley a un hecho que el Tribunal cree no probado pero que lo está y, sobre esa base, se aplica la respectiva disposición legal a un hecho inexistente o se deja de aplicar a un hecho existente. En el error de derecho, se da a una prueba un valor distinto del que la ley le asigna, o no se reconoce el que ésta le señala, o se le dá el mismo que ella le ha fijado pero fuera de las condiciones o sin el cumplimiento de los requisitos que la ley exige para que se la estime como tal. En casación laboral, el error de derecho se ha circunscrito al caso de valoración de prueba ad-solemnitatem para la validez del acto, conforme al artículo 87 del C. P. T., en armonía con el artículo 61 ibídem. De ello se sigue, que el error de derecho implica el quebrantamiento de una regla legal sobre prueba y, por tanto, es in-

dispensable la cita de las que se consideren infringidas como consecuencia de ese error, además de las disposiciones sustantivas referentes al fondo mismo del negocio, consagratorias de los derechos reclamados y que se consideren violadas a consecuencia de ese error. En cambio, cuando el medio de violación de la ley consiste en el error de hecho que “es simplemente un fenómeno de convencimiento acerca de la existencia o no existencia de un hecho”, como ha sostenido la Corte, no es necesario citar disposiciones sobre-régimen probatorio, porque esta clase de error “no tiene en cuenta para producirse elemento jurídico alguno”. (Casación Laboral. Enero 24/59. Nos. 2207-2208-2209).....

216, 1ª y 2ª

— 192 —

ERRORES DE HECHO Y DE DERECHO (En la apreciación de pruebas)

No se acomoda a la técnica de casación proponer simultáneamente y en relación con un mismo medio probatorio el error de hecho y de derecho, pues éstos revisten características diversas. En efecto, si bien ambos se originan en el campo de las pruebas y producen igual consecuencia, o sea la violación de una norma sustancial, por aplicación indebida o por falta de aplicación, el primero atañe a la prueba como elemento material del proceso, por creer el juzgador que cierto medio probatorio existe cuando no existe o viceversa, y el segundo implica que le asigne un mérito legal distinto, dándole el que no tiene o negándole el que tiene, según la ley.

No pueden entonces, en principio, presentarse al tiempo los dos errores, ya que para que aparezca el de derecho es necesario tener en cuenta la prueba existente, es decir, analizarla, y desde el momento en que dicha labor se efectúa, ya no ha habido lugar a

error de hecho que implica desconocer la prueba que obra en autos o reconocer la que en ellos no existe. (Casación Civil. Marzo 17/59. Nos. 2207-2208-2209...)91, 2ª

— 193 —

ERRORES DE HECHO Y DE DERECHO (En la apreciación de las pruebas)

El error de hecho evidente a que se refiere el artículo 520 del código de enjuiciamiento civil, consiste en equivocación material u objetiva o en subjetiva también: se está frente al primer caso cuando se da por existente una prueba que no obra en autos o no se aprecia una que allí existe. Se está en el caso de apreciación subjetiva errónea cuando a la prueba existente se le atribuye valor contrario al de la evidencia de hechos que ella demuestra. Por eso, la Corte continuamente ha sostenido que “el error de hecho consiste jurídicamente en pasar por alto una prueba decisiva, como si no hubiera sido producida, o de estimarla en sentido contrario a la evidencia que ella ostente, abstracción hecha del mérito que la ley le confiere”. (Nº 2.142, página 823).

El error evidente de hecho, en su caso, o el de derecho, en el suyo, en la apreciación de la prueba, es límite de la soberanía del fallador *ad-quem*. Si no extralimita o sobrepasa esa linde, la Corte no puede infirmar el fallo, porque la casación es un juicio sobre la sentencia frente a la ley sustancial, si de violación directa o indirecta se trata, o frente a la ley procesal, si es el caso de error in procedendo. Cuando irrumpe el hito que limita su campo de acción e incide en error evidente de hecho o de derecho en la apreciación de determinado medio probatorio, pierde el Tribunal su relativa soberanía y abre posibilidad para llegar a la casación a través de la cuestión de hecho que, de otro modo, no podría enfrentar la Corte. Pero el error

de hecho evidente debe ser de inmediata consideración, perceptible sin mayor esfuerzo, resultado de una fácil y obvia comparación o balance, de lo cual aparezca haberse visto la prueba de modo contra-evidente.

El error de derecho en la apreciación de una prueba consiste, o en negarle el valor que la ley le dá o en atribuirle uno distinto al que ella le fija. En punto a dictámenes periciales el error de derecho consistiría en no atribuirle valor al concepto cuando lo tiene en virtud de su fundamentación, o, en fijarle un alcance diverso al que le otorgan las normas que regulan el valor de esa prueba. La apreciación de si un dictamen pericial está o no fundado, es aspecto que valora libremente el juzgador de instancia para aceptar o negar la fuerza probatoria de él. El error de derecho es cuestión íntimamente vinculada a la apreciación de la prueba; por eso, estimarla en más o apreciarla en menos, es error de valoración, contradictoria entre la prueba y la norma. (Casación Civil: Mayo 11/59. Nos. 2211-2212) . . . 509, 1ª y 511, 1ª

— 194 —

ERRORES DE HECHO Y DE DERECHO (En la apreciación del testimonio)

La valoración manifiestamente errada de determinados testimonios, no procede dentro de un cargo por error de hecho. Si un testimonio no hace prueba porque no recae sobre los hechos que la ley exige, el ataque debe hacerse por error de derecho, es decir, porque se les asignó una fuerza probatoria que la ley no reconoce. En cambio, si se da por probado un hecho sin existir la prueba respectiva, o se da por no probado no obstante hallarse en el proceso tal prueba, sin consideración al valor del medio, el error es de hecho. Por eso la Corte ha dicho refiriéndose al error de hecho: “En todos estos casos, el error del juzgador no versa sobre la exis-

tencia del extremo que se trata de probar, sino sobre la existencia del medio con que trata de probarlo”.

En otras palabras: los ataques por violación de la ley sustancial derivados de error de hecho no pueden referirse a la valoración probatoria del respectivo medio de convicción, sino a la existencia o inexistencia de éste, según fuere el caso. (Casación Civil. Febrero 11/59. Nos: 2207-2208-2209) . . . 36, 2ª y 37, 1ª

— 195 —

ERRORES DE HECHO Y DE DERECHO (En la apreciación de una misma prueba)

El error en la apreciación de una misma prueba, no puede ser simultáneamente de derecho y de hecho. El primero se refiere a los casos en que la ley exige una determinada solemnidad para la validez del acto que pretenda demostrarse, y el segundo, a aquellos en donde no se requiere esa solemnidad. (Casación Laboral. Junio 30/59. Nos. 2211-2212. 916, 2ª y 917, 1ª

— 196 —

ERROR ESENCIAL DE HECHO (Como eximente de la responsabilidad)

De conformidad con el artículo 11 del Código Penal el fundamento de la imputabilidad es la actividad psicofísica. Por otra parte esa imputabilidad es el presupuesto indispensable de la responsabilidad, la cual se entiende como la obligación de soportar las consecuencias punitivas del hecho que se ha llevado a cabo en condiciones que lo hagan imputable. El artículo 23 del predicho Código se contrae a hipótesis en que no hay lugar a imputabilidad y por lo tanto a responsabilidad. Entre esas hipótesis se encuentra la del error esencial de hecho, situación que excluye la imputabilidad por falta de esa actividad

psíquica que sumada a la actividad física viene a determinarla en su carácter de presupuesto para que pueda nacer la responsabilidad y por lo mismo el derecho a imponer sanciones. (Casación Penal. Abril 21/59. N.º 2210) 397, 2ª

— 197 —

ERROR NUMERICO (En qué consiste)

El error numérico a que se refiere la ley, según lo ha sostenido la jurisprudencia, “es el que resulte de la operación aritmética que se haya practicado, sin variar o alterar los elementos numéricos de que se ha compuesto o que han servido para practicarla; es decir, que sin alterar los elementos numéricos; el resultado sea otro diferente; habría error numérico en la suma de cinco, formada por los sumandos 3, 2 y 4”. (Casación Laboral. Julio 16/59. Nos. 2211-2212). 868, 1ª y 2ª

— 198 —

ESCRITURA PUBLICA (Fuerza probatoria y fuerza obligatoria)

No es exacta la afirmación de que el significado del precepto contenido en el artículo 1.759 del Código Civil, es el de que “uno es el valor probatorio de las escrituras públicas entre las partes y otro bien distinto el valor probatorio de las mismas contra terceros”. Los tratadistas distinguen en un instrumento público su fuerza probatoria y su fuerza obligatoria o eficacia del contrato contenido en él: En cuanto al otorgamiento, la fecha del instrumento y las manifestaciones de las partes, el instrumento hace plena prueba tanto respecto de las partes como de terceros, porque son hechos respaldados en la fé pública que la ley otorga al Notario. Pero en cuanto a la fuerza obligatoria o eficacia del contrato o la verdad de las declaraciones, si no hace

plena fé sino contra las partes o sus causahabientes a título universal o singular.

Esto no lleva al extremo de que las partes o sus sucesores no puedan probar contra lo expresado por ellas en el instrumento, de ahí la acción resolutoria de un contrato bilateral por incumplimiento de una de las partes, a pesar de haberse dicho en la escritura o instrumento que las prestaciones de ella estaban satisfechas. De ahí también la acción de simulación del acuerdo expresado en la escritura, en razón de las contraestipulaciones secretas u ocultas de las partes. Si bien la plena fe del instrumento público sobre la verdad de las declaraciones la otorga la ley respecto de las partes y causahabientes, no quiere decir que los terceros no puedan aceptarla o atenerse a ella.

A pesar de la presunción de verdad contra las partes que la ley reconoce a las declaraciones recogidas en un instrumento público, éstas pueden probar contra esa verdad. Y la resolución del Juez que reconozca que las declaraciones no fueron verdaderas no puede afectar a los terceros de buena fé, que confiados en lo que reza el instrumento adquirieron derechos sobre las cosas objeto del contrato. El Juez que con su fallo afectara a estos terceros indudablemente violaría el artículo 1.759 por interpretación errónea, ya que le atribuiría a esta disposición un alcance que no le corresponde, dado el pilar de protección a los poseedores de buena fé en que descansa nuestro Código Civil.

Tratándose de la oponibilidad a un tercero del acuerdo secreto de las partes, encubierto por el aparente que relata la escritura pública, las normas aplicables son los artículos 1.934 y 1.766 del Código Civil, no propiamente el artículo 1.759 del mismo.

El primero de estos preceptos, como lo ha interpretado siempre la Corte, consagra una garantía para los terceros de buena fé que, atenedos al contrato de compraventa estipulado en una escritura pública, en la cual

consta que se pagó el precio, adquieren derechos de parte del comprador aparente sobre la cosa vendida.

A estos terceros los ampara la presunción de ser verdadera la venta y de haberse pagado el precio, en forma que solamente en virtud de la declaración de nulidad o de falsedad de la escritura puede haber acción contra ellos como poseedores. Lo que trae de consecuencia que, si el tercero no ha adquirido de buena fé sino a sabiendas o informado de que el contrato pactado no es verdadero, sí hay acción contra ellos en su calidad de poseedores.

Ha dicho la Corte: "Si aparece celebrado un contrato por escritura pública, y sobre esta base adquiere un tercero de buena fé, toda prueba que tienda a alterar las estipulaciones contenidas en aquella escritura, no puede perjudicar a ese tercero" (G. J., tomo XXIX, páginas 350 y 351).

En el artículo 1.766 del Código Civil han encontrado la doctrina y la jurisprudencia la norma que estatuye la acción de simulación en razón de que se acepta el valor entre las partes de las contraestipulaciones a lo acordado en escritura pública, así se extiendan éstas en documento privado o en contraescritura pública. Agrega, empero, el primer inciso que esa escritura privada no producirá efectos contra terceros, es decir que el acto, contrato o acuerdo oculto no puede perjudicar terceros. Es la protección a los terceros de buena fé, que, confiados en el contrato de que da cuenta la escritura pública, adquirieron derechos contra los cuales no puede producir efecto alguno el acto secretamente pactado por los contratantes para alterar el público.

Está ha sido la interpretación que la Corte le ha dado al artículo que se analiza cuando dice: "Pero tanto la antigua como la nueva doctrina han estado siempre acordes en un punto, y es en que los terceros que adquirieron de buena fé del comprador aparente,

no sufren las consecuencias de la nulidad por simulación, según aquélla, y de la mera simulación, según ésta. A éstos cuando no tuvieren conocimiento de la simulación al tiempo de contratar, les es inoponible el acto o contrato simulado" (G. J., tomo LXXIX, página 707).

"Así pues la jurisprudencia de la Corte, tanto bajo la antigua doctrina de la simulación nulidad como bajo la nueva de la simulación prevalencia, siempre ha reconocido el principio de la protección de la buena fé de los terceros respecto de los contratos simulados (G. J., tomo LXIII, pág. 668). (Casación Civil. Febrero 16/59. Nos. 2207-2208-2209)..... 54, 2ª y 55, 1ª y 2ª

— 199 —

ESCRITURA PUBLICA (Manera de hacerla llegar a los autos)

Ha sido clara y constante doctrina de la Corte, la de que las escrituras públicas pueden presentarse de dos maneras durante los términos probatorios; o bien, pidiendo que se libre despacho al Notario para que expida copia y la envíe por conducto del Registrador para que éste le ponga la nota de registro, que es el medio indicado por el artículo 636 del Código Judicial; o bien, en forma directa, acompañando al memorial de pruebas la copia de la escritura autorizada por el Notario, con la nota de registro, que es el sistema especial para esta clase de instrumentos señalados por el artículo 636 *ibídem*. Esta doctrina, que la Corte reitera, se encuentra consagrada, entre otros en los siguientes fallos: 18 de abril de 1952, G. J., tomo LXXI, página 731, y tomo LXXVI, página 384. (Casación Civil. Abril 8/59. Nº 2210)..... 305, 1ª

— 200 —

ESCRITURA PUBLICA (Nulidad por falta de formalidades)

Véase el aparte Compraventa en el número 118 de este Índice.

— 201 —

ESTADO CIVIL (Acciones de rectificación de partidas y de reconocimiento. — Fuero civil y eclesiástico)

Conforme al artículo 407 del Código Civil, "cuando en un acta se haya cometido alguna equivocación o algún error y no se salvó en los términos del artículo 374, se ocurrirá al Juez para que con audiencia de los interesados se corrija la equivocación, o se subsane el error. Si recayere un fallo favorable, se insertará la ejecutoria de éste en el respectivo lugar del registro, atendiendo a la fecha de la inserción, la cual servirá de acta, debiendo además ponerse nota al margen del acta reformada. La certificación sólo perjudicará a las partes que hubieren sido oídas en el juicio". Estos principios se reiteran en el artículo 53 del Decreto número 1.003 de 1939.

Se trata, entonces, de la acción de rectificación de partidas de estado civil, la cual puede fundarse únicamente en equivocaciones ocurridas al sentar el acta o en los errores a que se refiere el artículo 374, los cuales, según dice la Corte, consisten en que "el Notario expresa en el acta de registro del estado civil cosa distinta de lo que se le informa, u omite parte de lo informado..." (LXVI, 809).

No puede confundirse este procedimiento con la acción civil que implique un cambio de estado. Entre las acciones de estado y las tendientes a rectificar equivocaciones o errores en las partidas correspondientes, se presentan diferencias notorias, a saber: A). Por el procedimiento de rectificación se bus-

ca simplemente enmendar los errores precisados antes, al paso que por la acción de estado se pretende producir una mutación en este respecto a determinada persona; B). Por tanto, el proceso de rectificación pertenece generalmente a la jurisdicción voluntaria, mientras que la acción de estado es eminentemente contenciosa; C). La rectificación se adelanta por los trámites sumarios del artículo 1.204 del Código Judicial, en tanto que los juicios de estado siguen la vía ordinaria, como expresamente lo dice el artículo 736 *ibidem*.

En consecuencia, por medio de una acción de rectificación de un acta no es admisible presentar una demanda que contenga controversia sobre el estado de las personas. En cambio, como corolario de una acción de estado, puede y debe ordenarse en la sentencia la rectificación de un acta del estado civil, tal cual ocurre en el caso de declaración de filiación natural por disposición del Decreto antes mencionado, artículo 33. Por esto Planiol y Ripert enseñan que "si bien el procedimiento de rectificación no puede ser empleado para las acciones de estado, en cambio el procedimiento de esas acciones puede terminarse por medio de una rectificación. Eso es lo que se produce si el demandante en la acción de estado obtiene una sentencia que contradiga las manifestaciones de ciertas actas del estado civil" Y agregan: "Los juicios de anulación de legitimación (se subraya), de adopción o de reconocimiento de hijo natural pronunciarán igualmente la rectificación de las actas correspondientes". (Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, tomo I, número 223).

Tan importante es la diferenciación anotada, que los tratadistas de derecho civil hacen hincapié especial en ella. Así, los mismos autores últimamente citados exponen: "Desde que han empezado a figurar en los registros, con las firmas legales, las actas del estado civil, comprendidas las trans-

cripciones y notas marginales, no pueden ya sufrir ningún cambio sin una decisión judicial. No obstante, con frecuencia son necesarias algunas modificaciones de su texto. La ley prevé, a este efecto, un procedimiento simplificado llamado de rectificación de las actas del estado civil, cuyas aplicaciones son muy frecuentes. Sin embargo, es preciso evitar su extensión, ya al caso de que la modificación en que se tenga interés haga surgir una cuestión de estado, o bien en el caso de que se trate, no de la rectificación, sino de la constitución o de la reconstitución de un acta". Añaden: "La acción en rectificación debe ser cuidadosamente distinguida de las acciones de estado, y eso desde dos puntos de vista:

1º—La ley impone para la eficacia de las acciones de estado condiciones de fondo severas, a las cuales las partes no pueden escapar presentando insidiosamente su demanda bajo la forma de una acción de rectificación de un acta inexacta... Así, pues, como las acciones de estado, en principio, le están prohibidas al Ministerio Público, éste no puede demandar bajo la forma de rectificación (en Francia la puede pedir dicho Ministerio), la supresión de un reconocimiento de hijo natural, lo cual sería una verdadera discusión de estado...

2º—En cuanto al procedimiento y a la autoridad de la sentencia pronunciada, las acciones de estado no deben ya ser confundidas con las acciones de rectificación. La ley ha creado para éstas un procedimiento ligero y rápido, porque no tienen relación sino con errores o irregularidades materiales cuya rectificación es fácil y no perjudica a terceros. Se sabe, en cambio, cómo la ley, por interés público, rodea de garantías toda modificación del estado de una persona. No permite, por lo tanto, que en un caso semejante se sacrifique la seguridad del procedimiento a una rapidez que no es indispensable". (Obra citada, páginas 232 y 235).

Colin y Capitant en su "Curso de Derecho Civil", dicen al respecto: "Podrá pedirse la rectificación de un acta, siempre que contenga menciones inexactas, enunciaciones prohibidas u omitan indicaciones que deba contener. De hecho, la mayor parte de las acciones de rectificación tiene por objeto, ya hacer que se rectifique la ortografía del apellido mencionado en el acta, o ya suprimir un error cometido en la indicación de los nombres del niño, de los esposos, del difunto". Y agregan: "Sucede con frecuencia que la demanda de rectificación suscita una cuestión de fondo relativa al estado del interesado: por ejemplo un hijo pretende que el apellido que en el acta se atribuye a su padre o a su madre es inexacto, o aún más, que se ha omitido consignar la calidad de casados, con relación a sus padres, en una palabra, que el acta que se pretende rectificar le atribuye un estado distinto del que en verdad le corresponde. La prueba de la filiación está sometida por el Código Civil a ciertas condiciones especiales que se indican en el título que se ocupa de la filiación. Por consiguiente, hay que evitar que un individuo se exima de cumplir estas reglas disfrazando su verdadera pretensión bajo una cuestión de rectificación." (Páginas 854 y 856).

Y Claro Solar expresa sobre este punto: "La rectificación de una inscripción puede tener lugar cuando no expresa o expresa mal lo que debe contener, o cuando expresa lo que no debe contener. Errores: Por ejemplo una equivocación en el sexo del niño en una inscripción de nacimiento; faltas de ortografía en el nombre; un apellido atribuido al padre, siendo el apellido de la madre, y a la madre el apellido del padre; la enunciación de la legitimada del niño cuyos padres no han contraído matrimonio legítimo. Omisiones: Por ejemplo, la falta de una enunciación requerida por la ley, cualquiera que sea su naturaleza e importancia, como la de los nombres del padre o de la madre de un hijo

legítimo en su partida de nacimiento o en la partida de matrimonio. Enunciaciones que no habrían debido consignarse: Por ejemplo, la indicación en una inscripción de nacimiento de una filiación adulterina, o la designación del padre de un hijo ilegítimo, sin su aceptación". Luégo expone, refiriéndose al Derecho Francés: "La cuestión es generalmente resuelta en sentido negativo en razón de que no debe confundirse una acción sobre reclamación de estado civil con la de rectificación de un acta del estado civil; en ésta la rectificación, se dice, es el objeto único de la demanda; mientras que, al contrario, no es más que el accesorio de la primera, que mira directamente a la determinación del verdadero estado de una persona". (Obra citada, páginas 72 y 75).

Por tanto, el procedimiento ante los Tribunales Eclesiásticos no es el indicado para cambiar el estado civil, ya que a la actora le corresponde impugnar su calidad de hija legitimada por medio de juicio ordinario, ante las autoridades civiles, pues como lo ha repetido la Corte, las consecuencias de la legitimación están gobernadas por la ley civil. "La legitimación como efecto del matrimonio posterior de los padres, se rige por la ley civil, no por la canónica". (Casación, 30 de octubre de 1920, XXVIII, 236).

A este propósito se destaca que la doctrina de la Corte, de tiempo atrás, se ha inclinado porque las rectificaciones de partidas en materia de legitimación deben hacerse ante los Jueces civiles que son los competentes al respecto. "Si en una partida eclesiástica, de matrimonio, el párroco por olvido u otra causa, omitió al hacer la inscripción dejar constancia en ella de la designación que hicieron los contrayentes de los hijos que legitimaban (artículo 239), no basta para que la legitimación se produzca, en vista de la prueba testimonial sumaria presentada ante la autoridad eclesiástica, que se haya hecho por orden del prelado la enmienda con nota mar-

ginal de la partida, y de ello dé fé el párroco; pues la ley civil exige una tramitación ante el Juez con audiencia de los interesados para subsanar el error u omisión (artículo 407 del Código Civil), formalidad que es preciso observar aquí por ser la legitimación voluntaria una institución de derecho civil" (XXX, 96, 31 de julio de 1924). Y en la misma sentencia se lee: "Los asuntos relativos a la legitimación voluntaria de los hijos por matrimonio subsiguiente de los padres son de fuero mixto: del eclesiástico y del civil, y en tal caso ni la ley canónica ni la civil consienten en una aplicación promiscua e indistinta dentro de una misma jurisdicción, sino que la requieren separada, peculiar y determinada *ratione materiae* según se trate de fines temporales, o religiosos".

Por lo demás, tales doctrinas se reiteraron por esta Corporación en sentencia de casación de 24 de noviembre de 1924, con ponencia del ilustre Magistrado doctor Juan N. Méndez en los términos que siguen: "Para que el error cometido en un acta de estado civil se repare por quien la extendió, es necesario con arreglo a lo dispuesto en el artículo 407 del Código Civil que proceda una tramitación ante el Juez para que, con audiencia de los interesados, se corrija el error, y si se dicta fallo favorable, se insertará la ejecutoria de éste en el respectivo lugar del registro, atendiendo a la fecha de la inserción, la cual servirá de acta, debiendo además ponerse una nota al margen del acta reformada. La rectificación sólo perjudicará a las partes que hubieren sido oídas en el juicio. Esta disposición no se ha cumplido en el caso actual, y aunque hubo una resolución de la autoridad eclesiástica para extender la nota marginal, ello no llena ni en razón de jurisdicción, ni en el cumplimiento de la tramitación que exige la ley civil, los requisitos indispensables que impone esta misma ley, para que la enmienda del acta primitiva de matrimonio pueda considerarse

como prueba. Por respetables que sean las providencias de la autoridad eclesiástica, en este asunto de legitimación que, en el actual juicio corresponde al fuero civil, por razón de su naturaleza, debe prevalecer la ley civil" (G. J. número 1.604, noviembre 24 de 1924, página 96).

Mas suponiendo que la autoridad eclesiástica fuera competente para resolver sobre rectificaciones de partidas, en el sentido de incluir hijos legitimados cuando no se designaron oportunamente en el acta de matrimonio de los padres, o para suprimir nombres de aquéllos cuando se afirma que fueron incluidos erróneamente que es un caso similar al primero, no hay duda de que el sistema de rectificación no puede ser el adecuado, pues ambos fenómenos se reflejan necesariamente en un determinado estado civil, que debe debatirse judicialmente, como se dejó sentado, ante los Jueces civiles.

El artículo 16 de la Ley 153 de 1887 establece que la legislación canónica es independiente de la civil, y no forma parte de ésta, pero será solemnemente respetada por las autoridades de la República, según el Concordato y la ley (Leyes 57 y 153 de 1887, artículos 17 y 57) vigentes, los Tribunales Eclesiásticos son competentes, en forma exclusiva, para conocer de las causas de nulidad y divorcio del matrimonio católico, el cual, como es sabido, produce efectos civiles. Mas no existe ningún precepto que autorice a dichos Tribunales para proveer sobre acciones de estado civil en relación con la filiación legitimada por subsiguiente matrimonio de los padres, en donde no se cuestiona ningún punto referente al acto matrimonial. Por el contrario, se ha visto que la legitimación es una institución de carácter civil, regulada por las normas civiles.

Lo expuesto no se opone a los principios concordatarios, especialmente a los artículos 2º, 3º y 4º de dicho pacto, pues se trata de una materia excluida de la competencia de

las autoridades eclesiásticas, sin que haya por tanto pugna con lo resuelto por la Corte en la sentencia de 15 de mayo de 1954. (Tomo LXXVII, página 581). Estas se limitan a decir que las disposiciones legales colombianas y el régimen concordatario 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". (Se subraya). Además, no hay ninguna contradicción con la tesis admitida en tal fallo de que las normas canónicas continúan considerándose extrañas al ordenamiento de donde provienen, con las características intrínsecas y la vigencia o validez que tienen en el ordenamiento de su origen, es decir, que "en los casos y materias en que la legislación colombiana defiere a la canónica, esa referencia es formal y no recepticia". Porque la Sala parte de la base de que la materia de la legitimación, en cuanto configura un estado civil concreto, no la ha deferido la ley colombiana a lo que al respecto regule la ley canónica.

A este propósito se anota que la Corte (LII, página 853), tratando de la legitimación ipso iure, expresa: "Como la legitimación ipso iure establecida por el artículo 52 de la Ley 153 ya citada se refiere a los matrimonios civiles o católicos, porque la norma no distingue, es obvio que por imperio de esa disposición el hijo concebido antes del matrimonio católico de sus padres y nacido dentro de éste es legítimo. Según las normas del derecho canónico, los hijos habidos por personas libres y que después en cualquier tiempo, se casen entre sí, quedan legitimados y este es un efecto canónico de ese matrimonio; pero la ley civil no reconoce tal efecto, porque la legitimación se rige únicamente por los preceptos del Código Civil. Esto lleva a la conclusión de que los efectos

canónicos del matrimonio no producen siempre efectos civiles, y que ese fenómeno no se verifica sino cuando la ley civil expresamente lo establece".

Mutatis mutandi, la legitimación que no se produce ipso iure y sus consecuencias se rigen por la ley civil, por lo cual una vez aquella producida, sólo es posible cambiarla mediante la impugnación, sin que el procedimiento eclesiástico sobre rectificación de actas, en el supuesto de que canónicamente pueda tener eficacia para variar el estado respectivo, llegue a obligar a las autoridades civiles. (Casación Civil. Junio 24/59. Nos. 2211-2212) 692, 1ª y 2ª a 695, 2ª

— 202. —

ESTADO CIVIL (Prueba de la posesión notoria)

Para demostrar la posesión notoria del estado civil no es bastante prueba el dicho de dos testigos, sino que el rigor legal exige que los elementos constitutivos del mismo estado se acrediten en forma irrefragable. (Casación Civil. Junio 3/59. Nos. 2211-2212) 607, 1ª

— 203 —

EXCEPCION (No lo es la carencia de acción y derecho para demandar)

La noción amplia de excepción, o sea cualquier defensa del demandado, incluso la simple negación del derecho invocado por el actor, no es de recibo dentro de la concretización procesal que considera la excepción como aquellas defensas fundadas en otras circunstancias de las constitutivas del derecho del demandante. Por esto, se ha dicho que el Juez lo primero que tiene que indagar es si se reúnen los elementos de la acción civil, pues si falta alguno de ellos debe absolver, sin entrar en el análisis de las excepciones.

La Corte expresa: "...se comienza por estudiar la acción ejercitada y por indagar si al demandante le asiste. Cuando esta sugestión inicial es respondida negativamente, la absolución del demandado se impone: pero cuando se halla que la acción existe y que le asiste al actor, entonces sí es procedente estudiar si hay excepciones que la emboten, enerven o infirmen, háyanse opuesto por el reo como la de prescripción o la de compensación, o surjan del proceso, opuestas o nó por éste, tal como corresponde a los artículos 343 del Código Judicial y 1.719 del Código Civil". (XLVI, página 623).

Así las cosas, es evidente que la falta de derecho en el demandante no es una excepción, en su sentido concreto, sino uno de los elementos de la acción-pretensión. "Por eso la carencia de acción y derecho para demandar, no puede ser jamás una excepción, porque esta presupone la acción que ella destruye o enerva. Pero no tener la acción es vicio tan fundamental que su sola presencia basta para proferir el fallo como si existiendo fuese destruída por una excepción" (XLII, 621). (Casación Civil. Mayo 29/59. Nos. 2211-2212). 592, 2ª y 593, 1ª

— 204 —

EXCEPCIONES (Dilatorias, perentorias y mixtas)

Es cierto que las excepciones dilatorias son de taxativa enumeración en la ley. Su objeto es purgar el procedimiento aunque como consecuencia lo alarguen o dilaten. Las perentorias surgen de la naturaleza misma de los hechos y hacer su enumeración sería un tanto arbitrario. Las perentorias de fondo pueden desconocer la existencia de la obligación o pueden extinguirla si alguna vez existió. Las primeras suponen la presencia de un hecho coetáneo a la declaración de la existencia de la obligación que

impide que ésta tenga cumplido efecto. Tales serían las de falsedad, error, fuerza, etc. Las segundas suponen hechos posteriores que hacen inútil o por lo menos enervan la existencia de la obligación, por ejemplo, la de pago, compensación, novación, remisión, incumplimiento del contrato, etc.

Junto a estas dos grandes clasificaciones doctrina y jurisprudencia admiten una tercera categoría de excepciones, llamadas mixtas por algunos tratadistas, por cuanto en cierto modo participan de características de dilatorias y de perentorias, y que pudiéndose no alegar in limine litis, pueden resolverse en la sentencia definitiva, pero cuyo objeto no es producir impacto contra la existencia de la obligación, sino contra las condiciones formales del proceso, excepción que, por lo mismo, no produce sentencia de mérito o sustancial, sino simplemente de forma. Dentro de este caso estaría la que en otro tiempo se llamó excepción de inepta demanda o petición de modo indebido y que en realidad lleva al resultado de la inhibición por falta de presupuesto procesal, o sea de la presencia "de aquellos antecedentes necesarios para que el juicio tenga existencia jurídica y validez formal".

Por fin, sobre preclusión del término para proponer la excepción dilatoria y cuanto el Juez del conocimiento admitió la demanda sin hacer observación alguna, la Corte tiene dicho lo siguiente:

"Si el Juez no ha ejercido el poder de ordenar de oficio la corrección de una demanda que adolezca de vicios formales, ni la parte demandada ha propuesto la excepción dilatoria, y en el momento de ir a fallar el negocio se encuentra una demanda con un defecto formal de tal índole que haga imposible un pronunciamiento en el fondo del negocio, el deber del juzgador es declarar su inhibición para decidir la controversia, por causa de este impedimento procesal.

"Tal sería el caso de una demanda en que

ejercitándose una acción real no se han señalado los linderos y demás circunstancias que individualicen el inmueble en que radica el derecho, o el de una demanda en que han acumulado indebidamente acciones opuestas y contradictorias entre sí, o el de una demanda adelantada por vía procesal inadecuada legalmente.

“La jurisprudencia nacional en casos como estos ha hablado impropriamente de una excepción perentoria (ineptitud sustantiva de la demanda o petición de modo indebido), cuando en rigor se trata de un impedimento procesal por falta del presupuesto correspondiente (demanda en forma).

“Como es obvio, no basta cualquier defecto formal de la demanda para justificar la inhibitoria del juzgador, sino se requiere uno de mucha gravedad, como en los casos citados por vía de ejemplo”. (G. J., número 2.145, página 345). (Casación Civil. Abril 22/59. N° 2210).....341, 1ª y 2ª

— F —

— 205 —

FALSEDAD (Investigación penal por tacha de)

La simple afirmación de una parte interesada, respecto a la falsedad de un documento privado, no basta o no arguye por sí sola el conocimiento serio que va implícito en la norma del artículo 11 del Código de Procedimiento Penal; por consiguiente no incurre en responsabilidad el funcionario que omite ordenar la expedición de las copias a que se refiere dicho artículo. (Casación Penal. Febrero 26/59. Nos. 2207-2208-2209) .. 182, 1ª y 2ª

— 206 —

FALSEDAD (Tacha de)

Por la simple afirmación hecha por la

parte interesada, en la primera instancia, al contestar la demanda de lanzamiento, sobre que “es falso el contrato de arrendamiento” o documento correlativo, no corresponde al Juez ad-quem disponer nada al respecto, mientras aquella no le haya dado el necesario impulso. En materia civil rige el llamado principio dispositivo, para cuestiones de procedimiento; las partes disponen del proceso, salvo las excepciones legales; y si los Jueces interfieren, de oficio, esta órbita privada, desvían su función e incurren en abuso. Es ante el Juez de primera instancia ante quien debe formalizarse, en tal caso, la referida tacha, o a quien debe reclamársele por la parte interesada; y si ésta nada dijo o en nada insistió al respecto, hay que presumir que desistió del incidente, o que no le interesaba que el debate surgido de la litis contestatio se orientase hacia la discusión de la presunta falsedad. (Casación Penal. Febrero 26/59. Nos. 2207-2208-2209).....181, 2ª

— 207 —

FALSEDAD Y ESTAFA (En el uso de instrumentos negociables y documentos públicos)

El que, en perjuicio de tercero o con intención de causarlo, falsifique documento privado, incurre en prisión de 2 a 8 años y multa de \$ 100.00 a \$ 2.000.00 (Cfr. artículo 240 del C. P.).

Esta norma sólo contempla la falsificación del documento privado, sin prever el USO de éste por el falsificador.

