REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: Dr. DIEGO E. CRISTANCHO M.

Relator de la Corte

TOMO CVII

1ª PARTE

Este volúmen contiene los fallos proferidos por las Salas Plena Civil de la Corte durante el

SEGUNDO TRIMESTRE DE 1.964

y consta de una entrega que se distingue con el

NUMERO 2272

BOGOTA, D. E. 1.966

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

SALA PLENA

Dr. Samuel Barrientos Restrepo, Presidente
Dr. Humberto Barrera Domínguez, Vicepresidente
Dr. Ricardo Ramírez L., Secretario

SALA DE CASACION CIVIL

Dr. Arturo C. Posada, Presidente
Dr. Ricardo Ramírez L., Secretario
Magistrados: Doctores
Enrique Coral Velasco
Gustavo Fajardo Pinzón
José Hernández Arbeláez
Enrique López de la Pava
Arturo C. Posada
Julián Uribe Cadavid.

SALA DE CASACION PENAL

Dr. Simón Montero Torres, Presidente
Dr. Pioquinto León L., Secretario
Magistrados: Doctores
Humberto Barrera Domínguez
Samuel Barrientos Restrepo
Simón Montero Torres
Gustavo Rendón Gaviria
Julio Roncallo Acosta
Primitivo Vergara Crespo

SALA DE CASACION LABORAL

Dr. Luis Alberto Bravo, Presidente
Dr. Vicente Mejía Osorio, Secretario
Magistrados: Doctores
Luis Alberto Bravo
Roberto De Zubiría C.
Luis Fernando Paredes A.
José Joaquín Rodríguez

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Dr. Efrén Osejo Peña, Presidente
Dr. Jorge García Merlano, Secretario
Magistrados: Doctores
Ramiro Araújo Gran
Efrén Osejo Peña
Carlos Peláez Trujillo
Luis Carlos Zambrano

RELATORIA

Relator: Dr. Luis Ignacio Segura A.
Relatores Judiciales Auxiliares: Dres.
Carlos M. Gutiérrez E. y
Diego E. Cristancho M.

Abril a Junio de 1964

SALA PLENA

MOCION DE DUELO CON OCASION DEL FALLECIMIENTO DEL SEÑOR DR. GERMAN OROZCO OCHOA, EXMAGISTRADO DE ESTA CORPORACION.

"La Corte Suprema de Justicia deja constancia en el acta de la sesión de hoy, de su profundo pesar por la muerte del Doctor Germán Orozco Ochoa, eminente Jurista antioqueño, autor de la obra "Jurisprudencia de la Corte Suprema" y quien desempeñó con singular decoro y eficacia, importantes cargos dentro de la administración de justicia, como Juez de Circuito, Magistrado del Tribunal Superior de Medellín y miembro de esta Corporación, y hace llegar a sus familiares su más sincero sentimiento de dolor.

"Comuníquese a la señora viuda de Orozco Ochoa y a sus hijos, a la ciudad de Medellín.

"Publíquese en la Gaceta Judicial".

(Proposición aprobada en sesión plenaria de fecha 18 de junio de 1.964).

SALA DE CASACION CIVIL

Extractos de Jurisprudencia en materia civil a cargo del Dr. CARLOS MANUEL GUTIERREZ E. Relator Judicial Auxiliar de la Corte.

RESPONSABILIDAD POR PAGO DE CHEQUES FALSOS

Cuándo es aplicable la teoría de la compensación de culpas. No hay en casación "errores evidentes de derecho" sino evidentes de hecho. Autonomía de los Tribunales en la apreciación de las pruebas. Los arts. 593 y 601 del C. Judicial son normas directivas y adjetivas. Presunción de culpa por el hecho de pagar cheques falsos. Control de cheques para evitar daño al dueño de la cuenta corriente. Valor probatorio del dictamen grafológico. La iniciativa procesal y probatoria corresponde a las partes y no al Juez. Culpa concurrente. Al juzgador incumbe fijar la cuota de responsabilidad que recae sobre las partes. Pruebas. Caso en que el criterio que del estudio de éstas se forma el juzgador puede sufrir variación en la Corte. La costumbre. Cuándo tiene valor de ley.

1. La profesión bancaria envuelve una actividad peligrosa que exige a quienes a ella se dedican, el empleo de aquella diligencia y cuidado que para actividades de esa clase predica la ley. El artículo 191 de la ley 46 de 1.923 consagra un principio de responsabilidad a cargo de los Bancos que pagan cheques falsos; y para deducir esa responsabilidad en cada caso particular, es preciso atenerse a las nociones relativas a la culpa. Por consiguiente, se requiere examinar la conducta de las personas obligadas, para saber si han incurrido o no en responsabilidad, y cuál es el grado que les corresponde.

La Corte, en sentencia de 11 de noviembre de 1.940, (L. 724) a que se refieren tanto el actor como el opositor, después de afirmar que la compensación de culpas no puede realizarse como fenómeno natural y tener efectividad sino en los casos de responsabilidad por culpa extracontractual o aquiliana, agrega más adelante: "..... que en los contratos también cabe culpa de una y otra de las partes y que esa concurrencia de culpa no puede pasar inadvertida ni quedar sin efecto, so pena de sacrificar la equidad, pero este fenómeno no podría entenderse reglamentado por disposición que exclusivamente mira a la culpa aquiliana, sino que ha de resolverse, en su caso, a la luz de las disposiciones que regulan los contratos y que atienden a la simetría contractual".

El artículo 191 de la ley 46 de 1.923 está compuesto por dos miembros, el primero de los cuales consagra o estatuye la regla general que hace responsable a los Bancos por el pago de cheques falsos; sienta un principio de responsabilidad para una actividad bancaria. En el segundo miembro se exime de responsabilidad cuando el perjudicado con el pago del cheque no hace reclamación formal dentro del término que indica la misma disposición.

La norma tendrá o no aplicación en los casos concretos según se paguen o no cheques falsos; pero su vigencia y aplicación no está subordinada al

hecho de que los Bancos cumplan o no la función obligatoria de enviar a sus clientes los comprobantes de pago de los cheques, ni al uso o costumbre de archivar esos comprobantes y limitarse a dar aviso de pago por medio de los llamados extractos bancarios. Si los Bancos no hacen el envío de tales comprobantes, su omisión no podría tener otro efecto que el de hacer indefinido el lapso o término dentro del cual los depositantes pueden purgar la prescripción señalada en el cánon legal comentado.

2. No hay "errores evidentes de derecho" en materia de casación sino errores evidentes de hecho. La sentencia puede atacarse en casación por darle a la prueba el valor que no tiene, o por no darle el que tiene; entonces la censura se hará por error de derecho en la apreciación de la prueba. Y se acusa la sentencia por error evidente de hecho, cuando el fallador supuso una prueba no existente en el juicio, o cuando omitió apreciar una que sí estaba incorporada en él.

3. Dentro del poder discrecional del Tribunal está el de formar su criterio a través del haz probatorio, sin que sea dable a la Corte modificarlo, salvo el caso de arbitrariedad en la apreciación de los elementos que aquél tuvo en cuenta para formarse su propia convicción.

4. Los artículos 593 y 601 del Código Judicial, son normas directivas adjetivas cuya violación no puede alegarse en casación.

5. El vínculo obligante para el Banco, en el manejo de las cuentas corrientes emana de la naturaleza misma del contrato, no de las prácticas, usos o costumbres de la generalidad de los Bancos, porque éstos no constituyen el fundamento de la obligación. Las prácticas bancarias se suponen ordenadas al fiel cumplimiento de los deberes impuestos por la ley a los establecimientos de crédito.

Tratándose de cheques, es deber de los Bancos comparar las firmas del girador con la firma registrada en el mismo Banco, porque es de esta manera como se ponen los medios necesarios para evitar el daño que la falsificación de los cheques produciría necesariamente al dueño de la cuenta corriente.

El hecho de pagar cheques falsos implica para el Banco girado una presunción de culpa, como aparece claramente de lo dispuesto por el artículo 191 de la ley 46 de 1.923, en acuerdo con los artículos 1604 y 63 del Código Civil. Y para que quien hizo esos pagos pueda exonerarse de la culpa es necesario que destruya la presunción. Al respecto puede verse lo dicho por la Corte en casación de 7 de junio de 1.951, G. J. T. LXIX, 688.

6. No puede ser materia de censura contra la sentencia impugnada el hecho de que el Tribunal haya tenido en cuenta la prueba pericial de grafología y le haya asignado valor probatorio a dicha prueba, porque si de acuerdo con los principios del derecho colombiano, el juez debe basar su decisión en "alguno o algunos de los medios probatorios" especificados por la ley, y si entre esos medios se encuentra consagrada como legal la prueba por peritos, no se ve razón alguna para excluir y negarle valor probatorio a la prueba de peritos grafólogos por el simple hecho de que la falsificación sea tan palpable que pueda apreciarse a simple vista y por personas desconocedoras de principios científicos que informan la grafología.

La ley no prohibe emplear la prueba de peritos grafólogos en ningún caso en que ella sea conducente y oportuna para la demostración de los hechos en que se asienta la demanda; entre las varias categorías de pruebas, la ley no ha señalado una especial para la demostración de la falsificación de la escritura, por lo cual ni a las partes les está vedado acudir a esa clase de prueba, ni al fallador fundar su criterio de juzgador con base en ella, dándole el valor que de acuerdo con los fundamentos del dictamen, le correspondan.

Por otra parte ha sido práctica constante en los estrados judiciales, y no considerada ilegal por la Jurisprudencia, acudir a esta clase de medios probatorios para conocer la verdad en casos como el contemplado en este negocio.

Aun cuando la Jurisprudencia no ha asignado a la prueba pericial de grafólogos, el valor de plena o completa, sí le da el valor de prueba inicial que unida a otra u otras constituye la plena prueba para decidir el litigio. Sobre el particular, conviene recordar lo dicho por la Corte en casación de 12 de julio de 1.944, LVII, 434.

7. En materia civil la iniciativa procesal y probatoria, con excepción del caso señalado en el artículo 600 del C. J., corresponde a las partes y no al juez; son aquéllas quienes tienen el derecho de pedir las pruebas, y, en relación con la inspección ocular, prueba pericial, confesión, etc., son ellas quienes señalan el ámbito directo dentro del cual debe procederse para el examen de los hechos, para el interrogatorio de las partes o de los testigos, etc., sin que sea dable al juez ampliar ese campo de acción, salvo los casos expresamente indicados en el procedimiento.

8. En la ponderación de la prueba para efectos de la graduación de culpas, cuando de culpa concurrente se trata, no puede hablarse propiamente de error de derecho, sino a lo más de un error de criterio en cuanto, a través de la prueba, determina el juzgador la cuota de responsabilidad que recae sobre las partes, y, por consiguiente, el monto de la indemnización que corresponda. Es al fallador de instancia a quien compete, según el criterio que se haya formado por el estudio de cada caso, fijar la cuota de responsabilidad, sin que sea dable a la Corte entrar a modificarla en casación, aún en el supuesto de que tuviera un concepto diverso a aquél.

9. Las pruebas son elementos de convicción en virtud de los cuales aparecen demostrados o no los hechos en que se fundan la demanda y la defensa. Las pruebas son objetivas, mas de su ponderación, peso y medida verificados por el juez, dentro del valor que la ley señala, surge el elemento subjetivo que funda el criterio del fallador, criterio que -se ha dicho- no es susceptible de variación por la Corte a no ser que resultara contraevidente con la prueba misma.

10. El recurrente no señala específicamente cuál o cuáles fueron las pruebas en cuya ponderación por parte del Tribunal se incurrió en error de derecho; al no hacerlo así, tal circunstancia exonera a la Corte para hacer el estudio correspondiente, ya que es obligación del recurrente en casación indicar concretamente la prueba que no se tuvo en cuenta o la que se dió por existente en el proceso sin estarlo, o, finalmente la que fue o no indebidamente apreciada.

11. El derecho colombiano reglamenta la abolición, derogación o insubsistencia de la ley en los preceptos 71 y 72 del C. C. y en los artículos 3o. y 14 de la ley 153 de 1.887; y en ninguno de tales dispositivos legales se halla establecido como medio para derogar una disposición legal, la costumbre. Esta puede tener valor de ley cuando reúne las exigencias indicadas en el artículo 13 de la antes citada.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, siete de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Julián Uribe Cadavid)

Juicio de Cooperativa de Producción y Consumo de Cali Limitada contra Banco de Bogotá. Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali de 19 de octubre de 1.962.

-I-

ANTECEDENTES

La "Cooperativa de Producción y Consumo de Cali Limitada", en demanda promovida ante el Juez Cuarto del Circuito Civil de Cali, contra el Banco de Bogotá, solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera. Hubo culpa por parte de los funcionarios del Banco de Bogotá, en sus oficinas de la calle 13 No. 9-35 de la ciudad de Cali, en el manejo de la cuenta corriente de la Cooperativa de Producción y Consumo de Cali Limitada con dicho Banco, especialmente en el pago, con cargo de dicha cuenta, de los 20 cheques antes relacionados y calificados como falsos.

"Segunda. Como consecuencia de la declaración anterior, el Banco de Bogotá es responsable ante la entidad demandante por el valor de los mencionados cheques, o sea por la suma de $177.247:30; la cual deberá pagar a la entidad demandante al quedar ejecutoriada la presente sentencia.

"Tercera. Igualmente, el Banco de Bogotá debe pagar intereses a la entidad demandante, a la rata legal, sobre el valor de cada uno de los cheques falsificados, desde el día del pago de cada uno de dichos cheques y hasta el día en que se efectúe el reintegro.

"Cuarta. Finalmente, el Banco de Bogotá deberá pagar al demandante las costas y gastos que sean ocasionados por el presente juicio.

"Petición subsidiaria:

"En el caso de que los Jueces estimen que no hubo culpa por parte del Banco de Bogotá en el pago de alguno o algunos de los 20 cheques impugnados de falsedad, pido que, en lugar de la declaración segunda que antecede, se haga la siguiente:

"El Banco de Bogotá está obligado a pagar a la Cooperativa demandante la suma de $, por concepto de los cheques calificados de falsos que fueron pagados por dicho Banco con cargo a la cuenta de la entidad demandante. (Para efectos de esta declaración subsidiaria, el señor juez computará y sumará el valor de los cheques cuyo pago sea calificado de culposo)".

Como fundamentos de la acción expuso los que, en síntesis, se expresan a continuación:

La Cooperativa de Producción y Consumo de Cali Limitada, es una sociedad cooperativa, con domicilio en Cali, y con personería jurídica reconocida por Resolución No. 629 de 10 de octubre de 1.951, del Ministerio de Trabajo. Esta Cooperativa abrió en la Agencia del Banco de Bogotá, Sucursal de Cali con anterioridad al año de 1.956, "una cuenta corriente, o de giro o depósito, para la movilización de sus dineros" (hecho segundo).

El Banco de Bogotá es una sociedad Anónima con domicilio principal en Bogotá; abrió una agencia bancaria en el local No. 9-35 de la calle 13 de Cali, como dependencia directa de la Sucursal Principal, de Cali (hecho primero).

La cuenta corriente era manejada por el gerente de la Cooperativa, señor Gonzalo Corredor T., como único girador, quien había registrado su firma en las oficinas del Banco (hecho tercero).

En los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1.956, y en los de enero y febrero de 1.957 fueron girados contra el Banco de Bogotá, y con cargo a la cuenta de la Cooperativa, veinte cheques que el demandante relaciona por su número, beneficiarios y cantidades giradas, (hecho cuarto), y cuyo monto total asciende a $177.247.30.

Los cheques en mención, afirma el actor, no fueron girados por el Gerente de la Cooperativa, único que podía hacerlo; y agrega: "Consiguientemente, dichos cheques fueron girados por persona distinta del Gerente dicho, mediante el sistema de imitar o dibujar la firma de aquél" (hecho quinto).

En el hecho sexto se anota cómo fueron pagados los referidos cheques por el Banco y, a propósito, hace la siguiente relación:

Cheque	No. 38760-20	a favor	de	Jorge González L.	por	$ 8.950.oo
"	No. 32860-32	"	"	" " "	"	4.826.50
"	No. 32860-61	"	"	Roque Briceño	"	5.890.oo
"	No. 38546-79	"	"	Jorge González L.	"	8.970.oo
"	No. 38760-08	"	"	" " "	"	9.960.oo
"	No. 38760-76	"	"	" " "	"	9.160.50
"	No. 45150-65	"	"	Pedro Sinal Candela	"	7.800.oo
"	No. 45150-96	"	"	Blanca González de M.	"	15.000.oo
"	No. 45480-38	"	"	" " "	"	12.000.oo
"	No. 32860-37	"	"	Libardo Palacio G.	"	1.500.oo
"	No. 32860-79	"	"	Blanca González	"	6.980.50
"	No. 38240-11	"	"	Jorge González L.	"	3.587.50
"	No. 38240-35	"	"	" " "	"	6.790.50
"	No. 38240-51	"	"	" " "	"	9.987.50
"	No. 38240-61	"	"	" " "	"	9.790.50

Cheque	No.	38240-61	a favor de	Jorge González L.	por $	11.756.50
"	No.	38547-06	" " "	Francisco Lutero	"	10.950.80
"	No.	38547-32	" " "	Jorge González L.	"	12.486.50
"	No.	38547-49	" " "	" "	"	11.890.oo
"	No.	38547-77	" " "	" " "	"	8.980.oo
						$177.247.30

En cuanto a los cheques números 38260-61, 38547-79, 38760-08, 38760-76, 41150-65, 41150-96 y 45480, "fueron pagados por el Banco girado, sobregirando la cuenta de la entidad giradora; es decir, se pagaron con cargo a la cuenta de la Cooperativa sin que esta entidad tuviera en el momento de presentación de los cheques, fondos suficientes para el pago".

El Banco no dió aviso ni consultó con la Cooperativa sobre el pago de los cheques en sobregiro, cuando fueron presentados para el pago (hecho noveno).

En el hecho décimo se afirma que quien falsificó los veinte cheques fué el señor Alfonso Mira O., secretario entonces de la Cooperativa, y quien tenía acceso a las chequeras. Se agrega que contra Mira y sus cómplices se ha tramitado el correspondiente juicio penal, y se dictó sentencia condenatoria por el Juzgado Segundo Superior de Cali.

El demandante asevera que el Banco demandado, al pagar los cheques antes referidos, incurrió en las siguientes culpas:

"A) No reparó, al confrontar la firma del girador con la firma registrada en el Banco, en los 2 cheques pagados por Caja, la muy notoria disparidad o discrepancia existente entre dichas dos firmas. Al parecer el Banco se atuvo nada más que al control correspondiente al No. de la chequera entregada a la Cooperativa.

"B; En los 17 cheques pagados por canje y en el cheque pagado por consignación en Medellín, los empleados del Banco de Bogotá, en su agencia de la calle 13 de Cali, no establecieron la autenticidad de la firma del girador, pues no hicieron la correspondiente confrontación de dicha firma con la firma registrada en el Banco por el Gerente de la Cooperativa. Al parecer, los empleados del Banco procedieron en el convencimiento de que los cheques pagados por canje, no estaban sometidos al requisito esencial de la verificación de la autenticidad de la firma del girador. Y,

"C) Los 7 cheques pagados con sobregiro a cargo de la Cooperativa de que vengo hablando, no fueron consultados en el momento de su pago, con el Gerente de la Cooperativa; consulta ésta que, fuera de ser usual en las prácticas bancarias, habría puesto al descubierto, desde el momento del pago del primero de esos cheques, las maniobras dolosas de que venían siendo víctimas la Cooperativa nombrada y a la postre el Banco mencionado".

El Gerente señor Gonzalo Corredor T. no recibió personalmente ninguno de los extractos de cuenta; y cuando descubrió el desfalco, se apresuró a protestar ante el Banco de Bogotá el cargo correspondiente, para purgar la prescripción de que habla el artículo 191 de la ley 46 de 1923 (hechos 12o. y 13o.).

El Banco demandado contestó el libelo aceptando algunos hechos, negando otros y dando explicaciones en varios casos. Termina su respuesta proponiendo las siguientes excepciones:

"1a. Ausencia total de culpa de los funcionarios del Banco de Bogotá en sus oficinas de la calle 13 No. 9-35 de esta ciudad, en el manejo de la Cuenta Corriente de la Cooperativa de Producción y Consumo de Cali Ltda., con dicho Banco, especialmente en relación al pago, con cargo a dicha cuenta, de los cheques que la Cooperativa presenta ahora como falsificados.

"2a. Ausencia total de responsabilidad del Banco de Bogotá por el valor de los mencionados cheques, cuyo pago se hizo por el Banco en condiciones legales.

"3a. Ausencia parcial de culpa y de responsabilidad por parte del Banco de Bogotá en el pago de alguno o algunos de los cheques de la Cooperativa de Producción y Consumo de Cali Ltda., que ahora ésta pretende que son falsificados, y que se pagaron con cargo a la cuenta de dicha Cooperativa, por aparecer auténticos a su presentación para el pago.

"4a. Todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación reclamada, o la declaran extinguida si alguna vez hubiere existido".

Concluyó la primera instancia del juicio con la sentencia del veintitrés de noviembre de 1.961, cuya parte resolutiva dice:

"1o. Declárense no probadas las excepciones perentorias propuestas por el procurador de la parte demandada al contestar la demanda.

"2o. Declárase que hubo culpa parcial por parte de los funcionarios del Banco de Bogotá en sus oficinas de la calle 13 No. 9-35 de la ciudad de Cali, en el manejo de la cuenta corriente de la Cooperativa de Producción y Consumo de Cali Limitada, en dicho Banco, especialmente en el pago, con cargo a dicha cuenta, de los 20 cheques de que dan cuenta la demanda y el cuerpo de esta providencia.

"3o. Declárase la existencia parcial de culpa de la Cooperativa demandante, consistente en la negligencia, falta de diligencia y cuidado del gerente y de su secretario contador, quien giró, falsificó y por intermedio de terceras personas obtuvo el pago, -por parte del Banco demandado- de los cheques materia de la presente acción.

"4o. Como consecuencia de las declaraciones anteriores, el Banco de Bogotá, Sucursal de Cali, es responsable ante la entidad demandante por el valor de la cuarta parte a que equivale el total de los cheques falsificados que pagó, suma que asciende a ($44.311,82) CUARENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS ONCE PESOS CON OCHENTA Y DOS CENTAVOS, suma que deberá pagar dentro de los cinco días siguientes al de la ejecutoria de esta sentencia.

"5o. Igualmente el Banco de Bogotá, sucursal de Cali, deberá pagar a la parte demandante, que lo es la Cooperativa de Producción y Consumo de Cali Limitada, los intereses legales por la suma a que se contrae el punto anterior, a partir de la contestación de la demanda.

"6o. Absuélvese al Banco de Bogotá, sucursal de Cali, del pago de las tres cuartas partes del valor total de los cheques falsos a que alude la demanda, o sea por la cantidad de $132.935.46.

"7o. Condénase parcialmente en costas a la parte demandada. Liquídense oportunamente por la Secretaría".

Ambas partes interpusieron recurso de apelación, y el Tribunal de Cali, en su oportunidad, decidió confirmar la sentencia de primer grado.

Corresponde a la Corte resolver ahora sobre el recurso de casación interpuesto tanto por el actor como por el opositor, y así se procede siguiendo el mismo orden de su presentación.

-II-

LA ACUSACION DEL ACTOR

Se acusa la sentencia de segundo grado "con fundamento en el ordinal primero del artículo 520 del Código Judicial, es decir, por ser violatoria de la ley sustantiva por interpretación errónea y aplicación indebida. Y por errónea apreciación de ciertas pruebas obrantes en el proceso, que habrán de señalarse", y sobre esa base formula cuatro cargos a la sentencia.

Primer cargo.

Lo hace consistir el recurrente en que "El Tribunal en su fallo aceptó y dió aplicación al artículo 2357 del Código Civil" y agrega:

"Por otra parte, admitió que se trataba de una acción con base en la responsabilidad contractual, así planteada en la demanda. En varios pasajes de la sentencia habla del contrato de cuenta corriente, de casos como el que se ventila en el campo del contrato de cuenta corriente. De manera que el Tribunal sí tuvo la noción clara de la calidad de la acción sobre la base de la responsabilidad contractual".

Para fundamentar el cargo expone lo siguiente:

"Entonces, al aplicar el artículo 2357 del Código Civil, violó el texto de la ley sustantiva directamente por aplicación indebida considerando, con error de derecho, que se podía aplicar también en el campo de la responsabilidad contractual, no siendo así, pues hace parte el citado artículo del capítulo 34, Libro 4o. del Código Civil que regula todo lo relativo a la responsabilidad por culpa extracontractual".

Trae, en apoyo de lo expuesto, la doctrina sentada por la Corte en sentencia de casación de 11 de diciembre de 1.940 (G. J. No. 1966-1967 y 1968, pág. 724), jurisprudencia que transcribe. Además, cita las sentencias de 30 de noviembre de 1.945 (G. J. No. 2025-2026-2027, pág. 810), de 23 de abril de 1.954 (G. J. No. 2140 pág. 408) y la de 31 de marzo de 1.955 (G. J. No. 2151 pág. 844).

En otro aparte alega el recurrente:

"Y ni podrá pensarse en la culpabilidad extracontractual ubicándola en el empleado subalterno del Banco que omitió la confrontación de las firmas de los cheques con la firma registrada, porque el Gerente del Banco al absolver posiciones contestó que era cierto que el Banco no tenía para garantía de sus clientes en el servicio de pago de cheques, empleados permanentes para verificar la autenticidad de las firmas de los giradores".

SE CONSIDERA:

La verdad es que en la sentencia acusada ni siquiera se cita, en parte alguna del fallo, el artículo 2357 de Código Civil; y, por el contrario, el Tribunal se refiere a la responsabilidad por culpa contractual, dándole aplicación al artículo 191 de la Ley 46 de 1.923.

En efecto, el Tribunal en la sentencia expresa:

"Con fundamento en el artículo 191 de la Ley 46 de 1.923, la Cooperativa persigue la declaratoria de que el Banco por culpa de sus empleados, hizo efectivos los dichos cheques y que por lo tanto debe pagar a la entidad demandante la suma indicada con sus intereses legales. Subsidiariamente pidió se condenara por la cuantía que arrojen los cheques que el Juez encuentre culposamente pagados.

"Por su parte, el Banco imputa la culpa a la Cooperativa y formula las excepciones de ausencia total y parcial de culpa y responsabilidad.

"Consagra el artículo 191 de la Ley 46 de 1.923 que 'todo Banco será responsable a un depositante por el pago que aquel 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'".

Enseguida el Tribunal hace un análisis de los principios doctrinales y jurisprudenciales, en relación con el artículo 191 de la Ley 46 de 1.923, para afirmar que tal disposición no impone forzosamente al Banco girado la obligación de indemnizar al girador sino en tanto que se haya establecido su responsabilidad de acuerdo con las nociones de la culpa civil. Y agrega después:

"De allí que las partes puedan acordar válidamente cláusulas de exensión de responsabilidad del Banco, siempre que no comprenda la que se origina en el dolo o en la culpa grave. Por eso es dable investigar, de acuerdo con la jurisprudencia, si el Banco incurrió en culpa, la naturaleza y graduación de ésta, para definir su responsabilidad. Y sobre estos presupuestos llegar incluso al fenómeno de la compensación de culpas como ya lo hizo la H. Corte en casación de 11 de marzo de 1.943, G. J. LV, pág. 52 y ss., al fallar un negocio en el que el cliente pretendía -como en este evento-, que el Banco se responsabilizara por el pago de unos cheques falsos y reintegrara a su cuenta corriente los dineros efectivados".

Parece, aun cuando el recurrente no lo dice, que el cargo va dirigido a censurar el fallo del Tribunal por cuanto admitió la compensación de culpas entre demandante y demandado, lo que, en su sentir, radica el problema dentro del artículo 2357 del C. C., pues da a entender que en aplicación del artículo 191 de la Ley 46 de 1.923 no cabe la graduación de culpas y la consiguiente proporcionalidad en la tasación de los perjuicios.

Esto no es así. El artículo 191 de la Ley 46 de 1.923, disposición en que el demandante apoyó sustantivamente la acción, ha de tener en cuenta la manera normal o anormal como las partes contratantes hayan actuado con ocasión del cumplimiento de sus respectivas obligaciones. Por eso dijo la Corte en sentencia de 15 de

julio de 1.938 (XLVII, 73) "La responsabilidad por riesgo del artículo 191, que estriba en una relación mecánica de causalidad, se desplaza hacia el terreno del derecho común tan pronto como se prueba culpa en el girador, y el Banco, por consiguiente, cesa de estar obligado a reparar en tanto que una culpa no se haya establecido a su cargo. La culpa del girador produce, pues, una exoneración total del riesgo, en el sentido de que alivia al Banco completamente de la responsabilidad que pesaba sobre él, salvo en dejarle una parte de ésta en caso de culpa probada a su cargo".

La profesión bancaria envuelve una actividad peligrosa que exige a quienes a ella se dedican, el empleo de aquella diligencia y cuidado que para actividades de esa clase predica la ley. El artículo 191 de la ley 46 de 1.923 consagra un principio de responsabilidad a cargo de los Bancos que pagan cheques falsos; y para deducir esa responsabilidad en cada caso particular, es preciso atenerse a las nociones relativas a la culpa. Por consiguiente, se requiere examinar la conducta de las personas obligadas, para saber si han incurrido o no en responsabilidad, y cuál es el grado que le corresponde.

La Corte, en sentencia de 11 de noviembre de 1.940, (L, 724) a que se refieren tanto el actor como el opositor, después de afirmar que la compensación de culpas no puede realizarse como fenómeno natural y tener efectividad sino en los casos de responsabilidad por culpa extracontractual o aquiliana, agrega más adelante: " .... que en los contratos también cabe culpa de una y otra de las partes y que esa concurrencia de culpa no puede pasar inadvertida ni quedar sin efecto, so pena de sacrificar la equidad, pero este fenómeno no podría entenderse reglamentado por disposición que exclusivamente mira a la culpa aquiliana, sino que ha de resolverse, en su caso, a la luz de las disposiciones que regulan los contratos y que atienden a la simetría contractual".

De donde se desprende que el Tribunal al graduar la responsabilidad por culpa contractual no tenía que acudir, ni lo intentó siquiera, a la norma del artículo 2357 del Código Civil, sino que tomó base en el artículo 191 de la Ley 46 de 1.923, interpretado o atemperado, por razones de equidad y de justicia, por la jurisprudencia nacional, para llegar al resultado que es motivo de la censura opuesta por el recurrente. Y es evidente que al obrar así, el Tribunal no violó, por aplicación indebida, el memorado artículo 2357 citado, razón por la cual no prospera el cargo.

Segundo cargo.

El demandante recurrente presenta esta censura así:

"Los Tribunales son soberanos en la apreciación de la prueba pericial, como en la de indicios, ha dicho siempre la Corte. Pero también ha hecho la advertencia de que tal soberanía no es ilimitada hasta el extremo de pasar por apreciaciones que hagan en forma evidentemente errónea".

En corroboración de su afirmación, asevera el recurrente que el Tribunal violó el artículo 722 del Código Judicial "porque la prueba pericial de modo unánime colocó al demandado en una situación ciertamente censurable desde el punto de vista profesional y contractual".

Y agrega:

"El mismo Tribunal así lo admitió, como se ve en el aparte transcrito anteriormente. No se necesitaba tener conocimiento de grafología. El promedio de

los empleados bancarios no habría podido ser engañado por esas firmas. La falsificación fué 'Torpísima'. Todo esto dijeron los señores peritos. En derecho penal se conoce la figura del delito imposible, que se presenta cuando el medio usado para realizarlo, está inadecuado, que resulta imposible ejecutarlo, por ejemplo, si un falsificador de moneda se sirve simplemente del plomo. A nadie engañaría. Lo mismo puede decirse en el caso de este juicio. Era tan burda, tan torpe, la falsificación de la firma del girador, que a ninguno de los empleados hubiera podido engañar, si hace la simple confrontación. De modo que si esta sencilla operación se hubiese ejecutado, no habría habido lugar al fraude".

Trae en seguida a estudio el tema de la prueba de confesión del Gerente del Banco de Bogotá, que "dió apoyo rotundo del (sic) dictamen pericial".

Transcribe la posición cuarta y su respuesta, para concluir así:

"El Tribunal, pues, al considerar al Banco en estado del responsabilidad parcial y en inferiorísimo grado, para descargar sobre la Cooperativa la mayor responsabilidad, no le dió todo el valor de plena prueba y el alcance de esa plenitud probatoria, al dictamen pericial y a la confesión del Gerente del Banco, conforme lo regulan los artículos 604 y 607 del C. J. citados, incurriendo en las violaciones anotadas.

"Para descargar de responsabilidad al Banco, haciéndolo en forma ciertamente censurable, usó de dos elementos documentales llevados al juicio, respaldados 'por otras pruebas del proceso, sin indicar concretamente cuáles eran esas otros pruebas, para poder referirse a ellas en casación y a su apreciación respectiva.

"Así llegó el Tribunal a la compensacion culposa rielevando hechos y circunstancias por parte de la Cooperativa, con los cuales no se establece el vínculo de causalidad necesario que llevaría a la conclusión de que las omisiones lamentables, serias y graves del Banco, fueron resultado de aquellas circunstancias. Los casos citados por el Tribunal ocurridos al Banco Alemán Antioqueño en Medellín y Cali, con los señores José Jesús Sierra y Bechara Salóm respectivamente y el National City Bank of New York con el señor Andrade Ospina, tuvieron características bien distintas de las del caso presente. Entre ellas la confesión de los clientes sobre su aceptación expresa a los extractos de cuenta que se les pasaba".

SE CONSIDERA:

En primer lugar no hay "errores evidentes de derecho" en materia de casación sino errores evidentes de hecho. La sentencia puede atacarse en casación por darle a la prueba el valor que no tiene, o por no darle el que tiene; entonces la censura se hará por error de derecho en la apreciación de la prueba. Y se acusa la sentencia por error evidente de hecho, cuando el fallador supuso una prueba no existente en el juicio, o cuando omitió apreciar una que sí estaba incorporda en él.

En segundo lugar se deduce de la exposición del recurrente que éste hace consistir la censura en que el Tribunal no le dió todo el valor probatorio a la prueba pericial y a la prueba por confesión, pues que de haberlo hecho habría condenado al Banco al resarcimiento de la totalidad del daño, y que como no lo hizo, entonces se violaron los artículos 722, 604 y 607 del Código Judicial que menciona y que asignan, según dice, un valor pleno a la prueba pericial y a la confesión.

El recurrente aduce como violados, por "error evidente de derecho", los artículos 722, 604 y 607 del Código Judicial, sin parar mientes en que si es cierto que la primera de las disposiciones citadas le señala valor de plena prueba a la de peritos, si se practica en las condiciones previstas por la ley, en cambio no son los artículos 604 y 607 los que señalan y asignan valor pleno a la prueba por confesión, por ser el 606 ibidem el que estatuye sobre esto.

Por otra parte, no se ha demostrado que en la sentencia acusada se haya desconocido el valor que legalmente corresponde a la prueba pericial y a la prueba de confesión. Precisamente, para fundar la sentencia de condena contra el Banco, el Tribunal se basa no sólo en la prueba pericial y en la confesión del gerente sino también en otras constancias procesales de todas las cuales deduce la responsabilidad del Banco.

La sentencia no dejó de dar el valor legal correspondiente a las pruebas periciales y de confesión; pero, además, con fundamento en el informe o acta de visita practicada a la Cooperativa dedujo, sin error en derecho, que el demandante había actuado culposamente en cuanto a la vigilancia de la chequera, que su conducta no había estado ajustada a las obligaciones contraídas y que, en consecuencia, debía llegarse a la compensación de culpas condenando apenas parcialmente a la entidad bancaria demandada.

Finalmente, era obligación del recurrente, después de demostrar, lo que no hizo, el error de derecho en la apreciación de la prueba, hacer ver, y tampoco lo intentó siquiera, cuáles disposiciones sustantivas habían sido violadas, pues no basta con afirmar que a través de los artículos 722, 604 y 607 del Código Judicial se violaron los artículos 1603, 1604 del Código Civil y el 191 de la Ley 46 de 1.923, sino que le era preciso establecer el concepto de la violación. Incurrió, por tanto, en un error de técnica que hace también, por este aspecto improcedente el cargo.

Tercer Cargo

Se hace consistir en que "el Tribunal al fijar en porciones proporcionales al grado de culpa, la responsabilidad del Banco y de la Cooperativa, violó directamente el artículo 36 del Código Penal, aplicándolo indebidamente, pues en este texto de la Ley es en donde se consagra la graduación de las sanciones por culpas debidas a la conducta del responsable".

Sobre el cargo anotado cabe decir que el Tribunal no basó la sentencia ni graduó la responsabilidad del Banco y de la Cooperativa en lo dispuesto por el artículo 36 del Código Penal, como no la fundamentó en lo dispuesto por el artículo 2357 del Código Civil; en este caso, por las razones antes consignadas, y en aquél, por cuanto el litigio gira al rededor de la culpa contractual y no de la procedente ex delicto. Y porque ya se ha dicho que en el campo de la culpa contractual tiene también incidencia el principio de la compensación de culpas, como lo ha reconocido la jurisprudencia, resulta claro que el faliador no dió aplicación al referido artículo 36 del Código Penal. El cargo es improcedente.

Cuarto Cargo

Para fundar esta acusación, el recurrente razona diciendo que el Tribunal "transcribe determinadas apreciaciones consignadas por el Juez Penal.... y, al hacerlo se apropia esas apreciaciones para terminar inculpando a la Cooperativa

demandante por faltas no cometidas por ella". Y agrega: "Al proceder así, el Tribunal razona sobre la supuesta base de unas pruebas que no existen en el proceso civil, ni tenían porqué existir en él, toda vez que los elementos de juicio tenidos en cuenta por el Juez Penal son de muy diversa índole y en cierto modo extraños a los elementos de juicio del juzgador en lo civil".

Asimismo acusa la sentencia por cuanto -dice- consigna apreciaciones sobre la manera como tienen que proceder los Bancos debido a "La rapidez de las operaciones; su volumen, la efectuación del negocio cuando el cobro se hace por canje, el nivel cultural y los conocimientos corrientes del empleado bancario, etc.", para concluir así:

"Estas transcripciones y apreciaciones, implican el desconocimiento y violación por el Tribunal de las normas dadas en los Artículos 593 y 601 del Código judicial, arrastrando, por ende, una manifiesta violación del artículo 191 de la Ley 46 de 1.923 que impuso la responsabilidad bancaria por el pago de cheques falsificados; y arrastra también una violación del artículo 1604 del Código Civil que impone las responsabilidades en que incurre un deudor por sus actos. De otro lado, las apreciaciones contenidas en el párrafo transcrito, no responden a hecho alguno comprobado en el juicio. Tampoco corresponde a norma legal alguna, pues no existe estatuto legal que diga que la responsabilidad consagrada en el artículo 191 de la Ley 46 de 1.923 queda borrada, cuando concurran aquellas circunstancias; tanto más, cuanto que éstas en ningún caso serían imputables a los clientes de un Banco, sino al régimen interno y a la organización del Banco mismo".

Y en las "Consideraciones Finales" que, a manera de separata hace el recurrente, dice que existen en el juicio, por haber sido aportadas por el demandante y el demandado, la sentencia de primer grado dictada por el Juzgado Superior en proceso seguido contra Alfonso Mira O., secretario contador de la Cooperativa, y sus cómplices y el acta de visita o informe del Visitador de Cooperativas, para negarles todo valor probatorio, porque en cuanto a la primera:

"Esa pieza, como tal, y en su simple modalidad de fallo de primer grado, sujeto a apelación o consulta, no puede considerarse, en sus apreciaciones, como elemento probatorio de hechos esenciales en el proceso civil; fuera de lo dicho antes, o sea, establecer la actividad del señor Gonzalo Corredor con relación a esos ilícitos".

Y en referencia a lo segundo, porque "El Tribunal al acoger ese informe y remitirse a él en su sentencia, buscando cargos contra la Cooperativa, omitió considerar que ese Visitador no era un empleado público de aquellos a quienes la ley les atribuye la fe pública".

Para terminar dice: "aquel informe vendría a ser nada más que un documento testimonial (subraya), que como tal requeriría para su plena validez, la ratificación juramentada".

SE CONSIDERA:

La manera como razona el recurrente para sostener el cargo más parece un alegato de instancia que no una demanda de casación; se dedica a poner de relieve determinadas apreciaciones del fallador de la segunda instancia para con-

traponerle sus propias apreciaciones y cuál el valor que a los elementos aportados por las partes y a que se refiere sus "Consideraciones Finales" les atribuye, pero sin señalar cuál es el valor que la ley les señala y en que erró el Tribunal.

La presentación de este cargo denota falta de técnica por cuanto el recurrente no expresa por cual de los motivos señalados en la causal primera acusa la sentencia del Tribunal, lo que impide que la Sala se detenga a considerarlo, como así lo tiene dicho la Corte en repetidas ocasiones, expresando que "Es el recurrente el que en su demanda da la pauta a la Corte para el estudio, ya señalando los motivos, ya los conceptos, y por eso no puede decidirse una casación por una causal no invocada ni variarse un motivo por otro, puesto que el recurso extraordinario de que se viene tratando no es susceptible de esa amplitud". (G. J. No. 1957 pág. 499).

Sin embargo, es conveniente detenerse sobre lo que impele al recurrente para formular el cargo, aunque la Corte no esté evidentemente obligada a ello, por las consideraciones anteriores.

Se queja el recurrente de que el Tribunal se haya apropiado de determinadas apreciaciones del Juez que conoció del juicio penal sobre la falsificación de los cheques, para deducir de ellas la inculpación a la Cooperativa "de faltas no cometidas por ella".

Y se queja también de que el fallador de segundo grado haya dado fundamento probatorio al acta de visita practicada por el Visitador de Cooperativas, en relación con el funcionamiento de la Cooperativa de Producción y Consumo de Cali Limitada, parte actora en este juicio, documento al cual resta todo valor probatorio porque afirma que "aquel informe vendría a ser nada más que un documento testimonial, que como tal requeriría, para su plena validez, la ratificación juramentada".

Pues bien, el Tribunal no erró en manera alguna al apreciar la sentencia del Juez Penal y el acta de visita mencionada, por cuanto tales documentos vinieron al juicio con el lleno de todas las formalidades legales y porque a ellos asigna el artículo 632 del C. J. el valor de plena prueba. Por otra parte, dentro del poder discresional del Tribunal está la de formar su criterio a través del haz probatorio, sin que sea dable a la Corte modificarlo, salvo el caso de arbitrariedad en la apreciación de los elementos que aquel tuvo en cuenta para formarse su propia convicción.

Por último cabe anotar que del material probatorio, y en especial de los elementos impugnados, si aparece claramente que la Cooperativa incurrió en culpa por negligencia o descuido en la custodia de sus chequeras y en el manejo de su cuenta corriente. Para cerciorarse de ello sería suficiente mirar el acta de visita referida, acta que no ha sido redarguida en ningún momento y que, por tanto conserva todo el valor de plena prueba.

Aparte de lo anterior los artículos 593 y 601 del Código Judicial, disposiciones que el recurrente considera violadas por el fallador, son normas directivas y adjetivas cuya violación no puede alegarse en casación. Al efecto, la Corte se ha pronunciado sobre ellas así:

"La disposición del artículo 593 no es sustantiva que consagre derechos a favor de los particulares; es simple norma que el legislador le ha dado a los jueces para la decisión de los litigios y para la apreciación de las pruebas. Esa

disposición no puede violarse directamente y dado el caso que un juzgador la desechare o contrariare, sería indispensable para infirmar un fallo, que la falta de aplicación de ella tuviera como consecuencia el quebrantamiento de disposiciones civiles que consagran derechos sustantivos". (Cas., 31 de octubre de 1.933, XLI bis, 47; 12 febrero 1.936, XLIII, 549; 15 febrero 1.940 XLIX, 100; 30 agosto 1.941, LII, 379; 25 mayo 1.943, LV, 309; 4 octubre 1.944, LVIII, 38).

"La disposición del artículo 601 es adjetiva; solo da lugar a casación cuando se acusan las que atribuyen determinado valor a cada una de las pruebas reconocidas por la ley judicial". (G. J. LII, 183; LIII, 650; LV, 40; LVI, 319; LVIII, 38; LX, 795).

En consecuencia, se rechaza el cargo.

- III -

LA ACUSACION DEL RECURRENTE DEMANDADO

Censura la sentencia del Tribunal de Cali "por la primera de las causales establecidas en el artículo 520 del C. J." por el concepto de errores evidentes de hecho, y de error de derecho.

Esta censura comprende los siguientes aspectos:

Primero

"El Tribunal sentenciador reconoce que la conducta de la Cooperativa es en extremo censurable y agrega que la del Banco no es del todo excusable porque si hubiera realizado la labor de confrontación y hubiera consultado a la Cooperativa, todo el sistema tramado por el contador pero estimulado por la negligencia y descuido del gerente y los organismos directivos de la sociedad, se habría descubierto.

"Este es el fundamento del fallo recurrido y por eso al pié de la página 31 resume su idea diciendo que en el punto observado anteriormente radica la culpa del Banco: no haber realizado la labor de confrontación y no haber consultado con la Cooperativa.

"Al hacer estas inculpaciones al Banco demandado la sentencia incurre en dos errores evidentes de hecho, porque la demanda afirma que el Banco hizo la confrontación y en los autos aparece, con claridad que hiere al ojo, que el Banco consultó los pagos a la Cooperativa como suele hacerse en Colombia, o sea enviándole mensualmente los extractos bancarios.

"'Al folio 28 del cuaderno principal se expresa así el actor:

"Undécimo. Al pagar el Banco de Bogotá por medio de su citada agencia de la calle trece de Cali los veinte cheques que he relacionado en el hecho cuarto de esta demanda incurrió en las siguientes culpas:

"'A) No reparó, al confrontar la firma del girador con la firma registrada en el Banco, en los dos cheques pagados por caja, la muy notoria disparidad o discrepancia existente entre dichas dos firmas'.

"La suma de estos cheques monta $177.247.30, según lo indican los renglones segundo y tercero del folio segundo de la demanda, cuya explicación co-

mienza en la línea final de ese mismo folio. Esta suma en su cuarta parte fue materia de condena contra el Banco que represento, por el error anotado, o sea por haber establecido el sentenciador como corolario de esa condena que el Banco no había hecho la confrontación, a pesar de que el demandante confiesa que sí la hizo".

En apoyo de su punto de vista hace una severa crítica de la prueba pericial, en extenso alegato, en el cual destaca las siguientes consideraciones:

"El hecho de confrontar, es decir, comparar o verificar, no es importante sino por su fin, pues dos firmas se confrontan para distintos objetos, como deducir de la comparación si ambas son legítimas, si están escritas con la misma pluma, si aparecen diseñadas con la misma tinta, si fueron estampadas en épocas distintas o en estado de ánimo distintos, etc. La comparación no es sino una de las premisas de alguna conclusión; la sola confrontación no es hecho trascendente si de ella no se saca el resultado que se busca.

"Si se trata simplemente de que el Banco demandado pagó sin verificar el hecho físico de la confrontación, erró de hecho el sentenciador, porque ahí en la misma demanda está la prueba de que confrontó;..... ....".

Y más adelante emite el siguiente concepto:

"Es que lo que se ha llamado en este proceso prueba pericial sólo serviría, si de algo sirve, para probar cuán exótico es exigir a uno de estos revisores bancarios que autentique cada una de las muchas firmas que pasan por sus ojos en las escasas horas hábiles de cada día, máxime cuando, como lo dicen los mismos señores peritos, las firmas imitadas del señor Corredor tienen la misma morfología, es decir, la misma apariencia. Si los otros aspectos de los cheques tenían las contraseñas convenidas, como son la identidad de la chequera, el sello de la antefirma, la intervención de la máquina protectora, los extractos, etc., es un imposible legal y moral atribuirle la más leve culpa al Banco".

Segundo

El recurrente expone:

"El otro error evidente de hecho consiste en asegurar el Tribunal como premisa para condenar al Banco que éste no le consultó a la Cooperativa los pagos, porque el folio 41 del cuaderno de pruebas de mi parte, muestra la confesión que la Cooperativa hizo de haber recibido los extractos en que el Banco le informó que había pagado los cheques acusados de falsos. Esa prueba demuestra que dicha entidad dejó extraviar los extractos bancarios.

"Cuando el sentenciador condena al Banco de Bogotá por no haber consultado diligentemente el pago de los cheques falsos entiendo que no está predicando que falte a su deber un Banco cuando paga sin consultarle los cheques al girador, porque si de esto se trata, no habría Bancos con el negocio de cuenta corriente. Entiendo que lo que predica es que constituye error de un Banco pagar y no avisar periódicamente al cliente los pagos que ha hecho".

En el curso de su demanda anota el recurrente:

"Si entre cien o más firmas hay unas muy distintas de las autógrafas y sin embargo, se pagan avisándole al interesado y éste no protesta, es porque la disimilitud no se opone a la legitimidad. Así ha sucedido con los avisos escritos ha-

mados extractos enviados a la Cooperativa y no leídos por ésta. Hasta el más torpe de los dueños de una cuenta corriente, sabe para qué es un extracto bancario, como dirían los señores Aguilera, Aponte y demás aficionados a lo que ellos llaman ciencia de la escritura. Scienti et volenti non fit injuria".

Y en otro aparte se lee:

"La urgencia en el pago de los cheques y de las operaciones de canje hace que principalmente el control se ejercite por el número de la chequera, puesto que en el contrato de cuenta corriente los Bancos aluden la responsabilidad que proviene del pago de cheques apócrifos por abandono de las chequeras en manos extrañas; pero eso no significa que para el Banco sea indiferente la legitimidad de la firma del girador. Es evidente que la observa, ya comparándola con la tarjeta inicial en que está el autógrafo del girador o recordando los caracteres de éste, pero en ese golpe de vista no radica el examen principal encomendado al revisor; finca tal examen especialmente en los otros factores, como lo dijo el Gerente bancario de la sucursal de Cali al absolver posiciones in limine litis".

SE CONSIDERA:

Es procedente estudiar conjuntamente estos reparos por "error evidente de hecho", porque en realidad constituyen una misma materia de casación, aun cuando tengan distinto basamento.

La censura de que el Tribunal no tuvo en cuenta la confesión que el recurrente atribuye al demandante en el hecho undécimo del libelo que dió origen al juicio, desaparece si se considera que los cheques falsificados fueron veinte y que tan sólo en relación con dos (los que fueron pagados por Caja), afirma el demandante:

"A) No reparó, al confrontar la firma del girador con la firma registrada en el Banco, en los 2 cheques pagados por Caja, la muy notoria disparidad o divergencia existente entre dichas dos firmas. Al parecer el Banco se atuvo nada más que al control correspondiente al número de la chequera entregada a la Cooperativa".

En referencia a los demás cheques, es decir, a los 17 pagados por canje y al cheque pagado por consignación en Medellín, el demandante afirma que esos cheques fueron pagados por los empleados del Banco sin establecer la autenticidad de la firma del girador, "pues no hicieron la correspondiente confrontación de dicha firma con la firma registrada en el Banco por el Gerente de la Cooperativa".

De lo expuesto en el literal A) del hecho undécimo de la demanda no puede, en manera alguna, deducirse una prueba por confesión, contra la parte actora, en relación con todos los cheques falsificados y pagados por el Banco, y de que da cuenta el juicio. La confesión, aun admitiendo su existencia, cobijaría únicamente a los dos cheques pagados por Caja, pero no los demás. No puede, por tanto, hacerse cargo alguno al Tribunal por no haber extendido esa manifestación del demandante a todos los cheques falsificados, ni específicamente a los dos pagados por Caja, ni condenó al Banco a pagar la totalidad de la suma demandada, sino una cuota de cuarta parte de tal suma.

El Tribunal para decidir acerca de la responsabilidad en que incurrió el Banco por el pago de los cheques, sin confrontar la autenticidad de las firmas

del girador con la firma registrada por el Gerente de la Cooperativa, tomó pie no solamente en la prueba pericial, sino en la confesión del Gerente del Banco demandado, de donde concluyó que, aunque la culpa del Banco era menor que la de la Cooperativa, la de ésta no era bastante para exculpar la negligencia y falta de prudencia de aquél.

En posiciones fue interrogado el representante del Banco de Bogotá sobre lo siguiente:

"Cuarta. Es verdad, si o no, que el Banco de Bogotá, tiene, para su seguridad, y como garantía para sus clientes, en el servicio de pago de cheques, empleados permanentes encargados de verificar la autenticidad de las firmas de los giradores, empleados éstos que deben refrendar con sus iniciales autógrafas todos los cheques presentados al cobro? Contestó. No es cierto y aclaro: Que el control que el Banco ejerce para el pago de esos cheques se basa especialmente en el número de la chequera que el cliente ha solicitado ya que otro control en un movimiento de consideración sería practicamente imposible y esto se basa en el conpromiso que el cliente adquiere con el Banco el cual dice: que si por su culpa o descuido del cliente se usare su libreta de giros para extender cheques falsos el cliente dueño de tal libreta será responsable ante el Banco por los perjuicios que resulten y no tendrá derecho a reclamar al establecimiento". Quinta: "Es verdad, si o no, que en las oficinas del Banco de Bogotá ningún cheque es pagado ni cargado en cuenta, sin que haya sido previamente autorizado por el empleado encargado de verificar la autenticidad de la firma, o firmas, de las personas o entidades giradoras? Contestó: "No es cierto y aclaro: esta pregunta se contesta también con la anterior. Leída la aprobó".

El Tribunal en la sentencia acusada, refiriéndose a la posición que asumió el Banco demandado al absolver las preguntas del actor, hace el siguiente análisis:

"El Banco arguye expresamente y éste es el origen de su culpa, que su control no se basa en la comparación de firmas, sino en la refrendación del número de la chequera y en factores estrictamente objetivos, de acuerdo con las cláusulas del contrato de chequera escritas en los talonarios, que desplazan el riesgo hacia el cliente. Para ello aduce que un control verificado sobre el examen de la autenticidad de las firmas del girador, sería prácticamente imposible en un movimiento de consideración".

En otro aparte de la sentencia, y después de referirse una vez más a la desorganización de la Cooperativa, lo que facilitó la emisión en cadena de los cheques falsos pagados por el Banco, el Tribunal expone:

"Esa situación disminuye muy apreciablemente la culpa en que incurrió el Banco al omitir el cotejo de firmas cuyo grado de disimilitud era muy notorio y 'apreciable de visu', como concordantemente lo afirman los peritos. Que si el Banco hubiera realizado esa labor de confrontación, en el cheque No. 35/38240 del 4 de septiembre de 1.956, por ejemplo, cuya contrafacción es tan torpe que el perito doctor Aguilera dice que 'no sería raro que esta última (la firma) hubiese sido maquinada hallándose el falsario bajo la acción tóxica del alcohol', (fl. 2 vt. C. 2o.) y hubiera consultado diligentemente a la Cooperativa, todo el sistema tramado por el contador pero estimulado por la negligencia y el descuido del Gerente y los organismos directivos de la Sociedad, se habría descubierto".

Resulta, entonces, que si el Tribunal tuvo en cuenta no solamente la exposición pericial, conforme a la cual la diferencia entre muchas de las firmas del

girador de los cheques pagados por el Banco de Bogotá y la registrada por el Gerente de la Cooperativa era apreciable de visu, sino que también basó su decisión en la confesión del demandado sobre no confrontación de esas firmas para verificar su autenticidad, es de concluir que no cometió error manifiesto de hecho al encontrar que el Banco demandado era parcialmente culpable por el pago de los cheques a que se refiere la acción.

Desde el punto de vista de la técnica del recurso de casación, no es el anterior un cargo en sentido estricto, sino la presentación de un criterio enfrentado al que la sentencia expresa.

Además, en materia de apreciación de pruebas para fundar la convicción sobre la comprobación de los hechos, el Tribunal es autónomo, como en doctrina constante lo ha declarado la Corte. Por eso ha dicho:

"La Corte tiene que respetar la apreciación que el Tribunal haya hecho de las pruebas porque el recurso de casación no se dirige a la revisión del pleito o de la controversia debatidas en las dos instancias, ni a provocar un nuevo análisis de los elementos probatorios, ni a rectificar el criterio del juez de la causa sobre las cuestiones de hecho. Lo único que a la Corte incumbe averiguar, al examinar el cargo que se estudia, es si hubo una contravención a la ley resultante de un error de hecho manifiesto en los autos". (Casación G. J, No. 1911, pág. 799).

Y como en los dos cargos estudiados no aparece el error de hecho evidente o manifiesto en la apreciación que de las pruebas hizo el Tribunal, resulta claro que no está demostrada la violación por este aspecto, de los artículos 1602, 1603 y 1604 del Código Civil, como lo pretende el recurrente.

El deudor es responsable de culpa leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes (art. 1604 C. C.); y "Los principios que gobiernan la dinámica contractual, imponen a cada uno de los contratantes ligados por una convención de carácter bilateral, poner de su parte todos los medios a su alcance para cumplir sus respectivas obligaciones". (S. de N. G., 11 marzo de 1.958. LXXXVII. 650).

En el caso de este litigio el Tribunal encontró que el Banco demandado no había puesto en el cumplimiento de sus obligaciones para con la Cooperativa la diligencia y cuidado necesarios para el manejo de la cuenta corriente. Según el Tribunal, y con base en la prueba producida, el Banco incurrió en error de conducta, especialmente desde dos puntos de vista: por no haber confrontado las firmas del girador de los cheques, con la firma registrada en el Banco por el Gerente de la Cooperativa; y en no haber consultado con éste el pago de los cheques girados en sobre-giro y aquellos en que la disimilitud de firmas era apreciable a simple vista, lo que dió ocasión a que el desfalco no hubiera sido menor.

Al apreciarlo así, el fallo del Tribunal no violó, por causa de error manifiesto de hecho, el artículo 1604, ni mucho menos los artículos 1602 y 1603 del Código Civil, en relación con el 63 del mismo estatuto.

No desacertó, pues, el Tribunal al considerar que si el Banco hubiera cumplido con el deber elemental de confrontar las firmas antes mencionadas, se habría dado cuenta de la disimilitud de ellas, y que al no hacerlo obró imprudente y negligentemente, imprudencia y negligencia que lo llevaron a no consultar con la Cooperativa el pago de esos cheques.

El recurrente pretende confundir el aviso de pago de cheques, que los Bancos hacen posteriormente para pedir la conformidad de los cuentacorrentistas, con la consulta previa al pago de un cheque cuya firma giradora dé ocasión a dudar de su autenticidad o legitimidad. Esta consulta previa no la hizo el Banco demandado, porque no hizo la debida confrontación de firmas, y por esta omisión en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, incurrió en la culpa que le dedujo el Tribunal en la sentencia.

Lo dicho es suficiente para concluir que estos reparos por error evidente de hecho no están llamados a prosperar.

Tercero

El recurrente expone: "....Mas como yo creo que la verdadera queja del actor es culpar al Banco por no haber descubierto que los cheques eran falsos, digo que en este particular tanto el actor como el Tribunal de segunda instancia han incurrido en error de derecho en la apreciación de las pruebas, en cuanto estiman que es deber del Banco cerciorarse de la legitimidad de las firmas de los giradores".

"Como entiendo que la conducta del Banco de Bogotá en el pago de los cheques apócrifos no es distinta de la que se practica en todo el país, al impugnar el fallo recurrido por haber encontrado en el pago de los cheques un procedimiento irregular, me coloco dentro de la doctrina de que no escapa a las cortes de casación la calificación de si un hecho es culpable o no, siguiendo en el particular la jurisprudencia francesa. Sobre esa base pienso así:

"Si fuera obligación de los empleados bancarios no proceder al pago de los cheques sino cuando se ha establecido su legitimidad, resultaría imposible el evento de pagar cheques falsos; cheque pagado sería cheque legítimo, puesto que había recibido el agua lustral por el solo hecho de haber sido pagado, y así, resultaría inexplicable que la Ley penal reglamentara el delito de falsificación de cheques, pues a lo sumo habría tentativa de falsificación. Empero, cuán lejos de la razón está semejante función de los pagadores y revisores.

"Lo que exige la razón como conducta propia de un pagador de cheques es que no acepte por tal un documento que ostente su ilegitimidad a simple vista; debe haber en los cajeros capacidad para formar lo que los médicos llaman diagnóstico de impresión como, cuando con solo ver al enfermo de lepra o de alguna enfermedad que transfigura, se sabe de qué se trata, aunque por el momento no se pueda concretar en qué consiste la transformación.

"Al empleado bancario no se le puede exigir que dé fe de la legitimidad del cheque, pero sí se pedirá que donde le aparezca algo chocante en punto a autenticidad no le dé curso al cheque. Lo mismo entiendo yo que debe predicarse del empleado revisor interno o segundo control de la legitimidad del documento en la ventanilla".

SE CONSIDERA:

Se ha dicho antes que el Tribunal dedujo la responsabilidad del Banco en el pago de los cheques falsificados, de un elemental deber que incumbía al demandado, de obrar en el manejo de la cuenta de la Cooperativa con aquella diligencia y cuidado que prescribe la ley en el cumplimiento de las obligaciones con-

tractuales. El vínculo obligante para el Banco, en el manejo de las cuentas corrientes emana de la naturaleza misma del contrato, no de las prácticas, usos, o costumbres de la generalidad de los Bancos, porque éstos no constituyen el fundamento de la obligación. Las prácticas bancarias se suponen ordenadas al fiel cumplimiento de los deberes impuestos por la ley a los establecimientos de crédito.

Es evidente que el demandado, en este caso, no empleó en la ejecución del contrato que tenía celebrado con la Cooperativa, toda la diligencia y cuidado necesarios para el pago de los cheques; su deber no resultaba cumplido por verificar que tales documentos hubieran sido girados en las chequeras correspondientes, ni en la verificación de los saldos disponibles; era necesario, también y principalmente, comparar las firmas del girador con la firma registrada en el mismo Banco, porque es de esta manera como se ponen los medios necesarios para evitar el daño que la falsificación de los cheques produciría necesariamente al dueño de la cuenta corriente.

El hecho de pagar cheques falsos implica para el Banco girado una presunción de culpa, como aparece claramente de lo dispuesto por el artículo 191 de la ley 46 de 1.923, de acuerdo con los artículos 1604 y 63 del Código Civil. Y para que quien hizo esos pagos pueda exonerarse de la culpa es necesario que destruya la presunción.

"Hay una presunción de culpa -dice la Corte- en quien no las satisface (las obligaciones) en el modo y tiempo debidos, porque el incumplimiento es un hecho o una omisión que afecta el derecho ajeno. El deudor puede destruir esa presunción probando que su incumplimiento obedeció a fuerza mayor o caso fortuito que sobrevino sin culpa....Pero como la culpa proviene de no obrar con la diligencia o cuidado que la ley gradúa según la naturaleza del contrato (arts. 63 y 1604), resulta que al deudor, para exonerarse de responsabilidad, no le basta probar el caso fortuito, sino también que empleó la diligencia, o cuidado debido para hacer posible la ejecución de su obligación". (Cas. 7 junio de 1.951. LXIX. 688).