Si el que usare el documento privado falso fuere el mismo que lo falsificó, incurrirá no ya en prisión sino en presidio de 2 a 8 años, y a esta pena se agregará un aumento de 1/3 a 1/2 (Cfr. Arts. 242 y 233 ibídem).

Aquí, en cambio, se reprime al que siendo falsificador del documento privado, lo USA.

Ahora véase lo que ocurre con una especie

del género, es decir, no ya con la falsedad y el uso de documentos privados en general, sino con la falsedad y el uso de INSTRUMENTOS NEGOCIABLES en particular, que entraña un delito distinto de ésta.

El que sin ser funcionario o empleado público, o aún siéndolo —pero en zona de actividad extraña a sus funciones—, falsifique INSTRUMENTO NEGOCIABLE, o documento público u oficial, incurre, por ese solo hecho, en 2 a 8 años de presidio. (Cfr. Art. 233 *ibídem*).

Distingue, pues, la ley, entre documentos públicos e INSTRUMENTOS NEGOCIABLES, sin crear desde luego con éstos un género aparte del conocido con el nombre de DOCUMENTOS PRIVADOS. La equiparación que aquí hace la ley entre documentos públicos e INSTRUMENTOS NEGOCIABLES se contrae al solo efecto de la penalidad.

Si el que, usando “con perjuicio de tercero o con intención de causarlo”, el instrumento negociable a sabiendas de que es falso, no es el mismo sujeto que lo falsificó, la pena para el usador es la del artículo 233 del C. P., o sea la de 2 a 8 años de presidio, con una disminución “hasta una tercera parte”. (Cfr. Art. 234 *ibídem*).

Obsérvese desde ahora, que el USO punible a que se refiere el capítulo “De la falsedad”, no es un uso cualquiera sino un uso “con perjuicio de tercero o con intención de causarlo” (Artículo 240), o “con propósito de lucrarse” (Artículo 234 y 241 *ibídem*), sin que entraña un delito distinto de la falsedad.

Pero ¿qué pasa si el que falsifica el instrumento negociable es el mismo que lo USA, incurriendo en otro delito?

a) ¿Se considera tal USO del instrumento por el mismo falsario, como delito o hecho punible distinto de la falsificación? ¿Hay o no hay concurso material de este delito con el de estafa, por ejemplo, cuando es

autor de ambos un mismo sujeto activo y cuando hay o pudo haber un número plural de víctimas como secuela de tal USO?

b) Si no hay concurso sino más bien absorción del segundo delito por el de falsificación, seguiríase que quien a la vez resulta ser autor de ésta y aprovechador del INSTRUMENTO NEGOCIABLE apócrifo, tendría IGUAL pena que la imponible al que no ha hecho otra cosa que falsificar el instrumento negociable. Y por si esto fuera poco, el que a la vez sea falsario y, por ejemplo, estafador respecto de documento privado no negociable, quedaría, como ya se ha visto, reprimido con mayor severidad (2 a 8 años de presidio con un aumento de 1|3 a 1|2. Cfr. Art. 242 del C. P.) que el que comete los mismos delitos en cheques y letras de cambio.

c) Si, por el contrario, no hay tal absorción, ¿qué artículo del Código Penal se le aplica al autor de ese concurso de falsedad y el otro delito? ¿Se le aplica el 33 en armonía con el 233 (falsificación del instrumento negociable) y el 408 (estafa por medio del mismo)? ¿O se le reprime mediante la norma del concurso especialísimo del artículo 242 *ibídem*?

d) Aplicándole al que ha incurrido en la doble actividad criminal de que trata la letra c) precedente, las normas de los artículos 33, 233 y 408 del Código Penal, la pena imponible es la de 2 a 8 años de presidio con un aumento (artículo 33) de cero más uno “hasta otro tanto” de la base; al paso que si el precepto aplicable es el del Art. 242 *ib.*, la pena-base es la misma (2 a 8 años de presidio), pero el aumento no puede bajar de la tercera parte, como mínimo, ni exceder de la mitad, como máximo. En la primera hipótesis no hay límite mínimo para el aumento; en la segunda, ese límite es la tercera parte. En cambio el máximo del aumento en la primera hipótesis es otro tanto de la base, y en la segunda sólo llega a la mitad.

Todos los interrogantes que hasta aquí ha

presentado la Sala respecto al caso del que habiendo falsificado un cheque, acaba por hacerlo efectivo en provecho propio, se resuelven dentro de un criterio de rigurosa interpretación sistemática de la ley, mediante la aplicación del concurso material de falsedad y estafa (artículos 233, 408 y 33 del Código de las Penas). Esta clase de concurso fue la que tuvo en cuenta el Tribunal en el fallo recurrido, aunque sin expresar con la precisión deseable las bases esenciales de su razonamiento. La Corte estima que el Tribunal acertó al aplicar al caso de autos las reglas del concurso material de falsedad y estafa, porque, como ya se vio, el uso del cheque falso no se detuvo en el perjuicio de tercero o en el intento de causarlo o en el propósito de lucrarse, sino que se tradujo para quien a la vez fue autor y usador del cheque falso en "un provecho ilícito".

En otras palabras: el uso no fue aquí únicamente el propio de la falsedad, sino que dio lugar a una nueva figura punible autónoma —la estafa— que consiste en obtener mediante engaños o artificios "un provecho ilícito con perjuicio de otro". (Artículo 408 del C. P.).

Si la falsificación no hubiera ocurrido en cheque sino en documento público u oficial, usado luego por el mismo falsario en provecho propio y en perjuicio de tercero, el resultado hubiera sido el mismo y la escala penal aplicable a tal concurso tampoco hubiera sido diferente (arts. 233, 408 y 33). (Casación Penal. Mayo 14/59. Nos 2211-2212) 733, 1ª y 2ª y 734, 1ª

— 208 —

FALSO TESTIMONIO (Perdón judicial)

El artículo 195 del Código Penal, como es obvio, no puede interpretarse aisladamente, sino vinculándola, por un proceso sistemático, a todas las demás concordantes, y, en

especial, a lo que dispone el artículo 91, el cual, a su vez, remite al artículo 80, cuyos requisitos deben cumplirse o darse en el caso concreto, para que el perdón judicial sea conducente. Son tres tales supuestos. 1) Que sobre el procesado no haya recaído ninguna condenación por delitos; 2). Que su conducta anterior haya sido siempre buena; y 3) Que su personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho delictuoso y los motivos determinantes, den al Juez la convicción de que el individuo que va a gozar de este beneficio no es peligroso para la sociedad y de que no volverá a delinquir.

No son pocas, de consiguiente, las condiciones requeridas para la procedencia del perdón judicial, en el evento del artículo 195 del Código Penal. Y todas ellas relacionadas con cuestiones de hecho o probatorias, cuya verificación y análisis no pueden hacerse dentro del estrecho marco de la causal 1ª de casación, exclusivo para problemas de puro derecho, sino dentro de la zona procesal señalada por la ley, que lo es la causal 2ª de casación.

La concesión del beneficio especial del artículo 195 del Código Penal es obligatoria si se cumplen todos los requisitos allí exigidos. El arbitrio que el texto consagra, como ocurre con el del artículo 80 *ibidem*, no es absoluto, de suerte que pueda conducir a la arbitrariedad. No se trata de un "poder" o querer caprichoso del juzgador. Esto sería absurdo; y es la misma ley penal la que señala al Juez, con la fuerza obligatoria de toda norma, los supuestos de hecho que, una vez realizados o cumplidos, lo gravan con el deber del perdón.

Però aunque esto es cierto en el campo de la pura doctrina, no basta, por sí solo, para definir, en los casos concretos, si dicho arbitrio ha sido ejercido arbitrariamente o en forma ilegal o indebida. (Casación Penal. Mayo 15/59. Nos. 2211-2212) . . . 740, 2ª y 741, 1ª y 2ª

— 209 —

FILIACION NATURAL (Demanda después de muerto el padre)

A título doctrinario, se reproduce la siguiente jurisprudencia de la Corte en relación con la parte pasiva de la acción de filiación natural después de muerto el padre: "El fallecimiento del padre no es capaz de borrar esa clase de deberes que arrancan de normas éticas muy claras, situadas en planos superiores y que imperan sobre el querer del llamado a heredar por la sangre, esto es el heredero por parentesco, como tal, aunque todavía no haya aceptado la herencia. Tanto más cuanto que la vocación hereditaria, envuelve también intereses de contenido patrimonial, abstracción hecha de lo que en concreto pueda valer la herencia.

"Es tan cierto lo que antecede como que si, en el campo de la filiación legítima, el hijo acepta la herencia de su padre, no por ello se despoja de su estado civil, ni pierde el parentesco con la familia de su progenitor.

"Caso distinto se presenta cuando la herencia es deferida con base independiente de la vinculación que el parentescò funda. Porque entonces sí parece indispensable que la herencia haya sido aceptada para que la acción de reconocimiento de estado civil pueda encaminarse eficazmente contra el heredero". (G. J., número 2.144, página 42). (Casación Civil. Junio 24/59. Nos. 2211-2212) . . . 699, 2ª y 700, 1ª

— 210 —

FILIACION NATURAL (Impetrada por un hijo legitimado)

Mientras la persona interesada no obtenga sentencia favorable de impugnación de su calidad de hijo legítimo, reconocido por legitimación hecha a su favor en el acta de

matrimonio, no tiene capacidad para solicitar se declare a su favor un estado civil diverso, cual es el de hijo natural de otra persona. Así como según el artículo 3º de la Ley 45 de 1936 el hijo concebido por mujer casada no puede ser reconocido como natural salvo que el marido lo desconozca y por sentencia ejecutoriada se declare que el hijo no es suyo, pues se halla gozando del estado civil de hijo legítimo, quien está en posesión del estado de hijo legitimado carece de interés para pedir el reconocimiento de la calidad de hijo natural de persona diferente al marido, mientras no se borre, con el cumplimiento de los requisitos legales, su primitivo estado, ya que no se pueden poseer simultáneamente dos estados civiles. (Casación Civil. Junio 24/59. Nos. 2211-2212) . . . 696, 1ª

— 211 —

FILIACION NATURAL (Seducción)

Para que pueda declararse judicialmente la paternidad natural en el caso de seducción de que trata el ordinal 2º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 cuando se alega que la seducción se realizó mediante hechos dolosos o palabra de matrimonio, es necesario establecer plenamente en los autos que la mujer fue víctima de un engaño, ya que éste es el elemento constitutivo fundamental de la seducción, que de no haber mediado no se habría rendido a las exigencias carnales del seductor y siempre que exista un principio de prueba por escrito que emane del presunto padre que haga verosímil la seducción.

Además se debe probar la honestidad de la mujer antes de realizada la seducción y que el nacimiento del hijo cuya paternidad se indaga se realizó dentro de los ciento ochenta días siguientes a la fecha en que se consumó el acceso carnal como culminación de la seducción y antes de que expiren los

trescientos días siguientes a aquella fecha, de conformidad con la presunción legal establecida en el artículo 92 del Código Civil.

La superior posición económica y social de un hombre frente a una mujer, son circunstancias que pueden influir en el ánimo de ésta para acceder a los requerimientos sexuales de aquél, pero tales hechos no son los que la ley califica de dolosos para configurar la seducción, pues ellos solos no pueden crear engaño en la mujer en cuanto a las verdaderas pretensiones del varón, por inexperta que se le suponga en lides amorosas. (Casación Civil. Febrero 12/59. Nos. 2207-2208-2209) 42, 2ª y 43, 1ª

— III —

— 212 —

HEREDERO (Aceptación de la herencia)

Si bien el hecho de comparecer en juicio asumiendo la calidad de heredero, puede llegar a constituir la aceptación expresa de que habla el artículo 1.299, esto solo no basta, pues el título correspondiente a tal calidad es un hecho que debe aparecer probado en el proceso por uno de los medios probatorios indicados en la ley.

La aceptación expresa o tácita de una herencia debe constar en forma clara e inequívoca en hechos o manifestaciones que revelen en forma evidente y cierta la voluntad del asignatario de aceptarla. No sobra advertir que los principios que en nuestro derecho civil gobiernan la aceptación de la herencia, se hallan informados en el concepto de que nadie puede ser heredero contra su voluntad.

Más aún, como dicen Colin y Capitant: "No basta que se haya tomado el nombre de heredero para deducir por ese hecho que aceptó la herencia, si se demuestra que al tomar ese nombre quiso decir simplemente

que estaba llamado a la sucesión del difunto, pero no su manifestación de aceptarla". (Derecho Civil, página 152, tomo 7º).

Conviene advertir además, que el artículo 1.299 del Código Civil al decir: "Se entiende que alguien toma el título de heredero cuando obligándose como tal, lo hace en un acto de tramitación judicial", no se refiere desde luego a cualquier clase de actos, sino a uno de aquellos que por su naturaleza pueda revelar ciertamente la intención o la voluntad de aceptar la herencia.

Es obligación del actor probar durante la secuela del juicio la vocación hereditaria, pues es uno de los extremos sin el cual no puede configurarse la calidad de heredero. (Casación Civil. Abril 13/59. No. 2210) . . . 308, 2ª y 309, 1ª y 2ª

— 213 —

HEREDERO (Prueba de su calidad)

La calidad de heredero, es sabido, depende de dos situaciones diversas: la vocación hereditaria y la aceptación, pudiendo ser esta última expresa o tácita, conforme lo prescribe el artículo 1.298 del Código Civil.

En lo que atañe a la primera situación, la prueba es específica, lo que excluye la libertad probatoria. Porque si bien es cierto que nuestro derecho procesal se informa en el criterio de la amplitud probatoria, también lo es, que allí mismo se señalan específicamente determinados medios de prueba para la comprobación judicial de ciertos hechos o situaciones jurídicas. A este propósito dice Ricci en su Tratado de las Pruebas:

"Los medios de prueba para provocar y producir en el ánimo del Juez el convencimiento de un hecho dado, son los determinados por la ley y no otros, de tal suerte que la ley sería violada si el Juez fundara su convencimiento a aquéllos, que lá misma no reconoce como tales (Páginas 13 y 14,

tomos I). Y agrega además, el nombrado expositor:

“Una doble razón, el interés público de una parte, el interés privado por otra, ha inducido al legislador a determinar los medios de prueba y no dejar éste al arbitrio judicial o de las partes. Aunque al Juez le conste el hecho de la contienda, y esté convencido por otros medios de la existencia del mismo, no puede suplir ésta su convicción al defecto de los medios legales probatorios”.

Dentro de las normas consignadas en nuestro derecho probatorio, el carácter de heredero puede comprobarse o con el reconocimiento judicial, o en su defecto, con las correspondientes actas o partidas del estado civil. (Casación Civil. Abril 13/59. Nº 2210)

308, 1ª y 2ª

— 214 —

HEREDERO (Reconocimiento de su calidad)

El actual llamamiento de la ley para aceptar o repudiar la herencia, en que la delación consiste (1013), se produce en el momento mismo de la muerte del causante, salvo asignación condicional, y se materializa en el trámite especial del juicio sucesorio por medio del emplazamiento a todos los que tuvieren interés de hacerse parte en el proceso.

No es discutible entonces que quien se crea llamado a la herencia puede tomar la iniciativa y promover el dicho trámite especial de la ley con aquel ineludible edicto emplazatorio a los que a su turno se crean con igual o mejor derecho de intervenir, especialmente en las diligencias de inventarios y avalúos como base insustituible para liquidar la sucesión. Hay, en efecto, intereses de orden superior, inclusive de índole fiscal, que imponen la necesidad de que en breve término actúe quien haya de suceder al causante y administre sus bienes, puesto que en su defecto es el caso de proveer de curador a la herencia yacente.

Si por mérito y consecuencia de aquella iniciativa se ha cumplido el rigor procedimental que la materia sucesoria comporta, obtendrá el favorecido la investidura de heredero y habrá titularidad para conseguir que dentro del caudal hereditario figuren los bienes que al causante pertenecieran por cualquiera causa jurídica y, en concreto, como marido o mujer de sociedad conyugal disuelta e ilíquida.

Pero no es bastante que determinado parentesco se admita, para que de plano surja necesariamente la calidad de heredero, con prescindencia de la ritualidad exigida para adquirir el derecho de administrar los bienes hereditarios (1.279 C. C.). El pretendiente no es autónomo para adoptar la vía ordinaria cuando la ley dispone que se observen los trámites especiales del juicio de sucesión por causa de muerte (734 C. J.).

Por manera que si la acción instaurada no obedece al ordenamiento y por ello no emplaza a otros posibles interesados, y se encamina directamente contra quien ocupó en su tiempo el lugar jurídico del cónyuge sobreviviente, el debate judicial viene a ser inadecuado, por cuanto carece de aptitud para ventilar el título de heredero con omisión de aquel emplazamiento dentro del juicio de sucesión como vía especial prevista y exigida por la ley.

No es suficiente, en efecto, que de un modo general exista parentesco con el cónyuge premuerto para acreditar en concreto la investidura de heredero que hubo de obtenerse previamente y ser demostrada, sin perjuicio de tercero, de acuerdo con el respectivo juicio sucesorio. Y sin esa titularidad el actor no está legitimado en la causa para pedir que ingrese a la herencia de la mujer premuerta el interés que le asista en su condición de partícipe de la sociedad conyugal ilíquida sobre determinada lista de bienes. (Casación

Civil. Junio 3/59. Nos. 2211-2212)606,
1ª y 2ª

— I —

— 216 —

— 215 —

HOMICIDIO (Cometido en servicio militar)

El diccionario de la Real Academia expresa, con respecto al significado de la palabra OCASION, que ella equivale a “oportunidad o comodidad de tiempo o lugar, que se ofrece para ejecutar o coseguir una cosa”. No es, por tanto, la ocasión la causa eficiente, sino, apenas, la favorabilidad para que pueda operar esa causa determinante o eficiente de un suceso.

Los preceptos del lenguaje deben tomarse en cuenta para interpretar las disposiciones legales, vale decir, que las palabras de la ley, han de entenderse en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas.

De consiguiente, siendo las circunstancias dentro de las cuales tuvieron lugar los acontecimientos, —(muerte de un soldado que, estando de centinela en el mismo lugar de alojamiento de la tropa, se trabó en forcejeos y chanzas amistosas con un compañero de armas, en servicio activo, que a la postre dieron ocasión al disparo fatal hecho imprudentemente por el último)—, todas relacionadas con el servicio militar que prestaban víctima y victimario y que fueron una “oportunidad o comodidad de tiempo o lugar” para que lo acaecido sucediera, permiten calificar el delito como ocurrido con ocasión de ese servicio militar que prestaba el procesado, correspondiéndole, por tanto, la competencia a la justicia penal castrense. (Casación Penal. Febrero 12/59. Nos. 2207-2208-2209)173, 2ª

INCONGRUENCIA (No la hay cuando se pronuncia fallo inhibitorio)

Como condición fundamental para que exista incongruencia, contradicción o desarmonía entre lo que es objeto de la sentencia y la sentencia misma, es decir, entre las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes y el fallo, es necesario que se dicte o pronuncie sentencia de mérito que, por serlo, resuelva la sujeta materia del litigio. Cuando el Juez se inhibe de conocer, produce solamente una sentencia formal, cuyo objeto es afirmar que no concurren los medios procesales adecuados para resolver sobre el fondo litigioso. Función ineludible del Juez es realizar la tutela jurídica por medio de actos de jurisdicción a él impetrados. Y es un derecho de las partes obtener la sentencia que defina en el fondo la situación controvertida y se cumpla la finalidad del proceso. Recíprocamente, es obligación de las partes propiciar todos los elementos adecuados para que el fallador pueda pronunciarse sobre el mérito de la controversia. Entonces, viene la sentencia de fondo. Cuando esto no sucede, no queda el Juez relevado de pronunciar sentencia; pero, su fallo es simplemente formal y expresa solamente qué elementos adecuados faltaron para producir sentencia de mérito. Procede en tal caso la “inhibición”, fórmula o medio aceptado por la jurisprudencia de la Corte para resolver un negocio por vía de una sentencia formal. Y cuando eso ocurre, precisamente —falta de sentencia de mérito—, no es posible alegar incongruencia, que supone haberse resuelto sobre puntos ajenos a la controversia; o no haberse resuelto sobre algunos de los que han sido objetos del litigio; sí, porque se condenó a más de lo pedido; o, por fin, porque no se falló

sobre alguna de las excepciones oportunamente alegadas como medio defensivo. (Casación Civil. Abril 22/59. Nº 2210)340,
1ª y 2ª

— 217 —

INCONSTITUCIONALIDAD (Demanda de)

La demanda para que se declare inexecutable por inconstitucional una ley o decreto, debe contener, entre sus requisitos esenciales, la exposición de las razones por las cuales se estiman infringidos los textos de la Carta que se dicen violados, lo cual es obvio, pues, de no ser así se pondría a la Corte en el inexplicable trance de tener que adivinar los ocultos motivos en que fundamenta su acción el demandante. (Sala Plena. Mayo 20/59. Nos. 2211-2212)499, 2ª

— 218 —

INDAGATORIA (Presunción de veracidad)

La presunción de veracidad que ampara en principio toda indagatoria (artículo 255 del C. de P. P.) desaparece cuando resulta ostensible la falta de espontaneidad del confesante, o cuando, al proceso, se alleguen pruebas valederas que infirmen, en todo o en parte, la confesión. (Casación Penal. Febrero 3/59. Nos. 2207-2208-2209)167, 2ª

— 219 —

INDEMNIZACION (Por ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo)

El primer inciso del artículo 64 propone la resolución del contrato con indemnización de perjuicios por incumplimiento de lo pactado y a cargo de la parte incumplida. En otras palabras: el género incumplimiento de lo pactado, se sanciona con la resolución del contrato y con el pago de perjuicios a cargo de quien incumple. Seguidamente el ordinal

2º del mismo propone la especie incumplimiento de lo pactado por "ruptura unilateral e ilegal del contrato", y específicamente ordena que la indemnización en este caso "consiste en el monto de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo".

De lo anterior se deduce que no todo incumplimiento de lo pactado a que se refiere el ordinal 1º del artículo 64 debe sancionarse con la indemnización a que se refiere el ordinal 2º de la misma norma. Sólo procede esta sanción cuando el incumplimiento consiste en ruptura unilateral e ilegal del contrato. (Casación Laboral. Enero 15/59. Nos. 2207-2208-2209)207, 2ª

— 220 —

INDEMNIZACION MORATORIA (Apreciación de la buena o mala fé patronal)

Al Tribunal e igualmente al a-quo, corresponde definir si el patrono ha actuado con buena o mala fé en su postura de abstención de pago oportuno de los derechos laborales que se sanciona con los salarios caídos, mediante el análisis de los factores que sirven de soporte a su actividad negativa. (Casación Laboral. Junio 8/59. Nos. 2211-2212)
840, 2ª

— 221 —

INDEMNIZACION MORATORIA (Buena fé patronal)

La jurisprudencia laboral ha sostenido como línea de conducta invariable el principio de que la duda razonable, justificada, sería, acerca de la existencia del contrato de trabajo o del monto de las prestaciones, es causal eximente de la sanción consagrada por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. La tesis jurisprudencial anterior es un desarrollo del carácter exonerativo de la

pena que se le ha atribuído a la buena fé patronal, por cuanto ésta, cuando está demostrada, se considera que ampara esos estados de duda razonables.

Se ha sostenido igualmente en la jurisdicción laboral que no sólo la duda atendible y razonable exonera de la sanción moratoria, sino que también produce iguales resultados el convencimiento de buena fé asumido por el patrono respecto de su carencia de obligación para con el trabajador. (Casación Laboral. Abril 9/59. N° 2210).....423, 2ª

— 222 —

INDEMNIZACION MORATORIA (Buena o mala fe patronal)

Del artículo 65 del C. S. del T. se desprenden las siguientes conclusiones:

a) De antiguo tiene establecido la jurisdicción laboral que la pena ordenada por el precepto antedicho, y que es imponible al patrono renuente al pago de salarios y prestaciones debidos al trabajador al momento de terminarse el contrato de trabajo, debe ser efecto de la mala fé o temeridad del primero en su abstención de solucionar dichos salarios y prestaciones, en tal momento, al segundo.

b) Como corolario lógico de lo anterior, la jurisprudencia del trabajo ha sostenido que la conducta de buena fé asumida por el patrono lo exonera, en igual evento, de la indicada sanción.

c) Todas las hipótesis del artículo 65 (abstención de pago, desacuerdo, consignación o ausencia de ésta) han quedado subordinadas, respecto de la aplicabilidad o no por la sanción por mora, a los elementos preindicados o de la mala fé o de la buena fé que, en su orden, para que la pena se aplique o deje de aplicarse, acompañen la postura del patrono en la eventualidad del no pago oportuno de salarios y prestaciones al trabajador.

d) Ha dicho la Corte —Sala Laboral— que las apreciaciones de la mala o de la buena fé del patrono como causantes de la aplicación o inaplicación de la pena indemnizatoria constituyen una deducción del juzgador que se asimila a presunción simple o judicial, y se estructura de acuerdo con la regla de la libre formación del convencimiento (artículo 61 del C. de P. L.). El antiguo Tribunal Supremo había sostenido: “Al trabajador corresponde demostrar solamente que al terminar el contrato no le fueron pagados sus derechos, porque es esta la base objetiva que el artículo 65 señala para que la sanción sea procedente. Será en la defensa que asuma el patrono y en los hechos probados en que la apoye, de donde habrá de decidirse en cada caso por el Juez si aquella falta de pago es imputable o no a mala fé suya y si, de consiguiente, debe o no responder por el valor de los salarios constitutivos de la indemnización moratoria” (Sentencia de junio 1º de 1955, D. del T. Vol. XXII números 127 a 129, página 62).

Los apartes anteriores son otros tantos hitos de la jurisprudencia en torno al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y en lo que concierne a los tres primeros literales (a, b y c), su origen se remonta a la interpretación del artículo 52 del Decreto 2.127 de 1945 —norma precursora del actual artículo 65 del Código— y fue objeto de meditado estudio por la Comisión redactora del estatuto laboral vigente, según se aprecia en la historia fidedigna de su establecimiento (acta del 5 de mayo de 1950).

Por consiguiente, siendo como son la buena o mala fé del patrono, elemento exculpativo y elemento determinante de la sanción, en su orden, los supuestos pre-establecidos por el mencionado mandato quedan obviamente condicionados, para la liberación o la imposición de la pena, a la ponderación de aquellos elementos. Como resultado de lo anterior, no es adecuado, en la mayoría de

las ocasiones, alegar el nudo hecho de la consignación, para pretender impugnar por violación directa de la ley un proveimiento de segundo grado en que el sentenciador, no obstante haber existido la consignación, decidió condenar al patrono con todo y ser consignante a pagar la indemnización por "salarios caídos". La jurisprudencia ha dilucidado las dos principales situaciones que en lo pertinente a este punto pueden surgir. Algunas veces la propia falta de consignación no es generadora de la pena moratoria, cuando el patrono nada paga ni consigna, puesto que de buena fé nada cree debér. En otras, aún existiendo la consignación resulta aplicable la pena, cuando el patrono apenas consigna una parte (afirmando de mala fé que es lo que confiesa creer deber), en tanto que necesariamente tiene que ser mayor la cantidad objeto de su creencia de deber.

En el evento de desacuerdo con el trabajador, la ley le otorgó al patrono un instrumento liberador de la sanción moratoria (la consignación). Al mismo tiempo autorizó una forma subjetiva, de fuero interno, en la utilización por el patrono de aquel instrumento ("consignando... la suma que confiese deber"). Pero cuando en relación con este último aspecto subjetivo de la confesión de deber al patrono se le descubran trazas de abuso del derecho o de fraude a la ley (v. gr. consignando 1/3 cuando su creencia de deber son veinte, o consignando por el concepto A, mientras indudablemente debe y dolosamente niega deber por los conceptos B, C, D, etc.), la jurisprudencia ha considerado irrita la consignación abusiva y fraudulenta, presumido temerario e injusto al consignante y aplicado a éste, por tanto, el castigo indemnizatorio. (Casación Laboral. Enero 15/59. Nos. 2207-2208-2209) 198, 1ª y 2ª y 199, 1ª

— 223 —

INDEMNIZACION MORATORIA (Buena o mala fé patronal)

La buena o mala fé patronales siempre juega un papel de primer orden en la configuración de los salarios indemnizatorios previstos en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Pueden existir ciertas circunstancias especiales como, por ejemplo, la duda razonable sobre la existencia de la obligación y otras semejantes que representan modalidades configurativas de la buena fé patronal que, por lo mismo, excluyen la imposición de la indemnización moratoria. Se aprecia, pues, que la adecuada y razonable interpretación jurisprudencial ha atemperado el rigor literal del precepto comentado. (Casación Laboral. Junio 8/59. Nos. 2211-2212).....

839, 2ª

— 224 —

INDEMNIZACION MORATORIA (Culpa o negligencia patronal)

La graduación de la pena del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y a más de esto su rigor, han propiciado que sea la temeridad o dolo (mala fé) el elemento causante de la sanción, mas no otras causas tales como la imprevisión de lo imprevisible (culpa), desorganización de la empresa patronal (negligencia o descuido) etc., puesto que tal ampliación, por vía meramente jurisprudencial sin la indispensable prefijación legal, procuraría en la práctica el casuismo y alimentaría el semillero de la arbitrariedad. El juzgador deducirá libremente en cada caso la mala fé o la buena fé. Pero los sutiles distinguos de negligencia o culpa no pueden tener cabida en una materia que, por su rigor, por su precisión conceptual, es poco propicia a construcciones teórico-jurídicas más

allá de los elementos fundamentales y evidentes que en derecho universal se tienen como causantes del castigo o liberadores de él, y que ya fueron establecidos por la jurisprudencia. No es pues, concorde a ésta, la tesis de que la mera negligencia patronal se erija también en causal de sanción moratoria, haciendo aún más imprecisa una cuestión que por su importancia exige notable claridad, la que ya le fue dada en lo posible —con extraordinaria amplitud de juicio para el aplicador de la ley— por la jurisprudencia que estableció los dos elementos preindicados como hitos causales de la aplicación o inaplicación de la pena pecuniaria. (Casación Laboral. Enero 15/59. Nos. 2207-2208-2209) 203, 1ª

— 225 —

INDEMNIZACION MORATORIA (De ella no se exhonera al patrono que alega compensación)

No es admisible el parecer de que “el solo hecho de alegar una compensación supone la existencia de una verdadera buena fé por parte del patrono”. La alegación compensatoria como exculpativa de la falta de pago de prestaciones entronizaría, en casos innumerables, la arbitrariedad patronal. (Casación Laboral. Abril 10/59. Nº 2210) 435, 1ª y 2ª

— 226 —

INDEMNIZACION MORATORIA (De la administración para con sus trabajadores)

Véase el aparte Condición Resolutoria en el número 135 de este Índice.

— 227 —

INDEMNIZACION MORATORIA (En el no pago oportuno de vacaciones no disfrutadas)

No constituyendo salario la compensación monetaria de vacaciones causadas y no disfrutadas,

no puede condenarse a pagar salarios caídos cuando no se ha cubierto oportunamente, porque el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo es una norma de interpretación restrictiva, por lo cual su aplicación no puede extenderse hasta el caso de la mora en el pago de sumas que no constituyen salarios ni prestaciones sociales. La disposición hace referencia a salarios y prestaciones con un criterio exclusivo, y de su mandato restrictivo no puede salirse el juzgador al cumplir la tarea de su aplicación. (Casación Laboral. Junio 11/59. Nos. 2211-2212) 877, 2ª

— 228 —

INDEMNIZACION MORATORIA (No opera de plano)

El entendimiento del artículo 65 conlleva a la luz de la jurisprudencia, la apreciación de los elementos subjetivos de mala fé o de buena fé para la aplicación de la norma. La sanción por ella consagrada no opera de plano sobre los casos de supuestas prestaciones sociales no satisfechas por el patrono, ya que tal indiscriminada imposición de la pena pecuniaria entrañaría, en muchos casos una tremenda aberración contraria a las normas del derecho que proponen el castigo como correctivo de la temeridad, como recíproco del ánimo doloso. (Casación Laboral. Abril 9/59. Nº 2210) 424, 1ª

— 229 —

INDICIOS (Su apreciación)

Es natural que cada hecho índice carezca por sí solo de fuerza capaz de integrar el convencimiento, a menos que el Juez esté en presencia de indicios necesarios, pues que en esta hipótesis extraordinaria el vínculo indiscutible de causalidad con el hecho investi-

gado hace inoficiosa cualquiera otra averiguación. Pero por lo común es la cadena de varios hechos índices, reunidos y apoyados unos en otros, el fundamento del criterio que permite llegar con firmeza a la convicción de que el hecho indicado hubo de realizarse. Por ello, todo indicio no necesario considerado en sí mismo exige tratamiento valorativo en relación con otros hechos que aisladamente nada probarían tampoco. Así, si se admitiera destruir cada hecho indicador por falta de relación necesaria con el hecho que se averigua, sería tanto como eliminar de la tarifa la prueba por indicios. Destruirla vendría a ser tarea tan fácil como que en su enunciado encuentra su propia demostración; desde luego que se parte del supuesto de que el indicio no es necesario, está admitido de antemano que por sí solo, aisladamente, nada prueba. (Casación Civil. Marzo, 20/59. Nos. 2207-2208-2209) 106, 1ª

— 230 —

INEXEQUIBILIDAD (De decretos dictados en uso de facultades extraordinarias)

De conformidad con el artículo 214 de la Carta, es a la Corte, en Sala Plena, a la que corresponde decidir, previa la respectiva demanda, sobre la inexecuibilidad de los Decretos que expida el Gobierno "en ejercicio de las atribuciones de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 76, y el artículo 121" de la misma Superley. (Casación Penal. Mayo 18/59. Nos. 2211-2212) 749, 2ª

— 231 —

INSTRUMENTOS NEGOCIABLES (Discrepancia en las cantidades expresadas en letras y números)

El artículo 20 de la Ley 46 de 1923 no admite diferencia entre cantidades grandes o

exiguas, para dar primacía a la expresión en letras sobre la expresión en números de un instrumento negociable (y el cheque lo es, según el artículo 186 de la misma ley), en caso de discrepancia entre ellas. Y donde la ley no distingue no le es dado al juzgador distinguir.

Refiriéndose a la disposición legal comentada dice el profesor Víctor Cock: "En el caso en que haya discrepancia entre la cantidad en letras y la expresión en números (ambiguïtas patens) debe pagarse la cantidad expresada en letras. Mas como puede ocurrir que las palabras sean ambiguas o inciertas, deben tenerse en cuenta las cifras para fijar el monto pagable, esto es, que las cifras en este último caso, servirán como gran auxiliar para fijar el monto del instrumento sin que ello por lo demás implique que la disposición que se estudia deba tomarse en el sentido de que es obligatorio en todo caso aceptar la cantidad indicada en cifras si las palabras sobre el monto del instrumento son ambiguas o inciertas". (Derecho Cambiario, pág. 82).

Y el profesor Emilio Robledo expresa: "Para facilitar la determinación de la suma pagadera ha sido costumbre el indicarla no sólo con letras en el cuerpo del instrumento sino con números en el margen del mismo. Esta expresión numérica marginal, en su origen tuvo el valor de simple referencia. Esto explica por qué cuando existe contradicción entre la expresión literal y la expresión numérica de la suma pagadera prevalece aquélla sobre ésta... Igualmente a veces se presentan ambigüedades u obscuridades en la redacción literal de la suma pagadera; pues bien, en estos casos la indicación numérica marginal sirve para determinar el sentido oscuro de la expresión que aparece en el cuerpo del instrumento" (Instrumentos Negociables, página 130). (Casación Civil. Abril 23/59. N° 2210) 351, 2ª y 352, 1ª

— 232 —

INTERVENCION EN POLITICA (Adhesiones a altos funcionarios)

Las adhesiones políticas que con carácter oficial y expresándoles los consabidos elogios, se hacen a los más altos funcionarios del Estado, no implican debate alguno electoral, sino simplemente adulación.

Este vicio lo han padecido, en mayor o menos escala y en casi todas las épocas todos los pueblos de la tierra, a pesar de lo cual jamás ha llegado a considerársele como reprimible en los códigos penales, tal vez porque lleva en sí mismo su condigno castigo. A la postre, no se sabe quién pierde más: si el lisonjero o el lisonjeado. (Casación Penal. Abril 6/59. N° 2210).....375, 1ª y 2ª

— 233 —

INTERVENCION EN POLITICA (De los agentes del ministerio público)

Los funcionarios del Ministerio Público, por la imparcialidad a que están obligados como representantes de la sociedad y guardianes de la ley penal (artículo 92 del C. de P. P.), deben abstenerse de cualesquiera manifestaciones que puedan ser interpretadas, siquiera errónea o maliciosamente, como intervención en las luchas de los partidos o grupos políticos.

Los innecesarios elogios a personas y entidades prodigados por un funcionario del Ministerio Público, durante una reunión de carácter cívico, si bien no alcanzan a configurar, ni con mucho, el delito previsto por el artículo 180 del Código Penal, pues para ello se requiere tomar parte en un debate, esto es, en una pugna, lucha, contienda o controversia de índole política, es, sin lugar a duda, una conducta poco discreta. (Casación Penal. Junio 20/59. Nos. 2211-2212) ..

799, 2ª

— 234 —

INTERVENCION EN POLITICA (Por funcionarios públicos)

“Para que se configure el delito previsto en el artículo 180 del Código Penal, fuera del caso de formar parte de un directorio político, se requiere la intervención en un debate de esta índole, vale decir, un acto que entrañe tomar parte activa en una controversia, contienda, lucha o combate entre dos o más personas sobre política, o pugna electoral, que es el debate político por excelencia” (G. J., Tomo LXXXIII, números 2199-2200, página 782). (Casación Penal. Abril 6/59. N° 2210).....374, 2ª

— 235 —

ISLAS

Véase el aparte *Accesión* en el número 8 de este Índice.

— J —

— 236 —

JUBILACION (Pensión especial)

Ha sido pensamiento ininterrumpido de la jurisdicción laboral, en la interpretación del artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo, el de que éste no reviste meramente el carácter de sanción al despido injustificado del trabajador, y mucho menos cuando la injusticia que en ello pueda cometerse se halla suficientemente sancionada en otras disposiciones del mismo Código. Más bien se ha considerado que el objetivo principal del artículo es el de impedir que el patrono lleve a cabo la intención de evitar que el trabajador adquiera el derecho a la pensión general establecida en el artículo 260. Para llegar a tal conclusión, el Tribunal y la

Corte han indagado en las actas de la comisión redactora del Código Sustantivo del Trabajo y han verificado la presunción razonable de que el despido sin justa causa después de los quince años no tiene otra finalidad que la de impedir que el trabajador cumpla el tiempo de servicios requerido para el goce de la pensión general de jubilación, con el consiguiente menoscabo de la ley social. Cabe citar especialmente la sentencia de 18 de marzo de 1954, que contiene afirmaciones del siguiente tenor:

“El artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo no tiene el carácter de sanción para el simple despido del trabajador, sino que sanciona la intención de impedir que el trabajador con más de quince años de servicio goce de la pensión de jubilación establecida por el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo. Por tal razón no puede pensarse en que opere la sanción para el despido, después de veinte años de servicio. La sanción al despido injusto está establecida en el artículo 64 del mismo Código (...). Cuando el artículo 267 habla de que se debe una pensión equivalente al 75 por ciento de la que le hubiera correspondido si llena todos los requisitos para gozar de la pensión general, parte de la base de que la jubilación general se ha hecho imposible por el despido injusto y de allí que establezca la sanción, la cual no cabe en el caso de que la jubilación general se haya hecho precisamente posible no obstante el despido, como es el caso del trabajador que ha laborado por más de veinte años”. Y termina la Corporación con el siguiente aserto que da a la disposición debatida un contenido excepcional: “...los trabajadores que han laborado por más de veinte años no tienen derecho a la pensión especial, pues la finalidad de la disposición no se cumple y no se puede aplicar una sanción cuando la falta que reprime es imposible. (Casación Laboral. Abril 4/59. Nº 2210).....401,

2ª y 402, 1ª

JUICIOS POSESORIOS (Inspección ocular)

El artículo 31 de la Ley 4ª de 1943, al suprimir los Jueces de Tierras y adscribirles sus funciones a los de Circuito, dijo expresamente que éstos “conocerán adoptando el criterio y la tramitación señalados por la Ley 200 de 1936”. Y de las disposiciones de ésta que aún permanecen en vigor se desprende una clara prohibición de dictar sentencia de primera instancia en los juicios posesorios sobre bienes raíces rurales, mientras el respectivo Juez de Circuito no haya practicado personalmente una inspección ocular en la finca materia de la litis. En efecto, el artículo 20 dispone que el funcionario que de ellos conozca en primer grado “no podrá fallar sin haber practicado previamente una inspección ocular que le permita adquirir un conocimiento directo de la situación de hecho que debe resolver...”, y el artículo 31, que en su tramitación “los Jueces de Tierras, cuando lo estimen oportuno, podrán comisionar a los Jueces de Circuito, a los Jueces Municipales o a los Alcaldes para la práctica de pruebas **DISTINTAS DE LA INSPECCION OCULAR, LA CUAL LLEVARAN A TERMINO PERSONALMENTE**”.

Colíjese de lo anterior que hasta tanto no se cumpla el indicado requisito en la forma allí prevista, el Juez tiene suspendida la jurisdicción para fallar, y que es nula, de consiguiente, por incompetencia de jurisdicción (artículo 448 del Código Judicial), la sentencia que se dicte contraviniendo aquellas disposiciones. (Casación Penal. Febrero 3/59. Nos. 2207-2208-2209).....169, 2ª y 170, 1ª

— L —

— 238 —

LANZAMIENTO (Contrato de arrendamiento)

Es un error afirmar que un documento sobre contrato de arrendamiento, no reconocido y expresamente rechazado por la parte interesada, sirve de base a un lanzamiento, por tener carácter de prueba sumaria frente al hecho de estar firmado por dos testigos y ser dicho juicio sumarísimo; aún suponiendo que el referido documento tuviera dicho valor probatorio, no sirve como plena prueba para los efectos del fallo definitivo (artículo 593 del Código Judicial), por no autorizarlo expresamente la ley. No habiendo sido reconocido regularmente por la parte interesada (artículos 673, 642 y concordantes del Código Judicial), y, por el contrario, redarguido de falso por aquélla, el reconocerle, a pesar de tales defectos, "fuerza de confesión judicial" (artículos 606, 637 *ibidem* y concordantes), equivale a imponer un grave error como fundamento de la sentencia, en perjuicio de dicha parte. (Causación Penal. Febrero 26/59. Nos. 2207-2208-2209)183, 1ª

— 239 —

LANZAMIENTO

Véase el aparte Abuso de Autoridad en el número 6 de este Índice.

— 240 —

LEGITIMACION (Aceptación por el legitimado.—Impugnación)

Cuando la legitimación no se produce *ipso jure*, el artículo 240 ordena que el instrumento público en que se hace deba notifi-

carse a la persona que se trate de legitimar, y que si ésta es de aquéllas que se hallan bajo guarda, la notificación se hará al guardador general, o en su defecto a un curador especial; pero que la persona que no necesite guardador, podrá aceptar o repudiar la legitimación libremente. Añade, que quien requiera guardador para la administración de sus bienes no podrá aceptar ni repudiar la legitimación, sino por el ministerio o con el consentimiento del tutor o curador general o de un curador especial, y previo decreto judicial, con conocimiento de causa.

La notificación, enseñan los autores, tiene por objeto provocar la declaración de voluntad del hijo que se trata de legitimar y cuyo estado civil se va a alterar. El consentimiento del hijo es, pues, factor trascendental en la legitimación ya que nuestro derecho, apartándose en esto del francés, ha seguido los principios romanos, según los cuales no se podía cambiar el estado civil de una persona contra su voluntad.

La aceptación de la legitimación puede ser expresa o tácita, ya que el artículo 243 del Código Civil dice: "La persona que acepte o repudie, deberá declararlo por instrumento público dentro de los noventa días subsiguientes a la notificación. Transcurrido este plazo, se entiende que acepta, a menos de probarse que estuvo imposibilitada de hacer la declaración en tiempo hábil".

La notificación entonces tiene también la importancia de fijar la fecha desde la cual se cuenta el plazo que la ley otorga a la persona que se trata de legitimar, a fin de que debida si la acepta o la repudia. Si tal persona tiene la libre administración de sus bienes, puede aceptar expresamente mediante el instrumento público que prevé la ley; o tácitamente dejando transcurrir el término de noventa días sin otorgarlo, por lo cual tal plazo se le viene a conceder propiamente para que otorgue el instrumento de repudia-

ción. Se presume que el legitimado acepta, si este instrumento no es otorgado en el mencionado plazo, y para destruir la presunción sería necesario que el notificado probara que estuvo imposibilitado para otorgarlo en tiempo hábil.

Pero si la persona a quien se trata de legitimar carece de la libre administración de sus bienes y, por tanto, la intervención del Juez es necesaria, la presunción de aceptación no tiene cabida, y la aceptación será siempre expresa y solemne, ya que deberá otorgarse el instrumento público de que habla la ley, por lo cual el Juez que concede el permiso deberá estar atento a que dicho instrumento se produzca.

Cuando la legitimación no actúa *ipso iure* la Corte estima que opera desde que el matrimonio de los padres se efectúa y en el acta o en escritura pública se señalan los hijos que la reciben. Esta tesis se basa en primer término en el artículo 239 del Código Civil que dice que para que la legitimación se produzca es necesario que los padres designen en la partida matrimonial o en escritura pública a los hijos a quienes confieren el beneficio, lo cual implica que basta el requisito mencionado y, desde luego, el matrimonio de los padres, para que la legitimación tenga efecto. Por otro lado, el artículo 249 *ibídem* expresa que sólo el supuesto legitimado y sus descendientes legítimos cuando éste ha muerto, tendrán derecho para impugnar la legitimación por haberse omitido la notificación o la aceptación, requisitos que, como ha dicho la Corte, se han establecido en interés del legitimado exclusivamente (XXXVIII, 443); de modo que si se aceptara la teoría de que ellos son indispensables para la existencia de la legitimación, se llegaría a la consecuencia de entender que, salvo para el legitimado o sus descendientes legítimos, existiría válidamente la legitimación, no obstante haberse omitido las formalidades exi-

gidas por la ley para su existencia o funcionamiento.

A este propósito Somarriva Undurraga expresa: "La legitimación existe desde que se otorga el instrumento público correspondiente. Lo dicho hasta ahora puede hacer creer que la legitimación sólo va a existir jurídicamente una vez que el hijo la haya aceptado. Pero no es así: la legitimación se produce y tiene existencia legal desde el momento en que se otorga el respectivo instrumento público. La notificación y aceptación no son propiamente requisitos de su validez; son formalidades establecidas por el legislador para salvaguardar los intereses del hijo, ya que bien puede acontecer que la legitimación la otorguen los padres con fines egoístas y de lucro personal. Si la aceptación fuera requisito necesario para la validez y eficacia de la legitimación, ésta pasaría a ser un acto bilateral; un verdadero contrato generador de obligaciones; y como tal, podría dejarse sin efecto por la voluntad acorde de los legitimantes y del legitimado. Todo lo cual pugna con la realidad jurídica, y con el carácter de acto unilateral que tiene la legitimación. Confirma lo dicho el artículo 218 (equivale al 249 de nuestro Código), según el cual sólo el legitimado puede impugnar la legitimación por falta de notificación o aceptación" (Derecho de Familia, pág. 384).

Y luego expresa: "Según el precepto transcrito, si el legitimado es un hijo vivo, nada más que él puede reclamar por la falta de notificación, o aceptación; y si el legitimado lo fue un hijo que ya había fallecido, esta reclamación únicamente pueden deducirla sus descendientes legítimos. De lo expuesto se deduce que mientras viva el hijo sólo él puede impugnar la legitimación por falta de aceptación. Y una vez que el hijo fallece sin deducir la impugnación, la legitimación queda definitivamente firme, es inexpugnable. Esto viene a demostrar... que la legitimación es un acto unilateral

que tiene existencia jurídica por el solo otorgamiento del instrumento público de legitimación que hacen los padres”.

Y la Corte Suprema de Chile expone: “Que la sustancia de estas disposiciones, y terminología demuestran... que en el último caso la notificación que debe hacerse del instrumento público de legitimación a la persona que se trata de legitimar y la aceptación de ésta no importan formalidades de la legitimación misma, sino trámites posteriores sin más significado que el que intrínsecamente tienen relativos a una legitimación ya otorgada;... Que esto último preceptuado por el artículo 212 antes transcrito, de que se entenderá que el legitimado acepta si no manifiesta su voluntad dentro de los noventa días siguientes a la notificación, confirma la tesis de que la aceptación del legitimado no es un requisito de la legitimación, porque no podría presumirse la existencia de un acto jurídico antes de concurrir los requisitos necesarios para ello. La ley habría debido entonces fijar como fecha de esa legitimación la del vencimiento del plazo de noventa días”. (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXXVI, pág. 393).

Por esta razón, comentando la mencionada norma del Código Chileno, Claro Solar dice: “Más que una causal de impugnación este artículo establece una limitación del derecho de impugnación de los terceros o de los ascendientes. El hijo está gozando del estado civil de legitimado; y la notificación de la legitimación no tiene plazo determinado. Al establecerse la acción (se refiere a la de impugnación en general), el hijo que la resiste manifiesta por este solo hecho que acepta la legitimación, y esta aceptación es un acto libre y espontáneo de su parte que la ley presume aún si no la repudia dentro del plazo que se le señala posterior a la notificación. En cuanto al legitimado o a sus descendientes, más bien que una impugnación es un rechazo que

ellos harán; no dirán que impugnan la legitimación, porque no se les notificó, ni la aceptaron; sino que, establecido este hecho de no haberse notificado, dirán lisa y llanamente: “no aceptamos”. (Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Tomo II, página 398).

La ley no establece forma concreta para que la notificación se perfeccione, de manera que, tratándose de un acto de conocimiento, deben seguirse las reglas generales sobre la materia, o sea que proceden todos los medios de notificación pertinentes. Preferentemente tendrá cabida la notificación personal y directa, mas no se ve inconveniente en que proceda también la notificación proveniente del propio notificado, análogamente a la que respecto a providencias judiciales entroniza el artículo 321 del Código Judicial que dice que si en memorial dirigido al Juez la persona a quien debe notificarse se da por conocedora de la respectiva providencia, la notificación se produce, ya que lo importante en estas materias es que el individuo a quien está destinado el acto tenga positivo conocimiento de él.

La notificación de la legitimación al incapaz debe hacerse por orden legal al guardador general o a un curador especial, por lo cual no se puede producir a través de los propios padres que legitiman, ya que se reunirían en ellos dos posiciones incompatibles, ni tampoco entenderse surtida a través del marido de la legitimada, por haberse dado éste por conocedor de la legitimación, porque no es el representante legal de su mujer.

Por último se recuerda que quien ha sido legitimado por matrimonio de los padres efectuado después de su nacimiento, puede impugnar la legitimación, probando que el legitimado no ha podido tener por padre al legitimante, cuando se trata de la legitimación hecha por el marido. Esta impugnación la pueden realizar quienes prueben un interés actual en ello, así como los ascendientes

legítimos del padre o madre legitimantes, todo dentro de los ordenamientos del artículo 248 del C. C. (Casación Civil. Junio 24/59 Nos. 2211-2212) 689, 2ª 690, 1ª y 2ª, y 691, 1ª y 2ª

— 241 —

LEGITIMACION (En el acto del matrimonio)

El artículo 236 del Código Civil dice que son también hijos legítimos los concebidos fuera del matrimonio y legitimados por el que posteriormente contraen sus padres, según las reglas y bajo las condiciones que se expresan en seguida.

Se reconoce en esta forma la denominada legitimación, que consiste en que los hijos concebidos fuera del matrimonio pueden obtenerla por razón del que contraen sus padres y pasar a la categoría de hijos legítimos. Por esta razón se produce la legitimación *ipso iure* respecto a los hijos concebidos antes y nacidos con posterioridad a él, con las salvedades previstas en el artículo 52 de la Ley 153 de 1887, así como la de los hijos naturales de ambos cónyuges, reconocidos con los requisitos legales.

Más también procede la legitimación, de acuerdo con el artículo 239 del Código Civil, para los hijos procreados por los dos contrayentes que designen éstos en el acta de matrimonio o en escritura pública, ya estén vivos o muertos. En tal caso, la causa principal de la legitimación sigue siendo el matrimonio de los padres; pero aunque los cónyuges hayan tenido hijos entre sí antes de casarse, el matrimonio por se no los legitima, sino que es menester que en la partida respectiva o en escritura pública manifiesten su voluntad de conferir "el beneficio" a los que expresamente designen.

Las disposiciones del Código sobre esta clase de legitimación se hallan relacionadas íntimamente con el reconocimiento de los

hijos ilegítimos, que es un acto libre y voluntario de los progenitores, por lo menos en cuanto al padre se refiere. Es decir, que el matrimonio no puede legitimar a los hijos ilegítimos sino cuando su filiación natural está establecida de antemano o se establezca al tiempo de su celebración, o con posterioridad a ésta cuando se opte por el otorgamiento del instrumento público, en vez de hacer el reconocimiento en la partida de matrimonio.

Desde luego, cuando la ley se refiere al acta matrimonial, comprende tanto la civil o notarial como la eclesiástica, en los casos en que la última hace prueba, por lo cual dice la Corte: "La doctrina sentada y mantenida por la Corte es la de que el acta de matrimonio canónico es hábil para que en ella hagan la legitimación los padres" (LIV, página 73). Con posterioridad a la Conferencia Episcopal de 1913, se dispuso por los cánones que la partida eclesiástica, que contenga legitimación, debe ir firmada por los que legitiman, pues antes de esta fecha no se exigía el requisito de las firmas. (Casación Civil. Junio 24/59. Nos. 2211-2212) .. 689, 1ª

— 242 —

LESION ENORME (En la permuta)

La rescisión del contrato de permuta por lesión enorme es el cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 1.958 del Código Civil, que manda aplicar a la permutación las disposiciones relativas a la compraventa en todo lo que no se opogan a la naturaleza de aquella. Y mal puede darse tal oposición cuando la rescisión por lesión enorme halla su razón de ser en el carácter de conmutativo que tiene el contrato de permuta y en la consecuen- cial equivalencia que han de tener las contraprestaciones a cargo de las partes. Ya la Corte, en fallos de 21 de septiembre de 1954, es-

pecialmente, y 13 de marzo del año pasado, ha aceptado que nuestra ley sustantiva consagra la rescisión de la permuta por lesión enorme con fundamento en el precitado artículo 1.958.

De conformidad con la segunda parte del mismo artículo, es indispensable tener de presente: 1º.—Que cada permutante es comprador de la cosa que recibe y vendedor de la que da; y 2º.—Que el justo precio de esta “a la fecha del contrato se mirará como el precio que paga por lo que recibe en cambio”. Así la misma ley establece para la permuta las dos premisas que en la compraventa permiten configurar la lesión enorme, y, por ende, su rescisión. Son estas: la cosa que compra cada permutante, y el precio que paga por ella, el cual, según el legislador, es el que a la fecha del contrato tenían el bien o bienes dados por el que se reputa comprador.

En esta forma determinado el precio de la cosa recibida por cada permutante y el de aquella o aquellas que dio en cambio, es fácil establecer, al tenor del artículo 1.947 del Código Civil si el permutante como comprador ha sufrido lesión enorme, porque el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella, o si como vendedor el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende. Este justo precio, en uno y otro caso se establece determinando el valor que tenían los bienes, objeto de la permuta, en la fecha de la celebración del contrato. (Casación Civil. Enero 28/59. Nos. 2207-2208-2209).....

14, 1ª y 2ª

— 243 —

LESION ENORME (En la permuta de muebles por inmuebles)

La circunstancia de figurar bienes muebles entre los que un permutante da al otro en precio del inmueble que adquiere, no envuelve violación del artículo 32 de la Ley 57

de 1887, que descarta la acción rescisoria por lesión enorme en las ventas de bienes muebles, porque, las cosas dadas por el que comparece como comprador, la ley las reputa precio sin tener en cuenta que sean muebles o inmuebles. (Casación Civil. Enero 28/59. Nos. 2207-2208-2209).....

— 244 —

LESION ENORME (No cabe en la permuta de muebles)

El único caso en que no podría darse en la permuta acción rescisoria por lesión enorme sería aquél en que las prestaciones de ambas partes consistieran en bienes muebles. (Casación Civil. Enero 28/59. Nos. 2207-2208-2209).....

— 245 —

LEY (Su interpretación)

No es exacto partir de la base de que el legislador humano es omnisapiente; pero, por un lado, es el legislador mismo quien tiene atribución constitucional para corregir los errores de las leyes y no cualquier hermeneuta espontáneo y sin investidura. Por otro lado, los inevitables vacíos de los códigos y demás reglas de derecho positivo, deben y pueden llenarse atendiendo a los principios generales de la ley natural y la equidad.

No puede haber leyes que se resistan a esta forma de interpretación, porque el derecho natural es base esencial inmutable e insustituible de todo orden verdaderamente jurídico.

El hecho de que haya principios fijos e inconcusos sobre los cuales han de apoyarse las reglas jurídicas positivas, no las petrifica ni las convierte en muertas representaciones de Buda, aunque, por otra parte, les preste, como es de rigor la estabilidad que

debe acompañar a todo ordenamiento eficaz de la razón.

No hay ciencia alguna sin principios establecidos. Cuando éstos faltan por completo la resultante no pasa de ser una pseudociencia. (Casación Penal. Enero 24/59. Nos. 2207-2208-2209) 149, 1^a

— 246 —

LEY LABORAL (Territorialidad en conflictos de derecho internacional privado)

Si no obstante el esfuerzo multiseccular de comentadores y jurisperitos, aún subsisten puntos casi indespejables en el campo del derecho común para resolver las situaciones que plantean el estado, la capacidad y las relaciones de las personas privadas en el campo internacional, con mayor razón surgen dificultades en el terreno del derecho laboral cuyas elaboraciones doctrinarias son incuestionablemente de muy reciente data.

Haciendo abstracción, por no venir al caso, de las múltiples corrientes de opinión doctrinaria en torno al tratamiento que deba dársele al fenómeno del conflicto de leyes, dos tendencias principales se han disputado la primacía en el derecho internacional privado para la solución jurídica de casos como el de autos: la que sustenta la territorialidad de la ley y la que aboga por la aplicación de los estatutos. Propugna aquélla por la validez exclusiva de las leyes del Estado sobre el ámbito territorial del mismo, sin atender a la condición de nacional o extranjero de la persona, y proclama la segunda que las leyes, descompuestas en estatutos de carácter personal y estatutos de carácter real (aquéllos relativos al régimen de las personas y estos al de las cosas) tienen alcances diversos en el evento de la colisión de

normas: los primeros tienen fuerza extra-territorial, se aplican aún a los nacionales que se encuentren en el extranjero; los segundos son estrictamente territoriales.

Sin entrar a calificar el valor científico de tales puntos de vista aunque advirtiendo que los estudiosos de esta ardua rama del derecho formulan críticas severas a una y otra posición, y avanzan en la búsqueda de nuevas soluciones, es menester reconocer que la legislación colombiana es de un marcado carácter territorialista. Anclada en tal postura (que no por parecer a muchos desueta puede determinar en el aplicador su desobediencia), la vigencia territorial casi absoluta de la ley está consagrada por el artículo 10 de la Carta, por el 18 del Código Civil, más concretamente por los artículos 59 de la Ley 149 de 1888 y 57 de la Ley 4^a de 1913. Estas dos últimas disposiciones que son reformatorias de la anterior, se concretan en un texto de idéntico tenor literal.

El principio territorial es igualmente consagrado por el artículo 2^o del C. S. del T.

Las críticas al anterior sistema se apoyan especialmente en que la ley colombiana, no obstante acoger el principio de la territorialidad en su artículo 18 del Código Civil, procede inmediatamente a contrariarlo en su artículo 19 *ibidem*, al imponer por este texto a los colombianos residentes en el exterior la ley nacional (estatuto personal). Porque si el sistema territorial tiene su fundamento jurídico en el imperio absoluto de la ley del Estado sobre todas las personas que se hallen dentro del territorio en el cual ejercita su soberanía ese principio acogido por una nación e invulnerable para ella debería ser respetado por tal nación en su integridad a sus semejantes. La cuestión, con todo, es supremamente ardua. En ella van envueltas materias relativas al estado

civil y a la capacidad de las personas que no es del caso dilucidar. Basta aquí destacar que la legislación colombiana propone el sistema de la territorialidad de la ley en combinación con el estatuto personal para sus nacionales en el extranjero.

El sistema de la territorialidad, con todo, tiene un límite en la legislación colombiana. El de los derechos concedidos por los tratados públicos, según se advierte en el texto de las leyes atrás referidas. A este respecto existen dos tratados públicos en los cuales ha intervenido Colombia: El celebrado por este país con el Ecuador y los de Montevideo de 1889 y de 1940. Aquél y éstos estipulan reglas relacionadas con el estado y capacidad de las personas, y, concretamente los segundos, con los contratos y sus efectos. Pero invocar estos tratados —como lo hace el recurrente— para conseguir una solución de una situación contractual del trabajo en la cual las partes intervinientes son de nacionalidad holandesa, con la circunstancia de que el servicio ha sido prestado por el trabajador en Colombia no resulta exactamente adecuado al caso sub-lite. Si existiera un tratado público colombo-holandés que regulara la materia controvertida, a tal instrumento debería someterse el caso, y, en tal virtud, el problema, si aún subsistiera, quedaría notablemente reducido. Pero es lo cierto que no son inviolables el tratado con el Ecuador ni tampoco los de Montevideo, de los cuales la nación holandesa no fue signataria. La intención del libelista no llega a tanto. Pretende únicamente aplicar, por analogía, al sub-judice las tendencias o doctrinas que acoge el instrumento de Montevideo, y que consisten en la teoría del domicilio, que es quizás, en opinión de los tratadistas, la corriente jurídica más aceptable a la luz de la evolución contemporánea del derecho internacional privado. No se escapa a esta Sala que entre las vías más racionales de solu-

ción para los conflictos de leyes existe, en efecto, la mencionada teoría del domicilio, expuesta inicialmente por Savigny y admitida en la actualidad por buena parte de las legislaciones americanas. La colombiana apenas si ha consagrado dicha solución en los instrumentos de Montevideo, pero en su legislación interna mantiene el principio de la territorialidad. De donde se colige que si el caso estudiado no cabe dentro de las estipulaciones de dicho tratado, el juzgador necesariamente ha de verse compelido a buscar la solución territorial porque así lo ordenan tanto el derecho común como el estatuto sustantivo laboral, según los textos preinsertos. (Casación Laboral. Abril 9/59. N^o 2210) . . .

418, 1^a y 2^a y 419, 1^a y 2^a

— 247 —

LEYES PROCESALES (Su aplicación inmediata)

Véase el aparte Aduanas en el número 14 de este Índice.

— 248 —

LINDEROS (Transacción entre colindantes)

El acuerdo o transacción sobre linderos que celebren los dueños de predios colindantes, no encarna transferencia de la propiedad. Ella no es por sí misma transmisiva, sino reconocitiva de derechos, de manera que deja a cada parte en ejercicio de sus derechos sobre los respectivos inmuebles. Al reconocerse mutuamente los colindantes la ubicación del correspondiente lindero, por este solo hecho no se están haciendo cesiones de terreno, sino que cada cual deja al otro con los derechos respectivos en cuanto la nueva de-

limitación abarca sus pretensiones. Vale decir, que la transacción únicamente se dirige a declarar hasta dónde las propias partes interpretan que llegan sus derechos en los bienes limítrofes. (Casación Civil. (Marzo 17/59. Nos. 2207-2208-2209) . . .91, 2ª y 92, 1ª

— 249 —

LUCRO CESANTE (Cuándo se exonera de pagarlo el patrono)

Según jurisprudencia del Tribunal Supremo del Trabajo, a pesar de que en autos se halle probado que hubo ruptura unilateral e ilegal o injusta de un contrato de trabajo, el patrono queda exento de la sanción de que habla el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, si llega a probar que el trabajador no ha sufrido perjuicio alguno con la terminación de dicho contrato por haber entrado a trabajar a otra empresa inmediatamente después de la terminación y con un salario igual o mayor al devengado anteriormente. (Casación Laboral. Junio 11/59. Nos. 2211-2212) 873, 1ª

— M —

— 250 —

MANDATO (Cuando el mandatario adquiere en nombre propio)

“La acción para hacer efectivo el derecho del mandante en el caso de que el mandatario haya estipulado y adquirido en su propio nombre y se niegue a transferir el derecho adquirido, la concede el artículo 2.177 del Código Civil al autorizar el mandato oculto; nace de la representación misma del contrato y es una acción personal contra el apoderado para que se declare, a través de un adecuado establecimiento probatorio del mandato, que los efectos del contrato le corresponden a él y a él lo benefician exclusivamente. El man-

datario que contrata en nombre propio y así obtiene la tradición con la inscripción de su título, adquiere para sí, pero sólo mientras no se establezca plenamente que obró en el ejercicio de su mandato”. (G. J. N° 2.051, página 616). (Casación Civil. Mayo 14/59. Nos. 2211-2212) 545, 2ª

— 251 —

MANDATO (Para compraventa de inmuebles)

Véase el aparte Compraventa en el número 129 de este Índice.

— 252 —

MANDATO (Su extinción por entrar a desempeñar el mandatario cargo de elección popular)

El motivo que alega el recurrente como determinante de la suspensión del término para la presentación de la demanda de casación es el previsto en el numeral 4º del artículo 370 del Código Judicial, esto es, la expiración del poder por la circunstancia de haber sido elegido Senador de la República el apoderado principal del actor, y de encontrarse ejerciendo su cargo en la época en que corría dicho término, lo cual, en opinión del recurrente, lo coloca dentro de la prohibición del artículo 2º del Decreto número 3.485 de 1950.

Ahora bien, en ninguna de las disposiciones legales antes mencionadas se contempla la expiración del mandato judicial por el hecho de que el apoderado se encuentre en ejercicio del cargo de Senador. Lo que prevenía el Decreto 3.485 de 1950 era la prohibición para Senadores, Representantes y Diputados principales de servir de apoderados o gestores ante los funcionarios y entidades de la Rama Jurisdiccional, entre otras; pero en ningún caso la extinción del mandato por

ministerio de la ley. El Decreto en referencia lo que establece como sanción cuando se viola la anotada prohibición es la vacante del cargo, conforme lo preceptúa el artículo 3º ibidem. (Casación Laboral. Mayo 23/59. Nos 2211-2212)822, 1ª y 2ª

— 253 —

MANDATO (Su resolución en el proceso penal)

Resulta insólita la pretensión del querrelante que, para tratar de obtener una especie de resolución del contrato de servicios profesionales, ocurre a la vía de un proceso penal; o que trata de evadir por el mismo procedimiento, la posible condena a indemnizar al abogado por la ruptura unilateral del contrato de mandato. Su alcance no puede ni debe obtenerse —en defecto de un arreglo amistoso bilateral— sino dentro de un debate de otra naturaleza. Toca a otras autoridades de la rama jurisdiccional, y no a la justicia penal, definirlo dentro de una controversia presidida por el principio de la lealtad entre las partes y vigilada por los jueces competentes. (Casación Penal. Mayo 12/59. Nos. 2211-2212)722, 1ª y 2ª

— 254 —

MEDICOS (Prueba de la prestación de sus servicios)

La doctrina ha aceptado, de acuerdo con el artículo 92 de la Ley 153 de 1887, inciso 3º, que los servicios médicos pueden acreditarse, incluso con prueba testimonial. Al efecto, el profesor Antonio Rocha expresa: “Las prestaciones debidas a los médicos suelen no consignarse por escrito. El médico no exige previamente, salvo casos excepcionales, que se han discutido por la justicia, el arreglo del precio de sus servicios como condición indispensable para prestarlos. Esa

es una hipótesis muy frecuente en las enfermedades del hogar: se llama al médico por teléfono sin saber qué tan prolongada asistencia médica requiere el enfermo y la enfermedad de que se trata. No existe la costumbre, ni es natural que la haya, de exigirle a un facultativo el arreglo previo del valor de los honorarios, de manera que una prestación médica de esta clase puede valer muchísimo más de quinientos pesos, y por testigos o cualquiera clase de pruebas se puede demostrar cuál fue el monto debido al médico a consecuencia de los servicios que él ha prestado”. (De la Prueba en Derecho, tercera edición, página 113). (Casación Civil. Abril 6/59. N° 2210)296, 2ª y 297, 1ª

— 255 —

MEDICOS (Quién contrata sus servicios.— Caso en que contrata un tercero, distinto del paciente, a nombre propio)

Ocurren respecto a la prestación de servicios médicos situaciones que es necesario distinguir.

Es claro que si una persona requiere al facultativo para que la asista, habrá contratado con él la prestación correspondiente; es igualmente cierto que si el enfermo comisiona a alguien para llamar al galeno, queda ligado con éste para los fines respectivos; por último no admite duda que si persona distinta al enfermo y sin autorización del mismo solicita al médico para que lo asista, y el enfermo acepta en forma expresa o tácita dichos servicios queda igualmente vinculado con quien los presta, por razón de una agencia oficiosa ratificada y no propiamente por lo previsto en el artículo 1.506 del Código Civil, como pudiera sugerirse, ya que la estipulación por otro implicaría en tal caso que un tercero contratara con el paciente los servicios de un

médico y que éste implícita o explícitamente cumpliera lo convenido, ya que en realidad el médico sería el obligado en relación con tales servicios.

Pero 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 costeadada. 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 de que sólo el paciente debe pagarlos, 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 constituido 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 1.524 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.