El Banco demandado no demostró haber puesto toda la diligencia y cuidado que debía, de acuerdo con la naturaleza del negocio jurídico; y antes, por el contrario, aparece de manifiesto, tanto en el pliego de posiciones, como en las constancias dejadas en la inspección ocular, que incumplió la obligación de comparar o verificar las firmas del girador con la firma registrada.

No puede exonerarse de responsabilidad el demandado alegando "que la conducta del Banco de Bogotá en el pago de cheques apócrifos no es distinta de la que se practica en todo el país"; porque, en el supuesto de que todos los Bancos tuvieran por costumbre la práctica viciosa, negligente y desaprensiva que tuvo el demandado en la ejecución de sus obligaciones frente a la Cooperativa de Producción y Consumo de Cali, ello apenas denotaría una culpa de todos los Bancos, pero en manera alguna el fiel cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Finalmente, en la exposición que hace el recurrente no se indica cual es la prueba que no se halla valorada conforme a la Ley, para poder afirmar que el Tribunal erró de derecho en la apreciación de aquélla, en cuanto estima que debió cerciorarse de la legitimidad de las firmas de los giradores. Ni se cita la disposición de carácter probatorio infringida.

En consecuencia, el reparo es infundado.

Cuarto

Expone el recurrente:

"Error de derecho en la apreciación de la prueba es acudir a peritos grafólogos o de cualquier otra naturaleza para que dictaminen sobre si una firma es tan manifiestamente disímil de la legítima que el más torpe de los hombres descubre la desemejanza, puesto que lo evidente no puede probarse".

Como sustentación de la afirmación antecedente el mismo recurrente demandado manifiesta:

"El simple lector de la firma, torpemente imitada, tiene bajo sus sentidos el hecho de la desemejanza sin necesidad de comprobación alguna, y todos sabemos que, por mandato del artículo 705 C. J. sólo es procedente la prueba pericial para la comprobación de hechos que exijan conocimientos y prácticas especiales". En una inspección ocular se observan los hechos que no tienen necesidad de comprobación y en este expediente no consta que se haya observado lo que debió haber visto el hombre torpe de que habla el perito Aguilera".

En otra parte de su demanda de casación entra el recurrente en una serie de alegaciones para desvirtuar o criticar el hecho de haberse practicado la prueba de peritos en grafología, para afirmar que la prueba adecuada para conocer no un fascimil, que es una imitación perfecta, sino una burda tentativa de imitación, "no es la de peritos grafólogos; puesto que a éstos sólo se les debe llamar para que anoten fallas de una imitación". Y agrega: "Precisamente la perspicacia que debe caracterizar al grafólogo le sobra íntegramente cuando afirma que tal escrito es una imitación tan burda que el más torpe la descubre, pues con eso está diciendo que no se necesita ser grafólogo para ver lo grosero de la imitación".

SE CONSIDERA:

No puede ser materia de censura contra la sentencia impugnada el hecho de que el Tribunal haya tenido en cuenta la prueba pericial de grafología y le haya asignado valor probatorio a dicha prueba, porque si de acuerdo con los principios del derecho colombiano, el juez debe basar su decisión en "alguno o algunos de los medios probatorios" especificados por la ley, y si entre esos medios se encuentra consagrada como legal la prueba por peritos, no se ve razón alguna para excluir y negarle valor probatorio a la prueba de peritos grafólogos por el simple hecho de que la falsificación sea tan palpable que pueda apreciarse a simple vista y por personas desconocedoras de principios científicos que informan la grafología.

Y téngase en cuenta que en el caso de este litigio, se trataba de hacer un estudio comparativo de las firmas del girador de los cheques con la firma del gerente de la Cooperativa, registrada en el Banco demandado, para establecer técnicamente la falsificación, así en muchos de los cheques apareciera la torpe imitación de la firma del gerente, y para ello se requiere esta clase de prueba

Agréguese a lo anterior que la ley no ha prohibido emplear la prueba de peritos grafólogos en ningún caso en que ella sea conducente y oportuna para

la demostración de los hechos en que se asienta la demanda; y que entre las varias categorías de pruebas, la ley no ha señalado una especial para la demostración de la falsificación de la escritura, por lo cual ni a las partes les está vedado acudir a esa clase de prueba, ni al fallador fundar su criterio de juzgador con base en ella, dándole el valor que de acuerdo con los fundamentos del dictamen, le correspondan.

Por otra parte ha sido práctica constante en los estrados judiciales, y no considerada ilegal por la jurisprudencia, acudir a esta clase de medios probatorios para conocer la verdad en casos como el que aquí se contempla.

Auncuando la jurisprudencia no ha asignado a la prueba pericial de grafólogos, el valor de plena o completa, si le da el valor de prueba indicial que unida a otra u otras constituye la plena prueba para decidir el litigio. Al respecto es muy conocida la doctrina de la Corte, conforme a la cual "la ley no les otorga a dictámenes de esa naturaleza (de peritos grafólogos), el valor de plena prueba, sino que les asigna el de un indicio más o menos grave o vehemente, según los fundamentos y los medios técnicos de que se hubiesen valido para rendirlo". (Cas. 12 julio de 1.944. LVII. 434).

Por otra parte, durante el curso de las instancias no hubo objeción alguna a la práctica de la prueba pericial, ni fué motivo a que la parte recurrente la impugnara en su debida oportunidad, por lo que resulta insólito que en recurso extraordinario se censure la sentencia del Tribunal desde el ángulo en que lo hace el recurrente.

Como corolario de este cargo el recurrente dice que en una inspección se observan los hechos que no están sujetos a comprobación, y que en el expediente no consta que se haya observado lo que debió haber visto el hombre torpe.

En materia civil la iniciativa procesal y probatoria, con excepción del caso señalado en el artículo 600 C. J., corresponde a las partes y no al Juez; son aquellas quienes tienen el derecho de pedir las pruebas, y, en relación con la inspección ocular, prueba pericial, confesión, etc. son ellas quienes señalan el ámbito directo dentro del cual debe procederse para el examen de los hechos, para el interrogatorio de las partes o de los testigos, etc., sin que sea dable al Juez ampliar ese campo de acción, salvo los casos expresamente indicados en el procedimiento.

Lo dicho es bastante para rechazar el reparo.

Quinto

Otro punto de impugnación de la sentencia recurrida lo estriba el recurrente demandado en que "El error de conducta atribuído por el Tribunal de Cali al Banco de Bogotá consistente en no haber descubierto las falsedades de los cheques supone que, si hubiera seguido los usos y costumbres de la generalidad de los otros Bancos sí habría descubierto el engaño, más esos usos y costumbres distintos de los observados por el señor Juez en la inspección ocular practicada en este juicio no han sido probados como lo manda el artículo 700 del C. J., artículo que aparece violado en la sentencia recurrida por cuanto da por probado un hecho, un uso, una práctica, sin prueba específica conducente",

SE CONSIDERA:

En ninguna parte de la sentencia acusada, se refiere el Tribunal a los "usos y costumbres de la generalidad de los Bancos", para deducir que por la violación de tales usos y costumbres fue por lo que el Banco de Bogotá, demandado, incurrió en culpa. Y si la sentencia no se apoyó en el uso o la costumbre practicados por la generalidad de los Bancos, en cuanto al control de los cheques, no puede afirmarse que supuso una prueba inexistente en el juicio, como la que reglamenta el artículo 700 C. J. que se dice violado.

Para ver si el Banco demandado cumplió o no con la obligación que el contrato de cuenta corriente le imponía, no era menester acudir a la prueba de los "usos y costumbres" de que trata el artículo 700, porque la obligación no nace de éstos. De manera que la violación de tal dispositivo legal no aparece demostrada, ya que el Tribunal ni supuso, ni tenía por qué hacerlo, la prueba desèptima manu, ni se basó en esa prueba para pronunciar sentencia.

Lo que el Tribunal dijo fue: "En la organización interna de las instituciones bancarias, por virtud del riesgo profesional que legalmente soportan, se ha establecido el cargo de Revisor, que tiene asignado la función específica, de verificar el cotejo de las firmas". Y esta afirmación del Tribunal no supone, en manera alguna, que para emitirla hubiera fingido una prueba del uso o costumbre inexistente en el juicio.

No aparece configurado ningún error de derecho en la apreciación de la prueba, y, por tanto, el reparo es improcedente.

Sexto

Se impugna la sentencia por "error de derecho en la ponderación de la prueba de la responsabilidad" porque en vez de atribuirla totalmente a la Cooperativa se comprometió en ella al Banco demandado.

Se basa el recurrente en que habiendo aceptado el Tribunal que la culpa en que incurrió la Cooperativa "es mucho más grave que la del Banco, no absolvió al demandado", con lo cual contrarió la tesis de los hermanos Mazeaud sobre absorción de la culpa menor por la culpa más grave.

SE CONSIDERA:

En la ponderación de la prueba para efectos de la graduación de culpas, cuando de culpa concurrente se trata, no puede hablarse propiamente de error de derecho, sino a lo más de un error de criterio en cuanto, a través de la prueba, determina el juzgador la cuota de responsabilidad que recae sobre las partes, y, por consiguiente, el monto de la indemnización que corresponda. Es al fallador de instancia a quien compete, según el criterio que se haya formado por el estudio de cada caso, fijar la cuota de responsabilidad, sin que sea dable a la Corte entrar a modificarla en casación, aun en el supuesto de que tuviera un concepto diverso a aquél.

Si el juzgador de la segunda instancia encontró que ambas partes, la Cooperativa y el Banco, habían incurrido en responsabilidad por culpa contractual; y si para llegar a esta conclusión tuvo en cuenta la prueba allegada al proceso,

dándole el valor que legalmente le corresponde, no es impugnable la sentencia de graduación hecha por el fallador. Las pruebas son elementos de convicción en virtud de los cuales aparecen demostrados o no los hechos en que se fundan la demanda y la defensa. Las pruebas son objetivas, mas de su ponderación, peso y medida verificados por el Juez, dentro del valor que la ley señala, surge el elemento subjetivo que funda el criterio del fallador, criterio que -se ha dicho- no es susceptible de variación por la Corte a no ser que resultara contraevidente con la prueba misma.

Por otra parte el recurrente no señala específicamente cuál o cuáles fueron las pruebas en cuya ponderación por parte del Tribunal se incurrió en error de derecho; y al no hacerlo así, esta circunstancia exonera a la Corte para hacer el estudio correspondiente, ya que es obligación del recurrente en casación indicar concretamente la prueba que no se tuvo en cuenta o la que se dió por existente en el proceso sin estarlo, o, finalmente la que fue o no indebidamente apreciada. La censura, por consiguiente, no puede aceptarse.

Séptimo

Lo hace consistir en violación directa del artículo 191 de la ley 46 de 1.923, por indebida aplicación de ese texto legal al caso del pleito.

Como fundamento de su reclamo alega el recurrente que por cuanto el artículo 191 citado regula "una hipótesis exótica, no realizable en Colombia", carece de imperio entre nosotros.

El recurrente afirma en el aparte de su exposición con que inicia esta glosa a la sentencia, que "Este texto legal regula la hipótesis de Bancos que devuelven cheques a los giradores, como ocurre en los Estados Unidos de Norteamérica y no ocurre entre nosotros".

EL REPARO ES INFUNDADO.

El artículo 191 de la ley 46 de 1.923 está compuesto por dos miembros, el primero de los cuales consagra o estatuye la regla general que hace responsable a los Bancos por el pago de cheques falsos; sienta un principio de responsabilidad para una actividad bancaria. En el segundo miembro se exime de responsabilidad cuando el perjudicado con el pago del cheque no hace reclamación formal dentro del término que indica la misma disposición.

La norma tendrá o no aplicación en los casos concretos según se paguen o no cheques falsos; pero su vigencia y aplicación no está subordinada al hecho de que los Bancos cumplan o no la función obligatoria de enviar a sus clientes los comprobantes de pago de los cheques, ni al uso o costumbre de archivar esos comprobantes y limitarse a dar aviso de pago por medio de los llamados extractos bancarios. Si los Bancos no hacen el envío de tales comprobantes, su omisión no podría tener otro efecto que el de hacer indefinido el lapso o término dentro del cual los depositantes pueden purgar la prescripción señalada en el cánon legal comentado.

Dar a la costumbre que menciona el recurrente valor para declarar abolida la disposición del artículo 191 citado, sería tanto como establecer un nuevo modo de derogar la ley, lo que no está acorde con nuestro sistema legal y es enteramente contrario al derecho positivo colombiano según el cual: "La costumbre

en ningún caso tiene fuerza contra la ley. No podrá alegarse el desuso para su inobservancia, ni práctica alguna, por inveterada y general que sea". (art. 8°. C. C.).

El derecho colombiano reglamenta la abolición, derogación o insubsistencia de la ley en los preceptos 71 y 72 del C. C. y en los artículos 3°. y 14 de la ley 153 de 1.887; y en ninguno de tales dispositivos legales se halla establecido como medio para derogar una disposición legal, la costumbre. Esta puede tener valor de ley cuando reune las exigencias indicadas en el artículo 13 de la antes citada; pero en el caso planteado por el recurrente, le faltan esos requisitos.

Lo dicho es suficiente para considerar que el Tribunal no podía violar directamente el artículo 191 de la ley 46 de 1.923 al darle aplicación en el caso materia del pleito porque ese precepto se encuentra vigente y porque la materia que fue objeto de la decisión judicial se encuentra cobijada por él.

RESOLUCION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha diez y nueve (19) de octubre de mil novecientos sesenta y dos (1.962), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Sin costas, porque se compensan.

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

Arturo C. Posada. - Gustavo Fajardo Pinzón. - Enrique López de la Pava. - Enrique Coral Velasco. - José Hernández Arbeláez. - Julián Uribe Cadavid. - Ricardo Ramírez-L., Secretario.

BIBLIOTECA

VENTA DE COSA AJENA

Error de hecho evidente. No es viable cuando alude a un alegado elemento probatorio no reconocido por la tarifa. Sellos. No demuestran la calidad o empleo de quien los usa. Derecho canónico. Requisitos para que produzca efectos dentro del campo de la legislación civil colombiana.

1. No es viable el error de hecho patente, cuando se refiere a un alegado elemento probatorio no reconocido por la tarifa, o que, aún aceptado por ésta, carezca de valor decisorio. El ordenamiento probatorio no contiene disposición que de a los sellos parroquiales valor para demostrar la calidad de quienes los usaron. No establecen éstos la función o el empleo, ni por no usarlos se deje de tener la calidad respectiva. Podrían aún testificar el contenido de un documento en cuanto provenga de quien está autorizado para manejarlos; pero, sin norma expresa que lo provea, no puede aceptarse que por usarlos se demuestre una función o investidura y que, por tanto, por no verlos, si fuera posible, sin embargo de haber examinado los recibos en su contenido, pudiera incurrirse en error de hecho evidente. Por la misma razón es impróspero el cargo por error de derecho en la valoración que como prueba hizo el fallador de los recibos expedidos por los presbíteros vendedores de los cuadros a que se contrae el litigio. Si el fallador no tiene por establecido un hecho del pleito con la prueba que la ley ha previsto, incurre en error de valoración; más, si no existe norma al respecto no puede hablarse de desacierto, por ausencia del supuesto que lo configuraría.

2. No demostrada la calidad con que obraron los vendedores, ni la obligación de cumplir en lo civil determinados requisitos para dotar de validez el acto contractual y, probado este, aparece la improcedencia en la elección de la acción, que no podía ser la de nulidad de ese acto, por falta de formalidades, sino la acción reivindicatoria directa frente a los compradores, en virtud del principio civil consagrado por el artículo 1871 del C. Civil, de que es válida la venta de cosa ajena, sin perjuicio de los derechos del verdadero dueño, a quien el acto le es inoponible, quedándole ilesos sus derechos y abierto el camino para el ejercicio de la acción pertinente, sin necesidad de declaración previa de nulidad, mientras la usucapión no extinga su derecho.

3. Es cierto que el derecho canónico puede producir efectos dentro del ámbito de la legislación civil colombiana, más, para que así suceda es necesario que esta "deficra, en ciertas materias, expresamente, al derecho de la Iglesia", sin la cual deferencia no es posible la aplicación directa de la ley eclesiástica, ni la sustitución de la legislación nacional por aquella.

Por modo que, si se pide la aplicación del ordenamiento canónico, no solo es preciso invocar sus normas, sino que es imprescindible citar las disposiciones del ordenamiento nacional que reenvíen a esa legislación. La obligación de respetar la ley canónica emerge de manera general del pacto concordatario; pero, el deber de aplicarla por las autoridades civiles, sólo surge, por excepción, de la concreta referencia formal.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, trece de Abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco).

1. Con poder debidamente otorgado por S. E. R. Crisanto Cardenal Luque, Arzobispo de Bogotá y Primado de Colombia, en su calidad de representante de la Iglesia Parroquial de "Las Cruces" de Bogotá, se inició este juicio ordinario frente a Gabriel Tatar y Miguel Tatar, en el que se pretenden las siguientes decisiones:

"Primero: Que se declare que son inválidos o nulos y que por lo tanto no tienen valor ni efecto alguno, los contratos de compra-venta que celebraron los citados demandados con los doctores Presbíteros Diego Garzón y Arturo Garrido Campo, Párroco y Vicario Auxiliar, respectivamente de la Iglesia parroquial de Las Cruces, contratos que se relacionan en los hechos de esta demanda y que tuvieron como objeto los bienes preciosos o sagrados que en dichos hechos se describen:

"Segundo: Que, como consecuencia de la anterior declaración se condene a los demandados a restituir a la Iglesia de la parroquia de Las Cruces de Bogotá, en la persona de su representante legal, los bienes sagrados o preciosos, que fueron materia de los contratos de compraventa cuya nulidad se pide en esta demanda, restitución que deberá hacerse, inmediatamente quede ejecutoriada la sentencia que le ponga fin a este juicio:

"Tercero: Que se condene a los demandados a pagar a mi poderdante las costas de este juicio".

Los fundamentos de hecho pueden sintetizarse así:

Los demandados compraron a los señores Presbíteros Diego Garzón y Arturo Garrido Campo, bienes muebles de propiedad de la Iglesia parroquial de Las Cruces de Bogotá, de la cual los citados Presbíteros eran, Cura Párroco y Vicario Auxiliar, respectivamente.

Esos bienes son los siguientes cuadros de imágenes o motivos místicos:

"La Muerte de San José"; "La Virgen del Rosario"; "Santo Tomás de Aquino"; "San Cristóbal"; "San Jerónimo"; "San Vicente Ferrer"; "Alegoría" ("El Alegato de Santa Teresa"); y, "La Virgen del Carmen".

"Los bienes que he dejado descritos, dice el hecho segundo, de propiedad de la Iglesia Parroquial de "Las Cruces" de Bogotá, eran poseídos por ella y se encontraban en el recinto del templo o sus dependencias, colocados en los muros o en los altares, para ornato de ellos y veneración de los fieles; y, al ser enajenados por los vendedores de ellos, les fueron entregados a los compradores señores Gabriel Tatar y Miguel Tatar".

Los objetos referidos -continúa la demanda-, son bienes de los que el Código de Derecho Canónico designa "Bienes Sagrados" o "Bienes Preciosos", los cuales no pueden ser válidamente enajenados, sino mediante el cumplimiento previo de requisitos señalados por dicho Código, tales como licencia de la competente autoridad eclesiástica, avalúo, licitación, etc., formalidades que se preterm:itieron en la celebración del negocio mencionado y causa de su invalidez o nulidad.

Relata la demanda que cuando S. E. R. el Cardenal Luque tuvo conocimiento de que bienes preciosos de la Iglesia estaban en poder de particulares, con violación de las normas del Derecho Canónico, dió aviso a la Jefatura Nacional de Seguridad a fin de que esos bienes fuesen devueltos a la Iglesia de donde salieron en forma irregular. La Jefatura de Seguridad dió orden de secuestrar los cuadros que se entregaron en esa calidad al doctor Pablo Correa L.

"Posteriormente, a solicitud de la Jefatura de Seguridad o del Ministerio Público, se tramitaron en el órgano judicial penal unas diligencias contra los señores Tatar, en investigación de un presunto delito de estafa; y, el señor Juez 4o. Superior del Distrito Judicial de esta ciudad, profirió dentro de dichas diligencias, una providencia que tiene la fuerza legal de la ejecutoria en la cual se ordena, la cesación de todo procedimiento penal contra los señores Gabriel y Miguel Tatar por los delitos que fueron materia de la investigación penal; y, ordenó además, que el Dr. Pablo Correa L., le haga entrega de los objetos que fueron secuestrados en su poder, a los señores Gabriel Tatar y Miguel Tatar, orden que le fue ya comunicada al secuestre. En consecuencia, el Dr. Pablo Correa L. es hoy tenedor de dichos objetos a nombre de los señores Gabriel Tatar y Miguel Tatar, quienes se creen legalmente dueños y poseedores de ellos".

Los demandados contestaron el libelo en el sentido de afirmar la legalidad de la compra de los cuadros hecha a los Presbíteros antes nombrados. Niegan, eso sí, que la compra haya versado sobre bienes de propiedad de la Iglesia.

Propusieron la excepción perentoria de "prescripción de la acción y de la (sic) adquisición del bien mueble (sic) por prescripción ordinaria de tres años".

La sentencia de primera instancia declaró no probada la excepción de prescripción; inválidos o nulos los contratos celebrados entre los Presbíteros Diego Garzón y Arturo Garrido Campo, como vendedores, y Gabriel y Miguel Tatar como compradores; condenó a los demandados a la restitución de los objetos comprados y, a la Iglesia Parroquial de Las Cruces de Bogotá, a restituir a los demandados, cinco días después de la ejecutoria de la sentencia, la suma de mil ochocientos pesos que éstos pagaron como precio. Se ordenó requerir al secuestre para que dentro del plazo de tres días a partir del requerimiento, entregue los cuadros a la parte demandante, y, se condenó en costas a los demandados.

Ambas partes se alzaron de la sentencia del Juez y, el Tribunal, en la suya de 27 de marzo de 1.962, revocó la apelada y, en su lugar, declaró probada la excepción perentoria temporal de petición de modo indebido; negó, "en la forma como están hechas, las peticiones de la demanda y absuélvase a los demandados de los cargos en ella formulados"; ordenó el levantamiento del secuestro y la restitución de los cuadros materia del mismo a los demandados; condenó a la parte actora en las costas de la primera instancia y al pago de los perjuicios que con la adopción de la medida preventiva de secuestro se haya causado a los demandados

y, proveyó que, "mientras se regula su importe por los trámites del artículo 553 del C. J., reténgase la caución prestada para los fines del numeral 3o. del artículo 274 ibidem".

De este pronunciamiento de contenido y alcance inhibitorio interpuso recurso de casación la parte actora, cuyos cargos y fundamentos contradice y niega el opositor.

2o. Los razonamientos de la sentencia del Tribunal, son los siguientes:

a). Que a pesar de que la demanda atribuye al Presbítero Diego Garzón la calidad de Cura Párroco de la Iglesia de Las Cruces y la de Vicario Auxiliar al Presbítero Arturo Garrido, éstos no la mencionaron al dar los recibos de la venta de los cuadros a los compradores Miguel y Gabriel Tatar;

b). Que la nulidad alegada es la producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan (1741), pudiendo ser declarada por el Juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato, o alegada por todo el que tenga interés en ello o por el Ministerio Público en interés de la moralidad de la ley (L. 50 de 1.936); pero que, no puede declararse esa nulidad porque no aparece de manifiesto en el acto o contrato y, sólo podría tomarse determinación al respecto al estudiar si los preceptos del Derecho Canónico son o no aplicables a los contratos celebrados y, si los cuadros referidos tienen o no la condición de "Bienes Sagrados" y, finalmente, si pertenecen o no a la Iglesia actora;

c). Que por no haber intervenido la parte demandante en el contrato o negocio de los cuadros, su interés sustancial solo puede deducirse de su condición de dueña de los bienes transferidos y que, el fallo que se dictara solo produciría efectos frente de los demandados y no en relación con los vendedores, a quienes no podría condenárseles a devolver lo recibido y a las otras prestaciones mutuas, porque, esto equivaldría a condenarlos sin ser oídos; y

d). Que "La demanda con que fue iniciado este pleito implicaba fatalmente el planteamiento del debate entre las partes principales de los contratos y el tercero que la instauró con un interés jurídico derivado de su pretendida condición de dueño. Lo observado, porque para este evento se configura un litis consorcio pasivo necesario y, por lo mismo, solo puede estudiarse en el fondo el problema con la concurrencia íntegra de las personas que han debido formar la parte demandada".

3o. Tres tachas hace la demanda de casación a la sentencia del Tribunal. Por la similitud de su contenido y por haberse presentado la segunda a manera de consecuencia de la primera, se consideran conjuntamente.

Dice la impugnación:

Primer cargo.

"El Tribunal fallador, al declarar probada la excepción de "Petición de modo indebido" con fundamento en los recibos que expidieron a los señores Tatar los Presbíteros Diego Garzón y Arturo Garrido Campo y que obran en autos a folios 33 vuelta (supra) y 36 (infra) del C. No. 1 del expediente, y al folio 9 del C. No. 2, incurrió en un error evidente y manifiesto de hecho consistente, en considerar probado con esos recibos, que los Presbíteros Diego Garzón y Arturo

Garrido Campo hicieron la venta de los cuadros materia de la demanda a los señores Tatar en su propio nombre, siendo así que, lo que en realidad prueban estos recibos, tanto considerándolos en sí mismos, como relacionándolos con otras pruebas del expediente, es, que los citados Presbíteros no contrataron en su propio nombre, sino en su calidad de Párrocos o representantes de la Parroquia de la Iglesia de Las Cruces y en nombre de esta entidad canonica.

"Y a este error llegó el Tribunal, por no haber apreciado tales recibos en su integridad, pues omitió tomar en consideración los sellos de la Parroquia de Las Cruces que los referidos Presbíteros estamparon en ellos, sellos que configuran la calidad con que actuaron quienes expidieron los recibos y efectuaron las ventas a que ellos se refieren, o sea, como Párroco y Vicario Auxiliar de la Iglesia de la Parroquia de Las Cruces respectivamente, y en nombre de esta entidad".

Sostiene igualmente el recurrente que el Tribunal tomó en cuenta los recibos de manera mutilada desde el punto de vista formal, "prescindiendo de la valoración, alcance y significado de los sellos que están estampados en los recibos y que son parte integrante de tales documentos, desvirtuó el contenido intrinseco de ellos: incurrió en una desarmonía u oposición evidente y manifiesta, entre el contenido integro de tales recibos y el hecho que ellos en realidad prueban, (o sea que los firmantes de ellos los expidieron en representación de la Iglesia de la Parroquia de Las Cruces) con lo que, a causa de haberlos apreciado en forma parcial y mutilada, el Tribunal consideró probado con ellos, (o sea que quienes los expidieron actuaban en su propio nombre) lo cual cae estrictamente dentro del campo del error de hecho. Quizá miró el Magistrado los sellos, pero no los vió ni los apreció con la luz del intelecto".

Pretende el recurrente que si no se acepta el anterior error como de hecho, debe tenérselo como de derecho, y al respecto dice:

"Pero, si por la circunstancia de haber mencionado los recibos el Tribunal en su sentencia, hemos de descartar el error de hecho, entonces el error seria de derecho y por este concepto habrá de considerarse el cargo, pues al considerar el Tribunal que los recibos prueban que los Presbíteros Diego Garzón y Arturo Garrido Campo actuaron al extenderlos, y en los contratos a que los recibos se refieren, en su propio nombre, llegó el Tribunal a esa conclusión debido a la circunstancia de que, por haberlos considerado mutilados y prescindiendo de tomar en cuenta los sellos, no les dió la valoración jurídica que les corresponde según la ley, toda vez que la presencia de los sellos en los recibos es indicativo de que quienes los estamparon en ellos, dejaban en esta forma establecida la constancia de la calidad en virtud de la cual actuaban, o sea como representantes, y en representación de la Iglesia de la Parroquia de Las Cruces de Bogotá.....".

Expuesto de la manera preinserta el primer cargo, el recurrente indica como violados los artículos 329, 333 y 343 del C. J., por haberlos aplicado indebidamente; los artículos 637 del C. J. y 1761 y 1765 del C. Civil, por no haberlos aplicado y, por la vía de la violación de estas disposiciones legales "violó también el artículo 26 de la Constitución Nacional, precepto sustantivo que garantiza el cumplimiento de las normas de juzgamiento, al aplicarlo indebidamente al caso sub-judice para proteger un supuesto derecho de los Presbíteros Garzón y Garrido Campo a ser citados a este juicio en calidad de demandados".

Segundo cargo.

Es este desarrollo del anterior y en él expone el recurrente que el error del Tribunal al declarar la excepción de petición de modo indebido, tiene por causa haber creído que los vendedores obraron en su propio nombre, conclusión a que llegó por no haberles asignado a los recibos su verdadero valor, por haberlos estimado incompletos y mutilados y, en fin, por haberlos apreciado aisladamente, cuando debió relacionarlos con otras pruebas que tampoco vio el fallador, o si las vio no las tuvo en cuenta, ni valoró su alcance probatorio. Dice que esas pruebas son: la confesión de Gabriel Tatar y la indagatoria rendida ante el Juez Instructor; las siete fotografías de las pinturas materia de los contratos; la carta dirigida al señor Gabriel Tatar por el Jefe de Cuentas Corrientes del Banco de Colombia de esta ciudad en la cual consta que los cheques con los cuales Gabriel Tatar pagó los cuadros al Dr. Garrido, fueron consignados en la cuenta de la Iglesia de Las Cruces-Parroquia".

La falta de apreciación de las pruebas enumeradas, concluye el cargo, incidió en la parte resolutiva del fallo, "violando con ese pronunciamiento los artículos 329, 333 y 343 del C. J., que aplicó indebidamente al caso del pleito; los artículos 255 del C. de P. Penal, 472, 593, 594, 606, 604 del C. J. y 1759 del C. C. por no haberlos aplicado; y, por la vía de la violación de estos preceptos llegó a la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, por aplicación indebida, toda vez que con la aplicación de esta norma sustantiva quiso garantizar el Tribunal un supuesto derecho de los Presbíteros Garzón y Garrido Campo a ser citados a este juicio en su calidad de demandados".

4o. LA CORTE CONSIDERA:

a). No es viable el error de hecho patente, cuando se refiere a un alegado elemento probatorio no reconocido por la tarifa, o que, aún aceptado por ésta, carezca de valor decisorio. El ordenamiento probatorio no contiene disposición que dé a los sellos referidos valor para demostrar la calidad de quienes los usaron. No establecen estos la función o el empleo, ni por no usarlos se deje de tener la calidad respectiva. Podrían aún testificar el contenido de un documento en cuanto provenga de quien está autorizado para manejarlos; pero, sin norma expresa que lo prevea, no puede aceptarse que por usarlos se demuestre una función o investidura y que, por tanto, por no verlos, si fuera posible, sin embargo de haber examinado los recibos en su contenido, pudiera incurrirse en error de hecho evidente. Por la misma razón es impróspero el cargo por error de derecho en la valoración que como prueba hizo el fallador de los recibos expedidos por los Presbíteros vendedores de los cuadros a que se contrae el litigio. Si el fallador no tiene por establecido un hecho del pleito con la prueba que la ley ha previsto, incurre en error de valoración; más, si no existe norma al respecto no puede hablarse de desacierto, por ausencia del supuesto que lo configuraría.

b). El segundo cargo de la demanda parte de la base de que, por no haberse dado a los sellos el valor probatorio pretendido por el impugnante, el Tribunal desconoció la calidad de los vendedores y estimó que "obraron en su nombre propio y particular". "Llegó a esta conclusión -dice el recurrente- en virtud de la valoración probatoria que le asignó a los recibos extendidos por los

vendedores y con los cuales, por haberlos estimado incompletos o mutilados, y sin tomar en cuenta los sellos que los recibos llevan, incurrió en error de su juicio".

Agrega, que llegó a este resultado errado por no haber "apreciado, ni aisladamente, ni en conexión con los recibos, pruebas como la confesión de Gabriel Tatar, las fotografías de los cuadros vendidos y una carta dirigida al citado Tatar por el Jefe de cuentas corrientes del Banco de Colombia en esta ciudad, en la que se hace constar que los cheques con que Tatar pagó los cuadros al Presbítero doctor Garrido, fueron consignados por éste a la cuenta de "Iglesia de las Cruces-Parroquia".

c). No demostrada la calidad con que obraron los vendedores, ni la obligación de cumplir en lo civil determinados requisitos para dotar de validez el acto contractual y, probado este, aparece la improcedencia en la elección de la acción, que no podía ser la de nulidad de ese acto, por falta de formalidades, sino la acción reivindicatoria directa frente a los compradores, en virtud del principio civil consagrado por el artículo 1871, de que es válida la venta de cosa ajena, sin perjuicio de los derechos del verdadero dueño, a quien el acto le es inoponible, quedándole ilesos sus derechos y abierto el camino para el ejercicio de la acción pertinente, sin necesidad de declaración previa de nulidad, mientras la usucapión no extinga su derecho.

La consideración anterior dispensa del examen de la segunda parte del cargo tendiente a demostrar error en la apreciación de las pruebas que el recurso señala, porque, el estudio de esta supone el acierto en designar la acción.

5o. Tercer Cargo

En este cargo, se invoca la aplicación del Derecho Canónico y se indica como error del Tribunal no haberlo obedecido.

Se arguye con respaldo en el artículo 16 de la ley 153 de 1.887, la obligación de respetar la legislación canónica por las autoridades de la República, norma reproducida por el artículo 3º. de la ley 35 de 1.888. Y se dice, en consecuencia, que hubo violación por inaplicación de los artículos citados y de los cánones 100, 485, 1497, 1281, 1529, 1530, 1531, 1532, 1533, 1534, 1527, 1679 y 1680.

Para respaldar este cargo se citan varios apartes de la sentencia de la Corte de 15 de mayo de 1.954 (LXXVII. 579), y de ellos, concluye el recurrente:

"En el fallo de la H. Corte del cual son las transcripciones que me he permitido hacer, aparece demostrado con meridiana claridad, que habiendo pactado el Estado Colombiano en el Concordato celebrado con la Santa Sede una referencia formal o no receptiva de las normas canónicas a la legislación civil colombiana, las normas de derecho canónico son tomadas por el Estado Colombiano y hechas válidas o exequibles en este, como simples normas indicativas, es decir, como normas que continúan considerándose extrañas al ordenamiento jurídico que las recibe y existentes en el ordenamiento jurídico de donde provienen, con las características y la vigencia o validez que tienen en el ordenamiento jurídico de origen; y que, por lo tanto, son las normas canónicas las aplicables a la enajenación de bienes eclesiásticos para cuya celebración no se cumplieron las normas de Derecho Canónico: y que, por bienes eclesiásticos deben entenderse, todos los que se hallan en el patrimonio de cualquier persona jurídica de Derecho Canónico".

6o. SE CONSIDERA:

Es cierto que el derecho canónico puede producir efectos dentro del ámbito de la legislación civil colombiana, más, para que así suceda es necesario que esta "defiera, en ciertas materias, expresamente, al derecho de la Iglesia", sin la cual deferencia no es posible la aplicación directa de la ley eclesiástica, ni la sustitución de la legislación nacional por aquella.

Por modo que, si se pide la aplicación del ordenamiento canónico, no solo es preciso invocar sus normas, sino que es imprescindible citar las disposiciones del ordenamiento nacional que reenvíen a esa legislación. La obligación de respetar la ley canónica emerge de manera general del pacto concordatario; pero, el deber de aplicarla por las autoridades civiles, sólo surge, por excepción, de la concreta referencia formal.

El cargo, por tanto, es infundado.

RESOLUCION

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil-, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha veintisiete (27) de marzo de mil novecientos sesenta y dos (1.962), proferida en el juicio ordinario propuesto por la "Parroquia de Las Cruces" contra Gabriel y Miguel Tatar sobre nulidad de un contrato de compraventa.

Costas en casación a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta judicial y vuelva el expediente a la oficina de origen.

Arturo C. Posada. - Gustavo Fajardo Pinzón. - Enrique López de la Pava - Enrique Coral Velasco. - José Hernández Arbeláez.- Julián Uribe Cadavid. - Ricardo Ramírez-L., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACCION DE NULIDAD DE UN TESTAMENTO

Requiere la presencia de todos los interesados en su validez. Efectos de la declaratoria de nulidad. Cosa juzgada. Presupuesto procesal de demanda en forma. El interés jurídico como factor determinante de la presencia en juicio de más de un litigante.

1. No es simple cuestión de pronunciamiento judicial no oponible a quienes no fueron citados a la litis, sino de que en tratándose de nulidad de un acto jurídico, como es el testamento, han de estar presentes todos los *interesados* en que se mantenga la validez del mismo. Porque si se trata de anular el testamento, en su totalidad, por incapacidad absoluta en el testador o falta de formalidades esenciales, el fallo debe ser el resultado de la controversia de todos aquellos, sin diferenciación de títulos universales y singulares. Herederos y legatarios tienen interés en que se conserve el acto que es el título de su derecho hereditario, no obstante que los legatarios no sean continuadores de la persona del *de cujus*. Tal *interés*, distinto en el objeto, en el sujeto y en la responsabilidad que acarrea, es suficiente para que se requiera, en forma ineludible, la presencia de todos en el proceso en que se discuta sobre la validez del acto testamentario.

Por otra parte, al tratarse de nulidad de un acto jurídico -no de una cláusula o de unas cláusulas, sino del todo- la declaratoria de nulidad tiene en sí un alcance integral, porque un acto cuya invalidez total se pronuncia, no puede ser nulo para unos interesados y válido para otros. Pero, como tampoco puede condenarse a nadie sin haber sido oído y vencido en juicio, de allí la figura procesal del consorcio *necesario*; compuesto por cuantos tienen intereses activa o pasivamente comunes en el desenlace del litigio. Y por ello que sea más acorde con los objetivos de una dispensación ordenada de la Justicia, con los fines del Derecho Procesal que persiguen una sola solución para un mismo problema, el que todos los interesados sean llamados de una vez a discutir conjuntamente en la oportunidad abierta para ello.

2. Ciertamente, los artículos 473 y 474 del C. Judicial no señalan la condición de demandar a todos aquellos o por todos aquellos que estén ligados pasiva o activamente a una pretensión. Para que funcione la cosa juzgada, con los efectos que le atribuyen dichos textos, basta la triple identidad de causa o título, objeto y personas. Si no existe la identidad de personas, porque no figuraron en el primer juicio los legatarios o algunos de ellos, es obvio que no podría hablarse de cosa juzgada en relación con los mismos.

3. A partir de la casación de 19 de agosto de 1954 (LXXVIII, 2145, 349), la "demanda en forma" es uno de los presupuestos procesales. Invariablemente

la Jurisprudencia lo ha incluído entre los elementos esenciales del proceso, sin los cuales no puede proferirse fallo de mérito. "La demanda que es la petición con la cual se inicia un juicio, debe reunir ciertos requisitos formales exigidos principalmente en los artículos 205, 209, 217, 222 y 737 del C. J.", dice aquella decisión.

El primero de estos preceptos enseña que debe figurar en la demanda "el nombre de las partes", y según el artículo 202 ib. "se llama parte el litigante o grupo de litigantes que sostienen una misma pretensión". De forma que la "parte" demandada en el juicio de nulidad del testamento, debe estar compuesta por los herederos y legatarios, ya que unos y otros por su interés en sostener la validez del testamento están llamados a formar una sola parte. Lo único que resta saber es si la "parte" puede formarse a voluntad de quien demanda la nulidad, o si, por el contrario, está constituída de antemano por quienes tienen interés en sostenerla. Ya se ha visto que según la Jurisprudencia de la Corte, está integrada de manera forzosa por todos ellos. En relación con esta materia, conviene recordar lo dicho por la Corte en casación de 18 de octubre de 1.938 (XLVII, 1.941, 237).

4. El distingo insinuado en el cuarto cargo, entre actos unilaterales o singulares, en el sentido de ser el resultado de un solo querer, como la aceptación o repudiación de la herencia y el testamento, y actos bilaterales o plurales, por ser fruto de dos o más voluntades, carece de trascendencia en el asunto, porque el factor que determina la necesidad de la presencia de más de un litigante, no es el consentimiento de una o más personas, sino el *interés* que pueda ligarles a la pretensión de anularlo o mantenerlo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, quince de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Julián Uribe Cadavid).

Juicio de Luis Felipe Niño Castellanos contra Oliverio Castellanos Sánchez. Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, fechada el 11 de febrero de 1.963. Recurrente: el demandado.

- I -

ANTECEDENTES

1. Luis Felipe Niño Castellanos demanda a Oliverio Castellanos Sánchez, para que se declare nulo el testamento otorgado por Vicente Castellanos mediante escritura pública No. 639 de abril 14 de 1.959, de la notaría 2a. de Armenia, por incapacidad mental del testador, y subsidiariamente, por no haber dictado él mismo al notario sus disposiciones testamentarias.

2. Afirma el demandante que el testador murió célibe; que sus sucesores legales son únicamente sus hermanos y sobrinos; que en el testamento en referencia designó heredero universal a su sobrino Oliverio Castellanos, pero que en el acto de otorgarlo se hallaba privado de sus facultades mentales debido "a las graves enfermedades que sufrió en los últimos años de su vida", las cuales, unidas a "su avanzada edad, lo redujeron a un completo estado de incapacidad mental que lo inhabilitó para disponer y administrar sus bienes en forma normal" y agrega la relación de los que a su muerte dejó el causante.

3. El testador falleció en el Municipio de Quimbaya el 2 de marzo de 1.961 y en su juicio mortuorio -seguido en el juzgado 2o. del circuito de Armenia- el heredero designado obtuvo la adjudicación de los bienes de la herencia.

4. Con la oposición del demandado se adelantó la litis, cuya primera instancia concluyó con sentencia absolutoria de agosto 20 de 1.962 y condena en costas al demandante.

Apelada por el actor para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, fue revocada y sustituída por fallo inhibitorio, fechado el 11 de febrero de 1.963.

La parte demandada acusó esta sentencia en casación.

- II -

LA SENTENCIA ACUSADA

5. La inhibitoria se funda en el hecho de que en su testamento Vicente Castellanos dejó varios legados, a saber: a Nilsa Rodríguez $5.000; a Clotilde Castellanos $2.000; y al Seminario de la Diócesis de Armenia $3.000, quienes, sin embargo, no fueron llamados al juicio, junto con el heredero instituído.

"Consiguientemente -dice- la nulidad de aquel acto no puede pronunciarse con la sola citación del heredero, sino que es necesaria también la presencia de los legatarios pues ellos tienen interés como asignatarios a título singular. Es que declarada la nulidad de un acto, éste queda sin efecto ninguno. Y como las decisiones judiciales tienen apenas efecto relativo, es decir, no vinculan sino a quienes fueron parte en el proceso en que se pronuncian, siguese entonces que la acción de nulidad debe dirigirse contra todos los interesados en que se mantenga la validez del acto a que la acción se refiere. De no ser así tendríamos entonces que declarada la nulidad el acto sería nulo para las personas que teniendo interés en el mismo, no fueron citadas al juicio.

- III -

LA ACUSACION

Cuatro cargos la componen, todos ellos con fundamento en la causal primera de casación.

Primer cargo

6. Está enunciado así:

"De la transcripción anterior se deduce muy a las claras, que el Tribunal aplicó, sin nominarlo, al caso de autos, el artículo 474 del C. J., que define y consagra el estatuto de la Cosa Juzgada, y el efecto relativo de las providencias judiciales, en armonía con lo preceptuado en el artículo 17 del C. Civil.

"Y, si la sentencia solo produce efectos relativos para las partes en el juicio, los legatarios que no fueron citados al juicio sobre nulidad del testamento no derivan por el hecho de su omisión perjuicio alguno, máxime si no siendo ellos

continuadores de la persona del testador, su presencia en el juicio no es necesaria, subsumiéndose su interés jurídico en el interés jurídico de los herederos que sí deben ser citados al proceso con la legitimación en causa pasiva".

Señala como quebrantados los artículos 26 de la Carta, 474 C. J. y 17, 553, 1055, 1502, 1503, 1155, 1162 y 1757 C. C.

SE CONSIDERA:

7. No es simple cuestión de pronunciamiento judicial no oponible a quienes no fueron citados a la litis, sino de que en tratándose de nulidad de un acto jurídico, como es el testamento, han de estar presentes todos los interesados en que se mantenga la validez del mismo. Porque si se trata de anular el testamento, en su totalidad, por incapacidad absoluta en el testador o falta de formalidades esenciales, el fallo debe ser el resultado de la controversia de todos aquellos, sin diferenciación de títulos universales y singulares. Herederos y legatarios tienen interés en que se conserve el acto que es el título de su derecho hereditario, no obstante que los legatarios no sean continuadores de la persona del de cujus. Tal interés, distinto en el objeto, en el sujeto y en la responsabilidad que acarrea, es suficiente para que se requiera, en forma ineludible, la presencia de todos en el proceso en que se discuta sobre la validez del acto testamentario.

Por otra parte, al tratarse de nulidad de un acto jurídico -no de una cláusula o de unas cláusulas, sino del todo- la declaratoria de nulidad tiene en sí un alcance integral, porque un acto cuya invalidez total se pronuncia, no puede ser nulo para unos interesados y válido para otros. Pero, como tampoco puede condenarse a nadie sin haber sido oído y vencido en juicio, de allí la figura procesal del consorcio necesario compuesto por cuantos tienen intereses activa o pasivamente comunes en el desenlace del litigio. Y por ello que sea más acorde con los objetivos de una dispensación ordenada de la justicia, con los fines del Derecho Procesal que persiguen una sola solución para un mismo problema, en el que todos los interesados sean llamados de una vez a discutir conjuntamente en la oportunidad abierta para ello.

Segundo cargo

8. Se alega que a pesar de no exigir los artículos 473 y 474 C. J., que consagran la relatividad de las sentencias, requisitos que condicionen la eficacia de la cosa juzgada a la obligación de hacer intervenir en el juicio a todos los sujetos activos y pasivos de la pretensión, la sentencia les hace producir a dichas disposiciones "efectos que no tienen al concluir que el actor en la acción sobre nulidad de un testamento debe hacer parte necesaria en la relación jurídico-procesal a los legatarios (litisconsorcio necesario), porque de omitirlos la declaratoria de nulidad vendría a perjudicarlos en su derecho de acreedores testamentarios, sin haber sido oídos en juicio (art. 26 de la Constitución). La conclusión contradice el precepto, porque si los efectos de toda sentencia son relativos, aquellos resultan inoponibles a quienes no fueren parte en el juicio directamente, o por el fenómeno o ficción llamado de "identidad jurídica". Luego si los legatarios no son citados al juicio, nada empece contra ellos la sentencia de nulidad"; agrega que "la relatividad de las sentencias no encuentra excepción alguna en los juicios de nulidad de los actos o contratos"; y anota que la sentencia se funda en la "doctrina errada de la H. Corte, de fecha 18 de octubre de 1.938, doctrina ésta que ha introducido notoria confusión en los Tribunales, pues ella luego de establecer en

forma correcta la distinción que media entre heredero y legatario, y hacer una exacta exégesis del artículo 474 del C. J., con el pretexto de que la nulidad integra un acto por naturaleza indivisible, deduce que es irrita la acción sobre nulidad de un testamento, cuando al juicio no fueron citados los legatarios en igualdad de posición a los herederos".

Y menciona como quebrantados, por indebida aplicación, los artículos 473,474 y 475 C. J., y falta de aplicación, los artículos 17, 27, 553, 1055, 1062, inc. 2o., 1352, 1502, 1503, 1155, 1162, 1746, 1749 y 1757 C. C.

SE CONSIDERA:

9. Ciertamente, los artículos 473 y 474 no señalan la condición de demandar a todos aquellos o por todos aquellos que estén ligados pasiva o activamente a una pretensión. Para que funcione la cosa juzgada, con los efectos que le atribuyen dichos textos, basta la triple identidad de causa o título, objeto y personas. Si no existe la identidad de personas, porque no figuraron en el primer juicio los legatarios o algunos de ellos, es obvio que no podría hablarse de cosa juzgada en relación con los mismos.

De lo cual se sigue que el problema a que el fallo hace referencia, se reduce a saber si se requiere necesariamente la presencia de los sucesores a título singular cuando se controvierte la validez del testamento, al extremo de que la justicia no pueda pronunciarse sin ellos. Es decir, si se trata o no de un presupuesto procesal, asunto que concierne al cargo tercero.

Cargos tercero y cuarto

10. El tercer cargo se desarrolla sobre el tema de los presupuestos procesales, para afirmar que "al no haber sido citados los legatarios al juicio de nulidad, no integra ninguno de dichos presupuestos".

Los textos legales infringidos son: por interpretación errónea, el artículo 205 C. J; y por falta de aplicación, los artículos citados en el cargo anterior.

Dice la acusación:

"Para la doctrina y para la jurisprudencia el artículo 205 del C. J. contiene per se, en esencia, los elementos que en todo juicio representan los llamados "presupuestos procesales", sin los cuales no es posible la integración del proceso, de tal modo que cuando alguno de ellos falta o aparece constituido en forma incompleta, el juez debe abstenerse de entrar a decidir en el fondo, y declararse inhibido para fallar.

"Para el Tribunal resulta claro, según el texto anteriormente citado, que si en las acciones de nulidad de un testamento no son demandados los legatarios conjuntamente con los herederos, el fallador debe declararse inhibido para entrar a dictar sentencia de mérito, por falta del presupuesto procesal de 'parte'. Fiel a la vieja doctrina de la H. Corte sobre presupuestos procesales, anterior a la establecida en sentencia del 19 de agosto de 1.954 (G. J. Nº. 2145 pág. 354) confirmada por sentencia de 9 de abril de 1.956 (G. J. Nº. 2165, pág. 277), confundió con el presupuesto de 'legitimación en causa' que es un presupuesto de la acción, y que anteriormente era considerado como presupuesto del juicio, con el presupuesto 'parte' de esta última especificación".

11. Para impugnar el recurrente, en el cuarto cargo, la tesis del fallo, entra a separar el acto jurídico unilateral o singular, del acto jurídico bilateral o plural, para concluir que si se trata de la nulidad del último, ambas partes deben concurrir a la controversia, y si del primero, sólo los sucesores a título universal, los únicos que continúan la persona del causante. Afirma:

"Pero si el objeto de la relación es la nulidad de un acto testamentario: acto unitario, no recepticio, gratuito, revocable y modificable, (Mesineo, tomo 7o., pág. 74, numeral 4o. Derecho Civil Comercial) la impugnación es cuestión que atañe sólo al testador -que incide sobre los efectos de un acto unipersonal suyo- y cuya defensa por el aspecto de la legitimación pasiva procesal compete únicamente a sus herederos como continuadores que son de su persona en sus derechos y obligaciones transmisibles".

SE CONSIDERA:

12. A partir de la casación de 19 de agosto de 1.954 (LXXVIII, 2145. 349), la "demanda en forma" es uno de los presupuestos procesales. Invariablemente la Jurisprudencia lo ha incluido entre los elementos esenciales del proceso, sin los cuales no puede proferirse fallo de mérito. "La demanda que es la petición con la cual se inicia un juicio, debe reunir ciertos requisitos formales exigidos principalmente en los artículos 205, 209, 217, 222 y 737 del C. J", dice aquella decisión.

El primero de estos preceptos enseña que debe figurar en la demanda "el nombre de las partes", y según el artículo 202 ib. "se llama parte el litigante o grupo de litigantes que sostienen una misma pretensión". De forma que la "parte" demandada en el juicio de nulidad del testamento, debe estar compuesta por los herederos y legatarios, ya que unos y otros por su interés en sostener la validez del testamento están llamados a formar una sola parte. Lo único que resta saber es si la "parte" puede formarse a voluntad de quien demanda la nulidad, o si, por el contrario, está constituida de antemano por quienes tienen interés en sostenerla. Ya se ha visto que según la jurisprudencia de la Corte, está integrada de manera forzosa por todos ellos. Desde la casación de 18 de octubre de 1.938 (XLVII. 1941. 237) viene diciendo:

"En consecuencia, sólo por disposición legislativa expresa, a estilo de lo que sucede en otros Códigos como el Civil español, artículo 1252, o en el de procedimiento del Uruguay, artículo 479, ordinal 4o., podrá obligarse a los legatarios a aceptar la sentencia de nulidad del testamento ventilada exclusivamente con los herederos. Entre nosotros, ausente tal disposición, hay que atenerse al principio general estatuido en el artículo 474, que consagra sin atenuantes ni ampliaciones la concepción tradicional de la cosa juzgada. Esa por otra parte fue también la idea que primó en la redacción del dicho artículo 474, según lo explica la comisión revisora del proyecto de nuestro Código Judicial, la cual dice que esa disposición se inspira en el artículo 1252 del moderno estatuto civil de España, pero con prescindencia de lo referente a los fallos que versan sobre el estado civil y resuelvan acerca de la validez o nulidad del testamento. 'En cuanto a lo primero ha creído -dice la comisión- que basta remitirse a lo que sobre el particular dispone el Código Civil Colombiano en sus artículos 401 a 406, concernientes a los fallos judiciales sobre filiación legítima y maternidad disputada; y por lo que hace a los que declaran la validez o nulidad de disposiciones de última volun-

tad, ha optado por prescindir de toda regla especial a este respecto. De suerte que los pleitos en que se ventilen cuestiones de esta última clase, habrán de seguirse con todos aquellos a quienes la sentencia pueda perjudicar, si se quiere que ésta surta efecto contra todos. Esto, si por una parte complica los procesos sobre nulidad de testamentos, por otra consulta mejor el derecho de todos los interesados en la subsistencia del acto, y tiende a evitar la posible confabulación entre los herederos contra los asignatarios a título singular".

13. El distingo insinuado en el cuarto cargo, entre actos unilaterales o singulares, en el sentido de ser el resultado de un solo querer, como la aceptación o repudiación de la herencia y el testamento, y actos bilaterales o plurales, por ser fruto de dos o más voluntades, carece de trascendencia en el asunto, porque el factor que determina la necesidad de la presencia de más de un litigante, no es el consentimiento de una o más personas, sino el interés, que pueda ligarlas a la pretensión de anularlo o mantenerlo.

No es procedente, por tanto, la casación del fallo recurrido.

DECISION:

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha once (11) de febrero de mil novecientos sesenta y tres (1.963), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en el juicio ordinario seguido por Felipe Niño Castellanos contra Oliverio Castellanos Sánchez.

Sin costas en el recurso, por no haber sido causadas.

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

Arturo C. Posada. - Gustavo Fajardo Pinzón. - Enrique López de la Pava. - Enrique Coral Velasco. - José Hernández Arbeláez. - Julián Uribe Cadavid. - Ricardo Ramírez L., Secretario.

RESPONSABILIDAD POR FALTAS DEL SERVICIO PUBLICO

Es directa y no trasladable a otra persona o entidad, cuando se trate del cumplimiento de un deber legal. Incumbe a los municipios conservar las calles en estado de no causar daño a las gentes. No cabe novación.

Como en general se trata de bienes cuyo dominio pertenece al Estado, y su uso a todos los habitantes del país, esto es que las calles, plazas, puentes y caminos son bienes de uso público (674 C. C.), la facultad que a los Consejos dan las Leyes 72 de 1.926 y 89 de 1.936, cuanto a "la administración directa y ensanche de todas las vías públicas existentes dentro de la ciudad, con excepción de las carreteras nacionales", no es otra cosa que la regla administrativa encaminada al cumplimiento satisfactorio de la obligación legal impuesta al Municipio, de mantener aquellas vías en forma razonablemente apta para el servicio público, de modo que no atente contra la seguridad del tránsito.

Viene a ser claro entonces que la responsabilidad derivada del incumplimiento de una obligación legal no es trasladable a otra persona o entidad, por impedirlo su propia naturaleza.

Aun dentro de los principios que informan el modo novatorio por el cual las obligaciones se extinguen, surgiría el obstáculo de que "la sustitución de un nuevo deudor no produce novación, si el acreedor no expresa su voluntad de dar por libre al primitivo deudor" (1694 C. C.). Y es notorio que dentro de la organización republicana, democrática y representativa, el público, cuyo interés se encuentra tutelado por los mandatos legislativos, en ellos mismos ha dicho su voluntad perentoria de que el Municipio cumpla el deber de conservar esos bienes nacionales de uso público en estado de no causar daño a las gentes. Lo cual significa que la falta del servicio recae directamente sobre la entidad municipal, sin descargo, a no ser que pruebe fuerza mayor o caso fortuito, intervención de elemento extraño o culpa de la víctima. Pero no un acto de su voluntad, aunque sea concordante con el querer de tercera persona o entidad, que por el respectivo contrato se obligue para con el Municipio a la conservación de sus calles.

Puede hallarse en ese género de contrataciones un instrumento más o menos adecuado a las realidades municipales para cumplir en la práctica el régimen legal impuesto en materia de vías públicas urbanas. Pero en plano jurídico no se llega, ni podría llegarse a que el Municipio por su propio albedrío contractual estuviese capacitado para desligarse de la responsabilidad que con respecto a faltas del servicio público le gravita directamente por ley cuando se trata de indemnizar el daño.

Por otro aspecto es de ver que el procedimiento novatorio, para serlo, habría de contemplar el modo que sustituyera por otra obligación el pago del resarcimiento deducido en concreto para un caso dado. Pero no cabe en presencia de una situación general y permanente que, abstracción hecha de todo contrato, coloca a la entidad municipal en el campo de la culpa aquiliana.

Además, en el contrato celebrado por el Municipio con el Departamento tocante a la asunción por este último de los menesteres y regulaciones del tránsito y consecuencial cuidado de las vías públicas urbanas, no se descubriría el hecho de tercero, desde luego que es un acto del propio Municipio. Y si ese procedimiento contractual no le resultó idóneo para prevenir el daño, ello significa que de la falta demostrada en el servicio público, nace a cargo del Municipio la obligación de resarcimiento, sin menoscabo del derecho contractual que le asista para repetir del Departamento lo pagado por esa causa. Cuestión que es ajena al presente litigio.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, dieciseis de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez).

Afrontó el Municipio de Barranquilla los presentes juicios acumulados, de resarcimiento por la muerte de Francisco Hoyos Navarro y de Olga Miranda v. de Fonseca en el accidente acaecido entre las diez y media y once y media de la noche del 24 de octubre de 1.958 cuando rodó el automóvil que ocupaban al Caño de Los Compañías, en su intersección con la carrera 54 de aquella ciudad, por falta de las medidas indispensables para indicar peligro y precaver los daños.

La primera demanda fue introducida por la viuda Emelina Sudea de Hoyos, en su propio nombre y en representación de sus hijos legítimos Virginia Lucía, Emelina y María Clara Hoyos Sudea. Y el segundo libelo, por el Dr. Manuel Fonseca Plazas en su calidad de tutor de los impúberes Carlos Manuel, Alfonso Enrique y Manuel Ignacio Fonseca Miranda, hijos legítimos de la fallecida Olga Miranda v. de Fonseca.

El Juez del conocimiento, 2o. Civil del Circuito de Barranquilla, con fecha 25 de abril de 1.962 absolvió al Municipio e impuso costas a la parte actora, quien por su alzada abrió el segundo grado procesal.

Corresponde ahora a la Corte entender en el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público contra el fallo del 20 de marzo de 1.963, en que el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Barranquilla resolvió:

"1o. Declárase civilmente responsable al Municipio de Barranquilla de la muerte del Dr. Francisco Hoyos Navarro y de la señora Olga Miranda v. de Fonseca, ocurridas en esta ciudad el día 24 de octubre de 1.958, como consecuencia de haberse precipitado el automóvil que ocupaban al Caño de Los Compañías, en el lugar de intersección del citado caño con el pavimento de la carrera 54, por no haber aviso u obstáculo que impidiera el tránsito por ese lugar peligroso;

"2o. Condénase en abstracto al Municipio de Barranquilla a pagar a la señora Emelina Sudea v. de Hoyos, y a sus menores hijas Virginia Lucía Hoyos Sudea, Emelina Hoyos Sudea y María Clara Hoyos Sudea por partes iguales, el

valor de los perjuicios materiales sufridos por la muerte de su esposo y padre respectivamente, doctor Francisco Hoyos Navarro;

"3o. Condénase al Municipio de Barranquilla a pagar a la señora Emelina Sudea v. de Hoyos y a sus menores hijas Virginia Lucía Hoyos Sudea, Emelina Hoyos Sudea y María Clara Hoyos Sudea, la suma de ocho mil pesos ($8.000.oo) moneda legal, que será repartida por partes iguales entre las demandantes, por concepto de perjuicios morales;

"4o. Condénase, en abstracto, al Municipio de Barranquilla a pagar a los menores Carlos Manuel Fonseca Miranda, Adolfo Enrique Fonseca Miranda y Manuel Ignacio Fonseca Miranda, por partes iguales, el valor de los perjuicios materiales sufridos por la muerte de su madre legítima, señora Olga Miranda v. de Fonseca;

"5o. Condénase al Municipio de Barranquilla a pagar a los menores Carlos Manuel Fonseca Miranda, Adolfo Enrique Fonseca Miranda y Manuel Ignacie Fonseca Miranda, la suma de seis mil pesos ($6.000.oo) moneda legal, repartible por partes iguales, por concepto de perjuicios morales;

"6o. Los perjuicios a que se refieren los numerales 2o. y 4o., serán tasados y liquidados por los trámites señalados en el artículo 553 del Código de Procedimiento Civil, teniendo en cuenta las bases sentadas en la parte motiva de este fallo; y

"7o. El pago de las cantidades expresadas anteriormente en los numerales 3o. y 5o., deberá hacerlo el Municipio de Barranquilla, dentro de los quince (15) días siguientes al de la notificación del auto en que el juez de primera instancia ordene obedecer y cumplir la presente sentencia. Los perjuicios materiales serán pagados quince (15) días después de que quede en firme la providencia que fije su monto.

"Sin costas, porque no proceden (Art. 576 del C. J.)".

LA SENTENCIA ACUSADA

Después de referirse a planteamientos doctrinales en punto de culpa aquiliana de las personas de derecho público, el Tribunal acoge el más reciente criterio de la Corte, que establece la responsabilidad directa por fallas del servicio público, en sustitución de la responsabilidad indirecta por culpa in eligendo o in vigilando, y de la tesis organicista, que distingue entre los representantes o directores para fundar responsabilidad directa, y los empleados auxiliares, no representativos, cuya actuación puede originar responsabilidad indirecta, dentro del perímetro de sus funciones o con ocasión de ejercerlas.

Así encuentra el sentenciador que el servicio público atinente al trazado, apertura, ensanche y arreglo de las calles incumbe al Municipio, conforme al numeral 4o., artículo 7o., Ley 72 de 1.926, en relación con el 2o. de la Ley 89 de 1.936.

"En el caso concreto de autos -expresa el fallo- era deber de la Municipalidad de Barranquilla conservar la carrera 54, en el trayecto que va de la vía 40 al Caño de Los Compañías, en un estado tal que no ofreciera peligro para los que por allí transitaran, por tratarse de un bien destinado al servicio público. Pero ocurre que, según lo acusa el acervo probatorio que obra en

los autos, la entidad demandada incurrió en una lamentable omisión al no colocar avisos u obstáculos o no ejecutar obras que impidieran que los conductores de vehículos que transitaran por la carrera 54, de oeste a este, siguieran su marcha, dado el peligro que ofrecía el punto de intersección entre la citada carrera pavimentada y el Caño de Las Compañías, donde se ha formado un cantil de alguna profundidad. En efecto, aparecen demostrados en los autos con la inspección ocular practicada por el señor Juez 4o. Civil del Circuito de Barranquilla, antes de iniciarse los juicios acumulados, y con la verificada dentro de éste por el a quo, la primera con intervención de peritos, y la segunda con testigos actuarios, los siguientes hechos:

"1o. Que el pavimento de la carrera 54 termina en la orilla oeste del caño conocido con el nombre de Las Compañías;

"2o. Que en el punto de intersección de la carrera 54 y el citado caño, existe cuando llueve un torrente formado por la descarga de las aguas pluviales y las de la alcantarilla;

"3o. Que por la inclinación de la carrera 54 hacia el caño mencionado, se advierte que en la citada vía convergen las aguas lluvias, las cuales descienden por ella hacia el caño, formando al desembocar una especie de salto o cantil de uno o dos metros, visible a quien se encuentre al borde del salto o cerca de él; y que de lejos se destaca al fondo el edificio de la Fabrica Eternit y una charca que parece estar a ras del pavimento, pero que en realidad es el caño, como pudo comprobarse al situarse el Juez y los peritos a escasos pasos de la orilla;

"4o. Que cuando se practicó la primera inspección ocular, el dia 1o. de diciembre de 1.958, vale decir, la extrajuicio, con intervención del Personero Delegado en lo Civil, se constató que no existia señal alguna ostensible que indicara hasta donde llegaba la vía y la existencia del caño ....."

Examina el Tribunal los pormenores de las peritaciones que obran en autos, alude a varios testimonios, y expone:

"Es, pues, incontrovertible que el accidente se produjo por falta o culpa de la administración municipal de Barranquilla al mantener una vía pública urbana en mal estado, hasta tal punto que entrañaba en sí misma un peligro eminente e inminente para quien viajara en un vehículo en las condiciones en que lo hizo el Dr. Hoyos Navarro: de noche y con pavimento húmedo por la lluvia. Por lo menos era un deber de la entidad demandada construir talanqueras o muros de contención, a fin de que quienes condujeran vehículos por esos lugares advirtieran el peligro que implicaba la terminación de la vía y el salto o cantil que se ha formado en ese lugar del Caño de Las Compañías, debido a que allí desembocan las aguas lluvias que convergen hacia la carrera 54. Ahora, como ese muro o talanquera fue construido por el Municipio de Barranquilla, después del lamentable accidente en que perdieron la vida el Dr. Francisco Hoyos Navarro y la señora Olga Miranda v. de Fonseca, como aparece demostrado en los autos, tal hecho indica que si era necesario para prevenir el peligro que entrañaba el mal estado de la vía citada".

Se detiene el Tribunal en la alegación exculpativa propuesta por el Ministerio Público, en el sentido de configurar el hecho de tercero, con base en el contrato por el cual se obligó el Departamento del Atlántico para con el Municipio de Barranquilla a la atención de todo lo relacionado con el tránsito de las

vías públicas, de suerte que era el Departamento y no el Municipio la entidad llamada a colocar avisos o señales de peligro en el sitio del accidente. Y razona así:

"Pero aun admitiendo, en gracia de discusión, que el contrato citado contenga estipulaciones acerca del desplazamiento de ciertas obligaciones que legalmente le competen al Municipio, no quiere decir ello que la responsabilidad que le incumbe a éste por el daño causado a alguna persona por mal funcionamiento del servicio público, al cual corren adscritas las obligaciones delegadas pueda también ser materia de ese desplazamiento, porque se desconocería el principio de que los contratos sólo producen efectos entre las partes, como establece claramente el artículo 1602 del Código Civil. De acuerdo con lo anterior, las personas extrañas al contrato no quedan sujetas a sus efectos, y por ende, a sus derechos y obligaciones. Rige, pues, en cuanto a terceros el principio de res inter alios acta".

Apoya su aserto en doctrina de la Corte, y concluye en el sentido de que si se pueden ceder los créditos sin el consentimiento del deudor; no hay igual libertad con las obligaciones, por cuanto al acreedor no se le puede imponer otro sujeto pasivo del vínculo jurídico que el deudor mismo.

LA ACUSACION

En el fondo aparece el mismo cargo por dos aspectos, así:

I. Violación de la ley sustancial por errónea interpretación del numeral 4o. artículo 7o. Ley 72 de 1926 y del artículo 2o. Ley 89 de 1936, con resultado de que se aplicaron indebidamente los artículos 2341 y 2356, y se dejaron de aplicar los artículos 1687 y 1690, unos y otros del Código Civil.

II. Infracción de las normas probatorias de los artículos 632, 633 y 634 del Código Judicial, y quebranto indirecto, por consecuencia, de los artículos 2341, 2343 y 2356 del Código Civil.

1) En el análisis de la cuestión debatida el señor Procurador 2o. Delegado en lo Civil admite: que el insuceso se produjo "por la falta de puente o de piso firme que permitiera el paso a los vehículos que por allí transitaran sin peligro"; que el "accidente tuvo como causa la negligencia o falta de precaución, la deficiencia en colocar en ese sitio de peligro talanqueras o al menos señales de luces o de otra índole que impidieran aquéllas el paso a vehículos o éstas indicaran el peligro existente allí para los que trasitaran manejando tales vehículos"; que por la muerte de Hoyos Navarro y Miranda v. de Fonseca recibieron perjuicios materiales y morales los demandantes; que no incurrió el siniestro "por causa de culpa o hecho exclusivo de las víctimas, ya que ninguna prueba hay siquiera de que el conductor del automóvil accidentado en esa noche, doctor Hoyos Navarro se encontrara en esos momentos en estado de embriaguez, o que llevara excesiva velocidad, o que advertido del peligro que corría, imprudentemente se hubiera atrevido a transitar por esa vía; que el resarcimiento del daño corre tanto a cargo de las personas físicas como de las morales, inclusive las de derecho público: nación, departamentos, municipios; que si se acoge la moderna teoría de la responsabilidad estatal "por la deficiencia, inexactitud, error o falla en la prestación del servicio público a que está obligada la entidad pública, y que por esa falta o falla del servicio causa perjuicios a terceros, dichas entidades deben responder a éstos por esos perjuicios y daños, e indemnizárselos; que no hay prueba en el proceso que demuestre culpa de la víc-

lima, hecho o culpa exclusiva de un tercero, fuerza mayor o caso fortuito, como causas exonerativas de responsabilidad, lo que "implica que sobre la entidad de derecho público real y verdaderamente obligada a reparar la vía pública, o a colocar en el sitio en donde el cantil o vacío constituía un peligro para los conductores de vehículos que por allí transitaran, pesaría o caería la obligación también de reparar los daños que ocasionara por su descuido, negligencia, falta de actividad y prudencia que evitara esos daños; y que el Tribunal interpretó bien el contenido normativo de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil.

"Pero -agrega- al condenar al mentado Municipio de Barranquilla como si fuera la entidad civilmente responsable de los daños sufridos por los demandantes con ocasión del fallecimiento del doctor Hoyos Navarro y la señora Miranda de Fonseca, estimando el Tribunal que el Municipio y no el Departamento del Atlántico es el obligado a la reparación de la vía pública, o a colocar en el sitio que ofrecía peligro barreras que estorbaran el paso a los vehículos, o avisos que indicaran ese peligro, aplicó las mencionadas normas sustantivas de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil a un caso al cual no eran aplicables, declarando civilmente responsable a la entidad no obligada de los perjuicios sufridos por los actores, y condenándola a resarcirlos a éstos".

Este es el punto céntrico de la censura, y arranca de que por contrato entre Municipio y Departamento, el del Atlántico asumió "a partir del 1o. de enero de 1.958 (antes de ocurrir el siniestro que dió origen al pleito), la dirección y administración de la Dirección de Transportes y Tránsito, con amplias facultades para obrar y remover a todo su personal, como la obligación de pagar los sueldos y prestaciones sociales, de conformidad con las disposiciones legales sobre la materia y todos los gastos de sostenimiento que demande dicha oficina (fl. 14, C. Pruebas del Demandado).

Estima la Procuraduría que las Leyes 72 de 1.926 y 89 de 1.936 dan "a los Municipios por medio de sus Consejos, no atribución exclusiva, función privativa que no puedan delegar a otra entidad, sino 'facultad', esto es 'derecho de hacer una cosa' o 'poder para realizarla'. La cual (sic) no se ve razón alguna -agrega- por la cual no pudieran traspasarla a otra persona o entidad, con los deberes inherentes, como ocurrió entre el Municipio de Barranquilla y el Departamento del Atlántico, no solamente por medio de contrato, sino por virtud de una ordenanza expedida por la Asamblea de dicho Departamento.

"El error y confusión del Tribunal fallador -continúa- está en estimar que tales "facultades" son atribuciones privativas que no pueden pasar a otras entidades, ni puede haber sustitución del Municipio por el Departamento en la obligación o deber administrativo de prestación del servicio de trazado, apertura, ensanche y arreglo de las calles, así como su administración. Restricción no contemplada por las normas legales del artículo 7o. numeral 4o. de la Ley 72 de 1.926, ni de las contenidas en la Ley 89 de 1.936".

Deduce entonces la censura que a causa de tal error el fallo no admitió la sustitución del Municipio por el Departamento en la tarea de mantener las calles en estado de no causar daño. Y se basa en los artículos 1687, 1689 y 1690 para alegar fenómeno novatorio "por la sustitución de un deudor antiguo, que en consecuencia queda *libre*"; fenómeno que puede surtirse no sólo en materia de obligaciones contractuales, sino también en las emanadas de otra fuente, como las que nacen por ministerio de la Ley. Y expone:

"De aquí que no se ve óbice para que si una persona, sea natural o jurídica, sea de derecho público o una entidad de derecho público, tiene por ministerio de la ley el deber de ejecutar determinados actos, o de evitar hechos perjudiciales a otros, dentro del campo de la sana y correcta conveniencia social, tiene un deber impuesto por la ley de tomar medidas de precaución, desarrollar vigilancia y cuidado para no causar daños a otras personas, obligación o deber de constante actividad vigilante en este sentido que le evite verse forzada a posteriores resarcimientos de los daños que cause por su negligencia y falta de vigilancia, cuidado o precaución, pueda sustituir en otra persona que acepta esa obligación y esta persona quede en reemplazo de la anterior plenamente obligada a la misma actividad y cuidado, y sea la que en caso de que por su propia negligencia (ya cometida por ella por haberse obligado al cuidado, actividad y vigilancia) cause daño a terceros, y de los cuales deba resarcir a éstos".

Así estima que cuando el Tribunal no admitió que el Municipio quedara sustituido por el Departamento en el cuidado de las calles para el servicio público, lo hizo con quebranto de los artículos 1687 y 1690 del Código Civil. Por donde "el fallo viola el derecho del Municipio de Barranquilla de sustituir en otra persona las obligaciones que pudiera tener de mantenimiento en perfectas condiciones de las calles públicas".

II). Dentro del mismo orden de ideas, el segundo aspecto de la censura contempla violación indirecta de los artículos 2341, 2343 y 2356 del Código Civil, por quebranto de las normas probatorias contenidas en los artículos 632, 633 y 634 del Código Judicial. Es a saber:

a) Error de derecho, cuanto a la prueba del Contrato celebrado entre el Municipio y el Departamento, publicado en la Gaceta del Departamento, número 5216, del 21 de diciembre de 1.957; y

b) Error de hecho, por falta de apreciación del Decreto 442 de 9 de diciembre de 1.957, en que aparece "la autorización dada por la Gobernación para celebrar con el Municipio de Barranquilla contrato para la departamentalización total de la Dirección de Transportes y Tránsito en los términos que entonces informaban los proyectos de contrato que aprobara el Consejo de Gobierno; de la resolución número 7, de 7 de enero de 1.958, expedida por el Gobierno Nacional para aprobar el Decreto 466 de 18 de diciembre de 1.957, que, entre otras cosas, "departamentaliza en forma total la circulación y tránsito; del certificado del Gobernador del Departamento del Atlántico, expedido el 8 de marzo de 1.960 y en que consta que a partir del 1o. de enero de 1.958, por virtud del contrato en mención, quedó a cargo del Departamento la Oficina de Transportes y Tránsito; y de la certificación dada por el Director de Tránsito del Departamento del Atlántico, donde aparece "que según el artículo 1o. de la Ordenanza No. 2 de 1.932 (29 de febrero) expedida por la Asamblea Departamental del Atlántico, todo lo relativo a esta rama en las calles, plazas, carreteras y caminos del Departamento, quedó desde entonces a cargo de dicha Dirección".

Con este apoyo aduce el libelo de Casación que por tratarse de documentos auténticos ofrecían plena prueba de que el ramo de transporte y tránsito quedó al cuidado del Departamento desde el 1o. de enero de 1.958, por lo que el Municipio no tenía ya a su cargo tal servicio público cuando ocurrió el accidente que el litigio contempla. Sin embargo, alega, el Tribunal le dió al contrato un alcance muy limitado "ya que estimó que de él no se desprende que el Departamento del Atlántico hubiera asumido la obligación o deber del Municipio de Barranquilla de mantener en debida forma o estado las calles, plazas,

avenidas y otras vías de la ciudad, tales, que no existieran lugares que ofrecieran peligro a los conductores de vehículos que por ellas transitaran".

En cuanto al invocado error de hecho, dice:

"Y como por otra parte no hizo estimación de las otras pruebas documentales de que se ha hecho mérito antes, ello le impidió darse cabal cuenta de todo lo que entre el Departamento del Atlántico y el Municipio de Barranquilla se pactó o convino, ni de las obligaciones totales que asumió aquel en materia de circulación en el territorio del Departamento, y asimismo en las calles, plazas, avenidas y otras vías de las ciudades".

CONSIDERACIONES:

1. No se discute que Francisco José Hoyos Navarro y Olga Miranda v. de Fonseca perdieron la vida por causa directa e inmediata del accidente automoviliario producido por falta de adecuadas medidas de precaución que evitaran la caída súbita y violenta del vehículo en el Caño de Los Compañías, al cruce de la carrera 54 de la ciudad de Barranquilla.

Tampoco se controvierte la existencia de los perjuicios, ni la responsabilidad por el resarcimiento, derivada de falta en el servicio público.

La Procuraduría General de la Nación sitúa la clave del recurso en su entendimiento de que si bien por las leyes aplicables pesa sobre el Municipio la obligación de conservar las calles de manera que respalde la seguridad del tránsito, sin embargo en la sujeta materia del litigio la consecuencial responsabilidad se había desplazado del Municipio de Barranquilla al Departamento del Atlántico por virtud del contrato entre esas dos personas de derecho público, tocante a la asunción por el Departamento de los menesteres y regulaciones del tránsito y consecuencial cuidado de las vías públicas urbanas.

2. Sostiene el libelo del señor Procurador 2o. Delegado en lo Civil que la facultad de los Consejos según las Leyes 72 de 1.926 y 89 de 1.936 no funda una competencia privativa de imposible traslado al Departamento, de manera que por el contrato en referencia se produjo novación con cambio de deudor. Así que extinguida la obligación municipal, sólo restaba al tiempo del accidente el vínculo jurídico del Departamento, de velar en sustitución del Municipio por la seguridad del tránsito; y por secuela, allí debió buscarse y radicarse la legitimación pasiva en la causa indemnizatoria, mas no en el Municipio de Barranquilla, libre como estaba ya de responsabilidad por defecto del servicio público en cuestión.

3. Como en general se trata de bienes cuyo dominio pertenece al Estado, y su uso a todos los habitantes del país, esto es que las calles, plazas, puentes y caminos son bienes de uso público (674 C. C.), la facultad que a los Consejos dan las Leyes 72 de 1.926 y 89 de 1.936, cuando a "la administración directa y ensanche de todas las vías públicas existentes dentro de la ciudad, con excepción de las carreteras nacionales", no es otra cosa que la regla administrativa encaminada al cumplimiento satisfactorio de la obligación legal impuesta al Municipio, de mantener aquellas vías en forma razonablemente apta para el servicio público, de modo que no atente contra la seguridad del tránsito.

Viene a ser claro entonces que la responsabilidad derivada del incumplimiento de una obligación legal no es trasladable a otra persona o entidad, por impedirlo su propia naturaleza.

4. Aun dentro de los principios que informan el modo novatorio por el cual las obligaciones se extinguen, surgiría el obstáculo de que "la sustitución de un nuevo deudor no produce novación, si el acreedor no expresa su voluntad de dar por libre al primitivo deudor". (1694. C. C.) Y es notorio que dentro de la organización republicana, democrática y representativa, el público, cuyo interés se encuentra tutelado por los mandatos legislativos, en ellos mismos ha dicho su voluntad perentoria de que el Municipio cumpla el deber de conservar esos bienes nacionales de uso público en estado de no causar daño a las gentes. Lo cual significa que la falta del servicio recae directamente sobre la entidad municipal, sin descargo, a no ser que pruebe fuerza mayor o caso fortuito, intervención de elemento extraño o culpa de la víctima. Pero no un acto de su voluntad, aunque sea concordante con el querer de tercera persona o entidad, que por el respectivo contrato se obligue para con el Municipio a la conservación de sus calles.

5. Puede hallarse en ese género de contrataciones un instrumento más o menos adecuado a las realidades municipales para cumplir en la práctica el régimen legal impuesto en materia de vías públicas urbanas. Pero en plano jurídico no se llega, ni podría llegarse a que el Municipio por su propio albedrío contractual estuviese capacitado para desligarse de la responsabilidad que con respecto a faltas del servicio público le gravita directamente por ley cuando se trata de indemnizar el daño.

6. Por otro aspecto es de ver que el procedimiento novatorio, para serlo, habría de contemplar el modo que sustituyera por otra obligación el pago del resarcimiento deducido en concreto para un caso dado. Pero no cabe en presencia de una situación general y permanente que, abstracción hecha de todo contrato, coloca a la entidad municipal en el campo de la culpa aquiliana.

7. Además, en el contrato con el Departamento no se descubriría el hecho de tercero, desde luego que es un acto del propio Municipio. Y si ese procedimiento contractual no le resultó idóneo para prevenir el daño, ello significa que de la falta demostrada en el servicio público, nace a cargo del Municipio la obligación de resarcimiento, sin menoscabo del derecho contractual que le asista para repetir del Departamento lo pagado por esa causa. Cuestión que es ajena al presente litigio.

8. Así, no aparece que el Tribunal dejara de ver o de apreciar conforme a las disposiciones instrumentales, los documentos que la acusación señala. Sucede apenas que no encontró configurado el desplazamiento de responsabilidad como causa eximente para el Municipio, y su resolución no es lesiva de las normas sustanciales aplicables.

DECISION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 20 de marzo de 1.963, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el presente litigio de Emelina Suárez v. de Hoyos y otros contra el Municipio de Barranquilla.

No hay lugar a la imposición de costas. (576 C. J.).

Públiquese, Notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial, y vuelva el proceso al Tribunal de su origen.

Arturo C. Posada - Gustavo Fajardo Pinzón. - Julián Uribe Cadavid. - Enrique Coral Velasco. - Enrique López de la Pava. - José Hernández Arbeláez. - Ricardo Ramírez L., Secretario

PAGO DE LO NO DEBIDO

Interpretación de la demanda. Error de derecho por equivocada apreciación del medio probatorio frente a las normas de la tarifa. No configura error de hecho la noción equivocada del sentido de una ley. Cuestiones fundamentales en la ley de instrumentos negociables. Violación directa. En ésta es ajena la discusión sobre pruebas.

1. Discriminar entre las múltiples acciones reconocidas por la ley, cuál es la que el actor ejercita, es asunto de calificación por parte del sentenciador de las normas sustanciales que reconocen el derecho que trata de tutelarse por medio de la acción, tema eminentemente jurídico y ajeno a la cuestión de hecho. En relación con esta materia conviene recordar lo dicho por la Corte, en casación de 21 de enero de 1.960 (XCII, 66).

2. En el orden legal de la acción *in rem verso* sanciona el pago de lo no debido, sin que sea pertinente hacer distinciones que no modifican la sustancia de la acción conducente a recobrar lo pagado sin causa o indebidamente dentro de los límites señalados en el Capítulo 2 del Título 33 del Libro Cuarto del Código Civil.

La doctrina y la jurisprudencia han afirmado que la acción de repetición por pago de lo no debido, es una especie del género de enriquecimiento sin causa, condicionada en su ejercicio a lo que el ordenamiento legal tenga establecido. Sobre la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa, puede verse la casación de 31 de agosto de 1.938, XLVII, 99.

3. Cuando la demanda de impugnación asevera que hay una "notoria contradicción en el análisis de las pruebas", destruye su propia censura. Si el Tribunal no las supuso, ni las tergiversó, ni las ignoró, sino que se contradijo al estudiarlas, pudo incurrir en error de derecho, por equivocada apreciación del medio probatorio frente a las normas de la tarifa, pero no error evidente de hecho.

4. No es error de hecho evidente sino cuestión jurídica, porque se trata de interpretación de la norma, lo relativo a fijar el sentido del artículo 60 de la Ley 63 de 1.936, para determinar si es necesario, en juicios distintos al de sucesión, hacer requerimiento para obtener el pago de peritos y, en consecuencia, valorar la prueba. La noción falsa o equivocada acerca del sentido de una ley no configura error de hecho.

5. La ley de instrumentos negociables puso especial cuidado en dos cuestiones que estimó fundamentales: en la presunción de autenticidad de las firmas y en el favor que concede al tenedor en debida forma, en cuanto

reputa que posee el instrumento libre de todo defecto en el título de las partes anteriores, libre de las excepciones que puedan proponer esas partes entre sí y, en fin, en la facultad de exigir el pago completo frente a todas las partes obligadas. Asimismo, dentro del criterio expuesto, protege a los terceros de buena fe que posteriormente intervengan en la negociación del instrumento.

6. El cargo por violación directa, o expresa, como dice la demanda, es ajeno a la discusión de los elementos probatorios del juicio. El campo de la controversia es el ámbito de la norma y la regulación de cuestiones cuya apreciación no se discute. Por tanto, afirmar la violación directa con fundamento en la diversa interpretación de la prueba es pecar contra la dialéctica que impone la naturaleza misma de la censura. Desde el momento en que el cargo se hace a través de la prueba, se excluye la violación directa, para encontrarse con la indirecta. De ahí que sea contrario a la índole del recurso el cargo que, al afirmar la violación directa, sostenga que ella se produjo por apreciación de pruebas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, dieciocho de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco).

1o. La sociedad "Compañía Bogotana de Teatros S. A.", en libelo presentado ante el Juzgado Tercero Civil de este Circuito, demandó por los trámites de la vía ordinaria al señor José E. Ramírez, para que se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera. Que el señor José E. Ramírez debe reintegrar o pagar a la sociedad demandante, la suma de diez mil quinientos treinta y cinco pesos con noventa y ocho centavos ($10.535,98), con sus intereses desde el día 20 de abril de 1.955 hasta el del pago o reintegro, a la tasa legal, suma ésta que cobró al hacer efectivo un cheque girado por la Sociedad, contra su cuenta Bancaria del Banco de Colombia abierta a nombre de "Teatro Aladino" y que resultó endosado a favor de Ramírez mediante la falsificación de las firmas del beneficiario "Fox Films", en aquella fecha; y las sumas de $2.303,67 y $2.973,58, cobradas al hacer efectivos otros dos cheques, en las mismas condiciones, y en la fecha aducida, con sus intereses desde ésta hasta el pago o reintegro, a la tasa legal.

"Segunda. Que el demandado Ramírez debe pagar o reintegrar a la sociedad la suma de $1.067,38, cobrada por aquél el día 6 de mayo de 1.955, al hacer efectivo un cheque girado por la sociedad a favor de Alvaro López Holguín y que resultó endosado mediante la falsificación de la firma de éste, al demandado, y sus intereses a la tasa legal desde aquella fecha hasta el día del pago o reintegro.

"Tercera. Que el demandado debe pagar las costas del juicio".

La causa de pedir está explicada de la siguiente manera:

La sociedad demandante giró los cheques a que se refieren las peticiones en favor de las personas allí indicadas y, "sin que sepamos quien fue el autor

material de dicha falsificación", lo cierto es que los cuatro cheques fueron endosados a favor del demandado Ramírez, mediante la falsificación de las firmas del Gerente de "Fox Films" y del doctor López Holguín. El demandado procedió a hacer efectivos esos cheques y recibió sus valores que fueron cargados a la cuenta de la Sociedad. Tanto el Gerente de "Fox Films" como López Holguín declararon bajo juramento, dentro del juicio de venta de Ramírez contra Marcos Gutt, que las firmas de los endosos no son las suyas. El recibo del dinero por parte de Ramírez carece de causa y de título legítimo. "Ramírez vino a enriquecerse con esas cantidades ilícita e indebidamente, a costa de la sociedad, siendo un claro enriquecimiento sin causa". "En el juicio de venta seguido por Ramírez contra Marcos Gutt, en el juzgado 2o. civil del circuito de Bogotá, antes referido, Ramírez cobró la 'totalidad' de la deuda en favor y a cargo de Marcos Gutt que en 'apariencia' existía en dos pagarés a cargo de éste y a favor de aquel, sin que hubiera habido, según sus afirmaciones, ningún abono a esas deudas". "Ramírez no le entregó a la Sociedad, ni a ninguno de sus representantes o Gerentes, el valor de esas sumas cobradas con los falsos endosos de tales cheques, ni parte de ellas siquiera".

Al contestar el libelo, el demandado dijo:

"....niego los hechos en que apoya el abogado del actor su demanda y solicito que el juicio sea abierto a prueba".

2o. El 30 de mayo de 1.959, se pronunció sentencia de primer grado, en que se condenó al demandado de conformidad con lo solicitado en el libelo. Este apeló y, el Tribunal, en fallo de segunda instancia, revocó la sentencia del juzgado, denegó las peticiones de la demanda, absolvió al demandado y condenó en costas al actor del juicio. De esta providencia interpuso recurso de casación la parte demandante.

3o. SENTENCIA DEL TRIBUNAL.

Dice el fallador:

"Se vio por la transcripción de las súplicas del libelo que ellas se dirigen a solicitar la condena del demandado al pago de las sumas relacionadas, por concepto de capital e intereses, sumas ingresadas al patrimonio de éste, según se afirma y provenientes del cobro de los cheques a que se alude en la demanda.

"Se afirma en los hechos tercero, cuarto y quinto del libelo que los cheques referidos fueron endosados a favor del demandado Ramírez mediante la falsificación de las firmas del Gerente de Fox Films y de López Holguín, ignorándose quién fue el autor material de la falsificación; que el demandado Ramírez procedió a hacer efectivos los cheques así endosados a su favor, habiendo recibido sus valores, los cuales fueron deducidos a cuenta de la Sociedad; que ese endoso en falso no podía transmitir válidamente el instrumento a Ramírez, y se hizo sin entregarle a los beneficiarios los cheques; que Ramírez recibió esas sumas de dinero en perjuicio de la sociedad porque los cheques nunca fueron entregados a los beneficiarios, y que el recibo del dinero por Ramírez carece de causa y de título legítimo.

"De acuerdo con la afirmación de los hechos enunciados y el contenido de las súplicas del libelo, se concluye que en el caso de este pleito se trata de un enriquecimiento sin causa o acción de in rem verso no prevista concretamente en

ningún texto legal pero aceptada como fuente de obligaciones por la jurisprudencia nacional y extranjera mediante el cumplimiento de ciertos requisitos".

Con fundamento en jurisprudencia de la Corte, concreta esos elementos así:

"1o. Que haya un enriquecimiento; 2o. Que se produzca un empobrecimiento correlativo; 3o. Que la ventaja patrimonial obtenida por el enriquecido carezca de causa; 4o. Que la persona que ejercita la acción de in rem verso carezca de otro medio o acción con base en una de las otras fuentes de las obligaciones o en los derechos absolutos; 5o. Que no se pretenda soslayar una disposición imperativa de la Ley". (XLIV. 474).

Al estudiar el cuarto requisito transcribe de la obra de Josserand, "Derecho Civil", el siguiente concepto:

"Es preciso que el demandante no tenga otro medio de obtener satisfacción; la acción de in rem verso tiene un carácter subsidiario; se exige que el enriquecedor no dispunga para recuperar su bien 'de ninguna acción procedente de un contrato o cuasicontrato, de un delito o cuasidelito'". (Obra citada. Tomo II. Volumen I. pág. 459).

Y concluye el Tribunal:

"Se ha visto que la sociedad demandante atribuye la falta de causa a que el endoso es anormal: falso en su entrega y en su firma; a una apropiación indebida de bienes ajenos; hechos todos constitutivos de delito de conformidad con el artículo 240 del C. P. y siendo esto así, el restablecimiento del equilibrio patrimonial tiene su vía en la acción penal con su paralela acción civil indemnizatoria prevista por el artículo 24 del C. de P. P. Todo lo cual indica que esta acción indemnizatoria era la adecuada para que la Compañía demandante obtuviera la pertinente satisfacción, y no la de in rem verso en virtud del carácter subsidiario de la misma.

"Queda, pues, evidenciado, que tampoco se configura el cuarto requisito de los necesarios para la prosperidad de la acción in rem verso.

"Faltando, como faltan, según lo visto, los requisitos segundo y cuarto, estima la Sala inoficioso entrar al estudio del quinto y último, ya que para la prosperidad de la acción se necesita la concurrencia de todos ellos.....".

4o. CARGOS CONTRA LA SENTENCIA

Contra ella se hacen cargos por errores evidentes de hecho y por errores de derecho. Agrupando los primeros, por razón de su similitud, se procede a su estudio.

Primer cargo.

Por error de hecho evidente en la interpretación de la demanda.

"Consideró el Tribunal que la demanda contenía, como única acción incoada, la de in rem verso, con base en un enriquecimiento sin causa (fol. 19 v. C. 3). Esta conclusión lo llevó a exigir que en el juicio se hubieran demostrado todos los requisitos de dicha acción y a la sentencia absolutoria por no haber encontrado dos de ellos debidamente probados.

"Pues bién: En la demanda se habló de enriquecimiento sin causa, en el hecho 9o., pero sin que esto significara que se estaba ejercitando la acción subsidiaria de in rem verso, porque en los otros hechos se puntualizó el sentido de la demanda, al afirmarse que Ramírez había cobrado los cheques sin ser tenedor verdadero, sin derecho alguno, con endosos falsos, sin que hubieran sido entregados jamás a los beneficiarios a cuyo favor habían sido girados, sin título legítimo. Es decir que Ramírez no pagó suma alguna por esos cheques (como lo confesó en posiciones) y que ese dinero no le pertenecía, por lo que debía reintegrarse a la sociedad. Todo esto significa, con meridiana claridad, que se demandó el pago de esos dineros, por haber sido cobrados los cheques indebidamente por Ramírez, lo que implica culpa grave o dolo, en perjuicio de la sociedad; e igualmente, que Ramírez recibió un pago de lo no debido, también en perjuicio de la sociedad.

"En las dos primeras peticiones de la demanda se dijo, expresamente, que Ramírez 'debe reintegrar O PAGAR' (en la 1a.) y 'debe PAGAR o reintegrar' (en la 2a.), las sumas allí indicadas".

Por causa de este error se dicen violados los artículos 25, 32, 34, 55, 57 y 61 de la Ley 46 de 1.923 y los artículos 2313, 2318, 2341 y 2343 del C. Civil.

Segundo cargo.

"Error manifiesto de hecho en la prueba del perjuicio sufrido por la sociedad demandante y su empobrecimiento.

"Hay una notoria contradicción en el análisis de las pruebas por el Tribunal: a) por una parte, al estudiar la 'personería de las partes o legitimación en la causa', acepta como plenamente demostrados, en razón de la inspección ocular, los certificados de los bancos, los libros de la sociedad y las declaraciones de Martín Afanador y de Bertha Maldonado, que la demandante era la dueña de las cuentas corrientes bancarias contra las cuales se giraron los cheques, que el dinero de ellas pertenecía a la demandante y concluye: 'Siendo lo anterior evidente, es manifiesto que todo lo concerniente a la cuenta de los Teatros Aladino Apolo y Atenas AFECTABA DIRECTAMENTE EL PATRIMONIO DE LA COMPAÑIA DEMANDANTE' (C. 3, fol. 18 v. y 19). b). Pero por otra parte, al estudiar el segundo requisito de la acción in rem verso, dice que no aparece demostrado el empobrecimiento de la demandante, no obstante que al estudiar el primer requisito de dicha acción, admite que existe confesión del demandado respecto a haber cobrado los cheques, a no haber pagado suma alguna a nadie por ese concepto y a haber recibido así un enriquecimiento y una ventaja patrimonial.

"El error manifiesto salta a la vista, porque tratándose de dinero, el hecho de que una persona reciba cierta suma que pertenece a otra, sin título, ni causa, ni derecho, produce automáticamente y sin que pueda existir lo uno sin lo otro, el enriquecimiento de la primera y el empobrecimiento de la segunda. Aceptar como probado lo primero y negar que lo esté lo último, encierra un manifiesto error de hecho".

Entra luego el recurrente en el estudio de las pruebas y termina indicando como disposiciones violadas las ya citadas de la Ley 46 de 1.923 y los artículos 2313 y 2318 del C. Civil.

Entre los cargos clasificados como error de hecho, figura el siguiente:

"Por otra parte, incurrió el Tribunal en violación indirecta del art. 60 de la ley 63 de 1.936, de lo cual acuso también la sentencia, como adición al presente cargo, al dejar de apreciar la prueba de peritos, por no aparecer el comprobante del pago o arreglo de los honorarios, sin que hubiera precedido requerimiento al efecto, debido a que creyó que existía en los autos. Esta violación es ajena al error de hecho en la apreciación de las otras pruebas y configura un error de hecho en la estimación de la prueba pericial, que lo condujo a la violación indirecta, por falta de aplicación, de las normas legales sustanciales que se acaban de citar y de la regla general de derecho expuesta, por los conceptos y razones ya indicados".

Para cerrar el capítulo dedicado a la impugnación de la sentencia por los errores aludidos, dice el recurrente:

"Por último, como la conducta de Ramírez al apropiarse indebidamente de dineros de la demandante, al cobrar los cheques sin haberlos recibido por valor alguno, ni de manos de los beneficiarios ni de la giradora, sin haber averiguado con aquellos ni con esta sobre tales instrumentos (cosa indispensable para quien obrara con elemental buena fe y con mínima prudencia, dadas las extrañas circunstancias del recibo por él de esos cheques, sin pagar valor alguno y de un tercero que ni siquiera menciona), demuestra una grave culpa y un dolo, que produjeron en la demandante el perjuicio de ver disminuido su patrimonio con el pago de esos cheques sin causa alguna, al desconocer la obligación de restituir tales dineros a la demandante, violó el Tribunal, como resultado de los mismos errores en la prueba, los arts. 2341, 2343, 2356 del C. Civil, que imponen esa obligación, por no haberlos aplicado. Violación indirecta, naturalmente".

5o. SE CONSIDERA:

a). El problema planteado en el recurso está destinado, en lo que toca a la interpretación de la demanda, a discutir sobre el contenido jurídico de la pretensión, pues, si para el Tribunal ésta es la de in rem verso, que tuvo por incompleta por falta de dos de sus condiciones y determinó la absolución del demandado, para el recurrente, no es esa la acción incoada, sino la de reintegro, o pago de una suma de dinero indebidamente cobrado por Ramírez. El punto es, por tanto, el de la calificación de la naturaleza jurídica de la pretensión.

Discriminar entre las múltiples acciones reconocidas por la ley, cual es la que el actor ejercita, es asunto de calificación por parte del sentenciador de las normas sustanciales que reconocen el derecho que trata de tutelarse por medio de la acción, tema eminentemente jurídico y ajeno a la cuestión de hecho. "Es factible que el Juez se equivoque al interpretar la demanda, sea por contraevidencia respecto a sus peticiones o hechos, o porque se confunda en relación con la naturaleza jurídica de la acción civil propuesta. En ambos casos, generalmente el error determina la violación de normas de derecho sustancial por aplicación indebida, ya que la litis se ha fallado con base en preceptos que no regulan el caso, y también por falta de aplicación de aquellas que regulan el punto cuestionado. Mas si en el primer caso la violación es indirecta, derivada de un error de hecho, puesto que se hace decir a la demanda algo que no dice o se deja de percibir algo que ostensiblemente dice, en el segundo la violación es directa, porque proviene de la equivocación en la

tipificación jurídica de la acción intentada, lo cual no se origina en la evidencia externa, sino en el yerro directo sobre las normas legales que deben actuar en la resolución del proceso". (XCII. 66).

Sería suficiente lo dicho para desechar el cargo, empero, es necesario afirmar que en el orden legal la acción in rem verso sanciona el pago de lo no debido, sin que sea pertinente hacer distinciones que no modifican la sustancia de la acción conducente a recobrar lo pagado sin causa o indebidamente dentro de los límites señalados en el Capítulo 2 del Título 33 del Libro Cuarto del Código Civil.

b). Cuando la demanda de impugnación asevera que hay una "notoria contradicción en el análisis de las pruebas", destruye su propia censura. Si el Tribunal no las supuso, ni las tergiversó, ni las ignoró, sino que se contradijo al estudiarlas, pudo incurrir en error de derecho, por equivocada apreciación del medio probatorio frente a las normas de la tarifa, pero no error evidente de hecho.

c). No es error de hecho evidente sino cuestión jurídica, porque se trata de interpretación de la norma, lo relativo a fijar el sentido del artículo 60 de la Ley 53 de 1.936, para determinar si es necesario, en juicios distintos al de sucesión, hacer requerimiento para obtener el pago de peritos y, en consecuencia, valorar la prueba. La noción falsa o equivocada acerca del sentido de una ley no configura error de hecho.

La parte final de los cargos por errores de hecho, entraña la discusión misma del problema que es objeto de la controversia judicial y, será motivo de estudio posterior, porque el cargo se repite como planteamiento de error de derecho.

6o. CARGOS POR ERRORES DE DERECHO.

Con fundamento en que la acción no es la de in rem verso, y que el Tribunal erró al calificarla como tal, la demanda sostiene que la sentencia incurrió en violación directa por falta de aplicación de los artículos 32, 34, 25, 55, 57 y 61 de la Ley 46 de 1.923, 2313, 2318, 2341, 2343 y 2356 del C. Civil, "por los motivos y conceptos que dejé explicados en el cargo anterior, ya que no se trató de ejercitar la acción de in rem verso.

"Pero si tuviera razón el Tribunal al interpretar la demanda como lo hizo y creer que se había ejercitado exclusivamente la acción de in rem verso, entonces la violación directa por falta de aplicación de la regla general de derecho que la consagra y del art. 8o. de la ley 153 de 1.887 que la fundamenta, sería patente, de lo cual acuso también a la sentencia. Lo mismo que la violación por indebida aplicación del art. 240 del C. P. y 24 del C. de P. P., que cita en ese aparte del fallo, puesto que sin haberse demostrado la falsedad de los endosos no es posible concluir que debían haberse ejercitado las acciones penal y accesoria civil dentro del proceso penal, que esos textos consagran.

"Además, la demanda se fundamenta principalmente en que Ramírez recibió los cheques sin pagar valor alguno, sin causa legal, por lo que no tenía derecho a cobrarlos ni a retener su valor, y, en cambio, la demandante tiene derecho a exigir su pago o reintegro (hecho 8o. de la demanda). De modo que con prescindencia de si hubo o no delito penal, las condenas son procedentes en razón de los textos legales citados y en vista de que el Tribunal acepta que se probó

plenamente el cobro de los cheques por Ramírez, que las cuentas bancarias eran de la sociedad, que aquél no pagó valor alguno por tales cheques a nadie y que fué indebido el enriquecimiento que recibió con tal dinero.

"No importa que los endosos hubieran sido auténticos, si no estaban destinados a transferirle el documento a Ramírez y a constituirlo tenedor. Esta observación, sumada a la confesión de Ramírez que prueba no solo la ausencia de todo pago y de todo derecho a recibir los cheques, sino el no haberlos obtenido de los beneficiarios ni del girador, pone de presente la absurda conclusión de absolverlo, en vez de imponerle la obligación de restituir esos dineros.

"No hubo, pues, endoso a favor de Ramírez y así resulta el cobro por él de los cheques no solo ilícito e inmoral, sino ilegal. Bastarían estas circunstancias para imponerle la obligación extracontractual de indemnizar el daño causado a la demandante con su conducta, con base en los arts. 2341, 2343 y 2356 del C. Civil, que resultan así violados por falta de aplicación; y para imponerle la obligación de reintegro, como un pago de lo no debido, conforme a los arts. 2313 y 2318 del mismo código, violados por igual motivo. Amén de que los textos citados de la ley 46 de 1.923 imponen el mismo resultado, al no autorizar ese cobro, ni la retención del dinero y al dejar a salvo los derechos del girador ante tales maniobras culposas y dolosas, por lo que su violación resulta igualmente".

7o. LA CORTE CONSIDERA:

a). Son los reparos anteriores variaciones al rededor del primer cargo, en el que se afirmó error del Tribunal en la interpretación del libelo iniciativo del juicio. Con tenacidad, el recurso pretende demostrar diversidad y aún antilogía entre la acción de pago de lo no debido y la de in rem verso, con el fin de configurar errores de hecho evidentes, en los cargos a este respecto y, errores de derecho, en lo que acaba de ser motivo de transcripción, para concluir que, como las acciones dichas son distintas y que la propuesta fué la de pago de lo no debido, el juzgador, al dar por establecida la de in rem verso, dejó de aplicar, violó las disposiciones de carácter sustancial citadas en la demanda de impugnación. Y aún se plantea por primera vez en casación la cuestión de culpa extracontractual imputable a Ramírez por haber cobrado los cheques, sin embargo de haber afirmado en la demanda que la parte demandante ignora o no sabe quien fue el autor material de las falsificaciones de esos instrumentos de pago.

El problema a que los cargos se refieren, ha sido motivo de estudio por la doctrina y la jurisprudencia que han afirmado que la acción de repetición por pago de lo no debido, es una especie del género de enriquecimiento sin causa, condicionada en su ejercicio a lo que el ordenamiento legal tenga establecido.

"En diversas ocasiones ha puntualizado la Corte su concepto sobre la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa, fuente de obligaciones en relación con los casos especiales de nuestro Código Civil en que aparece autorizada su aplicación, uno de ellos el pago de lo no debido, y ha determinado las condiciones y normas a que ha de someterse el ejercicio de las acciones correspondientes. No basta para dar aplicación judicial a esta teoría, que persigue siempre la restauración del equilibrio patrimonial con criterio de equidad, que exista de un lado un enriquecimiento, y del otro el empobrecimiento correlativo; es indispensable además que el desplazamiento patrimonial haya sido injusto o sin cau-

sa, y que la reparación no pueda obtenerse por otra vía, porque la acción de in rem verso tiene un carácter esencialmente subsidiario". (XLVII, 99).

Acontece que técnicamente y, en esencia, no existe diferencia entre el criterio del fallador y el del impugnante en cuanto a la naturaleza de la acción incoada; que la discrepancia es puramente nominal, en cuanto al modo de llamar la acción, nada más, y que, por lo tanto, si esta es la misma, con cualquier nombre que se la llame, los cargos por errores de derecho que a este aspecto se refieren, carecen de fundamento.

b). Para el Tribunal y, es ese otro de los fundamentos de su sentencia, no se probó la falsedad de las firmas de Fox Films y Alvaro López Holguín, beneficiarios de los cheques, lo que determinó sentencia adversa a las pretensiones de la actora. El recurrente sostiene que "como no se probó que los cheques hubieran sido entregados a sus beneficiarios, y por el contrario ellos lo negaron tácita, pero claramente, al desconocer y negar las firmas que como suyas aparecieron, lo que además se demostró con las declaraciones de la señora de Maldonado y el Sr. Afanador y con la confesión del demandado de no haber pagado nada por ellos a ninguno de tales beneficiarios y a nadie, no puede aplicarse la presunción de autenticidad a esas firmas y el Tribunal violó por mala interpretación el art. 4o. citado".

Para el artículo 4o. de la Ley 46 de 1.923, las firmas de los giradores, otorgantes, aceptantes, endosantes y demás partes que intervengan en los instrumentos negociables, se presumen auténticas, y, no necesitan ser previamente reconocidas para ejecutar las acciones respectivas. El que alegue la falsedad de ellas, debe probarla.

Cuando el instrumento esté en mano de un tenedor en debida forma, se lee en el artículo 19 de la citada ley, se presume que le ha sido entregado válidamente por todas las partes anteriores a él, las cuales quedan obligadas.

El artículo 55 define quien es tenedor en debida forma y enumera las condiciones del instrumento para efecto de la calificación del tenedor.

Todo tenedor, se presume serlo en debida forma, dice el artículo 61, en su primera parte.

La ley de instrumentos negociables puso especial cuidado en dos cuestiones que estimó fundamentales: en la presunción de autenticidad de las firmas y en el favor que concede al tenedor en debida forma, en cuanto reputa que posee el instrumento libre de todo defecto en el título de las partes anteriores, libre de las excepciones que puedan proponer esas partes entre sí y, en fin, en la facultad de exigir el pago completo frente a todas las partes obligadas. Asimismo, dentro del criterio expuesto, protege a los terceros de buena fe que posteriormente intervengan en la negociación del instrumento.

Por modo que cuando el Tribunal asienta que debió probarse por la demandante la falta de causa en el endoso, la falsedad en las firmas y la apropiación indebida de bienes ajenos, respetó los principios cardinales de la ley sobre instrumentos negociables y, además, los ordenamientos del Código Penal (240) y del C. de Procedimiento Penal (24), en cuanto esos hechos son delitos.

El cargo por violación directa, o expresa, como dice la demanda, es ajeno a la discusión de los elementos probatorios del juicio. El campo de la contro-

versia es el ámbito de la norma y la regulación de cuestiones cuya apreciación no se discute. Por tanto, afirmar la violación directa con fundamento en la diversa interpretación de la prueba es pecar contra la dialéctica que impone la naturaleza misma de la censura. Desde el momento en que el cargo se hace a través de la prueba, se excluye la violación directa, para encontrarse con la indirecta. De ahí que sea contrario a la índole del recurso el cargo que, al afirmar la violación directa, sostenga que ella se produjo por apreciación de pruebas como sucede con el que se acaba de estudiar.

RESOLUCION

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil-, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha veintiseis (26) de septiembre de mil novecientos sesenta y uno (1.961), proferida en el presente juicio ordinario de la Compañía Bogotana de Teatros S. A. contra José E. Ramírez, sobre pago de una suma de pesos.

Costas en casación a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y vuelva el expediente a la oficina de origen.

Enrique Coral Velasco. - José Hernández Arbeláez - Julián Uribe Cadavid. - Gustavo Fajardo Pinzón. - Enrique López de la Pava - Guillermo Ospina Fernández, Conjuez. - Ricardo Ramírez L., Secretario.

DISTINCION ENTRE LA RESTITUCION COMO CONSECUENCIA DIRECTA DE UNA ACCION DE NULIDAD Y LA REIVINDICACION EN FORMA AUTONOMA.

Discriminación de la nuda propiedad objeto de donaciones con reserva del usufructo. Incongruencia. Violación directa de la ley. Cuándo tiene lugar. Error de hecho y de derecho. No es dable alegarlos simultáneamente respecto de un mismo medio probatorio.

1. Es bien sabido que la incongruencia de un fallo radica en la parte resolutiva del mismo, y no en su motivación; como también, que no cabe la incongruencia cuando la decisión es absolutoria del demandado, en todas sus partes.

2. No hay inconveniente, para la discriminación del valor de la nuda propiedad que ha sido objeto de donaciones, que los peritos procedan mediante los cálculos sobre la probabilidad de supervivencia del donante que se reserva el usufructo, tomando en cuenta, además de sus condiciones personales, los índices o tablas de mortalidad tales como los adoptados por las compañías de seguros y aún la escala establecida por el artículo 18 de la ley 63 de 1.936.

3. Para los efectos de casación, la infracción directa de la ley sustantiva tiene lugar, cuando el sentenciador, contemplando las pruebas tales y como existen en el proceso, sin incurrir en error alguno en la apreciación de ellas y, por lo mismo, tomando el caso *sub judice* en su exacta realidad, deja de aplicarle el derecho sustancial que le corresponde, o se lo aplica torcidamente por errónea interpretación. O le aplica uno diferente. Entonces queda eliminada toda discusión sobre el material probatorio y sobre los hechos que este material suministra, como que lo que ocurre es que el juzgador, no obstante haber visto acertadamente la especie litigada, equivocó su tratamiento jurídico.

Por lo mismo, cuando en el recurso extraordinario se trata de violación directa de la ley sustancial, esto es, de su quebranto por fuera de todo defecto o falla de apreciación probatoria, el enjuiciamiento de la sentencia recurrida estriba en la confrontación de su texto con el derecho sustancial que se alega como infringido; y si sobre el resultado probatorio verificado por el juzgador, se advierte que éste dejó de aplicar o aplicó mal aquel derecho, sólo entonces podrá decirse que la censura por infracción directa es procedente.

4. No es dable acusar por error de hecho y de derecho simultáneos en la estimación de un mismo medio de prueba.

5. No sería procedente el conceder la reivindicación en forma autónoma del bien que ha sido objeto de un contrato nulo, cuando su restitución no se ha solicitado sino como consecuencia de la acción de nulidad propuesta que no prosperó.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, diez y ocho de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón)

Se decide el recurso de casación interpuesto por el actor contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, con fecha 26 de junio de 1.961, en el juicio ordinario seguido por Cecilio Sinisterra frente a Elena López de Sinisterra, Cerelda Sinisterra de Urdinola y Carlos Hernando Sinisterra.

- I -

EL LITIGIO

Por medio de la escritura número 2082 de 29 de octubre de 1.945, otorgada ante el Notario 3o. del Circuito de Cali, Cecilio Sinisterra hizo a sus menores hijos legítimos Cerelda y Carlos Hernando Sinisterra López, sendas donaciones, así: a la primera, de la nuda propiedad de una casa de habitación con su terreno correspondiente, situada en el sitio de "La Chanca" de la ciudad de Cali, distinguida con el número 14A 67-51 de la calle 5a.; y al segundo, de la nuda propiedad de una casa de habitación, situada en la misma ciudad, en el Barrio de "El Sindicato", distinguida con los números 4A-39 y 4A-27 de la carrera 14B. El donante dijo reservarse el usufructo de los mismos inmuebles por los días de su vida. Por parte de los menores aceptó tales actos su madre legítima, Elena López de Sinisterra.

Años después, mediante demanda de fecha 20 de enero de 1.958, Cecilio Sinisterra trajo a juicio a Elena López de Sinisterra, Cerelda Sinisterra de Urdinola y Carlos Hernando Sinisterra, en solicitud de las siguientes declaraciones:

Principalmente: A) que son absolutamente nulos, "por falta de consentimiento y ausencia de causa lícita", como "también por incapacidad absoluta de los donatarios", los contratos de donación que muestra la escritura número 2082 de 29 de septiembre de 1.945, de la Notaría 3a. de Cali, en que el actor, reservándose el asufructo, dijo donar a los demandados Cerelda y Carlos H. Sinisterra la nuda propiedad de los inmuebles allí determinados;

B) que, consecuencialmente, se ordene la cancelación de tal escritura y su registro;

C) que los demandados deben pagar al demandante el valor de los usufructos (sic) de esos inmuebles, así: Carlos Hernando Sinisterra, el de los altos de la casa número 4A-27 de la carrera 14B, a razón de $250.oo mensuales, a partir del 7 de marzo de 1.957; y todos los demandados solidariamente el de la casa número 14A-67 de la calle 5a., a razón de $200.oo mensuales, a partir del 29 de septiembre de 1.945, y en ambos casos hasta cuando se haga la respectiva restitución total;

D) que los demandados deben restituir al demandante los inmuebles que usufructúan y poseen materialmente, o sea el número 14A 67-51 de la calle 5a. y los altos o segunda planta del distinguido con los números 4A-39 y 4A-27 de la carrera 14B;

E) que, "como consecuencia natural y lógica de las nulidades decretadas, el demandante Sr. Cecilio Sinisterra es dueño absoluto con derecho a la nuda propiedad y usufructos de los inmuebles materia de esta demanda, y por lo tanto tiene personería para reivindicar a su favor los que poseen los demandados de mala fe"; y

F) que éstos deben solidariamente pagar las costas del juicio.

Subsidiariamente: a) Que son nulas las donaciones hechas por el actor a favor de Cerelda y Carlos Hernando Sinisterra "en cuanto exceden de la suma de dos mil pesos ($2.000.oo) a cada donante, por no haberse insinuado judicialmente";

b) que se ordene la cancelación de tal escritura y su registro en lo pertinente; y

c) que "como consecuecia de las dos declaraciones subsidiarias que anteceden, se hagan las mismas declaraciones determinadas como principales en las letras C), D), E) y F) de la parte petitoria de esta demanda".

Como HECHOS informativos de la causa petendi, además del otorgamiento de la referida escritura número 2082 de 29 de septiembre de 1.945, con las circunstancias al principio anotadas, se alegan los siguientes:

Que el actor, en ningún momento tuvo intención de donar a sus hijos la nuda propiedad de los inmuebles, ni los donatarios tuvieron intención de aceptar la donación, máxime siendo éstos incapaces por razón de la edad, en especial Carlos Hernando quien era impuber (3o.);

que "lo único exacto fue que el Sr. Cecilio Sinisterra quiso hacer en favor de sus citados hijos únicamente una escritura de confianza, pero sin intención de transferir su dominio a ningún título" (4o.);

que "por lo tanto las donaciones aludidas no son en realidad tales, por falta de consentimiento, y por no tener ninguna causa, es decir carecer de ésta" (5o.);

que en la misma escritura se dijo que "el valor de la casa donada a la menor Cerelda Sinisterra era de $900.oo" y "que el valor de la casa donada a Carlos Hernando Sinisterra, menor impuber, era de mil novecientos pesos", no siendo verdadero ni lo uno ni lo otro, pues, el 29 de septiembre de 1.945, tales casas valían, por lo menos, $15.000.oo la primera y $30.000.oo la segunda (6o. y 7o.);

que, a pesar de que en la escritura número 2082 se manifestó que el donante se reservaba el derecho de usufructo durante su vida, es el caso que aprovechando una ausencia suya, Carlos Hernando Sinisterra tomó para sí el usufructo de la segunda planta o altos de la casa número 4A-27 de la carrera 14B, planta de que éste disfruta desde el 7 de marzo de 1.957, habiéndola dado en arrendamiento al señor Bernardo Alvarez, quien le paga como cánon mensual del mismo la suma de $250.oo (9o.);

que asimismo, los demandados Elena López de Sinisterra, Cerelda y Carlos Hernando Sinisterra usufructúan la casa números 14A-67-51 de la calle 5ª., habitando en ella desde el día 29 de septiembre de 1.945, sin reconocerle al actor suma alguna por el goce de esta finca, el valor de cuya renta en ningún caso baja de $ 200.oo mensuales (10o. y 11o.); y

que, "Por lo tanto el demandado Carlos Sinisterra tiene posesión material y usufructúa en su exclusivo provecho la segunda planta de la casa No. 4A-27 de la carrera 14B", y "los demandados Elena de Sinisterra, Carlos Hernando Sinisterra y Cerelda S. de Urdinola están poseyendo real y materialmente el inmueble No. 14A-67 de la calle 5ª..... y lo usufructúan en su propio beneficio, viviendo en tal inmueble" (12o.).

Como DERECHO sustancial, se invocaron por el actor los artículos 1502, 1741, 1458, 946, 964 y 1494 del Código Civil.

En su contestación al libelo, los demandados dijeron no negar ni afirmar unos hechos, negaron positivamente otros y aceptaron tener la posesión material a que se refiere el punto décimosegundo de los mismos hechos.

La primera instancia terminó con fallo por el cual se resolvió: 1o. absolver a los demandados, de los cargos formulados en la demanda principal; 2o. declarar nulas de nulidad absoluta las donaciones contenidas en la escritura número 2082 de 29 de septiembre de 1.945, de la Notaría 3a. de Cali, en cuanto cada una exceda de dos mil pesos; 3o. ordenar la cancelación de la misma escritura, en lo pertinente; 4o. disponer la comunicación de lo resuelto al Notario y Registrador respectivos; 5o. no haber lugar a ordenar el pago de frutos; 6o. no haber lugar a ordenar la restitución de los inmuebles donados; 7o. declarar que el demandante Cecilio Sinisterra es dueño absoluto con derecho a la nuda propiedad y usufructo de los inmuebles materia de la donación, en el mayor valor de dos mil pesos de cada bien donado, sin que haya lugar a ordenar la restitución de dichos inmuebles.

Por apelación de ambas partes, abrióse el segundo grado de la causa, el que culminó con la sentencia del Tribunal Superior de Cali, de fecha 26 de junio de 1.961, por la cual se decide el pleito así: PRIMERO. "CONFÍRMANSE los puntos PRIMERO, QUINTO y SEXTO de la parte resolutiva de la sentencia apelada; SEGUNDO. REVÓCANSE los puntos SEGUNDO, TERCERO, CUARTO y SEPTIMO de la misma sentencia y en su lugar se niegan los pronunciamientos correspondientes".

Entra la Corte a ocuparse del recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal por el litigante vencido.

-II-

LA SENTENCIA RECURRIDA

En dos partes, relativas una al pedimento principal y otra al subsidiario, divide el Tribunal sus consideraciones.

A) En lo tocante con la pretensión principal, dice que se dirige "a obtener la nulidad absoluta del contrato contenido en la escritura pública No. 2082 del 29 de septiembre de 1.945, de la Notaría 3a. de Cali, debidamente registrada, por falta de consentimiento del donante, ausencia de causa lícita e incapacidad abso-

luta de los donatarios"; y agrega que, según la causa petendi, el demandante "nunca tuvo la intención de donar la nuda propiedad de los inmuebles a sus hijos, ni éstos tuvieron la intención de aceptar, pues el fin perseguido era hacer una escritura de confianza, sin ánimo de transferir el dominio a ningún título, más aun si se tiene en cuenta que los donatarios eran menores de edad y no tenían ninguna capacidad para aceptar".

En relación con todo lo cual, el sentenciador discurre así: que "Al estudiar las pruebas presentadas por la parte actora, no hay en ellas dato siquiera indiciario que tienda a acreditar la inexistencia del animus donandi y la intención de realizar un negocio simulado. Por el contrario, todos los elementos del proceso confluyen a establecer el acto o contrato de donación. Los demandados al responder el pliego de posiciones, afirmaron la seriedad del acto. Aparece del contexto mismo de la escritura, el espíritu de liberalidad; la persistencia a lo largo de muchos años del enriquecimiento o ventaja patrimonial de los donatarios, que sólo se quebranta con este juicio, más de diez años después de celebrada la donación. Hay en el proceso indicios del nacimiento de una situación conflictiva entre el donante de un lado y su esposa e hijos del otro que seguramente dió origen al presente litigio lo cual afirma la seriedad del negocio en la época en que se hizo. Por lo demás, en la donación es causa suficiente de la obligación la pura liberalidad al tenor del art. 1443 del C. C. en armonía con el art. 1524 ibidem. Ningún medio probatorio establece, pues, que la donación no fue un acto real sino simulado y en consecuencia debe desestimarse la demanda por este aspecto".

B) En lo atinente a la pretensión subsidiaria, que el Tribunal considera encaminada a impugnar la validez de las donaciones, en cuanto no fueron insinuadas en lo que cadaúna excede de $ 2.000.oo, sus razonamientos pueden sintetizarse así:

Que la acción en este sentido intentada es la de nulidad absoluta, al tenor del artículo 1741 del C. Civil., por omisión de una formalidad que la ley prescribe para el valor del acto en consideración a su naturaleza; pero que "advierte una grave deficiencia en las pruebas que ocasiona la desestimación de la acción subsidiaria".

"En efecto, -dice- el objeto donado no son los inmuebles que aparecen determinados y avaluados en su totalidad en el dictamen pericial. El bien materia de la donación es exclusivamente su nuda propiedad. Y como los dos objetos -el bien raíz en la conjunción de usufructo y la nuda propiedad y ésta aisladamente considerada-, tienen un valor diferente, lo que debió establecerse fué el valor de lo donado, pero se desvió la tarea probatoria hacia un cometido ajeno a la naturaleza y a los fines de este proceso, cuándo se hizo un avalúo técnico y muy bien fundado de los inmuebles en el supuesto de que en la donación se incluía el goce de las cosas, precisamente el factor que las hace fácilmente comerciables.

"Ni siquiera la pieza pericial discriminó el valor de la nuda propiedad en la época del negocio, pero la prueba venía determinada en su alcance y contenido en virtud de las peticiones hechas al respecto por las partes.

"Se ignora, pues, el fundamento principal de la acción, a saber: el valor del objeto donado en la fecha del acto. Y la Sala no podría deductivamente

obtener ese resultado a través del dictamen, porque la evaluación de la nuda propiedad constituye labor sumamente compleja y requiere el auxilio de expertos en la materia.

"Obsérvese que el usufructo se constituyó a favor del donante durante toda su vida; que ese hecho imponía a los donatarios la imposibilidad del goce del bien, y que, consiguientemente, quedaba rigurosamente limitada la comerciabilidad de la nuda propiedad".

Y luego de traer a cuento algunas consideraciones sobre carácter aleatorio de la enajenación de la nuda propiedad con reserva del usufructo, concluye así:

"Estudiado el problema desde este punto de vista advertimos que la parte actora no demostró en los autos que el valor de lo donado -nuda propiedad-, excediera de los dos mil pesos. Es más, atendida la naturaleza de la nuda propiedad, su muy difícil comercio y el alea implícito en su negocio, debe entenderse que el valor que las partes convienen en el contrato, es su valor real, a menos que una prueba fidedigna demuestre lo contrario. La Sala de Decisión observa que esta prueba no se adujo; porque la aportada es inconducente y afronta el avalúo de un bien distinto del que dió origen al proceso. En consecuencia debese estar al contenido de la escritura 2082 de 1.945 de la Notaría 3a. de Cali y por ello el acto resulta lícito y plenamente válido".

-III-

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

El impugnante presenta su acusación en dos capítulos, destinados uno a la causal primera y otro a la causal segunda de casación.

Cargo por la causal segunda. Lo hace consistir en que el Tribunal no consideró "la petición sobre reconocimiento y restitución de usufructos (sic)", de donde el acusador infiere que, violando directamente el artículo 471 del C. J. e indirectamente el 593 ibídem, "la sentencia recurrida no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, como que no se estudió nada respecto a la tercera y cuarta petición de la demanda". E insistiendo en esta idea, agrega que "no se somete a duda que si el Tribunal hubiese tomado en consideración las peticiones relativas a 'usufructo' y su 'restitución', habría hecho las declaraciones allí impetradas...".

SE CONSIDERA:

Es bien sabido que la incongruencia de un fallo radica en la parte resolutiva del mismo, y no en su motivación; como también, que no cabe la incongruencia cuando la decisión es absolutoria del demandado, en todas sus partes.