Anota Enneccerus que ya en el derecho romano era posible que una persona se hiciera prometer una prestación para un tercero, teniendo esta promesa por efecto adquirir, quien la recibía, un derecho de crédito dirigido a que se cumpliera al tercero la respectiva prestación. "Naturalmente —agrega el citado autor— sólo se requiere un interés digno de protección, pero según la opinión exacta lo mismo aquí que en otras relaciones de obligación, no es menester que sea precisamente un interés pecuniario".

En este evento, en el perfeccionamiento de un contrato a favor de un tercero no hay representación, pues el contrato se concluye

en nombre propio y los efectos, cuando no se sitúan en la persona del tercero, afectan exclusivamente a los contratantes. (Casación Civil. Abril 6/59. N° 2210) . . . 293, 2ª y 294, 1ª y 2ª

— 256 —

MEDIOS NUEVOS (De orden público)

El artículo 2º de la Ley 50 de 1936 reza que: "La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el Juez, aun sin petición de parte cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato". Es decir, que como se halla establecida en interés público, la disposición aludida constituye una excepción al principio de que los Tribunales, en materia civil, no pueden proceder sino a solicitud de parte, ya que fuera de los casos en que están autorizados para actuar de oficio, al proveer sobre puntos no solicitados fallarían *ultra petita*, o sea que las sentencias se extenderían a cuestiones no debatidas.

Lo que algunos llaman medio nuevo de orden público, lejos de ser inadecuado, debe analizarse por la Corte.

Respecto a las cuestiones nuevas que tocan con el orden público y su admisibilidad, dice Faye: "El medio derivado de la violación de una regla de orden público no puede jamás ser considerado como nuevo; él está siempre en la causa desde que debe ejercer influencia sobre la decisión en un sentido o en otro, sea en el fondo, sea desde el punto de vista de la admisibilidad de la acción, y el Juez, desde que ha podido conocerlo, incurrir en falta si no lo reconoce de oficio". (El Recurso de Casación, página 145). (Casación Civil. Mayo 29/59. Nos. 2211-2212) . . .

589, 2ª y 590, 1ª

— 257 —

MINAS (Prueba de que son propiedad privada)

Respecto a la propiedad de las minas la doctrina de la Corte ha reconocido que opera una presunción en favor del Estado, según el siguiente aparte:

"El dominio de la Nación sobre las minas es la situación inicial y natural que, por ende, debe presumirse. Esto significa, entre otras cosas, que debe acreditarse con los precisos elementos probatorios correspondientes (subraya la Sala) que una mina dada ha salido de ese dominio e ingresado en el privado y que en éste se conserva, cuando quiera que se formula oposición a la posesión pretendida por alguien como denunciante de ella"; o bien, agrega ahora la Sala, como presunto contratante. (Casación de 1º de octubre de 1940, G. J., número 1961, página 121).

Como el subsuelo no accede, en la legislación colombiana a la propiedad del suelo (artículo 202 de la Constitución Nacional, artículo 4º del C. F. vigente), quien alega la propiedad privada de una mina, es natural que debe acreditar su derecho "con los precisos elementos probatorios correspondientes", los cuales, en tratándose de los hidrocarburos, están determinados en el antes citado artículo 7º de la Ley 160 de 1936.

La presunción a que se refiere la doctrina de la Corte no ha sido desvirtuada ni modificada, en lo concerniente a las minas, incluyendo entre ellas los yacimientos de petróleo, por la Ley 200 de 1936, pues en el artículo 5º se dijo expresamente: "Las disposiciones de la presente ley se refieren exclusivamente a la propiedad territorial superficial, y no tienen aplicación ninguna respecto del subsuelo". (Negocios Generales. Junio 18/59. Nos. 2211-2212) 944, 1ª

y 2ª

— 258 —

MUERTE (Extinción de la acción penal por la del procesado)

La muerte del procesado extingue la acción penal en virtud de lo establecido pura y simplemente por el artículo 100 del Código Penal. En consecuencia, si al darle aplicación al procedimiento indicado por el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, el Ministerio Público se opone a que se haga tal declaratoria, surge un conflicto entre las dos disposiciones legales, pues mientras la segunda la subordina a que éste emita “previo dictamen favorable”, la primera no exige tal requisito. El problema así planteado debe desatarse en favor de aquella norma, conforme a los principios de hermenéutica consagrados por el artículo 5º de la Ley 57 de 1887, por cuanto ella es especial respecto de la otra y pertenece al Código Penal que prefiere al de Procedimiento Penal, contentivo de ésta. (Casación Penal. Abril 2/59. Nº 2210)

372, 1ª y 2ª

— 259 —

MUERTE (Prueba de la)

No hay disposición legal alguna que expresa o tácitamente exija prueba específica —como el dictamen pericial— para establecer procesalmente el hecho de la muerte de una persona por electrocución, el cual por su naturaleza, y según lo prescrito por el artículo 593 del Código Judicial es de aquellos que pueden ser establecidos por cualquiera de los medios probatorios mencionados en el Título XVII, Capítulo I de la obra citada. (Casación Civil. Febrero 6/59. Nos. 2207-2208-2209)

27, 2ª

— 260 —

MUERTE (Pruebas de origen eclesiástico)

La expedición del artículo 22 de la Ley 57 de 1887 tuvo en materia probatoria una doble finalidad evidente: la de erigir, por una parte, en “pruebas principales del estado civil, respecto de nacimientos o matrimonios o defunciones de personas bautizadas, o casadas, o muertas en el seno de la Iglesia católica, las certificaciones que con las formalidades legales expidan los respectivos sacerdotes párrocos, insertando las actas o partidas existentes en los libros parroquiales”; y la de asimilarlas, por la otra, a las expedidas por los encargados de llevar el registro civil; las cuales se han tenido y tienen “como documentos auténticos” (artículo 678 del Código Judicial derogado y 632 del vigente) que “hacen también plena prueba acerca de su contenido”.

El artículo 18 de la Ley 92 de 1938 se limitó a quitarles a aquellas certificaciones “el carácter de pruebas principales del estado civil”, que, según el artículo 346 del código de la materia, “es la calidad de un individuo, en cuanto le habilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles”, sin restarles eficacia probatoria como documentos auténticos para los demás efectos. De aquí se sigue que ellas son perfectamente aptas para acreditar la muerte de una persona, que no es una calidad, sino un hecho, y que lejos de habilitar para ejercer derechos o contraer obligaciones, inhabilita en forma definitiva para ello. Esto, desde luego, si la defunción no se invoca como presupuesto esencial de un estado civil, el de heredero, por ejemplo, pues para este objeto, que es extraño al proceso penal, sólo valen como pruebas supletorias. (Casación Penal. Abril 2/59. Nº 2210) 371, 2ª

— 261 —

MULTA (Como sanción disciplinaria procesal)

La multa impuesta por el fallador al litigante que demora la devolución del expediente, reviste el carácter de sanción disciplinaria procesal, pero nunca el de penal, porque con ella no se sanciona ni podría sancionarse, en esa forma breve y sumaria y dentro del proceso civil, un delito propiamente dicho.

Esta multa no incide propiamente en el juicio civil, porque no es en razón de ella como se da aplicación al artículo 381 del Código Judicial para fallar el negocio, sino como consecuencia de no haberse obedecido el requerimiento para devolver el expediente. (Casación Civil. Marzo 21/59. Nos. 2207-2208-2209)110, 2ª

— N —

— 262 —

NULIDAD (Absoluta por incapacidad de una de las partes)

Es cierto que hay nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces, entre las cuales se hallan los dementes conforme a los artículos 1.741 y 1.504 del Código Civil, pero para ello se requiere que el contratante se encuentre en estado de interdicción judicial o se demuestre que en la época de contratar padecía de enfermedad mental que le impedía el goce de sus facultades de esta índole (C. C. Art. 553). (Casación Civil. Junio 11/59. Nos. 2211-2212. 630, 1ª

— 263 —

NULIDAD (Declarable de oficio)

Para la actuación del artículo 2º de la Ley 50 de 1936 en el aspecto analizado, se necesita

ante todo que exista la nulidad respectiva y que aparezca de manifiesto en el acto o contrato, fuera de otros requisitos que la doctrina ha considerado indispensables, a saber: "a) Que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos u obligaciones para las partes; y b) Que al pleito concurren 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 declaración de nulidad de un acto o contrato en su totalidad, no puede pronunciarse sino con audiencia de todos los que lo celebraron". (VII, 261; VIII, 340; XXX, 59; LXII, 373; XLVII, 66, y 238; LX, 363).

"El sentido genuino de la expresión 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" (XLVII, 66; LVIII, 45).

Y Arturo Alessandri Rodríguez expone al respecto:

"Según el artículo 20 del Código Civil, las palabras de la ley deben entenderse en su sentido natural y obvio; y manifiesto, según el diccionario es lo que está patente o visible, que salta a la vista con sólo leer el contrato; tenemos, entonces, que la nulidad aparece de manifiesto cuando basta sólo leer el acto, sin relacionarlo con ninguna otra pieza ni antecedentes del proceso, para que sea constatada... En el momento mismo en que el Tribunal tenga que relacionar el contrato con otros antecedentes para establecer la nulidad, deja ésta de aparecer de manifiesto". (De los Contratos, página 76). A este respecto cita un caso en que la Corte Suprema Chilena encontró que la Corte de Apelaciones había procedido correctamente al no declarar una nulidad de oficio, porque si bien de los

antecedentes resultaba que la propiedad estaba embargada al tiempo del contrato, ello no aparecía del mismo contrato sino de tales antecedentes.

En este asunto, y en el supuesto que se está contemplando, ocurre, que, por un lado, el poder con que obró el apoderado de la vendedora, si bien se halla incorporado a la copia de la escritura de venta, no es parte de ésta, es decir, implica una prueba diversa, de modo que la ausencia de escritura pública no se descubre de la lectura del contrato de compraventa sino que para ello habría que acudir a ese otro medio, y por otro, ocurre que la nulidad alegada ha sido materia de interpretaciones y discusiones, vale decir, que no aparece de bulto, en forma clara e indiscutible. (Casación Civil. Mayo 29/59. Nos. 2211-2212)

590, 1ª y 2ª

— 264 —

NULIDAD (Pedida por el acreedor respecto de actos celebrados por su deudor con terceros)

No siempre fue uniforme el criterio de la Corte respecto a si la sola condición de acreedor constituye interés jurídico para demandar la nulidad o la simulación de los actos ejecutados por el deudor. Se sostuvo en un tiempo que era suficiente con establecer la calidad de acreedor, posteriormente, se afirmó que no solamente era indispensable demostrar esa calidad sino que la enajenación o acto ejecutado por el deudor cause perjuicio al acreedor por la incapacidad de aquél para pagarle total o parcialmente el crédito.

Así, en fallo de 30 de noviembre de 1935 (G. J. número 1.907-1908, página 400), en cuyo texto se citan sentencias del mismo contenido se expresó:

“La ley, que lejos de fomentar actos o contratos viciosos, antes bien facilita el pronunciamiento de la nulidad que por viciosos los castiga, atribuye, lógicamente, la potes-

tad de alegarla a todo el que tenga interés en ella; tales las palabras del citado artículo 15 (Ley 95 de 1890), sin más excepción que, por vía de sanción personal, la de quien a sabiendas ejecutó el acto o celebró el contrato nulos”.

“Tanto el artículo 1.742 del Código Civil como el 15 de la Ley 95 de 1890, que lo reemplaza, al establecer tiempo de alegar la nulidad absoluta han dicho: todo el que tenga interés en ello, y a renglón seguido agrega como única salvedad o cortapisa, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba”.

“Si esta es la única limitación a la amplia frase inmediatamente anterior (todo el que tenga interés en ello) y si donde el legislador no distingue no es dado al juzgador distinguir, se ve con claridad que éste no tiene cómo ni por qué, establecer exclusión distinta, lo que vale como decir que, dando a la palabra interés su sentido legal, ha de reconocérsele al acreedor del que oculta bienes mediante enajenación simulada.

“Imposible negar que cada cual es un interesado en que su deudor tenga respaldo y en que éste no se merme.

“Se ha creído que al acreedor no asiste más acción, como tal, que la consagrada en el artículo 2.491 del Código Civil, y que, por tanto, no puede ser oído quien con el solo título y calidad de acreedor ejercita la acción del citado artículo 15. Pero este concepto es inaceptable. Basta ver que cada una de estas dos disposiciones contempla su caso, distinto del de la otra. El 2.491 mira el perjuicio del acreedor por enajenaciones o gravámenes contratados por su deudor concursado o que ha hecho cesión de bienes, sin detenerse a considerar esa disposición o a exigir que esos contratos en sí mismos tengan o no determinada condición de validez. El artículo 15 versa sobre nulidad absoluta y confiere la

acción consiguiente a todo interesado en ella”.

“...Si nuestra ley separándose de otras legislaciones que atierden de manera más técnica a las consecuencias que se derivan de la naturaleza misma de la nulidad absoluta —establece que sólo puede alegarla el que tiene interés en ello—, obvio es que tal concepto de interés puede y debe tomarse en el sentido más amplio y comprensivo y que consecuentemente, debe admitirse que los acreedores tienen con respecto a la solvencia de su deudor y a la consiguiente posibilidad de hacer embargos que garantizan la efectividad de sus créditos, un interés de esos que la ley exige para poder alegar la nulidad absoluta”.

Posteriormente, la Corte cambió su tesis y afirmó que “no es aceptable que un acreedor pueda ejercitar ilimitada e irrestrictamente las acciones que la ley le ofrece para defender su derecho contra la insolvencia de su deudor: la pauliana, la de simulación o la de nulidad. Es indispensable que tenga interés; pero no el simple y general representado en su calidad de acreedor y consistente en la conveniencia de que el obligado acrezca su capacidad de pago, sino el concreto y real representado en el perjuicio directo y determinado que el acto de enajenación de su deudor le irroga, porque a virtud de él se incapacita para pagarle parcial o totalmente”.

“...Si el demandante no prueba que el acto tachado de nulo o simulado, aminora la capacidad económica del deudor para pagar sus deudas, es decir, si el acto tachado de nulo o simulado deja en el patrimonio del deudor bienes suficientes con qué pagar el crédito que persigue el acreedor, éste naturalmente no tiene interés ni jurídico ni material, en hacer volver al patrimonio del deudor un bien cuya enajenación no perjudica sus intereses. La palabra interés traída en el artículo 15 de la Ley 95 de 1890, y 2º de la Ley 50 de 1936, no puede tomarse en

un sentido-amplísimo. Ella ha de interpretarse en un sentido restrictivo; que el acto o contrato tachado de nulo o de simulado produzca la insolvencia total o parcial del deudor, de tal suerte que si ese bien no vuelve a su patrimonio se haga imposible al acreedor la eficacia de su crédito, en todo o en parte”. (G. J., número 2.016, página 45). En el mismo sentido, entre otras, pueden verse las siguientes sentencias: Tomo LXVII, página 64, Tomo XLIX, página 71, Tomo LXII, página 41, etcétera.

La Sala acoge y ratifica esta última doctrina, con la aclaración de que en casos como éste corresponde al demandado demostrar que no se afectó su capacidad de pago y su solvencia económica por figurar en su patrimonio otros bienes suficientes para atender a sus compromisos, porque, indudablemente, no obstante estar consagrada la nulidad absoluta en interés general de la moral y la ley, quien quiera alegarla con fundamento en un interés privado, debe demostrar que ese interés es actual y positivo, porque sus derechos sufrirían mengua o lesión por causa del contrato afectado de nulidad. (Casación Civil. Junio 15/59. Nos. 2211-2212) 638, 2ª y 639, 1ª y 2ª

— 265 —

NULIDAD (Por celebrarse la audiencia pública en día distinto del señalado)

Quando en el auto de cargos no se señaló día cierto y determinado para la celebración de la audiencia pública, sino que apenas se expresó que ella se celebraría al día siguiente hábil después de vencido el término probatorio, y no obstante lo anterior su celebración sólo vino a tener lugar dos días después del aludido vencimiento, de tal ocurrencia no puede predicarse que ocasione la nulidad prevista bajo el numeral 7º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, cuando

el procesado y su defensor concurren al acto, y el segundo expuso ampliamente sus puntos de vista, sin hacer reclamo alguno. Ello supone apenas una manifiesta informalidad del juicio que en nada lesionó el derecho de defensa. Tampoco la nulidad suprallegal del artículo 26 de la Carta, ya que los intereses jurídicamente protegidos por las normas respectivas se cumplieron, no obstante el defecto anotado, de significación formal y accidental. (Casación Penal. Mayo 15/59. Nos. 2211-2212).....738, 2ª y 739, 1ª

— 266 —

NULIDAD (Por falta de notificación personal del auto que impone una multa)

El Código de Procedimiento Civil en parte alguna tiene erigida en causal de nulidad del juicio el no haberse notificado el auto que impone la multa a la parte conminada con ella, de conformidad con el artículo 380 del Código Judicial. Por tal razón, carece de todo fundamento el pretender que la falta de notificación del auto que impuso la multa y solicitó copia del fallo de primer grado, constituye una falta de citación y emplazamiento en forma legal de la parte renuente para hacerse presente en el juicio.

Podría darse una informalidad para los efectos de la multa, pero nunca sostenerse que la conminada no haya estado presente en el juicio, por no haberse notificado personalmente dicho auto. (Casación Civil. Marzo 21/59. Nos. 2207-2208-2209).....110, 2ª

— 267 —

NULIDAD (Por falta de notificación personal del auto que requiere para que se devuelva el expediente después de un traslado)

Al requerimiento para que el apoderado de una de las partes contendientes devuelva

el expediente que recibió en traslado para alegar en la segunda instancia, no se le puede denominar ni considerar juicio, porque éste se trabó desde la primera instancia, cuando se le notificó la demanda al reo.

Este requerimiento constituye apenas una formalidad o acto procesal para que el renuente devuelva los autos a fin de proseguir la tramitación del segundo grado del juicio, o para proferir el fallo que disponen los artículos 381 y 383 del Código Judicial en caso de no hacerse la devolución oportunamente.

Por lo mismo, la nulidad por falta de citación y emplazamiento de la parte renuente, en razón de no habersele notificado personalmente el auto por el cual se le conminó con una multa para que devolviera el expediente, no puede considerarse como tal, al tenor del artículo 448 citado, que solamente eleva a nulidad la "falta de citación y emplazamiento en forma legal de las personas que han debido ser llamadas a juicio", y no la falta de notificación personal del auto que ordena el requerimiento de la parte que demora la devolución del expediente. (Casación Civil. Marzo 21/59. Nos. 2207-2208-2209) . . 110, 1ª

— 268 —

NULIDAD (Por ilegitimidad de la personería adjetiva)

El principio de representación del actor por medio de abogado, consagrado en el artículo 12 de la Ley 45 de 1936, quedó ratificado en 1945 no sólo por el artículo 40 de la Constitución sino por el 14 de la Ley 69 del mismo año que dice: "Las regulaciones de la presente ley no implican modificaciones a ninguna otra ley que exija título de abogado para el ejercicio de cualquier acción".

La norma transcrita de la Ley 45 de 1936 ha sido comentada por la Corte así: "Si el requisito de la intervención de abogados titulados tiene el fin y sentido, como está espa-

ciosamente consignado en los antecedentes de la Ley 45 de 1936, de una garantía de honestidad y de técnica jurídica que evite en lo posible el ejercicio temerario de la acción o su uso antisocial como medio de expoliación y de chantaje, garantía que el artículo 40 de la Constitución Nacional amplió a toda clase de litigios, no se ve razón para deducir la imposibilidad de revalidar la actuación pues los fines de la ley se realizan con la presencia en juicio de un abogado calificado que asuma la personería de la parte demandante. . . Si de esta manera no se burlan los fines sociales de la ley, resultaría exagerada la solución. . . de la insaneabilidad por omisión del requisito aludido, que en el campo de las nulidades de procedimiento hay que considerarla, como ya lo ha hecho esta Sala, como un caso de ilegitimidad de la personería adjetiva o manera de comparecer en juicio" (G. J., LXIV, página 368).

La doctrina se cita en este caso sólo para destacar los fines de la norma respectiva y cómo la Corte ha entendido que la ausencia de abogado inscrito que represente al actor en los procesos sobre declaración de filiación natural, realmente constituye ilegitimidad de personería del representante o apoderado de dicha parte. (Casación Civil. Mayo 11/59. Nos. 2211-2212) 514, 1ª y 2ª

— 269 —

NULIDAD (Por ilegitimidad de la personería adjetiva)

La nulidad que el artículo 520, ordinal 6º del Código Judicial permite invocar como causal de casación es la que el artículo 448 numeral 2º del mismo estatuto establece para todos los juicios en estos términos: "La ilegitimidad de la personería en cualquiera de las partes, o en quien figure como su apoderado o representante". Esta nulidad proviene solamente de la falta o carencia de la llamada

personería adjetiva y que se refiere a la facultad que tiene una persona para representar a otra en juicio, y no a la *legitimatio ad causam*, antes denominada personería sustantiva, que es un presupuesto de la acción, y por la cual ha entendido la Corte que "es la identidad del actor con la persona a quien la ley concede la acción instaurada (legitimación activa) y la identidad del demandado con la persona contra quien es concedida la acción (legitimación pasiva)". (G. J. número 2.149, página 231).

De otra parte, como lo tiene aceptado la jurisprudencia de la Corte, la nulidad adjetiva solamente puede invocarla en casación la parte que se dice indebidamente representada, porque es la que tiene derecho para pedir en vía ordinaria que se declare la nulidad del juicio en que no estuvo legítimamente representada, o para alegarla como excepción, cuando se trate de ejecutar la sentencia. (Casación Civil. Abril 14/59. Nº 2210) 315, 1ª y 2ª

— 270 —

NULIDAD (Por incompetencia de jurisdicción)

Es evidente que los fines de la ley procesal no son otros que el ejercicio y efectividad de la acción penal, en cuanto tiende a garantizar la oportuna represión de un delito con la imposición de una pena. Pero la conveniencia de librar de dilaciones esa oportuna función represiva del Estado, no puede llevar al quebrantamiento de los cánones fundamentales relativos al procedimiento, uno de los cuales, sintetizados en la frase "nemo iudex sine lege" tiene desarrollo en nuestra Constitución, en la que se ordena que "no se podrá imponer sanción alguna por infracciones a la ley penal, sino . . . en virtud de sentencia dictada por el Juez competente". (Art. 26 de la Ley de Leyes).

De ahí que la incompetencia de jurisdicción fuera prevista en nuestro Código de Procedimiento Penal como causal de nulidad, que lleva a la invalidez de lo actuado desde cuando se haya hecho presente (artículos 198, ordinal 1º y 200 de dicho Código). (Casación Penal. Mayo 8/59. Nos. 2211-2212) . . . 719, 2ª

— 271 —

NULIDAD (Por incompetencia de jurisdicción al adelantarse un proceso suspendido)

No es dudoso que adelantar un proceso suspendido da origen a nulidad por incompetencia de jurisdicción, ya que el artículo 147 del Código Judicial dice que la jurisdicción se suspende en uno o más negocios determinados, "3º. Por haber suspensión del asunto en los casos de la ley, o por acuerdo de las partes", y el 370 de la misma obra reza, que no corren los términos en un negocio determinado, "1º. Cuando el juicio se suspende por acuerdo de las partes o por disposición de la ley". Por esta causa, si el Juez ejerce la jurisdicción de manera concreta en un asunto suspendido, está usurpándola, conforme al artículo 148 *ibidem* que expresa que usurpan jurisdicción los Jueces cuando la ejercen sin tenerla legalmente, lo cual configura nulidad por incompetencia.

Pero para que el fenómeno se produzca, es necesario que la suspensión del proceso haya sido decretada. Al contrario de lo que los procesalistas y algunos Códigos llaman la interrupción, que produce efectos *ope legis*, desde que el hecho que la origina aparece, tal cual ocurre con el fallecimiento de la parte o de su apoderado, según el caso, la suspensión emana de causas externas, obra *ope iudicis* y es necesario cuando es total decretarla, para seguridad de las partes. (Casación Civil. Abril 23/59. Nº 2210) . . . 351, 1ª y 2ª

— 272 —

NULIDAD (Por incompetencia de jurisdicción en juicios posesorios)

Procede correctamente un Tribunal cuando, al revisar el fallo de primer grado proferido en un juicio posesorio sobre bienes raíces rurales, no toma en cuenta la diligencia de inspección ocular practicada en la finca materia de la litis, por no estar aún definida su validez, aunque en rigurosa técnica procedimental, en vez de revocarlo lo que debe es decretar su nulidad por incompetencia de jurisdicción, previos los trámites correspondientes. (Casación Penal. Febrero 3/59. Nos. 2207-2208-2209) 170, 2ª

— 273 —

NULIDAD (Por no haberse producido una prueba y falta de notificación de una providencia)

Se acusa la sentencia del Tribunal con base en el numeral 4º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, y el cargo gira alrededor de la no producción de una prueba decretada, de la falta de una disposición formal del Juez (auto) que ordenase prescindir de ella y de la ausencia correlativa de la notificación. De estos hechos y con apoyo en los ordinales 3º y 4º del artículo 198 *ibidem*, pretende sacarse la consecuencia de la nulidad. Pero la Sala no puede aceptar que de tales hechos se desprenda tal deducción, por lo siguiente:

a) Porque tales textos no se refieren al caso: el ordinal 3º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal contempla como nulidad la falta de notificación no de cualquier auto, sino del de proceder, y, no obstante la trascendencia de tal proveído interlocutorio, estimado por las doctrinas de la Corte como forma sustancial del juicio criminal, el mismo texto advierte que el vicio desaparece, si el

reo no reclama dentro de determinado lapso. En cuanto al ordinal 4º del mismo artículo, también se relaciona con otra clase de providencias, dictadas propiamente dentro del juicio, y no en la etapa meramente investigativa.

b) Porque, según lo ha advertido la Corte en varias oportunidades, la enumeración que se hace en los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal, es taxativa; y salvo los casos de vicios que desconocen la estructura misma del sistema procesal, o los que implican nulidades constitucionales, ese carácter taxativo rige plenamente en los procesos. Sin que ello obste para que, a veces, sea nula determinada diligencia, por mandato expreso o tácito del legislador, a pesar de lo cual el juicio no resulte nulo.

c) Porque, como consecuencia de las anotaciones precedentes, aunque es cierto que toda disposición procesal debe, normalmente, ser tomada, de modo previo, por auto o sentencia (artículo 157 del Código de Procedimiento Penal) y notificarse a todas las partes (artículos 168, 169, 172 y concordantes del mismo estatuto), la omisión de estos requisitos formales no acarrea, necesariamente, la nulidad del acto procesal, y menos, la del juicio.

Se cae de su peso que el sistema formal previsto en la ley para la reclamación de los autos, era y es el preceptuado en el artículo 423 del Código de Procedimiento Penal; y que la providencia debía ser notificada a todas las partes, aunque no como condición previa de su cumplimiento (artículo 195), pues no se estaba aún en la etapa del juicio. Sin embargo, la realidad es la anotada: esta suerte de omisiones no la erigió la ley en motivo de anulación de los juicios penales.

d) Porque en forma alguna aparece que los hechos sobre que se edificó la argumen-

tación del recurrente, hubieran lesionado los intereses de la defensa, pues es lo cierto que la prueba que el Juez comisionado se abstuvo de practicar, la había pedido el personero del procesado; pero fue él mismo quien desistió de su solicitud, signo de que no la consideraba esencial para los fines de la defensa. El Juzgado insistió en que se practicara, pero su decisión no alcanzó a ser eficaz.

Si, posteriormente, cambiando de criterio, el apoderado consideraba sustancial dicha prueba, le sobraron oportunidades para hacerlo, o para reclamar, concretamente, contra la omisión del Juzgado, invocada como razón de nulidad.. (Casación Penal. Mayo 19/59. Nos. 2211-2212).....754, 1ª y 2ª

— 274 —

NULIDAD (Por venta de cosas embargadas)

Fatalmente, por imperio del artículo 1.521 del Código Civil, hay objeto ilícito en la enajenación de cosas embargadas por decreto judicial. Si la fecha de la escritura que contiene el contrato de enajenación es posterior a la inscripción del embargo del bien compravendido, la nulidad se ha realizado necesariamente. Sólo dos excepciones hay al respecto: que el Juez autorice la venta o que el acreedor consienta en ello. Pero estos extremos deben demostrarse en el juicio.

La falta de inscripción del título no afecta la esencia del convenio; puede restarle fé probatoria al instrumento, pero no acaba con el vínculo contractual creado, ni menos hace desaparecer las contraprestaciones convenidas por los contratantes. (Casación Civil. Junio 15/59. Nos. 2211-2212).....642, 2ª

— 275 —

NULIDAD (Prestaciones mutuas cuando la alega un tercero)

El artículo 1.746 del Código Civil, regula

las situaciones de carácter sustancial que se cumplirían entre las partes contratantes cuando una de ellas solicite la declaración de nulidad. Y como el mismo artículo estableció que eso era sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita, aspecto previsto por el artículo 1.525 del mismo estatuto, al ordenar que no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita, a sabiendás, lógicamente, se deduce que esas disposiciones sólo son aplicables cuando se controvierte la nulidad entre las partes contratantes; pero no, cuando quien la solicita es un tercero en calidad de acreedor, con el objeto de reintegrar el patrimonio de su deudor y obtener la solución de la deuda, quien, por tal circunstancia es tercero también a los efectos que entre las partes puede traer la declaración de nulidad de un contrato, previstos en los artículos 1.525 y 1.746 del Código Civil. Y esto es así, porque el tercero perjudicado por el acto de su deudor en razón del contrato celebrado por éste, no está dentro de la posibilidad de hecho de realizar lo que la ley llama "prestaciones mutuas". (Casación Civil. Junio 15/59. Nos. 2211-2212) . . . 643, 1ª y 2ª

— 276 —

NULIDAD (Quién puede alegar la de ilegitimidad de la personería adjetiva)

Ha sido doctrina constante de la Corte la de que la nulidad por ilegitimidad de personería no puede ser propuesta sino por quien estuvo ilegitimamente representado, y no por otra de las partes. (Casación Civil. Mayo 11/59. Nos. 2211-2212) 514, 2ª

— 277 —

NULIDAD (Quién puede alegarla por falta de citación o emplazamiento)

La falta de citación directa o por emplazamiento de las personas que han debido

ser llamadas a juicio, impide que nazca la relación juridico-procesal, por ello induce a nulidad de todos los juicios y es motivo de casación por la causal 6ª a consecuencia de error in procedendo, siempre que la parte se encuentre legitimada en el recurso.

Porque si el no citado o emplazado se apersona en el proceso, vela por su interés deducido en justicia y guarda silencio sobre el vacío para esgrimirlo en casación, si la sentencia le fuere en cualquier aspecto desfavorable, viene a ser claro que no puede aducir su omisión inicial como fundamento legítimo para hacer inoficiosa la actividad de las jurisdicciones.

Es elemental que el llamamiento a juicio significa para el sujeto pasivo de la litis la necesidad de aperebirse a la defensa dentro de las formas propias de cada juicio, de tal suerte que si el proceso demuestra que la parte demandada se valió de todas las oportunidades y recursos previstos por las normas para el ejercicio del derecho de impugnación, queda al margen cualquier género de duda sobre la validez del procedimiento cuando en concreto aparece bien protegida la pretensión del demandado. La finalidad de la citación se cumple así con plenitud, lo que en derecho hace entender que la misma citación consumó su efecto o que estuvo válidamente renunciada por la persona en cuyo exclusivo interés y provecho se halla establecida por la ley.

Si la propia parte en favor de la cual se organiza la nulidad por falta de emplazamiento no es oída cuando la invoca después de representar en el juicio sin protesta, es obvio a fortiori que carece de legitimación para aducirla en el recurso extraordinario el litigante que vino al juicio por notificación personal de la demanda, que intentó oponerse a la partición para desistir en seguida e ipso jure en defecto de la garantía requerida para cubrir los perjuicios de su oposición, que objetó más tarde el trabajo reali-

zado por motivos que desvirtúan implícitamente sus primitivas pretensiones de ser titular exclusivo de las mejoras; que, en fin, representa para todos los efectos en el proceso y aún en casación. No puede verse entonces en forma más nítida la ausencia de interés jurídico en tal litigante al invocar en último trance la falta de citación o emplazamiento de personas extrañas a la tutela de su derecho y que más bien tendrían pretensiones contrapuestas.

Se trata, en efecto, de causal de nulidad estatuida para proteger el interés privado y exclusivo de la persona o personas mal emplazadas, las que pueden a su propio albedrío; y no el de otro litigantes, pasar por lo hecho sin pedir la declaración de invalidez, o si lo prefieren impugnar por nulidad lo actuado en su ausencia. (Casación Civil. Mayo 26/59. Nos. 2211-2212).....575, 2ª y 576, 1ª

— 278 —

NULIDAD (Quién puede alegarla por ilegitimidad de la personería y falta de citación)

Las causales de ilegitimidad de la personería en quien figure como su apoderado o representante y la falta de citación en forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio, consagradas en los numerales 2º y 3º del artículo 448 del Código Judicial, sólo pueden ser alegadas con eficacia legal por la persona indebidamente representada o no citada, como en forma repetida lo ha dicho la Corte, porque es en favor de tales personas que las ha establecido la ley, ya que es a ellas a quienes puede perjudicar la actuación. Por lo mismo, el interés jurídico necesario para demandar la invalidación de lo actuado radica exclusivamente en la persona mal representada o no citada al juicio. (GACETA JUDICIAL, Tomo XLIII, página 784; Tomo LVI, página 34; Tomo LXIII,

página 113). (Casación Civil. Junio 4/59. Nos. 2211-2212).....619, 1ª

— P —

— 279 —

PATRONO (Prueba de su patrimonio)

La jurisprudencia ha entendido por “patrimonio gravable declarado en el año inmediatamente anterior” el que posea el patrono al último día del año inmediatamente retropróximo a la terminación del contrato; así mismo, al tenor de lo establecido por el artículo 195, la prueba del patrimonio debe ser presentada por el patrono, y “en caso de no presentarla se presume que tiene el capital necesario para pagar la totalidad de la prestación demandada” (Casación Laboral. Mayo 26/59. Nos. 2211-2212).....834, 2ª

— 280 —

PENSION (Cómo debe adquirir el trabajador la jubilación para que sus sucesores tengan derecho a ella)

La proposición “cuando el trabajador haya adquirido el derecho dentro de las normas de este Código”, usada por el artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo, ni aún mediante una exégesis literal podría equipararse a la expresión “...en o dentro de la vigencia de las normas de este Código”. No sólo porque el sentido natural y obvio de la primera cláusula no procura asidero para colegir la segunda sino porque una interpretación científica de la manifestación legal indica que, en esencia, lo ordenado por el legislador no fue condicionar tal derecho a que la pensión jubilatoria se hubiera originado dentro del tiempo de vigencia de las normas del Código. Esto es, que el derecho a la jubilación hubiera tenido su origen en armonía y con adecuación a los principios que el Có-

digo establece, o sea en concordancia con los elementos que erigió en generadores de la jubilación del artículo 260 del C. S. del T. (Casación Laboral. Junio 26/59. Nos. 2211-2212)913, 1ª

— 281 —

PENSION (En caso de muerte del trabajador jubilado)

En los ordinales 2 a 5 del artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo, se consagra, en atención al nexo familiar con el causante, una serie de beneficiarios de dicha pensión. Se observa que dichos beneficiarios son **calificados** por la ley, pues ésta se refiere a personas que no dispongan de medios suficientes para su congrua subsistencia, que se trate de hijos menores de 18 años, o de padres o hermanos inválidos o de hermanas solteras, en su caso. (Casación Laboral. Junio 26/59. Nos. 2211-2212)913, 1ª

— 282 —

PERDON JUDICIAL (En el caso del artículo 382 del C. P.)