En el presente caso, el Tribunal confirmó los puntos primero, quinto y sexto de la resolución del inferior, denegatorios de la demanda principal y de las súplicas de la subsidiaria sobre pago de frutos y restitución de los inmuebles; revocó los puntos segundo, tercero, cuarto y séptimo en que se concedían las demás peticiones del libelo relacionadas con la materia misma del litigio, y agregó: "en su lugar se niegan los pronunciamientos correspondientes". Es decir, que

la sentencia del Tribunal resulta completamente absolutoria de la parte demandada, lo que de por sí elimina toda posibilidad de inconsonancia. El hecho de que hubiera guardado silencio sobre el punto octavo, por el cual se condenó en costas a los demandados, no trasciende al recurso, tanto porque la cuestión de costas, dada su índole accesoria, no da base al mismo, como por ser ajena a la incongruencia, que sólo puede ocurrir respecto de las pretensiones deducidas sobre la sustancia del pleito.

Es así inadmisible la acusación por este motivo.

Cargos por la causal primera. No obstante el epígrafe de "Primer Cargo" con que se encabeza el capítulo tocante con esta causal, es lo cierto que en él se reunen tres motivos, así: uno, planteado en segundo término, destinado a atacar la sentencia recurrida, en cuanto se abstuvo de declarar la nulidad absoluta de las donaciones referidas, en lo que cada una excedió del valor de dos mil pesos; y los otros, o sea el primero y el último, encaminados a impugnar el fallo en cuanto le negó al demandante la reivindicación del derecho de usufructo que éste se había reservado sobre cada uno de los inmuebles en referencia.

En el orden que se acaba de esbozar, se estudiarán estos reparos, por razón de lógica.

a) El primero de los cuales, a través de lo confuso de su exposición, puede concretarse en lo sustancial así:

Que, para el Tribunal, "como los dos objetos -el bien raíz en la conjunción de usufructo y la nuda propiedad, y ésta aisladamente considerada-, tienen un valor diferente, lo que debió establecerse fue el valor de lo donado, pero se desvió la tarea probatoria hacia un cometido ajeno a la naturaleza y a los fines de este proceso, cuando se hizo un avalúo técnico y muy bien fundado de los inmuebles en el supuesto de que en la donación se incluía el goce de las cosas, precisamente el factor que las hace fácilmente comerciables";

que "Los peritos que intervinieron en el juicio, como puede verse en su concepto que corre a fls. 27 a 33 fte. del cuaderno No. 3o. avaluaron el valor de los usufructos de cada inmueble y además el valor de éstos, en el día 29 de septiembre de 1.945, para concluir que el inmueble de la calle 5a. No. 14A-67 tenía a la época de la donación un valor de $5.201.65 m. c.; y el inmueble 4 A-27/39 de la carrera 14B., tenía en esa misma época un valor de $9.808.oo m/cte.-, precios estos que se dió a los inmuebles teniendo en cuenta las modalidades de las donaciones puntualizadas en la escritura 2082 tantas veces citada, como aparece al fundamentar y explicar el porque de sus apreciaciones";

que, entonces, la sentencia del Tribunal es violatoria del artículo 1458 del C. C., ya que de acuerdo con esta norma la donación entre vivos que no se insinuare, solo tendrá efecto hasta el valor de dos mil pesos, y será nula en el exceso;

que, en el caso, hay aplicación errónea de la norma citada, en cuanto "la cosa donada son los inmuebles mismos" y cada uno de éstos fue estimado por los peritos en valor que excedió en mucho a dos mil pesos; que, según al artículo 722 del Código Judicial, el dictamen uniforme de dos peritos sobre los hechos sujetos a los sentidos, hace plena prueba en lo que expongan según su arte, profesión u oficio, sin lugar a la menor duda, por lo cual "si en los autos aparece como se ha dicho, el dictamen sobre el valor de los inmuebles donados en el mo-

mento en que se celebró el contrato de donación referido, no se ve la razón para que el Tribunal haya desestimado dicho dictamen pericial so pretexto de que la citada prueba pericial aducida no es la pertinente para el caso controvertido .... Existe en este caso, error de derecho por parte del Tribunal por haber interpretado erróneamente la prueba pericial referida tal como se ha observado a través de esta demanda. De allí que la sentencia recurrida sea violatoria de las normas sustantivas indicadas en los arts. 1458 del C. C y 722 del C. J.".

En el cuerpo de esta alegación se intercala una crítica al hecho de que el sentenciador, al desestimar la prueba pericial, hubiese traído a cuento alguna doctrina sobre el carácter aleatorio del contrato de venta de la nuda propiedad. En relación con lo cual, dice el impugnante "que en el caso a estudio no se trata del contrato de venta entre el donatario y un tercero comprador de la nuda propiedad y por lo mismo es evidente que el Tribunal violó también en forma directa por falta de aplicación el artículo 838 del C. Civil", según el cual no es lícito al propietario hacer, sin el consentimiento formal del usufructuario, cosa alguna que lo perjudique en el ejercicio de sus derechos, por lo que en el caso del pleito se debió disponer la entrega al demandante de los inmuebles donados para que pudiera ejercitar todos sus derechos en ellos; y que esto mismo llevó al Tribunal a infringir en forma directa, por falta de aplicación, el artículo 840 ibidem que reconoce al usufructuario de un inmueble el derecho de percibir sus frutos naturales, incluso los pendientes al tiempo de deferirse el usufructo.

SE CONSIDERA:

No aparece desvirtuada la afirmación del sentenciador de que lo avaluado fueron los inmuebles mismos, pero no la nuda propiedad de éstos, nuda propiedad que fue la materia propia de las donaciones de que se trata.

Al respecto, dijo el Tribunal que se desvió la tarea probatoria, "cuando se hizo un avalúo técnico y muy bien fundado de los inmuebles", como si en la donación se incluyese el goce de las cosas, pero que la pieza pericial no discriminó el valor de la nuda propiedad en la época del negocio; que "Se ignora, pues, el fundamento principal de la acción, a saber: el valor del objeto donado en la fecha del acto. Y la Sala no podría deductivamente obtener ese resultado a través del dictamen, porque la evaluación de la nuda propiedad constituye labor sumamente compleja y requiere el auxilio de expertos en la materia".

En efecto, leído con detención el referido dictamen pericial, que fue rendido acorde y conjuntamente por los peritos principales y se sometió al conocimiento de las partes sin que hubiese recibido objeción o tacha alguna, se encuentra que los peritos se concretaron a avaluar cada inmueble en la plenitud de su ser económico, sin hacer estimación separada de la nuda propiedad. Tampoco estimaron el usufructo en sí mismo considerado, esto es, como desmembración del dominio, pues si bien el dictamen trae un capítulo intitulado "Avalúo del usufructo", todo él versa sobre los frutos civiles o renta que han podido producir la casa números 14A-67/51 de la calle 5a., a partir del 29 de septiembre de 1.945, y los altos de la casa número 4A-27 de la carrera 14B., a partir del 7 de marzo de 1.957. Todo lo cual es bien distinto de hacer el avalúo, que no efectuaron los peritos, del usufructo, como entidad jurídico-eco-

nómica, para el día de las donaciones, lo que hubiera permitido, por vía consecuencial, deducir el valor, en ese día, de la nuda propiedad de cada uno de los inmuebles en referencia.

Ciertamente, para la discriminación del valor de la nuda propiedad que fue objeto de cada una las donaciones dichas, los peritos hubieran podido proceder mediante los cálculos sobre la probabilidad de supervivencia del donante que se reservó el usufructo, tomando en cuenta, además de sus condiciones personales, los índices o tablas de mortalidad tales como los adoptados por las compañías de seguros y aún la escala establecida por el artículo 18 de la ley 63 de 1.936, para la descomposición del valor de los elementos de la propiedad en materia de asignaciones testamentarias. Pero nada de esto ocurrió en el caso de que se trata, en que los expertos se redujeron a calcular el valor de la plena propiedad de cada uno de los inmuebles en referencia y a estimar su renta, según lo dicho.

Así las cosas, no habiéndose demostrado que la nuda propiedad, objeto de cada una de las donaciones, excediera del valor de dos mil pesos, el Tribunal no tenía base para declarar la nulidad de ellas en parte alguna de su valor, las que en el acto de su otorgamiento fueron estimadas, en novecientos pesos la hecha a Cerelda Sinisterra López y en mil novecientos pesos la hecha a Carlos Hernando Sinisterra López.

Quiere, pues, decir que no violó el sentenciador los artículos 722 del C. J. y 1458 del C. Civil como tampoco los artículos 838 y 840 ibídem, pues, aún en la hipótesis -que se desecha- de que hubiera desestimado desacertadamente la acción de nulidad contemplada, mal hubiera podido infringir estos dos últimos preceptos, ajenos a la cuestión de invalidez de la enajenación de la nuda propiedad.

La censura es, por lo tanto, inelicaz.

b) El primero de los cargos en relación con la negativa del sentenciador a la reivindicación del usufructo de los inmuebles de que se trata, se hace consistir en la violación directa por falta de aplicación de los artículos 823, 946 y 948 del Código Civil, en cuanto, estando demostrado -según dice el recurrente- que los demandados tienen, sin derecho que los respalde, la posesión material de los inmuebles, el Tribunal se abstuvo de condenarlos a la restitución de los mismos y de sus frutos al demandante, "quien como titular del derecho de usufructo tiene derecho de gozarlos mientras viva conforme a la reserva que hizo a su favor cuando otorgó la escritura 2082 tantas veces citada".

SE CONSIDERA:

Para los efectos de casación, la infracción directa de la ley sustantiva tiene lugar, cuando el sentenciador, contemplando las pruebas tales y como existen en el proceso, sin incurrir en error alguno en la apreciación de ellas y, por lo mismo, tomando el caso sub judice en su exacta realidad, deja de aplicarle el derecho sustancial que le corresponde, o se lo aplica torcidamente por errónea interpretación, o le aplica uno diferente. Entonces queda eliminada toda discusión sobre el material probatorio y sobre los hechos que este material suministra, como que lo que ocurre es que el juzgador, no obstante haber visto acertadamente la especie litigada, equivocó su tratamiento jurídico.

Por lo mismo, cuando en el recurso extraordinario se trata de violación directa de la ley sustancial, esto es, de su quebranto por fuera de todo defecto o

falla de apreciación probatoria, el enjuiciamiento de la sentencia recurrida estriba en la confrontación de su texto con el derecho sustancial que se alega como infringido; y si sobre el resultado probatorio verificado por el juzgador, se advierte que éste dejó de aplicar o aplicó mal aquel derecho, sólo entonces podrá decirse que la censura por infracción directa es procedente.

No es esto lo que ocurre en la órbita del cargo que se ventila. El Tribunal dedicó completamente la parte considerativa de la sentencia al estudio de las acciones de nulidad propuestas en forma principal y subsidiaria y, no encontrándolas pertinentes, desechó las demás peticiones, las que trató como consecuenciales de las primeras. Pero el Tribunal no se ocupó para nada de la posesión que -dice el demandante- tienen los demandados de las fincas cuya restitución aquél pretende, ni contempló prueba alguna relativa a tal extremo, ni al desalojamiento o pérdida que el actor alega haber sufrido de esa posesión, ni a su titularidad para reclamarla, porque dados los términos del petitum, así en lo principal como en lo subsidiario, el sentenciador tenía que entender que la restitución o entrega de posesión de las fincas fue solicitada por el demandante como una consecuencia de las acciones de nulidad deducidas en el libelo, dependiente de la suerte de éstas, pero no como acción autónoma de reivindicación del usufructo (art. 948 C. Civil) que hubiera sido acumulada a las primeras y que no fue objeto de este debate. Así las cosas, no se ve que entre la decisión y el planteamiento que estructuran la sentencia, haya quiebra alguna directa del derecho sustancial.

Se desestima, pues, el reparo.

c) El último de los cargos de que se trata está propuesto textualmente así:

"Es importante relievar aquí que el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en la sentencia acusada hizo caso omiso de pruebas producidas en forma legal, y esa falta de consideración lo llevó necesariamente a violar el art. 606 del C. J.

"Digo lo anterior, porque el Tribunal no tuvo en cuenta la prueba de confesión de los demandados, quienes al absolver cada uno en pliego por separado, las posiciones propuestas, en forma directa y plena confesaron poseer y usufructuar con exclusión del donante Sr. Cecilio Sinisterra, los inmuebles materia de la donación y de reserva del usufructo.

"Nada dijo el Tribunal sobre dicha prueba que él la ignoró lamentablemente, y esto lo llevó a violar, por error de hecho, la norma sustantiva consignada en el citado art. 606 del C. J. según el cual debe tenerse como plena prueba la confesión judicial que alguna de las partes haga en juicio. A este respecto, ha dicho la Corte: 'Hay error de hecho cuando se pasa sobre una prueba decisiva sin considerarla siquiera, como si no hubiese sido producida' (Casación T. LXXI, Nos. 2110-2111).

"Este error de hecho condujo necesariamente al Tribunal a violar normas sustantivas del código civil que dejó de aplicar con detrimento de los derechos del demandante, normas consignadas en los mismos artículos 823 y 946 del código civil, los que fueron violados directamente, como se dijo antes, por falta de aplicación".

SE CONSIDERA:

Fuera del defecto consistente en acusar por error de hecho y de derecho simultáneos en la estimación de un mismo medio de prueba, y de que en la hipó-

tesis de que se hubiese intentado la acción reivindicatoria propiamente dicha el ataque no sería por sí solo suficiente a demostrar el quebranto de los textos rectores de esta acción, que se configura con el concurso de varios presupuestos, el cargo en todo caso tendría y tiene que desecharse por lo expuesto al despachar el inmediatamente anterior, en cuanto la censura toca con una acción que no fue deducida en el juicio o sea la reivindicatoria autonómicamente considerada, pues, se repite, la restitución de las fincas sólo se pidió como consecuencia de las acciones de nulidad propuestas, las que fueron denegadas y en relación con lo dispuesto sobre la principal de las cuales no se hizo ataque alguno a la sentencia, y la acusación hecha relativamente al rechazo de la subsidiaria resultó ineficaz, como atrás quedó establecido.

No prospera, pues, el cargo.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintiséis (26) de junio de mil novecientos sesenta y uno (1.961), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Sin costas en el recurso, por no haberse causado.

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

Arturo C. Posada. - Gustavo Fajardo Pinzón. - Enrique López de la Pava. - Enrique Coral Velasco - José Hernández Arbeláez - Julián Uribe Cadavid - Ricardo Ramírez L., Secretario.

REIVINDICACION. LA IDENTIDAD DE LA COSA NO REQUIERE PRUEBA ESPECIFICA

Casación. En el recurso no es de recibo la crítica global del problema probatorio. Errores de hecho y de derecho. En qué consisten. Poderes discrecionales del sentenciador en la apreciación de la prueba pericial.

1. En casación no es dable acusar a través del planteamiento global del problema probatorio (arts. 520 ord. 1o., 531 C. J.).

2. Si, en materia probatoria, el error de hecho cosiste en la falsa noción que el juzgador se forme sobre la objetividad de una prueba, ya porque omite ver la que existe en el proceso, ya porque supone como presente la que en realidad no existe en él, hipótesis esta última en que cabe la ocurrencia de que el sentenciador le haga decir a una prueba lo que ésta no expresa; y si el error de derecho consiste en que, no obstante haber visto el fallador un medio probatorio con acierto objetivo, vale decir tal como se muestra en el juicio, con todo en el momento de valorarlo, esto es de ponderar su legal eficacia probatoria, o bien le niega el mérito que la ley le concede o bien le atribuye el que ésta no le reconoce, es lógico que no puede hacerse de estos dos errores un compuesto como el que hizo el recurrente, para del error de hecho propuesto por punto de partida del cargo derivar al yerro de valoración como motivo de la transgresión del derecho sustancial. En el medio o lo uno o lo otro, pero no esto como transformación de lo primero.

Quiere decir que el recurrente, como acusador que es de la sentencia de segunda instancia, está obligado a proponer cada cargo en forma concreta, completa y exacta, para que la Corte, situada dentro de los términos de la censura y en congruencia con éstos, pueda decidir el recurso, sin tener que moverse oficiosamente a completar, modificar o recrear la acusación planteada sin acierto, lo cual no entra en sus poderes

3. En lo atinente al reparo por indebida apreciación de la fuerza probatoria del dictamen pericial, mientras no esté demostrado que el sentenciador vió el dictamen pericial de manera distinta a como aparece producido, incurriendo en su apreciación en arbitrariedad manifiesta, el juicio que sobre el mismo haya podido formarse goza de la presunción de acierto y debe ser respetado.

4. Como lo tiene enseñado la doctrina, la identificación de predios, en juicios de reivindicación, no exige una prueba específica, aunque al efecto sea muy adecuada la de inspección ocular, por lo cual la convicción acerca de tal identificación puede producirse también por medio de otras pruebas, co-

mo la confesión, declaraciones de testigos, contenido de escrituras, etcétera (Casa. 21 agosto 1.935, XLII, 1900, pág. 375; 8 octubre 1.935, XLIII, 1905-1906, pág. 174; 4 junio 1.959, XC, 2211-2212, pág. 612).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, veintisiete de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de segunda instancia, de fecha 22 de agosto de 1.961, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en el juicio ordinario seguido por "Textiles Samacá S. A." frente a Pedro Neisa y Emiliano Rodríguez.

- I -

EL LITIGIO

"Textiles Samacá S. A." trajo a juicio ordinario a Pedro Neisa y Emiliano Rodríguez en solicitud de las siguientes declaraciones y condenas:

1o. Que la nombrada compañía es dueña de un inmueble denominado "El Alcazar", que forma parte de la hacienda "El Rabanal", situada en la vereda de Salamanca, de la jurisdicción de Samacá, y determinado por los linderos que en el mismo punto se indican;

2o. que, en consecuencia, se condene a los demandados a restituir a la entidad actora, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, el lote de terreno materia de la reivindicación;

3o. que se les condene igualmente a pagar a la misma sociedad los frutos naturales y civiles percibidos o que hayan podido percibir con mediana inteligencia y cuidado; y

4o. que se imponga a los demandados el pago de las costas procesales.

La reseña de los HECHOS fundamentales de la acción se compendia así:

Que la compañía "Textiles Samacá S. A.", constituida por la escritura número 2033 de 8 de mayo de 1.954, de la Notaría 7ª. de Bogotá, adquirió, por aporte que mediante esta escritura le hizo la "Compañía Samacá S. A.", la finca denominada "El Rabanal", cuyos linderos se expresan en la misma narración;

que el lote de terreno, objeto de la reivindicación, especificado en el punto primero de las peticiones del libelo, hace parte de la referida finca de "El Rabanal";

que esta finca había sido adquirida en mayor extensión por la compañía "Samacá S. A.", por compra a Francisco J. Fernández, mediante la escritura número 404 de 14 de febrero de 1.927, otorgada en la Notaría 1ª. de Bogotá;

que Francisco J. Fernández adquirió la finca de "El Rabanal", que hace parte de otra de mayor extensión denominada "La Siberia", por compra a José A. Fandiño, según la escritura número 2346 de 6 de octubre de 1.926, de la misma Notaría; y Fandiño había adquirido por compra a Leopoldo Borda M. mediante la escritura número 2305 de 1º. de octubre de 1.926, de la misma Notaría;

que "Textiles Samacá S. A." es actualmente poseedora inscrita de la finca "El Rabanal" y, por consiguiente, tiene el derecho de propiedad sobre ella;

que los demandados Pedro Neisa y Emiliano Rodriguez son poseedores materiales del lote alindado en la parte petitoria de la demanda, con posesión no superior a seis años;

que la compañía "Samacá S. A." fue poseedora del lote que se reivindica hasta el año de 1.949; y

que la posesión de los demandados ha sido de mala fe, habiendo ellos pretendido crearse por sí mismos un titulo de dominio.

En DERECHO dijo fundarse la demanda en los articulos 946 y siguientes del C. Civ.

En la contestación al libelo, formulada por parte de Emiliano Rodríguez y a que adhirió la de Pedro Neisa, se acepta como cierto que "el demandado posee el fundo pretendido reivindicar en copropiedad con otro demandado, con el carácter de verdadero dueño"; se niega que el lote de terreno objeto de la reivindicación haga parte de la finca llamada "El Rabanal", como también se niega que la compañía "Samacá S. A." haya sido poseedora de este lote hasta el año de 1.949 y que la posesión de los demandados sea de mala fe y hayan éstos pretendido crearse titulo de dominio por si mismos; se aceptaron otros hechos, y de otros se exige su prueba o verificación. Se propusieron, además, las excepciones de prescripción adquisitiva en sus dos formas de ordinaria y extraordinaria, se alegó la carencia de acción en la demandante y finalmente se denuncia el pleito a Julio Gil, como tradente que fue de la finca que se persigue a los demandados, según la escritura número 1288 de 18 de noviembre de 1.955, de la Notaría 1ª. de Tunja. El denunciado Julio Gil, contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretenciones del actor, exigiendo que el actor pruebe los hechos que alega y proponiendo, como excepciones, la ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada y la prescripción extraordinaria adquisitiva del dominio sobre parte del fundo que se pretende reivindicar.

La primera instancia, en que se adujeron pruebas de una y otra parte, recibió fallo del Juez 1º. Civil del Circuito de Tunja, por el cual, considerándose que no se demostró que el terreno objeto de la reivindicación sea parte del fundo "El Rabanal" sobre que versan las escrituras aducidas por la compañía actora como título de su dominio, se deniegan las súplicas de la demanda y se condena a la actora en las costas del proceso.

Por apelación de ésta, abrióse el segundo grado de la causa, a que recayó la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, de fecha 22 de agosto de 1.961, por la cual se resolvió:

1o. REVOCAR la del inferior;

2o. Declarar no probadas las excepciones perentorias propuestas por la parte damandada;

3o. "Declarar que la compañía 'Textiles Samacá S. A.' es dueña, con mejor derecho que los demandados Pedro Neisa y Emiliano Rodríguez del inmueble denominado 'El Alcazar', el cual forma parte de la hacienda 'El Rabanal', ubicado en la vereda de 'Salamanca', en el municipio de Samacá, determinado por los

linderos siguientes: Desde el mojón de cemento situado en la 'Loma de Tobita', sigue por una cerca de alambre a dar a una piedra grande que está situada a la orilla de la quebrada llamada 'Barranco Amarillo', lindando por este costado con lote que posee la Sra. Bertha Avila de Diaz Galindo; de aquí sigue por la quebrada citada arriba a dar al cruce de la línea recta trazada de la 'Loma de Tobita' al cerro de Gachaneca, y vuelve por esta línea a dar al mojón situado en la 'Loma de Tobita' y encierra, lindando con propiedades de la Fábrica de Samacá y lote que posee o poseía el Dr. Félix Diaz Galindo";

4o. "Condenar a los mismos demandados a restituir al demandante el bien materia de esta reivindicación, o sea el determinado en el punto anterior, dentro del término de 20 días, contados a partir de la fecha de ejecutoria de este fallo";

5o. "Condenar a los mismos demandados al pago de los frutos, a partir de la fecha de la contestación de la demanda";

6o. Ordenar la cancelación de la inscripción de ésta;

7o. Ordenar el registro del fallo e imponer las costas a la parte vencida.

Contra este último pronunciamiento interpusieron los demandados el recurso de casación que en este acto se decide.

- II -

LA SENTENCIA RECURRIDA

Las consideraciones fundamentales de ésta, son en lo sustancial las siguientes:

Que la parte actora adujo como prueba de su dominio los títulos constituídos por las ya referidas escrituras números 2033 de 8 de mayo de 1.954, 404 de 14 de febrero de 1.927, 2346 de 6 de octubre de 1.926 y 2305 de 1o. de octubre de 1.926, que aparecen con las correspondientes anotaciones de registro;

que obran también títulos a favor de la parte demandada, así: la escritura número 1288 de 18 de noviembre de 1.955, por la cual Julio Gil vende a Pedro Neisa R. y Emiliano Rodríguez el lote de terreno denominado "El Alcazar", determinado por linderos que coinciden con los indicados en la petición primera de la demanda y en la cual escritura se advierte que este inmueble lo hubo el vendedor en partición amigable con el doctor Félix Díaz Galindo, según la escritura número 795 de 23 de septiembre de 1.949, de la Notaría 1ª de Tunja, la que obra también en el juicio. En este último instrumento se hace constar que los otorgantes son coposeedores materiales de un inmueble ubicado en la vereda de Salamanca denominado "Rama Blanca", en el municipio de Samacá, cuyos linderos allí se enuncian, pero "No se da fe de escritura alguna acerca del origen del inmueble que se distribuye", si bien hacen constar que la posesión material que los exponentes han ejercido data desde hace más de treinta años, uniéndola a la de su antecesor Prudencio Gil, por lo cual han adquirido el dominio pleno de tal inmueble por prescripción extraordinaria. Y también se acompañó copia de la escritura de protocolización del juicio de sucesión de Margarita Amaya, otorgada en 10 de junio de 1.880, título éste que aparece desvertebrado de los otros, sin base para afirmar que corresponde a la cadena de títulos del demandado;

que, así, no pueden considerarse como títulos aducidos por la parte demandada sino los otros dos ya indicados, que no alcanzan a comprender un período de diez años hacia atrás, partiendo de la fecha en que quedó trabada la litis;

que en el juicio está demostrada la identidad del bien que se reivindica, al mismo tiempo que su posesión por los demandados, primeramente con la contestación dada por el apoderado de la parte demandada al hecho noveno del libelo, cuando por parte de Emiliano Rodríguez se dijo ser "cierto que el demandado posee el fundo pretendido reivindicar en copropiedad con otro demandado, con el carácter de verdadero dueño", contestación a que adhirió la de Pedro Neisa;

que "en el presente caso los demandados aceptan tener en posesión la finca denominada 'El Alcazar', la cual forma parte de otra mayor llamada 'El Rabanal', bienes estos especificados en la demanda";

que en la diligencia de inspección ocular practicada por el juez a quo se lee el siguiente pasaje: "....Igualmente se identificó el lote que es materia de la reivindicación, el cual se encontró comprendido exactamente dentro de los mismos linderos que se describen en la súplica primera de la demanda";

"Pero hay más: los testimonios rendidos por Abel Sierra, Ricardo Parra Rodríguez, Norberto Castelblanco, Cruz María Pamplona, Antonio Gil, Abelino Gil, Antonio Martínez Gil y Enrique Martínez Gil dan fe de hechos que acreditan la identidad del inmueble referido y la posesión que actualmente tienen los demandados y de que hasta 1.949 fue también poseído por la Compañía Samacá S. A. Esos hechos posesorios a que hacen referencia los declarantes son justamente, de aquellos que configuran el fenómeno jurídico denominado posesión";

que, aunque por la parte demandada se invocó como excepción la "carencia de acción", alegando que el predio que se trata de reivindicar no está comprendido dentro del que se menciona en los títulos de la demanda, resulta que "al examinar las alindaciones que figuran en la demanda y las que aparecen en tales títulos no hay lugar a tal duda";

que "a la parte demandada sólo se le pueden considerar los títulos aducidos a partir de la escritura No. 795, otorgada el 23 de septiembre de 1.949"; y que, aunque ésta ha invocado en su defensa la prescripción ordinaria adquisitiva de dominio, resulta que "si se tiene en cuenta el tiempo discurrido entre 1.949 y la fecha de iniciación del pleito, no alcanzan a cubrirse los diez años que la ley exige para hacer tal declaración", como tampoco hay base para declarar la prescripción extraordinaria invocada subsidiariamente, "toda vez que los demandados no acreditaron una posesión de 20 años por los menos".

- III -

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Dos cargos formula el recurrente en relación con la causal primera de casación.

Primer cargo

Acúsase la sentencia por "ERROR DE HECHO, consistente en falsa apreciación de la demanda y de los títulos escriturarios que la parte actora pre-

sentó como prueba para acreditar el dominio o propiedad del terreno objeto de restitución o reivindicación, como también de los testimonios o declaraciones rendidas por los señores Abel Sierra, Ricardo Parra Rodríguez, Norberto Castelblanco, Cruz María Pamplona, Antonio Gil, Abelino Gil, Antonio Martínez Gil y Enrique Martínez Gil, falsa o errada apreciación que llevaron al Tribunal a violar la ley sustantiva", según se indica luego.

Con el intento de desarrollar esta tacha, el impugnante discurre así:

Que no le bastaba a la entidad actora sostener en la demanda que el lote de terreno objeto de la reivindicación hace parte de la finca "El Rabanal" especificada en el hecho tercero y de que la compañía dice ser dueña, sino que estaba obligada a probar ello en la realidad;

que, si se examinan con detenimiento los títulos de propiedad a que aluden los hechos tercero a séptimo del libelo, únicamente se puede llegar a la conclusión de que la "Compañía Samacá S. A.", como dueña que era de un lote de terreno que hacía parte de la finca denominada "La Siberia", cuyos linderos son distintos de los que determinan la finca "El Rabanal", después de haber vendido al Instituto Nacional de Fomento Municipal un lote de terreno denominado "Teatinos con una cabida de 1.250 fanegadas que hace parte de la finca "El Rabanal" (finca ésta que parece ser la que con tal nombre hacía parte de la denominada "La Siberia"), hizo aporte a la compañía "Textiles Samacá S. A." del resto, esto es, de la finca llamada "El Rabanal", alindada en el hecho tercero de la demanda. Pero de los mismos títulos y sus alindaciones y de las consignadas en la manda, nunca puede llegarse a la certeza de que el lote de terreno objeto de la reivindicación esté comprendido dentro de la superficie de la hoy llamada "El Rabanal" cuyos linderos se expresan en el hecho tercero del libelo, porque para poder afirmar ésto sin dudas, como lo hizo el Tribunal, "era necesario constatar sobre el terreno las alindaciones, tanto de la finca "El Rabanal", como del lote el "Alcazar" materia de reivindicación, pero no solamente las de éste, como así lo da a entender el Tribunal sentenciador", cuando dice que "los demandados aceptan tener en posesión la finca denominada "El Alcazar" la cual forma parte de otra mayor llamada "El Rabanal" bienes estos especificados en la demanda"; y que en la diligencia de inspección ocular practicada por el Juez de primera instancia se lee que "....Igualmente, se identificó el lote que es materia de reivindicación, el cual se encontró comprendido exactamente dentro de los mismos linderos que se describen en la súplica primera de la demanda";

que lo anterior prueba la singularización del lote de terreno reivindicado, pero jamás el dominio de la compañía demandante sobre éste, pues no aparece que la finca "El Rabanal" se le superponga, ni tampoco demuestra su identidad en el sentido de que sea el mismo poseído por los demandados;

que si, por otra parte, el sentenciador encontró que los testimonios rendidos por los testigos que se mencionaron en la enunciación del cargo "dan fe de hechos que acreditan la identidad del inmueble referido y la posesión que actualmente tienen los demandados y de que hasta 1.949 fue también poseído por la 'Compañía Samacá S. A.' .....", resulta que "tales declarantes, al unísono, dicen que conocen el inmueble que hace parte de la finca 'El Rabanal' por los linderos que se les leen, pero sin consignar en su declaración estos linderos, y también dicen, sin que el interrogatorio les pregunte si conocen la finca 'El Rabanal' que dicho lote (el de la reivindicación supongo) hace parte de la finca 'El Rabanal' de propiedad de "Textiles Samacá S. A.". Y tampoco consignan los linderos de la finca"; y

que, entonces, "de tales testimonios, vagos, oscuros y dudosos, sin consistencia en la realidad, tampoco se puede llegar a la conclusión de que la compañía demandante prueba con ello el dominio o propiedad del lote 'El Alcazar' objeto de restitución, ni menos su identidad".

De todo lo cual concluye el impugnante que la sentencia acusada es, en primer lugar, infractora de los artículos 593 y 724 del Código Judicial, que en su orden estatuyen sobre la fundamentación que han de tener las decisiones judiciales y sobre la pertinencia de la inspección ocular, requerida ésta en el caso de la litis "para establecer la superposición de la finca 'El Rabanal' sobre el lote de la restitución", y, consecuencialmente violatoria de los artículos 946 y 950 del C. civil del uno, en cuanto no se demostró el elemento esencial del dominio en la entidad demandante sobre el objeto de la reivindicación; y del otro, en cuanto se concedió ésta a quien carecía de ese dominio. Como también agrega fueron violadas todas las disposiciones del Cap. 4o., título 12, Libro 2o. del mismo Código relacionadas con las prestaciones mutuas.

SE CONSIDERA:

Fuera de que el recurrente no ha precisado ni demostrado en que consiste el error de hecho que atribuye al sentenciador en la apreciación de la demanda, de los títulos escriturarios de la parte actora y de las declaraciones de testigos presentados por ella, determinación y comprobación que el recurrente estaba obligado a hacer en concreto respecto de cada uno de los aludidos medios probatorios, poniendo al descubierto el específico error de hecho que hubiera viciado la contemplación por el Tribunal de cada uno de estos medios, como quiera que en casación no es dable acusar a través del planteamiento global del problema probatorio (arts. 520 ord. 1o., 531 C. J.), y la cual deficiencia por sí sola sería suficiente a rechazar la censura, se encuentra en ésta otro grave defecto de formulación que la hace vana:

Porque el impugnante comienza diciendo que acusa la sentencia por ERROR DE HECHO consistente en falsa apreciación de la demanda, de los títulos escriturarios de la parte actora y de los testimonios que él relaciona, para concluir luego con que "es manifiestante errónea o falsa la apreciación del sentenciador de la segunda instancia al dar valor probatorio a tales pruebas en orden a establecer demostrado ese dominio, violando con su proceder el artículo 593 citado, el 724 del C. Judicial, pues la prueba pertinente habría sido la inspección ocular sobre los terrenos de la litis para establecer la superposición de la finca 'El Rabanal' sobre el lote de la restitución. Violaciones éstas que lo llevaron a violar también el artículo 946 del C. Civil..... Consecuencialmente violó el art. 950 del C. C..... De igual modo se vió precisado el Tribunal a violar también todas las disposiciones legales del Cap. 4o. Título 12, Libro 2o. del C. Civil, relacionadas con las prestaciones mutuas derivadas de la acción reivindicatoria a favor del demandante y en contra de los demandados".

Si en materia probatoria, el error de HECHO consiste en la falsa noción que el juzgador se forme sobre la objetividad de una prueba, ya porque omite ver la que existe en el proceso, ya porque supone como presente la que en realidad no existe en él, hipótesis esta última en que cabe la ocurrencia de que el sentenciador le haga decir a una prueba lo que ésta no expresa; y si el error de DERECHO consiste en que, no obstante haber visto el fallador un medio proba-

torio con acierto objetivo, vale decir tal como se muestra en el juicio, con todo en el momento de valorarlo, esto es de ponderar su legal eficacia probatoria, o bien le niega el mérito que la ley le concede o bien le atribuye el que ésta no le reconoce, es lógico que no puede hacerse de estos dos errores un compuesto como el que hizo el recurrente, para del error de hecho propuesto por punto de partida del cargo derivar al yerro de valoración como motivo de la transgresión del derecho sustancial. En el medio, o lo uno o lo otro, pero no esto como transformación de lo primero.

Quiere decir que el recurrente, como acusador que es de la sentencia de segunda instancia, está obligado a proponer cada cargo en forma concreta, completa y exacta, para que la Corte, situada dentro de los términos de la censura y en congruencia con éstos, pueda decidir el recurso, sin tener que moverse oficiosamente a completar, modificar o recrear la acusación planteada sin acierto, lo cual no entra en sus poderes.

Se desestima, por lo tanto, el cargo.

Segundo cargo.

Anunciado por "ERROR DE HECHO violatorio de la ley, consistente en la falta de apreciación por el Tribunal sentenciador del verdadero valor probatorio que se desprende de la diligencia de inspección ocular con peritos que la compañía demandante hizo practicar después de vencidos los términos probatorios de la primera instancia", lo desenvuelve el recurrente sobre la afirmación de que la hacienda "El Rabanal", especificada en el hecho tercero de la demanda, no fue identificada ni por el juez ni por los peritos, y que siendo ello así no es posible concluir que el lote de terreno "El Alcazar", objeto de la reivindicación, sea parte integrante de esa hacienda, esto es, que la compañía demandante sea dueña de ese lote de terreno. Con este propósito reproduce el texto de la crítica que el apoderado de los demandados hizo en instancia a la referida diligencia de inspección ocular, crítica que en lo sustancial cabe compendiar así:

a) Aunque uno de los fines de la dicha diligencia de inspección ocular con peritos, según se pidió, fue el de que se identificase el terreno adquirido por "Textiles Samacá S. A." mediante las citadas escrituras números 2033, 404 y 2346, ello no se efectuó, pues sin embargo de que en el acta de la dicha diligencia se encuentra que el Juzgado identificó el punto denominado "Punta del Cerro de Gachaneca", tomando a este fin las declaraciones de Ricardo Parra Ramírez, Fermín Gil y Antonio Castelblanco, y que luego "se siguió el recorrido para identificar el globo de que se viene hablando, encontrándolo comprendido dentro de los mismos linderos descritos en las escrituras atrás citadas", esta identificación no es cierta por cuanto al final de dicha diligencia aparece que el Juez, oídos los abogados, ordena a los peritos "tengan en cuenta al rendir su dictamen los puntos exigidos por ellos, con EXCEPCION de la determinación de la cabida del globo general indicado como de propiedad de la compañía actora por cuanto esta labor muy dispendiosa por su gran extensión, es prueba notoriamente inconducente para los fines del juicio.....".

b) Por otra parte, aunque, además de la "Punta del Cerro de Gachaneca", aparece que quedaron determinados los puntos de "Puente de Piedra", "Rama Blanca", "El Chital", "Paso Real o Bado Real" o "Bado Grande", "Peña Blanca" y otros, el Juzgado, en orden a la identificación, procedió a concluir en estos términos: "parece que el terreno que es materia de reivindicación está comprendido

dentro del globo general primeramente identificado". De donde concluye el alegante que "si el predio general de la compañía demandante denominado 'El RABANAL' no fue identificado, mucho menos ha podido serlo en forma precisa el del pleito como que forma parte de aquél".

c) Para que la inspección ocular tenga pleno valor, es necesario que el terreno inspeccionado se recorra, examine y reconozca debidamente; pero la verificada en este negocio ofrece muchas deficiencias. Así, tratándose de la identificación de linderos bien antiguos, puede apreciarse que en la información de las personas que concurrieron al sitio de la diligencia "ninguno da una razón verdadera de cómo y porqué ciertos puntos como el de 'Cerro de Gachaneca', 'Puente de Gachaneca', etc., corresponden a los que habían determinado. El dicho de tales testigos es puramente mecánico, no tiene una verdadera razón en su dicho, ni dan los detalles que permiten localizar los puntos reconocidos y que sirvan de base para trazar la línea divisoria de la hacienda de 'Textiles Samacá S. A.'". Del conjunto de todo ello "no se puede sacar en claro cuál sea siquiera el costado norte de la hacienda 'El Rabanal', de propiedad de la entidad actora".

d) Según la escritura número 404 de 14 de febrero de 1.927, de la Notaría 1ª. de Bogotá, el costado norte de la hacienda "El Rabanal" está determinado, así: "..... ..... de este último punto (el Paso del Río Teatinos), volviendo al occidente por toda la cima de la loma a dar al 'CERRO DE GACHANECA' punto de partida, lindando con terrenos de 'Rama Blanca' y sucesores de Emigdio Parra". Pero a ello no corresponde la línea al respecto determinada en el plano por los agrimensores peritos, ni por sus puntos de referencia descritos en dicho título Nº. 404, ni menos en cuanto a colindantes. Si, según el dictamen de los peritos, el dicho costado norte, "Partiendo del punto denominado 'PASO REAL' o 'VADO GRANDE', sería siguiendo la parte más saliente de la loma hasta encontrar el 'CERRO FERMIN', de aquí a la parte más saliente de "PEÑA BLANCA" y de aquí a la 'PUNTA DE GACHANECA' ", dicho alindamiento está en contradicción con tal título.

Y, luego de plantear, sobre ciertos supuestos, algunas consecuencias, con el intento de llegar a la conclusión, de que no se identificó la hacienda "El Rabanal" de acuerdo con los títulos aducidos y, entonces, tampoco el inmueble objeto del juicio, y de traer a cuento alguna doctrina acerca de la oportunidad que, por fuera del incidente de objeciones, tiene el juzgador para justipreciar el dictamen pericial al tiempo de pronunciar la decisión de fondo, remata el impugnante el cargo, afirmando que "En síntesis, el Tribunal violó el art. 723 del C. J., por cuanto la fuerza probatoria del dictamen pericial ha debido apreciarla el Tribunal al tenor de lo mandado por dicho artículo, y si no lo hizo, incidió también en la violación flagrante del artículo 946 del C. C., pues dió por probado el elemento esencial de la identidad del lote objeto de restitución, sin estarlo", motivo por el cual le atribuyó a la compañía demandante derecho de dominio sobre una cosa no identificada.

SE CONSIDERA:

Aunque el recurrente, en el encabezamiento del cargo, emplea la locución anfibológica de "ERROR DE HECHO violatorio de la ley" y, luego, en algún pasaje de su discurso, afirma ser fundado el reparo en el sentido de que "es evi-

dente u ostensible el error de hecho por falta de apreciación de la diligencia de inspección ocular y del dictamen de los peritos", ello no quita el que la censura en este capítulo consignada tenga que considerarse como propuesta por yerro de valoración probatoria, porque así lo predica ella, tanto en el mismo encabezamiento, al hablar de "falta de apreciación por el Tribunal sentenciador del verdadero valor probatorio que se desprende de la diligencia de inspección ocular con peritos", como en la conclusión del ataque, en donde resume el acusador la ecencia de su pensamiento, afirmando que, en síntesis, el Tribunal violó el artículo 723 del C. J. al no apreciar la fuerza del dictamen pericial conforme al tenor de lo ordenado por dicho artículo y que por ello infringió el artículo 946 del C. Civ., único texto de derecho sustancial que en este capítulo se cita como violado y por el motivo últimamente referido.

Ciertamente, ni se propuso acusación en forma por error de hecho en la estimación de tales pruebas, ni en el desarrollo del cargo aparece demostrado que el Tribunal hubiera visto el acta de la diligencia de inspección ocular y el dictamen pericial de modo distinto a como se ostenta en el juicio.

Llevada, pues, la Corte a considerar el cargo de que se trata en la esfera del error de valoración probatoria, dentro de los límites en que el reparo se contiene, se imponen las siguientes consideraciones:

No obstante que se ha intentado acusar por falta de apreciación del verdadero valor probatorio de la diligencia de inspección ocular, se observa que el recurrente no cita cuál sea el precepto legal determinante del valor de esa especie de prueba, que hubiera sido infringido por el Tribunal, cita a que el acusador estaba obligado de conformidad con el artículo 531 del C. J., por lo cual el cargo en lo tocante con la dicha inspección ocular carece de forma y, por lo mismo, no es viable.

En lo atinente al reparo por indebida apreciación de la fuerza probatoria del dictamen pericial, el impugnante refiere como texto valorativo quebrantado el artículo 723 del C. J. Mas, no resulta que este texto haya sido infringido en la sentencia, pues por él, para los casos a que se refiere, se deja al poder discrecional del juzgador el apreciar, conforme a las reglas de la sana crítica, las presunciones, inferencias, juicios y deducciones que se hagan, tomando en cuenta las circunstancias de que el mismo artículo trata. Quiere, pues, decir que, mientras no esté demostrado que el sentenciador vió el dictamen pericial de manera distinta a como aparece producido, incurriendo en su apreciación en arbitrariedad manifiesta, el juicio que sobre el mismo haya podido formarse goza de la presunción de acierto y debe ser respetado. En este punto de la censura, no descubre el acusador pasaje alguno del fallo que haga decir a los peritos lo que éstos no dijeron, ni pone en evidencia cuál sea la conclusión del juzgador que, sacada del dictamen de los expertos, acuse en su interpretación una manifiesta arbitrariedad. Lo que significa que la acusación no llena su cometido.

A todo lo cual se agrega que, en la identificación del terreno reivindicado, como parte de la hacienda "El Rabanal", a efecto de dar por establecido el dominio de la entidad actora sobre el primero, el sentenciador tuvo muy en cuenta las determinaciones hechas en la demanda y en los títulos a que ésta se refiere, como se ve en el pasaje de la sentencia relativo a la llamada excepción de carencia de acción propuesta por los demandados, en donde dijo: "Esta excepción la fundan los demandados diciendo que el predio que se trata de reivindi-

cal no está comprendido dentro del que se menciona en los títulos de la demanda. Pero al examinar las alindaciones que figuran en la demanda y las que aparecen en tales títulos no hay lugar a tal duda". Procedimiento no censurado en el ámbito de este cargo, ni censurable, pues como lo tiene enseñado la doctrina, la identificación de predios, en juicios de reivindicación, no exige una prueba específica, aunque al efecto sea muy adecuada la de inspección ocular, por lo cual la convicción acerca de tal identificación puede producirse también por medio de otras pruebas, como la confesión, declaraciones de testigos, contenido de escrituras, etcétera (Cass. 21 agosto 1.935, XLII, 1900, pág. 375; 8 octubre 1.935, XLIII, 1905-1906, pág. 174; 4 junio 1.959, XC, 2211-2212, pág. 612).

Por lo tanto, se rechaza el cargo.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintidós (22) de agosto de mil novecientos sesenta y uno (1.961), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja.

Sin costas en el recurso.

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

Arturo C. Posada. - Gustavo Fajardo Pinzón. - Enrique López de la Pava. - Enrique Coral Velasco. - José Hernández Arbeláez. - Julián Uribe Cadavid. - Ricardo Ramírez L., Secretario.

REVISION DE SENTENCIA DE EXCEPCIONES

Requiere la presencia material del título que sirvió de base a la acción ejecutiva. Violación de la ley. Principios fundamentales que informan la técnica del cargo. Autonomía del juzgador en la apreciación de la prueba indiciaria. Del error de hecho en la apreciación de una prueba no cabe deducir violación directa de la ley. Error de hecho y de derecho. Motivos por los cuales no es dable proponerlos simultáneamente respecto de un mismo medio probatorio. Deberes del recurrente en casación. Los artículos 472 y 593 del C. Judicial no son normas sustanciales.

1. De la manera como el recurrente enfrenta el cargo, aparece de manifiesto cuánto se ha apartado de la técnica que debe presidir el recurso de casación. Por la forma como plantea el problema se ve la confusión en que incurre al acusar por "violación directa y mala interpretación" la sentencia del Tribunal para luego basar sus alegaciones en apreciación errónea o en falta de apreciación del acervo probatorio aportado al juicio. Sobre los principios fundamentales que informan la técnica de casación en relación con la violación de la ley, puede verse lo dicho por la Corte en casaciones de 24 de septiembre de 1.954 y 24 de enero de 1.961, G. J. T. LXXVIII, pág. 657 y XCIV, pág. 492.

2. Está conforme con la naturaleza jurídica de la acción intentada, que el instrumento negociable, que sirvió de base fundamental a la acción ejecutiva y por ende, a la sentencia de excepciones, o de pregón y remate, ha de estar físicamente presente en el debate sobre revisión de esas sentencias. Esta exigencia no es en manera alguna caprichosa o arbitraria, ella emana jurídicamente de la misma naturaleza del juicio autorizado por el artículo 1030 del Código Judicial, pues no sólo el instrumento o documento que sirvió de base a la acción ejecutiva es el fundamento y objeto de la sentencia de excepciones, y por consiguiente del juicio revisorio, sino que en tal instrumento es donde pueden indagarse y se estructuran los elementos que debe tener en cuenta el fallador para deducir si la sentencia en revisión se ajustó o no a derecho, y si dicho instrumento reune o no las exigencias indispensables para obligar coercitivamente al cumplimiento de la obligación demandada.

Si se trata, como en el caso presente, de un título ejecutivo consistente en un instrumento negociable cuya negociabilidad se discute, es más evidente la necesidad de su presencia material en el juicio, porque es de su contexto mismo de donde deben aparecer los requisitos señalados por la ley 46 de 1.923, en su artículo 5o.

Así pues, hay necesidad jurídica absoluta de la aportación del cheque mismo a que alude el caso en estudio, porque sobre él y sus circunstancias está

planteado el debate judicial. De tal manera que no basta inferir la existencia de esa prueba principal, que no obra en el juicio, mediante pruebas indirectas, pues de aceptar esto habría que afirmar de la misma manera que la existencia de una escritura pública necesaria en un proceso pueda demostrarse con referencias o citas que a ella se hagan, para hacerle producir efectos jurídicos.

El recurrente alega que no pudo llevar al juicio el instrumento controvertido, por imposibilidad física, pues era de propiedad del demandado y se le negó el desglose. Esta a manera de excusa no es valedera si se tiene en cuenta que el derecho procesal brinda a las partes medios legales para la aportación en casos como el presente, de la prueba necesaria, tales como la acción exhibitoria, la inspección ocular, etc.

3. Si el Tribunal no encontró suficientes los indicios de que habla el recurrente para dar por establecida la existencia del cheque dentro del juicio, la Corte no puede variar ese criterio por cuanto al juez le corresponde en forma autónoma la apreciación de las pruebas, más aún respecto de aquéllas que sólo entrañan la comprobación de indicios.

4. Cuando se ataca una sentencia por error de hecho en la apreciación de una prueba es antitécnico deducir violación directa de la ley. Así lo ha expresado la Corte en numerosas ocasiones, como puede verse, entre otras, en casación de 24 de septiembre de 1.954, G. J. T. LXXVIII, 661.

5. No es dable acusar una sentencia por error de derecho y por error de hecho en relación con la apreciación de una misma prueba, pues en el primero se supone que la prueba existe y el juzgador le dió un valor legal que no le corresponde; y en el segundo se parte de la base de que el juez presumió la existencia de prueba inexistente en el juicio, o no vió la que sí existe. El error de derecho, puede decirse en general, elimina el error de hecho.

6. La Corte, en casación, ha de estudiar la sentencia acusada a través de los motivos de impugnación y de los conceptos jurídicos que demuestrén evidentemente la violación de las disposiciones sustantivas; y al recurrente corresponde indicar cuáles son los conceptos de la violación.

7. Los artículos 472 y 593 del C. Judicial no inducen motivo para el recurso extraordinario, pues no tienen el alcance de normas sustanciales, únicas que dan ocasión al recurso de casación, por violación directa o por transgresión indirecta, al tenor de lo dispuesto por el numeral 1o. del artículo 520 del Código Judicial.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, veintisiete de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Julián Uribe Cadavid)

Juicio ordinario de Jesús María Jiménez V. contra Braulio Londoño V.

- I -

ANTECEDENTES

Por haberle sido falladas desfavorablemente unas excepciones, dentro del juicio ejecutivo de Braulio Londoño V. contra Jesús M. Jiménez, éste acudió, en

juicio ordinario de revisión de la sentencia, ante el Juez Primero del Circuito Civil de Pereira, en libelo de 31 de julio de 1.961; y al respecto hizo las siguientes súplicas:

"A) Que de acuerdo con las pruebas aportadas al juicio, se declare que el señor Braulio Londoño V., no es tenedor en debida forma del cheque No. 285291 que lleva fecha 15 de abril de 1.960, girado por el señor Jesús M. Jiménez V., a favor de Hernando Bolivar y Guillermo Correa M. contra el Banco Industrial Comercial de esta plaza, por la suma de once mil pesos m/c. ($11.000.no) y el cual sirve de título ejecutivo dentro del juicio establecido por éste contra Jiménez V., en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira;

"B) Que como consecuencia de la declaración anterior, se reconozca la existencia de la excepción "INEFICACIA DEL TITULO EJECUTIVO";

"C) En subsidio, que se declare reconocida la excepción de 'no tener el cheque la calidad de exigible por haber quedado sometido a una condición facultativa que no se cumplió por ninguno de los beneficiarios';

"CH) Subsidiariamente, reconocer la excepción de 'falta de causa, o haber desaparecido la causa que lo originó, por no haberse cumplido la condición facultativa pactada entre las partes';

"D) Que como resultado de cualesquiera de las declaraciones impetradas se declare terminada la ejecución y se ordene el archivo del juicio ejecutivo, previa orden de desembargo de todo lo que haya sido objeto de esta medida; y

"E) Que se condene en costas al demandado".

Como fundamentos de hecho de la acción expuso los siguientes que se sintetizan:

Jesús M. Jiménez giró en Pereira el cheque No. 285291 con fecha 15 de abril de 1.960, aunque fué girado el 15 de octubre de 1.959. Los beneficiarios del instrumento fueron Hernando Bolivar y Guillermo Correa.

El cheque fue desnaturalizado porque mediante documento privado se le condicionó, de "condición facultativa", consistente en que tal instrumento no podía ser negociado sino cuando los beneficiarios entregaran al girador un número determinado de pieles.

Los beneficiarios no dieron cumplimiento al contrato que se mencionó en el documento privado, no obstante lo cual "corrieron a cederle ese cheque al ganadero señor Braulio Londoño".

Braulio Londoño procedió a negociar el cheque con los beneficiarios Bolivar y Correa, "previa advertencia del girador señor Jiménez V., de que no fuera a recibirles..... ese cheque, porque ellos no podían cederlo, ni consignarlo, ni cobrarlo, ni venderlo, ya que lo había girado únicamente para asegurar un negocio de compraventa de pieles hecho con los beneficiarios, hecho del cual dan fe Octavio Arbeláez y Jaime Serna".

Que el cheque perdió su condición de tal y se convirtió en un documento privado bilateral, porque de acuerdo con el documento "será pagado el cheque siempre y cuando Bolivar y Correa M. entreguen una cantidad de pieles de res",

Con fecha 31 de octubre de 1.959 Jiménez dirigió una carta al Banco girado comunicándole la orden de no pagar el cheque 285291. "La fecha de esta carta es prueba irrefutable de que el cheque si se posfechó, porque mal podría mandar una carta el 31 de octubre de 1.959, para que no pagara el Banco un cheque de 15 de abril de 1.960".

Que Londoño se presentó en varias ocasiones al Banco girado, en los meses de octubre y noviembre de 1.959, a insistir en el pago del cheque.

Que dentro del juicio ejecutivo de Londoño contra Jiménez, éste propuso las siguientes excepciones:

"Primera. No ser el demandante tenedor en debida forma del cheque que trata de cobrar".

"Segunda. No estar el cheque legalmente protestado.

"Tercera. Estar el cheque sometido a una condición facultativa.

"Cuarta. No tener el cheque la calidad de exigible.

"Quinta. No tener el cheque consideración de un valor positivo o cierto.

"Sexta. Ser el cheque un instrumento no acto para cederse o endosarse.

"Septima. Ser el cheque un instrumento no negociable; y

"Octava. Ser el cheque el fruto de un fraude".

Que el fallador de la primera instancia del juicio ejecutivo declaró probada la segunda excepción, ordenó el desembargo de los bienes, declaró la terminación del ejecutivo, y condenó en costas al ejecutante.

Que el Tribunal revocó la sentencia y ordenó seguir adelante la ejecución, con salvamento de voto de uno de los Magistrados de la Sala de decisión.

Que la verdad jurídica está en el salvamento de voto, porque se trata de un cheque posdatado que el ejecutante adquirió "después de haber sido perjudicado por el girador, y después de su vencimiento también".

Que el ejecutante no es tenedor en debida forma y que el Decreto 0014 de 1.955 no tiene aplicación en el caso, porque dicho Decreto "no tiene carácter general sino especial y entonces los HH. Magistrados falladores, al traer a cuento este decreto sobre vagancia y ratería, se olvidaron de disposiciones tan claras y precisas como los artículos 5 y 8 de la ley 57 de 1.887".

Al descorrer el traslado del libelo, el demandado acepta el giro del cheque, lo mismo que su negociación con los beneficiarios, mas no en las circunstancias que anota la demanda, acepta parcialmente unos hechos, niega rotundamente otros y en los demás se atiene a los fallos del juicio ejecutivo.

El juicio se tramitó regularmente y, con fecha ocho (8) de mayo de mil novecientos sesenta y dos (1.962), el juez decidió el negocio con fallo absolutorio para el demandado Londoño V.

Por apelación interpuesta por el actor, el Tribunal Superior de Pereira, profirió sentencia de segunda instancia confirmando la del inferior. Esta provi-

dencia, que lleva fecha cinco (5) de marzo de mil novecientos sesenta y tres (1.963) fué dictada en Sala de Conjueces, por haberse declarado impedidos los titulares.

Interpuesto oportunamente el recurso de casación, corresponde a la Corte entrar a decidir.

- II -

LA SENTENCIA ACUSADA

El Tribunal, en la providencia de mérito, dispuso:

Confirmar la sentencia de fecha ocho de mayo de mil novecientos sesenta y dos, proferida por el señor Juez Primero Civil de este Circuito, en el Ordinario de Jesús M. Jiménez V. contra Braulio Londoño V.

"Condénase en costas al demandante".

En cuanto al fundamento de la sentencia el fallador de segunda instancia la motiva con las consideraciones que hace sobre dos puntos principales: la falta de prueba idónea para decidir; y el aspecto relativo al tenedor en debida forma de un instrumento de cambio; para concluir: que no habiendo el actor demostrado la existencia del cheque, "el debate carece de fundamento por sustracción de materia", y que "Las consideraciones anteriores (Las relativas a los tenedores simples, tenedores de buena fe, tenedores en debida forma) se hacen por cuanto todo el esfuerzo probatorio del actor se ha enderezado a establecer que el demandado fué advertido previamente sobre la circunstancia de que el cheque a que se refiere el juicio se había extendido para respaldar un negocio que se encontraba pendiente. Pero ese convenio no se ha demostrado plenamente, ni tampoco se probó que no se hubiera cumplido en su debida oportunidad. No bastaría con dejar establecida la advertencia sobre el origen del instrumento, para llegar a una decisión tan importante como la revisión de la sentencia de excepciones pronunciada en el juicio ejecutivo. Aún suponiendo que el demandado fue advertido sobre el motivo del giro del cheque, no pierde éste su fuerza de título ejecutivo, según queda demostrado.

"A la falta de elementos probatorios esenciales para la prosperidad de la acción ordinaria, como lo referente a la existencia misma del cheque, debe agregarse que el actor no procuró siquiera demostrar en este juicio que los primeros titulares del cheque no cumplieron con el negocio de suministro de pieles. Nada se sabe sobre la suerte de tal convenio.

"La deficiencia probatoria anotada, y las consideraciones anteriores, hacen innecesario el análisis de otros aspectos jurídicos para confirmar el fallo apelado".

- III -

LA ACUSACION

El recurrente anuncia la censura contra la sentencia en esta forma: "Alego en primer término la causal 1a. del artículo 520 del C. J. por cuanto el fallo acusado ha incurrido en violación directa de disposiciones civiles que citaré, por mala interpretación y aplicación de ellas. Y por error de hecho consistente en la mala apreciación que el fallo hizo de las pruebas del recurrente".

Luego, en cinco cargos elaborados con gran descuido en cuanto a técnica de casación, entra a fundamentar los motivos de la censura. Al examen de ellos se procede.

Primer cargo

"El fallo acusado -dice el recurrente- infringió por violación directa y mala interpretación, los artículos 472, 702, 704 del C. J.; artículos 1494, 1757, 1602, 1603, 1551 y 1530 del C. C.".

Son apartes del razonamiento del recurrente, en demostración de su tesis, los siguientes:

"Necesariamente la acusación de la sentencia recurrida tiene que principiar por la parte fundamental de ella, cual es la apreciación vertical que hizo el Tribunal al fallar en contra de las súplicas del actor Jiménez, y en el sentido de no haber sobre qué fallar por "sustracción de materia", dado que el cheque No. 285291 de 15 de abril de 1.960 no existía original en los autos, como prueba cardinal del actor. Huelga explicar que el actor sí pidió el desglose y el envío al juicio como parte de las pruebas. La parte contraria se opuso a ello, (C. 2-f-4 v.) y el dicho desglose y anexidades al juicio no se pudieron verificar por este obstáculo físico insuperable, una vez que el cheque era del demandado y no del actor".

"....

"La sentencia recurrida, como lo dejo relacionnado, se apoya en la existencia del cheque 285291 de 15 de abril de 1.960. Se revisa la sentencia y en todos sus pasajes reconoce la existencia del cheque, existencia que es el hecho clave de la controversia.

"Así mismo, la ejecución en su sentencia de excepciones, reconoce la existencia del hecho o sea del cheque; la sentencia de primera instancia, en la revisión, conceptúa de igual manera; y la sentencia de segunda instancia, materia de la casación, reconoce la misma existencia, pero echa de menos en la probanza la materialidad del cheque, indesglosable, materialidad que en el decurso del debate viene a ocupar un puesto secundario, si por medio de las aceptaciones de la existencia de tal documento, que obran en los autos, tal como lo hemos discriminado, si por la prueba indiciaria que está de relieve en el proceso, resulta que el hecho es la existencia del acto jurídico, y el acto jurídico lo estructura el giro del cheque No. 285291 por Jiménez a favor de Bolívar y Cuéllar y endosado por éstos a su consocio Londoño".

De esas apreciaciones del recurrente, éste sáca la siguiente conclusión:

"Pasó la sentencia por sobre los artículos 663 ibidem, cuando dice que un solo indicio hace plena prueba, cuando se considera necesario, que para el caso, los indicios que arrojan los documentos anexos al juicio, (copias, documento original sobre la modalidad, a que quedó sujeto el cheque, la sentencia de excepciones, que pone de relieve la existencia del cheque, la sentencia del superior que revocó dicha sentencia de excepciones, las mismas sentencias de primera y segunda instancia que dan por existido el cheque, con la observancia de no haberlo traído original al juicio), forma la 'correspondencia entre el hecho indicio y el que se investiga, dentro la existencia del cheque original y el motivo o causa del fallo.

"Mas, si lo expuesto no fuera suficiente, el artículo 665 ibidem, entra a operar cuando dice: 'Por regla general, los indicios no necesarios forman plena prueba cuando son en número plural; graves, precisos y conexos entre sí, de modo que concurran todos a demostrar, sin lugar a duda, la verdad del hecho controvertido'.

"De forma que, todos los documentos traídos al juicio concurren a demostrar la existencia del hecho o sea la realidad del cheque sobre cuyas modalidades ha debido faltar el Tribunal".

Continúa el recurrente en una larga exposición para tratar de demostrar cómo el Tribunal, al no dar por presente en el juicio físicamente la existencia del cheque, no obstante las múltiples referencias que a él se hacen en el proceso, violó directamente los artículos 1757, 1768 del C. C. y los artículos 663, 664, 665 del C. J.; y, por contera, el artículo 1040 del mismo estatuto procedimental, pues a este último se refiere al decir: "La sentencia se divorció de todas las prescripciones legales ya referidas, desconociendo el derecho a la revisión que consagra el artículo 1030 C. J. y violándolo directamente, y como consecuencia, la negación del derecho que viene demandando el actor para obtener la reparación del daño infringido".

SE CONSIDERA:

De la manera como el recurrente enfrenta el cargo, aparece de manifiesto cuánto se ha apartado de la técnica que debe presidir el recurso de casación. Por la forma como plantea el problema se ve la confusión en que incurre al acusar por "violación directa y mala interpretación" la sentencia del Tribunal para luego basar sus alegaciones en apreciación errónea o en falta de apreciación del acervo probatorio aportado al juicio.