No se sale el Jurado de su órbita legal cuando afirma que el autor de un homicidio, cometido en el estado y por los móviles de que trata el artículo 382 del Código Penal, merece el perdón judicial, por cuanto ello equivale a reconocer que “las circunstancias especiales del hecho demuestran una menor peligrosidad en el responsable”, lo cual está erigido por tal disposición en circunstancia modificadora de dicho delito, por cuanto lo atenúa en forma excepcional.

Mas no pueden los Jueces Populares otorgar el perdón judicial, porque según lo dispuesto por el artículo 91 del Código Penal, él solo puede concederse “previos los trámites de procedimiento para proferir sentencia definitiva”, y es necesario, para que

proceda en él supuesto que se estudia, además de las circunstancias de hecho previstas por el referido artículo 382, “que se reúnan los requisitos de que trata el artículo 80”.

Y como entre las exigencias de esta norma figura la de “que sobre el procesado no haya recaído ninguna condenación por delitos”, sin especificar que éstos sean graves, es claro que si al momento de fallar existe una sentencia condenatoria firme, dictada contra el reo por la comisión de algún delito, por leve que sea, no puede otorgarse el perdón judicial sin violar el mencionado artículo 91. (Casación Penal. Febrero 12/59. Nos. 2207-2208-2209)179, 1ª y 2ª

— 283 —

PERDON JUDICIAL (En el delito de falso testimonio)

Véase el aparte **Falso testimonio** en el número 208 de este Índice.

— 284 —

PERMUTA (Lesión enorme en la)

Véanse los apartes **Lesión Enorme** en los números 242, 243 y 244 de este Índice.

— 285 —

PERSONERIA SUSTANTIVA (De una sociedad demandada)

a) Conforme a la doctrina del artículo 36 del C. de P. L., la controversia relativa a la existencia o personería sustantiva de la demandada sólo puede producir efectos en juicio cuando ha sido planteada como **cuestión principal** del debate, y es sabido que las cuestiones principales sólo pueden suscitarse (como acciones o como excepciones) al comienzo del juicio y hasta la primera audiencia de trámite, momento en el cual queda

precisada la relación jurídico-procesal y fijados sus presupuestos.

b) Desde el año de 1931 ha sostenido la Corte la nulidad por falta de personería sustantiva, siempre y cuando que tal cuestión haya sido controvertida como uno de los presupuestos procesales.

c) También ha sentado la Corte que la falta de regularidad no puede ser alegada por la sociedad en su descargo, en virtud de lo dispuesto por el artículo 472 y siguientes del Código Civil (sic); pues si fuera absuelta por tal razón, la sanción sobre su propia falta recaería sobre terceros, y la sociedad —que por la ausencia de formalidades sería irregular más no inexistente— obtendría en su beneficio una situación ventajosa contra lo preceptuado en esas disposiciones y contra el principio “nemo auditur propriam turpitudinem allegans”. (G. J., Tomo XLII, página 562).

d) Es síntesis de la anterior jurisprudencia la doctrina de que, demandada una sociedad bajo la apariencia de ser regular y perfecta, si ella no formula oportunamente reparo alguno acerca de su regularidad y entra a afrontar el debate sobre la acción de fondo, la cuestión de la regularidad no queda sub-judice y no hay motivo para que el Juez la provoque y esquive el problema de fondo. La sociedad no puede alegar últimamente que se la absuelva por haber faltado al lleno de las formalidades de constitución, porque si por tales omisiones se la absolviese, la sanción por su falta recaería sobre terceros, y ello equivaldría a que la primera hiciera valer en su favor y en contra de los últimos, su propia culpa. (Casación Laboral. Abril 9/59. Nº 2210) 421, 2ª

— 286 —

PETROLEOS (Determinación del inmueble y superposición de áreas)

Presupuesto esencial y de preferente aná-

lisis en la prosperidad de la acción de pertenencia de un yacimiento petrolífero, es la determinación del globo de terreno por linderos precisos y la superposición de éstos al área de la propuesta de exploración y explotación. (Negocios Generales. Abril 22/59. Nº 2210) 474, 1ª y 2ª

— 287 —

PLAZO (Tácito para la ejecución del contrato)

Si no se fijó plazo expreso, ello quiere decir que el plazo era, tácito, o sea el indispensable para cumplir la tarea encomendada, porque no es jurídicamente posible aceptar que la indeterminación de aquél deba entenderse, en cuanto al término de la ejecución, como temporalidad *sine fine*, en sentido amplio. El derecho positivo suple la dudosa expresión de la voluntad de las partes en cuanto al término, respecto de casos como el que se estudia, cuando dice: “El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación; puede ser expreso o tácito. Es tácito, el indispensable para cumplirlo”. (Artículo 1.551 del C. C.).

Es inadecuado decir, por ello, que puede haber obligaciones de ejecución *sine die*, en sentido lato, así en el contrato civil como en el laboral, porque tal indeterminación en el tiempo, interpretada ampliamente, sería causa de que en la práctica jamás se pudiera configurar el incumplimiento del contrato, pues la parte incumpliente alegaría a su favor la indefinición del plazo para cumplir su obligación y la facultad de satisfacerla en un momento futuro siempre indeterminado (Casación Laboral. Febrero 16/59. Nos. 2207-2208-2209) 236, 2ª

— 288 —

PODER (Para compraventa de inmuebles)

Véase el aparte Compraventa en el número 123 de este Índice.

— 289 —

POSESION NOTORIA (Del estado de hijo natural)

Cuando se pretende obtener mediante fallo judicial la declaración de paternidad natural al amparo de la causal 5ª del artículo 4º del estatuto de hijos naturales, la jurisprudencia y la doctrina han sido generalmente estrictas y severas en la calificación de la prueba testimonial. Esto no sólo por interesar al orden público cuando dice relación al estado civil, sino por un imperativo legal, pues al exigir la ley para establecer la posesión notoria de estado civil una pluralidad de testimonios más numerosa que la ordinaria, es por considerar que una especial fuerza demostrativa debe tener la prueba en estos casos.

La ejecución en forma permanente, regular y constante, por un lapso mayor de diez años, como lo prescribe la ley de aquellos actos atinentes a la subsistencia, educación y sostenimiento del pretendido hijo natural, son los elementos constitutivos de la posesión notoria del estado civil, como lo enseña el artículo 397 del Código Civil, cuya norma sustantiva rige también para los hijos naturales. (Casación Civil. Febrero 17/59. Nos. 2207-2208-2209) 61, 1ª y 63, 1ª

— 290 —

POTESTAD REGLAMENTARIA (En materia laboral)

Véase el aparte Condición Resolutoria en el número 135 de este Índice.

— 291 —

PREJUDICIALIDAD (Quién debe resolver si la hay)

Para la suspensión que en su segunda parte establece el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, se requiere, como dice Carnelutti, que la cuestión en torno a la existencia de los hechos de los cuales depende la aplicación de la pena, o de algunos de ellos, sea de los que el Juez Civil debe resolver en su sentencia.

La razón de la suspensión del juicio civil radica en que las normas que separan dicho proceso y el penal no pueden ser óbice para la guarda del principio de la unidad de la jurisdicción. Cuando los hechos controvertidos en un proceso civil sólo repercuten en la órbita del derecho privado, la rama penal de la jurisdicción es ajena al litigio; pero cuando tales hechos también producen efectos en las disposiciones que garantizan el interés general, es menester esperar a la solución del asunto penal, cuyos Jueces están instituidos para proveer sobre tales puntos, de modo que su fallo implica una cuestión prejudicial para el proceso civil.

La suspensión de éste, que por cierto es un fenómeno regulado por los modernos Códigos de Procedimiento Civil, requiere que el Juez Civil conozca la existencia de la cuestión penal a través de la prueba pertinente llevada por las partes o remitida de oficio por el Juez Penal; pero igualmente necesita que el Juez Civil la decrete, ya que éste es el único que tiene capacidad de detener temporalmente el proceso puesto bajo su dirección, desde el momento que el artículo 348 del Código Judicial le ordena adelantar oficiosamente la actuación.

Así las cosas, únicamente el Juez Civil, dentro de la discrecionalidad que le da la ley en este caso, es el llamado a decidir si el fallo que debe dictarse en la cuestión penal puede

influir en el asunto civil; si opta por la afirmativa, está en la obligación de suspender el proceso civil por medio de una providencia; si no, debe negar la suspensión cuando parte interesada se lo solicita, o simplemente guardar silencio. (Casación Civil. Abril 23/59. Nº 2210).....350, 2ª y 351, 1ª

— 292 —

PRESCRIPCIÓN (Como excepción debe proponerse)

La excepción de prescripción es necesario proponerla, para que el juzgador deba examinarla, ya que el artículo 343 del Código Judicial expresa que la prescripción siempre debe proponerse o alegarse por el demandado. Desde luego, esta norma comprende toda clase de prescripción, en forma que no es posible entrar en ninguna de ellas, si expresamente no se ha aducido. (Casación Civil. Mayo 20/59. Nos. 2211-2212).....559, 2ª

— 293 —

PRESCRIPCIÓN (De la acción de simulación)

La acción de simulación o de prevalencia, como personal que es, nacida del pacto secreto u oculto que hay dentro de la apariencia del contrato visible, está sometida a la llamada prescripción extintiva, consagrada en el artículo 2.535 del Código Civil, que, para su cumplimiento, exige el transcurso de cierto tiempo y la inacción del acreedor, o el no haberla ejercitado.

El lapso de tiempo señalado por el artículo 2.536 a las acciones personales ordinarias, que son todas aquellas que no tienen señalado un plazo corto, es de veinte años, que se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible (artículo 2.535 inciso 2º).

Este plazo, no puede contarse desde la fecha del contrato, porque la ley no lo ha

expresado así, como sí lo dice respecto de la acción, nacida del pacto comisorio (artículo 1.938) y de la actuación pauliana (artículo 2.491, 3ª).

Sobre la exigibilidad, dice la Corte: "Pero desde cuándo comienza a contarse el término de la prescripción extintiva? No puede aceptarse que debe comenzar a contarse desde la fecha en que se celebró el acto o contrato aparente. En este caso, no es aplicable la norma legal respecto de la acción pauliana, cuya prescripción de un año se cuenta desde la fecha del acto o contrato (Código Civil artículo 2.491, ordinal 3º). La acción pauliana aunque guarda afinidad con la acción de simulación, tiene fundamentales diferencias.

"La acción de simulación, cierto es, tiene naturaleza declarativa. Por medio de ella se pretende descubrir el verdadero pacto, oculto o secreto, para hacerlo prevalecer sobre el aparente u ostensible. Pero para el ejercicio de la acción de simulación es requisito indispensable la existencia de un interés jurídico en el actor. Es la aparición de tal interés lo que determina la acción de prevalencia. Mientras él no exista, la acción no es viable. De consiguiente, el término de la prescripción extintiva debe comenzar a contarse desde el momento en que aparece el interés jurídico del actor. Sólo entonces se hacen exigibles las obligaciones nacidas del acto o contrato oculto, de acuerdo con el inciso 2º del artículo 2.535 del C. C.

"Así, tratándose de una compraventa simulada, el interés del vendedor aparente, para destruir los efectos del contrato ostensible cuando el comprador aparente pretende que tal contrato es real y no fingido, desconociendo la eficacia de la contraestipulación, nace sólo a partir de este agravio a su derecho, necesitado de tutela jurídica" (G. J., tomo LXXXIII, Nº 2.170, pág. 284) (Casación Civil. Abril 14/59. Nº 2210).....318,

2ª y 319, 1ª

— 294 —

PRESCRIPCIÓN (Entre comuneros de una herencia)

La herencia es una cosa universal y la comunidad es posible sobre una cosa universal.

El artículo 1º de la Ley 51 de 1943, estableció que el comunero, que posea materialmente, en las condiciones legales, el predio común, proindiviso o en parte de él, podrá hacer valer en su favor la prescripción adquisitiva del dominio, ordinaria o extraordinaria, según el caso, contra los demás comuneros, lo mismo que contra terceros extraños a la comunidad, sobre lo que tenga poseído y explotado económicamente.

Si es posible la comunidad sobre cosa herencial, comunidad universal, y si la Ley 51 no hizo diferencia ni distinción alguna, para efecto de la prescripción, respecto a si el comunero lo era a título singular o a título universal, es decir, sobre bien determinado o concreto o sobre universalidad, es claro que no hay inconveniente para que pueda prescribirse con base en la posesión alguno o algunos de los bienes de la herencia, sin que sea oportuno distinguir, conforme a la Ley 51, ni si la comunidad es universal, ni si lo es singular, ni si el prescribiente es heredero o es tercero a la sucesión.

La herencia no es cosa distinta que el conjunto de bienes dejados por el muerto. Mientras la herencia no se liquide, forma una comunidad universal entre los herederos que, aunque *sui generis*, no deja de ser comunidad sujeta en cada uno de sus bienes al fenómeno posesorio, base de la usucapión. Si la herencia es una comunidad, cuyos comuneros son los herederos —de allí el juicio de sucesión en orden a liquidarla para atribuir a cada uno de ellos lo que le cupiere—, no se explica porqué uno de los herederos no pueda poseer contra los demás, si demuestra y com-

prueba posesión *pro suo*, dentro de las condiciones que la ley civil establece para hacerla fundamento y matriz de la usucapión.

“La herencia constituye una universalidad jurídica. Las universalidades pueden ser de hecho y de derecho o jurídicas. La universalidad de hecho no difiere de los bienes que la componen; se habla de universalidades de hecho cuando existe un conjunto de bienes que se denominan jurídicamente. Ejemplo: una biblioteca.

“La universalidad de derechos se caracteriza, en cambio, porque es un continente distinto de su contenido. Difieren totalmente de los elementos que la componen. Mientras vive una persona, su patrimonio, como atributo de la personalidad que es constituye una universalidad jurídica, porque difiere de los bienes (elementos activos) y de las obligaciones (elementos pasivos) que lo forman”. (Somarriva. Derecho Sucesorio, tomo I, pág. 37).

“Las disposiciones de la Ley 51 de 1943 se aplican tanto a la comunidad de cosa singular como a la comunidad de cosa universal. Así, el heredero que haya poseído y explotado económicamente un bien de la comunidad herencial dentro de las condiciones determinadas en la ley, puede demandar prósperamente la declaración de pertenencia por usucapión ordinaria o extraordinaria”. (G. J., número 2.149, pág. 155).

No importa para el efecto, que el prescribiente reconozca su condición de condómino en el bien singular o en la cosa universal, si demuestra el hecho de su posesión como prevalente en relación con la situación titular de los otros comuneros, “siempre que su posesión haya sido personal y no realizada en favor de la comunidad, y carece de importancia que el pretendido prescribiente desconozca la comunidad o se declare condómino”. (G. J., número 2.150, página 564). (Casación Civil. Mayo 21/59. Nos. 2211-2212)

— 295 —

PRESCRIPCIÓN (Interpretación de la)

Es evidente que el artículo 2.358 del Código Civil establece que las acciones para la reparación del daño que puedan ejercitarse contra terceros responsables, con base en las disposiciones del Título 34 del Libro 4º del Código Civil, prescriben en tres años contados desde la perpetración del acto.

Pero cuando en la escritura de liquidación de una sociedad, los socios establecieron la solidaridad respecto del pasivo general de la compañía que se liquidaba, de conformidad con el artículo 2.540 del Código Civil, con la notificación que judicialmente se haya hecho a algunos de los demandados antes de expirar el plazo de tres años, se interrumpe la prescripción en perjuicio de los demás codeudores notificados fuera de dicho término. (Casación Civil. Mayo 29/59. Nos. 2211-2212)

598, 1ª

— 296 —

PRESIDENTE DE LA REPUBLICA (Su responsabilidad y juzgamiento durante el ejercicio del cargo y después de que haya hecho dejación del mismo)

Como el delito que se imputa al acusado se hace consistir en hechos ejecutados por él cuando desempeñaba el cargo de Presidente de la República, debe tenerse en cuenta esta calidad para los efectos de determinar su responsabilidad, a quién compete juzgarlo, y mediante el cumplimiento de qué requisitos.

Parece inconcuso que, en virtud de lo dispuesto por los artículos 96, 97, 102 y 151 de la Constitución, y 43, 579 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, corresponde: a la Cámara de Representantes acusar al Presidente de la República (en el período de su cargo y por delitos cometidos durante su ejercicio) ante el Senado; a éste declarar si hay lugar a seguimiento de causa por el

delito respectivo; y a la Corte juzgarlo cuando se ha producido tal declaratoria.

No es, sin embargo, tan clara la competencia de tales corporaciones, para hacer lo antes dicho, cuando el acusado ha perdido la calidad de Presidente de la República y ha transcurrido el término para el cual fue elegido, pues se afirma que a ello se opone el artículo 131 de la Carta, cuyo tenor es como sigue: "El Presidente de la República, durante el período para el que sea elegido, y el que se halle encargado del Poder Ejecutivo, mientras lo ejerza, no podrán ser perseguidos ni juzgados por delitos, sino en virtud de acusación de la Cámara de Representantes y cuando el Senado haya declarado que hay lugar a formación de causa".

Mas, si se repara cuidadosamente el texto transcrito, con facilidad se advierte que él no señala competencia alguna, sino que consagra una prohibición: la de perseguir o juzgar a dichos funcionarios, en las oportunidades allí previstas, "por delitos", que pueden haberse cometido por el Presidente durante su período o antes de iniciarse éste, y por el encargado del Poder Ejecutivo durante el ejercicio del mando o antes de él. Se trata, pues, de una prerrogativa que no cobija al ex-Presidente fuera de su período, ni a quien dejó de ejercer el Poder Ejecutivo con el carácter de encargado, y no de una limitación de competencia que los excluya del fuero que para su juzgamiento, por delitos cometidos durante el ejercicio de sus cargos, les reconocen la Constitución y la ley. Para establecer, entonces, a quién corresponde juzgar, y mediante qué requisitos, a las personas que se encuentren en tales circunstancias, hay que prescindir de la examinada norma y acogerse a las reglas generales sobre la materia.

En este orden de ideas se encuentra que los funcionarios públicos en general y el Presidente de la República en particular son responsables por sus actos u omisiones

que violen la Constitución o las leyes (artículos 20 y 130 de la C. N.), y que, por mandato expreso de la propia Carta (artículo 62); "la ley determinará los casos... de responsabilidad de los funcionarios y modo de hacerla efectiva", lo cual equivale a decir que establecerá los delitos y las acciones que de ellos se deduzcan, e indicará quiénes deben ejercerlas y mediante qué procedimientos.

En desarrollo de estos preceptos el Código Penal erigió en delitos, entre otros casos de responsabilidad de los funcionarios, los hechos contemplados como "delitos contra la administración pública", entre los cuales figura el que se atribuye al procesado. Y el Código de Procedimiento Penal, en disposiciones comunes a los funcionarios y a los particulares, establece que "toda infracción de la ley penal origina acción penal" (artículo 8º) y que "la acción penal corresponde exclusivamente al Ministerio Público, al funcionario de instrucción y al Juez competente..." (artículo 95). Infiérese de lo dicho, como conclusión obvia, que tan pronto como un funcionario incurre en un delito surge acción penal que ésta debe ser ejercida, desde ese mismo instante, por las personas indicadas, y que no puede ella estar subordinada a eventualidades posteriores no previstas por la Constitución ni la ley.

En consecuencia, si un funcionario público amparado por fuero especial incurre en algún delito, desde el momento mismo en que lo realiza queda sujeto a acción penal, la cual debe ser ejercida "exclusivamente" por sus titulares, aunque, por no haberse promovido ella de inmediato, el proceso a que haya lugar sólo se inicie o prosiga cuando el responsable haya perdido su calidad oficial. Así se explica por qué la Corte ha venido juzgando, desde lejanos tiempos y en forma reiterada, a ex-gobernadores de departamentos y a ex-magistrados de tribu-

nales superiores por actos cometidos durante el anterior ejercicio de sus cargos.

De la misma suerte, si un ciudadano particular, ejecuta un delito no podrá invocar el fuero por el hecho de que antes de abrirse o fallarse el proceso adquiriera la calidad de funcionario que da lugar a él para los actos que el agente efectúe como tal.

Sólo que si el cargo que llegue a ocupar es la Presidencia de la República, el titular, durante el período para que sea elegido, y el encargado, durante el término de su ejercicio del Poder Ejecutivo, no podrán ser perseguidos por el Agente del Ministerio Público, y el Instructor respectivos, ni juzgados por el Juez competente, "sino en virtud de acusación de la Cámara de Representantes y cuando el Senado haya declarado que hay lugar a formación de causa", conforme a lo dispuesto, por vía de excepción y privilegio, en el artículo 131 de la Superley. Y nótese que ni siquiera en el caso de que sea necesario el cumplimiento de tales requisitos hay traslado de competencia de unos funcionarios a otros, pues los artículos 151 (atribución 1ª) *ibidem* y 43 del C. de P. P., que fijan la de la Corte para juzgar al Presidente de la República, sólo se refieren a los supuestos del artículo 97 de la Carta, y no a los de su artículo 131.

De lo expuesto es preciso concluir que si los actos atribuidos como delictuosos al acusado ocurrieron cuando éste era Presidente de la República la acción penal originada por ellos corresponde :A) A la Cámara de Representantes, para los efectos de promover la acusación como Agente del Ministerio Público (artículos 102 —atribución 5ª— de la Carta y 579 del Código de Procedimiento Penal) y de "inquirir", esto es, investigar, averiguar, "los hechos criminosos y la conducta" del acusado (Art. 581 *ibidem*); B) Al Senado, como a funcionario de instrucción con facultad para detener (artículos 60 y 595 de la misma obra), para los fines indicados

en el artículo 97 de la Constitución Nacional, vale decir imponer las penas de destitución del empleo, o privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos, si se trata de "delitos cometidos en ejercicio de sus funciones" por el agente, y seguirle juicio ante la Corte, "si los hechos le constituyen responsable de infracción que merezca otra pena" (regla 2ª); o declarar si hay o no "lugar a seguimiento de causa", "si la acusación se refiere a delitos comunes" (regla 3ª), y C) A la Corte Suprema de Justicia, una vez producida tal declaratoria en sentido afirmativo, la competencia privativa para el juzgamiento (artículos 151 —atribución 1ª— de la Carta y 43 del Código de Procedimiento Penal). La circunstancia de que, debido a su inexistencia en la práctica, las dos primeras de dichas corporaciones no hubieran podido cumplir antes su deber a este respecto, no las inhibe para ejercer una acción penal que les incumbe y no se ha extinguido en forma alguna. (Sala Plena. Mayo 4/59. Nos. 2211-2212).....:496, 1ª y 2ª y 497, 1ª y 2ª

— 297 —

PRESTACIONES SOCIALES (Validez de las extralegales)

Tiene sentado la jurisprudencia que la interpretación errónea sólo puede atribuírsele a aquellas disposiciones que se prestan a dos o más interpretaciones de diverso sentido, y se configura cuando dentro de éstos el sentido que el juzgador acoge es erróneo. Cabría el predicado de error interpretativo del artículo 13 si su contenido diera base a ser interpretado de diferentes maneras. Mas su texto es una proposición jurídica inexpugnable: la ley sustantiva consagra un mínimo de prestaciones; todo pacto por debajo de ese mínimo es nulo y carece de efectos.

La interpretación que el recurrente considera verdadera haría decir al texto anterior que todo pacto por encima del mínimo daría derecho a repetición de lo pagado, lo cual no se aviene en manera alguna con la sencilla declaración del mandato legal. O que si los "pluses" reconocidos y pagados lo fueron en desarrollo de un derecho extraño al colombiano, al aplicarse éste debería procederse a una compensación, sin tener en cuenta la heterogeneidad de los extremos. O que, no, habiéndose sobrepasado la prestación colombiana por mera liberalidad, puesto que ésta no se presume, lo dado en exceso al trabajador puede ser compensado por el patrono. Ninguna de estas interpretaciones caben dentro de la norma mencionada. (Casación Laboral. Abril 9/59. Nº 2210).....422, 2ª y 423, 1ª

— 298 —

PRUEBA (Admisibilidad de la testimonial para obligaciones mayores de \$ 500)

Conforme al artículo 93 de la Ley 153 de 1887, es admisible la prueba testimonial, no obstante que la obligación valga más de quinientos pesos, cuando haya sido imposible obtener la prueba escrita. Sobre este punto la doctrina considera que en ciertos casos la propia ley autoriza la excepción, como ocurre con el depósito necesario (artículo 2.261 del Código Civil), en virtud de la naturaleza especial de tal contrato. Igualmente se ha extendido el principio a los servicios médicos, pues de acuerdo con la costumbre no se exige en ellos prueba escrita. Por último, se ha admitido que no es necesaria prueba de tal índole cuando ha existido imposibilidad física o moral para obtenerla, supuesto en que, como expresan Planiol y Ripert, los Tribunales de instancia "tienen en esta materia amplísimas facultades de apreciación". (Tomo VII,

página 884). (Casación Civil. Abril 16/59. N° 2210)326, 1ª

— 299 —

PRUEBA (De la eficacia del trabajador)

La ley no exige que el hecho de la comparación de trabajo sólo pueda establecerse mediante el cotejo de diplomas o títulos de capacitación y eficiencia laborales sustancialmente válidos sino que tal hecho se demuestre por los medios probatorios comunes. (Casación Laboral. Abril 27/59. N° 2210)445, 2ª

— 300 —

PRUEBA (De la prestación de servicios médicos)

Véase el aparte Médicos en el número 254 de este Índice.

— 301 —

PRUEBAS (Aducida en inspección ocular)

En caso de duda sobre la oportunidad para darle mérito a las partidas sobre estado civil presentadas en diligencia de inspección ocular, esa duda habría de resolverla la Corte dándole una aplicación práctica al artículo 472 del Código de Procedimiento Civil, en el sentido allí previsto, o sea, de la efectividad de los medios probatorios para sacar adelante los derechos concedidos por la ley sustantiva, siempre que, desde luego, las pruebas que se estudien en un caso concreto, hayan pasado por la oportunidad procesal de la publicidad y de la contradicción para la parte a quien puedan perjudicar.

El artículo 1º del Decreto 243 de 1951 establece la posibilidad de apertura a prueba en la segunda instancia en los juicios ordi-

narios, "cuando alguno de los interesados solicite la práctica de una inspección ocular"; en consecuencia, en el momento en que por petición de tal naturaleza el Tribunal decreta dicha prueba, es la oportunidad para que la otra parte pueda impugnar la respectiva resolución judicial, de acuerdo con las reglas generales. Si no la impugna o si no prosperan los recursos pertinentes, el decreto queda firme y produce todos sus efectos, por lo cual, en virtud de la preclusión, no procede en casación calificar la procedencia de la prueba producida como consecuencia de dicha orden. (Casación Civil. Junio 15/59. Nos. 2211-2212)641, 1ª y 2ª

— 302 —

PRUEBAS (El auto que las decreta puede cumplirse antes de su ejecutoria)

De lo establecido por el artículo 327 del Código Judicial se infiere que, por regla general, las resoluciones de los Jueces producen efectos tan pronto como se han notificado legalmente a las partes. De donde se sigue que el auto mediante el cual se ordena la práctica de una prueba puede cumplirse antes de estar en firme, pero la validez de ésta queda sujeta a una condición resolutoria; si contra aquél prospera un recurso ya interpuesto o que se proponga en tiempo oportuno, la prueba carece de valor, por cuanto se originó en un acto que tampoco lo tenía. En el supuesto contrario, al ejecutoriarse la orden se vuelve también firme lo que en su virtud se hizo, porque o aquélla era sustancialmente legal o la parte afectada, con su conformidad expresa o tácita, subsanó los vicios de que pudiera adolecer. (Casación Penal. Febrero 3/59. Nos. 2207-2208-2209).

170, 1ª

— 303 —

PRUEBAS (Oportunidad para su estimación)

La labor estimativa del acervo probatorio, como lo enseña el derecho procesal, tiene su oportunidad y ésta es, según lo prescrito en el artículo 472 del Código Judicial, al tiempo de proferirse la decisión de fondo sobre la litis. Esta ha sido también, la tradicional doctrina de la Corte, como puede verse, entre otras, en providencia de 28 de enero de 1948, (G. J., Tomo LXIII, número 2057-2058, página 912). (Casación Civil. Junio 4/59. Nos. 2211-2212)616, 1ª y 2ª

— 304 —

PRUEBAS (Soberanía del sentenciador en su apreciación)

La Corte no puede modificar el criterio del Tribunal, porque tanto nuestro derecho probatorio, como la jurisprudencia nacional, consagran el principio de que el fallador goza de autonomía en materia de apreciación probatoria, que tiene un mayor marco de amplitud en juicios de esta índole (separación de bienes de sociedad conyugal), por la naturaleza de los hechos allí controvertidos, y es por ello que Planiol y Ripert refiriéndose a tales juicios, dice lo siguiente:

“En esta clase de juicios los Tribunales de casación no sólo dejan a los Jueces de instancia la libertad de apreciar la gravedad de los hechos alegados como motivos de la separación, sino que además abandonan todo control en la determinación de los hechos clasificados como tales”. (Casación Civil. Marzo 17/59. Nos. 2207-2208-2209)84, 2ª

— 305 —

PRUEBAS (Su apreciación en materia laboral)

En sentencia de 17 de diciembre de 1949,

el antiguo Tribunal Supremo afirmó: “Existe pues, en el derecho del trabajo, el sistema llamado del íntimo convencimiento, en oposición al de la prueba legal o positiva. La verdad jurídica depende de la conciencia del Juez, desde el momento en que no se halla sometido a ninguna regla legal para la estimación de las pruebas”. En otra oportunidad, el 22 de agosto de 1949, el Tribunal había sentado igual tesis jurisprudencial: “En los juicios laborales no hay tarifa probatoria, y el fallador forma su convencimiento libremente sin hallarse sometido a ella, por lo cual puede un Tribunal desestimar el dicho de dos testigos, producido con caracteres de uniformidad, y atenerse al de uno solo que le produzca mejor impresión de credibilidad, sin que este proceder implique violación legal alguna”. (Casación Laboral. Junio 10/59. Nº 2211856, 1ª

— 306 —

PRUEBAS (Su producción)

La ley de procedimientos civiles determina en sus disposiciones el modo de pedir, decretar y practicar pruebas. Al mismo tiempo, generalmente, les fija su valor. Esas normas son de orden público, su cumplimiento obligatorio para el Juez y para las partes. Dentro de esos principios, como cuestión fundamental e ineludible están consagrados los de contradicción y publicidad, base y fundamento de la lealtad entre las partes contendientes y de la igualdad de derechos en el litigio, pues para ninguna de las partes puede existir ni prueba oculta, ni prueba que, por lo menos en principio, no pueda impugnarse. Entre esas normas, el artículo 593 establece que toda decisión judicial, en materia civil, se funda en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, si la existencia y verdad de unos y otros aparecen demostrados, de manera plena y completa según la

ley, por alguno o algunos de los medios probatorios especificados en el presente Título y conocidos universalmente con el nombre de pruebas.

— R —

— 307 —

RECUSACION (Por enemistad)

Luégo, en el artículo 597, se lee la siguiente ordenación:

Como los sentimientos, según enseñan los psicólogos, son los fenómenos más subjetivos de la personalidad o del psiquismo, en caso de enemistad ésta debe comprobarse plenamente para que prospere la recusación. (Casación Penal. Abril 27/59. N° 2210)....

394, 2ª

Para estimar el mérito de las pruebas, éstas han de formar parte del proceso.

1º) Por haberse acompañado a los escritos de demanda o de excepciones, o a las contestaciones respectivas.

— 308 —

2º) Por haberse presentado en inspecciones u otras diligencias en que intervienen el Juez y las partes.

3º) Por haberse pedido dentro de los términos señalados al efecto, y practicado antes de la citación para sentencia, cuando se requiera tal formalidad, y de no, antes de proferirse la correspondiente decisión.

REFORMATIO IN PEJUS

El Superior, ante el cual se surte un recurso de apelación, interpuesto únicamente por uno de los litigantes, no puede enmendar la providencia recurrida en el sentido de hacer más gravosa la situación jurídica para el recurrente (Casación Civil. Febrero 6/59. Nos. 2207-2208-2209) 29, 2ª

4º) Por haberse decretado sin petición de parte, cuando el Juez tenga esa facultad.

— 309 —

Por modo que debe estimarse el mérito de las pruebas, entre otros casos por el artículo enumerado, cuando se presenten en inspecciones oculares u otras diligencias en que intervienen las partes y el Juez. Eso es lo fundamental, que las partes no desconozcan las pruebas que recíprocamente se presentan para efecto de que puedan gozar de los derechos respectivos dentro del procedimiento civil. Desde luego, la inspección misma es una prueba que tiene por objeto el examen y reconocimiento que, para juzgar con más acierto, hace el Juez, acompañado de peritos o testigos, de cosas o hechos litigiosos relacionados con el debate, según el artículo 724 del citado código, pero es también un medio para aducirlas y estimar su mérito, según el artículo 597, (Casación Civil. Junio 15/59. Nos. 2211-2212) 640, 1ª y 2ª

REINCIDENCIA (Como índice de mayor peligrosidad)

Es inválido el argumento de que no es computable la reincidencia por no asumir ésta las condiciones de REITERADA o ESPECIAL, pues el sistema adoptado por el Código Penal Colombiano en esta materia, muy claramente consignado en el artículo 34, es el de la REINCIDENCIA GENERICA que es índice de peligrosidad social tanto o más manifiesto que el de la REITERACION, propiamente dicha. (Casación Penal. Junio 18/59. Nos. 2211-2212) 788, 1ª

— 310 —

REINCIDENCIA (Sanción accesoria)

Las solas reincidencias no permiten imponer la sanción accesoria, como en repetidas ocasiones lo ha sostenido esta Corporación al pronunciarse sobre esta materia. (Casaciones de 18 y 25 de febrero de 1949, G. J. Tomo LXV, números 2068-2069). (Casación Penal. Junio 18/59. Nos. 2211-2212) 792, 2ª y 793, 1ª y 2ª

— 311 —

REINCIDENCIA (Tendencia persistente al delito)

De conformidad con el artículo 34 del C. Penal, "de la segunda reincidencia en adelante se aplicará como accesoria la relegación a una colonia agrícola especial, por cinco a quince años", fórmula ésta que viene a constituir en nuestro sistema penal un estatuto de represión para la DELINCUENCIA HABITUAL, pero cuyo ejercicio no depende exclusivamente de la existencia mínima de dos condenaciones anteriores, sino de la DEMOSTRACION en el proceso de que hay en el AGENTE "una tendencia persistente al delito", es decir, cuando se puede dar por ESTABLECIDO en la causa que el acusado es un delincuente por tendencia, una personalidad criminal no susceptible de corregir con los tratamientos penales ordinarios y cuya revelada peligrosidad individual y social impone su segregación más prolongada.

Pero para esa delicada calificación de la habitualidad criminal, prudentemente el Código sólo hace imperativa la aplicación de la medida accesoria, cuando a más del hecho numérico de las reincidencias, resulta establecida "la tendencia persistente al delito", con base en el examen de estos presupuestos:

I.—NATURALEZA Y MODALIDADES DE LOS HECHOS COMETIDOS.—No sobra repetir, que el indicio que de aquí resulta para establecer la HABITUALIDAD o tendencia al delito, precisa construirlo estudiando el delito SUB-JUDICE lo mismo que los cometidos y sancionados dentro de los diez años anteriores, para ver de inferir lógicamente si esos hechos, por su objetividad y circunstancias de comisión revelan, por lo menos parcialmente, la tendencia criminal.

II.—MOTIVOS DETERMINANTES.— Su estudio, en la misma extensión, puede y debe ser índice de la verdadera peligrosidad del agente.

III.—CONDICIONES PERSONALES DEL PROCESADO.—Deben ser, de acuerdo con lo que el mismo Código de Procedimiento Penal dispone en los ordinales 5º y 7º del artículo 294, las condiciones que caracterizan la personalidad del procesado al tiempo del sumario, y, sus condiciones de vida individual, familiar y social, factores éstos que debidamente acreditados en los procesos, son los más adecuados para resolver con acierto sobre la sanción accesoria de relegación. (Casación Penal. Junio 18/59. Nos. 2211-2212). 791, 1ª y 2ª

— 312 —

REIVINDICACION (Contra el tenedor)

La norma del artículo 971 del Código Civil, como reiteradamente lo ha sostenido en numerosos fallos esta Superioridad, no puede considerarse como un principio excepcional al general en el sentido de ser siempre persona responsable como sujeto pasivo de la acción de dominio sin discriminación alguna el tenedor.

Por lo demás, cuando nuestro Código Civil en el Título XII relativo a la reivindicación

ción hace alusión al mero tenedor en el artículo 953 no es en manera alguna para señalarlo como posible demandado, sino para obligarlo a declarar el nombre y residencia de la persona a cuya nombre la tiene a fin de indicárselo al demandante. Así fijó el alcance del precitado artículo la Corte en su sentencia de fecha 5 de diciembre de 1944 (G. J., tomo LVIII, página 172). Este principio está consignado en el artículo 214 del Código Judicial. (Casación Civil. Febrero 28/59. Nos. 2207-2208-2209)77, 2ª

— 313 —

REIVINDICACION (Elementos de la acción)

La acción reivindicatoria o de dominio, está configurada por cuatro elementos fundamentales, cuya comprobación judicial es esencial para el éxito de ella. Son estos: a) Cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular; b) Derecho de dominio del demandante; c) Posesión material en el demandado; y d) Identidad entre la cosa que se pretende y la poseída por el reo.

Mas no basta en esta clase de juicios, determinar concretamente en la demanda el bien que pretende reivindicarse, por sus linderos, para poder decirse que con ello quedó satisfecho el primero de los requisitos necesarios para la procedencia de la acción, pues, es necesario acreditar por los medios probatorios adecuados, que el lote sobre el cual versa la acción de dominio, es el mismo que ocupa o detenta el reo, y de ahí que la Corte reiteradamente haya dicho en sus fallos, que una vez llenado el requisito de la identificación y si no hay defectos procesales, es cuando procede estudiar los títulos exhibidos por las partes comprometidas en el litigio, para decidir sobre su prevalencia. (Casación Civil. Junio 4/59. Nos. 2211-2212)611, 1ª y 2ª

— 314 —

REIVINDICACION (Prueba de la identidad de la cosa)

Para la comprobación judicial de la identidad que existe entre la cosa que pretende reivindicarse y la poseída por el reo, ciertamente nuestro derecho probatorio no exige en estos casos una prueba específica, pero en todo caso la más adecuada para tal fin es la prueba de inspección ocular. (Casación Civil. Junio 4/59. Nos. 2211-2212)612, 1ª

— 315 —

REIVINDICACION (Singularización e identificación del bien)

Son elementos diferentes de la acción de dominio la singularización del bien que se trata de reivindicar y la identificación del mismo, consistiendo el primero en que la cosa sea determinada, concreta, cuerpo cierto; en tanto que el segundo hace relación a que sea una misma la que reclama el reivindicante con la que posee el demandado.

Cuando de bienes raíces se trata la singularización se cumple fijándole al fundo linderos precisos, que no permitan su confusión con otros. La identificación puede hacerse por cualquiera de los medios probatorios establecidos en la ley, aun cuando el más adecuado es el de la inspección ocular, como lo ha dicho la Corte en repetidos fallos. (Casación Civil. Marzo 18/59. Nos. 2207-2208-2209)98, 2ª y 99, 1ª

— 316 —

RELACIONES SEXUALES (Su prueba)

La doctrina y la jurisprudencia propugnan porque tratándose de relaciones sexuales estables no puede exigirse prueba directa sino que basta la indirecta. La Corte expresa

que la Ley 45 de 1936 en este punto "establece una presunción sobre la cual es necesario que aparezcan probados los hechos que la producen: relaciones sexuales estables, mantenidas de manera notoria. No es verosímil que la ley haya querido exigir para la demostración de ellas que los testigos hayan presenciado la intimidad o la realización del hecho de las relaciones sexuales. Sobre esto no se puede dar testimonio sino por referencias resultantes de actos o demostraciones que los testigos hayan visto u oído a la pareja a quien se atribuyen aquella clase de relaciones" (G. J., Tomo LX, página 782). (Casación Civil. Febrero 11/59. Nos. 2207-2208-2209)36, 1ª y 2ª

— 317 —

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL (Indemnización total y ordinaria)

Siendo la vinculación entre demandante y demandado un contrato, considerado como tal por la ley (artículo 4º del Decreto 2.127 de 1945), las prestaciones mutuas surgidas del mismo, la responsabilidad de las partes, sus deberes recíprocos y su culpa eran de carácter contractual.

En este orden de ideas es menester aclarar que si bien cierta clase de culpas determinantes del incremento del riesgo profesional creado o extrañas a éste, originan una responsabilidad plenaria semejante a la del Título XXXIV del Libro IV del Código Civil, al tenor del artículo 12, literal b) in fine de la Ley 6ª de 1945 y del artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, ello no significa que se trate de la culpa aquiliana, o extra-contractual, sino de la culpa contractual que por mandato expreso de la ley genera en estos casos la responsabilidad plena y la indemnización ordinaria.

No se trata aquí de la culpa de un tercero que le produce un daño a otro tercero. Se

trata de la culpa de un contratante, que dentro de la ejecución de un contrato laboral, le causa un perjuicio al otro contratante, y que por ministerio de la ley origina no ya la indemnización correspondiente al riesgo creado (propia del accidente de trabajo) sino la indemnización "total y ordinaria" por el perjuicio causado. (Casación Laboral. Febrero 16/59. Nos. 2207-2208-2209)242, 1ª y 2ª

— 318 —

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA- TRACTUAL (Cómo se desvirtúa la presunción)

Los artículos 2.341 y 2.356 del Código Civil, cuyo alcance jurídico ha fijado la Corte desde 1935 consagran los principios generales llamados a regir o a condicionar toda decisión en que esté de por medio la culpa extracontractual.

Según el precitado artículo 2.356 del Código Civil, quien ha cometido algún delito o culpa con perjuicio de otro, debe reponerlo. La presunción de culpabilidad allí establecida, puede destruirse, como lo ha dicho la Corte, probando la fuerza mayor que opera en todo caso, o el caso fortuito, o la intervención de un elemento extraño cuando reúne determinados requisitos. (Casación Civil. Febrero 6/59. Nos. 2207-2208-2209)28, 1º

— 319 —

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA- TRACTUAL (Por el hecho ajeno.—De los empresarios respecto de sus choferes dependientes)

Por regla general, sólo se responde del propio hecho ilícito, tal cual se deduce de los artículos 2.341 y 2.356 del Código Civil. Sin embargo, por excepción, se responde civilmente de actos ilícitos efectuados por otro,

como ocurre en los casos en que el autor del daño se encuentra bajo el cuidado o dependencia de otra persona a quien debe subordinación u obediencia. Este es el principio consagrado en el primer inciso del artículo 2.347 del Código Civil cuando expresa que "toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquéllos que estuvieren a su cuidado".

Los doctrinantes y la jurisprudencia han dado varios fundamentos a esta clase de responsabilidad, prevaleciendo la tesis de que quien tiene bajo su dependencia o cuidado a una persona que le debe subordinación, está obligado a vigilarla a fin de que no ocasione daños. Por eso puede decirse que se presume la culpabilidad de la persona que ejerce dicha vigilancia.

En cierto modo no sería del todo exacto hablar de responsabilidad por el hecho ajeno, pues quien tiene bajo su cuidado o dependencia a una persona que causa un daño, en el fondo no responde por el hecho de ésta, sino por el suyo propio, cual es la falta de vigilancia que sobre el autor del daño debía ejercer. Su responsabilidad proviene de su culpa personal y por eso está obligado a indemnizar; si se habla de responsabilidad por el hecho ajeno es porque esa culpa constituye la causa mediata del daño, en tanto que el hecho dañoso implica la causa inmediata.

La responsabilidad por el hecho ajeno, dentro de su carácter excepcional, es aplicable a todos los casos en que una persona natural o jurídica tenga bajo su cuidado o dependencia a otra, aunque no se trate de los casos previstos en el artículo 2.347 del Código Civil. A diferencia de lo que ocurre en el Código Francés y en muchos otros, la enunciación de tales casos no es taxativa, según se desprende de la indicada norma en su primer inciso que hace referencia a toda persona, como del adverbio así con que comienzan los incisos que siguen. Este ad-

verbio empleado en cada uno de ellos y después de haberse dictado un precepto de carácter general, constituye una simple enunciación de ejemplos. Lo mismo puede predicarse en relación con los artículos 2.348, 2.349 y 2.350 del C. C.

Para que haya lugar a la responsabilidad por el hecho ajeno se requiere que exista un vínculo de subordinación entre el autor del daño y la persona llamada a responder por ese hecho. Por eso la ley habla de que existe responsabilidad respecto de quien tiene a otro "a su cuidado", es decir, bajo su vigilancia.

La doctrina contemporánea se ha orientado en el sentido de que es indiferente la causa o razón de dicha subordinación, la cual puede emanar de la ley, de una convención o de una mera situación de hecho. Mas si falta el vínculo mencionado no se presenta la responsabilidad de que se viene tratando, pues el hecho ilícito no podría atribuirse a carencia de vigilancia sobre su autor por persona que no estaba obligada a ejercerla.

Tanto los amos o patronos en relación con sus criados o sirvientes, expresiones que trae el Código Civil, como el empresario respecto de sus dependientes, caso contemplado en la última parte del artículo 2.347 de la misma obra, se encuentran en la posibilidad de responder por los hechos culposos de sus subordinados. Las dos situaciones no sólo son análogas, sino que se complementan recíprocamente.

Al efecto, puede verse la sentencia de la Corte, —Sala de Casación Civil—, de fecha 12 de mayo de 1939, G. J. Tomo XLVIII, páginas 28 y 29.

Es indudable que las empresas de automóviles de servicio público quedan incursas en la responsabilidad por el hecho dañoso de sus dependientes, sea que se considere el caso a la luz del último inciso del artículo 2.347 o de lo previsto en el 2.349. Así la Corte ha admitido que de conformidad con la pri-

mera de tales normas una empresa de esta índole "es responsable del hecho del chofer que manejaba el auto que causó el accidente", pues tal precepto ordena que los empresarios responden por el hecho de sus dependientes. (G. J., número 2001, pág. 322). (Casación Civil. Febrero 2/59. Nos. 2207-2208-2209).
19, 2ª, 20, 1ª y 2ª y 21, 1ª

— 320 —

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL (Por el hecho de un dependiente)

Cuando el legislador ha dicho que los empresarios son responsables del hecho de sus dependientes mientras estén bajo su cuidado, no ha limitado esa responsabilidad a que el trabajador sea nombrado directa y personalmente por el gerente o director de la empresa, sino que ello lo cobija siempre que aparezca que hay una relación de dependencia entre la empresa y el trabajador.

Para saber si existe esa relación no importa tanto determinar la persona que hizo la designación sino la situación en que se encuentre el trabajador frente a la empresa de tal suerte que si se halla dedicado a actividades propias del empresario, con el consentimiento de éste o de sus agentes, lo que se supone si no ha sido desautorizado expresamente, hay lugar a deducir la responsabilidad contra el empresario, responsabilidad consagrada en el artículo 2.347 del C. C.

Los expositores Mazeaud dicen a este respecto: "Cada vez que alguna persona ejerza o aún deje de ejercer por otra una función comprendida dentro del círculo de sus actividades, puede afirmarse que la primera ha escogido a la segunda. Sin duda no siempre la primera ha designado a la segunda por sí misma, pero al dejar obrar a la persona designada, ratifica la designación. Esta ratificación tácita, equivale a una verdadera elec-

ción". (Tratado Teórico y Práctico de la responsabilidad Civil delictual y contractual, página 333). (Casación Civil. Mayo 29/59. Nos. 2211-2212)600, 2ª

— 321 —

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL (Prueba del vínculo de causalidad)

Es evidente que para que se pueda predicar responsabilidad extracontractual en contra de una persona no basta demostrar la culpa de ésta ni el perjuicio sufrido por la parte demandante, sino que es necesario establecer que el perjuicio sea consecuencia de la culpa. Es el llamado vínculo de causalidad entre la culpa y el perjuicio, que se debe probar debidamente para que pueda prosperar la acción indemnizatoria. Porque podría ocurrir que la culpa probada no fuera la causa del perjuicio o porque haya otras culpas extrañas al demandado que fueran la causa determinante del daño.

Sólo que para establecer ese vínculo de causalidad la prueba es completamente libre dentro de los medios probatorios establecidos por la ley, por cuanto se trata de demostrar la existencia de un hecho y no de un acto jurídico. Por tal motivo el demandante puede acudir a la prueba de testigos, a inspecciones oculares, a presunciones, etc., si en cada caso concreto considera que uno de tales medios o todos ellos en conjunto sirven para llevar certeza legal al juzgador respecto de la conexidad entre la culpa atribuida al demandado y el daño o perjuicio sufrido por el actor. Lo que sucede es que el medio más adecuado en la mayoría de los casos será la prueba de peritos, por tratarse en general de dilucidar cuestiones que exigen conocimientos especiales en determinada ciencia o arte. Pero no es prueba exclusiva.

Para efectos de fijar el vínculo entre la

culpa y el perjuicio es suficiente que aparezca demostrada una causa atribuida a culpa del demandado, con fuerza suficiente para producir el daño. (Casación Civil. Mayo 14/59 Nos. 2211-2212) 549, 1ª y 2ª, 550, 2ª y 552, 1ª

— 322 —

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL (Simple y compleja)

La responsabilidad civil por el hecho ajeno no excluye la responsabilidad personal del autor directo del daño, pero sin que pueda dar margen a doble indemnización. La víctima tiene entonces ante sí dos responsables: el autor del daño que da pie a la responsabilidad simple, y quien responde del hecho ajeno, fenómeno que la doctrina denomina responsabilidad compleja. A cada uno de ellos puede demandar, separada o conjuntamente, la reparación del daño. Cuando el demandante opta por ejercer la acción de responsabilidad indirecta, —por demandar a la empresa a la cual se hallaba afiliado el vehículo que originó el accidente y al dueño de aquél, pero sin incluir en la demanda al conductor del vehículo—, la cuestión debe dilucidarse a la luz de lo previsto en los artículos 2347, última parte, y 2.349, que se complementan, y no de los artículos 2.341 y 2.343 y 2.345, que pueden ser pertinentes si se demanda al autor directo del perjuicio. (Casación Civil. Febrero 2/59. Nos. 2207-2208-2209) 22, 1ª

— 323 —

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL (Solidaridad en la directa e indirecta)

La solidaridad prevista en el artículo 2.344 del Código Civil tiene lugar cuando el delito o culpa ha sido cometido por dos o más per-

sonas. Por consiguiente, para que proceda dicho tipo de responsabilidad es necesario que un mismo delito o culpa haya sido cometido por varias personas, es decir, que el hecho ilícito se haya ejecutado por todas ellas; en otras palabras: que haya pluralidad de sujetos pero unidad de hecho, lo cual se desprende de la propia disposición legal que habla de un delito o culpa cometido por dos o más personas y del perjuicio procedente del mismo delito o culpa.

Por esta causa, se ha aceptado que la responsabilidad indirecta puede ser solidaria "si son varias las personas que a un mismo tiempo tienen a su cuidado al autor del daño". (Alessandri Rodríguez. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Chileno). (Casación Civil. Febrero 2/59. Nos. 2207-2208-2209) 22, 2ª

— 324 —

RESPONSABILIDAD PENAL (Causal eximente por insuperable coacción ajena)

"El artículo 23 del Código Penal habla de que no hay lugar a responsabilidad cuando el hecho se comete: Por insuperable coacción ajena...". La coacción constituye una circunstancia de excusa de la responsabilidad, porque aunque el hecho es ejecutado por el agente no es propio de él, no es suyo, sino del que ejercita la violencia. *Non agit, sed agitur* (Derecho Penal Colombiano. Agustín Gómez Prada). Así pues, en tratándose de coacción moral, para que pueda hablarse de irresponsabilidad, es preciso: 1º Que haya un peligro inminente, esto es, que no sea futuro e incierto; 2º De un mal que aparezca al sujeto como más grave que el que pueda ocasionarle el hecho ilícito propuesto; y 3º Que no pueda ser evitado sino realizando ese hecho ilícito prohibido por la ley. (Comentario del mismo autor citado). (Casación Penal. Mayo 15/59. Nos. 2211-2212) 738, 2º

— 325 —

REVISION (Pruebas no conocidas al tiempo del juzgamiento)

“Las pruebas no conocidas”, al tiempo del juicio cuya sentencia se pretende revisar, no pueden ser simples contrapruebas que hubieran debido producirse y no se produjeron en la respectiva oportunidad legal. Más aún: si durante el juicio la defensa pidió pruebas y le fueron negadas, el camino para remediar el agravio, no era otro que recurrir en casación con apoyo en el artículo 26 de la Ley de Leyes y en el artículo 567, numeral 4º del Código de Procedimiento Penal. Si no se hizo así en un debate de casación, no es admisible hacerlo ahora en orden al recurso de revisión, cuyo marco es muy estrecho, porque si fuera más amplio comprometería la eficacia que debe tener la cosa juzgada. (Casación Penal. Abril 1º/59. Nº 2210)

368, 1ª y 2ª

— 326 —

RIESGO CREADO (Culpa del trabajador)

Si se corría el peligro o existía el riesgo en cualquier tiempo en que emprendiera la tarea, bien fuera de horas diurnas o nocturnas o, dicho de otro modo, si la labor por circunstancias de lugar o espacio era de suyo peligrosa sin relación al tiempo, la escogencia de otro momento anterior o posterior al de la fecha del accidente no habría en manera alguna evitado la peligrosidad del trabajo, luego es ineficaz la argumentación de la parte demandada al atribuirle culpa al trabajador por no haber pospuesto la tarea.

Si dadas las condiciones de trabajo, el riesgo trascendía en el tiempo, resulta insólito pretender que el peligro del momento A desapareciese en el momento B, o el de éste dejara de serlo en el momento C, etc., siendo como era constantemente peligrosa la tarea en todo momento. Por lo cual, la no posposi-

ción del trabajo no puede enrostrarse como culpa del trabajador por el solo aspecto temporal en que se produjo el accidente. (Casación Laboral. Febrero 16/59. Nos. 2207-2208-2209) 237, 2ª

— 327 —

RIESGO CREADO (En el contrato de trabajo)

La teoría del riesgo profesional creado, ad usum principalmente en el contrato laboral, se enuncia diciendo que, en mayor o menor grado según la naturaleza del oficio, todo trabajador está sometido a un cúmulo de siniestros eventualmente sobrevinientes en la prestación de su servicio, riesgo que padece morigeraciones o agravaciones de acuerdo con circunstancias de tiempo y lugar vinculadas a su trabajo. La doctrina legal acoge el principio de que, por regla general, el patrono responde por los eventos accidentales causados por el riesgo creado, y —por excepción— el trabajador se responsabiliza cuando el accidente padecido por él sobreviene por su culpa grave.

Pero a más de la responsabilidad patronal por el riesgo profesional creado, el derecho positivo (artículo 1º —literal b)— in fine de la Ley 6ª de 1945) y la jurisprudencia (en armonía con el Título XXXIV del Libro 4º del Código Civil) responsabilizan al patrono de la indemnización ordinaria, cuando el accidente se produce por el riesgo profesional agravado por la culpa de dicho patrono, o cuando sobreviene por la sola culpa de éste. (Casación Laboral. Febrero 16/59. Nos. 2207-2208-2209) 237, 1ª

RIÑA IMPREVISTA

— 328 —

La riña y la provocación no son una misma cosa. El provocador puede ser un tercero y,

de otra parte, el autor de la riña puede ser bien el provocador o quien reciba la provocación, entendiéndose por autor el que inicia el ataque para que la contienda se produzca. De ahí que en términos generales la sola demostración de la provocación no basta para sacar el concepto de que pudo ser o no imprevista la reyerta. Pero cuando el provocador y el autor de la riña se confunden en una misma persona, esa idea de provocación envuelve conceptualmente y a su vez de manera racional la idea de que el provocado que se vio obligado a actuar obró en riña imprevista. Este planteamiento de perfecta sencillez lo acoge la Corte en la doctrina que el propio fallo recurrido recuerda, cuando dice:

“Si no consta con evidencia quién ha sido el causante de la riña, si no aparece el provocador configurado de manera patente, entonces habrá que concluir que la riña es imprevista”. (Cas., junio 24 de 1949, LXVI, 282) (Casación Penal. Mayo 6/59. Nos. 2211-2212)710, 1ª y 2ª

— S —

— 329 —

SALARIO (Para efecto de prestaciones sociales)

La noción del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, fijada en forma tan concreta y precisa por el legislador, es la que sirve de base en el cómputo de todas aquellas obligaciones, prestaciones e indemnizaciones para cuya liquidación la ley parte de la base del “salario” o del “salario promedio” en un período determinado. Si la ley no se refiere expresamente a salario ordinario (como por ejemplo en los artículos 173 y 174), y sólo habla de salario, el juzgador debe entender que se trata del definido por el precitado artículo 127, en todo su alcance, y debe medir la obligación correspondiente —si los

hechos a ello dieran lugar—, en función de las diferentes formas constitutivas de salario que dicho precepto establece. (Casación Laboral. Enero 15/59. Nos. 2207-2208-2209) 208, 2ª

— 330 —

SANCIONES DISCIPLINARIAS (Contra antiguos funcionarios del órgano judicial)

De la queja formulada contra los Magistrados de un Tribunal Superior de Distrito Judicial, la Corte ordenó que se les corriera traslado para que hicieran sus descargos, y comisionó para tal fin al Fiscal de la respectiva corporación. Empero como el comisionado advirtiera que en las diligencias aparece constancia de que dos de los funcionarios acusados ya no tienen aquella investidura, por haber cesado en el ejercicio de sus funciones, omitió correr a éstos el traslado que se le había encomendado, lo cual lleva a pensar que por haber dejado de ser funcionarios del Órgano Judicial del Estado no podrían ser objeto de sanciones disciplinarias, en caso de un fallo condenatorio en el asunto; no es menos cierto que el Decreto Extraordinario número 3.665 de 1950, en su artículo 8º, dispone que sea comunicada la decisión que recaiga en esta clase de negocios al Departamento de Vigilancia Judicial del Ministerio de Justicia, para “...anotar el contenido del fallo en la hoja de vida del funcionario respectivo”, constancia ésta que habría de dejarse, en tal evento, en las hojas de vida de todos los funcionarios acusados, así ocurra que las medidas disciplinarias de la multa, la suspensión o la destitución (artículo 3º del mismo Decreto citado) no resulten pertinentes sino con respecto a los acusados que continúan en el desempeño de sus funciones.

Y es natural que dicho informe al Departamento de Vigilancia Judicial del Ministe-

rio de Justicia sea enviado, aún en relación con los ex-funcionarios acusados, así solamente frente a sus compañeros que continúan en el ejercicio de sus cargos puedan ser tomadas las medidas disciplinarias de la multa, la suspensión o la destitución (en caso de un fallo condenatorio), si se tiene en cuenta que el Decreto 3.665 de 1950, dentro de su finalidad de tutela del recto desempeño de las funciones jurisdiccionales y del Ministerio Público, estableció un sistema precautelativo de desaciertos en la designación de los respectivos funcionarios, al llevar, en la citada dependencia de Vigilancia Judicial, las hojas de vida de quienes son empleados del Organismo Judicial o del Ministerio Público, en las que son anotadas las constancias sobre condenas por faltas en el desempeño de sus funciones. Y fallaría esa finalidad del citado. Estatuto Disciplinario, si fuese suficiente para un funcionario acusado el ya no estar en ejercicio de sus funciones, para que en su hoja de vida no quedase la constancia que debiera quedar, si su falta fue comprobada, ya que más tarde podría ser nuevamente elegido para un cargo similar, sin que en el Departamento de Vigilancia Judicial aparezca información alguna sobre los cargos que le fueron hechos y que resultaron ciertos.

Y como el envío del informe correspondiente, en caso de un fallo condenatorio en las diligencias, afecta el interés de todos los funcionarios acusados, pues representaría dicha constancia en sus hojas de vida una medida que moralmente incide en su contra, no es jurídico, ni justo, que en el negocio se pueda llegar a un fallo condenatorio sin que sean oídos y vencidos en esta clase de juzgamiento dos de los acusados, sólo porque, habiendo dejado de ser funcionarios, no podrían ser objeto de las ya citadas sanciones de la multa, la suspensión o la destitución. (Sala Plena. Febrero 3/59. Nos. 2207-2208-2209)7, 1ª y 2ª

SECRETARIOS (Obligación de pasar los negocios al despacho)

Del hecho de que el Secretario, una vez obtenida la vista fiscal, al pasar al despacho del Juez el proceso para su calificación, no hubiera informado sobre el estado de las diligencias actuadas, no puede deducirse que el juicio sea nulo, por haberle faltado la plenitud de formas contemplada en el artículo 26 de la Constitución.

La Corte en providencia de 3 de marzo de 1950 (G. J., Tomo LXVII, 205), fijó los alcances del artículo 121 del Código Judicial, que grava a los Secretarios judiciales, entre otras cosas, con la obligación de "pasar al despacho del respectivo superior los asuntos en que deba dictarse alguna resolución, sin necesidad de petición de parte" (Numeral 1º ib.). Eso fue lo que en el evento que se contempla hizo el Secretario, cuando el Fiscal devolvió el negocio con su concepto sobre el mérito del informativo y solicitó llamamiento a juicio para el acusado: pasar al despacho el asunto.

La función de la Secretaría quedaba, por el momento, agotada. Nada más tenía que hacer; y sería extravagante pensar que dicho subalterno tuviera el deber legal de verificar un resumen de la actuación, para facilitar la labor del juzgador o conferirle validez previa a lo que decidiese. Precisamente por ello, porque corresponde a los Secretarios un determinado impulso procesal, es por lo que, comúnmente, no incurrir en responsabilidad los Jueces que se abstienen de actuar, mientras no se haya cumplido el requisito mencionado en el artículo 121 del Código Judicial. Esto es, en sustancia, lo que enseña la doctrina atrás citada.

De otra parte, aun suponiendo que fuese exacto que la secretaría del Juzgado calificador del proceso se abstuvo de informar

debidamente, de ahí no se desprendería la ausencia de una forma sustancial del juicio, con que se haya lesionado el derecho de defensa. La Sala no encuentra vinculación alguna entre el hecho hipotético afirmado y la conclusión a que se aludió al principio. (Casación Penal. Mayo 19/59. Nos. 2211-2212) 755, 1ª y 2ª

— 332 —

SENTENCIA (Condena en concreto y en abstracto)

No puede decirse en forma absoluta que una condena en concreto sea más gravosa que una condenación en abstracto, máxime cuando ella ha sido hecha, sin fijar norma, ni base, ni límite alguno. (Casación Civil. Febrero 6/59. Nos. 2207-2208-2209) .. 29, 2ª

— 333 —

SENTENCIA (Condiciones personales del procesado y naturaleza y modalidades del hecho)

El argumento sobre la autonomía o arbitrio de la instancia para apreciar las condiciones personales del procesado, reforzado con la doctrina sentada por esta Corporación, es incompleto, porque a más de esas condiciones, es necesario y perentorio para el fallador, en cualquier grado, valorar la naturaleza y modalidades de los hechos y los motivos determinantes, factores éstos que no son de la simple convicción moral del Juez, sino que tienen que descansar en el recaudo probatorio del proceso. (Casación Penal. Junio 18/59. Nos. 2211-2212) 792, 1ª

— 334 —

SENTENCIA (Extra y ultra petición)

Tanto la demanda como su contestación constituyen las piezas principales del juicio

civil, pues ambas vienen en definitiva a fijar los términos de la controversia debiendo sobre ella recaer la sentencia que corresponde dictar al Juez de instancia quien no puede decidir ni sobre súplicas no formuladas en el libelo, ni sobre extremos extraños al debate. (Casación Civil. Junio 4/59. Nos. 2211-2212) 613, 2ª

— 335 —

SENTENCIA (Inhibitoria)

Véase el aparte Excepciones en el número 204 de este Índice.

— 336 —

SEPARACION DE BIENES (Demostración de la causal)

Habiéndose enderezado todo el esfuerzo probatorio de la parte demandante, a establecer procesalmente, como causal de separación el abandono del marido en el cumplimiento de sus deberes de esposo, corresponde a éste demostrar durante la secuela del juicio que tal abandono no había sido determinado por culpa suya. "A la mujer, dijo la Corte en su sentencia de fecha 23 de noviembre de 1955 (G. J., número 2.161, página 634), le corresponde probar el abandono absoluto y nada más; y al marido la causa justa del mismo. Sería un absurdo que a la mujer que demandara a su esposo por haber dejado de cumplir con sus deberes sin causa alguna, se le obligara a demostrar que no tuvo razón legal para omitirlos, pues esto constituye una verdadera excepción para el marido".

Si el Tribunal, por haber hallado concluyente la prueba testimonial aducida por la parte demandante, para comprobar el abandono de los deberes conyugales, por parte de su marido, basó sobre dicha prueba su decisión de fondo, no sólo obró dentro de la órbita de sus funciones jurisdiccionales, sino

que dio estricto cumplimiento al artículo 697 del Código Judicial, según el cual, el dicho de dos testigos hábiles que concuerden en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar forman plena prueba, así como también aplicó correctamente el artículo 702 ibídem que otorga al sentenciador la facultad, cuando sobre un mismo punto se presentan exposiciones de varios testigos contradictorias entre sí, de darle prelación a aquellas declaraciones que a su juicio ofrezcan mayor garantía de credibilidad. (Casación Civil. Marzo 17/59. Nos. 2207-2208-2209). 85, 2ª y 86, 1ª

— 337 —

SEPARACION DE BIENES (En qué consiste.—Efectos)

La separación de bienes es una institución jurídica de orden público establecida inicialmente en nuestro derecho civil en beneficio exclusivo de la mujer, siendo ésta, quien solo podía demandarla, pero tal sistema vino a ser implícitamente modificado a virtud de la Ley 28 de 1932, a partir de cuya vigencia ha prevalecido la tesis de que puede ser pedida por cualquiera de los cónyuges.

Como causales de la separación proceden no sólo la insolvencia o administración fraudulenta del marido de que trata el artículo 200 del Código Civil, sino también como lo prescribe expresamente el artículo 2º de la Ley 8ª de 1922 las que autorizan el divorcio por hechos imputables al marido, de acuerdo con el artículo 154 ibídem, así como la disipación y el juego habitual a que hace mención el artículo 534 ibídem.

Decretada judicialmente la separación, declarada en estado de disolución la sociedad conyugal, y una vez llevada a cabo la correspondiente liquidación y partición de los bienes sociales en la forma prevista en el ar-

tículo 795 del Código Judicial, cada uno de los cónyuges administra exclusivamente para sí aquellos bienes que les hubiesen correspondido en la liquidación mencionada. Estos son, en resumen, los caracteres generales de la separación de bienes que en nuestro derecho civil se halla regulada en el Capítulo III del Título IX del Libro I del Código Civil, en la Ley 8ª de 1922 y en el precitado artículo 795 del Código Judicial. (Casación Civil. Marzo 17/59. Nos. 2207-2208-2209). 83, 2ª

— 338 —

SERVICIOS PROFESIONALES (Su naturaleza jurídica)

“Una tradición que se remonta al derecho romano considera que las artes liberales no pueden ser objeto de un contrato de trabajo y lo sustituyen por la noción de mandato. Esa tradición es consecuencia del carácter de arrendamiento que tradicionalmente se asignaba al contrato de trabajo; parecía que ciertas profesiones repugnaban ser objeto de él. No se arriendan los servicios de un médico, de un profesor, de un abogado. La jurisprudencia del siglo XIX ha seguido generalmente ese criterio, y considera que el contrato celebrado es un mandato y no un arrendamiento de servicios o de obra. Desde hace mucho tiempo se formó una tendencia doctrinal muy sólida en sentido contrario, la cual demostró que ese contrato no tiene los caracteres del mandato, puesto que no resulta de él ninguna representación, sino los del contrato de trabajo, con la sola particularidad de que el trabajo que hay que suministrar es de orden intelectual; se trata por otra parte, frecuentemente, de un contrato de empresa más bien que de trabajo propiamente dicho. Podemos esperar que la substitución de las palabras “contrato de trabajo” y “contrato de empresa” a las de “arrendamiento de servicios” o “de trabajo” tendrá como consecuencia

encaminar a la jurisprudencia a restituir al contrato su verdadero carácter. Parece notarse ya una evolución en ese sentido". (Planiol y Ripert, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Tomo XI, página 20).

Desde luego, el planteamiento anterior no excluye la posibilidad de que pueda existir un mandato conferido a un trabajador intelectual, caso en el cual se aplican las normas de dicho contrato, cual ocurre en los casos en que el abogado se compromete a llevar la representación del cliente en un proceso, lo que configura el mandato judicial, distinguiéndose así la actividad de aquel profesional del evento en que únicamente presta sus servicios en razón de consejos, conceptos o consultas en las cuestiones inherentes a su rama.