La Corte ha dicho que "La infracción directa hiere la ley derechamente, en línea recta, 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,..... para designar exclusivamente las equivocaciones sufridas por el Tribunal de instancia en la tarea investigativa en el campo probatorio....." (Cas. de 24 de septiembre de 1.954 G. J. T. LXXVIII. pág. 657).

Y en casación de 24 de enero de 1.961, dijo la Corte: "La infracción de la ley sustantiva (ord. 1o. del artículo 520 del C. J.) es directa en estos tres casos aparte de toda consideración relacionada con las pruebas: a) Cuando se deja de aplicar la ley a un caso o hecho previsto por ella o concorde con el supuesto de la misma (falta de aplicación o infracción directa específica); b) Cuando se aplica la ley, rectamente entendida, a un caso no regulado por ella y que le es extraño (aplicación indebida); c) Cuando a la ley se le da un sentido y alcance que no le corresponde y se hacen derivar de ella consecuencias inadecuadas a su verdadero contenido (interpretación errónea) C. J. XCIV pág. 492).

Lejos de seguir el recurrente estos principios fundamentales que informan la técnica de casación, anuncia que acusa la sentencia por violación directa de la ley sustantiva y se engolfa luego, para tratar de demostrar esa directa violación, en el estudio y análisis probatorio, imposibilitando prácticamente a la Sala para

avocar el estudio del cargo, por lo cual sería el caso de rechazarlo de plano, por las deficiencias en que cayó el recurrente.

No obstante, como de la exposición fundamental aparece que, de hecho, el cargo se formula por violación indirecta, la Corte se detiene en el análisis del tema propuesto.

Se queja el recurrente de que el Tribunal no apreció como prueba de la existencia del cheque, las varias piezas del expediente en que se hace alusión a ese instrumento negociable, y que por ello violó los artículos 663, 664 y 665 del C. J. y 1757 y 1768 del Código Civil.

Para el recurrente las copias, documento original sobre la modalidad a que quedó sujeto el cheque, la sentencia de excepciones, las mismas sentencias de primera y segunda instancia, forman la "correspondencia entre el hecho indicio y el que se investiga, entre la existencia del cheque original y el motivo o causa del fallo.

Es claro que el Tribunal para dictar su fallo sí tuvo en cuenta todas las pruebas aportadas como testigos, documentos, sentencias, etc. aun cuando no hace mención específica de ellas. Mas esas pruebas no fueron suficientes, en su sentir, para llenar la falta de la presencia o existencia en el juicio de la prueba directa, principal y esencial para el debate judicial, o sea el cheque mismo: El Tribunal sí apreció la prueba militante en el juicio pero no la consideró con valor legal suficiente para demostrar la existencia del presupuesto fundamental sobre el cual se había montado todo el andamiaje del juicio de revisión de la sentencia de excepciones, a que se refiere el artículo 1030 del C. J.

En el fallo se lee: "....pero es el caso, que el demandante a quien incumbe la carga de la prueba, no la aportó al debate, quedando por lo tanto sin demostrarse la existencia del mencionado cheque por ningún medio legal". De donde se desprende que el fallador de segunda instancia, aun cuando tuvo en cuenta la prueba aportada al juicio, no la halló con mérito legal bastante para la demostración de un presupuesto fundamental, pues consideró que la prueba necesaria era el cheque mismo cuya presencia material en el proceso no podía suplirse con otra clase de pruebas; y por ende no consideró suficientes los indicios que el recurrente desprende de las referencias que del cheque hacen las piezas procesales que cita.

La Corte, en sentencia de 31 de julio de 1.941 (G. J. No. 1977, pág. 8) que cita y transcribe el Tribunal, expresó la siguiente doctrina: "Por tanto, para revisar la sentencia de excepciones, o la de pregón y remate, es necesario examinar cuidadosamente todos y cada uno de los fundamentos de ellas, es decir estudiar íntegro el presupuesto procesal anterior a esas sentencias para saber si llenaron las ormalidades de la Ley y si las sentencias son fundadas o no, porque de lo contrario no podrían conocerse las bases de hecho y de derecho en que se apoyan, ni podría estudiarse el fondo del asunto controvertido.....".

A lo anterior cabe agregar que está conforme con la naturaleza jurídica de la acción intentada, que el instrumento negociable, que sirvió de base fundamental a la acción ejecutiva y por ende, a la sentencia de excepciones, o de pregón y remate, ha de estar físicamente presente en el debate sobre revisión de esas sentencias. Esta exigencia no es en manera alguna caprichosa o arbitraria, ella emana jurídicamente de la misma naturaleza del juicio autorizado por el ar-

tículo 1030 del Código Judicial, pues no solo el instrumento o documento que sirvió de base a la acción ejecutiva es el fundamento y objeto de la sentencia de excepciones, y por consiguiente del juicio revisorio, sino que en tal instrumento es donde pueden indagarse y se estructuran los elementos que debe tener en cuenta el fallador para deducir si la sentencia en revisión se ajustó o no a derecho, y si dicho instrumento reune o no las exigencias indispensables para obligar coercitivamente al cumplimiento de la obligación demandada.

Si se trata, como en el caso presente, de un título ejecutivo consistente en un instrumento negociable cuya negociabilidad se discute, es más evidente la necesidad de su presencia material en el juicio, porque es de su contexto mismo de donde deben aparecer los requisitos señalados por la ley 46 de 1.923, en su artículo 5o.

El recurrente alega que no pudo llevar al juicio el instrumento controvertido, por imposibilidad física, pues era de propiedad del demandado y se le negó el desglose. Esta a manera de excusa no es valedera si se tiene en cuenta que el derecho procesal brinda a las partes medios legales para la aportación, en casos como el presente, de la prueba necesaria, tales como la acción exhibitoria, la inspección ocular, etc.

Finalmente, si el Tribunal no encontró suficientes los indicios de que habla el recurrente para dar por establecida la existencia del cheque dentro del juicio, la Corte no puede variar ese criterio por cuanto al Juez le corresponde en forma autónoma la apreciación de las pruebas, más aún respecto de aquéllas que sólo entrañan la comprobación de indicios. La Corte, como lo ha dicho en repetidas ocasiones, "tiene que respetar tal apreciación, porque el recurso de casación no se dirige a la revisión del pleito o controversia planteada en las dos instancias, ni a provocar un nuevo análisis de las pruebas". Esta ha sido jurisprudencia constante.

De lo expuesto aparece que el Tribunal no violó las disposiciones sobre el valor de la prueba indiciaria ni las de derecho sustantivo que cita el recurrente. En consecuecia se rechaza el cargo.

Segundo cargo

"Se ha cometido un error de hecho por la sentencia recurrida, al apreciar las pruebas sobre la existencia por referencia del cheque, violando directamente por mala aplicación las disposiciones primeramente citadas, y en especial los artículos 660-662-594-663 a 665 del C. J". Así se expresa el recurrente al final de su alegato sobre el cargo.

En sustentación de este motivo de censura, el recurrente se refiere nuevamente al hecho de que el Tribunal hubiera considerado en la parte motiva de su providencia que la falta del cheque en el juicio dejaba sin base el debate; y al respecto dice lo siguiente:

"Este fundamento del Tribunal hace detener un poco más, sinembargo de las supra-citas hechas; en las circunstancias indiciales que militan en los autos, las que analizadas aisladamente y en conjunto, siguiendo la técnica de la prueba de indicios, viene a constituir la prueba de la existencia de (sic) hecho que se averigua, o sobre el cual se levanta el debate jurídico.

"El cheque original no existe en el proceso por hallarse anexo al juicio de cobranza y pertenece al demandado Londoño. Mas, existe una serie de relaciones y aceptaciones hechas por las partes, y por los juzgadores, que pone fuera de duda la existencia del cheque y de su presencia por las citaciones, relaciones y aceptaciones de las partes y de los juzgadores, en este debate de revisión".

A continuación cita todas las piezas del expediente en las cuáles se hace referencia al cheque que sirvió de fundamento al recaudo ejecutivo, para terminar con este párrafo:

"Todas las relaciones anteriores como las copias y transcripciones, convergen en la tesis de que en los autos, a falta del cheque original 285291, existe por referencia dicho cheque, dejando al margen del debate la tesis de la sentencia acusada, de carencia objetiva sobre qué fallar "Por sustracción de materia".

SE CONSIDERA:

El recurrente ataca la sentencia por error de hecho en la apreciación de la prueba indicial y de allí induce una violación directa por mala aplicación de los artículos 660-662-594-663 a 665 del C. J.

Cuando se ataca una sentencia por error de hecho en la apreciación de una prueba es antitécnico deducir violación directa de la ley, porque como lo ha expresado la Corte "El error de hecho y el error de derecho componen la forma indirecta de violación de la ley sustantiva, de que trata la segunda parte del ordinal 1o. del artículo 520 del C. J. Es indirecta porque se realiza a través de las pruebas y resulta de la estimación de una prueba. Se opone a la violación DIRECTA que opera rectamente contra los preceptos legales (Cas. 24 septiembre 1.954. G. J. to. LXXVIII. 661).

Por otra parte, no es dable acusar una sentencia por error de derecho y por error de hecho en relacion con la apreciación de una misma prueba, pues en el primero se supone que la prueba existe y el juzgador le dió un valor legal que no le corresponde; y en el segundo se parte de la base de que el juez presumió la existencia de prueba inexistente en el juicio, o no vió la que sí existe. El error de derecho, puede decirse en general, elimina el error de hecho.

En cuanto al cargo mismo que se examina cabe anotar que es sustancialmente el mismo expuesto como primer cargo y tiende al mismo fin, es decir, a hacer ver que si el cheque no aparece física y materialmente en el proceso, si hay una prueba indicial, suficiente a juicio del recurrente, para comprobar su existencia.

El hecho de que este cargo, y el primero, sean sustancialmente idénticos hace que lo expuesto tenga vigencia y aplicación al caso presente, sin que sea menester otras argumentaciones sobre el particular.

Se puede agregar que hay necesidad jurídica absoluta de la aportación del cheque mismo, porque sobre él y sus circunstancias está planteado el debate judicial. De tal manera que no basta inferir la existencia de esa prueba principal, que no obra en el juicio, mediante pruebas indirectas, pues de aceptar esto habría que afirmar de la misma manera que la existencia de una escritura pública necesaria en un proceso pueda demostrarse con referencias o citas que a ella se hagan, para hacerle producir efectos jurídicos.

El cargo, por consiguiente, no se acepta.

Tercer cargo

Se acusa la sentencia por "violación directa de los artículos 472 y 593 del C. J.", y dice el recurrente:

"Como el juzgador se engolló en su tesis de "substracción de materia" no falló sobre los puntos esenciales de la demanda, como fueron las excepciones reproducidas en la parte petitoria".

Enseguida agrega: "La sentencia recurrida, sin fallar sobre lo demandado, entra a disertar sobre las modalidades del tenor (Sic) de un instrumento negociable, especialmente sobre el "tenor en debida forma" y el tenedor de buena fe al efecto, considera al demandado tenedor "en debida forma" porque su título no está afectado de ninguna irregularidad, dado que el pacto de Jiménez con los primeros beneficiarios, en documento privado, no le fue notificado en modo alguno al tenedor tercero Braulio Londoño. En síntesis, esta es su argumentación, y sobre ella edificó su concepto para hacer más viable la confirmación de la sentencia del Juzgado de instancia.....".

Más adelante dice: "La sentencia de instancia en referencia desconoció las pruebas traídas al proceso, pasó por encima de un análisis de ellas, sin darles ningún valor, ya como presunciones, ya como indicios plurales y convergentes en el punto mater de la existencia del cheque. Al proceder así, cometió una denegación de justicia, violentando los mismos artículos en que se funda y cita".

Termina su exposición el recurrente aseverando que el Tribunal no penetró "el fondo del negocio que conlleva un Modus operandi para hacer víctima al actor de un premeditado ilícito contra el cual Jiménez ocurre en demanda de reparación ante la dignidad de la Justicia".

SE CONSIDERA:

Se acusa la sentencia por violación directa de los artículos 472 y 593 del C. J. La Corte, en casación, ha de estudiar la sentencia acusada a través de los motivos de impugnación y de los conceptos jurídicos que demuestren evidentemente la violación de las disposiciones sustantivas, y al recurrente corresponde indicar cuáles son los conceptos de la violación.

Las normas legales mencionadas por el recurrente no inducen motivo para el recurso extraordinario, pues no tienen el alcance de normas sustanciales, únicas que dan ocasión al recurso de casación, por violación directa o por transgresión indirecta, al tenor de lo dispuesto por el numeral 1o. del artículo 520 del C. J.

La Corte ha sostenido que el artículo 472 no entraña "un precepto sustantivo que garantice un derecho de tal naturaleza que pudiera haber sido violado. Es norma de conducta a la cual debe ceñirse el Juez, pero que no da base para un cargo en casación, en caso de que no se hubiera tenido en cuenta". (Cas. 13 de septiembre de 1.951, LXX, 430). En cuanto al artículo 593, que también afirma el recurrente ha sido violado directamente por el Tribunal, es bastante recordar la doctrina de la Corte a ese respecto: "La disposición del artículo 593 no es sustantiva que consagre derechos a favor de los particulares; es simple norma que el legis-

lador le ha dado a los jueces para la decisión de los litigios y para la apreciación de las pruebas. Esa disposición no puede violarse **directamente** (se subraya) y dado caso que un juzgador la desechare o contrariare, sería indispensable, para infirmar un fallo, que la falta de aplicación de ella tuviera como consecuencia el quebrantamiento de disposiciones civiles que consagran derechos sustantivos" (Cass. 31 octubre de 1.933, XLI Bis, 47; 12 febrero 1.936, XLIII, 549; 15 de febrero 1.940, XLIX, 100; 30 agosto 1.941, LII, 379; 25 mayo 1.943, LV, 309; 4 octubre 1.944, LVIII, 38).

Se queja el recurrente de que el Tribunal no haya entrado a decidir el fondo de las excepciones propuestas por el ejecutado Jiménez, engolfándose en la tesis que él llama de "substracción de materia". Mas el fallador obró lógicamente y de acuerdo con los principios legales que rigen las controversias judiciales, puesto que no habiendo sido aportada al debate la prueba principal sobre que versaba, aquél no podía entrar a estudiar unas excepciones que se apoyan única y exclusivamente en el cheque negociado por Londoño con los beneficiarios. Si al juez no se le dieron los elementos primordiales de juicio, es claro que no podía entrar en el fondo de la cuestión y no podía decidir entonces sobre excepciones que no tenían apoyo en el acervo probatorio del proceso. No es, por tanto, censurable la conducta del Tribunal por el aspecto que se considera. Se rechaza el cargo.

Cuarto cargo

El recurrente reitera su concepto de que el Tribunal "no falló el fondo de la litis, pues se limitó a "declarar que, por 'substracción de materia' no podía prosperar la acción". Agrega nuevamente que la presencia del cheque aparece en los autos por las referencias y documentaciones aportadas al juicio; y que el Tribunal solo da por existente el cheque, para hacer dilucidaciones sobre "las condiciones del tenedor en debida forma".

SE CONSIDERA:

Lo dicho por el recurrente no es un motivo de censura contra la sentencia del Tribunal pues son más bien consideraciones para un alegato de instancia; esa alegación no reune los requisitos y exigencias del recurso extraordinario de casación, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 531 del C. J., conforme al cual la demanda de casación, a más de un resumen de los hechos materia de la controversia debe "expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando los textos legales que el recurrente estime infringidos".

Pues bien, el recurente no ha dado cumplimiento a la norma citada y, por consiguiente, la Corte no puede entrar a considerar el cargo, porque no se han expuesto los motivos de la censura, ni cuáles son las normas que el recurrente considera o estima violadas por el Tribunal, ni el concepto de la violación. Por tanto, no se acepta el cargo.

Quinto cargo

"La sentencia recurrida -dice el demandante- incurrió en error de derecho por violación directa de las disposiciones legales 593-594-595-601 C. J., y 55 ord. 2º., 3º., 4º., arts. 57-58 Ley 46 de 1.923, y, consecuencialmente en error de hecho al apreciar las pruebas traídas por el actor al proceso, errores que confluyeron en la tesis de "substracción de materia" con que absolvió al demandado Londoño".

En sustentación de los motivos de casación expuestos, el actor, después de transcribir algunos apartes de la sentencia de segunda instancia, lo mismo que los artículos 55, 57 y 58 de la ley 46 de 1.923, entra en argumentaciones para tratar de demostrar que Braulio Londoño no es tenedor de buena fe y, por consiguiente, no lo es en debida forma: y a propósito, dice:

"Londoño no obró de buena fe porque tenía conocimiento de los hechos que afectaban el cheque, y sinembargo aceptó el endoso, dado el conocimiento personal de honradez y cumplimiento que tenía del actor Jiménez".

"... ...

"Si la buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio por medio legítimo exento de todo vicio, Londoño no es tenedor de buena fe por haber conocido los vicios del cheque que con antelación al endoso, según las documentaciones o pruebas presentadas. Por este aspecto fue infringido por la sentencia el art. 768 C. C. y 55 ord. 4º. Ley 46 1.923".

Hace extensiva la violación al artículo 57 de la ley citada, y luego afirma:

"Londoño fué advertido del vicio que conlleva el cheque y sin embargo aceptó la cesión. Esto caracteriza la mala fe con que adquirió el cheque".

Para sostener que Londoño no es tenedor en debida forma, dice:

"El tenedor Londoño no es 'tenedor en debida forma' porque al adquirirlo no obró de buena fe, y esta condición es sustancial para merecer el concepto de 'tenedor en debida forma'. Tampoco se le puede catalogar como 'tenedor en debida forma' porque conoció y fue advertido del vicio que conllevaba el cheque para que no lo negociara; conoció que el cheque era posdatado, y se dió cuenta de la caducidad que le amenazaba".

Finalmente, en respaldo de sus afirmaciones, entra el recurrente a disertar sobre los testimonios de Octavio Arbeláez y Jaime Bedoya, y sobre el documento privado suscrito por Hernando Bolívar y Guillermo Correa, para concluir que aquellas declaraciones son suficientes para establecer el hecho de que Londoño fue notificado de que el cheque estaba condicionado: y que, por consiguiente, el tenedor Londoño no puede ser tenedor en debida forma.

Como corolario de su crítica probatoria, el recurrente manifiesta:

"Por la exposición que dejo hecha se observa que la sentencia del Tribunal incurrió en un flagrante error de hecho al apreciar las declaraciones que se dejan analizar. Y un error de derecho por violación de las disposiciones legales ya citadas en este capítulo, puesto que la sentencia se saltó por encima de estas pruebas para no fallar el pleito, dice, por substracción de materia".

SE CONSIDERA:

Ya se ha visto cómo el Tribunal al estudiar el haz probatorio del juicio encontró una falla fundamental imputable al demandante, falla consistente en el hecho de no haberse aportado la prueba del cheque, prueba indispensable para demostrar las excepciones propuestas, o cualquiera de ellas.

A pesar de que el Tribunal rechazó la acción de revisión sobre la base mencionada, para abundar en la materia hizo un estudio sobre las distintas clases

de "tenedores" que contempla la ley de Instrumentos Negociables, estudio que efectuó de manera general y para determinarlo al caso concreto del pleito, y con ocasión de él.

Concluye el Tribunal afirmando que hace tales consideraciones "por cuanto todo el esfuerzo probatorio del actor se ha enderezado a establecer que el demandado fue advertido previamente sobre la circunstancia de que el cheque a que se refiere el juicio se había extendido para respaldar un negocio, que se encontraba pendiente".

Para el Tribunal "ese convenio no se ha demostrado plenamente, ni tampoco se probó que no se hubiera cumplido en su oportunidad".

Bien pudo el fallador de instancia, después de haber encontrado la falta de la prueba principal y sustancial en el proceso, abstenerse de las consideraciones relativas a los simples tenedores, a los tenedores de buena fe, y a los tenedores en debida forma, pues tales consideraciones no eran, en el caso, necesarias para el rechazo de la acción. Si lo hizo fue, como se ha dicho, para referirse a un punto que había sido objeto de todo el esfuerzo probatorio del actor.

El Tribunal, por consiguiente, no dejó de apreciar la prueba, ni incurrió en un evidente error de hecho en sus apreciaciones, ni mucho menos en error de derecho, ni en violación directa de ley sustantiva, fenómenos todos éstos que el recurrente confunde y equipara en todo el curso de su demanda con grave quebranto de la técnica de casación.

La interpretación y apreciación que el Tribunal ha hecho del material probatorio del juicio no repugna ni a la evidencia, ni a la lógica jurídica que debe guiar al juez en la estimación de la prueba; y aun cuando no se haya referido individual y específicamente a cada elemento probatorio, la Corte, en guarda del respeto a la autonomía del Tribunal en esta materia, no puede entrar a variar ese criterio de apreciación.

Como para el recurrente "no se puede calificar de incompletas" las declaraciones de Arbeláez y Bedoya, "porque -dice- éstas guardan una estrecha conexión con el hecho averiguado", considera que se ha violado por el fallador el artículo 594 del C. J. Y como, además, duda de su primera afirmación, expresa enseguida, que si tales declaraciones no fueran plena prueba, por lo menos constituirían indicios; y por este aspecto el Tribunal habría violado el artículo 665 del C. J.

La verdad es que los testimonios mencionados ni conforman una plena prueba testimonial, ni constituyen, separada o conjuntamente los indicios plurales, graves, precisos y conexos entre sí, capaces para demostrar el hecho que se pretende.

Los testigos no individualizan el cheque de que hablan ni lo identifican con el que fue materia del juicio ejecutivo movido por Londoño contra Jiménez, y que dió ocasión al juicio de revisión. No se sabe si ambos declarantes se refieren a un mismo instrumento o a cheques distintos; no declaran sobre la fecha del instrumento, ni sobre la persona del girado, ni sobre la suma girada. No dicen los declarantes si la admonición, notificación o prevención que aseveran haber sido hecha por Jiménez a Londoño hubiera tenido lugar antes o después de la negociación del instrumento, circunstancia ésta de tiempo absolutamente indispensable para poder calificar la tenencia

del cheque como de buena o de mala fe, y, por consiguiente, para la calificación del tenedor en debida forma. Porque, aún en el supuesto de que la noticia se hubiera dado a Londoño, había que probar que la recibió antes del endoso, no después de él, ya que en este último caso, la advertencia no podía perjudicarlo.

De suerte que no es impugnable la sentencia por no haberle dado el fallador a los testimonios traídos al juicio, el valor que pretende el recurrente.

No habiéndose traído al expediente el cheque materia de la impugnación en este juicio de revisión, resulta imposible saber si se reunen o no las condiciones señaladas en el artículo 55 de la ley 46 de 1.923, porque es del contexto mismo del instrumento de donde aparecen o no las circunstancias señaladas en los ordinales 1o. y 2o. de tal disposición; y por lo que hace a los ordinales 3o. y 4o., ya se ha visto que la prueba testimonial acompañada no tiene valor suficiente para darlos por establecidos; y el documento privado y secreto suscrito entre girador y beneficiarios no puede cambiar la posición jurídica del tenedor Londoño, porque no está demostrado que se le haya dado a conocer antes de la negociación del instrumento.

El recurrente, por otra parte, no demostró el concepto de violación del artículo antes citado, como tampoco la de los artículos 57 y 58 de la misma ley, y 766 del C. C.

En consecuencia, se rechaza el cargo.

RESOLUCION:

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia la fecha cinco (5) de marzo de mil novecientos sesenta y tres (1.963), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en el juicio ordinario seguido por Jesús María Jiménez V. contra Braulio Londoño V.

Sin costas porque no se causaron.

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

Arturo C. Posada. - Gustavo Fajardo Pinzón. - Enrique López de la Pava. -Enrique Coral Velasco. - José Hernández Arbeláez. - Julián Uribe Cadavid. - Ricardo Ramírez L., Secretario.

LESION DE ULTRAMITAD

Posibilidad de ésta en la cesión de derechos hereditarios o de gananciales hecha por el cónyuge supérstite. Valor probatorio de la escritura pública presentada en inspección ocular, como elemento básico para identificar el inmueble cuyo avalúo se efectúa por ese medio. El acta notarial, sin registro alguno, entre las partes prueba el contrato celebrado. El derecho sucesorio transmite la titularidad del causante al heredero sobre el patrimonio relicto, y la cesión transfiere el derecho del heredero al cesionario.

1. Sobre la conducencia de las pruebas presentadas en inspección ocular frente a la materia que se examina, decide discrecionalmente el juzgador de instancia, y su conducta al respecto no es censurable en casación sino cuando desciende a la arbitrariedad o atenta contra los dictados elementales del sentido común. Lo que no se predica de la escritura pública como elemento básico para identificar el inmueble cuyo avalúo se efectúa por ese medio, con asistencia de peritos, para determinar si la respectiva compraventa es rescindible por lesión de ultramitad.

Por modo que si el Tribunal estimó el valor probatorio de una escritura pùblica, presentada en la inspección ocular de segunda instancia, no actuó en detrimento de las normas instrumentales que califican el ingreso de las pruebas a los autos y les otorgan su correspondiente valor.

No desconoció tampoco el sentenciador los principios de lealtad e igualdad de las partes comprometidas en el proceso, ni el plano equitativo que debe sustentar la actividad de los litigantes. Porque la escritura pùblica otorgada precisamente por las mismas personas en pleito, como auténtica que es, no envuelve sorpresa, y se presenta, además, en acto procesal que se efectúa con intervención del juez y de las partes, como lo exige el citado ordinal 2o., artículo 597 del Código Judicial. Considerando que se acentúa con el artículo 649 *ibidem*, por el término allí concedido hasta la citación para sentencia, o antes de fallarse la causa, según el caso, para proponer la tacha de falsedad, no formulada en el presente litigio.

2. Si de acuerdo con el artículo 1857 del C. Civil la compraventa es el contrato consensual por excelencia, y sólo por excepción "la venta de los bienes raíces y servidumbres y de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública", no puede remitirse a duda que el acta notarial sin registro alguno, forma, solemniza y prueba plenamente entre las partes el contrato de compraventa celebrado, en fuerza de la misma ley, como título y no como modo de adquirir la propiedad.

No se trata, en efecto, de afirmar y probar titularidad del dominio frente a terceros, lo que atañe a la anotación de la escritura en el registro público, sino de medir el contenido jurídico de la compraventa como contrato y entre quienes concurrieron a su perfeccionamiento. Cuestión que arranca del propio instrumento notarial como formalidad *ad substantiam* y a la vez como auténtico medio de prueba entre las partes.

3. El derecho sucesorio resuelve el problema de la titularidad sobre el patrimonio de la persona fallecida. Quienes por el testamento o la ley entran en su reemplazo, son llamados al señorío de los bienes integrantes del activo, pero además a soportar las cargas y deudas integrantes del pasivo hereditario.

Si el heredero es único y acepta la herencia deferida, para disponer de inmuebles le basta obtener del decreto judicial de posesión efectiva, al tenor de los artículos 957 del Código Civil y 968 del Código Judicial.

Cuando hay varios nuevos titulares llamados al todo hereditario, necesariamente surgen las cuotas y la comunidad universal entre coherederos, que versa en concreto sobre todos y cada uno de los bienes singularizados, así como también concretamente sobre todos y cada uno de los elementos que les impone el pasivo hereditario. En esta segunda hipótesis no es posible entender antes de la partición que a uno cualquiera de los coherederos pertenezca de manera exclusiva cierto bien de la herencia. Pero sí está capacitado para ceder su derecho tal cual es; y el cesionario vendrá al lugar jurídico de su autor.

El derecho sucesorio trasmite la titularidad del causante al heredero sobre el patrimonio relicto. Y la cesión trasfiere el derecho al cesionario, pero no siempre el acto de la trasferencia envuelve el mismo contenido jurídico.

4. Si a trueque de una determinada prestación se cede el derecho de herencia en abstracto, o sea " sin especificar los efectos de que se compone", el cedente "no se hace responsable sino de su calidad de heredero" (1967 C. C); y la cesión que por lo general es negocio conmutativo y se rige por el principio de la utilidad equivalente para las partes, puede por excepción convertirse en aleatorio, por la contingencia incierta de ganancia o pérdida que a tiempo del negocio lleve aparejada.

Si además de no estar especificados en la cesión los efectos de que se compone la herencia, no se contaba el día del contrato con elementos de juicio que razonablemente permitieran deducir el justiprecio del derecho cedido, y dentro de esa incertidumbre las partes asumieron la contingencia de ganancia o pérdida, ninguna de las dos podría llamarse a lesión, y el cedente sanea con sólo tener la calidad de heredero, aunque el cesionario experimente pérdida neta.

Mas si a tiempo de la cesión eran conocidas las fuerzas de la herencia, como se revela a menudo por los hechos y principalmente después de la facción de inventarios, el elemento a sabiendas elimina el álea, aunque el traspaso se haga sin especificar los efectos de que se compone la herencia. Cabe entonces la teoría de la lesión, en guarda de la equitativa igualdad de utilidades para las partes contratantes.

Con mayor énfasis todavía cuando el derecho está cedido con respecto a determinado bien de la comunidad universal. Porque así la responsabilidad del cedente no se limita a su condición de heredero, sino que está obligado al saneamiento como vendedor de cosa ajena, en los términos del artículo 1401 del Código Civil, por el hecho de que no se le atribuya aquel bien en la partición hereditaria.

Lo mismo se predica *mutatis mutandis* para la cesión por el cónyugue sobreviviente, de su derecho vinculado a cierto inmueble de la sociedad conyugal ilíquida, en razón de ser también comunidad universal.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, veintinueve de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez).

La demanda de Jesús Valverde v. de Maya contra Diomedes Maya y Luisa Tobar de Maya pretendió la resolución del contrato de compraventa del predio de **La Tola** por falta de pago del precio, y en subsidio la rescisión del mismo contrato por causa de lesión enorme sufrida por la vendedora.

En las cláusulas del contrato, contenido en la escritura pública 299 de 29 de agosto de 1.958, Notaría de Cumbal, aparece que la demandante transfiere a título de venta a los demandados "un fundo de terreno denominado **La Tola**, ubicado dentro de la jurisdicción del Municipio de Guachucal, comprendido por los siguientes linderos: .... Se advierte así limitado la venta se relaciona TAN SÓLO A LA MITAD". Se estipula el precio de $4.000,oo; se expresa que la vendedora adquirió "por compra hecha dentro de la sociedad conyugal con su esposo el que fue señor Manuel Maya A. .... "; que desde la fecha entrega la vendedora "el inmueble que vende y le trasmite el dominio y posesión con todas las acciones consiguientes"; y que se "obliga al saneamiento de esta venta y a responder por cualquier gravamen que contra el inmueble que vende resulte". En tanto que los compradores Maya y Tobar de Maya, impuestos de la escritura, "dijeron: que la aceptan y aprueban en todas sus partes".

El litigio concluyó en primera instancia con fallo absolutorio del 5 de septiembre de 1.961, en que el Juez Civil del Circuito de Ipiales impuso costas a la demandante. Esta introdujo alzada, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto decidió el 30 de abril de 1.963, así:

".... .... REFORMA la sentencia apelada en los siguientes términos:

"1o. Absuelve a los demandados de los cargos contenidos en la petición principal de la demanda.

"2o. Decreta la rescisión por lesión enorme del contrato de compraventa contenido en la escritura 299 de 29 de agosto de 1.958 otorgada en la Notaría de Cumbal referente a una cuota parte equivalente a la mitad del predio denominado **La Tola**, ubicado en el Municipio de Guachucal y comprendido por los siguientes linderos generales: ....

"En consecuencia, los demandados, si aceptan la rescisión, entregarán a la demandante las posesiones que tengan en el predio antes descrito por cuenta

de la cuota parte comprada mediante la citada escritura; y la demandante, a su vez, devolverá a los demandados los $ 5.000.oo recibidos por concepto del precio. Los demandados restituirán los frutos percibidos en el predio a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda, en suma que se determinará en la forma indicada en el artículo 553 del Código Judicial; y la demandante pagará a los demandados los intereses legales de la suma recibida como precio, a partir de la misma fecha de la notificación del mencionado auto.

"Los demandados podrán a su arbitrio consentir en la rescisión o pagar a la demandante la suma de $6.250.oo para completar el justo precio del predio Lo Tolo, entendiéndose que en esta suma ya se ha efectuado la deducción de la décima parte de dicho justo precio.

"Señálase el término de quince días a partir de la notificación del auto de obedecimiento para que los demandados manifiesten si optan por completar el justo precio en la forma indicada. Vencido este término se tendrá por aceptada la rescisión y se procederá a la inmediata entrega del predio y devolución del precio en la forma determinada en esta sentencia. Asimismo se ordenará al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Ipiales la cancelación del registro de la escritura antes mencionada; y al Notario de Cumbal tome razón de la cancelación en la matriz de la mencionada escritura.

"3o. Costas comunes".

Decide ahora la Corte el recurso de casación de la parte demandada.

LA SENTENCIA RECURRIDA

Después de observar que la absolución de primera instancia se fundó en no aparecer con nota de registro la escritura 299 de 29 de agosto de 1.958, Notaría de Cumbal, y que la falla fue subsanada con allegar copia registrada de la misma escritura en el acto de la inspección ocular sobre el predio de Lo Tolo, en segunda instancia, el sentenciador desecha la pretensión resolutoria por encontrar establecido que los compradores pagaron en realidad $5.000.oo, o sea $1.000.oo más sobre el precio de $4.000.oo que la escritura reza.

Cuanto a la rescisión subsidiaria el fallo expresa:

"La escritura antes citada contiene el contrato de compraventa de una cuota parte equivalente a la mitad del predio Lo Tolo.

"Las compras de derechos de cuotas en bienes raíces no están exceptuadas de la acción de lesión enorme, porque el artículo 1946 del Código Civil establece una regla general, de la cual no se sustraen sino las excepciones expresas, que son: la consagrada en el artículo 32 de la Ley 57 de 1.887 para los bienes muebles y las ventas hechas por ministerio de la justicia, y la del artículo 218 del Código de Comercio para los contratos mercantiles. La Corte advierte: 'Puede haber lesión enorme en la venta de una cuota determinada de una finca raíz. En tal evento, al vendedor que ejercita tal acción rescisoria le compete evidenciar plenamente que el día en que se efectuó la venta el precio justo de la cuota vendida venía a ser más del doble del precio que recibió por ella. Y si se trata de la venta de una cuota determinada del inmueble, es claro que el justo precio de toda la cosa resulta de la suma total del precio de cada una de las partes'. (XXVIII. 77; LXVII. 490; LXXVII. 132).

"La parte demandada alega que los derechos en el predio son indeterminados y no pueden definirse sino en el juicio de sucesión de Manuel Maya.

"No tiene este argumento trascendencia en relación a la acción que se estudia, porque la compraventa se efectuó en cuota determinada de cuerpo cierto; y es lo que se debe tener en cuenta para la prosperidad de la acción: cuál fue el contrato de compraventa y sobre qué recayó. Es extraño a esta acción lo relacionado con el dominio y la situación jurídica del bien".

El Tribunal examina los dictamenes periciales de primera y segunda instancia para llegar a concluir que como la mitad del predio La Tola valía $12.500 a tiempo del contrato y el precio efectivamente recibido por la vendedora, de $5.000 según lo demostrado en autos, fue inferior al cincuenta por ciento de aquella cifra, la acción rescisoria prospera.

LA ACUSACION

El recurrente elabora cuatro cargos por la causal 1a. y uno por la 6a. del artículo 520, Código Judicial. Pero como todos ellos en el fondo integran la misma censura, es el caso de estudiarlos conjuntamente:

I. Invoca el numeral 1o., artículo 448, Código Judicial, "tan solo -dice- si la H. Corte considera que no es de recibo el cargo primero del capítulo anterior, porque en caso de fallarse un juicio ordinario con prueba prohibida para esta instancia según el Decreto 243 de 1.951, esto es, recibiendo a prueba en segunda instancia para decretar y practicar pruebas que sólo podían pedirse y practicarse en la primera, se viola el derecho de defensa que consagra el artículo 26 de la Carta, y por lo mismo se actúa, así, sin jurisdicción o usurpándola". De donde deduce que desde cuando el Tribunal abrió término de prueba "para traerse al proceso la prueba del contrato materia del pleito, y para hacerse avalúo con peritos del inmueble La Tola, aceptándose a la parte actora la designación del suyo, todo lo cual se hizo en auto del Tribunal de 1o. de diciembre de 1.961 (fl. 2 C. 5) se incurrió en la nulidad apuntada, que la H. Corte debe reconocer, amparando el derecho de defensa garantizado principalmente por la expresada norma constitucional".

II. Error de derecho por quebranto de los artículos 1o., Decreto 243 de 1.951, 597, 630 y 636 del Código Judicial, cuando consideró el sentenciador demostrado por la escritura pública 299 de 29 de agosto de 1.958 el contrato en litigio, lo que condujo a violar por aplicación indebida los artículos 1946 y 1947 del Código Civil, "pues -expresa- no estando demostrada la compraventa mal podría decretársele rescindida". Al respecto alega:

"Si la escritura 299 por no habérsele adjuntado con la nota de su registro y no habérsela expedido en forma legal por el Notario, en la primera instancia, se la tuvo como no acompañada a la demanda; y porque durante el término probatorio de la misma instancia, tampoco se la presentó en forma alguna ni se solicitó por conducto del Juzgado al Notario; es lo cierto que, en la primera instancia, la parte demandante prescindió de presentar o solicitar que al juicio se traiga dicha copia, que es la única prueba, de la existencia del contrato de compraventa. Y si en tal instancia no se pidió esa prueba durante el término probatorio, por la vía del artículo 536 del Código Judicial, ni se la allegó, por la del 630

ibidem, directamente, precluyó para la parte demandante, el derecho de probar que efectivamente existe el contrato de compraventa cuya rescisión se demanda....".

En sentir del recurrente, ya en segunda instancia no se podía "subsanar semejante olvido", porque de acuerdo con el Decreto 243 de 1.951, artículo 1º., no caben "pruebas que no se acompañaron, ni se pidieron ni se decretaron en la primera instancia; salvo que se trate de la prueba excepcional de inspección ocular, y no de otra prueba o clase de pruebas; puesto que los eventos de que tratan los numerales 1º., 2º. y 3º. del citado artículo, refiérense a pruebas sobre hechos nuevos, o a pruebas que se denegaron en su práctica por el a quo, o a pruebas que pedidas y decretadas en la primera instancia dejaron de practicarse sin culpa de la parte que las solicitó oportunamente. Y, además, porque la inspección ocular de que trata el numeral 4º., ni aún so color de lo que dispone el 2º. del artículo 597 del mismo Código Judicial, es, o significa, una nueva oportunidad probatoria para subsanarse los olvidos de probar en la primera instancia, lo que se debió probar con medios distintos de la prueba de inspección ocular".

De lo contrario -alega- se desnaturalizaría la prueba de inspección ocular para convertirla en instrumento que permitiera allegar medios extraños a la inspección misma. Cosa que el recurrente entiende sucedida con la escritura pública 299, presentada con nota de registro en el acto de la diligencia de inspección ocular en segunda instancia, cuando por carecer de tal nota no recibió valor probatorio en el primer grado procesal.

III. Error de derecho en considerar el Tribunal demostrada la lesión con la escritura 299, la inspección ocular y el dictamen pericial, pues el recurrente aduce que tales elementos no prueban que lo vendido fuese un inmueble o una cuota determinada del mismo, y que "por lo tanto, no se trate de venta de derechos universales ilíquidos, como derechos herenciales, o derechos sobre gananciales de sociedades conyugales disueltas e ilíquidas, radicados o no en uno más inmuebles de la herencia o sucesión o de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida, mejor dicho, de inmuebles pertenecientes a comunidades universales de bienes formadas por herederos o causahabientes del de cuius o de los cónyugues, quienes, así, no solo son titulares del dominio que pertenecía aquel o a los cónyuges, sino responsables de sus deudas: del pasivo de una u otra entidad patrimonial; por lo cual, en tratándose de ventas de estos derechos universales, radicados o no en uno o más raíces determinados, el objeto del contrato de compraventa, ya no es una cosa cierta o determinada, la que, perfectamente, puede resultar a la postre, al liquidarse la herencia o la sociedad conyugal disuelta, diminuta o inexistente; pues, hecha la liquidación, después del pago de las deudas de la herencia o de la sociedad conyugal, puede acontecer que el comprador no reciba nada del inmueble o inmuebles en que su vendedor radicó los derechos vendidos, o éstos se reduzcan a una mínima parte".

En desarrollo de estas ideas sostiene el recurrente la necesidad de la tradición, aún en la hipótesis de venta del derecho radicado en el todo o una cuota de inmueble de la comunidad universal "ya que jamás -dice- puede considerarse lesionado el vendedor de inmueble o cuota de inmueble determinado, cuya posesión jamás la ha tenido y que, consecuencialmente, su comprador, en realidad, nada recibe por el precio que le paga al comprar semejante objeto que no ingresa a su patrimonio".

De todo lo cual deduce que aquellas pruebas no demuestran la lesión, sino solo "que lo compravendido fue un derecho universal in genere radicado en

un raíz ganancial de una sociedad conyugal ilíquida y de una sucesión también ilíquida". Y que el Tribunal en la apreciación de dichos elementos quebrantó el artículo 596 del Código Judicial e indirectamente el 1947 del Código Civil por indebida aplicación al caso del pleito.

IV. Toma la cuestión por el ángulo de "error de hecho evidente en la apreciación de la totalidad de las pruebas aducidas por las partes, pues ninguna de ellas -en su sentir- conduce a demostrar que la demandante vendedora fue lesionada; porque todas esas pruebas acreditan: que la venta fue de derechos hereditarios o de gananciales, aleatoria, y por lo tanto no lesiva; que la vendedora al momento de vender sus gananciales radicándolos en la mitad del fundo Lo Tolo, no tenía en su poder ni el dominio ni la posesión de dicho inmueble, por lo cual, con la venta que hizo a mis poderdantes según la escritura 299, ella recibió el precio en el título pactado, pero los compradores, ni adquirieron ni recibieron la mitad de ese fundo, que se dijo venderles, aparentemente, como cuerpo cierto o cuota de cuerpo cierto, y por lo tanto, más bien, fueron éstos los lesionados, y no la vendedora; y, finalmente, que el avalúo de los peritos, no expresa el justo precio de lo vendido, ya que tal avalúo se refiere a cosa distinta de lo que en realidad se vendió".

Alude a que en la escritura 299 la vendedora expresa haber adquirido durante la sociedad conyugal que tuvo con su marido Manuel Maya A.; a que en la sucesión de este último el inmueble de Lo Tolo figura inventariado como bien de la sociedad conyugal ilíquida; a que la diligencia de secuestro demuestra que "desde antes de la escritura de compraventa de tales derechos, el inmueble, sobre los cuales gananciales al venderse alude la escritura, estaba en posesión de un tercero, Manuel Maya, por cuya razón la vendedora, con solo otorgar y firmar la escritura de venta, no entregó en manera alguna cuerpo cierto ni cuota de cuerpo cierto a los compradores"; y comenta:

"Todo lo cual está gritando a voces en el expediente que la actora, a quien correspondía acreditar que fue lesionada al hacer la venta de lo que se especificó en la escritura 299, no lo fue; por que la venta fue aleatoria o de meros derechos herenciales, o in genere de una sociedad conyugal disuelta e ilíquida, por muerte de uno de los cónyuges; y por que además ella no entregó a sus compradores la cuota de mitad que en la escritura se afirmó entregarles".

Para deducir violación indirecta de los artículos 1946 y 1947 del Código Civil, indebidamente aplicados.

V. Por último, el recurrente sitúa la acusación en el plano de mal entendimiento de los artículos 1946, 1947 del Código Civil y 32 de la Ley 57 de 1.887, "en cuanto el Tribunal no excluye de la acción rescisoria por lesión enorme la venta de derechos herenciales o de derechos del cónyugue sobreviviente en la sociedad conyugal disuelta e ilíquida; porque esta clase de ventas, aunque aleatoria, al decir del Tribunal, no está dentro de las excepciones que él acepta: venta de muebles, venta de inmuebles por ministerio de la justicia y ventas reguladas por el Código de Comercio; en esta hipótesis, de que el desaguisado del Tribunal se debe a ignorancia de la ley, entonces -agrega el recurrente- acuso la sentencia, que decretó la rescisión de compraventa de derechos aleatorios, por violación directa, o aparte de toda consideración probatoria, de los artículos 1946 y 1947 del Código Civil, y del 32 de la Ley 57 de 1.887; cuyos contenidos jurídicos los interpretó erróneamente".

SE CONSIDERA:

1. El artículo 1o. del Decreto Legislativo 243 de 1.951 atiende al trámite de los juicios ordinarios, contempla la oportunidad de recibir el asunto a pruebas en segunda instancia, y dispone que así suceda cuando alguna de las partes solicita la práctica de inspección ocular. (Ord. 4o.).

Ahora bien: manda el artículo 597 del Código Judicial que se estime el mérito de las pruebas que ingresan al proceso "por haberse presentado en inspecciones u otras diligencias en que intervienen el juez y las partes". (Ord. 2o.).

2. Sobre la conducencia de las pruebas presentadas en inspección ocular frente a la materia que se examina, decide discrecionalmente el juzgador de instancia, y su conducta al respecto no es censurable en casación sino cuando desciende a la arbitrariedad o atenta contra los dictados elementales del sentido común. Lo que no se predica de la escritura pública como elemento básico para identificar el inmueble cuyo avalúo se efectúa por ese medio, con asistencia de peritos, para determinar si la respectiva compraventa es rescindible por lesión de ultramitad.

Por modo que si el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto estimó el valor probatorio de la escritura pública 299, de 29 de agosto de 1.958, Notaría de Cumbal, presentada en la inspección ocular de segunda instancia, no actuó en detrimento de las normas instrumentales que califican el ingreso de las pruebas a los autos y les otorgan su correspondiente valor.

3. No desconoció tampoco el sentenciador los principios de lealtad e igualdad de las partes comprometidas en el proceso, ni el plano equitativo que debe sustentar la actividad de los litigantes. Porque la escritura pública otorgada precisamente por las mismas personas en pleito, como auténtica que es, no envuelve sorpresa, y se presenta, además, en auto procesal que se efectúa con intervención del juez y de las partes, como lo exige el citado ordinal 2o., artículo 597 del Código Judicial. Considerando que se acentúa con el artículo 649 ibidem, por el término allí concedido hasta la citación para sentencia, o antes de fallarse la causa, según el caso, para proponer la tacha de falsedad, no formulada en el presente litigio.

4. No examina el recurrente si por el hecho de ser los otorgantes de la escritura 299 las mismas personas que ahora como demandante y demandados comparecen ante la justicia, instrumento notarial en sí mismo, con abstracción de la nota de registro y según fue allegado en primera instancia, era suficiente entre las partes, tanto como formalidad sustancial de la compraventa, como para demostrar a plenitud el contrato y establecer en concreto el contenido de sus cláusulas. Porque si de acuerdo con el artículo 1857 del Código Civil la compraventa es el contrato consensual por excelencia, y sólo por excepción "la venta de los bienes raíces y servidumbres y de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública", no puede remitirse a duda que el acta notarial sin registro alguno, forma, solemniza y prueba plenamente entre las partes el contrato de compraventa celebrado, en fuerza de la misma ley, como título y no como modo de adquirir la propiedad.

No se trata, en efecto, de afirmar y probar titularidad del dominio frente a terceros, lo que atañe a la anotación de la escritura en el registro público, sino de medir el contenido jurídico de la compraventa como contrato y entre quie-

nes concurrieron a su perfeccionamiento. Cuestión que arranca del propio instrumento notarial como formalidad ad substantiam y a la vez como auténtico medio de prueba entre las partes.

5. El derecho sucesorio resuelve el problema de la titularidad sobre el patrimonio de la persona fallecida. Quienes por el testamento o la ley entran en su reemplazo, son llamados al señorío de los bienes integrantes del activo, pero además a soportar las cargas y deudas integrantes del pasivo hereditario.

Si el heredero es único y acepta la herencia deferida, para disponer de inmuebles le basta obtener el decreto judicial de posesión efectiva, al tenor de los artículos 957 del Código Civil y 968 del Código Judicial.

Cuando hay varios nuevos titulares llamados al todo hereditario, necesariamente surgen las cuotas y la comunidad universal entre coherederos, que versa en concreto sobre todos y cada uno de los bienes singularizados, así como también concretamente sobre todos y cada uno de los elementos que les impone el pasivo hereditario. En esta segunda hipótesis no es posible entender antes de la partición que a uno cualquiera de los coherederos pertenezca de manera exclusiva cierto bien de la herencia. Pero sí está capacitado para ceder su derecho tal cual es; y el cesionario vendrá al lugar jurídico de su autor.

6. El derecho sucesorio trasmite la titularidad del causante al heredero sobre el patrimonio relicto. Y la cesión trasfiere el derecho al cesionario, pero no siempre el acto de la trasferencia envuelve el mismo contenido jurídico.

7. Si a trueque de una determinada prestación se cede el derecho de herencia en abstracto, o sea "sin especificar los efectos de que se compone", el cedente "no se hace responsable sino de su calidad de heredero" (1967 C. C.); y la cesión que por lo general es negocio conmutativo y se rige por el principio de la utilidad equivalente para las partes, puede por excepción convertirse en aleatorio, por la contingencia incierta de ganancia o pérdida que a tiempo del negocio lleve aparejada.

8. Si además de no estar especificados en la cesión los efectos de que se compone la herencia, no se contaba el día del contrato con elementos de juicio que razonablemente permitieran deducir el justiprecio del derecho cedido, y dentro de esa incertidumbre las partes asumieron la contingencia de ganancia o pérdida, ninguna de las dos podría llamarse a lesión, y el cedente sanea con sólo tener la calidad de heredero, aunque el cesionario experimente pérdida neta.

9. Mas si a tiempo de la cesión eran conocidas las fuerzas de la herencia, como se revela a menudo por los hechos y principalmente después de la facción de inventarios, el elemento a sabiendas elimina el alea, aunque el traspaso se haga sin especificar los efectos de que se compone la herencia. Cabe entonces la teoría de la lesión, en guarda de la equitativa igualdad de utilidades para las partes contratantes.

Con mayor énfasis todavía cuando el derecho está cedido con respecto a determinado bien de la comunidad universal. Porque así la responsabilidad del cedente no se limita a su condición de heredero, sino que está obligado al saneamiento como vendedor de cosa ajena, en los términos del artículo 1401 del Código Civil, por el hecho de que no se le atribuye aquel bien en la partición hereditaria.

Lo mismo se predica mutatis mutandis para la cesión por el cónyuge sobreviviente, de su derecho vinculado a cierto inmueble de la sociedad conyugal ilíquida, en razón de ser también comunidad universal.

10. A la simple lectura del instrumento de traspaso aparece compravendida la mitad del predio de La Tola como cuota de cuerpo cierto. La circunstancia de que la vendedora exprese por antecedente la adquisición durante la sociedad conyugal con su marido Manuel Maya A., es inepta para trasformar el negocio de conmutativo en aleatorio. Es simplemente la compraventa de cuota determinada de una cosa singular por precio también determinado en una cantidad de dinero. De manera que aún en el supuesto de que a la cónyuge sobreviviente no se le adjudicara esa mitad en la liquidación de la sociedad conyugal, sería de observar que el contrato no pierde su carácter conmutativo aún en la hipótesis de venta de cosa ajena, que sería en último término el tratamiento aplicable en eventualidades de ese género.

11. Debe anotarse además que en realidad no se trata de ventilar la obligación de saneamiento, cuanto a la posesión recibida o perdida por los compradores, sino sólo de saber si la validez del contrato hace quiebra por lesión enorme de la vendedora. Si cae el título de los compradores porque eligen este resultado en lugar del ajuste legal del precio, restituirán en los términos del fallo acusado "las posesiones que tengan en el predio antes descrito por cuenta de la cuota parte comprada mediante la citada escritura". Lo cual es obvio.

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 30 de abril de 1963 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en el presente litigio de Jesús Valverde v. de Maya contra Diomedes Maya y Luisa T. de Maya.

No aparecen causadas costas en casación.

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

Arturo C. Posada - Enrique Coral Velasco - Gustavo Fajardo Pinzón - Enrique López de la Pava - Julián Uribe Cadavid - José Hernández Arbeláez. - Ricardo Ramírez L., Secretario.

PARTICION MATERIAL

La sentencia que la aprueba consuma las adjudicaciones que ella reza y tiene carácter meramente declarativo. En esta materia los recursos de apelación y casación proceden contra la sentencia aprobatoria de la partición, pero no contra este trabajo tomado independientemente de la misma sentencia. Certificados del Registrador. No suplen al título ni a la prueba de la sentencia aprobatoria de la partición.

1. La partición judicial, como este calificativo lo indica, es la hecha ante juez, cuya aprobación requiere. Así lo ordena, para la partición de herencia, el artículo 964 del C. J. que impone esta aprobación, tanto cuando todos los interesados se lo piden unánimemente o por ninguno de éstos se objeta el trabajo, como cuando, habiéndose suscitado objeciones por parte de alguno de ellos, el juez las declara infundadas. Es mas, aun para el caso de que el testador haya hecho la partición conforme lo permite el artículo 1375 del C. Civil, el 969 del C. J. exige que se dicte sentencia aprobatoria de dicho acto. Y, según el artículo 967 ibid., el juez en la misma sentencia aprobatoria de la partición debe mandar que ésta y aquélla se inscriban en el competente libro de la oficina u oficinas de registro respectivos. Por otra parte, estatuye el 1152 ibid. que son aplicables al juicio de división material de bienes comunes "los artículos 959 a 967, relativos a la partición de la herencia en lo pertinente". Por último, los recursos de apelación y de casación en estos juicios, por la naturaleza misma de las cosas, no se conciben y por lo mismo no proceden contra el trabajo de partición en sí mismo considerado, sino contra la sentencia del inferior, si se trata del primero de tales recursos, o contra la del Tribunal, si se trata del segundo (arts. 966 y 519).

Lo dicho hace ver que, en punto de partición judicial, lo que da valor a ésta y consuma las adjudicaciones que ella reza, es la sentencia en firme que la aprueba. O lo que es lo mismo que el mero trabajo de partición, sin la sentencia que lo apruebe no constituye el título de las adjudicaciones. Por eso, al hacer cierta clasificación de los títulos de dominio, el artículo 765 del C. Civ., coloca en una de sus especies "las sentencias de adjudicación en juicios divisorios". Es claro que, como lo enseña la doctrina, tales sentencias tienen un carácter meramente declarativo, que es el que en nuestro derecho corresponde a todo acto de partición, como así lo determinan preceptos de trascendencia sistemática tales como los artículos 779 y 1401 del C. Civil., según los cuales, la división de la cosa común, sea ésta universal o singular, se remonta en sus efectos al momento inicial de la comunidad, entendiéndose que cada divisionario ha sucedido inmediata y exclusivamente al causante de la comunidad, en la porción que en la división le ha cabido y no haber tenido jamás parte alguna en los efectos asignados a los demás partícipes.

2. No cabe admitir, cual lo pretende el recurrente, que la simple certificación del Registrador de Instrumentos Públicos acerca de la adjudicación hecha al demandante en juicio divisorio y en que se hace referencia al registro de la sentencia aprobatoria de la partición, supla la prueba de tal sentencia, que se echa de menos en el presente juicio reivindicatorio, porque a la par con el artículo 632 del C. J., según el cual hacen plena prueba acerca de su contenido los instrumentos provenientes de funcionarios que ejerzan cargos por autoridad pública, en lo referente al ejercicio de sus funciones, y las copias de tales documentos expedidas formalmente y autorizadas por los secretarios o empleados encargados de los archivos, el artículo 636 ib. preceptúa que "Cuando las partes pretendan hacer uso de instrumentos públicos no acompañados a la demanda, o a la contestación, o a los memoriales sobre excepciones, pidan dentro de los términos probatorios se libre despacho al funcionario correspondiente para que, a costa del interesado, expida u ordene expedir copia del instrumento, y la envíe por conducto del respectivo registrador, cuando es el caso de que se le ponga nota de registro".

Lo que quiere decir que, tratándose de acreditar títulos que corren en archivos públicos, de donde no pueden extraerse para llevarlos originales al juicio, la prueba al efecto requerida por la ley es la copia de tales instrumentos presentada en cualquiera de las oportunidades previstas por la ley. Y al tenor de lo dispuesto en el artículo 2675 del C. Civ., la copia del título, como prueba, no puede suplirse por la certificación que expida el registrador acerca del punto o de los puntos de que haya constancia en el registro, relativamente a los contenidos en el título original, sino "cuando se compruebe la pérdida del protocolo o del expediente en que estaba consignado el título original registrado, y no existiere en poder del respectivo interesado la copia legalizada del título, ni de éste hubiere constancia plena en expedientes que se guarden en alguna oficina pública.....".

En relación con el alcance del ordinal 4o. del artículo 2640 del C. Civ., puede verse la casación de 12 de febrero de 1.963 (juicio ordinario de Justo Céspedes N. contra Dámaso Almanza).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, treinta de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el actor contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, con fecha 3 de julio de 1.961, en el juicio ordinario seguido por Aristipo Lince frente a Rosalía Escobar v. de López.

- I -

EL LITIGIO

Ante el Juez Promiscuo de El Cerrito, Aristipo Lince demandó en juicio de reivindicación a Rosalía Escobar v. de López, para que, previa declaración de que el actor es dueño absoluto de un lote de terreno constante de 10 fanegadas y 1.590 varas cuadradas, ubicado en jurisdicción del municipio de Ginebra y de-

terminado por los linderos que reza el punto A) de la parte petitoria del libelo, se condenase a la demandada a entregarle el referido inmueble, más el valor de los frutos naturales y civiles que ella hubiere percibido y el de los que el demandante hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, al haber tenido el bien en su poder.

Como HECHOS fundamentales de la pretensión, se alegaron los siguientes:

1o. Que en el juicio de las sucesiones acumuladas de Domingo Escobar y Anastasia Higuera de Escobar, protocolizado en la Notaría 1a. de Buga bajo la escritura número 1415 de 6 de septiembre de 1.947, se les adjudicó en común a los herederos universales Rosalía Escobar v. de López, Jesús María y Rafael Tobías Escobar Higuera, un terreno denominado "La Lucha", que al ser medido dió una extensión de 33 pzs. y 9.830 vrs. cuadradas, y cuyos linderos se indican en el mismo punto;

2o. que, en el año de 1.950, los mismos comuneros promovieron juicio sobre prescripción adquisitiva del referido terreno denominado "La Lucha", en el que obtuvieron del Juez Civil del Circuito de Buga sentencia en que se les reconoció la adquisición por prescripción del dominio en común, la cual sentencia corre protocolizada en la misma Notaría mediante la escritura número 1792 de 28 de septiembre de 1.950;

3o. que por escritura número 185 de 28 de enero de 1.952, el comunero Rafael Tobías Escobar dió en venta al actor Aristipo Lince todos los derechos que al primero pudieran corresponderle sobre el inmueble que había adquirido conjuntamente con sus hermanos Rosalía Escobar v. de López y Jesús María Escobar Higuera, según los títulos anteriormente relacionados;

4o. que, en el año de 1.953, el demandante Lince propuso contra los otros dos comuneros, Rosalía y Jesús M. Escobar, un juicio de división del aludido terreno común, con el resultado de que en ese juicio se le adjudicó al mismo Lince la porción designada como lote A), de extensión de 10 fanegadas y 1.590 varas cuadradas, determinada por los linderos que en el mismo punto se expresan. Dícese allí que el Juzgado Civil del Circuito de Buga, en providencia de 2 de junio de 1.955, aprobó la partición material efectuada en dicho juicio, y que tales trabajo y providencia fueron debidamente registrados, después de haber llegado la partición hasta la Corte Suprema de Justicia, y que el juicio se encuentra protocolizado en la Notaría 1a. de Palmira por medio de la escritura número 461 de 1o. de marzo de 1.960;

5o. que la demandada Rosalía Escobar v. de López, desde el mismo momento en que el actor adquirió los derechos del comunero Rafael Tobías Escobar, se negó a dejarlo entrar en posesión de lo que le correspondía; y que ella ha venido desde entonces poseyendo, con ánimo de señor y dueño, vale decir, sin reconocer dominio ajeno, la totalidad del inmueble de 33 fanegadas y 9.830 varas cuadradas a que se refiere el punto 1º. de los hechos y dentro del cual se encuentran las 10 fanegadas y 1.590 varas cuadradas que le correspondieron al demandante Lince T. en la división en referencia;

6o. que la posesión material que sobre el inmueble de las 10 fanegadas y 1.590 varas cuadradas viene ejercitando la demandada Rosalía Escobar vda. de López, no tiene fundamento alguno, pues a favor del actor obra la sentencia sobre prescripción adquisitiva de dominio citada en el punto 2º., como quiera que el ac-

lor adquirió el derecho que por tal sentencia se le reconoció a su tradente Rafael Tobías Escobar, quien, con el consentimiento expreso de la demandada, quedó como dueño y poseedor regular de la porción de terreno objeto de este juicio; y

7o. que la actual poseedora del mismo lote de terreno, quien tiene cultivos de maíz y fríjol en él, está ejercitando dicha posesión sin título ni derecho alguno desde hace ocho años.

En DERECHO se invocaron los artículos 946, 947, 948, 950, 952 y 953 del C. Civ., y 734, 737 y 739 del C. J.

Denegadas unas excepciones dilatorias y sin contestación de la demanda, surtióse la primera instancia, en la que se adujeron pruebas de una y otra parte y en el decurso de la cual la demandada propuso la excepción de prescripción ordinaria adquisitiva del dominio. El Juez del Circuito profirió fallo mediante el cual declaró no probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada y acogió las peticiones del actor.

Por apelación de la demandada, abrióse el segundo grado del juicio, a que puso fin la sentencia de fecha 3 de julio de 1.961, por la cual el Tribunal de Buga revoca la del inferior, dispone que "No hay lugar a formular las declaraciones suplicadas en el escrito de demanda" y condena al actor en las costas del juicio.

- II -

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

A virtud del recurso de casación interpuesto por el litigante vencido, hállase al examen de la Corte la sentencia de segunda instancia cuyo razonamiento, para desestimar la reivindicación intentada, consiste en que el actor no trajo al juicio la prueba del dominio sobre el inmueble cuya posesión persigue.

Al efecto, dice el sentenciador que el Juez a quo, al estimar como prueba de la titularidad de la acción ejercitada la escritura número 185 de 28 de enero de 1.952, de la Notaría 1ª. de Buga, por la cual el demandante compró a Rafael Tobías Escobar Higuera los derechos pro indiviso que a éste le fueron adjudicados en la sucesión de Domingo Escobar y Anastasia Higuera de Escobar sobre el inmueble "La Lucha", no cayó en la cuenta de que el demandante Lince no persigue en este juicio los derechos pro indiviso a que tal escritura se refiere, sino, concretamente, el lote especial de que habían el hecho 4o. de la demanda y la 1a. de sus súplicas; y que lo mismo puede decirse en cuanto consideró como prueba del dominio la sentencia de prescripción adquisitiva del inmueble "La Lucha", proferida a favor de Rosalía López v. de Escobar, Jesús María y Rafael Tobías Escobar Higuera, en común. Por lo que concluye así:

"En síntesis, la acción de dominio en este juicio se funda esencialmente en la afirmación del demandante de pertenecerle el lote especial de que hablan el Hecho Cuarto y la Petición A) de la demanda por virtud de la adjudicación que se le hizo en el juicio divisorio del inmueble antes común antes 'La Lucha', juicio que fue protocolizado por medio de la escritura No. 461 de 10 de marzo de 1.960 de la Notaría Primera de Palmira.