Como se ve, la tendencia contemporánea se orienta en el sentido de que el contrato de que se viene hablando encaja más propiamente en el de empresa, mas se le deben aplicar en lo posible las disposiciones sobre prestación de servicios. Además, es claro que quien presta servicios inmateriales no queda comprendido dentro del contrato de trabajo, ya que hay ausencia de subordinación entre el que presta el servicio y quien la recibe, en forma que la actividad del primero es libre respecto al modo, lugar y tiempo de realización. Messineo observa lo siguiente: "Así, pues, se tiene de una parte, la obra de los profesionales y de los artistas (médicos, cirujanos, ingenieros, arquitectos, abogados...: las denominadas profesiones intelectuales o liberales); de otra parte, la de los artesanos. Los unos y los otros de estos sujetos se distinguen de los empleados y, respectivamente, de los prestadores de trabajo subordinado" (Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo V, página 242).

En todo caso, es evidente que el arrendamiento de obra y el de servicios se distinguen del mandato, "ya que la misión del mandatario consiste esencialmente en que celebra por el mandante actos jurídicos,

mientras que el arrendamiento de obra o de servicios tiene por objeto un trabajo cualquiera" (Planiol y Ripert, obra citada, página 768).

Mas cualquiera que sea la doctrina que se profese al respecto, en la prestación de servicios por parte de los profesionales, existe, por regla general, una retribución o compensación a quien los presta, denominada honorarios, por lo cual es aplicable lo dispuesto en el artículo 2.054 del C. C. (Casación Civil. Abril 6/59. N° 2210) 292, 2ª y 293, 1ª

— 339 —

SIMULACION (Cuando es alegada por el heredero)

Si del carácter de heredero se trata, su legitimación en la causa no difiere de la del causante por efecto real inmediato, directo, natural y obvio del derecho de recibir por sucesión exactamente lo mismo que el difunto tuviera. Basta enunciar al respecto que nadie puede transmitir más de lo que tiene. Hay identidad jurídica entre causante y causahabiente y eso es lo que significa suceder: quedar colocado en el mismo lugar que otro ocupara.

Claro es que en principio puede existir interés jurídico en el heredero para impugnar por simulación actos o negocios en que el causante hubiese figurado como parte. Pero ese interés coincide integralmente con el mismo que tendría el causante si viviera, con las mismas ventajas, pero también con las mismas limitaciones para hacerlo valer ante la justicia, primera y principalmente por lo que respecta al problema probatorio vinculado a los soportes del plano de seguridad en que deben moverse las transacciones.

Así como el causante no podría contradecir la fé debida a la escritura pública sino dentro del marco de prueba literal, confesión de la contraparte o principio de prueba

por escrito debidamente complementado, el causahabiente no puede recibir por herencia sino esa misma situación. La realidad jurídica así lo exige y repugnaría admitir que la sucesión mejorara en cualquiera forma el derecho transmitido. Por lo que es preciso entender también que si en favor del causante existía el tratamiento de excepción por imposibilidad física o moral de obtener contraescritura como prueba de la simulación entre las partes, con igual ventaja habría de tener el heredero la acción recibida de su causante.

Repugnaría de igual suerte entender que la imposibilidad física o moral de conseguir aquella prueba escrita radicara en el hecho de que el heredero no estuviese presente en la celebración del acto que ataca por simulado, cuando su titularidad emana de quien sí asistió a la negociación como parte.

El asignatario forzoso se halla, sin embargo, al amparo de las disposiciones, de orden público que restringen la libertad de testar. Si el acto que se impugna por simulado subvierte el sistema de las asignaciones forzosas, no hay ni podría haber límite alguno dentro de la tarifa en la prueba de la simulación como expediente para evadir los imperativos del legislador. Se trata de establecer el hecho que rompe el régimen de las asignaciones forzosas y es por ministerio de la ley como el legitimario por derecho suyo queda investido de la acción; no propiamente como heredero sino como persona a quien se pretende despojar de aquello a que por ley tiene derecho. (Casación Civil. Junio 16/59. Nos. 2211-2212)646, 1ª y 2ª

— 340 —

SIMULACION (Demanda de)

De acuerdo con la doctrina sentada por la Corte de que la acción simulatoria tiene por finalidad hacer prevalecer el acto o contrato

oculto sobre el aparente, bien para que produzca los efectos jurídicos que las partes se propusieron al celebrarlo, o para que se desplome por los vicios legales que lo afectan, es requisito fundamental para la prosperidad de la acción que el demandante pida en la demanda que se descubra ese acto o contrato oculto, fijando los elementos que lo configuran y los defectos de que adolezca.

Cuando se ejercita la simulación relativa y el actor se limita a pedir que se declare simulado el acto o contrato aparente, apenas ha cubierto una etapa de la acción, faltándole la siguiente y más importante, cual es la de descubrir y demostrar el acto o contrato oculto. Si lo descubre a lo largo del juicio pero no lo expuso en la demanda, su acción está condenada al fracaso, ya que el Juez no podría declarar más de lo suplicado por el demandante. (Casación Civil. Abril 28/59. N° 2210)357, 1ª

— 341 —

SIMULACION (Entre concubinos)

El mero hecho de la separación entre consortes carece de vigor suficiente para demostrar simulación de negocios jurídicos celebrados por cualquiera de los cónyuges con terceras personas. Pero si el tercero no es propiamente un extraño sino la barragana del marido, se esfuerza ya el poder denunciativo de los hechos concurrentes a un tiempo con otros más que en proceso lógico han conducido al convencimiento del sentenciador.

Porque si la manceba dio al marido ausente de su hogar legítimo varios hijos naturales; si ellos fueron reconocidos voluntariamente por el padre y si, además, todos ellos son impúberes y sin recursos, no repugna al razonamiento lógico admitir que el traspaso de bienes inmuebles hecho por el concubinario a su manceba obedeció no a la causa onerosa aparente, sino a la causa liberal.

No que así se pruebe que todos los contratos entre concubinos sean a título gratuito, sino que algunos, y quizá no pocos, sí lo son. Ni que los móviles sean de imposible descubrimiento, aunque no aparezcan de prueba preconstituida. (Casación Civil. Marzo 20/59. Nos. 2207-2208-2209)

106, 2ª

— 342 —

SIMULACION (Nulidad y prevalencia del acto simulado)

La simulación, es un fenómeno derivado de una discordancia entre el proceso psicológico y su manifestación externa, razón por la cual Esmein al ampliar la obra de Planiol y Ripert enseña que "hay simulación cuando concientemente se hace una declaración inexacta, o cuando se celebra una convención aparente cuyos efectos son modificados o suprimidos por otra, contemporánea de la primera y secreta". (Tomo VI, número 333).

Como es sabido, la Corte hasta 1935 vio en todo fenómeno de simulación un motivo de nulidad por ausencia de consentimiento y de causa; pero el 27 de julio de dicho año, por sentencia publicada en la G. J., 1.899, página 336, varió la doctrina en el sentido de que la simulación por sí misma no es causa de nulidad, sino que da lugar a la acción de prevalencia del acto oculto sobre el aparente.

Sin embargo, en 1941 la Corte volvió a establecer similitud entre la simulación absoluta y la nulidad; y sólo respecto a las simulaciones relativas continuó con la doctrina sobre la acción de prevalencia de la voluntad privada o secreta sobre la aparente u ostensible. A este respecto dijo, después de reiterar la diferencia entre las dos clases de simulación ya mencionadas, lo siguiente: "Aquella, o sea la total, ocurre cuando a la verdad sólo formalmente hay contrato. En una compraventa, por ejemplo, en que no ha habido sino la escritura pública que se ex-

presa, pero no ánimo de transferir en quien se dice allí vendedor, ni de adquirir en quien aparece comprando, ni ha habido precio sino en las frases o cláusulas respectivas; no hay en realidad un contrato, pues que faltan elementos indispensables para que éste se produzca, y más aún, para que en términos generales se haya producido un acuerdo de voluntades, una convención. De ahí la similitud o equivalencia de tal simulación y la nulidad absoluta, al punto de que, como en algunos de sus aludidos fallos ha dicho esta Sala, pueda pensarse en una facultad opcional para demandar lo uno y lo otro y también en el sentenciador para invalidar un contrato cuando se demuestre lo procedente a que se acaba de aludir..." (G. J., N° 2.016, pág. 196).

Esta tesis recibió críticas fundadas, entre las cuales merece destacarse la del Profesor Antonio Rocha en su obra, "De la Prueba en Derecho", tercera edición, página 282, de la cual se resumen sus aspectos más trascendentales:

a) No es exacto que quienes hacen una venta ficticia no quieran nada ni están ligados por ningún acuerdo de voluntad. Sí hay contrato, o mejor, como en toda simulación, existe otra voluntad contractual detrás de la aparente, ya que quien aparece vendedor constituye a quien figura como comprador en un mandatario, testaferro, fiduciario, agente, para que le tenga en su cabeza la propiedad de aquél "hasta nueva orden". No hay ninguna diferencia entre este caso y aquél en que se transfiere la propiedad a otro para que a su turno la transmita a un tercero, caso de simulación relativa aceptado por la doctrina que se comenta. Tanto es mandatario o testaferro el comprador aparente en el caso del encargo para transferir la cosa a un tercero como en el de la simulación absoluta, en que debe volverla a transferir al aparente vendedor. "En uno y otro caso, para nosotros, existe simplemente una acción de prevalencia de la verdadera

voluntad, que estaba oculta y privada entre las partes, invocable por el vendedor aparente contra el testafierro que se niega a cumplirla; y que esa voluntad consista en devolver la propiedad al vendedor aparente o transferirla a un tercero, es cosa intrascendente”.

b) La simulación conlleva necesariamente, según términos del artículo 1.766 del Código Civil, la alteración de la voluntad o consentimiento expresado en el pacto público. Esta alteración puede ser leve, levisima o total y completa, pues la ley no limita su alcance. Por tanto, hay simulación tanto cuando se disminuye en pocos pesos el precio que cuando se finge en absoluto.

c) Al establecerse los dos tipos de simulación, relativa y absoluta, para reconocerle a la primera la acción de prevalencia y a la segunda la de nulidad absoluta, se quiebra la integridad de la acción de nulidad frente a terceros, pues unas son las consecuencias de la nulidad y otras las de la simulación ante dichos terceros, puesto que la primera permite acción reivindicatoria contra terceros poseedores, aún de buena fé, según el artículo 1.748 del Código Civil, al paso que la segunda no produce efectos contra terceros, de acuerdo con el artículo 1.766 de la misma obra.

Si por otro lado, añade esta Sala, no se pierde de vista que la tesis de la simulación absoluta como causa de nulidad, implica la confusión de estos dos fenómenos, es evidente que la doctrina que se glosa no correspondía a la realidad jurídica, por lo cual la Corte hubo de recogerla, para llegar de nuevo respecto a la simulación absoluta a la doctrina de la simulación-prevalencia establecida en 1935.

Por estas razones en sentencia de 8 de junio de 1954 (GACETA JUDICIAL, número 2.142, página 797), la Corte después de precisar las diferencias entre la nulidad y la simulación absoluta expresó: “En efecto, con

la teoría de la simulación, tal cual ha quedado reseñada, a la par que se reconoce una incontrovertible realidad de diaria ocurrencia que no puede pasar ignorada ante el Derecho, se evita el quiebre doctrinario y la infracción de la ley en qué se incurría por aquella época cuando Jueces y Magistrados al decretar la nulidad por simulación, obedeciendo a la equidad, ante todo, invariablemente absteníanse de decretar la reivindicación contra terceros adquirentes de un propietario aparente vencido en juicio, sin parar mientes en que de esa manera infringían el artículo 1.748 del Código Civil”. Y más adelante agregó: “Por otra parte, el recurso aludido da oportunidad a la Corte para recoger un concepto suyo emitido en sentencia de casación de 15 de diciembre de 1944, que ha originado, ciertamente, confusión que con la presente busca disipar. Entonces dijo la Corporación dubitativamente refiriéndose a las ventas ficticias consideradas por sí mismas como contrato inexistente: “De ahí la similitud o equivalencia de tal simulación y la nulidad absoluta, al punto de que, como en alguno de sus fallos ha dicho la Sala, puede pensarse en una facultad opcional para demandar lo uno o lo otro y también en el sentenciador para invalidar un contrato cuando se demuestra lo procedente a que se acaba de aludir...”

A raíz de esta jurisprudencia, la Corte ha mantenido su tesis respecto a que existen notorias diferencias entre la nulidad y la simulación absoluta y a que la acción pertinente en el caso de ventas ficticias es la de prevalencia (Casación Civil. Abril 16/59. N° 2210) 324, 1ª y 2ª y 325, 1ª y 2ª

— 343 —

SIMULACION (Prescripción de la acción)

Véase el aparte Prescripción en el número 293 de este Índice.

— 344 —

SIMULACION (Prueba entre las partes)

Hasta ahora la jurisprudencia se ha inclinado porque las partes no pueden demostrar el acto secreto sino con prueba escrita o con principio de prueba por escrito o con la confesión de la otra parte, con base en que la plena fé entre ellas que apareja el escrito, debe-mantenerse mientras no se destruya con contrapruebas de igual naturaleza y efecto. (Casación Civil. Abril 16/59. Nº 2210)

325, 2ª

— 345 —

SOCIEDAD (Demanda contra los socios durante la liquidación)

Cuando la acción de responsabilidad civil se ha ejercitado no contra la sociedad disuelta definitivamente, sino que se ha incoado contra cada uno de los ex-asociados, la responsabilidad extracontractual que contra ellos se pretende deducir depende de su extinguida calidad de socios de aquella sociedad disuelta y liquidada y por tanto el actor tiene que acreditar que tal persona moral existió por la época en que se cometió el daño cuya indemnización persigue. (Casación Civil. Mayo 29/59. Nos. 2211-2212).

598, 2ª

— 346 —

SOCIEDAD (Su finalización por renuncia de uno de los socios)

Los principios contenidos en los artículos 2.091, 2.134, 2.135, 2.136, 2.137 y 2.138 del C. C., se pueden sintetizar así:

a) Cuando la sociedad contiene un tiempo fijo o se ha contraído para un negocio de duración limitada, la renuncia no produce ningún efecto.

b) La regla anterior tiene dos excepciones que son: Primera. Cuando en el contrato de sociedad se hubiere autorizado expresamente el derecho de renuncia; Segunda. Cuando existiere grave motivo para efectuarlo, de que serían ejemplos la inejecución de las obligaciones del otro socio, la pérdida de un administrador inteligente que no pueda ser reemplazado entre los socios, la enfermedad habitual del renunciante que lo inhabilite para el ejercicio de sus funciones sociales, y el mal estado de sus negocios por circunstancias imprevistas (C. C., Art. 2.134).

c) Cuando la sociedad no contiene plazo fijo ni objeto de duración limitada, la renuncia de uno de los socios finaliza el contrato social, mas para ello se necesitan dos requisitos: Primero. Que la renuncia sea notificada a los socios, tal cual lo ordena el artículo 2.135; Segundo. Que la renuncia se haga de buena fé y no sea intempestiva (Art. 2.136 C. C.). (Casación Civil. Mayo 20/59. Nos. 2211-2212) 562, 1ª y 2ª

— 347 —

SOCIEDAD (Su prueba)

De la prueba del registro comercial de la escritura de constitución de una sociedad en la Cámara de Comercio y de la publicación del mismo, como lo ordenan los artículos 469 y 470 del Código de Comercio en armonía con el artículo 3º de la Ley 124 de 1937, no puede argumentarse con validez que sea la única de que dispone el actor para demostrar la constitución de la sociedad que causó el daño, porque el artículo 477 *ibidem* establece que los socios no podrán alegar la falta de una o más de las solemnidades mencionadas contra terceros interesados en la existencia de la sociedad y que éstos podrán acreditarla por cualquiera de los medios probatorios que reconoce el mismo Código de Comercio, uno de

los cuales es el consagrado en el artículo 465 que dice: "La sociedad se forma y prueba por escritura pública, registrada conforme al Código Civil". (Casación Civil. Mayo 29/59. Nos. 2211-2212) 599; 2ª

— 348 —

SOCIEDAD DE HECHO (Cómo se forma.— Entre concubinos.— Contratos que pueden celebrarse entre ellos)

La existencia de las sociedades de hecho está reconocida en nuestra legislación por el artículo 2.083 del Código Civil, que principia diciendo, "si se formare de hecho una sociedad...", y por el artículo 472 del Código de Comercio que enseña que produce nulidad absoluta entre los socios la omisión de la escritura social y las solemnidades prescritas en el artículo 469 y 470 del mismo Código, pero agrega que los socios, "sin embargo responderán solidariamente a los terceros con quienes hubieren contratado a nombre y en interés de la sociedad de hecho", principalmente teniendo en mira el interés de terceros que hayan contratado con la sociedad, que en apariencia tiene todos los visos de legalidad, pero que es nula por falta de cumplimiento de los requisitos o solemnidades que la ley exige para que la sociedad nazca a la vida jurídica.

De esta suerte, además de las sociedades de hecho que se forman en virtud de consentimiento expreso de las partes pero que no alcanzan a la categoría de sociedades de derecho, por falta de las solemnidades requeridas, existen otras sociedades que nacen de la colaboración de dos o más personas que aúnan sus esfuerzos en orden a la realización de operaciones encaminadas a obtener beneficios comunes, circunstancias de las cuales se puede deducir el consentimiento implícito de formar la sociedad.

La doctrina de la Corte ha admitido la

existencia de sociedad de hecho entre concubinos a partir de la sentencia de 30 de noviembre de 1935 (G. J., números 1.901 y 1.902, página 476), siempre que se reúnan determinados requisitos, y sobre la base de que debe aparecer el consentimiento de los socios, el cual puede inferirse de determinadas circunstancias de hecho. Dice la Corte:

"Se presumirá este consentimiento; se inducirá de los hechos el contrato implícito de sociedad, y se deberá, en consecuencia, admitir o reconocer la sociedad creada de hecho, cuando la aludida colaboración de varias personas en una misma explotación reúna las siguientes condiciones:

"1ª Que se trate de una serie coordinada de hechos de explotación común;

"2ª Que se ejerza una acción paralela y simultánea entre los presuntos asociados, tendientes a la consecución de beneficios;

"3ª Que la colaboración entre ellos se desarrolle en un pie de igualdad, es decir, que no haya estado uno de ellos con respecto al otro u otros, en un estado de dependencia proveniente de un contrato de arrendamiento de servicios, de un mandato o de cualquiera otra convención, por razón de la cual uno de los colaboradores reciba salario o sueldo y esté excluido de una participación activa en la dirección, en el control y en la supervigilancia de la empresa;

"4ª Que no se trate de un estado de simple indivisión, de tenencia, guarda, conservación o vigilancia de bienes comunes, sino de verdaderas actividades encaminadas a obtener el beneficio".

Además, es necesario: "1º Que la sociedad no haya tenido por finalidad el crear, prolongar, fomentar o estimular el concubinato, pues si ello fuere así, el contrato sería nulo por causa ilícita, en razón de su móvil determinante; 2º Como el concubinato no crea por sí solo comunidad de bienes, ni sociedad de hecho, es preciso para reconocer la sociedad de hecho entre concubinos, que se pueda

distinguir claramente lo que es común actividad de los concubinos en una determinada empresa creada con el propósito de realizar beneficios de lo que es el simple resultado de una común vivienda y de una intimidad extendida al manejo, conservación o administración de los bienes de uno y otro o de ambos”.

Por último, la Corte es explícita cuando afirma:

“Sobra advertir que la posibilidad de que existá una compañía o sociedad en el hecho y por los hechos dentro de un concubinato, no da base a pensar, porque sería jurídica y moralmente imposible, en una sociedad conyugal de hecho... La sociedad conyugal no se origina en el consentimiento particular; se forma fuera de la zona contractual del derecho privado, dentro de la institución familiar que corresponde al orden público como una consecuencia legal del matrimonio, que es su fuente y su antecedente ineludible” (G. J., Tomo LXII, página 348).

Estas doctrinas, que hoy se reiteran, tuvieron su fuente en la jurisprudencia francesa, que, como dice Nast, por lo general, reconoce la acción pro socio, “cuando se comprueba que realmente ha existido sociedad de hecho entre los amancebados y especialmente cuando, como acontece a menudo, los amantes han explotado en común hacienda, comercio o industria”.

Verdaderamente no sería jurídico desconocer dicha acción, comprobada la sociedad de hecho, aclarándose que es posible que entre amancebados pueda celebrarse otra clase de contratos, ya que la colaboración de uno en los negocios del otro es factible que determine figuras diversas, como el contrato de trabajo, el mandato, el mutuo, las compañías civiles regulares, las cuentas en participación, etc. (Casación Civil. Mayo 20/59. Nos. 2211-2212) 560, 1ª y 2ª y 561, 1ª

— 349 —

SOCIEDAD DE HECHO (Consentimiento para formarla entre concubinos)

La colaboración transitoria no es suficiente para demostrar el consentimiento en la formación de la sociedad de hecho entre concubinos, ni la prueba de que alguno de ellos ha trabajado para determinada empresa del otro lleva en sí la de que entre ambos haya habido sociedad, aún tratándose de colaboración permanente, porque ésta puede haber sido a cualquier título, como la prestación gratuita de servicios o la prestación onerosa de ellos, o simplemente el mandato o la agencia oficiosa.

Por eso se encuentra acertado lo que expone Nast en conocido comentario (G. J., número 1.898, página 153): “Como que no puede haber solución única para todos los casos que se presentan a diario, todo es asunto de hecho, y depende cada solución de la intención de los amantes; la que se inferirá a veces de la conducta de cada uno de los amancebados para con el otro. Cuando ambos amantes han explotado un establecimiento industrial o comercial o un fundo rural, se dirá, según las circunstancias, que entre los dos existió asociación en participación o sociedad colectiva o de hecho; por el contrario, cuando sea que uno ha colaborado en la explotación gerenciado por el otro, que no hubo sociedad, sino prestación de servicios sujeta a una remuneración”. (Casación Civil. Mayo 20/59. Nos. 2211-2212) ... 565, 2ª y 566, 1ª

— 350 —

SOCIEDAD DE HECHO (Su liquidación)

Si bien es cierto que la sociedad se disuelve, como lo preceptúa el artículo 2.125 del Código Civil, “por la finalización del

negocio para que fue contraída”, también lo es que hay normas sustantivas especiales que rigen la vida jurídica de las sociedades de hecho, entre las cuales se halla el artículo 2.083 ibídem, que faculta a cualquiera de los socios para pedir en cualquier tiempo la liquidación de sus operaciones, debiéndose efectuar tal liquidación, como lo dice expresamente otro precepto especial, de acuerdo con las normas establecidas para la participación de los bienes hereditarios.

El alcance jurídico del artículo 2.083 del Código Civil lo fijó la Corte en los siguientes términos:

“La sociedad de hecho no es de duración obligatoria; cualquier socio puede pedir que se liquiden las operaciones anteriores para sacar su propio capital, que (sin desprenderse de su dominio) hubiere puesto al servicio del negocio común o sin intereses; restitución que puede hacerse antes de toda partición de beneficios”. (Casación, 10 de diciembre de 1925, Tomo XXXII, página 206, 28 de febrero de 1933, Tomo XLI, pág. 202). (Casación Civil. Mayo 14/59. Nos. 2211-2212) 546, 1ª y 2ª

— 351 —

SUCESION (Juicio de)

Puede en abstracto el hermano natural ser llamado a la herencia de la cónyuge, si faltan los herederos de orden preferente dentro del sistema legal. Pero obvio es que la materia concierne al juicio de sucesión, de donde en concreto debe surgir la prueba de la titularidad para enderezar el procedimiento que pretende recuperar bienes pertenecientes a la sociedad conyugal. (Casación Civil. Junio 3/59. Nos. 2211-2212).....606, 2ª

— 352 —

SUCESION (Naturaleza del juicio)

Los juicios de sucesión por causa de muerte son, en principio, de jurisdicción volun-

taria; no son de suyo juicios controvertidos; el procedimiento a que ellos se sujetan, tiende a facilitar la distribución de la herencia entre los asignatarios legítimos.

Desde luego, un juicio de jurisdicción voluntaria puede convertirse, a virtud de un desacuerdo sobreviniente entre las partes, en un verdadero debate o controversia de unas con otras. (Casación Penal. Abril 1º/59. Nº 2210)365, 2ª

— T —

— 353 —

TESTAMENTO (Delegación a un asignatario para la escogencia de especies)

Es verdad, que el artículo 1.175 del Código Civil, subrogado en su primer inciso por el artículo 29 de la Ley 57 de 1887, rige sólo para los legatarios y de allí que tal norma se halla incorporada en el Título IV Capítulo VI del Libro III del Código Civil, que regula lo tocante a las asignaciones a título singular.

El artículo 1.060 del Código Civil, consagra un principio o una regla general, a saber: que la facultad de testar es indelegable. Y rige para todo asignatario, llámese heredero o llámese legatario. Tal principio o regla abolió el llamado antiguamente testamento comisorio, en el cual se podía delegar a una persona la facultad de testar por ella.

Los doctrinantes y comentadores de nuestro derecho civil, al fijar el alcance del precitado artículo 1.060 del Código Civil, consideran con razón, que dada la trascendencia jurídica y patrimonial del acto testamentario, su carácter esencialmente personal y la circunstancia de ser la facultad de testar, como dice Grotius, un derecho natural inalienable, bien está que la ley en forma perentoria prohíba delegar aquella facultad.

Pero una cosa es el testamento en sí, o sea, el acto más o menos solemne, en que

una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días, como lo define el artículo 1.055 del Código Civil, y otra cosa es su contenido, o sea el conjunto de sus cláusulas dispositivas, por medio de las cuales y sin que ello implique delegación alguna de la facultad de testar, puede el testador conferir a alguno de sus asignatarios ciertas facultades relacionadas con los bienes sucesorales, así como puede delegar también determinadas atribuciones a su albacea o ejecutor testamentario.

El principio general que gobierna entre nosotros el fenómeno jurídico de la sucesión es el siguiente: el juzgador debe respetar la voluntad del causante, no pudiendo cambiarla, sino cuando abiertamente pugna con las disposiciones que rigen la materia.

Lo dicho anteriormente, viene a corroborar la tradicional doctrina de la Corte armónica con el principio de la libertad de testar, que desde luego no es absoluta, pues tiene como límite lo que toca con las asignaciones forzosas, las cuales, en ningún caso, pueden ser afectadas por el testador. Oportuno resulta transcribir aquí el pensamiento autorizado del expositor chileno, Barros Errázuriz, quien dice lo siguiente:

“Don Andrés Bello, redactor del Código Chileno, era partidario de la libertad de testar, pero encontró resistencia para la implantación de ese sistema. En su proyecto primitivo trató siquiera de suprimir el tercio de mejoras que existía en el antiguo derecho español, para dejar así mayor libertad al padre de familia. Nuestro Código (que es el mismo colombiano) optó por el sistema de la división forzosa, combinado con la libertad de hacer ciertas mejoras, en el orden de los descendientes legítimos y de disponer libremente de una parte del patrimonio y estableció lo que se llaman las asignaciones forzosas, siendo éstas las que el testador está obligado a hacer y que se cumplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus decisiones

testamentarias expresadas” (Derecho Civil, 4ª Edición, página 229).

El artículo 1.255 del Código Civil se refiere en forma especial y concreta a las legítimas. Sus términos limitativos no permiten aplicar dicha norma por analogía, ni menos aún, generalizar la prohibición con el fin de hacerla extensiva a situaciones o modalidades jurídicas distintas al caso previsto en el referido artículo.

Carece de consistencia el argumento basado en la suposición de que al aceptarse la tesis de que el testador pueda delegar en un asignatario la escogencia de especies, éste puede hacerlo lesionando a los demás herederos, especialmente cuando se hubiese hecho un avalúo desproporcionado e inequitativo de los bienes sucesorales; porque sobre una mera hipótesis o simple conjetura no puede fundarse sólidamente una doctrina jurídica. Al sentenciador corresponde resolver las controversias sometidas a su decisión, situándose dentro del marco de la realidad objetiva del derecho. Sus sentencias, como lo prescribe expresamente el artículo 471 del Código Judicial, no pueden tener fundamentos distintos a los ordenamientos jurídicos de la ley, y es por ello, que el mencionado artículo exige al fallador expresar las disposiciones legales que sirven de soporte a su fallo.

El riesgo consistente en la eventual lesión que pueden sufrir algunos de los herederos cuando la facción de inventarios y avalúos de los bienes relictos se ha hecho en forma inequitativa e irregular, está conjurado por la misma ley, al brindarle al lesionado los medios procesales adecuados, o bien para que objete la partición dentro de los términos prescritos por el artículo 964 del Código Judicial, o bien para que promueva la acción rescisoria expresamente consagrada en el artículo 1.405 del Código Civil.

Si bien es cierto que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.392 del Código

Civil, "el valor de tasación por peritos será la base sobre que procederá el partidor para la adjudicación de las especies", ello no quiere decir que tal avalúo deba ser la norma, cuando dentro de las acciones a que se ha hecho referencia, la parte que impugnare la partición demuestre en forma eficaz y por los medios probatorios adecuados que en los avalúos se cometieron por ignorancia o por convenios o actuaciones ilícitas graves errores o equivocaciones lesivas de los derechos y de las asignaciones patrimoniales de los respectivos herederos o asignatarios. (Causación Civil. Mayo 13/59. Nos. 2211-2212)... 527, 2ª, 528, 1ª y 2ª, 529, 1ª y 2ª y 530, 1ª

— 354 —

TESTAMENTO (Su nulidad por incapacidad mental del testador)

La doctrina permanente de esta Corporación ha sido la de sostener la validez del acto jurídico trascendental del testamento fundada en el principio de que es necesario respetar la última voluntad del testador y de que todo acto testamentario lleva la presunción de su validez. Sólo por excepción, cuando por omisión de solemnidades esenciales de forma, o porque se demuestre de una manera plena, algunas de las inhabilidades para testar consagradas de una manera taxativa por la ley se puede declarar la nulidad de un acto testamentario, todo lo cual no ocurre de ordinario.

Se necesita para la validez de un testamento que el testador tenga mente sana, según expresión de los expositores, cuando otorga su testamento y de ahí el numeral 3º del artículo 1.061 del Código Civil, que declara inhábil para testar al que no estuviere en sano juicio por ebriedad u otra causa y ésta puede ser proveniente de una perturbación psíquica, sea pasajera, o habitual o permanente.

Pero este último extremo, la comprobación del estado psíquico del testador, que lo inhabilite para otorgar su testamento o un acto jurídico, es hoy una cuestión meramente técnica que depende generalmente de los dictámenes de la ciencia a través de un experticio y tal experticio debe ser producido de la manera como la ley lo señala, señalamiento que hace de una manera taxativa.

Cuando se ataca un testamento o un acto jurídico en general por causa de demencia o perturbación psíquica de quien lo otorga o lo ejecuta se consideran dos hipótesis: a) Que quien otorga el testamento o concurre a otro acto jurídico, esté en interdicción por causa de demencia; b) O que no estándolo no tenga mente sana en el momento de comparecer al acto jurídico.

En la primera hipótesis puede suceder que quien ejecuta un acto jurídico no esté en ese acto privado de razón, sino en el pleno ejercicio de sus facultades mentales, pero como se halla bajo el decreto de interdicción, este decreto incide en todos sus actos, que los considera nulos mientras él rija. En la segunda, se presume la habilidad legal del que ejercita un acto jurídico y es necesario entonces destruir esa presunción por los medios legales adecuados.

En otros términos, en la primera hipótesis existe la presunción de inhabilidad que no puede desvirtuarse mientras rija el decreto de interdicción; en el segundo caso, se presume la habilidad legal del que ejercita un acto jurídico mientras no se desvirtúe plenamente esa habilidad.

Vale la pena observar que para casos tan delicados, como los que versan sobre la aptitud mental de los individuos, la ley ha sentado el principio del reconocimiento directo del paciente por los médicos, por tres veces consecutivas, principio consagrado en el artículo 820 del Código Judicial, por donde se ve que es el examen y es la percepción

directa sobre el paciente, en todo caso, la base fundamental de un dictamen sobre incapacidad mental de una persona.

Con respecto a los artículos 721 y 722 del mismo estatuto, ha dicho la Corte, que esas normas "no establecen la imperativa aceptación mecánica por parte del Juez, del dictamen uniforme de los peritos, sino que es indispensable que esté debidamente fundamentado y que en la apreciación de esta última condición que es la esencial de la prueba pericial, es donde tiene oportunidad y manera de verificarse y justificarse la facultad judicial de apreciación del dictamen de los expertos, aunque sea uniforme y aparezca fundado, para decidir si está fundado debidamente".

La calificación de la capacidad o incapacidad mental de una persona es hoy sobre todo una cuestión absolutamente técnica y científica. Ella no se demuestra con declaraciones de testigos, sino que es necesario el experticio del caso o sea el dictamen de médicos especializados en la materia. La apreciación de unos testigos es meramente subjetiva y empírica; y para llegar ellos a la conclusión de que una persona tiene o no capacidad mental, es sana o no de espíritu, no basta la apreciación de personas ajenas a la ciencia médica o a la psiquiatría. De ahí que sea frecuente la diversidad de testimonios cuando se trata de la capacidad o incapacidad mental de una persona, porque cada testigo declara no basado en principios científicos, sino en su concepto meramente ocasional o subjetivo.

Aún más, pueden existir ciertas debilidades mentales, ciertas enfermedades que causen perturbación psíquica en una persona, transitoria o permanente y que sin embargo, según expertos en psiquiatría, no los inhabilita para la realización de los actos jurídicos. La demostración de un estado psíquico anormal, de carácter permanente que inhiba a una persona para todo acto jurídico, es una

cuestión exclusivamente científica, que sólo pueden determinar los expertos en la materia y de acuerdo con las fórmulas o normas legales. (Casación Civil. Mayo 13/59. Nos. 2211-2212) 522, 2ª, 523, 1ª y 524, 2ª

— 355 —

TESTIMONIO (De un menor)

El testimonio de una niña rayana apenas en los once años de edad debe ser tenido, en abstracto y por regla general, como sospechoso, sobre todo en lo que se refiere a la manera de apreciar los hechos y relatarlos, porque la deficiencia de observación que de ordinario se advierte en las personas demasiado jóvenes es frecuentemente compensada por la fantasía. Y la sospecha subsiste aunque en grado menor, cuando el testigo se limita a indicar la persona del delincuente, por lo sugestionables que suelen ser los niños.

Pero cuando acontece que tras de un cuidadoso estudio de la personalidad del testigo, los peritos concluyen afirmando que una declaración o referencia suya "merece ser recibida sin reservas", y no hay siquiera barruntos de presiones para que inculpe a un inocente, desaparecen los motivos de sospecha anotados, y su dicho debe examinarse a la luz de las demás reglas de la crítica testimonial, para ver si es o no digno de crédito en el caso concreto de que se trate. (Casación Penal. Junio 30/59. Nos. 2211-2212)

812, 2ª y 813, 1ª

— 356 —

TESTIMONIO (Su apreciación)

Si el Tribunal, al apreciar los testimonios, consideró más convincentes los encaminados a acreditar determinados hechos a los que tienden a establecer lo contrario, este aspecto escapa a la casación, pues es un punto en que

la soberanía del sentenciador de instancia impide a la Corte variar la respectiva apreciación.

El artículo 702 del Código Judicial que autoriza al juzgador para conceder prevalencia al dicho de un grupo de declarantes sobre otro o aún para neutralizar los dos, es uno de los casos en que opera la soberanía del Tribunal, esto es, la autonomía en la apreciación probatoria de los diversos testimonios. (Casación Civil. Febrero 11/59. Nos. 2207-2208-2209) 36, 2ª

— 357 —

TRABAJADORES OFICIALES

Véase el aparte Condición Resolutoria en el número 135 de este Índice.

— 358 —

TRABAJO A DOMICILIO (Salario mínimo legal)

El salario mínimo, cuya finalidad es la de subvenir a las necesidades normales del trabajador y de su familia en el orden material, moral y cultural, se ha establecido en favor de todo el que reciba su salario en dinero, total o parcialmente, sea que la medida "se refiera a unidades de tiempo, a unidades de obra, tarea o actividad, o se tase por porcentajes, cualesquiera que sean los períodos de liquidación y pago", como lo preceptúa claramente el artículo 1º del Decreto número 71 de 1950.

El trabajo a domicilio, que como es sabido se remunera por unidad de obra o a destajo, no está, pues, excluido por este solo aspecto de las normas sobre salario mínimo, tanto menos cuanto que si el patrono no cumple con la obligación legal de llevar las anotaciones acerca de los nombres y domicilios de quienes ejecutan el trabajo; cantidad y ca-

racterísticas de la labor, forma y monto de la retribución, etc., y la de entregar gratuitamente al trabajador a domicilio la "libreta de salario", resulta en extremo difícil determinar con exactitud la remuneración recibida por el operario. Y no hay razón para sostener que la jornada de trabajo del que presta sus servicios a domicilio, nunca llega a las ocho horas diarias. Al contrario, se ha admitido generalmente por la doctrina, fundada en la experiencia del llamado "sweating system" (régimen del sudor) que el trabajador a domicilio tiene que realizar, por lo menos, tanta actividad como la que corresponde a una jornada normal y que aún alcanza niveles agotadores.

Respecto de la exclusividad de servicios, cabe observar que en parte alguna la exigen las disposiciones sobre la materia, por lo cual carece de validez el argumento de que para efectos del salario mínimo se requiere que la jornada de ocho horas se preste en favor de un solo patrono. (Casación Laboral. Junio 10/59. Nos. 2211-2212) 448, 2ª

— 359 —

TRANSACCION (Diferencias con el compromiso)

Véase el aparte Arbitramento en el número 17 de este Índice.

— V —

— 360 —

VACACION (Su naturaleza y compensación en dinero.—Trabajadores de la construcción)

El derecho a las vacaciones anuales tiene un fin específico, cual es el de obtener una reparación del organismo del trabajador, naturalmente fatigado y desgastado por el trabajo, y permitirle que lo continúe a su regreso en pleno goce de todas sus energías físicas. El hombre va a dejar por unos días el am-

biente rutinario en el cual ha cumplido su servicio durante un año, va a entrar en un proceso de recuperación y de descanso, va a estar libre de toda actividad subordinada, de tal manera que pueda reanudar el cumplimiento de sus obligaciones laborales confor- tado orgánica y mentalmente. Esa la natu- raleza jurídica y el fin primordial que el le- gislador ha tenido en la consagración de las vacaciones laborales. Si en el desarrollo del contrato de trabajo el patrono no ha cumplido con la obligación de concederlas por cada año de servicio a sus trabajadores, la ley le impone a su terminación una reparación, con- sistente en la compensación en dinero de esas vacaciones no disfrutadas legalmente. Pero esta compensación asume un aspecto secun- dario que en manera alguna tiene poder sufi- ciente para llenar ese objetivo fundamental y primero que la ley ha buscado de reponer las energías y capacidades perdidas de los asalariados. De ahí que haya perdido el ca- rácter de prestación social, puesto que su aspecto sobresaliente no es el de un auxilio que el patrono esté obligado a reconocer a sus subordinados, sino cosa bien distinta.

El capítulo relativo a las vacaciones ha sido por ello lógicamente ubicado en nuestro estatuto laboral aparte del Título sobre pres- taciones patronales. La parte final del ar- tículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo debe entenderse en el sentido de que no son salario aquellas prestaciones de que tratan los Títulos VIII y IX de la misma obra. Mas el hecho de que las vacaciones de los trabajadores de la construcción (por la espe- cificación de la manera y períodos de su disfrute) se hallen dentro del último Capítulo que se refiere también a ciertas prestaciones patronales especiales, no quiere decir en modo alguno que aquéllas se asimilen a una pres- tación. La conclusión contraria de que sí se asimilan llevaría a una doble postura inter- pretativa: a) La de que para la generalidad de los trabajadores las vacaciones no son

prestación, y b) La de que sí lo son para los trabajadores de construcción. No se hallan razones jurídicas que justifiquen este doble y contradictorio predicado de un mismo de- recho que ha sido propuesto en los dos casos con una misma finalidad. La interpretación científica que debe hacerse de los textos lleva a concederle el sentido ya anotado a las vacaciones como derecho de igual natu- raleza para todos los trabajadores de cual- quier clase y condición, en obediencia a los principios del orden intelectual, fisioló- gico, humano y aun económico que respaldan aquel derecho.

Tampoco resulta adecuado considerar las vacaciones o su compensación en dinero como salario, porque es de la naturaleza de éste que "implique retribución de servicios", lo cual quiere decir que su causa radica en la efectiva realización de una labor. Siendo en esencia el salario una retribución de ser- vicios, mal puede sostenerse que las vaca- ciones —en los dos eventos de su goce efec- tivo o de su compensación monetaria— equi- valgan a aquél, ya que en tales casos desa- parece necesariamente el elemento esencial del servicio. Puede decirse que las vacacio- nes y los dominicales y demás días de fiesta legales son descansos remunerados, pero tal remuneración —por el receso de la actividad laboral— no ostenta la esencia salarial de retribución de servicios. El salario en estos casos no es más que una medida o módulo para remunerar el descanso, pero no es en esencia un salario. Dichos lapsos de descan- so no suspenden el tiempo computable para la jubilación y la cesantía, en razón de que tampoco se interrumpe ni suspende durante ellos la relación contractual de trabajo, pero no porque sean retribuidos con salario sino con el quantum monetario o medida de éste. (Casación Laboral. Junio 11/59. Nos. 2211- 2212)..... 876, 2ª y 877, 1ª y 2ª

— 361 —

VENTA (A título universal)

La ley no acepta, y ese es el alcance de la norma contenida en el artículo 1.867 del Código Civil, la venta de una universalidad jurídica, porque no puede haber transferencias a título universal, como acertadamente lo dice Arturo Alessandri Rodríguez, al comentar el artículo 1.811 del Código Civil Chileno, equivalente al nuestro. (De los contratos, página 96). (Casación Civil. Junio 20/59. Nos. 2211-2212) 657, 2ª

— 362 —

VENTA (De cosa ajena)

El artículo 1.871 del Código Civil predica que “la venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del verdadero dueño de la cosa vendida mientras no se extingan por el lapso de tiempo”. Es decir, que en últimas consagra un caso de inoponibilidad del contrato celebrado por quien no es propietario en relación con éste. “La venta de cosa ajena . . . constituye, según lo enseñan los civilistas, uno de los fenómenos típicos e inconfundibles en que ocurre el caso de inoponibilidad de fondo, por falta de concurrencia, inoponibilidad consistente en que para el verdadero dueño de la cosa vendida, no produce efectos el contrato de compraventa, conservando en su patrimonio el derecho de propiedad sobre ella y sus acciones correspondientes”. (G. J., Tomo LVII, página 26). “Además, puestos a salvo los derechos del verdadero dueño, en nada le perjudican en sí escrituras de esa clase, lo que significa su falta de interés jurídico que le diera personería para demandar su anulación y cancelación”. (Tomo LVII, página 383).

Respecto al fenómeno de la inoponibilidad dicen Planiol y Ripert, en su obra de Derecho

Civil, Tomo VI, página 391: “Pero a veces un acto es ineficaz solamente respecto a los terceros o a determinados terceros, si bien continúa siendo válido en las relaciones entre las partes contratantes; en este supuesto se trata de una simple inoponibilidad”. (Casación Civil. Mayo 4/59. Nos. 2211-2212)

504, 2ª

— 363 —

VEREDICTO (Circunstancias modificadoras de la responsabilidad)

En los juicios en que interviene el jurado, atendido que “la apreciación y calificación de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, cuando no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito, corresponden al Juez de derecho” (artículo 499 del Código de Procedimiento Penal), cabe concluir en que no puede éste considerar en el fallo tales circunstancias que sean modificadoras o elementos constitutivos del delito, si no han sido aceptadas por el jurado en su veredicto.

En los juicios con intervención de jurado es de la competencia de éste lo que atañe a la existencia o no de circunstancias modificadoras que, como la prevista en el artículo 384 del Código Penal, son maneras de individualización legal de la sanción, conservando el Juez de derecho, eso sí, sus plenas atribuciones en cuanto a la individualización judicial de la pena dentro de los límites mínimo y máximo señalados en la ley para el delito mismo, ora con respecto a esas circunstancias modificadoras que la agravan o atenuan, individualización a que debe llegar el Juez tomando en cuenta las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes y la personalidad del agente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 36 del Código Penal. (Casación Penal. Junio 4/59. Nos. 2211-2212) 776, 2ª

— 364 —

VEREDICTO (Interpretación)

El Jura-lo no está obligado a expresar su pensamiento mediante fórmulas sacramen-tales, ni con las palabras usadas por la ley para describir los elementos constitutivos o las circunstancias modificadoras de un de-lito. De ahí que el Juez de derecho tenga que adelantar, en ocasiones, una labor de herme-néutica, a fin de acomodar el veredicto a los textos legales, sin que le sea permitido, desde

luego, hacer agregados o supresiones que varíen su sentido, como el consistente en de-cir que fue grave e injusta la provocación no calificada en forma alguna por el Tribu-nal de conciencia. Y es claro que el criterio interpretativo no debe descartar anteceden-tes tan importantes como los hechos proba-dos en el proceso y sobre los cuales versó el debate público, ni las consecuencias de índole jurídica que los falladores de hecho quisieron producir en su respuesta. (Casación Penal. Febrero 12/59. Nos. 2207-2208-2209)

178, 2ª



T A B L A

DE LAS DISPOSICIONES CITADAS, INTERPRETADAS O ALUDIDAS POR LA CORTE EN EL PRESENTE TOMO XC DE LA "GACETA JUDICIAL"

NOTA—Las cifras puestas en la columna "Números" indican los apartes de jurisprudencia que componen este Índice.

Artículos	Números	Artículos	Números
CONSTITUCION NACIONAL VIGENTE			
10	246	374	201
20	296	397	289
26	22, 75, 265, 270, 325, 381	400	181
40	268	403	92
62	296	407	201
16, num. 11 y 12	230	472	285
96	296	553	262
97, reglas 2ª y 3ª	296	673	8
102, atrib. 5ª	296	719	8, 16
130	296	720	8, 16
131	296	750	120
151, atrib. 1ª	296	756	179
202	257	953	312
214	230	971	312
		1013	214
		1055	353
		1060	353
		1061, num. 3º	354
		1175	353
		1255	353
		1279	214
		1298	213
		1299	212
		1392	353
		1394, reglas 7ª y 8ª	81
		1405	353
		1500	123
		1504	262
		1505	123
		1506	255
		1508	174
		1518	118
		1521	274
		1524	255
		1525	275
		1546, inc. 2º	117
		1551	287
		1604	122
CODIGO CIVIL			
18	246		
19	246		
29	176		
30	176		
32	176		
63	122		
92	211		
154, causal 4ª	173		
200	337		
236	241		
239	201, 240, 241		
240	240		
243	240		
248	240		
249	240		
347	181		
351	181		

Artículos	Números
1618	157
1625	92
1719	203
1741	262
1742	264
1746	275
1748	342
1759	132, 198
1766	198, 342
1867	361
1871	362
1876	122
1904	126
1930	120
1934	120, 198
1938	298
1947	242
1958	242
2014	19
2054	338
2088	348, 350
2091	346
2125	350
2134	346
2135	346
2136	346
2137	346
2138	346
2149	123
2150	123
2177	250
2261	298
2341	318, 319, 322
2343	322
2344	323
2345	322
2347	319, 320, 322
2348	319
2349	319, 322
2350	319
2356	318, 319
2358	295
2469	17
2483	17
2491	264, 293
2491, ord. 3º	293
2535, inc. 2º	293
2540	295
2577	123
2594	118, 119
2595	118
2658	118

Artículos	Números
2664	118
2675	106
CODIGO PENAL	
—	21
11	196
12	176
23	196, 324
25	164
27	134, 164
29	175, 176
33	207
34	309, 311
36	363
80	68, 208, 282
80, num. a), b), c)	68
91	208, 282
100	107, 258
180	233, 234
195	208
199	182
200, incs. 1º y 2º	182
233	207
234	207
240	207
241	207
242	207
382	282
384	363
408	207

CODIGO PENAL MILITAR

—	115, 165
307	165
308	165
235	115
257	18
299	114
307, ords. 1º y 6º	115
308, num. 6º	18
309	112
316	112
319	112
330	115
331	115
348	112

CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO

2º	246
----	-----

Artículos	Números	Artículos	Números
736	201	565	73
795	337	567, causal 1ª	69, 96, 97, 98, 99 y 100
820	354	567, causal 2ª	69, 99, 100, 101, 102, 103, 104 y 208
960	81	567, causal 3ª	100, 104
964	36, 81, 353	567, causal 4ª	105, 273, 325
965	81	568	69
982	116	569	69
1059	116	579	296
1106	6	581	296
1115	80	595	296
1204	201		
1228	14		
CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL		CODIGO PROCESAL DEL TRABAJO	
8º	296	25	159
11	205, 291	36	285
43	296	61	191, 222
50	115	65	222
51	114	69	142
54	115	87	55, 94, 191
60	296	90	65
92	72, 233	92	159
95	296		
99	73	CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	
151, atribución 1ª	296	67	11
153	107, 258	68	11
157	273	83	4
168	273	CODIGO DE COMERCIO TERRESTRE	
169	273	465	347
172	273	469	347, 348
195	273	470	347, 348
198	265	472	348
198, ord. 1º	270	477	347
198, ords. 3º y 4º	274		
199	273	CODIGO FISCAL	
200	270	—	8
255	218	4º	257
268	171	45, nums. b) y d)	8
272	71	46	8
294, ords. 5º y 7º	311	65	8
423	273	107, apartes a), b) y c)	8
429	23		
431	21	CODIGO DE ADUANAS	
480	71, 104	—	15
499	71, 101, 363	55	15
500	22		
528	71		
556	67		
557	67		
558	67, 74		
559	67		
563	73		

Artículos

Números

LEYES

Ley 57 de 1887

—	201
5º	258
22	260
29	353
32	243

Ley 87 de 1887

11	123
----	-----

Ley 153 de 1887

16	201
17	201
40	14
52	201, 241
57	201
91	123
92, inc. 3º	254
93	298

Ley 149 de 1888

59	246
----	-----

Ley 95 de 1890

15	264
16	131
17	131
18	131
19	131
20	131
21	131, 132
22	131
23	131
24	131
25	131
26	131
27	131

Ley 40 de 1907

167	14
-----	----

Ley 110 de 1912

—	8
---	---

Artículos

Números

Ley 4ª de 1913

57	246
----	-----

Ley 8ª de 1922

2º	337
----	-----

Ley 46 de 1923

20	231
20, regla 1ª	163
191	163

Ley 45 de 1930

1º	120
----	-----

Ley 79 de 1931

—	15
---	----

Ley 167 de 1941

(Véase Código Contencioso Administrativo)

Ley 28 de 1932

—	337
---	-----

Ley 45 de 1936

—	316
3º	210
4º, causal 2ª	211
4º, causal 5ª	289
12	41, 268

Ley 50 de 1936

2º	256, 263, 264
----	---------------

Ley 160 de 1936

7º	257
----	-----

Ley 200 de 1936

—	237
5º	257
20	237
31	237

Artículos	Números
—	Ley 13 de 1937
—	8
—	Ley 124 de 1937
3º	347
—	Ley 2ª de 1938
7º	17
—	Ley 92 de 1938
2º	181
18	260
—	Ley 94 de 1938
7º	70
—	Ley 4ª de 1943
28	71
31	237
—	Ley 51 de 1943
1º	294
—	Ley 67 de 1943
2º	15
3º	116
4º	116
5º	116
—	Ley 6ª de 1945
—	149
1º, literal b)	327
8º	135
11	135
12, literal b)	317
29	135
—	Ley 69 de 1945
—	2
12	3

Artículos	Números
—	Ley 97 de 1946
—	8
13	8
DECRETOS	
Decreto Nº 1.003 de 1939	
33	201
53	261
Decreto Nº 630 de 1942	
2º	15
Decreto Nº 2127 de 1945	
4º	148, 149, 317
16	135
47	135
48	135
49	135
50	135
51	135
52	135, 222
Decreto Nº 547 de 1947	
14	8
Decreto Nº 797 de 1949	
1º, párrafo 2º	135
4º	135
Decreto Nº 71 de 1950	
1º	358
Decreto Nº 3485 de 1950	
—	252
2º	252
Decreto Nº 3665 de 1950	
8º	330

Artículos	Números	Artículos	Números
	Decreto N° 243 de 1951		Decreto N° 284 de 1958
1°	301	—	18
	Decreto N° 1154 de 1954		Decreto N° 326 de 1958
3°	73		
	Decreto N° 188 de 1958		
—	14, 15	2°	18
4°, párrafo 2°	14	9°	18

INDICE ALFABETICO

	<u>Págs.</u>		<u>Págs.</u>
- A -			
Abadia Valencia Marino y otros (Magistrados del Tribunal Superior de Quibdó).—Queja	6	Aristizábal Ospina Luis contra Lucrecio Cárdenas Arango.—Ordinario sobre resolución de un contrato de permuta	108
Acevedo Díaz Antonio contra Manuel Muñoz.—Ordinario sobre rescisión de un contrato de permuta por lesión enorme	8	Arteaga Juan Bautista.—Casación por violencia carnal	805
Aldana Demetrio contra Sucesión de Campo Elías Aldana.—Filiación natural y petición de herencia	617	Arzayús Rodolfo contra Rosa López.—Ordinario sobre simulación de un contrato de compraventa	644
Aldea Beamonte Eusebio contra "Pardo Restrepo & Santamaría Ltda".—Ordinario Laboral	442	Assicurazioni Generali-Trieste contra la Nación. — Ordinario sobre indemnización por la pérdida o sustracción de unas mercancías en la Aduana de Barranquilla.— Se confirma la no aceptación de la demanda por incompetencia de jurisdicción.	476
Alvarado Germán (Ex-Magistrado de la Corte).—Moción aprobada en Sala Plena, por la cual se deplora su fallecimiento....	492	Astudillo Salazar Manuel Antonio contra Nepomuceno Ordóñez y otros.—Ordinario sobre pago de perjuicios morales y materiales sufridos en accidente en tránsito	594
Amaya Rodríguez Luis Francisco.—La Corte se abstiene de casar el fallo proferido en el proceso que se adelanta a aquél por los delitos de falsedad y estafa	745	- B -	
Andrés P. Marina D. contra Banco Popular-Sucursal de Santa Marta.—Recurso de hecho (Ordinario Laboral)	823	Barreneche P. Félix contra Bernardo Agudelo y otro.—Ordinario reivindicatorio	95
Angel Cháux Adelaida y otros contra Cicerón Angel Ferrer y otro.—Ordinario sobre nulidad de un contrato de compraventa...	621	Becerra vda. de Montes María Dolores contra Francisco Alvarez.—Ordinario sobre disolución, liquidación de sociedad de hecho existente, distribución y consiguiente restitución o reivindicación de bienes	553
Angulo Olga (como madre natural de su menor hijo Fernando Félix Angulo) contra Fernando Villegas Marulanda. — Filiación natural	40	Bejarano Victoria Isabel (como madre natural de su menor hija Ana Milena Bejarano) contra la sucesión de Hernando Montalvo.— Ordinario sobre filiación natural y petición de herencia	32
Arango Socotá Gonzalo. — Cambio de radicación	160	Bernal o Pérez Carlos Alberto.—Casación por lesiones personales	794
Arce Grisales Aníbal y otro.—Casación por homicidio (Asesinato)	184	Betancourt Luis Alfredo.—Casación por homicidio	800
Arenas Bustamante Joaquín Bernardo.— Se desecha el recurso de casación interpuesto contra el fallo de segundo grado, proferido en el proceso que se adelanta a aquél por el delito de homicidio	701	Borda Santiago contra Sucesión de María Falla vda. de Ferro.—Ordinario sobre pago de servicios médicos profesionales	306
Aristizábal Luis contra Antonio González.— Ordinario laboral	841	Buitrago Forero Belisario.—Prevaricato	756

	Págs.		Págs.
— C —			
Cabrales Abel M.—Por cuanto los hechos que se le imputaron no son constitutivos de delito, se ordena cesar el procedimiento que se le adelanta.....	168	competencias	378
Cabrales Pineda Eusebio (Gobernador del Departamento de Córdoba) y otro. —Se declara que no es el caso de abrir investigación contra éstos, por los hechos denunciados pero no ratificados.....	190	Endo Jorge Eliécer. — Casación por homicidio	772
Cabrera Sarmiento José Antonio o Luis Francisco.—Casación por falsedad en instrumento negociable y estafa en concurso real	730	Erazo de Santacruz Virginia y otra (en representación de la sucesión de Mariana de Jesús Erazo) contra Mercedes Erazo de Moncayo.—Ordinario sobre rescisión de un contrato por lesión enorme.....	585
Cadavid Secundino contra Alberto Cadavid y otra.—Ordinario sobre oposición a un deslinde	531	Espinosa U. Juan B. (como Juez Penal del Circuito de Corozal). — Concusión y cohecho.—Se confirma la cesación del procedimiento adelantado	370
Casas Pedro (como representante legal de los impúberes Jesús Antonio Pérez y otros) contra el Municipio de Betania.—Ordinario sobre pago de perjuicios morales y materiales ocasionados por muerte por electrocución	329	“Estrada G. Hermanos” contra Pedro Rodríguez Mira y otros.—Ordinario sobre nulidad de un contrato de compraventa....	310
Colorado de Rodríguez Leocadia.—Sucesión	331	Estrada Otero o Lotero Luis contra Argemiro Estrada Parra y otro.—Ordinario sobre nulidad de un contrato de compraventa.....	45
Comunidad de propietarios de las Islas de los Gómez o Camargo contra la Nación.—Ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero	927	— F —	
Cruz Felisa (en su carácter de heredera de Lorenzo Cruz) contra Enrique Gaitán Cubides.—Ordinario laboral	874	Flórez Virgilio y otro.—Casación por el delito continuado de robo.....	712
Cuervo Solórzano Armando contra Pedro María Cuervo, en su condición de arrendatario y Gerente de la Fábrica de Tejidos Soyhana.—Ordinario laboral.....	425	— G —	
— D —			
David Moisés contra Miguel Gaviria.—Ordinario laboral	432	Galindo Restrepo Joaquín contra Eso Colombiana S. A.—Ordinario laboral.....	102
De Castro Julio.—Faltas contra la ética profesional. — Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido en su favor.....	369	Gallo Gallo José Fernando. — Revisión de sentencia	367
Duque vda. de Quintero Isabel contra Municipio de Marulanda. — Ordinario sobre pago de perjuicios materiales.....	547	Gallo Vicente contra la Nación.—Colisión de competencias	270
— E —			
Echevarría Alejandro y otros.—Colisión de		García Saturnino contra Municipio de Bogotá.—Ordinario laboral	889
		Gasca Lósada Alberto. — Cambio de radicación	158
		Gil Jaime John contra Empresa “Colgate Palmolive Company”.—Ordinario laboral..	436
		Gómez Gómez Rafael contra Municipio de Bogotá.—Ordinario laboral	923
		González Pedro Juan.—Colisión de competencias	376
		— H —	
		Hernández Vitola Roque y otra contra Darío M. Hernández.—Ordinario sobre filiación natural	298
		Herrera de Fuentes María contra Hilario Herrera y otros.—Juicio divisorio.....	574
		Holguín Gañán Rosa Antonia contra Evelio	

	Págs.		Págs.
Sierra Cadavid—Ordinario sobre simulación de unos contratos de compraventa...	320	resolución de un contrato de compraventa de un vehículo automotor.....	64
Holguín Gañán Rosa Antonia contra Evelio Sierra Cadavid.—Ordinario sobre simulación de unos contratos de compraventa.— Se aclara la parte resolutive de la sentencia de que trata el aparte inmediatamente anterior de este Índice.....	328	Luque Crisanto (Excmo. y Rvdmo. Cardenal, Arzobispo de Bogotá y Primado de Colombia).—La Corte se asocia al duelo nacional por motivo de su fallecimiento.....	492
— I —			
Hoyos Ocampo Adolfo (Presbítero) contra Sociedad Unica Automovilística (Suautomóvil).—Ordinario sobre indemnización de perjuicios por los daños causados a un vehículo automotor en accidente de tránsito.	16	— M —	
— II —			
Insignares Manuel Salomón contra "Cooperativa de Productores de Leche del Atlántico Ltda.". Ordinario laboral.....	826	Martínez o Acosta de Martínez Ana Dolores contra Evangelista Martínez R. y otros.— Filiación natural y petición de herencia..	672
Isaza Cadavid Jaime contra Dpto. de Antioquia.—Juicio especial sobre venta de bienes vacantes o mostrencos.....	458	Martínez Luis Armando contra Fábricas Filtta S. A.—Ordinario laboral.....	452
Isaza Llano Antonio contra Adela Escobar vda. de Isaza y otros.—Ordinario sobre nulidad de un testamento.....	518	Martínez Víctor y otros.—Casación por asesinato y otros delitos.....	767
— L —			
Lamus Girón Jorge.—Faltas en el ejercicio de la abogacía	742	Mateus Méndez Jesús Antonio y otros.— Colisión de competencias	770
Lanshot G. M. G. I. Van contra "Cía. Real Holandesa de Vapores".—Ordinario laboral	411	Medina Aníbal de J.—Calumnia e injuria.— Se confirma la sentencia absolutoria proferida en su favor.....	285
Lasprilla Joaquín María.—Casación por homicidio (Uxoricidio)	175	Medina Olegario contra Alfonso Jiménez y otros.—Ordinario sobre nulidad de un contrato de compraventa.....	633
León vda. de Páz Anselma y otros contra Sady González Bernal. — Ordinario sobre resolución de un contrato de compraventa	653	Mojica Angarita Juan N.—En el proceso que se le adelanta por el delito de concusión, se declara que no hay lugar a declarar la cesación del procedimiento, por causa de prescripción	386
Ley 13 de 1947 (Por la cual se creó el Departamento del Chocó).—La Corte la declara exequible	498	Mojica Angarita Juan N.—No se repone el auto de vocación a juicio proferido en el proceso que se le adelanta por el delito de concusión	388
Lis Luis Enrique.—Se declara prescrita la acción penal y se ordena la cesación del procedimiento que se le adelanta.....	163	Molina Beltrán contra Enrique Gómez Fineda.—Ordinario laboral	885
Londoño Londoño Julio César contra Cía. Frontino Gold Mines Ltda.—Recurso de hecho (Ordinario laboral)	222	Molina Chica Salvador (como heredero testamentario de la sucesión de Dolores Chica Orozco vda. de Chica) contra Alicia Uribe Jaramillo.—Ordinario sobre nulidad de las cesiones de unos créditos hipotecarios....	648
López Cotes Araminta y otras contra Otilia Magri de Infante.—Ordinario reivindicatorio	501	Montenegro Alfredo contra Municipio de Bogotá.—Ordinario laboral.—No se accede a la restitución de términos solicitada ni a reponer el auto por medio del cual se declaró la deserción del recurso de casación interpuesto contra el fallo de segundo grado	821
López de la Pava Néstor contra "Climaco Uribe V. y Cía. Ltda.".—Ordinario sobre		Montoya Uribe Rogelio contra César García Montoya y otra.—Ordinario laboral.....	248
		Muñoz Luis A.—Faltas en el ejercicio de la abogacía	721

	Págs.		Págs.
Muñoz Cartagena Leopoldo y otro.—Casación por homicidio.....	165	Lavandería Perfecto Ltda.—Ordinario laboral	897
— N —		Peña Uldarico.—Colisión de competencias...	758
Navarro F. Horacio contra la Nación.—Ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero	472	Perea Jaime contra "Central Hidroeléctrica del río Anchicayá Ltda."—Ordinario laboral	915
— O —		Pérez Duarte Francisco.—Casación por homicidio y lesiones personales.....	390
Olivo Bermúdez Efraín contra Banco Comercial Antioqueño —Sucursal de Barranquilla— Ordinario sobre resolución de un contrato de depósito bancario y otras peticiones	345	Pérez vda. de Ospina María de Jesús y otros contra Félix Ospina Pérez y otra.—Ordinario sobre simulación de unos contratos de compraventa.....	336
Orozco José Adán.—Recusación.—Se declara infundada la propuesta contra un Magistrado de Tribunal Superior, en el proceso que se adelanta a aquél por el delito de homicidio	394	Perilla Pedro Antonio contra Municipio de Bogotá.—Ordinario laboral	859
Orrego Duque Carlos.—Faltas contra la ética profesional.—Se dicta sentencia absoluta a su favor.....	363	Perilla Pedro Antonio contra Municipio de Bogotá.—Aclaración de sentencia (Ordinario laboral)	868
Orrego Rafael y otros.—Cambio de radicación	156	Pinzón Jesús contra Hernando S. de Santamaría y otros.—Ordinario de deslinde....	87
Ortega Flórez Judith contra Zoila Flórez de Fajardo y otro.—Filiación natural.....	512	Potes Posso Elías (como Fiscal de Juzgado Superior)—Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido en su favor por intervención en política	799
Ortiz vda. de Uribe Gilma y otros contra Municipio de Medellín.—Ordinario laboral	230	Prado Bryon vda. de Escobar María contra Leonisa Prado B. y otros.—Ordinario-sobre simulación de unos contratos de compraventa	302
Ortiz José Vicente contra "Construcciones Moore Ltda."—Ordinario laboral.....	892	— Q —	
Ossa Escallón Jaime y otros.—Casación por robo	112	Quinchanagua vda. de Sánchez Florentina (en su carácter de cónyuge sobreviviente de Roberto Sánchez y como representante legal de su hijo menor Mario Roberto Sánchez) contra "Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A."—Ordinario laboral.....	911
— P —		Quintero Angel Antonio.—Casación por homicidio	707
Palacio vda. de Palacio María y otras contra Municipio de Yarumal.— Ordinario sobre indemnización de perjuicios causados por muerte por electrocución.....	24	Quintero Orozco Luis Alberto.—Casación por el delito de corrupción de menores.....	396
Pareja Vélez Eduardo.—Sobreseimiento definitivo	180	— R —	
Parra Jesús Alfredo contra Emiliano Rodríguez.—Ordinario laboral	880	Ramírez V. Gustavo contra Saúl Sonszain.—Ordinario laboral	429
Parra Alarcón Jorge Enrique.—Casación por homicidio	764	Ramírez Rincón Rubén y otro.—Casación por homicidio, lesiones personales y daños en bienes de propiedad ajena.....	151
Patrón de Navarro Leonor contra la Nación.—Ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero	469	Rangel Gabino contra "A. Ordóñez Montero & Cía. Ltda."—Ordinario laboral.....	852
Peña de Rodríguez María del Carmen contra		Recaudador de Hacienda Nacional de San Andrés de Sotavento (Córdoba) contra Pedro Juan Tulena.—Juicio por jurisdicción co-	

	Págs.		Págs.
por el delito de lesiones personales, al señor Procurador Delegado en lo Penal, para que si lo tiene a bien amplíe la demanda del Ministerio Público.....	379	Valenzuela Bonilla Napoleón. — Casación por homicidio y lesiones personales.....	736
Tovar Luis Carlos. — Casación por lesiones personales	816	Vallejo Pedro J. contra Pedro P. Ceballos.—Ordinario sobre pago de servicios médicos profesionales	288
Trujillo Darío contra Juan de la Cruz Montealegre.—Ordinario reivindicatorio	74	Vargas Aristides contra Distrito Especial de Bogotá.—Ordinario laboral	403
Trujillo Isaac contra "Consortio de Cervecerías Bavaria S. A.".—Ordinario laboral	399	Vargas Fideligno contra "Fábrica de Cementos Samper".—Recurso de hecho. — Ordinario laboral	450
— U —			
"Urbanización Nacional" contra Faustino Echavarría y otra. — Ordinario reivindicatorio	609	Vargas Escobar Néstor contra "Líneas Aéreas Transatlánticas Colombianas (Latco). — Ordinario laboral	869
Uribe Uribe Rafael.—Proposición aprobada en Sala Plena, por medio de la cual se rinde homenaje a su memoria al cumplirse el primer centenario de su nacimiento.....	492	Varón Leytón Ermínsul.—En el proceso que se le adelanta por el delito de estafa, se declara inadmisibile el recurso de casación interpuesto contra el fallo de segundo grado	381
Urrego José contra La Nación y otro.—Ordinario laboral	224	Vásquez Auristella contra sucesión de Rafael Núñez o Sarmiento.—Filiación natural... ..	57
— V —			
Valencia Bedoya Gustavo.—Casación por lesiones personales	779	Vélez Muñoz Jorge contra Francisco Ospina Cárdenas.—Ordinario sobre nulidad de un laudo arbitral	670
Valencia M. Manuel contra Sergio Mejía Jaramillo.—Ordinario sobre oposición a un deslinde	506	Vides Herrera Adolfo contra Sociedad de seguros denominada "Confederación del Canadá".—Ordinario laboral	902
		Villamil Wenceslao y otro.—Revisión de sentencia	171
		Villaneda Soto Daniel contra Alejandro Berger y otros. — Ordinario sobre resolución de un contrato de promesa de venta.....	662

ERRATAS ADVERTIDAS

Página 115 del presente Tomo, columna 1ª, renglón 47, dice "artículo II del Código Penal", en vez de artículo 11 del Código Penal.

Página 673 del presente Tomo, columna 2ª, renglones 38 y 39, dice "o se establezca el tiempo de su celebración", en vez de o se establezca al tiempo de su celebración.

Página 770 del presente Tomo, columna 2ª, la providencia que allí se inicia tiene fecha "primero de julio de mil novecientos cincuenta y nueve", en vez de primero de junio de mil novecientos cincuenta y nueve.