"Pero aunque se cite en el fallo apelado tal instrumento público como prueba del dominio del bien especial que se pretende reivindicar, se erró, en cambio,

en la estimación de esa prueba por no haberse observado que lo que el demandante trajo a los autos fue únicamente la copia de la adjudicación que se le hizo en el cuestionado juicio de división material.

"Mas no trajo el actor en ninguna oportunidad del juicio ni en forma alguna copia auténtica de la sentencia aprobatoria de aquel trabajo de partición, sentencia aprobatoria que en el cuestionado juicio divisorio debió proferirse puesto que de ello se habla en el Hecho Cuarto de la demanda y en el Certificado del Registrador de II. PP. también acompañado a la misma.

"Es obvio que la simple copia de la hijuela de adjudicación producida en juicio de división de bienes comunes, como en este negocio se ha allegado, no es más que un acto jurídico de exclusiva índole procesal, pues en aquella clase de juicios la finalidad jurídica perseguida de radicar el derecho común del comunero en forma exclusiva sobre una parte determinada del inmueble objeto de la acción divisoria en orden a que el copartícipe se entienda haber poseído exclusivamente la parte que por la división le cupiere (C. C. 779), se cumple tal finalidad y se obtiene si además se cumple y agregan el acto jurisdiccional que, como función propia, imprime al acto procesal de la partición la virtualidad de radicar el derecho de propiedad del comunero en la parte que le ha sido adjudicada, y la inscripción de esta adjudicación y aquella sentencia aprobatoria en la Oficina de II. PP. como lo ordena el Art. 756 del citado código civil. En otros términos, la partición judicial y su aprobación mediante sentencia correspondiente y el registro de ambas, son el título de adquisición de la propiedad del adjudicatario sobre el bien que le es especialmente adjudicado para radicar concretamente su derecho común, título complejo que el Art. 765 del expresado código califica de justo título de adquisición".

- III -

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Con fundamento en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, el recurrente dice acusar la sentencia del Tribunal de Buga por violación de ley sustantiva, proveniente ya de apreciación errónea de pruebas, ya de su falta de apreciación.

Los argumentos con que el cargo está elaborado permiten entender su estructuración así:

No haber apreciado el sentenciador, con sujeción a su mérito probatorio, los siguientes documentos aducidos por el actor en demostración de sus derechos, a saber: la escritura pública número 185 de 28 de enero de 1.952, de la Notaría 1ª. de Buga, por la cual el demandante Lince compró a Rafael Tobías Escobar Higuera sus derechos en el predio rural de "La Lucha"; la sentencia proferida por el Juez Civil del Circuito de Buga, con fecha 4 de agosto de 1.950, que declaró el condominio de Rafael Tobías Escobar Higuera sobre el citado predio de "La Lucha", protocolizada en la misma Notaría bajo la escritura número 792 (sic) de 28 de septiembre de 1.950; la hijuela de adjudicación del lote de terreno que ahora se reivindica, hecha a favor del demandante Lince en el juicio de división material de la finca de "La Lucha", cuyo expediente contentivo de tal hijuela corre protocolizado en la Notaría 1a. de Palmira por escritura número 461 de 1º. de marzo de 1.960; y el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de Buga

en que consta que esa partición material fue aprobada y que la sentencia aprobatoria de la misma se encuentra debidamente registrada;

que todos estos documentos concurren a demostrar el dominio que el demandante tiene sobre el bien raíz perseguido;

que por las fallas de apreciación de los tres instrumentos primeramente citados, el Tribunal violó los artículos 1759 del C. Civ., 593, 597, 630 y 632 del C. J. y consecuencialmente los artículos 669, 673, 740, 756, 765, 1849, 1857, 2512, 2322, 2340, 1374, 946 y 665 del C. Civ. y 1134 del C. J.; y que por el yerro en la estimación del certificado del Registrador de Buga, infringió el ordinal 4o. del artículo 2640 del C. Civ., lo que contribuyó al quebrantamiento del derecho contenido en los artículos 946, 665, 669 y 673 del mismo Código.

En síntesis: que, por haber estimado mal o desapreciado las pruebas del dominio del actor sobre el inmueble objeto de esta acción reivindicatoria, el Tribunal la denegó, vulnerando los aludidos preceptos de la ley sustancial que reconocen y amparan ese dominio.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. No resulta cierto que el Tribunal hubiera quebrantado la ley probatoria, al no concederle valor demostrativo del dominio que el actor alega, ni a la sentencia del Juez Civil del Circuito de Buga, de 4 de agosto de 1.950, por la cual se reconoció la adquisición mediante prescripción extraordinaria del predio de "La Lucha" por Rosalía Escobar v. de López, Jesús María Escobar Higuera y Rafael Tobías Escobar Higuera, ni a la escritura número 185 de 28 de enero de 1.952, por la cual el demandante compró a Rafael Tobías Higuera el derecho pro indiviso que a éste se le había adjudicado sobre el mismo predio en las sucesiones acumuladas de Domingo Escobar y Anastasia Higuera, por lo que el sentenciador conceptuó respecto de estos títulos no fue otra cosa que la de que ellos, por referirse a derechos pro indiviso, no acreditaban por sí solos el dominio exclusivo del actor sobre el bien o cosa singular que persigue y que, por lo tanto, no lo legitimaban para la acción en este último sentido intentada. Si las pruebas han de ajustarse a la situación jurídica que se quiere demostrar, es claro que por este aspecto el razonamiento del Tribunal se acomoda a derecho, porque los títulos de que se trata sólo servirían como antecedentes del dominio que luego hubiera podido obtener el demandante sobre la porción que se le adjudicase en la división material del predio comunero, pero por sí solos no constituyen titularidad suficiente para acreditar propiedad exclusiva sobre determinada parte del mismo predio.

2. Tampoco ocurre que el sentenciador hubiera apreciado erradamente la hijuela que se dice formada al demandante Aristipo Lince en el juicio de división material del predio de "La Lucha", tal como dicha hijuela aparece en la presente causa, bajo traslado de la escritura de protocolización número 461 de 10 de marzo de 1.960, de la Notaría 1a. de Palmira. Porque el motivo que tuvo el Tribunal para desestimar esta prueba no fue otro que el de que, no habiéndose producido la copia de la sentencia que debió de dictar el juez para aprobar el respectivo trabajo de partición, la hijuela por sí sola no es prueba eficaz de la adjudicación. Ciertamente, en la copia que al juicio se adujo del trabajo de división material del predio denominado "La Lucha", no aparece la de sentencia judicial

alguna que aprobase tal trabajo, ni de esa sentencia, como lo dice el juzgador, aparece copia en parte alguna del expediente.

3. La partición judicial, como este calificativo lo indica, es la hecha ante juez, cuya aprobación requiere. Así lo ordena, para la partición de herencia, el artículo 964 del C. J. que impone esta aprobación, tanto cuando todos los interesados se lo piden unánimente o por ninguno de éstos se objeta el trabajo, como cuando, habiéndose suscitado objeciones por parte de alguno de ellos, el juez las declara infundadas. Es mas, aun para el caso de que el testador haya hecho la partición conforme lo permite el artículo 1375 del C. Civ., el 969 del C. J. exige que se dicte sentencia aprobatoria de dicho acto. Y, según el artículo 967 ibid., el juez en la misma sentencia aprobatoria de la partición debe mandar que ésta y aquélla se inscriban en el competente libro de la oficina u oficinas de registro respectivas. Por otra parte, estatuye el 1152 ibid. que son aplicables al juicio de división material de bienes comunes "los artículos 959 a 967, relativos a la partición de la herencia en lo pertinente". Por último, los recursos de apelación y de casación en estos juicios, por la naturaleza misma de las cosas, no se conciben y por lo mismo no proceden contra el trabajo de partición en sí mismo considerado, sino contra la sentencia del inferior, si se trata del primero de tales recursos, o contra la del Tribunal, si se trata del segundo (arts. 966 y 519).

4. Lo dicho hace ver que, en punto de partición judicial, lo que da valor a ésta y consuma las adjudicaciones que ella reza, es la sentencia en firme que la aprueba. O lo que es lo mismo que el mero trabajo de partición, sin la sentencia que lo apruebe no constituye el título de las adjudicaciones. Por eso, al hacer cierta clasificación de los títulos de dominio, el artículo 765 del C. Civ., coloca en una de sus especies "las sentencias de adjudicación en juicios divisorios". Es claro que, como lo enseña la doctrina, tales sentencias tienen un carácter meramente declarativo, que es el que en nuestro derecho corresponde a todo acto de partición, como así lo determinan preceptos de trascendencia sistemática tales como los artículos 779 y 1401 del C. Civ., según los cuales, la división de la cosa común, sea ésta universal o singular, se remonta en sus efectos al momento inicial de la comunidad, entendiéndose que cada divisionario ha sucedido inmediata y exclusivamente al causante de la comunidad, en la porción que en la división le ha cabido y no haber tenido jamás parte alguna en los efectos asignados a los demás partícipes.

5. Por lo tanto, como, en el caso de la litis, el actor no produjo copia de la sentencia por la cual se dice fue aprobada la partición material en que estriba la adjudicación por él invocada como fundamento de dominio exclusivo sobre el lote que persigue, el Tribunal está en lo cierto al afirmar que el demandante no ha demostrado el título de ese dominio, como presupuesto indispensable para triunfar en esta acción.

6. Ni cabe admitir, cual lo pretende el recurrente, que la simple certificación del Registrador de Instrumentos Públicos acerca de la adjudicación hecha al demandante en el susodicho juicio divisorio y en que se hace referencia al registro de la sentencia aprobatoria de la partición, supla la prueba de tal sentencia, que se echa de menos, porque a la par con el artículo 632 del C. J., según el cual hacen plena prueba acerca de su contenido los instrumentos provenientes de funcionarios que ejerzan cargos por autoridad pública, en lo referente al ejercicio de sus funciones, y las copias de tales documentos expedidas formalmente y autorizadas

por los secretarios o empleados encargados de los archivos, el artículo 636 ibid. preceptúa que "Cuando las partes pretendan hacer uso de instrumentos públicos no acompañados a la demanda, o a la contestación, o a los memoriales sobre excepciones, piden dentro de los términos probatorios se libre despacho al funcionario correspondiente para que, a costa del interesado, expida u ordene expedir copia del instrumento, y la envíe por conducto del respectivo registrador, cuando es el caso de que se le ponga nota de registro".

Lo que quiere decir que, tratándose de acreditar títulos que corren en archivos públicos, de donde no pueden extraerse para llevarlos originales al juicio, la prueba al efecto requerida por la ley es la copia de tales instrumentos presentada en cualquiera de las oportunidades previstas por la ley. Y al tenor de lo dispuesto en el artículo 2675 del C. Civ., la copia del título, como prueba, no puede suplirse por la certificación que expida el registrador acerca del punto o de los puntos de que haya constancia en el registro, relativamente a los contenidos en el título original, sino "cuando se compruebe la pérdida del protocolo o del expediente en que estaba consignado el título original registrado, y no existiere en poder del respectivo interesado la copia legalizada del título, ni de éste hubiere constancia plena en expedientes que se guarden en alguna oficina pública....".

7. Como lo dijo la Corte en sentencia de casación de 12 de febrero de 1.963, aún no publicada (juicio ordinario de Justo Céspedes N. contra Dámaso Almanza), señalando el alcance del ordinal 4o. del artículo 2640 del C. Civ., "cuando este precepto confiere a los registradores la atribución de 'certificar, con vista en los respectivos libros, acerca del estado o situación en que se encuentren los inmuebles existentes en el lugar', esa función está circunscrita en el texto a la concreta finalidad de informar sobre esa situación a quienes, interesados en conocerla, soliciten las certificaciones pertinentes; pero, el precepto no le atribuye a estas certificaciones la virtud de servir, en juicio, de prueba de los títulos traslaticios o declarativos del dominio sobre inmuebles. Quiere decir que las certificaciones del Registrador, en estos casos, son prueba de haberse hecho la inscripción del título, pero no demuestran el título mismo, cuando éste ha de acreditarse, lo cual sólo puede hacerse mediante la aducción del propio título, esto es, de su copia formalmente expedida.

"Confirma esta conclusión el precepto del artículo 2675 que solo y excepcionalmente admite que un título sujeto a registro pueda suplirse con el certificado del Registrador acerca del punto o de los puntos de que haya constancia en el Registro, relativa a los contenidos en aquél, 'cuando se compruebe la pérdida del protocolo o del expediente en que estaba consignado el título original registrado' y concurran las demás circunstancias señaladas en el mismo artículo.

"No es ésta una novedad doctrinal, sino conclusión consagrada por una jurisprudencia constante, de que podrían citarse numerosos fallos, uno de ellos el de casación civil de fecha 20 de marzo de 1.952 (LXXI, 2112, págs. 442 a 446), en donde la Corte, reafirmando que la prueba del dominio de inmuebles dimanante de actos sujetos al registro es de solemnidad irreemplazable y 'consiste en la copia auténtica de los títulos con su nota de haberse inscrito adecuadamente en la respectiva Oficina de Registro de Instrumento Públicos y Privados', dijo:

"'De manera que no es solamente cuando se trata de escrituras de compraventa, servidumbres, testamentos, donaciones, capitulaciones matrimoniales, que

el rigor legal exige la presentación del título mismo, sino que, en forma clara y terminante se exige siempre que se trate de títulos registrados.

"'La partición y sentencia aprobatoria en juicio de sucesión, constituye un título sujeto al registro, pues sin esta formalidad no se operaría la trasmisión del dominio o usufructo o servidumbre etc., sobre inmuebles que se hayan adjudicado a un heredero o legatario. Por consiguiente, para demostrar que el dominio de un inmueble pasó del causante al heredero o al legatario, o al cónyuge supérstite por razón de gananciales, etc., es indispensable llevar al juicio el título registrado, al tenor del citado artículo 2652 del Código Civil. Y esa prueba solemne no puede sustituirse con otra alguna, a no ser que esté en el caso contemplado por el artículo 2675 del Código Civil .....'".

8. Como la especie que se litiga se encuentra por fuera de la órbita del artículo 2675 del C. Civ., no está en manos de la Corte cambiar la conclusión ineluctable a que llegó el Tribunal de que, por no haberse producido la copia formal de la sentencia que aprobase la partición invocada por el actor como título de su dominio, éste no fué demostrado, motivo que por sí solo hace frustránea la reivindicación pretendida. Quiere decir que la sentencia no incurrió en las infracciónes de la ley que el recurrente le imputa, por lo cual ha de mantenerse en pie.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha tres (3) de julio de mil novecientos sesenta y uno (1.961), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga.

Sin costas en el recurso, por no aparecer causadas.

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

Arturo C. Posada. - Gustavo Fajardo Pinzón. - Enrique Coral Velasco. - José Hernández Arbeláez. - Enrique López de la Pava. - Julián Uribe Cadavid. - Ricardo Ramírez L., Secretario.

SECUESTRO DE BIENES HEREDITARIOS

Significado y finalidad. Enajenación por el secuestre de cosas fungibles. Alcance de los deberes y facultades administrativas de los secuestres. Cuándo deben intervenir los herederos.

La solicitud de secuestro de los bienes relictos, formulada al Juez por cualquiera de los partícipes, significa de plano que los coherederos no están de acuerdo en cuanto a la gerencia de los bienes hereditarios. Por ello, en guarda de los intereses comunes, la administración se traslada de los herederos al secuestre.

Esta finalidad simplemente administrativa enmarca las facultades y deberes del secuestre, equivalentes a los del mandatario (2279 C. C.). Sólo por excepción y como providencia claramente conservatoria, cuando el objeto del secuestro es cosa fungible o que pueda dañarse o sufrir deprecio, merma o deterioro, el secuestre puede y debe enajenarla lo más pronto posible y mantener en depósito el producto (3, 287 C.' J.).

Las facultades administrativas comprenden los requerimientos envueltos por la gestión normal encaminada a obtener que los bienes rindan el producto económico de su destino, dentro del giro ordinario del negocio, sin detrimento de su naturaleza, contenido y seguridad. Lo cual excluye y prohibe en la misma medida los actos dispositivos o de enajenación.

De ahí lo estatuído por el artículo 2158 del C. Civil.

Entonces: cuando se contempla no un simple crédito para el cobro judicial o extrajudicial dentro del giro administrativo ordinario de la gestión confiada al secuestre, sino de hacer uso de la alternativa que al vendedor otorga el artículo 1930 del Código Civil, de exigir el precio al comprador en mora de pagarlo, o de pedir la resolución de la venta, una u otra cosa con resarcimiento de perjuicios, surge en derecho un complejo no sometido en manera alguna a la voluntad discrecional del secuestre de bienes hereditarios. Es un acto claramente colocado por fuera de las providencias conservatorias de la función económica normal correspondiente a los intereses que debe tutelar y restituir a tiempo de la rendición de cuentas como buen administrador. Y mal las daría si a espaldas de los interesados destruyera por su arbitraria elección el otro término de la alternativa, concedida por la ley no al secuestre de bienes hereditarios sino a los herederos del causante.

De donde aparece que el ejercicio de la acción resolutoria, en vez de perseguir el pago del precio, necesita la aquiescencia de los herederos; así como también, a la inversa, la demanda del precio, que excluye la acción

resolutoria. No está ciertamente al libre albedrío del depositario el determinar en este caso lo que más convenga a los herederos.

Si el secuestre suple al albacea con tenencia de bienes, y este último no representa a los herederos cuando comparece en juicio, puesto que para toda actividad judicial, aún en las funciones propias de su cargo, ha de moverse "con intervención de los herederos presentes o del curador de la herencia yacente" (1352 C. C.), con mayor razón los herederos deben intervenir cuando se trata de optar entre el precio debido por el comprador y la resolución del contrato. No puede el secuestre, por sí y ante sí, desmejorar a los herederos su posición en derecho.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, treinta de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez).

Miguel Angel Villoria, como secuestre de bienes de la herencia de Paulino A Pascuas, demandó a la sucesión de Lorenzo García Castro en cabeza de la cónyuge sobreviviente Cecilia Borrero v. de García y de los hijos legítimos Leonor García de Calderón, Beatriz García de Borrero, Jorge García, Eduardo García, Lorenzo García y Cecilia García. Pidió que se declarara resuelta, por incumplimiento de la obligación de pagar el precio, la venta de la mitad de la hacienda Lo Esmeraldo, Municipio de Villavieja, comprada por Lorenzo García Castro al tenor de la escritura pública número 49 del 24 de enero de 1.956, extendida en la Notaría 1a. de Neiva.

El trámite del juicio en primera instancia concluyó por sentencia de 13 de noviembre de 1.962, en que el Juez 2o. Civil de dicho Circuito de Neiva se abstuvo de acoger las súplicas, por considerar que el secuestre "carece de facultad legal para demandar la resolución del contrato celebrado entre los causantes Pascuas-García".

Abierto el segundo grado procesal por alzada del actor, sobrevino con fecha 4 de junio de 1.963 el pronunciamiento confirmatorio del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, que es materia del recurso de casación sustentado por la misma parte demandante.

LA SENTENCIA ACUSADA

Después de anotar con apoyo en doctrina de la Corte, sentada en casación del 19 de agosto de 1.954, la diferencia fundamental que existe entre la legitimatio ad causam y la legitimatio ad processum, el sentenciador sostiene que el secuestre no está facultado para ejercitar la acción resolutoria sobre que versa la demanda inicial.

Al respecto, glosa el artículo 2273 del Código Civil, y sobre las funciones del secuestre, dice: "... son diferentes como diferentes pueden ser los bienes objeto de esta medida preventiva: cuando se ha embargado un crédito, (se confunde el embargo con el secuestro en tratándose de bienes muebles o créditos), de acuerdo con las disposiciones de los artículos 277 en armonía con el 1009 del Código Judicial y 1963 y 2158 del Código Civil, notificado el deudor, el secuestre puede y debe, como acto normal de administración, perseguir la efectividad del crédito como acción principal; cuando se secuestran fábricas o establecimientos industriales, el inciso 1o. del artículo 287 del Código Judicial impone obligaciones a los se-

cuestres para no perjudicar el normal funcionamiento de los mismos; si se secuestra una nave o efectos destinados para la venta en almacén, créditos, derechos, bienes comunes o deudas pendientes, el secuestre, de acuerdo con el inciso 2o. del artículo que acabamos de citar, debe cumplir además los deberes del mandatario remunerado; si la cosa secuestrada es fungible, nos dice el incisn 3o. del artículo que comentamos, o puede dañarse o sufrir deprecio, merma o deterioro, el secuestre debe enajenarla lo más pronto posible y mantener en depósito el producto; si el secuestro versa sobre accesorios de un inmueble, se nos habla en el inciso 4o. del mismo artículo, el secuestre debe permitir el uso legítimo y natural de éstos en beneficio de la finca.

"Por último, se concluye en esta disposición legal, el secuestre debe cumplir las instrucciones que de común acuerdo den las partes".

En seguida alude a los actos de administración contemplados por el artículo 2158 del Código Civil; a que el mandatario debe ceñirse rigurosamente a los términos del mandato, fuera de los casos en que las leyes le autorizan para obrar de otro modo; a que "en el caso a estudio se puede aceptar que el secuestre señor Miguel A. Villoria tenía facultad legal para cobrar el crédito a la sucesión del señor Lorenzo García", pero que "en ningún momento está facultado para iniciar la acción de resolución del contrato, pues él no representa a los herederos del señor Paulino A. Pascuas"; y a que "las funciones del secuestre son meramente administrativas".

Agrega otras consideraciones de refuerzo, para concluir en el sentido de que la acción resolutoria corresponde esencialmente a los contratantes o a quienes los representen, y no envuelve en ningún momento acto administrativo.

LA ACUSACION

Cargo único.

El libelo invoca la causal 1ª. por errónea interpretación del artículo 2158 y quebranto consecuencial de los artículos 2160, 2157 y 1930, todos del Código Civil.

Sobre la base de que por evidencia jurídica incuestionable las funciones del secuestre se asimilan a las del mandatario, quien de acuerdo con el artículo 2158 tiene la facultad de cobrar los créditos del mandante, perteneciendo al giro administrativo ordinario, y de perseguir en juicio a los deudores, el recurrente alega:

"Cobrar un crédito no es otra cosa que obtener su efectividad haciendo uso de las acciones legales instituidas en beneficio del acreedor.

"Tanto es esto así, que la norma en cita considera como acto de administración el perseguir en juicio a los deudores.

"Facultad ésta otorgada en forma tan amplia que no admite disquisiciones para sostener que el depositario judicial de un crédito sólo puede instaurar determinadas acciones y no todas aquellas que la ley le confiere al acreedor para lograr la solución de su acreencia.

"Siendo ello así -continúa- incurrió el Tribunal en error jurídico, al considerar que el secuestre de todos los bienes relictos pertenecientes a la sucesión

testada del señor Paulino A. Pascuas, no puede iniciar la acción de resolución de un contrato de compraventa, cuando aparece en forma clara que la causa del referido crédito es saldo del precio de dicho contrato".

Por el ángulo de que el mandatario debe, conforme al artículo 2157, ceñirse a los términos del mandato, expresa el recurrente que "el Tribunal al desconocer en la sentencia acusada, la facultad que tiene el depositario judicial de hacer efectivo un crédito, mediante la resolución del contrato de compraventa, por ser su causa el saldo del precio del referido acto jurídico, violó el artículo 2157 del Código Civil, porque le niega validez a una gestión que se acopla fielmente a las instrucciones legales sobre el ejercicio del cargo de secuestre".

Cuanto al artículo 2160 que preceptúa como "la recta ejecución del mandato comprende no solo la substancia del negocio encomendado, sino los medios por los cuales el mandante ha querido que se lleve a cabo", estima el recurrente que "el Tribunal, al sostener en la sentencia acusada que el depositario judicial no puede hacer uso de la acción ejecutiva de que trata el artículo 1930 del Código Civil, está privando a aquél de los medios legales idóneos para el buen éxito de su mandato, con transgresión del referido artículo 2160.

"También -agrega- por haber errado el Tribunal, en la sentencia recurrida, en la interpretación del artículo 2158, tantas veces citado, causó violación del artículo 1930 del Código Civil, que estatuye: ....

"Este texto legal consagra para hacer efectivo un crédito de tal naturaleza, una de estas dos acciones: derecho de exigir el precio o de pedir la resolución de la venta".

Y concluye con el reparo de errónea interpretación del artículo 2158, en cuanto el fallo sustiene "que el depositario judicial de un crédito, cuya causa sea el saldo del precio de un contrato de compraventa, solo puede exigir el precio, mas no pedir la resolución de la venta, dizque porque ésta corresponde privativamente al vendedor o a sus herederos, violó el artículo 1930, pues, está desmembrando las acciones alternativas consagradas en el mismo atribuyéndole a cada una de ellas titulares distintos, lo cual desvirtúa y quebranta gravemente la letra y el espíritu del artículo 1930 del Código Civil".

SE CONSIDERA:

1. Cuando no hay albacea con tenencia de bienes y la administración de la comunidad universal corre ya a cargo de los herederos, el secuestro de los bienes relictos se decreta por el Juez a petición de cualquiera de los partícipes, y se mantiene mientras dure la indivisión o hasta que por unanimidad los mismos herederos convengan en que el secuestro finalice. (904 C. J.).

La solicitud de esa medida judicial significa de plano que los coherederos no están de acuerdo en cuanto a la gerencia de los bienes hereditarios. Por ello, en guarda de los intereses comunes, la administración se traslada de los herederos al secuestre.

2. Esta finalidad simplemente administrativa enmarca las facultades y deberes del secuestre, equivalentes a los del mandatario. (2279 C. C.) Sólo por excepción y como providencia claramente conservatoria, cuando el objeto del secues-

tro es cosa fungible o que pueda dañarse o sufrir deprecio, merma o deterioro, el secuestre puede y debe enajenarla lo más pronto posible y mantener en depósito el producto (3-287 C. J.).

3. Las facultades administrativas comprenden los requerimientos envueltos por la gestión normal encaminada a obtener que los bienes rindan el producto económico de su destino, dentro del giro ordinario del negocio, sin detrimento de su naturaleza, contenido y seguridad. Lo cual excluye y prohibe en la misma medida los actos dispositivos o de enajenación.

Por eso estatuye el artículo 2158 del Código Civil:

"El mandato no confiere naturalmente al mandatario más que el poder de efectuar los actos de administración, como son pagar las deudas y cobrar los créditos del mandante, perteneciendo unos y otros al giro administrativo ordinario; perseguir en juicio a los deudores, intentar las acciones posesorias e interrumpir las prescripciones, en lo tocante a dicho giro; contratar las reparaciones de la cosa que administra, y comprar los materiales necesarios para el cultivo o beneficio de las tierras, minas, fábricas u otros objetos de industria que se le hayan encomendado". Y a continuación ordena: "Para todos los actos que salgan de estos límites, necesita de poder especial".

4. Entonces: cuando se contempla no un simple crédito para el cobro judicial o extrajudicial dentro del giro administrativo ordinario de la gestión confiada al secuestre, sino de hacer uso de la alternativa que al vendedor otorga el artículo 1930 del Código Civil, de exigir el precio al comprador en mora de pagarlo, o de pedir la resolución de la venta, una u otra cosa con rasarcimiento de perjuicios, surge en derecho un complejo no sometido en manera alguna a la voluntad discrecional del secuestre de bienes hereditarios. Es un acto claramente colocado por fuera de las providencias conservatorias de la función económica normal correspondiente a los intereses que debe tutelar y restituir a tiempo de la rendición de cuentas como buen administrador. Y mal las daría si a espaldas de los interesados destruyera por su arbitraria elección el otro término de la alternativa, concedida por la ley no al secuestre de bienes hereditarios sino a los herederos del causante.

De donde aparece que el ejercicio de la acción resolutoria, en vez de perseguir el pago del precio, necesita la aquiescencia de los herederos; así como también, a la inversa, la demanda del precio, que excluye la acción resolutoria. No está ciertamente al libre albedrío del depositario el determinar en este caso lo que más convenga a los herederos.

5. Si el secuestre supte al albacea con tenencia de bienes, y este último no representa a los herederos cuando comparece en juicio, puesto que para toda actividad judicial, aún en las funciones propias de su cargo, ha de moverse "con intervención de los herederos presentes o del curador de la herencia yacente" (1352 C. C.), con mayor razón los herederos deben intervenir cuando se trata de optar entre el precio debido por el comprador y la resolución del contrato. No puede el secuestre, por sí y ante sí, desmejorar a los herederos su posición en derecho.

Y es por todo ello como la censura no resulta fundada.

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 4 de junio de 1.963 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en el presente pleito promovido por el secuestre de bienes de la sucesión de Paulino A. Pascuas contra los herederos de Lorenzo García Castro.

No aparecen costas causadas en casación.

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

Arturo C. Posada. - Gustavo Fajardo Pinzón. - Julián Uribe Cadavid. - Enrique Coral Velasco. - Enrique López de la Pava. - José Hernández Arbeláez. - Ricardo Ramírez L., Secretario.

PERTENENCIA

Juicios distintos consagrados por el estatuto y obligaciones de las partes en el ordinario.- Causal 5a. de casación. Motivos de impedimento establecidos por los ordinales 6o. y 9o. del artículo 435 del C. Judicial. No toda actuación de un Juez le impide intervenir como Magistrado en la revisión del fallo.- La tacha de violación directa es independiente de toda cuestión probatoria.- Error de derecho.- El certificado del Registrador no se requiere en los juicios de dominio, Tenencia y posesión.

I. La causal 5a. de casación, está basada en la existencia de cualquiera de los impedimentos consagrados en el artículo 435 del C. de P. Civil, en razón del cual el Juez o Magistrado que lo tenga no puede conocer el negocio respectivo, como claramente lo dispone el artículo 434 del mismo estatuto.

La ley tan celosa en asegurar la completa imparcialidad de los juzgadores, señala al Juez o Magistrado la causal o causales de impedimento que tengan, a fin de que, siendo fundada, las manifiesten para que pase el negocio a otro Juez, o intervenga otro Magistrado en su conocimiento. Y si aquellos no cumplieren con este deber, las partes pueden recusarlos con base en las mismas causales. Finalmente, para los casos en que un Magistrado del Tribunal Superior hubiere pronunciado el fallo de segunda instancia, estando pendiente una causal de recusación o se hubiere desestimado siendo procedente, la parte recurrente en casación puede invocar ese motivo de recusación o de impedimento, mediante la causal 5a. del artículo 520 del C. J.

Considera el impugnante que el fallo acusado adolece de esta falta *in procedendo*, por cuanto uno de los Magistrados de la Sala de Decisión que lo profirió, intervino como Juez en la actuación de algunas etapas de la primera instancia, si bien la sentencia no fue dictada por él.

En verdad el expediente indica que el citado funcionario por la época en que desempeñaba el cargo de Juez, actuó desde la admisión de la demanda hasta el auto que ordenó el traslado a las partes para alegar de conclusión, el cual no aparece autorizado por él. El impedimento que daría base a la causal 5a. sería el que expresa el ordinal 6o. del artículo 435 del C. Judicial así: "Haber dictado la providencia de cuya revisión se trata". Los términos de la norma son tan claros que no dan margen para llevarlos, como lo pretende el recurrente, a entender que cualquiera actuación de un Juez en primera instancia lo impida para conocer del mismo en segunda.

Esto quizá podría haberse entendido bajo el régimen del Código derogado por la Ley 105 de 1.931, que en el artículo 749, ordinal 9o., estatuía como causal de impedimento "Haber conocido el Juez Superior de primera instan-

cia del mismo juicio y dictado la providencia que haya de revisar en segunda", por cuanto se expresaban dos hechos distintos: el conocimiento del juicio en primera instancia y haber dictado la providencia por revisar. Con todo la Corte interpretó el precepto citado en el sentido de que faltando la segunda circunstancia "es obvio que no existe el impedimento de que trata el ordinal 9o. del artículo 749 del Código Judicial" (G. J. T. 24, pág. 72).

Teniendo en cuenta esta jurisprudencia, el artículo 435 del C. Judicial consagró en el ordinal 6o. como causal de impedimento solamente: "Haber dictado la providencia de cuya revisión se trate". Impedimento que se justifica en que, habiéndose pronunciado ya un Magistrado o un Juez de Circuito sobre un incidente o sobre el fondo del negocio, en la providencia que por apelación, consulta o casación debe revisar, un interés de índole intelectual lo llevaría a sostener sus puntos de vista en ella expresados, que bien pueden ser equivocados; o en que, sustituyéndolo otro Juzgado se garantiza más la búsqueda de la verdad sin prejuicios. De otra parte, se desvirtuaría la naturaleza y finalidad de dichos recursos, con los cuales la ley busca que jueces distintos examinen si en la providencia de que se trata se ha hecho una debida interpretación y aplicación de la ley al caso controvertido.

Los motivos de impedimentos que encierra el ordinal 9o. del artículo 435 del C. Judicial tampoco se predican del Juez que ha actuado en la primera instancia de un juicio, pero que no ha dictado la providencia que debe revisarse. En efecto, siendo normas de excepción las que registran los impedimentos, no puede hacerse de ellas una aplicación analógica, como lo pretende el recurrente, cuando dice que, si el que ha intervenido como agente del Ministerio Público en el pleito está impedido para actuar en él como Juez, con mayor razón debe estarlo el que ha conocido en la primera instancia del negocio como Juez. Estatuído en forma clara el impedimento del Juez que ha proferido la providencia por revisar en segunda instancia o en casación, no se le puede aplicar el que toca con el agente del Ministerio Público, porque la intervención de este funcionario en pleitos generalmente es en defensa de una de las partes, lo cual no se aviene con la función del juzgador.

Tampoco es aceptable considerar la sustanciación del pleito por el Juez de primera instancia, como el hecho "de haber favorecido a cualquiera de las partes en el negocio que es materia del pleito o en el pleito mismo", porque las diversas providencias e intervenciones del Juez, no implican *favores a ninguna de las partes*, cosa que ya de sí sería un delito, sino el cumplimiento de las ritualidades solicitadas por ambos litigantes, dentro del sistema dispositivo de nuestro procedimiento, encaminadas a poner el juicio en estado de proferir decisión de mérito.

Así, cuando el Juez conoce de un pleito, originado en un negocio o contrato en el cual intervino en favor de una de las partes, o si la ha asesorado como consultor o dirigente del mismo pleito; se cumple el impedimento a que se refiere la primera parte del ordinal 9o. del artículo 435 del C. Judicial, no cuando actuó como Juez en primera o segunda instancia.

2. Sabido es que el estatuto sobre declaración de pertenencia por prescripción consagra dos juicios distintos: uno, ordinario desde su iniciación con la persona contra la cual se quiere hacer valer dicho modo adquisitivo de dominio, señalado en el artículo 4o. de la ley 120, y otro, el especial, cuando

no se conoce el dueño o interesados contra quienes hacerlo valer, a los cuales se cita por edictos y publicaciones, y se convierte en ordinario en caso de presentarse la oposición del Ministerio Público o de un tercero.

En el ordinario del primer supuesto, el demandante como tal está obligado a probar la posesión del inmueble *sub judice* en las condiciones de pacífica, positiva y continua por todo el tiempo que exige la ley sustantiva, según que la prescripcion sea extraordinaria u ordinaria, y teniendo en cuenta para la primera, si es el caso de la prescripción treintenaria o de la veintenaria.

Al demandado le corresponde acreditar su calidad de dueño y desconocer la posesión en todos sus elementos acreditando que el actor ha sido un simple tenedor, o alguno de ellos, como sería la falta de ánimo de señor y dueño, porque reconoció expresa o tácitamente el del demandado, o porque hubo suspensión o interrupción de ella.

3. La tacha de violación directa es independiente de toda cuestión probatoria, porque los hechos se toman como los admitió el fallador, para así examinar si en realidad hubo violación indirecta o aplicación indebida o interpretación errónea de las normas sustantivas citadas por el recurrente.

4. Los errores de derecho o de valoración probatoria no pueden recaer sino sobre los medios apreciados por el fallador como demostrativos de los hechos básicos de la demanda. Mal puede cometerse un error de esta naturaleza respecto de pruebas no tenidas en cuenta en la sentencia.

5. Conforme a los términos del artículo 635 del C. Judicial, el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados ha de acompañarse con la copia de la escritura debidamente registrada, cuando la ley impone que se acredite sumariamente la suficiencia de un título, o sea en casos especialmente señalados en la ley, entre los cuales no figura el de los juicios de dominio. El Código Judicial sí lo exige para obtener el desembargo de un inmueble trabado en una ejecución (Art. 1008), para demandar la partición material *ad valorem* de un bien raíz (1135) y para demandar el juicio de venta de bienes hipotecados. Esta ha sido la doctrina sostenida de la Corte (G. J. T. XXVII, 312; XXV, 266; XXXIX, 156; XLIII, 339).

6. Si el demandante, por una parte de determinado terreno ha pagado arrendamiento, y, por la otra, ha reconocido el dominio y posesión del demandado, no puede decirse que confiesa una posesión sino una simple tenencia, toda vez que le desconoce el *ánimus domini*, o sea, el elemento subjetivo de la posesión, sin el cual esta no existe.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, abril treinta de mil novecientos sesenta y cuatro.

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

Honorio Lizcano, en libelo repartido al Juzgado 2o. Civil del Circuito de Pereira, pidió que, con citación y audiencia de Tulia Marulanda de Angel, se declarara en su favor la pertenencia "del lote de terreno o solar encerrado entre las carreras segunda y tercera de esta ciudad, calles treinta y treinta y una, excepción hecha de la parte de dicha manzana ocupada por el edificio sobre la cual no se precisa declaración tal". Este inmueble está ubicado en la ciudad de Pereira.

La síntesis de los hechos es la siguiente:

1o. Desde el año de 1.923, el actor viene poseyendo un lote de terreno que, según la actual nomenclatura, queda encerrado entre las carreras segunda y tercera y las calles treinta y treinta y una.

2o. Con anterioridad a Lizcano, había poseído ese terreno Rafael Rodríguez, quien lo plantó de café y plátano, y vendió las mejoras a Joaquín Moreno; éste las transfirió a Nicolás Moreno, el cual las vendió a Honorio Lizcano, quien, desde 1.923, viene beneficiándose del café y del plátano; ha hecho resiembras, lo ha cercado y utilizado con actos propios de dominio por más de treinta años.

3o. Contiguo al terreno, objeto de la pertenencia, y ocupando partes de este y de la manzana encerrada entre las carreras segunda y tercera y calles veintinueve y treinta, vías de muy reciente apertura, ha existido un edificio donde funciona una tenería, edificio que con el terreno, útiles y enseres compró la sociedad Pineda y Lizcano por escritura número 1284 de 19 de agosto de 1.926, Notaría 1a. de Pereira, al señor Valeriano Marulanda.

5o. Así el edificio donde funciona dicha tenería, a que se refiere la citada escritura, está situado "en parte del lote de terreno que es hoy manzana encerrada entre carreras segunda y tercera calles treinta y treinta y uno; ocupa lo que en su parte correspondiente sería calle treinta, si se abriera; y parte de la manzana contigua o sea la encerrada entre carreras segunda y tercera; y el lote de terreno a que se refiere esta demanda o sea el encerrado entre calles treinta y treinta y una, carreras segunda y tercera viene siendo poseído por el señor Lizcano conjuntamente con la parte de él que ocupa la tenería comprada, de más de treinta años atrás".

6o. La posesión más que treintenaria ha generado el dominio en favor de Lizcano, que le da derecho a pedir la declaración de pertenencia.

Tulia Marulanda de Angel, últimamente por intermedio de Bernardo Angel, ha pretendido perturbar la posesión en que por más de treinta años ha tenido Lizcano el inmueble.

El apoderado de la demandada contestó el traslado del libelo negando los hechos en el sentido de que Lizcano nunca ha sido poseedor del terreno cuya pertenencia demanda, sino arrendatario de Marulanda v. de Angel; que pagó siempre los cánones de arrendamiento hasta hace unos meses que dejó de hacerlo; que no ha plantado mejoras ni efectuado resiembras. Siempre reconoció a la viuda de Angel como dueña del lote. Aclara asimismo que por la escritura número 1961 Valerio Marulanda le vendió a la sociedad Pineda y Lizcano el lote de una manzana de superficie cuyos linderos expresa el título de adquisición así: "Por el Oriente, con la calle 29; por el Norte, con una calle pública sin abrir, por el Occidente, con la calle 30 y por el Sur, con otra calle pública sin abrir.

Este lote no afecta en nada el de propiedad de la demandada, que está alindado así: "Por el Oriente, con la calle treinta (30); por el Norte, con la carrera 2a.; por el Sur, con la carrera 3a.; y por el Occidente con la calle 31", el cual está separado del de propiedad de Pineda y Lizcano "por la calle 30 trazada y sin abrir".

Aclara también que una parte del edificio de la Tenería está ocupando parte de la calle 30 sin abrir y otra parte de la manzana de propiedad de la deman-

dada, "pero sobre esta parte Lizcano ha reconocido siempre el dominio y posesión que en él ha tenido Marulanda v. de Angel".

Con fundamento en esto, se opone a que se haga la declaración de pertenencia por prescripción adquisitiva del dominio, porque el demandante nunca ha tenido la posesión del lote perteneciente a la demandada.

Propuso las excepciones de ilegitimidad de personería como dilatoria, que se declaró no probada, y las perentorias de inexistencia de la obligación y falta de causa para demandar, dado que Lizcano ha sido siempre arrendatario del lote en litigio, no poseedor.

El Juzgado negó las declaraciones impetradas y, en consecuencia, absolvió a Tulia Marulanda v. de Angel de los cargos formulados en la demanda, en sentencia de treinta de julio de mil novecientos cincuenta y ocho, que fue confirmada por la del Tribunal Superior de Pereira, que lleva fecha veintitrés de septiembre de mil novecientos cincuenta y nueve.

MOTIVACION DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA.

Para el Tribunal la prescripción alegada y que debe tenerse en cuenta es la de treinta años, dado que Lizcano, acatando lo preceptuado por el artículo 41 de la ley 153 de 1.887, se acogió a ella, no a la 50 de 1.936, conforme a la cual "no podía computársele el tiempo anterior a su vigencia".

Analiza todos los testimonios aducidos por el actor para demostrar la posesión, y advierte que "la mayoría no remonta la posesión sino a treinta años que contados hacia atrás desde la fecha en que declaran, no daría sino veintinueve años de posesión, como máximo, para el día en que la controversia quedó planteada; b) otros señalan un tiempo todavía menor; c) algunos para la época en que fijan su conocimiento, tenían una edad entre siete y doce años, circunstancia que no permite dar mayor asentimiento a sus afirmaciones; d) hay contradicción entre lo expresado en el hecho segundo de la demanda y los testimonios, y e) ninguno fija siquiera el año en que la posesión del señor Lizcano principió. Sólo uno de ellos la ubica entre 1.923 y 1.924".

Para el fallador la prueba testimonial no reune las condiciones de admisibilidad exigidas por los artículos 687, 688 y 702 del C. Judicial, "de ahí que la posesión que permite usucapir de conformidad con la ley, no se ha reunido en este caso".

En cuanto al ánimo posesorio obran tres documentos en el cuaderno de pruebas de la demandada, que discrimina así:

a) El del folio 7 hace constar un contrato de arrendamiento celebrado por Lizcano con Arturo Angel de tres lotes de terreno de propiedad de Tulia Marulanda de Angel, de los cuales en el literal c) del punto primero se delimita uno así: "De la orilla del río Otún, lindero con la Palmera, hacia el sur hasta llegar a la propiedad de Néstor Gaviria Jaramillo; luego volviendo hacia el oriente lindero con el mismo Gaviria Jaramillo hasta la calle 33; pasando la calle 33 y siguiendo en la misma dirección por la carrera tercera hasta llegar a la calle treinta; luego siguiendo la calle treinta hasta la orilla del río Otún. Se excluye de este lote la manzana del edificio de La Tenería de propiedad del arrendatario Lizca-

no". El documento está fechado el 19 de agosto de 1.942 y en él hay un reconocimiento de dominio de Marulanda de Angel, y la aceptación como arrendatario de tal bien por parte de Lizcano.

Este inmueble fue adquirido por la señora Marulanda de Angel según escritura número 612 de 23 de abril de 1.929 Notaría Primera de Pereira, debidamente registrada.

b) En el de 16 de junio de 1.952, se pacta que Bernardo Angel, debidamente autorizado por la señora Marulanda de Angel, recibe de Lizcano el bien que éste ha tenido en arrendamiento desde cuando era propiedad de Valeriano Marulanda, y posteriormente por arreglo con Arturo Angel, inmueble que es de propiedad de la señora Marulanda de Angel. Se delimita, excluyendo expresamente el denominado La Tenería, como comprendido entre carreras 2a. y 3a. y calles 29 y 30.

c) Por el de 31 de julio de 1.953 Lizcano recibe en arrendamiento el inmueble a que se refiere el documento de 16 de junio.

En los documentos hay un reconocimiento expreso de que el inmueble y las mejoras son de propiedad de la señora Marulanda de Angel. Han sido reconocidos expresamente el primero y el tercero, tácitamente el segundo sin tacha de ninguna naturaleza, por lo cual tiene completa eficacia probatoria.

En la absolución de posiciones Lizcano reconoce en la respuesta a la primera pregunta que dentro del bien que se alinda en estos documentos está comprendido el que es objeto de la declaración de pertenencia.

Con estos contratos, la demandada Marulanda de Angel ha probado que es poseedora inscrita en mayor extensión del globo de terreno sub lite; y que Lizcano lo recibió de ella en arrendamiento.

El demandante "no estableció su desvinculación de los pactos celebrados con recomendados de la demandada que le hubiera permitido interverir a título precario sobre la cosa".

Transcribe algunas doctrinas de la Corte y de autores sobre las condiciones para que se cumpla el fenómeno de la interversión del título en el tenedor, las cuales considera no se han operado en el caso sub judice. De donde concluye "que no hay lugar a hacer la declaratoria con que se dió inicio a este negocio y que la providencia recurrida debe confirmarse en todas sus partes.

El demandante trajo a la Corte la decisión del Tribunal Superior en recurso de casación que se procede a decidir.

DEMANDA DE CASACION:

Seis cargos le hace el impugnante al fallo de segunda instancia: el primero dentro de la causal 5a. del artículo 520 del C. Judicial, "por haber concurrido a dictar sentencia el doctor Luis Zuluaga cuya recusación fundada en causa legal, jurídicamente existía, y no fue manifestado el impedimento" El segundo, respaldado en el motivo 4º, ibidem, "por haberse acordado el fallo con menor número de Magistrados o de votos, exigidos por la ley". El tercero, dentro de la causal 6a., en cuanto hubo incompetencia de jurisdicción respecto del Magistrado

doctor Zuluaga. El cuarto, por infracción directa de normas sustantivas. El quinto, por violación indirecta de preceptos sustanciales a causa de errores de derecho en la estimación de pruebas. Y el sexto, por transgresión indirecta de disposiciones sustantivas, a causa de un error de hecho en la estimación de una prueba.

Los tres primeros se estudian conjuntamente por la íntima relación o dependencia que hay entre ellos, dado que se basan en el mismo hecho.

Primero, segundo y tercer cargos.

Expone la primera tacha observando que a fol. 7 v. el actor pidió que fuera tenida como demandante Tulia Marulanda v. de Angel a términos del artículo 1º de la ley 120 de 1.928, y el doctor Luis Zuluaga como Juez, se abstuvo de resolver esta solicitud. El mismo presidió la diligencia de inspección ocular practicada en primera instancia, calificada por el juez y por el Tribunal como plena prueba, y en ella "se produjo el doctor Luis Zuluaga, como Juez así: 'para el Juzgado ..... se constató satisfactoriamente que el terreno identificado es el mismo'".

Aunque el doctor Zuluaga no fue autor del fallo de primer grado, sí lo es de los fundamentos de él, "que lo situarían en el caso del ordinal 6o. del artículo 435 del C. de P. C..... Y por ello no pudo legalmente votar el fallo".

La voz providencia es genérica: comprende las sentencias, autos interlocutorios y de sustanciación, según el artículo 466 del C. J. Si alguno de los autos interlocutorios dictados por el Dr. Luis Zuluaga, en dicho juicio, hubiera subido en apelación al Tribunal, siendo ya Magistrado, no hubiera podido intervenir en su revisión. "Con mayor razón estaba impedido para votar la sentencia de segundo grado, confirmatoria de la de primera, fundada en su actuación".

Este impedimento debía haberlo manifestado, pues "ningún juzgador puede conocer de un negocio para el cual está impedido por causa legítima, sin que se le haya prorrogado la jurisdicción conforme a la ley", reza el artículo 434 del C. de P. C.

Si no lo comprende el ordinal 5o., sí se encuentra en el 9o. del art. 435 del C. Judicial que dice: "Haber favorecido a cualquiera de las partes en el negocio que es materia del pleito, o en el pleito mismo, o intervenido en este como Agente del Ministerio Público, perito, testigo".

Si el agente del Ministerio Público, que actúa como representante de una de las partes, está impedido, a fortiori el que ha intervenido como Juez en el debate "en el cual ha tenido que favorecer inevitablemente a una de las partes, no importa a cuál". El doctor Zuluaga dictó o se abstuvo de proferir providencias que de diversos modos favorecieron a los litigantes. Sinembargo "concurrió a pronunciar la sentencia de segundo grado estando pendientes o en potencia la manifestación del impedimento o la recusación basada en causa legítima o en el ord. 3o. 435 ib.".

La segunda acusación la funda en que si en apariencia la sentencia ostenta los votos de los tres Magistrados que integran la sala de decisión, jurídicamente "solo contiene dos votos válidos". El Magistrado Dr. Zuluaga no pudo votar, ni por consiguiente, firmar la sentencia, porque estaba impedido, como queda expuesto en el cargo anterior.

Para el recurrente el motivo 4°. de casación no se puede restringir a la falta física de una firma, ya que si se presentara respecto de un Juez, no habría sentencia. "Igual un fallo del Tribunal, no firmado por el Juzgador, integrado por el número prefijado por la ley". El motivo 4o. regula no la ausencia de la firma de un Magistrado, "sino las omisiones jurídicas" como la que obra en los autos.

La tercera tacha la sitúa en la causal 5a. del artículo 520 del C. Judicial por nulidad originada en incompetencia de jurisdicción, sin sanear, proveniente de que el Magistrado doctor Zuluaga profirió providencias en la primera instancia en favor de las partes "lo cual le impedía volar la sentencia de segundo grado, por lo menos, hasta que se le hubiera prorrogado la jurisdicción que se le había suspendido". No le fue prorrogada en los términos de los artículos 434, 435 en relación con el 448 del C. J. y el 520 ord. 6o.....". Por tanto, vive la causal de nulidad primera del art. 448 del C. de P. C. y por ello el motivo de casación previsto en el artículo 520 del mismo cuerpo legal".

SE CONSIDERA:

La causal 5a. de casación, está basada en la existencia de cualquiera de los impedimentos consagrados en el artículo 435 del C. de P. Civil, en razón del cual el Juez o Magistrado que lo tenga no puede conocer el negocio respectivo, como claramente lo dispone el artículo 434 del mismo estatuto.

La ley tan celosa en asegurar la completa imparcialidad de los juzgadores, señala al juez o Magistrado la causal o causales de impedimento que tengan, a fin de que, siendo fundadas, las manifiesten para que pase el negocio a otro Juez, o intervenga otro Magistrado en su conocimiento. Y si aquellos no cumplieren con este deber, las partes pueden recusarlos con base en las mismas causales. Finalmente, para los casos en que un Magistrado del Tribunal Superior hubiere pronunciado el fallo de segunda instancia, estando pendiente una causal de recusación o se hubiere desestimado siendo procedente, la parte recurrente en casación puede invocar ese motivo de recusación o de impedimento, mediante la causal 5ª. del artículo 520 del C. J.

Considera el impugnante que el fallo acusado adolece de esta falta de procedendo, por cuanto el Magistrado doctor Luis Zuluaga, miembro de la sala de decisión que lo profirió, intervino como Juez en la actuación de algunas etapas de la primera instancia, si bien la sentencia no fue dictada por él.

En verdad el expediente indica que el doctor Zuluaga actuó desde la admisión de la demanda hasta el auto que ordenó el traslado a las partes para alegar de conclusión, el cual no aparece autorizado por él. El impedimento que daría base a la causal 5ª. sería el que expresa el ordinal 6°. del artículo 435 del C. Judicial así: "Haber dictado la providencia de cuya revisión se trata". Los términos de la norma son tan claros que no dan margen para llevarlos, como lo pretende el recurrente, a entender que cualquiera actuación de un Juez en primera instancia lo impida para conocer del mismo en segunda.

Esto quizá podría haberse entendido bajo el régimen del Código derogado por la ley 105 de 1.931, que en el artículo 749, ordinal 9o. estatuía como causal de impedimento "Haber conocido el Juez Superior de primera instancia del mismo juicio y dictado la providencia que haya de revisar en segunda", por cuanto se expresaban dos hechos distintos: el conocimiento del juicio en primera instancia y

haber dictado la providencia por revisar. Con todo la Corte interpretó el precepto citado en el sentido de que faltando la segunda circunstancia "es obvio que no exista el impedimento de que trata el ordinal 9o. del artículo 749 del Código Judicial" (G. J. T. 24 pág. 72).

Teniendo en cuenta esta jurisprudencia, el artículo 435 del C. Judicial consagró en el ordinal 6o. como causal de impedimento solamente "Haber dictado la providencia de cuya revisión se trate". Impedimento que se justifica en que, habiéndose pronunciado ya un Magistrado o un Juez de Circuito sobre un incidente o sobre el fondo del negocio, en la providencia que por apelación, consulta o casación debe revisar, un interés de índole intelectual lo llevaría a sostener sus puntos de vista en ella expresados, que bien pueden ser equivocados; o en que, sustituyéndolo otro Juzgado, se garantiza más la búsqueda de la verdad sin prejuicios. De otra parte, se desvirtuaría la naturaleza y finalidad de dichos recursos, con los cuales la ley busca que jueces distintos examinen si en la providencia de que se trata se ha hecho una debida interpretación y aplicación de la ley al caso controvertido.

Los motivos de impedimento que encierra el ordinal 9o. del artículo 435 del C. Judicial tampoco se predican del Juez que ha actuado en la primera instancia de un juicio, pero que no ha dictado la providencia que debe revisarse. En efecto, siendo normas de excepción las que registran los impedimentos, no puede hacerse de ellas una aplicación analógica, como lo pretende el recurrente, cuando dice que, si el que ha intervenido como agente del Ministerio Público en el pleito está impedido para actuar en él como Juez, con mayor razón debe estarlo el que ha conocido en la primera instancia del negocio como Juez. Estatuído en forma clara el impedimento del Juez que ha proferido la providencia por revisar en segunda instancia o en casación, no se le puede aplicar el que toca con el agente del Ministerio Público, porque la intervención de este funcionario en pleitos generalmente es en defensa de una de las partes, lo cual no se aviene con la función de juzgador.

Tampoco es aceptable considerar la sustanciación del pleito por el juez de primera instancia, como el hecho "de haber favorecido a cualquiera de las partes en el negocio que es materia del pleito o en el pleito mismo", porque las diversas providencias e intervenciones del Juez, no implican favores o ninguno de los partes, cosa que ya de sí sería un delito, sino el cumplimiento de las ritualidades solicitadas por ambos litigantes, dentro del sistema dispositivo de nuestro procedimiento, encaminadas a poner el juicio en estado de proferir decisión de mérito.

Así, cuando el Juez conoce de un pleito, originado en un negocio o contrato en el cual intervino en favor de una de las partes, o si la ha asesorado como consultor o dirigente del mismo pleito, se cumple el impedimento a que se refiere la primera parte del ordinal 9o. del artículo 435 del C. Judicial, no cuando actuó como Juez en primera o segunda instancia.

El Magistrado doctor Zuluaga no estaba impedido para intervenir en la revisión de la sentencia de segunda instancia, llegada al Tribunal en apelación, en razón de que, no obstante haber actuado en las etapas preliminares de la primera instancia, el fallo de ésta no fue proferido por él.

En estas condiciones, no puede prosperar la causal alegada, toda vez que en el expediente no obraba ni podía obrar recusación o impedimento fundados en causa legal, o que hubiera sido desestimado siendo procedente.

Lo mismo cabe decir de la segunda censura, basada en que el Magistrado doctor Zuluaga no podía firmar la sentencia debido al impedimento proveniente de haber intervenido en la primera instancia como Juez. A lo cual se agrega que el impedimento o recusación fundado en el hecho que configura la causal 5ª, no podía invocarlo basado en otra.

El tercer cargo de nulidad, proveniente de la incompetencia en que el impedimento alegado colocaba al Magistrado doctor Zuluaga, y, por consiguiente a la Sala, tampoco puede prosperar, dada la inexistencia de la causal de recusación o de impedimento.

Cuarto cargo.

La acusación por violación directa de ley sustantiva la expone el impugnante, en resumen, así:

No hay desacuerdo entre las partes respecto de que el demandante es poseedor del globo de tierra alindado y descrito en el libelo. Tiene, por tanto, la presunción de dueño que le da el artículo 762 del C. Civil.

Agrega que la parte opositora en el juicio de pertenencia asume el papel de demandante, por mandato del artículo 11 de la ley 120 de 1.928, y que en tal carácter, le correspondía "destruir la presunción, probar que el demandante no es poseedor" como "lo establecen los ordenamientos en cita, y el artículo 1757 del C. C.".

La demandada, continúa el cargo, planteó su defensa calificando la situación de Lizcano de simple tenedor a título de arriendo. Era obligación de aquella demostrar el hecho del arriendo. "No solo por implicar excepción, sino porque estaba obligada, dice, por la naturaleza de la controversia, a asumir el papel de actora". Esta parte en el debate se esforzó en demostrar que había interrumpido la prescripción del actor "o que este había renunciado, tácitamente, a la espectativa del derecho de prescribir".

Que en esta forma el sentenciador desconoció la presunción establecida por el artículo 762 en cuanto dijo: 'Para establecer la posesión (de Lizcano) se tomaron las declaraciones que en seguida se sintetizan..... Veamos si el ánimo posesorio existía en el Sr. Lizcano.....

El señor Lizcano no estableció su desvinculación de los pactos celebrados con recomendados de la demandada (v. ff. 46 del C. No. 1).

Y que el método adoptado por el sentenciador consistió en echar la carga de la prueba sobre Lizcano con desconocimiento de la presunción legal de dominio, y con olvido de los ordenamientos contenidos en los artículos 11 de la ley 120 de 1.928 y 1757 del C. C. que fueron las normas directamente violadas, así: la primera, por haber decidido contra su ordenamiento; y las otras dos, por no haberlas aplicado, siendo del caso aplicarlas, para hacer los pronunciamientos demandados con fundamento de ellos.

LA CORTE CONSIDERA:

Para fijar el alcance del cargo, ha de anotarse que en consideración a que la demanda señaló a Tulia Marulanda de Angel como demandada, se dispuso la tra-

mitación de un juicio ordinario con ella, no obstante que en el mismo libelo se pidió citar al agente del Ministerio Público y hacer los emplazamientos que ordena el artículo 7o. de la ley 120 de 1.928.

En providencia posterior al auto admisorio de la demanda del juicio ordinario contra Marulanda de Angel, se dictó un auto a solicitud del apoderado del actor Lizcano, por el cual se dispuso seguir la tramitación señalada en el artículo 7o. de la citada ley 120, pero fue revocado, y se resolvió: "el negocio se seguirá tramitando por la vía ordinaria, como se dispone en el auto admisorio de la demanda".

Es, pues, una verdad procesal que el juicio seguido aquí es el consagrado por el artículo 4o. de la ley 120 de 1.928, esto es, con la persona contra quien se pretende hacer valer la prescripción, que lo es la demandada Tulia Marulanda de Angel.

En este juicio ordinario no era de aplicación el artículo 11 de la mencionada ley, el cual le fija al opositor el carácter de demandante, porque dicha norma se refiere al juicio especial convertido en ordinario en virtud de haber oposición por parte del agente del Ministerio Público o de un tercero.

Sabido es que el estatuto sobre declaración de pertenencia por prescripción consagra dos juicios distintos: uno, ordinario desde su iniciación con la persona contra la cual se quiere hacer valer dicho modo adquisitivo de dominio, señalado en el artículo 4o. de la ley 120, y otro, el especial, cuando no se conoce el dueño o interesados contra quienes hacerlo valer, a los cuales se cita por edictos y publicaciones, y se convierte en ordinario en caso de presentarse la oposición del Ministerio Público o de un tercero.

En el ordinario del primer supuesto, el demandante como tal está obligado a probar la posesión del inmueble sub judice en las condiciones de pacífica, positiva y continua por todo el tiempo que exige la ley sustantiva, según que la prescripción sea extraordinaria u ordinaria, y teniendo en cuenta para la primera, si es el caso de la prescripción treintenaria o de la veintenaria.

Al demandado le corresponde acreditar su calidad de dueño y desconocer la posesión en todos sus elementos acreditando que el actor ha sido un simple tenedor, o alguno de ellos, como sería la falta de ánimo de señor y dueño, porque reconoció expresa o tácitamente el del demandado, o porque hubo suspensión o interrupción de ella.

Esto cabalmente es lo ocurrido en este proceso: el demandante se esforzó en probar que había sido poseedor del terreno en litigio por el tiempo de treinta años, dado que no era de aplicación el artículo 1o. de la ley 50 de 1.936, y la demanda acreditó, como lo dice el fallo, que era dueña del inmueble y que Lizcano reconoció que siempre había sido arrendatario de él.

Estos son los hechos básicos aceptados por el Tribunal. En tales condiciones no cabe la tacha de violación directa que, como el impugnante lo dice, es independiente de toda cuestión probatoria, porque los hechos se toman como los admitió el fallador, para así examinar si en realidad hubo violación indirecta o aplicación indebida o interpretación errónea de las normas sustantivas citadas por el recurrente.

Quinto cargo.

Dentro de la causal primera del artículo 520 del C. Judicial, acusa en dos literales la sentencia por graves errores de derecho en la apreciación de las pruebas, a través de los cuales han sido quebrantadas normas sustantivas que luego señala.

a) El apoderado de la demandada, al contestar el hecho 7o. del libelo, acepta que Honorio Lizcano, desde cuando adquirió de Valeriano Marulanda el lote de terreno de una manzana de superficie, mediante escritura número 1161 de 19 de agosto de 1.926, donde funciona La Tenería, viene poseyendo no solamente tal inmueble sino también la calle 30, sin abrir, y otra parte de la manzana de propiedad de la demandada asimismo ocupada por el edificio de La Tenería, aunque añade que Lizcano siempre ha reconocido el dominio y posesión que Marulanda v. de Angel ha ejercido sobre la finca en litigio. Copia el siguiente fragmento de la contestación de la demanda: "Los actos positivos de dominio a que da derecho el dominio ejercidos por Lizcano en la manzana comprendida entre las carreras 2a. y 3a. entre calles 30 y 31, no solamente sobre las mejoras agrícolas sino también sobre la parte del edificio de La Tenería que se encuentra plantado en tal lote". Halla que en estos apartes de la respuesta a la demanda se contiene la "confesión inequívoca, incuestionable, de que Honorio Lizcano viene poseyendo el lote de terreno delimitado como en ella se expresa, ocupado con mejoras agrícolas y en parte ocupado por el edificio de La Tenería".

La demandada, empero, califica de mera tenencia la posesión de Lizcano, cuando dice que éste ha pagado el arriendo por la parte del lote ocupado por el edificio de La Tenería y por las mejoras agrícolas. Esto es, que la posesión ha sido interrumpida o que ha sido renunciada "mediante contrataciones de arrendamiento".

Lizcano perseveró en esa posesión, sin reconocer dominio ajeno, sin pagar arriendo, sin que la demandada se interpusiera directa o indirectamente en el goce de dicha propiedad, hasta el 18 de agosto de 1.942 en que tomó en arrendamiento a Arturo Angel, por cuenta de aquella, parte de la finca circundante que había adquirido por compra a Valeriano Marulanda. En este contrato fue delimitada la finca El Bosque, pero se excluyó de manera expresa y clara el lote del municipio correspondiente al Matadero Viejo y una manzana del edificio de La Tenería de propiedad de arrendatario Lizcano. En dicha exclusión hay un reconocimiento expreso de la posesión ejercitada por el demandante a partir del 19 de agosto de 1.926, o sea, durante 16 años, menos un día.

El 31 de julio de 1.952, veintiséis años, menos diez y nueve días de posesión, Lizcano firmó otro contrato de arrendamiento, esta vez con Bernardo Angel M. sobre el terreno El Bosque. En él no se excluyeron ni el lote del Municipio ni la propiedad de Lizcano. "Se pretendió por este medio interrumpir la prescripción adquisitiva de dominio sobre la parte que venía poseyendo sin título, por lo menos, o lo equivalente: la renuncia tácita, habilidosamente conseguida de la prescripción".

La parte demandada para demostrar la interrupción de la prescripción o la renuncia a ella, fuera de los dos documentos mencionados, adujo un contrato de 16 de junio de 1.952, que no se perfeccionó, toda vez que en él se dice que Bernardo Angel se dispone a recibir el inmueble y Lizcano a efectuar la entrega del mismo.

Ante la realidad de una prescripción treintenaria, "en proximidad de ajustarse, reconocida por la demandante, cumple examinar si los contratos de que se hace mérito tienen la virtud de establecer la interrupción o la renuncia tácita de la prescripción.

Tales documentos no pueden producir ninguno de estos efectos, porque el artículo 2514 del C. C. previene que "la prescripción puede ser renunciada expresa o tácitamente, pero solo después de cumplida". No puede renunciarse antes de consolidarse o cumplirse el plazo prescriptivo.

El sentenciador decide que el reconocimiento de las firmas de los documentos por Lizcano, ha determinado su renuncia tácita a la prescripción treintenaria. Cita una doctrina de la Corte en que sienta el principio de que no existe esta renuncia tácita "por el solo hecho de reconocer el documento en que consta la obligación".

No se puede argüir que no se trata de una renuncia tácita, porque el artículo en cita hace un ejemplo de ella "cuando cumplidas las condiciones legales del la prescripción, el poseedor de la cosa la toma en arriendo".

Lo dicho es bastante a demostrar que el sentenciador cometió grave error de derecho, cuando dice que 'Lizcano recibió no para poseer, sino como arrendatario' y no estableció su desvinculación de los pactos celebrados con recomendados de la demandada. Y al expresar luego: 'El contrato está fechado el 19 de agosto de 1.952, notoriamente reconocido por los comparecientes y en él se contempla..... un reconocimiento y aceptación del carácter de arrendatario de tal bien, en el Sr. Lizcano". "El eje de esta argumentación es el de que reconocer, Lizcano, la firma del contrato de arriendo en 1.952, del bien que venía poseyendo, por lo menos, implica renuncia suya a la prescripción, y, se tiene visto, que la prescripción no es renunciable entre tanto no se haya ajustado en absoluto, y que el reconocimiento del documento en que conste la obligación, según jurisprudencia de la Corte, no equivale a renuncia".

Tampoco puede decirse que hubo interrupción de la prescripción por medio de los documentos examinados, porque esta, según los artículos 2523 y 2534 del C. C. es natural y civil, y la última consiste en todo recurso judicial intentado por el que se pretende dueño de la cosa contra el poseedor, y solo el que lo ha propuesto podrá alegar la interrupción.

La demandada no ha intentado recurso judicial alguno encaminado a conseguir la reivindicación del terreno descrito y delimitado en la demanda. El sentenciador cometió manifiesto error de derecho en la apreciación o valoración probatoria que hizo de los tres documentos privados, y de la contestación de la demanda, en contravención a los artículos 604 a 609, 632 a 639 del C. de P. C., 1757 y 2514 del C. C, la cual indirectamente condujo al quebrantamiento de los artículos 762, 764, 770, 780, 2512, 2514, 2515, 2518 del C. Civil, 1o. a 11 inclusive de la ley 120 de 1,928 por no haberlos aplicado y 777, 780 y 2531 por indebida aplicación.

b) El fallador cometió también grave error de derecho consistente "en haber valorado como plena prueba de la posesión inscrita, la escritura pública No. 612 de 1.929, Notaría 1ª. de Pereira, a favor de la demandada, presentada durante la inspección ocular", sin que se acompañara el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Pereira sobre la vigencia del registro, por no haber sido cancelado de conformidad con lo preceptuado por el artículo 789 del C. Civil. De esta manera se contravino a lo dispuesto por los artículos 635 en

relación con el 632 del C. Judicial. Por este error de derecho en la apreciación de la prueba violó indirectamente los artículos 762, 764, 770, 780, 2514, 2515, 2518, del C. Civil, 1o. a 11 de la ley 120 de 1.928 por falta de aplicación, y 777 ibídem por indebida aplicación.

SE CONSIDERA:

Los errores de derecho o de valoración probatoria no pueden recaer sino sobre los medios apreciados por el fallador como demostrativos de los hechos básicos de la demanda. Mal puede cometerse un error de esta naturaleza respecto de pruebas no tenidas en cuenta en la sentencia. Tal ocurre con la que el recurrente llama confesión de la demandada al referirse al hecho tercero del libelo.

En el particular, el Tribunal se limitó a transcribir la petición y algunos de los hechos sustentatorios de la demanda y, a hacer una relación suscinta de los otros. En cuanto al tercero, copia de la contestación: "No es cierto. El lote de terreno vendido por escritura número 1161 de 19 de agosto de 1.926, Notaría de Pereira, a Pineda y Lizcano está identificado y tiene una manzana de superficie. Que el actor ha reconocido siempre la calidad de arrendatario de la señora Marulanda" por la parte del edificio que está ocupando el lote de propiedad de aquella, edificio de La Teneria".

No se ve que el fallador haya tenido como confesión de la demandada la distinción que hace entre la manzana adquirida por Pineda y Lizcano en 1.926, y la manzana que éste ocupa sin decir desde cuándo como arrendatario. En virtud de esta apreciación, en la parte motiva el fallador no habla de la confesión, es decir, no la estimó, y en caso de que ella existiera, la acusación no sería por error de derecho en su valoración probatoria sino de hecho, por no haberla visto.

El error de derecho en cuanto les dió a los tres documentos presentados por la demanda pleno valor probatorio respecto del hecho de haber interrumpido la prescripción alegada por Lizcano, tampoco sería de derecho, porque tratándose de documentos privados, dos de ellos reconocidos ante el Notario y el otro tenido por reconocido por haber obrado en el juicio y no haber sido objetado o redargüido de falso, tienen pleno valor probatorio al tenor de los artículos 637 del C. J. y 1761 del C. Civil, el primero de los cuales le da fuerza de confesión judicial acerca de sus estipulaciones, y el último, el valor de escritura pública respecto de las personas que aparecen haberlos suscrito. El Tribunal les dió plena eficacia probatoria en cuanto en "ninguno de ellos se alega propiedad en cabeza de Lizcano, por el contrario hay reconocimiento expreso de que tanto el inmueble como las mejoras son de la señora Marulanda de Angel y que Lizcano recibió la cosa no para poseer sino como arrendatario". En una palabra, el hecho que se declaró plenamente probado con esos documentos es el de no haber sido nunca poseedor Lizcano sino arrendatario, ante el cual no cabía interrupción de posesión puesto que esta no había existido. Si el sentenciador halló establecido que Lizcano, según los documentos, recibió la cosa no en posesión sino como arrendatario, el error sería de hecho, no de derecho, porque tales instrumentos, reúnen todos los requisitos para ser aceptados con pleno valor probatorio.

La copia de la escritura número 612 otorgada el 23 de abril de 1.929, ante el Notario 1o. del Circuito de Pereira, por la cual ella adquirió dentro de

mayor extensión el inmueble que el actor pretende haber prescrito extraordinariamente, para acreditar el dominio, no requería del certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito, a que se refiere el artículo 635 del C. Judicial, ya que conforme a los términos de este precepto dicho documento ha de acompañarse con la copia de la escritura debidamente registrada, cuando la ley impone que se acredite sumariamente la suficiencia de un título, o sea en casos especialmente señalados en la ley, entre los cuales no figura el de los juicios de dominio. El Código Judicial sí los exige para obtener el desembargo de un inmueble trabado en una ejecución (Art. 1008), para demandar la partición material ad valorem de un bien raíz (1135) y para demandar el juicio de venta de bienes hipotecados. Esta ha sido la doctrina sostenida de la Corte. (G. J. T. XXVII-312; XXV-266; XXXIX-156; XLIII-339).

Se rechaza la censura.

Sexto cargo.

Lo formula por grave error de hecho por cuya causa infringió de modo indirecto varias disposiciones sustantivas.

Su desarrollo es del siguiente tenor: "A fls. 1 vto. y 2 frente, obra la contestación de la demanda de que es autor el Sr. mandatario judicial de la demandada. Al contestar los puntos tercero y cuarto, lo hizo en los términos reproducidos por mí al comienzo del quinto cargo. Allí la demandada confiesa que el demandante comenzó a poseer el 19 de agosto de 1.926, y acepta que persevera poseyéndolo.

"Esta documental fue ignorada, en absoluto, por el sentenciador. En parte alguna se refirió a ella. Quien demuestre haber poseído y posee actualmente presume la posesión en el tiempo intermedio. La referida prueba, per se, demuestra los dos extremos relacionados. De tal modo que de no haber sido ignorada por el fallador, esta prueba, como es evidente, que no la tuvo en cuenta, en ninguna parte de la providencia impugnada, necesariamente habría decidido en forma distinta, y no habría producido el fallo que con vista en ella es contraproducente".

Por el error de hecho expuesto, fueron quebrantadas las siguientes disposiciones legales: Arts. 762, 764, 780, 1757, 2513, 2518 del C. C. y Arts. 1o. a 11 de la ley 120 de 1.928, por no haberlos aplicado.

SE CONSIDERA:

La confesión que, según el recurrente, dejó de apreciar el Tribunal referente a que la demandada acepta que Lizcano comenzó la posesión del terreno, objeto de la prescripción, el 19 de agosto de 1.926, y que continúa en ella, la encuentra en que, al contestar el punto 3o. de la demanda, "admite que Honorio Lizcano ha ocupado el lote de tierra de una manzana de superficie, que adquirió de Valeriano Marulanda, según escritura número 1161, agosto 19, Notaría 1ª. de Pereira, en el que ha funcionado siempre la tenería y que una parte del edificio de La Tenería, está ocupando parte de la calle 30 sin abrir y otra parte de la manzana de propiedad de mi mandante; pero sobre esta parte Lizcano ha reconocido siempre el dominio y la posesión que sobre él ha ejercido mi mandante, la señora Tulia Marulanda v. de Angel. Esto lo puedo comprobar, porque Lizcano

siempre se ha reconocido como arrendatario de mi mandante por la parte del edificio que está ocupando en el lote de propiedad de aquella'".

Pero de la parte transcrita, lejos de aparecer una confesión sobre que el actor ha tenido la posesión desde 1.926 hasta el momento, la demandada dice que Lizcano siempre se ha reconocido como arrendatario de ella por la parte del terreno de propiedad de la misma que ocupa el edificio de La Tenería y que por el resto del mismo lote siempre ha reconocido el dominio y posesión que en él ha ejercido Marulanda v. de Angel. En una palabra, sí, por una parte del terreno ha pagado arrendamiento, y, por la otra, ha reconocido el dominio y posesión de la demandada, no puede decirse que confiesa una posesión sino una simple tenencia, toda vez que le desconoce el ánimus domini, o sea, el elemento subjetivo de la posesión, sin el cual esta no existe.

La contestación al hecho o "punto tercero" del libelo contiene: 1º. la negativa de él; 2º. la aclaración de que por la escritura número 1161 de 1.926, Valeriano Marulanda le vendió a la sociedad Pineda y Lizcano un lote de terreno comprendido por los linderos especiales expresados en el instrumento; 3o. que dicho globo de terreno no toca "en lo más mínimo" el de propiedad de la opositora, comprendido entre calles 31 y 31 (sic) y carreras 2a. y 3a; y 4o. la aclaración de que una parte del edificio de La Tenería está ocupando parte de la calle 30, sin abrir, y otra parte de la manzana que se reivindica, sobre la cual el actor siempre se ha reconocido como arrendatario de dicha parte.

Como es manifiesto, no aparece el reconocimiento por la opositora de que Lizcano venga poseyendo el inmueble o parte de él desde el año de 1.926. Todo lo contrario, la manifestación es la de que Lizcano ha reconocido el dominio y posesión de la demandada, porque siempre se ha tenido como arrendatario.

No existiendo el error de hecho alegado, el cargo no prospera.

En mérito de 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 de veintitrés de septiembre de mil novecientos cincuenta y nueve, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en el juicio ordinario promovido por Honorio Lizcano contra Tulia Marulanda v. de Angel.

Las costas a cargo de la parte recurrente.

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

Arturo C. Posada. - Enrique Coral Velasco - Gustavo Fajardo Pinzón. - Julián Uribe Cadavid - José Hernández Arbeláez - Antonio Rocha, Conjuez. - Ricardo Ramírez L., Secretario.

BOLSAS DE VALORES. NORMAS QUE LAS RIGEN

Causal 2ª. de casación. No procede alegarla contra sentencia totalmente absolutoria. Error manifiesto de hecho. Los Miembros de la Bolsa no son subalternos ni mandatarios de la entidad, y a la exigencia y aceptación de las cauciones que los Miembros deben de otorgar no puede atribuírsele el alcance de asunción de deuda ajena por parte de la Bolsa. Mandato aparente. Exigencias para que pueda darse esta clase de mandato

1. Ha sido doctrina constante de la Corte que la sentencia totalmente absolutoria no puede ser impugnada por incongruencia, ni en consecuencia acusada con fundamento en la causal segunda, porque en la sentencia plenamente absolutoria quedan resueltas todas las súplicas de la demanda y las demás pretensiones deducidas por los litigantes, de tal manera que de esa decición no es posible descubrir, por sustracción de materia, ninguno de los elementos constitutivos de la inconsonancia, como son las cuestiones no pedidas (extra petita), o sobre más de lo pedido (ultra petita), o sobre menos de lo suplicado (minima petita).

2. Uno de los casos de error manifiesto de hecho en la apreciación de las pruebas consiste, según reiterada doctrina de la Corte, en tener por inexistente un hecho en razón de no haber visto ni tenido en cuenta el sentenciador una prueba que obra en autos y que demuestra la existencia de ese hecho.

3. Las garantías que deben otorgar los Miembros de la Bolsa a tenor de lo dispuesto por los artículos 72, 73, 77, 78, 80 y 93 del Reglamento de la misma, no imponen a la Sociedad la obligación, solidaria o subsidiaria, de atender el cumplimiento de las obligaciones que los Miembros contraigan con sus comitentes, o sea con los terceros que les encomiendan la compra o venta de valores. Además, no se ve la razón lógica ni jurídica para atribuir a la exigencia y aceptación de esas cauciones el alcance de una asunción de deuda ajena, esto es, como una adhesión unilateral y voluntaria de la sociedad a las referidas obligaciones de los Miembros de la Bolsa para con sus comitentes, pues que expresamente el artículo 80 del Reglamento dicho remite esas obligaciones al derecho común, lo que significa que la Sociedad no asume estas responsabilidades. Y, por otra parte, la constitución de las garantías por los Miembros de la Bolsa no los convierte en subalternos, ni mandatarios, ni empleados de aquélla, ni la asocia solidaria o subsidiariamente al cumplimiento de las obligaciones contraídas por ellos en favor de sus clientes.

4. Para seguridad de los negocios jurídicos y en defensa de los terceros de buena fe, hizo su aparición la teoría del mandato aparente. Varias exigencias se requieren para que pueda darse esta clase de mandato, a saber:

1o.) Que una persona contrate en nombre y lugar de otra; 2o.) Que por las apariencias que rodean el negocio o por la conducta del presunto mandante, el tercero que contrata pueda creer fundadamente y de buena fe, que celebra la convención con quien tiene poder suficiente para representar a dicho mandante.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, once de mayo de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Julián Uribe Cadavid)

Juicio de Julio Uribe Grajales contra Bolsa de Bogotá S. A. Sentencia de 19 de diciembre de 1.962, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Recurrente: la parte actora.

- I -

ANTECEDENTES

Expone el demandante en libelo dirigido al Juez 3o. civil del circuito de Bogotá, un conjunto de hechos que pueden sintetizarse así:

a) El actor encargó a la Bolsa de Bogotá, por conducto de Carlos Gómez Vargas, la compra de 550 acciones de la Compañía Colombiana de Tabaco y 5.600 acciones del Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A.

Gómez Vargas le presentó dos comprobantes de compra: el marcado con el No. 39640, de 11 de diciembre de 1.954, referente a 550 acciones de la empresa primeramente citada, por $19.800.oo, a $36.oo la acción y $110.oo, más, monto de la comisión de compra; y el No. 39728, de 13 de los mismos, por 5.600 acciones del consorcio nombrado, por $19.768.oo, más $140.oo de comisión. Uribe Grajales le giró sendos cheques a Gómez Vargas, por los valores totales expresados.

Ni éste, ni la Bolsa de Bogotá, entregaron las acciones a que se contraen los comprobantes a Uribe Grajales ni al doctor José Gómez Pinzón, comisionado por éste al efecto.

b) Gómez Vargas, después de dar a Uribe Grajales, reiteradas disculpas, se declaró en quiebra en abril de 1.955 ante el Juez 3o. civil del circuito de Bogotá, con un pasivo de cuatro millones de pesos contra "un activo discutible" de $178.000.oo.

c) La Bolsa de Bogotá incurrió en culpa por haber recibido a Gómez Vargas como miembro de la Bolsa; por no haber vigilado su conducta, especialmente en los últimos años y haber tenido conocimiento de las especulaciones indebidas a que estaba dedicado su agente, permitiéndole que continuara en ellas.

d) En los libros de la Bolsa de Bogotá no aparece el nombre del vendedor de las acciones, lo que implica falla de vigilancia de las actuaciones de Gómez Vargas y a la vez falsedad de un certificado expedido sobre operaciones que no se verificaron. Y en los libros del agente consta que la compra de las acciones en referencia, se hizo a Jaime y Hernando Echeverri Duque, lo que no es cierto.

e) Gómez Vargas constituyó ante la Bolsa de Bogotá "garantías generales para el cumplimiento de sus obligaciones, las que se hallan vigentes".

f) Uribe Grajales fue víctima de cuantiosa pérdida, a consecuencia de la conducta de Gómez Vargas, a quien aquél acudió en demanda de sus servicios de agente de la Bolsa, confiando en que ésta, por medio de sus órganos directivos ejercería la necesaria vigilancia de la conducta y operaciones del agente.

Uribe Grajales reclamó a la Bolsa, por carta de 25 de abril de 1.955, la entrega de las acciones, lo que le fue negado en comunicación de 26 de mayo del mismo año.

Afirma que la Bolsa de Bogotá "es un órgano de la sociedad Bolsa de Bogotá S. A. y cuenta con la Asamblea de Accionistas, un Consejo Directivo, el Gerente y la Cámara de la Bolsa, a través de los cuales ejerce sus funciones"; que los puestos de la Bolsa son vendidos por la sociedad y el carácter de miembro de la Bolsa "exige calidades personales y condiciones que deben ser cuidadosamente establecidas por el Consejo Directivo", y que la Bolsa "es una entidad de servicio público, cuyo funcionamiento y control de las actividades de los miembros que la componen está reservado al órgano de la misma".

Dice que entre los fines de la Sociedad Bolsa de Bogotá S. A. figura, según los Estatutos: proteger al público en sus compras y ventas de valores"; "evitar las especulaciones"; "regularizar, reglamentar, proteger y vigilar las actuaciones de los Miembros de la Bolsa"; "mantener elevadas normas de honor comercial y probidad entre los miembros de la Bolsa, e infundir justos, equitativos e imparciales principios mercantiles". Y según los reglamentos, entre otros fines: "velar por el estricto cumplimiento de las transacciones, de acuerdo con los términos y condiciones pactados formalmente y dentro de las normas reglamentarias"; "dar testimonio de las operaciones celebradas por los miembros mediante certificado expedido por cada una de ellas, certificado que será autorizado por las firmas de los contratantes y la del Gerente, y que contendrá el siguiente detalle: fecha de la transacción, la cantidad y nombre de los objetos negociados, el plazo fijado para su cumplimiento y demás condiciones estipuladas"; agrega que la Bolsa de Bogotá ejerce las funciones de Corredor, Martillero y Agente de Cambio por conducto de sus miembros, y que éstos a la vez accionistas de la sociedad "Bolsa de Bogotá S. A.", son dependientes, agentes o mandatarios de la Institución demandada, para efecto de las operaciones que celebran por cuenta de ella.

Como consecuencia de los hechos alegados demandó el siguiente pronunciamiento:

"1o. La sociedad demandada está obligada a responder ante mi mandante, señor Julio Uribe Grajales, de la certeza, realidad y cumplimiento de las operaciones bursátiles de que dan cuenta los comprobantes de Bolsa Números 39640 de fecha 11 de diciembre de 1.954 por quinientas cincuenta (550) acciones de la Compañía Colombiana de Tabaco y 39728 de fecha 13 del mismo mes y año, por cinco mil seiscientas (5.600) acciones del Consorcio de Cervecerías Bavaria.

"2o. Que como consecuencia de la anterior declaración, la Bolsa de Bogotá S. A., está obligada a entregar a mi mandante, señor Julio Uribe Grajales, tres días después de ejecutoriada la sentencia que ponga fin al juicio, la cantidad de quinientas cincuenta (550) acciones de la Compañía de Tabaco y cinco

mil seiscientas (5.600) de Consorcio de Cervecerias Bavaria S. A., junto con los dividendos de las mismas desde el 13 de diciembre de 1.954 hasta que la entrega se verifique.

"3o. Que si la sociedad demandada se opone; se le condene a pagar las costas del juicio".

Subsidiariamente:

"1o. Que la Sociedad demandada, en su condición de propietaria, directora, administradora y gestora de la Bolsa de Bogotá, está obligada a responder ante mi mandante señor Julio Uribe Grajales, de los perjuicios recibidos por éste con ocasión de la no entrega de los títulos correspondientes a las operaciones bursátiles de que dan cuenta los comprobantes de Bolsa Números 39640 de fecha 11 de diciembre de 1.954, por quinientas cincuenta (550) acciones de la Compañía Colombiana de Tabaco, y 39728 de fecha 13 del mismo mes y año, por cinco mil seiscientas (5.600) acciones del Consorcio de Cervecerias Bavaria S. A.

"2o. Que como consecuencia de la declaración anterior, la Bolsa de Bogotá, está obligada a entregar a mi mandante, dentro de los tres dias siguientes a la ejecutoria de la sentencia que ponga fin a este juicio, la cantidad de quinientas cincuenta (550) acciones de la Compañía Colombiana se Tabaco y cinco mil seiscientas (5600) acciones del Consorcio de Cervecerias Bavaria S. A., junto con los dividendos de las mismas acciones desde el 13 de diciembre de 1.954 hasta la entrega de los citados títulos, o su equivalente en moneda corriente, al precio de adquisición de tales títulos, más sus intereses corrientes desde el 13 de diciembre de 1.954 hasta el dia del pago.

"3o. Que si la Sociedad demandada se opone, debe pagar las costas del juicio".

La parte demandada, al dar respuesta al libelo, manifestó su entera inconformidad tanto con las afirmaciones como con las pretensiones formuladas, y propuso las excepciones perentorias que pudieren resultar de la yuxtaposición y confusión de conceptos, caracteres y consecuencias de las mencionadas especies de culpa.

Surtida la primera instancia, el Juez negó estas últimas, con las costas a cargo del actor, y apelado este fallo, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá lo confirmó, con las costas de la segunda instancia por cuenta del mismo litigante.

El recurso fue oportunamente fundado y replicado, y además se celebró audiencia pública a solicitud de la parte demandante.

- III -

LA SENTENCIA

Comienza por examinar si el libelo pretende una responsabilidad contractual, y subsidiariamente una extracontractual, y concluye que se trata, en las peticiones principales como en las subsidiarias, de una misma responsabilidad originada de un contrato que, según el actor, fue celebrado por él mismo, y Gómez Vargas, éste como agente o dependiente de la institución, no hay duda de que la litis se ha basado en el campo de la responsabilidad contractual, pero con un do-

ble planteamiento: por responsabilidad directa y a la vez indirecta contra la Bolsa de Bogotá S. A., y termina así:

"En conclusión se tiene que la simple referencia a hechos conformadores de la responsabilidad civil extracontractual o a normas legales reguladoras de ese concepto jurídico, no es suficiente para admitir que subsidiariamente fue interpuesta la correspondiente acción, mucho menos si se tiene en cuenta la ya anotada similitud jurídica entre las peticiones formuladas".

Entrando al fondo del negocio y después de algunas consideraciones históricas sobre el origen y funcionamiento de las bolsas de valores dice que es esencial para el recto entendimiento del litigio señalar que "La Bolsa fué un lugar de reunión de comerciantes, a semejanza de las ferias"; que "se trataba de una casa de contratación a la cual se procuró, desde un primer momento, limitar el acceso de los mercaderes, mediante selección encaminada a asegurar la honestidad y solvencia de los inscritos o matriculados en la respectiva institución. Además, las transacciones recaían sobre "cosas" que no estaban presentes".

Las Bolsas de Valores se caracterizan -dice el Tribunal- como "lugares donde se conciertan las operaciones de compra-venta de títulos-valores". Y de acuerdo con su origen permite distinguir al "empresario" de la "empresa" y del "establecimiento". El primero organiza, mediante la creación de Bolsa, la matrícula de sus Miembros, o Afiliados, la apertura de un establecimiento apto para servir de mercado o lugar de contratación, etc. la actividad lucrativa que constituye la empresa. La empresa es la actividad que tiene por fin facilitar, mediante una comisión, un lugar en donde se lleven a cabo las transacciones. Y el establecimiento (Bolsa) es el lugar en donde se llevan a cabo las diferentes transacciones.

La sentencia hace otras consideraciones sobre este particular, y enseguida expone: "El empresario (Bolsa) se limita a permitir a sus afiliados el uso del establecimiento para verificar allí las respectivas transacciones, a permitir que los valores sean ofrecidos al público por medio de un pregonero, a constatar las operaciones que se lleven a cabo y anunciar los precios de dichas operaciones (cotizaciones); pero el empresario, por sí mismo, no negocia en tales valores. Esta actividad la cumplen, por su cuenta y riesgo, los afiliados o inscritos (Miembros de la Bolsa), comerciantes independientes que en manera alguna representan al empresario (La Bolsa), ni comprometen su responsabilidad por los contratos que celebren con terceros, relativos a dichos valores".

Refiriéndose al sistema colombiano sobre organización del mercado bursátil, la sentencia entra en una enumeración y transcripción de las disposiciones legales, estatutarias y reglamentarias acerca de las exigencias a que deben someterse quienes aspiren a ejercer esta rama del comercio como Miembros de la Bolsa de Bogotá; y cuáles son las funciones que competen a la institución, en relación con los negocios que se transan dentro del establecimiento. Del conjunto de tales disposiciones saca las siguientes conclusiones:

"a) Sólo los Agentes o Corredores de cambio 'Miembros' de la Bolsa pueden concurrir al 'recinto de la Bolsa' o 'recinto de ruedas' (El parquet). Por lo tanto, entre nosotros se establece un 'corro colegiado'.

"b) Las operaciones tienen lugar de 'Miembro' a 'Miembro' y pueden efectuarse durante las 'ruedas' (reuniones públicas de la Bolsa, art. 4o. D. 1273) o fuera de la Bolsa (art. 6o. ibídem).

"c) Los 'Miembros' obran en su propio nombre, aunque lo hagan como mandatarios de terceros. En ningún caso dan a conocer la existencia de tal mandato y menos aún el nombre de sus comitentes, lo que les está expresamente prohibido. (art. 12, núm. 2o., D. 1273,.

"d) Cada uno de los 'Miembros' que concierten una transacción está obligado, para con el otro, a cumplirla en los términos y condiciones pactados. Esta segúnda etapa, la de cumplimiento, es distinta de la anterior. Cuando se hace por intermedio de la Bolsa, ésta recibe los valores negociados, para fines de la 'liquidación' de la operación y los entrega al 'Miembro' comprador al momento de recibir de éste el pago de su precio, en las operaciones al contado (véanse las disposiciones reglamentarias citadas).

"e) La Bolsa asume, ante el 'Miembro' respectivo, las obligaciones contractuales correspondientes a su intervención en la 'liquidación' de la operación. Pero tales obligaciones, y las consiguientes responsabilidades, no pasan a terceros mandantes del 'Miembro'. Sólo éste puede hacerlas efectivas".

Después de hacer mérito de la confesión dada por el Gerente de la Bolsa de Bogotá sobre admisión del señor Gómez Vargas como Miembro de la Bolsa de Bogotá; y de analizar las pruebas acerca de las transacciones llevadas a cabo por dicho señor Gómez, a nombre del demandante, y de los cheques girados por éste a favor de aquél, se refiere la sentencia a que dichas operaciones son de las llamadas "cruzadas", para afirmar:

"Contrariamente a las demás operaciones que se liquidan por intermedio de la Bolsa y con cheques girados por ella, las operaciones cruzadas cuando se realizan de contado y las llamadas solo comisiones se ejecutan sin intervención de la Bolsa, limitándose ésta a dar la papeleta de liquidación y a cobrar las respectivas comisiones".

Y mas adelante agrega:

"La intervención de la Bolsa en las transacciones celebradas por Gómez Vargas en desarrollo del mandato que debió conferirle la parte actora, se limita a la liquidación de su porcentaje o comisión, operación que conforme a los reglamentos no implica indagar cosa distinta del valor de esas transacciones, del plazo acordado, de la especie y cantidad de las mismas y del cumplimiento previo de las demás formalidades que determinan el Consejo Directivo o la Cámara de la Bolsa.

"La firma del Gerente en esos casos, por lo tanto, sólo sirve para dar testimonio de la correcta liquidación y en manera alguna compromete la responsabilidad de la Bolsa para con los mandantes de los Miembros y los convenios entre ellos celebrados, los cuales se ignoran por completo".

En cuanto la parte actora pretende atribuir responsabilidad a cargo de la Bolsa por incumplimiento de sus deberes cuando admitió a Gómez Vargas como uno de sus Miembros: cuando tuvo conocimiento de las especulaciones indebidas que estaba efectuando, y cuando le permitió que continuara en su cargo, hasta su declaración de quiebra judicial, el Tribunal afirma que 'no se establecieron los hechos que dan base a tales aseveraciones; y agrega que en las posiciones el Gerente "explicó cómo las visitas reglamentarias se practicaron al señor Gómez Vargas y cómo sólo antes de haber cesado en el pago de sus obli-

gaciones, se tuvo conocimiento de su difícil situación ante la Bolsa y ante terceros y por esta causa se adoptaron de inmediato las medidas del caso".

En relación con la teoría del mandato aparente propuesta por el actor, el Tribunal la rechaza, en el caso concreto del litigio, porque: "Dentro de los hechos que sustentan la demanda no está comprendido el principal en que se ha pretendido apoyar la expresada teoría de la apariencia y por otro aspecto ya se dijo inicialmente que la acción instaurada es la de responsabilidad contractual y no extracontractual, como sería aquella planteada en el alegato de conclusión".

- IV -

LA CASACION

La parte demandante ha formulado a la sentencia cuatro cargos: tres por la causal primera, y uno por la segunda. La Corte procede a su examen en la forma que corresponde.

Primer cargo (*Tercero de la demanda*)

"Este cargo tiene su apoyo -dice el recurrente- en la causal 2a. del artículo 520 del C. J., por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. En efecto, como lo veremos enseguida, la demanda fué mal interpretada por el sentenciador al considerar las peticiones subsidiarias".

El demandante considera equivocada la interpretación de la demanda inicial del juicio, hecha por el Tribunal, porque si rechaza "La existencia de un vínculo contractual directo entre el demandante y la sociedad demandada" ha debido estudiar, con apoyo en los estatutos y reglamentos de la Bolsa, la responsabilidad que le corresponde como entidad de servicio público o semioficial que controla las actividades de los Miembros de la Bolsa.

Hace otras consideraciones tendientes a demostrar que en los hechos 23 a 29 de la demanda se ha planteado claramente la acción por responsabilidad extracontractual por no haber la Bolsa de Bogotá vigilado la actividad del señor Gómez Vargas y permitiéndole y aún haber cooperado con él en las operaciones de especulación que realizó mediante el sistema de "juego a la baja".

Enseguida afirma el recurrente:

"La demanda se trabó sobre dos acciones acumuladas y acumulables, la una principal y la otra subsidiaria: la primera fundada en una responsabilidad estrictamente contractual; y la segunda con apoyo en un hecho voluntario de la sociedad demandada que se refiere a las obligaciones asumidas por ella en los estatutos y reglamentos, o en una culpa directa por el incumplimiento de los deberes de vigilancia y control que dieron origen a los hechos que son causa de la demanda.

"No existe la menor duda de que el sentenciador se abstuvo de resolver sobre las peticiones subsidiarias de la demanda, pretextando que ellas se referían a una relación contractual, y pretextando también el no haberse invocado la acción extracontractual. Está probado el error de interpretación de la demanda y demostrada la existencia de una acción subsidiaria que se apoya en la culpa derivada del poder de control y vigilancia de las actividades de los Miembros de la

Bolsa que la hace responsable del daño, luego existe la causal segunda del artículo 520 del C. J., porque la sentencia no concuerda con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes".

"No se diga que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, habiendo sido la sentencia absolutoria, hay decisión sobre todas las pretensiones de la demanda, pues a pesar de que fue confirmada la sentencia de primera instancia, expresamente se dice que no se invocó la culpa extracontractual, lo que equivale a afirmar que no se falló sobre ella como se dice en la providencia acusada.

"Consecuencia de este cargo es un error de hecho en la interpretación de la demanda, pues contra el texto de ella se dice que no se invocó la responsabilidad extracontractual. Está no solamente la parte petitoria sino también los hechos que atrás menciono y que expresan exactamente lo contrario de lo afirmado por el Tribunal".

Se queja el demandante de que no se tuvieron en cuenta la demanda de quiebra, ni el documento suscrito en 1.955 entre Carlos Gómez Vargas y la Bolsa de Bogotá S. A., ni la demanda de la Bolsa de Bogotá en la quiebra del señor Gómez Vargas, para deducir que "Todos estos documentos prueban que la Sociedad demandada no cumplió con las obligaciones que le imponen la ley, los estatutos y reglamentos, de vigilar las actuaciones del Miembro de la Bolsa señor Carlos Gómez Vargas, y constituyen un error evidente de hecho por no haber sido considerados y pasados por alto".

"Estos errores de hecho -sostiene el recurrente- condujeron al sentenciador a la infracción directa, por no aplicación al caso del pleito, de las siguientes disposiciones legales, de carácter sustantivo; el artículo 83 del C. de C. T. que prohibe a los corredores toda especie de negociación y tráfico directo ni indirecto, en nombre propio ni bajo el ajeno, sobre los objetos que hacen la materia habitual de sus operaciones; violación directa del artículo 13 del D. 1273 de 1.936 que consagra la misma prohibición, disposiciones éstas de carácter sustantivo que han debido ser aplicadas al caso de autos, estableciendo la responsabilidad por la infracción, y que, por el contrario, no se tuvieron en cuenta a pesar de que la sociedad demandada estaba obligada a impedir el tráfico directo de Gómez Vargas en los negocios de Bolsa, tráfico que no solamente no impidió sino que favoreció, facilitándole al mismo la ejecución de tales especulaciones".

Afirma, finalmente, que de este cargo resultan violados "por no aplicación al caso del pleito", los artículos 2341, 2344, 2347 y 2349 del C. C., porque la Bolsa de Bogotá tenía la obligación de vigilar las actividades de Gómez Vargas como Miembro de la Bolsa y no cumplió con este deber. "Además, dice, el daño está debidamente probado con los documentos que acreditan el encargo de comprar, el pago de precio y la no entrega de los títulos correspondientes".

SE CONSIDERA:

Ha sido doctrina constante de la Corte que la sentencia totalmente absolutoria no puede ser impugnada por incongruencia, ni en consecuencia acusada con fundamento en la causal segunda, porque en la sentencia plenamente absolutoria quedan resueltas todas las súplicas de la demanda y las demás pretensiones deducidas por los litigantes, de tal manera que de esa decisión no es posible descubrir, por sustracción de materia, ninguno de los elementos constitutivos de la in-

consonancia, como son las cuestiones no pedidas (extra petita), o sobre más de lo pedido (ultra petita), o sobre menos de lo suplicado (minima petita). En casación de 12 de diciembre de 1.955 se dijo lo siguiente: "Es constante la doctrina de la Corte en el sentido de que la causal segunda de casación no se configura cuando la sentencia acusada absuelve plenamente. La desestimación integral de la demanda desata el proceso en todas las materias sometidas a la decisión judicial y queda sin base la alegada incongruencia entre el fallo y las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes". (LXXXI. 2160. 723).

En el caso de este pleito el juzgador de la primera instancia negó las peticiones tanto principales como subsidiarias del libelo que dió origen al juicio, y el Tribunal confirmó esa decisión. Lo hecho por el Tribunal envuelve una absolución plena y total de la parte demandada, de manera que esa sentencia no puede impugnarse por inconsonante ni acusarse con base en la segunda causal de casación, según la doctrina invocada antes.

Las consideraciones que hace el recurrente acerca de que el fallo del Tribunal interpretó mal la demanda inicial del juicio, y de que por ello incurrió en error de hecho al no reparar que en esa pieza se instauran dos acciones: la que tiene por sustentáculo la responsabilidad contractual, y la que se funda en la extracontractual; y de que por tal motivo se quebrantaron varios cánones sustanciales, quizá habrían podido servir para formular una acusación por la causal primera de casación, pero el recurrente no procedió así y la Corte no puede entrar en el análisis de los considerandos planteados, debido al carácter dispositivo y estricto del recurso extraordinario de casación.

Segundo cargo. (*Primero de la demanda*)

Lo hace consistir en violación indirecta, a causa de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, de los siguientes preceptos: artículos 1o., 2o., 3o., 6o., 10, 11, 12 y 13 del Decreto 1273 de 1.936 (por interpretación errónea); artículos 92 a 105 y 397 a 424 del C. de Co. (por interpretación errónea y aplicación indebida) arts. 1494, 1505, 1759, 1764 y 1765 del C. C., y 603, 604, 607, 608, 637 y 638 del C. J. Y, además, por infracción directa, los artículos 439 y 440 del C. de Co. por falta de aplicación.

En relación con este cargo, y como fundamento de él, el recurrente hace las siguientes consideraciones, que pueden sintetizarse así:

Transcribe, en primer término, los pasajes de la sentencia en que se sostiene que en la bolsa o mercado de valores, las operaciones se conciertan entre sus miembros, quienes tienen la calidad de corredores, o sea de comerciantes independientes que obran como mandatarios de terceros y no como representantes de la sociedad y que no obligan contractualmente a ésta. Según este concepto la sentencia considera en sentir del impugnante, que los "Miembros" de la Bolsa son independientes de la Entidad demandada y del establecimiento mercantil que ella maneja, administra y explota, y no encuentra en la ley, ni en los estatutos y reglamentos que regulan el funcionamiento de esas instituciones ninguna base para deducir que los actos de esos Miembros comprometen la responsabilidad convencional o legal de las mismas instituciones en forma distinta de la que existe entre los propios Miembros, o respecto de la Bolsa. Esta opinión resulta equivocada ante el hecho de que las Bolsas de valores son establecimientos que ejercen una función pública por delegación del Estado, función que consiste en sostener y explotar el monopolio de los valores bursátiles a través de sus Miembros y sin que los par-

ticulares puedan efectuar sus inversiones sino por mediación de éstos. La Bolsa de Bogotá no admite otros intermediarios que sus propios Miembros y les exige determinadas garantías para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones; si estas seguridades no se otorgan sino en beneficio de los mismos Miembros, o de la Bolsa, habría que concluir en que la Institución sólo se fundó para beneficio común de los corredores y para colocarlos en insolvencia frente a los inversionistas.

Considera el recurrente que la sentencia interpretó erróneamente varias pruebas, y, al respecto, se detiene en la consideración de los artículos 1o., 2o., 3o., 7o. de los estatutos de la Sociedad demandada, que tratan del nombre, domicilio y fines de la compañía y sobre los órganos que la administran. Luego estudia los artículos 1º. y 2º. del Decreto Nº. 1273 de 1.936, para decir que de acuerdo con tales disposiciones los reglamentos de la Bolsa de Bogotá hacen parte de los estatutos y si en ellos se consagran ciertas obligaciones y se crean cargos o funcionarios dependientes de la Sociedad, ésta tiene que asumir la responsabilidad derivada de los actos de esos empleados. La misma reglamentación prescribe que la Bolsa debe organizar y mantener el mercado bursátil en forma de ofrecer a los inversionistas, negociantes y al público en general las garantías de seguridad, honorabilidad y corrección, y que esa institución será dirigida y administrada por la Asamblea de Accionistas, el Consejo Directivo y el Gerente, agregando que "en lo relativo a las relaciones, derechos y obligaciones entre sus Miembros y la Institución, la Cámara de la Bolsa ejercerá las atribuciones determinadas en el reglamento". De allí deduce que existen ciertas relaciones entre la Bolsa y sus Miembros, reguladas en los capítulos IV a VIII del reglamento, de modo tal que invisten a los Miembros del carácter de dependientes de la Institución. "Imposible hallar -afirma el recurrente- un estatuto que señale en forma tan clara y evidente un vínculo de continuada dependencia entre la sociedad, que es el empresario de la Bolsa de Valores, y los Miembros de ella. Es el Consejo Directivo de la Sociedad quien recibe a los Miembros después de examinar sus condiciones; toman ellos posesión de su cargo ante el Gerente y se obligan a cumplir sus órdenes, las del Consejo Directivo, de la Cámara de la Bolsa y del Gerente y pueden ser destituídos por incumplimiento de sus obligaciones. Negar ese vínculo de dependencia, es desconocer el contrato social y los reglamentos de la Bolsa que de él forman parte".

Los Miembros de la Bolsa tienen como función la de servir de intermediarios entre compradores y vendedores de valores; y como esa función sólo pueden desempeñarla como tales Miembros o dependientes de la Sociedad, resulta evidente que así ejercen una actividad del establecimiento mercantil de que forman parte.

Hace mención a continuación de varias disposiciones del Decreto Nº. 2969 de 1.950, de los comprobantes de las operaciones efectuadas por Carlos Gómez Vargas, en nombre del demandante, de la fotocopia de los cheques girados por el mismo actor a favor del citado Gómez Vargas, y de las posiciones absueltas por el Gerente de la Bolsa, para afirmar que: "De lo anteriormente dicho se deduce el error en que incurrió el sentenciador, error verdaderamente fundamental, al emitir los conceptos que le sirvieron de base a la parte resolutiva del fallo"; y para decir que de las escrituras de constitución de la sociedad, de los

reglamentos de la Bolsa de Bogotá, de los comprobantes de transacción, de las cartas o informes de la Compañía Colombiana de Tabaco y de la Compañía Bavaria S. A., lo mismo que de las posiciones del Gerente de la Bolsa aparece: "de manera plena el vínculo de dependencia que existía entre el señor Carlos Gómez Vargas y la sociedad demandada, haciéndose agente y representante de ésta. Y de no deducirse esa exacta conclusión, al menos demuestran esas pruebas que la Bolsa de Bogotá asume la responsabilidad por los actos que se cumplan en desarrollo de sus actividades y por conducto de los Miembros de la Bolsa. Luego, al declarar el sentenciador como lo hace el fallo acusado, que los Miembros de la Bolsa obran por su cuenta y riesgo y no por cuenta y riesgo de ella y menos como representantes o mandatarios de la Bolsa, comete un error evidente y causa un serio agravio a los intereses de la parte actora".

Al tratar de lo que el recurrente denomina "error de derecho" dice la demanda de casación que "los errores de hecho de que se habló en este capítulo, condujeron al sentenciador a la violación de ley sustantiva, tanto por errónea interpretación como por falta de aplicación de varias disposiciones legales".

Vuelve a mencionar el artículo 7°. de la ley 16 de 1.936 y los artículos 1°., 2°., 3°., 6°., 10, 11, 12 y 13 del Decreto 1273 del mismo año, para expresar: "Cuando el sentenciador sostiene que los Miembros de la Bolsa son comerciantes independientes, que no tienen el carácter de mandatarios de la Bolsa y que no la vinculan con los terceros que en ejercicio de su cargo tienen que tratar con ellos, está infringiendo las disposiciones que acabo de citar, porque las interpreta equivocadamente, ya que ellas hacen de los Miembros de la Bolsa verdaderos mandatarios, representantes o dependientes de la misma".

Además dice que los comprobantes de liquidación números 39520 y 39728 fueron expedidos oficialmente por "la Bolsa de Bogotá" en nombre de Carlos Gómez Vargas, como Miembro de ella, y por esa razón no puede desconocerse el vínculo de dependencia que conforme a las disposiciones citadas e infringidas por el sentenciador, existe entre esa clase de funcionarios y el Empresario de la Bolsa, que es la sociedad demandada.

Después de hacer un estudio o análisis sobre las disposiciones que considera fueron infringidas o violadas por el Tribunal, y de hacer varios planteamientos para tratar de establecer que no pueden confundirse los corredores de Bolsa, con los Agentes de Cambio y con los Corredores de Comercio, confusión en que considera incurrió el sentenciador, concluye la exposición del cargo, así:

"De lo dicho anteriormente se desprende que la sentencia es violatoria de ley sustantiva por infracción directa de los artículos 435, 436, 437, 438 del Código de Comercio Terrestre, en cuanto las pruebas anteriormente mencionadas y que constituyeron la violación de hecho, fueron mal interpretadas o pasadas por alto, sin reconocer la aplicación de las disposiciones mencionadas, conforme a las cuales, los Miembros de la Bolsa son representantes o dependientes de la sociedad demandada, por quien ésta debe responder.

"Infringió también de modo directo, por mala interpretación, el artículo 7o. de la Ley 16 de 1.936 y los artículos 1o., 2o., 6o., 10o., 12o. y 13o. del Decreto Legislativo 1273 de 1.936, que fija los derechos y obligaciones de las Bolsas de Comercio y de los Corredores de Bolsa. También fué violado de modo directo el artículo 92 del C. de C. T. que define lo que es un agente de cambio, con el cual confunde el Tribunal a los Corredores de Bolsa; y violó por indebida aplicación del caso del plei-

to, los artículos 100 y 101 del mismo Código que se refieren exclusivamente a los Agentes de Cambio y que fueron aplicados por el sentenciador a los Miembros de la Bolsa, cuya naturaleza y obligaciones son diferentes. La sentencia infringió los artículos 1494 y 1505 del C. C., porque el encargo de comprar dado a un Miembro de la Bolsa, implica un contrato que produce obligaciones; y la delegación hecha por la sociedad a ese Miembro, la hace responsable. Al mismo tiempo se violaron de modo indirecto los artículos 1759, 1761 y 1765 del C. C.; 603, 604, 607, 608, 637 y 638, del C. J., porque no dió a los estatutos y reglamentos de la Bolsa que obran en autos, ni a la confesión del Gerente, el valor de plena prueba que tales disposiciones le dan; como tampoco le dió el valor de plena prueba a los comprobantes de transacción que emanan de la sociedad demandada y que no han sido redargüidos de falsos ni desvirtuados en la forma que señala el Artículo 638 del C. J. Finalmente, el sentenciador infringió de modo directo, por no aplicación al caso del pleito, los artículos 439 y 440 del C. de C. T. que obligan al patrón cuando el contrato es celebrado por factor o dependiente conocido por tal".

Tercer cargo (*Segundo de la demanda*)

"Este segundo cargo -dice el impugnante- lo hago consistir en errores de hecho en la apreciación de los Reglamentos de la Bolsa, al haber pasado por alto todas las disposiciones referentes a garantías, disposiciones que contienen la prueba de la responsabilidad de la Sociedad demandada. Y lo fundo también en errores de derecho por no darle a esas pruebas el valor que la Ley sustantiva les reconoce".

En tratándose del error de hecho, a que primeramente se refiere, el recurrente transcribe los artículos 72, 73, 74, 77, 78 y 93 del Reglamento de la Bolsa, relativos a las garantías que deben constituir los Miembros de la misma entidad, para adquirir el carácter y poder actuar por intermedio de la Institución. Y afirma enseguida: "Como se observa, el sentenciador interpretó mal la prueba resultante de los estatutos cuyo texto se refiere al régimen de garantías que se transcribe anteriormente. El Tribunal cree que esas garantías solo amparan las obligaciones resultantes de las relaciones entre los Miembros de la Bolsa y de éstos para con la sociedad demandada, interpretación que es equivocada como lo demuestra la simple lectura del decreto 2969 que como lo dije anteriormente, por ser de carácter reglamentario de la ley constituye la interpretación de ésta. En tal decreto aparece plenamente establecido que las garantías dadas por los Miembros de la Bolsa amparan las obligaciones de "todo orden que los Miembros contraigan por razón de su oficio". Por consiguiente, hubo error de hecho en la interpretación de las pruebas que cito anteriormente, error que llevó al Tribunal a violación de ley sustantiva, como lo veremos en el capítulo siguiente".

En cuanto a los errores de derecho, dice el demandante en casación que "Los errores de hecho que acabo de anotar condujeron al sentenciador a infringir de modo directo el artículo 1494 del C. C. que establece como fuente de las obligaciones tanto los contratos como también un hecho voluntario de la persona que se obliga. En este caso la sociedad demandada tomó a su cargo el cumplimiento de las obligaciones de los Miembros de la Bolsa y amparó esa responsabilidad con las garantías de que trata el Reglamento. Infringió también de modo directo el artículo 1505 del mismo Código, porque el Miembro de la Bolsa señor Carlos Gómez Vargas se hallaba estatutariamente facultado para obligar a la Sociedad demandada, y por eso la obligación debe producir todos sus efectos contra ella; y

violó el artículo 632 del C. J. que da a los reglamentos aprobados por la Superintendencia Bancaria el carácter de documentos auténticos".

Estas deducciones, conforme al criterio del recurrente, aparecen confirmadas por los artículos 25 y 34 del decreto No. 2969 de 1.960 que señala las obligaciones principales de los Miembros de la Bolsa, entre las cuales figuran la de pagar el precio de la compra o hacer la entrega de los valores, sin que sea admisible la excepción de falta de provisión; y la de que la Bolsa debe exigirles caución suficiente para responder por el cumplimiento de las obligaciones de "todo orden" que contraigan por razón de su oficio. Y agrega: "Si la Bolsa es quien fija y exige las garantías y éstas se constituyen en su favor, es porque ella tiene una responsabilidad personal ante los terceros que contratan a través de los Miembros".

Igualmente trae en corroboración de su concepto acerca de la responsabilidad de la Bolsa, el artículo 38 del decreto antes citado, conforme al cual "se presume que toda persona que comisiona a un Miembro de la Bolsa para la compra o para la venta de valores, conoce los estatutos y reglamentos de la Bolsa en cuanto se refiere a garantías y liquidación de la operación u operaciones que le encomienda, y se obliga, salvo pacto escrito en contrario, a poner a su agente en capacidad de cumplirlos".

SE CONSIDERA:

El artículo 7o. de la Ley 16 de 1.936 dispuso: "Las Bolsas de Valores o de productos y los martillos de valores establecidos o que se establezcan en el país, quedan sometidos a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, de acuerdo con los reglamentos que dicte el Gobierno".

En aplicación de ese precepto legal, el Gobierno dictó el Decreto No. 1273 de 1.936, sobre bolsas de valores. Señala ese ordenamiento legal cómo han de constituirse las bolsas, cuál debe ser su capital mínimo y cuál su objeto especial; qué requisitos ha de llenar una persona para ser corredor de bolsa; cuáles son las obligaciones de los dichos corredores; qué prohibiciones tienen, todo ello bajo la sanción de perder la calidad de corredores que ha de imponerles la Superintendencia Bancaria.

El aludido decreto No. 1273 fué en gran parte sustituido y derogado en virtud del Decreto 2969 de 1.960, dictado en virtud de la facultad consagrada en el artículo 6o. de la ley 130 de 1.959, y también reglamentario de las Bolsas de valores.

La "Bolsa de Bogotá S. A." se constituyó con el objeto de "establecer en Bogotá una Bolsa de valores y de cambio y dictar los reglamentos generales de la misma, la adquisición de valores para obtener con ellos renta o valorización, pero no con el objeto de rápida especulación", crear un Martillo para efectos públicos y de comercio y otros bienes muebles.

Como fines del establecimiento llamado Bolsa de Bogotá, de acuerdo con los reglamentos, se encuentra: ofrecer a sus Miembros un lugar de reunión para tratar allí toda clase de negocios lícitos y en especial los relacionados con la compra y venta de valores mobiliarios, de monedas extranjeras, de papeles de crédito, etc.; mantener el funcionamiento del mercado bursátil debidamente organizado, de manera que ofrezca a los inversionistas y negociantes en valores y al público

en general las garantías de seguridad, honorabilidad y corrección indispensables a esta clase de negocios; establecer la cotización efectiva de los valores mobiliarios, mediante la publicación diaria de las operaciones efectuadas y de los precios de oferta y demanda que queden vigentes al cierre de las ruedas; velar por el estricto cumplimiento de las transacciones, de acuerdo con los términos y condiciones pactados formalmente y dentro de las normas reglamentarias; dar testimonios de las operaciones celebradas por los Miembros mediante certificado expedido para cada una de ellas, certificación que será autorizada con las firmas de los contratantes y del Gerente.

De las atribuciones que tiene la Cámara de la Bolsa, conviene destacar éstas: adoptar, con la aprobación del Consejo Directivo, las normas que juzgue necesarias o convenientes respecto del régimen y vigilancia del mercado de valores y todas las que se relacionan con las actividades de los Miembros de la Bolsa; reglamentar las distintas operaciones que puedan realizarse, bien sea de contado o a plazos; fijar el monto de las garantías que deben constituir los Miembros para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones; intervenir en todo cuanto tienda a moralizar el negocio de los valores y a darle seguridad, bien sea entre los propios Miembros o en las relaciones de éstos con su clientela; servir de árbitro en las diferencias que surjan entre los Miembros o entre éstos y la Gerencia de la Bolsa; y hacer efectivas las sanciones en que incurran tales Miembros o corredores de Bolsa.

Al Gerente de la Bolsa corresponde, entre otras atribuciones: presidir las sesiones de la Cámara de la Bolsa y "cuidar especialmente que los Miembros mantengan las garantías establecidas, en forma que respalden sus compromisos con márgenes suficientes; de que registren todas las operaciones que celebren, y de que den fiel y oportuno cumplimiento a ellas".

Los Miembros de la Bolsa, con el lleno de los requisitos que la ley y los reglamentos prescriben, son admitidos por el Consejo Directivo y toman posesión del cargo ante el Gerente y el Secretario de la entidad; y para poder entrar en el ejercicio de sus actividades de corredores de Bolsa, deben constituir las llamadas "garantías generales" que tienen por objeto respaldar "toda clase de compromisos adquiridos por los Miembros de la Bolsa o por sus dependientes, para con la Institución o por medio de ella, por transacciones bursátiles, préstamos de dinero o de valores, fianzas, descuentos, anticipos sobre consignaciones para la venta, u otras operaciones análogas celebradas con la Bolsa o con intervención de ella". También prevé el reglamento la constitución de garantías especiales, que deben constituir los Miembros de la Bolsa, destinadas a asegurar el cumplimiento de las operaciones a plazo.

Los Miembros de la Bolsa tienen determinados en los reglamentos de la Entidad sus derechos y obligaciones, y entre éstas se destacan las de registrar todas las operaciones que celebren dentro o fuera del recinto de la Bolsa sobre valores inscritos en ella; entregar a las partes interesadas los respectivos comprobantes de liquidación de las operaciones que concierten en su calidad de intermediarios, guardar reserva sobre esas transacciones y sobre los nombres de sus comitentes; y manejar los negocios con lealtad, claridad y precisión, evitando inducir en error al público o a los contratantes.

En el artículo 46 del Reglamento se prevé:

"Toda operación que se efectúe por los Miembros de la Bolsa, dentro o fuera de ella, será firmada por los Miembros interesados, junto con el Gerente, o con quien haga las veces de éste, en cuatro ejemplares, llamados comprobantes de transacción". El comprobante que recibe cada uno de los Miembros, debe ser conservado en su archivo, "y por ningún motivo debe ser entregado al cliente, al cual solamente se le entregará el comprobante de liquidación".

Viene, después de celebrada la operación y expedidos los comprobantes de transacción, la liquidación del negocio que consiste en la ejecución de éste, o sea en la entrega de los valores por parte del vendedor y en el pago del precio por parte del comprador, todo lo cual debe verificarse en las oficinas de la Bolsa y dentro del término señalado por el Gerente. Cumplido tal acto, se entregará a los Miembros interesados, conforme lo dispone el artículo 59 del Reglamento, el comprobante de liquidación, autorizado con las firmas del liquidador y del revisor. Cada uno de los Miembros interesados conservará un ejemplar de dicha liquidación, y está obligado a entregar el otro a su cliente, como comprobante oficial de la transacción.

El Miembro de la Bolsa que celebre una transacción es responsable de ella, y está obligado a cumplirla, sin que pueda excusarse por la resistencia o negativa de su cliente. La Bolsa no asume ninguna responsabilidad por las transacciones que celebren los Miembros, pues como lo dice el artículo 80 del Reglamento, "..... La responsabilidad de la Bolsa en caso de incumplimiento de operaciones, queda limitada hasta la concurrencia de lo que sobrare del valor de las garantías dadas por el Miembro que haya dejado de cumplir, después de haberse cubierto la Bolsa lo que a ella correspondiere. En consecuencia, la responsabilidad de la Bolsa con la limitación antes apuntada, es sólo para con los Miembros y no con respecto a terceros, pues las responsabilidades de los Miembros para con terceros deberán regirse por los principios de derecho común, fuera de las sanciones que la misma Bolsa pueda imponer al Miembro que dejare de cumplir estrictamente sus obligaciones para con terceros y en cuanto tales obligaciones provengan de operaciones realizadas por intermedio de la misma Bolsa".

En retribución por los servicios que la Bolsa presta a los Miembros, éstos deben pagarle el 20% de las comisiones que perciban sobre todas las operaciones que celebren. Los Miembros no podrán cobrar a sus clientes otras comisiones que las señaladas por la Bolsa, con aprobación de la Superintendencia Bancaria.

Se impugna la sentencia por error evidente de hecho consistente en no haber tenido en cuenta el sentenciador los estatutos y reglamentos de la Bolsa de Bogotá, los comprobantes de las operaciones efectuadas por el señor Gómez Vargas en nombre de su comitente, las fotocopias de los cheques girados por dicho comitente en favor del mismo Gómez Vargas, la carta del Gerente y las posiciones rendidas por éste, todo lo cual demuestra, en sentir del impugnante, que los Miembros de la Bolsa son agentes o representantes de la Sociedad demandada y que la obligan ante terceros en los negocios que celebren con éstos.

Uno de los casos de error manifiesto de hecho en la apreciación de las pruebas consiste, según reiterada doctrina de la Corte, en tener por inexistente un hecho en razón de no haber visto ni tenido en cuenta el sentenciador una prueba que obra en autos y que demuestra la existencia de ese hecho. Considera el recurrente que la sentencia pasó por alto las pruebas antes anotadas y por causa

de ello dió por inexistente la relación jurídica de mandante a mandatario que hay entre la Bolsa de Bogotá y los Miembros de ella que ejercen la actividad de corredores de Bolsa.

La sentencia, como se ha visto, examinó todos los elementos probatorios que se dejan expresados, expuso el funcionamiento de la Bolsa de Bogotá y dedujo de todo ello que los corredores o Miembros realizan las operaciones de compra y venta de valores, no como representantes de aquella Entidad, sino como comerciantes independientes y en su propia calidad de mandatarios de sus respectivos comitentes, y que, en consecuencia, al efectuar esos negocios, no comprometen la responsabilidad contractual de la Sociedad nombrada, la cual es un tercero ajeno a dichas operaciones..

En fallo reciente dictado por la Corte en juicio similar al presente, contra la Bolsa de Bogotá S. A., se dijo: "Los estatutos de la Sociedad atribuyen al Gerente la representación de la misma Entidad. Ni la Asamblea de accionistas, ni el Consejo Directivo ni ninguno de sus socios tienen esta facultad. Sólo su Gerente está autorizado para actuar y obligarla por vía contractual. El reglamento de la Bolsa no modifica esta situación ni contiene precepto alguno por el cual se confiera de manera explícita a ningún otro funcionario, corporación o Miembro de bolsa el poder representativo de la Sociedad. Por este aspecto no puede, pues, afirmarse que los Miembros de la Bolsa gocen de la atribución de representar a la compañía "Bolsa de Bogotá S. A." en ninguno de los actos constitutivos de su objeto social.

"La Sociedad se constituyó, entre otras cosas, con el fin de establecer una Bolsa de valores, organizar allí un mercado bursátil, proporcionar a sus Miembros un lugar adecuado para realizar las transacciones respectivas y ofrecer a los inversionistas y negociantes en títulos de crédito y al público en general las garantías de seguridad, honorabilidad y corrección que son necesarias en esos negocios. Entre esas actividades constitutivas del objeto social no figura la de comprar y vender valores en dicho mercado. La Sociedad puede adquirir valores, pero no para especular con ellos, sinó en busca de una renta o una valorización. Esta circunstancia de no ejercer la actividad de negociar en la Bolsa con títulos de crédito, descarta por completo la posibilidad de hallar y alegar el vínculo de un mandato tácito entre la misma Sociedad y los Miembros de dicha Bolsa que sí tienen esa función específica de comprar y vender tales títulos por cuenta de sus respectivos clientes. Mal podrían esos miembros considerarse implícitamente autorizados para realizar la mencionada actividad en nombre y en lugar de una Compañía que no la tiene ni puede ejercerla por no hacer parte de su objeto social. De manera que por este otro aspecto y por simple sustracción de materia, no es posible sostener ni admitir que los Miembros de la Bolsa son mandatarios tácitos de la Sociedad demandada en el ejercicio de su función de negociantes en valores y títulos de crédito".

Ya se ha visto que para hacer parte de la Bolsa, como Miembro de ella, se necesitan algunos requisitos, constituir determinadas garantías, y ser admitido por el Consejo Directivo de la Institución; y es obvio que tales factores y requisitos crean nexos entre la compañía y los Miembros de la Bolsa, pero esos vínculos por sí solos no revisten a estos últimos de la calidad de agentes, funcionarios, empleados o subalternos de aquella Sociedad, y mucho menos cuando ejercen su oficio de corredores de Bolsa, porque, no teniendo dicha entidad esta función, mal podría disponer de subordinados que la desempeñen en su nom-

bre. "Los Miembros de la Bolsa, dijo la Corte en el fallo antes apuntado, en verdad se encuentran jurídicamente vinculados al establecimiento llamado Bolsa de Bogotá y a la Sociedad empresaria de esa Institución, pero no con el carácter de empleados o agentes de la Compañía. Su actividad de comprar y vender valores la realizan en el establecimiento nombrado, pero no en lugar y a nombre de la Sociedad, sino con independencia de ésta y por cuenta de sus respectivos clientes, o sea de los particulares interesados en adquirir o enajenar esos valores. Por donde se ve que quien compra o vende valores en la Bolsa por conducto de un Miembro de ésta, no le compra, ni le vende nada a la Sociedad "Bolsa de Bogotá S. A.".

De acuerdo con el Reglamento, la Sociedad empresaria interviene en el mercado de valores con el objeto de dar testimonio de los negocios que se celebran en dicho establecimiento, para garantizar su seriedad, seguridad y corrección y fijar el valor así de la comisión que los Miembros deben cobrar a sus comitentes como de la que ellos mismos han de abonar a la Institución por los servicios que ella les presta. Tal intervención no se extiende al campo contractual, ni los comprobantes que de las operaciones se dan a los Miembros contratantes entrañan la coparticipación de la misma Sociedad en la celebración de esos negocios ni comprometen su responsabilidad.

Se acusa también la sentencia de incurrir en otro error de hecho consistente en no haber tenido en cuenta las disposiciones reglamentarias sobre garantías de los Miembros de la Bolsa, y también en un error de derecho por no dar a "esas pruebas el valor que la ley sustantiva les reconoce". Estos errores condujeron, según el recurrente, a la violación de los artículos 1494 y 1505 del Código Civil.

Las disposiciones reglamentarias señaladas como omitidas en su apreciación son los artículos 72, 73, 77, 78 y 93. Estos preceptos consagran la obligación de los Miembros de la Bolsa de otorgar cauciones generales; y, dice el recurrente, que el objeto de esas garantías consiste en asegurar el cumplimiento de las obligaciones de los Miembros de Bolsa para con la Institución y para con los terceros, y que la aceptación de tales seguridades compromete la responsabilidad de la Compañía respecto de dichos terceros, conforme a lo prescrito por los artículos 1494 y 1505 del C. C.; y, finalmente, que al no tener en cuenta las aludidas normas reglamentarias, la sentencia incurrió en un error de hecho que la condujo a violar los preceptos sustantivos antes mencionados.

Los Miembros de la Bolsa, en verdad, están obligados a constituir garantías generales y especiales, a favor de la Bolsa. Las primeras tienen por objeto respaldar el cumplimiento de las obligaciones de toda clase que dichos Miembros contraigan a favor de la Institución, o por operaciones bursátiles, préstamos de dinero o de valores, o por fianzas, descuentos o anticipos sobre consignaciones para la venta. Las segundas aseguran la ejecución de las obligaciones contraídas a plazo por los mismos Miembros.

El artículo 80 del Reglamento de la Bolsa, del cual se ha hecho mención en apartes anteriores, repite y especifica que el objeto de las garantías generales es asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas a favor de la Institución, y de los demás Miembros, y agrega: "La responsabilidad de la Bolsa en caso de incumplimiento de operaciones, queda limitada hasta concurrencia de lo que sobrare del valor de las garantías dadas por el Miembro que haya dejado de

cumplir, después de haberse cubierto la Bolsa lo que a ella correspondiere. En consecuencia, la responsabilidad de la Bolsa con la limitación antes apuntada, es sólo para con los Miembros y no respecto de terceros, pues las responsabilidades de los miembros para con terceros deberá regirse por los principios de derecho común".

De conformidad con esta disposición reglamentaria resulta evidente que las garantías no se constituyen en favor de terceros, sino en beneficio de la Bolsa y de los demás Miembros; y que tales garantías no imponen a la Sociedad la obligación, solidaria o subsidiaria, de atender el cumplimiento de las obligaciones que los Miembros contraigan con sus comitentes, o sea con los terceros que les encomiendan la compra o venta de valores. Además, no se ve la razón lógica ni jurídica para atribuir a la exigencia y aceptación de esas cauciones el alcance de una asunción de deuda ajena, esto es, como una adhesión unilateral y voluntaria de la Sociedad a las referidas obligaciones de los Miembros de la Bolsa para con sus comitentes, pues que expresamente el artículo transcrito remite esas obligaciones al derecho común, lo que significa que la Sociedad no asume estas responsabilidades. Y, por otra parte, ya se ha dicho que la constitución de las garantías por los Miembros de la Bolsa no los convierte en subalternos, ni mandatarios, ni empleados de aquélla, ni la asocia solidaria o subsidiariamente al cumplimiento de las obligaciones contraídas por ellos en favor de sus clientes.

De las consideraciones que preceden se deduce que la sentencia no incurrió en el error de hecho que le atribuye el recurrente, porque, aún en el supuesto de que no hubiera tenido en cuenta, que sí las tuvo, las aludidas disposiciones reglamentarias, ellas no consagran la responsabilidad de la Sociedad demandada por las obligaciones que los Miembros de la Bolsa contraigan a favor de sus mandantes, ni les asignan a dichos Miembros el carácter de empleados, dependientes ni comisionistas de la misma Sociedad. Ni, en consecuencia, el fallo incidió en violación de los artículos 1494 y 1505 del Código Civil.

Cuarto cargo

Se acusa la sentencia en este capítulo, con base en el ordinal 1º. del artículo 520 del C. J., "o sea error de hecho en la apreciación de las pruebas y error de derecho por violación directa e interpretación errónea de la ley sustantiva".

El error de hecho lo hace consistir el impugnante en que el fallador para no deducir responsabilidad a cargo de la entidad demandada, por las operaciones de Bolsa llevadas a cabo por el señor Gómez Vargas, y de que da cuenta el litigio, no aceptó la teoría del mandato aparente, por no haber visto los hechos que se relacionan bajo los ordinales 6o. y 7o. del libelo inicial del juicio. Transcribe dichos apartes de la demanda y concluye que tales fundamentos establecen de modo preciso la existencia de una aparente representación o mandato. Recuerda que las pruebas de tal afirmación, o sean, "las papeletas de liquidación" que llevan como título el nombre de "Bolsa de Bogotá" y el Miembro de la misma señor Carlos Gómez Vargas y los estatutos y reglamentos que dicen le dan a los Miembros la calidad de dependientes de la misma institución, y la confesión del Gerente. Finalmente afirma: "Todos estos hechos, que fueron pasados por alto en la sentencia, y la interpretación errónea de la demanda, constituyen error de hecho evidente en la apreciación de las pruebas, que es la causal primera del artículo 520 del C. J.

Y tratando del error de derecho, manifiesta que "los errores de derecho anotados condujeron al sentenciador a infringir, por este aspecto de la representación aparente que constituye un verdadero mandato" los artículos 1494 del C. C., 331, 365 y 366 del C. de C. T., y los artículos 1505, 2142, 2186 y 2304 del C. C. y "De la misma manera, por no haber dado el valor de plena prueba a los documentos que pasó por alto el Tribunal, resultan violados los artículos 603, 630, 632 y 637 del C. J.

SE CONSIDERA:

Para comprobar el error de hecho, como se ha visto, acude el recurrente a la teoría del mandato aparente y anota los hechos 6o. y 7o. de la demanda que, respaldados como dice en varias pruebas militantes en el expediente, crean ante terceros la apariencia de que el señor Carlos Gómez Vargas, como Miembro de la Bolsa de Bogotá, era su representante.

"Para seguridad de los negocios jurídicos y en defensa de los terceros de buena fe, hizo su aparición la teoría del mandato aparente. Varias exigencias se requieren para que pueda darse esta clase de mandato, a saber: 1) Que una persona contrate en nombre y lugar de otra; 2) Que por las apariencias que rodean el negocio o por la conducta del presunto mandante, el tercero que contrata pueda creer fundadamente y de buena fe, que celebra la convención con quien tiene poder suficiente para representar a dicho mandante. "Se necesita -ha dicho la Corte en sentencia mencionada en otros apartes de la presente providencia- que el mandatario actúe en nombre ajeno, pues si lo hace en su propio nombre no podría hablarse en tal caso de mandato aparente; habría quizá ocasión de pensar en un mandato oculto, pero lo secreto es contrario a lo aparente. Es también indispensable que las circunstancias relativas al negocio o al comportamiento del mandante, le ofrezcan al tercero fundamento para suponer de buena fe que contrata con el verdadero mandatario de aquél. Si no existe esta apariencia o si el tercero tiene a su disposición medios adecuados para comprobar que ella es ficticia y que el mandatario no lo es en realidad, tampoco es posible hablar de mandato aparente".

Se observa que no se muestra en parte alguna de este negocio que el señor Carlos Gómez Vargas hubiera negociado con el actor en lugar y a nombre de la sociedad demandada. Los comprobantes de liquidación de las operaciones celebradas por aquél a favor del mandante no acreditan mandato alguno, como se ha dicho antes. Y lo mismo se ha expresado, y debe repetirse, de los reglamentos y estatutos de la entidad demandada así como de las posiciones absueltas por el Gerente. Y en cuanto a la prueba del hecho séptimo de la demanda, ella no aparece en parte alguna del expediente, no obstante que fue solicitada y decretada; y, aun cuando hubiera sido practicada, ella tampoco induciría la existencia del mandato aparente, como es obvio y consta de los mismos términos en que está concebido el aviso invocado en contra de la entidad. Por otra parte, el actor no se encontraba en incapacidad de verificar, por cualquier medio razonable, si el señor Gómez Vargas era o no mandatario o dependiente de la Sociedad, para darse cuenta de que las operaciones de compra y venta de valores se efectúan directamente por los Miembros de la Bolsa entre sí, y no como empleados, subalternos, ni como representantes de la Compañía demandada. Esta circunstancia es suficiente para descartar, en el caso de la litis, la teoría del mandato aparente.

Lo anterior permite concluir que las pruebas señaladas por el recurrente no podrían demostrar la existencia de un mandato aparente, ni un vínculo de de-

pendencia o subordinación que invistiera al señor Carlos Gómez Vargas de la calidad de representante de la Bolsa de Bogotá, por lo cual y por cuanto el fallador sí tuvo en cuenta el acervo probatorio, no puede deducirse que haya incurrido en error de hecho evidente en la apreciación de las pruebas, ni, por ende, que haya incurrido en el error de derecho que le imputa el recurrente, ni que haya violado, por consecuencia, las disposiciones sustantivas y procedimentales señaladas por el mismo.

De todo lo expuesto se concluye que los cargos formulados no pueden prosperar por falta de fundamentos admisibles.

RESOLUCION:

En mérito de las anteriores consideraciones, 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 nueve (19) de diciembre de mil novecientos sesenta y dos (1.962), dictada por el Tribunal Superior del Distrito judicial de Bogotá en el juicio de Julio Uribe Grajales contra la Sociedad denominada "Bolsa de Bogotá S. A.".

Las costas del recurso extraordinario son de cargo de la parte recurrente.

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

Arturo C. Posada. - Gustavo Fajardo Pinzón. - Enrique López de la Pava. - Enrique Coral Velasco. - José Hernández Arbeláez. - Julián Uribe Cadavid. - Ricardo Ramírez L., Secretario.

NATURALEZA DE LA HIPOTECA

Formalidades. Derecho de persecución. Trabo en el juicio hipotecario de venta. La indivisibilidad de la hipoteca no impide la venta o el remate de una parte determinada de la cosa que soporta el gravamen. Contra quién debe dirigirse el procedimiento especial de venta del bien hipotecado. Inoponibilidad.

I

Por su naturaleza la garantía hipotecaria confiere al acreedor el derecho de perseguir la finca gravada sea quien fuere el que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido (2452 C. C.), desde luego que el constituyente no se priva del dominio, ni de su capacidad de enajenar, ni se despoja siquiera de la posesión. Antes bien, los inmuebles hipotecados siguen en poder del deudor (2432), y su dueño "podrá siempre enajenarlos, no obstante cualquiera estipulación en contrario" (2440).

Así, la hipoteca exige *ad substantiam*, no sólo instrumento notarial, sino también su oportuna inscripción en el registro público dentro del término perentorio de noventa días (12, Ley 56 de 1.904). Todo ello porque la hipoteca grava *erga omnes* los inmuebles, pero no los sustrae del comercio, y debe entonces preverse que el objeto haya pasado a otras manos a tiempo de hacer efectiva la deuda garantizada por ese medio.

La persecución como derecho del acreedor puede hacerse valer en abstracto contra toda persona, pero en concreto ha de ir contra el actual poseedor. Si el objeto ha sido enajenado, la enajenación misma y el nuevo titular se revelan por el registro público. Y la persona que de hecho tenga la finca en su poder se manifiesta a través del secuestro dentro del procedimiento judicial de ejecución.

Es así de necesidad que el acreedor cite al juicio de venta o al constituyente de la garantía hipotecaria, o al nuevo titular que a la sazón tenga el inmueble, según debe mostrarlo el certificado de registro que exige el artículo 1189 del Código Judicial. Y el tercer poseedor, a más de ser oído, tiene en último término la facultad de pagar el crédito con subrogación del acreedor (2453). Esos derechos perfectos no pueden vulnerarse de ningún modo.

Puede suceder, principalmente en el supuesto de enajenación parcial del inmueble hipotecado, que las certificaciones del registro no sean bastante claras para descubrir lo que marcan los hechos, a consecuencia de que los linderos, sin inspección sobre el terreno, den asidero a la creencia de que las partes separadas correspondan a bienes individualmente distintos, de los cuales uno se encuentre por fuera de la hipoteca.

Que la hipoteca sea indivisible significa que el acreedor tiene pleno derecho de hacerla efectiva sobre el todo de los bienes gravados y sobre todas y cada una de las partes en que se dividan o puedan dividirse, hasta lograr la satisfacción de la deuda en su totalidad y en cada una de sus partes. Pero en modo alguno quiere decir que el dueño del objeto así gravado, o quien ocupe su lugar en derecho, pierda legitimación para enajenarlo por partes, ni tampoco que se desprenda vicio alguno si en el procedimiento judicial de venta no queda perfecta la enajenación sino sobre una parte individualizada del inmueble respectivo.

Si antes del juicio especial de ejecución fue separada por límites especiales una parte de la hipoteca, y enajenada por el deudor a tercera persona, es necesario oír a esta última en el proceso de venta, si se pretende vincularla a sus resultas. Pero en general la omisión de ese cuidado no envuelve nulidad del procedimiento ni del remate con que termina. Sólo que el tercero adquirente no queda ligado, ni le es oponible el juicio ni el remate surtidos sin su audiencia.

Si acontece, además, que la parte seccionada de la finca no fue objeto de avalúo en el procedimiento de venta, no desacierta el sentenciador en cuanto fundamentalmente entiende que la subasta no comprendió la porción del inmueble enajenada a tercera persona por el constituyente de la garantía.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá catorce de mayo de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez).

Por escritura 812 de 29 de septiembre de 1.942, Notaría 1a. de Neiva, María Rodríguez adquirió dos solares en el área de la misma ciudad, donde después de levantar una casa, hipotecó el inmueble a Querubín Medina en garantía de $1.120.oo, por escritura 311 de 26 de abril de 1.947 de la misma Notaría, y posteriormente amplió el gravamen a $2.500.oo.

El 13 de junio de 1.949 María Rodríguez le vendió a Feliciano Ciprián el inmueble hipotecado, operación que aparece en la escritura 498 de la citada Notaría 1a. de Neiva. Ciprián aprovechó el terreno para construir una segunda casa, y por escritura 1145 de 21 de noviembre de 1.951, Notaría 2a. de aquel Circuito, constituyó tercera hipoteca a favor del propio Querubín Medina para asegurarle el pago de $2.500.oo.

En tales circunstancias Feliciano Ciprián le traspasó el dominio sobre la casa que había edificado a Gilma Robles Castañeda por escritura 70 de 24 de enero de 1.953, Notaría 2a. de Neiva, sin aludir al gravamen hipotecario.

Querubín Medina adelantó juicio de venta en el Juzgado 2o. Civil del Circuito de Neiva, y como el rematante Marco Tulio Calderón no consiguiera la entrega sino de la parte del inmueble que Ciprián conservó en su poder, mas no de la porción traspasada a Gilma Robles, inició el presente juicio ordinario contra los dichos Ciprián y Robles con súplicas tendientes a obtener la declaración de nulidad del traspaso a título de permuta entre los demandados, los mismos Feliciano y Gilma, y la condena a restituir la parte del inmueble en poder de esta última, con tratamiento de mala fe, y al pago de las costas.

Además de oponerse a la acción, Ciprián y Robles contrademandaron para que se declarara nulo "por falta de precio de todo el inmueble rematado, el acto jurídico de la venta en pública subasta contenido en la diligencia de remate surtida el 27 de julio de 1.956" en el susodicho proceso de venta de la cosa hipotecada, y consecuencialmente que el bien no ha salido del patrimonio de Feliciano Ciprián y de Gilma Robles, por lo que Marco Tulio Calderón debe restituir a Feliciano la parte del inmueble que recibió como rematante, además del pago de frutos y de las costas. Los 39 hechos aducidos afirman en sustancia que el secuestro y avalúo del proceso hipotecario no comprendió la parte adquirida por Gilma Robles, que es la casa 14-41 y 14-45 de la carrera 3a., mientras que aquella diligencia sólo se hizo sobre la casa distinguida con los números 14-65 y 14-67 de la carrera 3ª., y 2-80 y 2-76 de la Calle 15 de Neiva. De modo que si por error de hecho se incluyó en el remate la parte no secuestrada ni avaluada, el objeto de la subasta quedó sin precio para la totalidad. Y de que el precio es de la esencia de la compraventa, los contrademandantes infieren que por falta de ese requisito prescrito por la ley para la venta en razón de la naturaleza del contrato, es absolutamente nulo el remate aludido.

El Juez del conocimiento, 1º. Civil del Circuito de Neiva, con fecha 7 de marzo de 1.962 resolvió en primera instancia "no hacer las declaraciones ni condenaciones impetradas tanto en la demanda principal como en la de reconvención". Se alzaron ambas partes, y sobre el pronunciamiento confirmatorio de fecha 11 de julio de 1.962 proferido por el Tribunal Superior de aquel Distrito Judicial, una y otra interpusieron y sustentaron el recurso de casación a estudio de la Corte.

LA SENTENCIA ACUSADA

En lo concerniente a la nulidad del remate como punto básico de la contrademanda, expresa el sentenciador:

"Pretenden los demandados que se declare la nulidad sustantiva de todo el remate por haberse omitido el precio de una parte del inmueble vendido. En realidad, según la copia de la diligencia de secuestro, de la aclaración hecha por los peritos en el juicio especial y de las comparaciones y anotaciones de los peritos en este juicio ordinario, lo que se secuestró y avaluó fue únicamente la primitiva construcción y su lote que están marcados con los números 14-65 y 14-67 de la carrera 3a., y 2-80 y 2-76 de la calle 15, no así la edificación que está a continuación de la anterior y sobre el mismo lote que fue adquirido en un principio por María Rodríguez.

"En el juicio especial (fls. 52 v. y 53 ite., C. 3) dicen los peritos en su ampliación:

"'a) En nuestro dictamen de experticio de 1o. de septiembre de 1.955, consignamos para la finca avaluada la siguiente demarcación: Norte: la calle 15; Oriente, la carrera 3a.; Sur, propiedades de Julio Rodríguez, y Occidente, lote de propiedad de Elías García. Estos linderos los consignamos conforme a los datos recibidos, y si difieren de los consignamos (sic) en el auto y nota de embargo, es por lo siguiente: Al Norte menciona solares del Municipio, pero omitió decir el denuncio 'calle 15 de por medio'; al Oriente menciona solares de Domingo Osorio, hoy de Dolores Flórez de Ramírez, y no lo consignamos, aún cuando así

es en efecto, porque al mencionar la carrera 3a., consideramos suficiente demarcación ya que es lindero inalterable; por el Occidente se menciona en el embargo como poseedor a Eugenio García y erradamente se nos dió el nombre de Elías García. Y por el Sur, erradamente se nos señaló la construcción de ladrillo colindante como de propiedad de Julio Rodríguez, cuando en efecto no es así, sino que hace parte del lote que fue hipotecado a Querubín Medina.

"'b) La alinderación de esta parte del predio, avaluada el 1o. de septiembre, es realmente, la siguiente: Norte, calle 15 por medio, con solares del Municipio, y mide por este lado 18, 45 metros lineales; por el Oriente, carrera 3a. de por medio, con solares de Dolores Flórez de Ramírez, y mide por este lado 21, 65 metros lineales; por el Occidente, con solares de propiedad de Eugenio García, y mide por este lado 21. 65 metros lineales; y por el Sur, con casa de ladrillo ocupada por Gilma Robles Castañeda, y mide por este lado 18, 57 metros lineales. Este lote tiene una superficie de 404,92 metros.

"'c) A continuación Sur del lote y edificaciones avaluadas el 1o. de septiembre de 1.955, se encuentra otra casa construída de ladrillo, con pisos de baldosín y de cemento y techos de zinc y de eternit. ....que se halla edificada sobre el lote hipotecado al señor Querubín Medina, según aparece de la correspondiente escritura número 311 de 26 de abril de 1.947, de la Notaría 1a. de Neiva, inmueble que ocupa Gilma Robles Castañeda, y que fue la misma que el vendedor Feliciano Ciprián le vendió a dicha señora, estando gravada con hipoteca, por escritura número 70 de 24 de 1.953 (sic) de la Notaría 2a., título que no aparece de autos pero está citado en el pedimento del apoderado Dr. .....Este inmueble tiene las siguientes medias (sic) y colindancias a saber: Oriente, con la carrera 3a. y mide 8, 80 metros lineales; occidente, con el mismo lote de Eugenio García, y mide 8, 80 metros lineales; Norte, con casa y el lote avaluado el 1o. de septiembre, de Feliciano Ciprián, y mide 18,57; y por el Sur, linda con propiedad de Julio Rodríguez, y mide por este lado 18,57 metros lineales.

"'d) Esta última propiedad no fue examinada el día del avalúo; no la vimos en tal fecha ni se nos advirtió que hiciera parte del embargo y avalúo, a pesar de hallarse presente el Dr. ..... apoderado del ejecutante Medina, que la había embargado. No está comprendida en la descripción que hicimos de los bienes ni en su avalúo'.

"Es verdad -continúa el Tribunal- que Feliciano Ciprián, después de la compra hecha a María Rodríguez por escritura 498 de 1.949, de la Notaría 1a. de Neiva, construyó una casa adyacente a la que adquirió, luego gravó con hipoteca de tercer grado todo el inmueble incluyendo la nueva edificación, por medio de la escritura 1145 de 1.951, de la Notaría 2ª. de Neiva, y luego le permutó por una finca rural a Gilma Robles la casa que construyó a sus expensas, cuando pesaba sobre todo el inmueble el gravamen hipotecario".

Se refiere el sentenciador a que el dueño de los bienes gravados con hipoteca podrá siempre enajenarlos o hipotecarlos nuevamente; a que la hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca gravada contra toda persona; a que el certificado del registro indica quién está inscrito como dueño, y agrega:

"En el certificado expedido el 10 de marzo de 1.954 por el Registrador de Neiva consta que en esa fecha el actual poseedor del inmueble era el señor Feliciano Ciprián, a pesar de que desde el 14 de marzo de 1.953 ya se había registrado la escritura de permuta número 70 de ese año, citada anteriormente.

Por esta razón no se demandó posiblemente a Gilma Robles en el juicio de venta, pues el inmueble por ella adquirido hacía parte del que estaba gravado con la hipoteca a favor de Querubín Medina".

El Tribunal no halla el invocado vicio de nulidad absoluta en el remate, pues considera que con respecto a esa parte de Gilma Robles hubo nada más que venta de cosa ajena, valedera sin perjuicio de los derechos del dueño en conformidad con el artículo 1871 del Código Civil. Así dice:

La venta forzada que se efectuó en el remate es válida. Pero esta venta no puede perjudicar los derechos del dueño de una parte del bien subastado, como lo es Gilma Robles. Está probado que el lote y casa que ésta adquirió en la permuta con Ciprián eran de su propiedad cuando se adelantó el juicio de venta de bienes hipotecados, sin que se le hubiese citado, a pesar de que el bien por ella adquirido también estaba gravado hipotecariamente.

"La venta de cosa ajena es válida y da origen a un justo título de dominio; pero al verdadero dueño no le es oponible el título de adquisición del comprador de cosa ajena.

"El título de dominio que ostenta Marco Tulio Calderón, o sea, el acta de remate es irrefutable. El contrato allí contenido no está afectado de nulidad. Lo que ocurre es que es ineficaz la tradición en lo referente al inmueble permutado con la Robles, por no provenir del verdadero dueño. Por tanto, no puede perjudicar los derechos de ella. No prospera, por tanto, la nulidad sustantiva del remate.

"Tampoco puede despacharse favorablemente la reivindicación que propone el demandante, pues, como se notó atrás, el título de dominio de Calderón es ineficaz frente al derecho de dominio demostrado por la demandada Robles, a quien no les es oponible".

LA ACUSACION DEL DEMANDANTE-RECURRENTE

Invoca la causal 1a. por violación de ley sustancial, a causa "de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas".

De la motivación muy dilatada se desprende que para el censor fue aplicado indebidamente y mal interpretado el artículo 1871 del Código Civil, porque en el remate no se trata de una venta voluntaria sino de una venta forzada "en donde la enajenación más bien es un hecho que un negocio jurídico"; la califica de expropiación, y dice que "la venta en estos casos es el ejercicio de un poder atribuido por la ley a un órgano jurisdiccional, de suerte que la transferencia de la propiedad es el resultado de una providencia de la autoridad".

Considera que el efecto de la venta forzada "en relación con el adquirente además de la transferencia del dominio del deudor, es el de que el bien o cosa enajenada mediante ese procedimiento queda libre de derechos de terceros, a los menos, si esos derechos no podían hacerse efectivos en perjuicio del acreedor demandante y embargante"; que por ello "la transferencia opera respecto no solamente de las partes intervinientes, sino sobre terceros", y puesto que el embargo especifica y determina los bienes por subastar, lo mismo que el certificado de registro, no se puede desconocer por Gilma Robles el derecho de propiedad del

rematante Marco Tulio Calderón. Sin que tenga relieve su afirmación de no haber sido demandada, ya que "aparece que pidió el reconocimiento específico de su derecho particular y le fue desconocido dentro de ese juicio".

Se extiende en consideraciones acerca de que por el remate adquirió Calderón el dominio que la Robles pretende, puesto que en el certificado de registro para el juicio de venta aparece Feliciano Ciprián como dueño de todo el inmueble; de que el Tribunal no tuvo en cuenta el título del rematante, que lo legitima contra la demandada para obtener la restitución; de que la falla se debió a que no se tuvieron en cuenta las piezas que enumera, allegadas en copia expedida sobre el juicio de venta, y por eso no vió el sentenciador que el inmueble cuya propiedad se discute, estaba comprendido en el remate; de que a todas esas pruebas no se les dió el valor señalado por los artículos 603, 604, 605, 606, 607, 630, 632, 637, 705, 722 y 730 del Código Judicial, y como consecuencia desconoció el derecho de la parte actora, amparado por los artículos 946, 949, 950 y 952 del Código Civil.

Alega que entre Feliciano Ciprián y Gilma Robles "hubo acuerdo doloso" con la pretensión de perjudicar al acreedor Querubín Medina, en cuanto se dijo que el inmueble negociado entre aquellos estaba libre de gravámenes, y porque Ciprián ocultara el traspaso a Robles cuando se adelantaba el juicio de venta. Dice que esta última quiso en tal oportunidad hacer valer un derecho que no le fue reconocido, y que frente al remate no puede hablarse de venta de cosa ajena. Y desprende que Marco Tulio Calderón es adquirente de buena fe, con los efectos consecuenciales plenos, de acuerdo con los artículos 764, 769, 770 del Código Civil y 8º. de la Ley 153 de 1.887.

El recurrente detiene su atención en variados puntos para aseverar que como Gilma Robles no apareció como poseedora en el certificado del registro, mal podía ser citada al juicio de venta, aparte de que esta cuestión apenas incidiría en la validez de aquel procedimiento, donde se decidió que Robles era extraña, mas no en la eficacia de la adjudicación. "Esto explica -añade- que el sentenciador aplique indebidamente los artículos 63, 1515, 1516, 2440 y 2452 del Código Civil, en cuanto dice que si podía vender el deudor propietario a pesar de la hipoteca, cuando lo que se postula es que se hizo la venta para pretender perjudicar al acreedor, consiguientemente al tercer adquirente Marco Tulio Calderón, cuando la venta no se podía hacer en perjuicio del acreedor, lo que es muy diferente. El Tribunal viola en este particular los artículos 593 y 597 del Código Judicial, y por efecto deja de decretar también la reivindicación conforme a los artículos 949, 950, 952 del Código Civil, y de reconocer que el título contenido en la escritura número 70 de 24 de enero de 1.953 de la Notaría de Neiva, es o carece de valor, frente a la transferencia que se hizo a Marco Tulio Calderón, o mejor dicho, es inoponible a dicho propietario.

Sobre la base de que Gilma Robles intervino en el proceso de venta para pedir la nulidad de lo actuado sin su citación y que se excluyera lo suyo, solicitudes que no le fueron admitidas, el recurrente aduce error del Tribunal cuando entendió que se trataba de tercera persona con derecho de oponerse a la reivindicación del rematante Calderón.

Y de la indivisibilidad de la hipoteca, así como del derecho que confiere al acreedor el artículo 2452 del Código Civil para perseguirla en manos de cual-

quier poseedor, deduce la censura que el fallo desconoció esa norma y los artículos 2433, 2448 y 2445 del mismo Código, por no admitir la falta de necesidad de citación de Gilma Robles al juicio hipotecario, pues se alega que ella no podía oponerse sino por falta de derecho en el acreedor para obtener la venta, o por ser inembargable la finca, o por vicios del mismo juicio. A lo cual agrega: "mas si la Robles aparece como parte interviniente, mediante su reclamación sobre exclusión, la cual fue rechazada, entonces correspondía tener lugar necesariamente la satisfacción del acreedor Medina, por efecto de la venta forzada, pues el ejercicio de la acción hipotecaria consiste precisamente en el derecho de venta forzada, o sea hacer vender en subasta los bienes hipotecados del deudor, aunque entre tanto hayan sido enajenados por él, pues en esto consiste el derecho de persecución. Esto hace ver que el derecho postulado de falta de citación de la Robles, en nada puede lesionar el título otorgado por el remate a Marco Tulio Calderón.....".

Y termina con diversas consideraciones para insistir en el mismo orden de ideas.

LA ACUSACION DEL DEMANDADO RECURRENTE

Invoca la causal 1a., y la apoya en dos consideraciones:

a) En aplicación indebida y mala interpretación del artículo 1871 del Código Civil, por tratarse en el caso de autos "de una venta forzada de un predio para el cual no se dió precio real". Y discurre así:

"El artículo 1871 del Código Civil en que se funda el H. Tribunal trata de la venta de cosa ajena. Presupone que haya venta. Para que haya venta es indispensable que haya precio. El precio debe ser determinado. En las ventas forzadas el precio es determinado por los peritos mediante el avalúo.....

"El Tribunal sentenciador reconoce que en verdad no se dió precio al inmueble indicado en el acto del remate.....

"Según el artículo 1864 del Código Civil el precio de venta debe ser determinado. En consecuencia, si no hay determinación de precio, no hay venta.

"No puede entonces predicarse que haya habido venta de cosa ajena cuando, como en el caso de autos, el Tribunal encuentra que no se determinó el precio para el inmueble subastado.

"Al interpretar las pruebas que señala, según las cuales no hubo determinación del precio del inmueble a que se refiere el acto del remate, comete el error de derecho de estimar que ellas sirven para concluir que hubo venta de cosa ajena, cuando la verdad es que no pudo haber venta: por no haber determinación del precio del inmueble en subasta, por ninguno de los medios legales. Ya que ni el juez, ni los peritos, ni nadie estaba facultado para darle como precio del todo el que solamente lo era de una parte; ni para dividir la hipoteca, que es indivisible según la ley.

"El artículo 1849 del Código Civil señala el precio en la venta como uno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes.

"Si ese requisito falta en el remate -venta forzada- o en el contrato de compraventa, es nulo el acto del remate o el contrato, por cuanto así lo previene el artículo 1740 del Código Civil. Y es, la que se produce por la omisión de aquel requisito indispensable, una nulidad absoluta, por mandato del artículo 1741 ibídem.

"Pasa por alto el H. Tribunal el artículo 2433 del Código Civil que establece que la hipoteca es indivisible. Que en consecuencia cada una de las cosas hipotecadas a una deuda, y cada parte de ellas son obligadas al pago de toda la deuda y cada parte de ella. Y con ello el Tribunal, a la vez que perjudica a la señora Robles o Castañeda por cuanto su bien no ha quedado liberado de la hipoteca a pesar de que aparece rematado pero continúa para el Tribunal figurando en cabeza jurídica de aquella señora, viola el mencionado artículo del Código Civil por cuanto consagra en su sentencia contra la ley la divisibilidad de la hipoteca, al aceptar como válida la venta forzada y al admitir para el todo un precio que sólo fue señalado, según está demostrado, para una parte de ese todo, sin fundamento legal.

"Siendo absolutamente nulo el acto jurídico del remate, los bienes a que el mismo se refiere no han salido válidamente del patrimonio de Feliciano Ciprián y Gilma Robles, sus legítimos dueños. Y tienen ellos derecho a ejercitar las acciones que la demanda de reconvención indica".

d) Insiste en que por desconocer el Tribunal la nulidad del remate, no tuvo en cuenta los requisitos indispensables para que haya venta; dió por sentado que la había de cosa ajena, y dejó de aplicar los artículos 1864, 1865, 1526, 1524, 1740 y 1741 del Código Civil.

Y remata: "La verdad es que no hubo venta. Que por lo mismo, la sentencia del H. Tribunal debe ser invalidada y que la H. Corte debe proferir el fallo que corresponda en ley".

SE CONSIDERA:

1. Por su naturaleza la garantía hipotecaria confiere al acreedor el derecho de perseguir la finca gravada sea quien fuere el que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido (2452 C. C.), desde luego que el constituyente no se priva del dominio, ni de su capacidad de enajenar, ni se despoja siquiera de la posesión. Antes bien, los inmuebles hipotecados siguen en poder del deudor (2432), y su dueño "podrá siempre enajenarlos, no obstante cualquiera estipulación en contrario". (2449).

2. Así, la hipoteca exige ad substantiam no sólo instrumento notarial, sino también su oportuna inscripción en el registro público dentro del término perentorio de noventa días (12. Ley 56 de 1904). Todo ello porque la hipoteca grava erga omnes los inmuebles, pero no los sustrae del comercio, y debe entonces preverse que el objeto haya pasado a otras manos a tiempo de hacerse efectiva la deuda garantizada por ese medio.

3. La persecución como derecho del acreedor puede hacerse valer en abstracto contra toda persona, pero en concreto ha de ir contra el actual poseedor. Si el objeto ha sido enajenado, la enajenación misma y el nuevo titular se revelan por el registro público. Y la persona que de hecho tenga la finca en su poder se manifiesta a través del secuestro dentro del procedimiento judicial de ejecución,

Es así de necesidad que el acreedor cite al juicio de venta o al constituyente de la garantía hipotecaria, o al nuevo titular que a la sazón tenga el inmueble, según debe mostrarlo el certificado de registro que exige el artículo 1189 del Código Judicial. Y el tercer poseedor, a más de ser oído, tiene en último término la facultad de pagar el crédito con subrogación del acreedor (2453). Esos derechos perfectos no pueden vulnerarse de ningún modo.

4. Puede suceder, principalmente en el supuesto de enajenación parcial del inmueble hipotecado, que las certificaciones del registro no sean bastante claras para descubrir lo que marcan los hechos, a consecuencia de que los linderos, sin inspección sobre el terreno, den asidero a la creencia de que las partes separadas correspondan a bienes individualmente distintos, de los cuales uno se encuentre por fuera de la hipoteca. Esto es, lo sucedido en el juicio de venta de Quetubin Medina contra Feliciano Ciprián: quiso Gilma Robles ser oída dentro de ese procedimiento en su papel de adquirente de parte del inmueble hipotecado, para invocar de una vez la nulidad de la actuación habida sin su audiencia. Pero tanto el Juez de la causa, 2o. Civil del Circuito de Neiva, como el Tribunal Superior, denegaron la intervención de Gilma Robles como extraña al juicio, con fundamento en que se trataba de dos bienes diferentes: el perseguido en venta hipotecaria, y el de propiedad de la misma Robles.

No obstante ese rechazo, el 2 de diciembre de 1.955 dispuso el Juez que los peritos avaluadores ampliaran su concepto "en el sentido de dictaminar sobre la alinderación y cabida del inmueble materia del juicio, teniendo en cuenta los datos que contiene el certificado número 148 expedido por el señor Registrador del Circuito y que obra en autos (fl. 9), en relación con el inmueble materia de la subasta".

Así, los peritos establecieron que el avalúo practicado tuvo por objeto únicamente la parte restante de la finca en poder de Feliciano Ciprián, mas no la que antes del juicio había transferido a Gilma Robles, según lo puntualiza el Tribunal en el fallo sobre que versa el presente recurso.

5. Que la hipoteca sea indivisible significa que el acreedor tiene pleno derecho de hacerla efectiva sobre el todo de los bienes gravados y sobre todas y cada una de las partes en que se dividan o puedan dividirse, hasta lograr la satisfacción de la deuda en su totalidad y en cada una de sus partes. Pero en modo alguno quiere decir que el dueño del objeto así gravado, o quien ocupe su lugar en derecho, pierda legitimación para enajenarlo por partes, ni tampoco que se desprenda vicio alguno si en el procedimiento judicial de venta no queda perfecta la enajenación sino sobre una parte individualizada del inmueble respectivo.

6. Si antes del juicio especial de ejecución fue separada por límites especiales una parte de la hipoteca, y enajenada por el deudor a tercera persona, es necesario oír a esta última en el proceso de venta, si se pretende vincularla a sus resultas. Pero en general la omisión de ese cuidado no envuelve nulidad del procedimiento ni del remate con que termina. Sólo que el tercero adquirente no queda ligado, ni le es oponible el juicio ni el remate surtidos sin su audiencia.

Si acontece, además, que la parte seccionada de la finca no fue objeto de avalúo en el procedimiento de venta, no desacierta el sentenciador en cuanto fundamentalmente entiende que la subasta no comprendió la porción del inmueble enajenada a tercera persona por el constituyente de la garantía. Porque si no es-

tuvo feliz en el tratamiento jurídico de la cuestión sub judice, y debe rectificarse principalmente en lo que respecta a la venta de cosa ajena, que no incide, es lo cierto que en cuanto a los hechos no hay yerro demostrado capaz de romper la decisión de segunda instancia.

7. O sea, que las consideraciones expuestas permiten ver cómo a pesar de los vacíos con que se adelantó el juicio de venta de Querubín Medina contra Feliciano Ciprián, llegó a trabarse la parte del inmueble que el deudor conservaba en su poder. Lo cual, como es claro, no da titularidad al rematante para perseguir la restitución de la parte que actualmente posee Gilma Robles. El inmueble gravado era cosa naturalmente divisible, fue en efecto dividida por la enajenación anterior al juicio de venta; el avalúo para la subasta fue hecho nada más que a la parte restante en poder del deudor, lo cual muestra que hubo precio en la venta por ministerio de la justicia, pero no para todo el inmueble sino únicamente para la parte conservada por Ciprián. De donde se descubre otra vez que el remate no es oponible a Gilma Robles.

8. No se discute aquí ni se trata de saber si sobre la parte que adquirió Gilma Robles subsiste la hipoteca en provecho del acreedor, ajeno al presente juicio. Debe determinarse apenas cómo el derecho del rematante no cubre esa misma parte del inmueble. Y entonces no puede remitirse a duda que como el dictamen de los peritos se amplió por orden del juez en función de la subasta y quedó en claro que no tuvo avalúo la parte en poder de Gilma Robles, esa misma porción no fue trabada, el procedimiento resulta en realidad dirigido contra lo que Ciprián conservaba, lo único avaluado y también lo único cubierto por el precio del remate.

En consecuencia: no es enválido frente a Ciprián y Robles el título del rematante Marco Tulio Calderón, porque nada impide que la persecución del acreedor comprenda sólo una parte del bien hipotecado. Sucede apenas que el título del actor en el presente juicio no es oponible a Gilma Robles.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 11 de julio de 1.962 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en el presente litigio de Marco Tulio Calderón contra Feliciano Ciprián y Gilma Robles.

Sin costas en casación.

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

Arturo C. Posada. - Gustavo Fajardo Pinzón. - Julián Uribe Cadavid. - Enrique Coral Velasco. - José Hernández Arbeláez. - Enrique López de la Pava. - Ricardo Ramírez L., Secretario.

FILIACION NATURAL

Relaciones sexuales. Calidades de estabilidad, notoriedad y temporalidad exigidas por esta causal. Límite de la autonomía del sentenciador en la apreciación de la prueba testimonial e indiciaria. Crítica global del complejo probatorio. Posesión notoria del estado civil de hijo natural. Interpretación y alcance del artículo 398 del Código Civil.

1. El artículo 4o. de la ley 45 de 1936, al establecer la cuarta de las causales de declaración judicial de paternidad natural, acogió el caso de las relaciones sexuales estables que hayan existido de manera notoria entre el presunto padre y la madre en la época en que, según los términos del artículo 92 de C. Civ., pudo tener lugar la concepción.

De la doctrina sobre esta causal resulta que la forma *ad substantiam* de esas relaciones, radica en la *estabilidad* y *notoriedad* del entendimiento sexual entre el presunto padre y la madre de la criatura, contemplando estas calidades así:

Que la *estabilidad*, caracterizada por la frecuencia y regularidad en el trato, puede resultar de circunstancias diversas, según sean las ocurrencias de la vida: convivencia del varón y la mujer bajo un mismo techo, a la manera matrimonial; o relaciones entre ellos, sin comunidad de habitación, pero inequívocamente indicativas de un frecuente y organizado comercio de los sexos, no interferido del lado de la mujer por la incidencia de relaciones carnales con otro hombre en la época en que pudo ocurrir la concepción, extremo éste excepcional cuya prueba incumbe hacer al demandado; y

que la *notoriedad* consiste en lo ostensible, esto es en que los hechos reveladores de las relaciones sexuales estables sean ciertamente claros y demostrables con tal carácter. Por lo cual, la notoriedad admite temperamentos, según sea la posibilidad de sus formas: en unos casos se tratará de uniones permanentes de evidencia general, como en el concubinato público; en otros, de relaciones discretamente mantenidas cuyo conocimiento no va más allá del círculo de parientes o amigos; y en otros, ese conocimiento estará reducido al ámbito de los vecinos del lugar en que las relaciones se desenvolvieron (cas. 28 febrero 1.961, XCIV, 2235/36, págs. 567 y ss.).

Se integra, por último, la causal con el requisito de que el nacimiento del hijo haya sobrevenido después de ciento ochenta días contados desde que empezaron tales relaciones o dentro de los trescientos días siguientes a aquél en que cesaron. Lo que significa que el tiempo de las relaciones sexuales esta-

bles y notorias ha de coincidir, aunque sea en parte, con el lapso dentro del cual pudo realizarse la concepción, según el artículo 92 del C. Civ.

Por lo mismo, quien pretenda la declaración en juicio de su filiación paterna natural, con apoyo en la referida causal 4ª. del artículo 4o. de la Ley 45 de 1.936, debe demostrar plenamente la ocurrencia de las relaciones sexuales entre su madre y el presunto padre, con las calidades de *estabilidad*, *notoriedad* y *temporalidad* exigidas por este precepto legal.

2. Cuando de los hechos afirmados por los testigos se requiere deducir, por la vía del razonamiento, otro hecho, que es el que en definitiva debe ser probado como causal del derecho cuyo reconocimiento se persigue, cual sucede en tratándose de acreditar las relaciones sexuales estables y notorias en orden al establecimiento de la filiación natural, es evidente que el proceso demostrativo deriva al campo de la prueba indiciaria. Entonces, los hechos sobre que los testigos declaran y que han sido objeto de sus directas percepciones, podrán venir a constituir los antecedentes o índices de la presunción a que se llegue, siendo el juzgador a quien compete sacar de esos hechos índices la conclusión del caso. De donde resulta que, si las declaraciones de los testigos sobre los hechos mismos por ellos directamente percibidos se sitúan dentro del sistema de valoración dispuesto por la ley para la prueba testimonial, en lo tocante con las deducciones que de esos hechos por tal medio establecidos haga el juzgador, la operación cae dentro del régimen de la prueba por presunción, campo en el cual señorea la autonomía del sentenciador, a cuya discreción o prudente arbitrio ha dejado la ley el poder de apreciar los hechos constitutivos de los indicios, la pluralidad de éstos, su gravedad, precisión y conexidad y en suma la procedencia de las conclusiones respectivas, sin otro límite que el de que éstas no obedezcan a contraevidencia o arbitrariedad manifiesta.

Pero, aún tratándose de la prueba testimonial en sí misma considerada, no ha querido la ley que en su ponderación quede el juzgador sometido a la prevalencia de un rigor formal sobre las deficiencias internas del testimonio. Por eso, el verificar las condiciones de responsividad, exactitud, cabalidad y sinceridad de cada deposición y, luégo, la concordancia de dos o más declaraciones en las circunstancias de modo, tiempo y lugar, es atribución que por imperativo lógico corresponde al juzgador, llamado a conocer de los hechos del proceso y formar su criterio sobre los mismos a través de las pruebas aducidas. Respecto a esta orientación y fijando el espíritu del artículo 697 del C. J., puede verse lo dicho por la Corte en casaciones de 13 de diciembre de 1.954, LXXIX, pág. 250 ss. y de 20 de mayo de 1.947, LVII, 379).

3. La crítica global del complejo probatorio, para contraponerla a la del juzgador, no es procedente en casación.

4. El artículo 7o. de la Ley 45 de 1.936 dispuso aplicar lo preceptuado por el artículo 398 del C. Civ. al caso de la filiación natural, completando así los requisitos que, según el artículo 6o. de la misma ley 45, ha de tener la posesión notoria del estado de hijo natural, para poder ser prueba de ese estado.

Como lo advierten autorizados expositores del sistema del Código, ha creído el legislador que una posesión de estado civil de menor duración, no tendría el carácter de permanencia indispensable para que la fama pública pueda formarse de una manera suficiente (Vélez, II, No. 45, pág 27; Claro Solar, IV, No. 1978, pág. 104).

Los términos de la regla son perentorios, sin que exista en ella falta alguna de claridad que pudiera dar cabida a la flexible interpretación por que aboga el recurrente, de que, cuando haya ocurrido antes de los dichos diez años, el fortuito caso de muerte de uno de los extremos de la relación personal -en la especie la del pretendido padre-, quepa entender que la ley excusa el rigor del decenio, para que se admita cualquier lapso menor en esa posesión, determinado por las imprevistas circunstancias sobrevinientes.

Carecería de fundamento el pensar que el legislador, al exigir en el artículo 398 que, para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba de éste, "deberá haber durado diez años continuos por lo menos", no hubiese contemplado la más previsible de todas las contingencias, cual es la de muerte de cualquiera de las personas comprendidas en aquella relación. Lo que lógicamente hace suponer que el autor de la ley previó esa eventualidad y que, por lo mismo, descartó de la posibilidad de prueba por posesión notoria el caso de que cualquiera de los sujetos de la relación falleciese antes de haberse completado el decenio. De otro modo, habría señalado las condiciones en que el juzgador, sin incurrir en arbitrariedad, pudiese dejar de lado la rigidez de la regla. Pero, como así no lo hizo y ésta, por su diafanidad, que traslúce el criterio que la determinó, no admite desvíos, ha de aplicarse en todo caso con sujeción a la exigencia del texto.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, diez y ocho de mayo de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón)

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha 13 de julio de 1.961 en el juicio ordinario seguido por Ana María Maldonado como representante de los menores Blanca Emma y Manuel Maldonado, frente a Cecilia Arenas de Barreto y Margarita María del Carmen Barreto Arenas.

-1-

EL LITIGIO

Ana María Maldonado, en representación legal de sus menores hijos Blanca Emma y Manuel Maldonado, entabló demanda contra Cecilia Arenas de Barreto y Margarita María del Carmen Barreto Arenas, menor ésta representada por la anterior, personalmente en sus calidades de cónyuge sobreviviente de Manuel Barreto Ferro, la primera y de heredera como hija legítima del mismo causante, la segunda, y contra la sucesión intestada e ilíquida de éste, representada por las demandadas, para que mediante juicio ordinario se resolviese lo siguiente:

1o. Que Blanca Emma Maldonado y Manuel Maldonado, hijos de Ana María Maldonado, son hijos naturales del señor Manuel Barreto Ferro, ya fallecido;

2o. que los mimos menores son herederos de éste, en su calidad dicha y, por lo tanto, con derecho a concurrir a su sucesión, con las demandadas, en la proporción legal;

3o. que, por lo tanto, los reconocimientos de cónyuge sobreviviente y heredera respectivamente hechos a favor de las demandadas en el juicio de sucesión del causante Barreto Ferro y las adjudicaciones que a ellas se les hagan en el mismo juicio, no tienen efecto repecto de las cuotas que, a título de herencia, corresponden a Blanca Emma y Manuel Maldonado en los bienes dejados a su muerte por el causante;

4o. que, consecuencialmente, se condene a las demandadas, a restituir a Blanca Emma y Manuel Maldonado los bienes de la herencia que a éstos corresponden o puedan corresponder, junto con los frutos que las demandadas hayan percibido o podido percibir con mediana inteligencia y actividad desde la muerte del causante; y

5o. que se condene a éstas en las costas del juicio.

La causa petendi se contiene en una relación de HECHOS, según la cual, desde antes del año de 1.946 se establecieron relaciones sexuales estables y notorias entre Manuel Barreto Ferro y Ana María Maldonado, de las cuales nacieron Blanca Emma Maldonado, el día 7 de enero de 1.947, y Manuel Maldonado, el día 4 de junio de 1952; y, además, el propio Manuel Barreto Ferro, hasta el día de su muerte, trató a los mismos menores Blanca Emma y Manuel como a hijos suyos, proveyendo a su subsistencia, y en algunas ocasiones los presentó en ese carácter a sus familiares y amigos, quienes los consideraban en esa calidad.

Cuanto a DERECHO sustancial, el libelo dijo fundarse en los artículos de la ley 45 de 1.936.

En su contestación, la parte demandada negó todos los hechos de la demanda, salvo el décimoquinto referente a los bienes dejados por el causante, respecto de lo cual dijo atenerse a lo que figura en el inventario, y se opuso a todas las peticiones del libelo.

La sentencia de primer grado denegó la acción intentada y absolvió a la parte demandada de los cargos contra ésta formulados.

En la segunda instancia, abierta por apelación de la parte vencida, el Tribunal Superior de Bogotá profirió sentencia por la cual se confirma la apelada. En ambas se condenó a la actora en las costas del juicio.

Habiéndo ésta interpuesto el recurso de casación contra la sentencia de segundo grado, se pasa a definirlo.

-II-

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal, luego de asentar que la acción intentada se funda en las causales 4a. y 5a. del artículo 4o. de la ley 45 de 1.936, procede a rememorar los elementos constitutivos de cada una de ellas e indagar si se encuentran, sí o no, establecidas en el proceso.

Respecto de los elementos de prueba que pudieran relacionarse con la causal 4a., se pronuncia el juzgador así:

"Es decir, el cúmulo de testimonios aportados con el fin de acreditar la existencia de las relaciones sexuales incoadas, carecen, unos, la mayoría, del más

elemental presupuesto probatorio que induzca o haga inferir tal existencia; y los otros, de los cuales pudiera deducirse alguna atendible razón, adolecen de tantas vaguedades, carecen de la precisión necesaria en el relato de los hechos preguntados que no pueden estimarse, ya que sólo hacen referencia a circunstancias, que dada la índole de las partes y el ambiente social en el cual les tocaba actuar, muchas pueden ser las apreciaciones subjetivas que el sólo hecho material, objetivo y observable, puede producir en personas de escasa cultura como los deponentes, según se desprende de los términos de sus exposiciones. Además, y ello es lo más importante, todos los declarantes, sin excepción y no obstante habérseles interrogado sobre el particular, guardan un inexplicable silencio sobre la fecha más o menos aproximada del comienzo o iniciación de las relaciones sexuales presuntas. En el mismo sentido podría argumentarse en lo relacionado con la paternidad pretensa del señor Barreto Ferro en los hijos de María Maldonado, pues, los declarantes, nada saben al respecto y aquellos que afirman lo contrario, lo hacen basados en la 'CREENCIA' o porque 'SE DICE'. Es decir, leídos detenidamente, estudiados en forma detallada y pormenorizada todos y cada uno de los testimonios traídos al juicio, no se infiere la situación prevista por el artículo 4o., cual (sic) 4a. de la Ley 45 de 1.936, ni los presupuestos exigidos por nuestra Corte Suprema de Justicia en repetidas doctrinas. Porque si se aceptara, por vía de amplitud, que con la prueba testimonial se acreditaron las relaciones sexuales estables y notorias entre María Maldonado y Manuel Barreto Ferro, se tendría en forma inequívoca, que la prueba de tales relaciones no podría conducir inexorablemente a la declaratoria de hijo natural impetrada, toda vez que no se demostró en forma alguna la iniciación de tales relaciones concubinarias, a fin de dar aplicación a la presunción de la concepción.

"....

"Por lo expuesto, pues, se infiere, que la demandante no demostró la causal 4a. del art. 4o. de la ley 45 de 1.936".

Y en lo tocante con la causal 5a. del citado artículo 4o., el Tribunal, teniendo en cuenta que, según el 7o. del mismo estatuto, las reglas de los artículos 395, 398, 401, 403 y 404 del Código Civil, se aplican también al caso de la filiación natural, y de que ordena el 398 ibidem que, para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba del mismo, deberá haber durado diez años continuos, por lo menos, concluye así:

"En el caso sub-judice, las edades de los pretensos hijos, a la muerte del señor Manuel Barreto Ferro y a la época de instaurarse la demanda, no alcanzaban a los diez años. Es decir, ninguno de ellos alcanzó en vida del causante a tener la edad requerida por la ley, a fin de alegar la posesión notoria del estado de hijo natural. Por donde se ve que no se hace necesario el estudio profundo de esta causal, por su improcedencia".

Y así en razón de estas consideraciones confirmó el fallo del inferior completamente adverso a la parte demandante.

- III -

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

El libelo de casación propone cuatro motivos de acusación con apoyo en la primera de las causales consagradas por el artículo 520 del Código Judicial.

Primer motivo.

Todo su planteamiento se desenvuelve y culmina en la imputación de que el Tribunal incurrió en error de derecho en la apreciación de ciertos testimonios con violación del artículo 697 del Código Judicial, y quebrantamiento final del artículo 4o., numeral 4o., de la ley 45 de 1.936. Con este intento, el impugnante discurre así:

Que, "aunque, en un principio el Tribunal fallador acepta que las declaraciones de los testigos Julio Vargas, Nicolás Sánchez Lote, Matilde Alarcón, José Agapito Lote, Juan Quiroga Quiroga, Teresa Alarcón de Infante y Elisa Santana de Garzón, comprueban legalmente hechos demostrativos de la existencia de esas relaciones sexuales, notorias y estables, y que, por lo mismo, si demuestran la existencia notoria de esas relaciones sexuales estables", acaba diciendo, que la mayoría de los testimonios aportados, carece del más elemental presupuesto probatorio, y los otros, de que pudiera deducirse alguna atendible razón, adolecen de tantas vaguedades y falta de precisión, que no permiten inferir la situación prevista por el artículo 4o., causal 4a., de la ley 45 de 1.936;

Pero, que, si esos testimonios, lo mismo que los de María Luisa Montaño de Casas y Campo Elías Alarcón Ortiz, que -según la censura- no menciona el Tribunal, se leen detenidamente, se verá la precisión y abundancia de detalles, pequeños o muy importantes que, presenciados por los declarantes, "los llevan a la afirmación categórica y muy explicada de la existencia de esas relaciones sexuales, estables y notorias";

que no debe desatenderse la manera y originalidad de las exposiciones de los testigos, en donde no se revela el más ligero asomo de presión o de sugestiones extrañas, lo que demuestra la sinceridad y veracidad de las mismas;

que de su examen "se llega a la conclusión clarísima de que tales testigos no solamente han coincidido en el hecho de esas relaciones sexuales, sino que de manera clara, completa y precisa, concuerdan en las circunstancias de modo de ejecutarse tales relaciones, pues todos relatan que ello se efectuaba visitando Manuel Barreto, casi todos los días a la Maldonado; de tiempo, pues todos relatan acordemente que Manuel Barreto frecuentaba a Ana María Maldonado, casi todos los días entre las primeras horas de la noche y las primeras de la madrugada del día siguiente; y de lugar, pues los declarantes de manera acorde, concreta y precisa, afirman y explican, por haberlo visto, que esa vida concubinal entre Barreto y la Maldonado se sucedía en la casa de la Maldonado . . . .";

que "es, pues, esta precisión y abundancia de detalles concretos en tales declaraciones, lo que está demostrando que el Tribunal se equivocó en la apreciación de estas pruebas, al negarles el valor que la ley les asigna por una supuesta vaguedad e imprecisión";

que de lo anterior se concluye que las declaraciones citadas prueban de manera plena la existencia de las referidas relaciones sexuales, notorias y estables, entre Manuel Barreto y Ana María Maldonado, por lo cual "al negarles ese valor probatorio el Tribunal, alegando una supuesta vaguedad, está infringiendo el precitado art. 697 del C. J., con lo cual se demuestra el manifiesto error de derecho en que incurre la sentencia acusada en la apreciación equivocada de los referidos testimonios"; y

que "este error manifiesto en la apreciación de las mencionadas pruebas testimoniales, y la infracción dicha del art. 697 del C. J. llevaron al Tribunal, en

la sentencia recurrida, a la infracción de el numeral 4º. del art. 4º. de la ley 45 de 1.936 .....".

Segundo motivo.

En este punto se le imputa al sentenciador el haber incurrido en "manifiesto error en la apreciación o falta de apreciación" de las declaraciones de testigos que se relacionan adelante, como también en "la falta de consideración de la confesión de la parte demadada" a que se hará luego referencia, todo ello en lo que respecta a la época de iniciación de las relaciones sexuales entre Manuel Barreto Ferro y Ana María Maldonado, y en cuanto el sentenciador afirma que "no se demostró en forma alguna la iniciación de tales relaciones concubinarias, a fin de dar aplicación a la presunción de la concepción".

Advierte que aunque el juzgador menciona las declaraciones en conjunto, "parece que no las tuvo en cuenta cuando hablan de la época aproximada de INICIACION de las referidas relaciones sexuales. Y por lo demás, aunque las haya tomado en cuenta, por cuanto este cargo no versa sobre la valoración que haya podido hacer el Tribunal del mérito probatorio de tales declaraciones, sino sobre la equivocada apreciación del hecho de la iniciación de las relaciones contenido en ellas, he considerado que respecto a dicha iniciación de las relaciones sexuales mencionadas ha incurrido en manifiesto error de hecho, ya que ese hecho, desconocido por el Tribunal, aparece de modo claro, indudable y manifiesto en los autos".

Luego el impugnante hace un análisis de las pruebas así:

"La testigo Matilde Alarcón (fl. 8 vto. C. No. 2) al contestar la tecera pregunta, dice: 'Ana María Maldonado tendría unos trece años de edad y desde entonces y por varios años yo vi a Ana María Maldonado trabajando en la Hacienda de La Cabaña, la vi en los potreros ordeñando las vacas de la hacienda de La Cabaña de propiedad de los señores Barreto Ferro. Yo por muchas veces, muchas noches, vi a Dn. Manuel Barreto Ferro llegar a caballo a la casa de Ana María Maldonado, a veces llegaba a las seis de la tarde, a veces más tardecito, y se iba de ahí como a la una o dos de la mañana, pues yo vivo como a una cuadra de distancia.....'. Y al punto 5) del interrogatorio, contestó: 'A Dn. Manuel Barreto Ferro lo vi llegar a la casa de Ana María Maldonado, tanto CUANDO ELLA TRABAJABA como ordeñadora de la Hacienda La Cabaña, como después de haber dejado de trabajar en esa hacienda..'. La testigo afirma luego haber visto embarazada a Ana María Maldonado por esa época y afirma constarle que de ese embarazo nació Blanca Emma Maldonado.

"El testigo Manuel Franco al punto 3) contestó: 'Anita Maldonado estuvo trabajando en la Hacienda La Cabaña de propiedad de los Sres. Barreto Ferro, como ordeñadora y contratista de recoger abonos', pero manifiesta no recordar la fecha.

"El declarante José Agapito Lote, al punto 3), contesta: 'Yo conocí a Ana María Maldonado trabajando en la hacienda La Cabaña....' Y luego de afirmar que Manuel Barreto y Ana María Maldonado se trataban frecuentemente cuando ésta trabajaba en dicha finca, y que no recuerda la fecha de esas relaciones, dice que en ese entonces fue cuando vió a la Maldonado en estado de gravidez, y que de ese embarazo nació Blanca Emma, y termina así su respuesta al punto 4): También me consta que por motivo de ese embarazo Ana María Maldonado no vol-

vió a trabajar a la hacienda de La Cabaña'. Continúa el testigo afirmando la continuación de las relaciones de Barreto con la Maldonado, con gran precisión de circunstancias.

"La testigo Teresa Alarcón de Infante al punto 3) contestó: 'A mí consta que Ana María Maldonado principió a trabajar en la hacienda La Cabaña en las recogiendas de abono, no tengo presente el año, pero eso hace como diez años, ordeñando también vi a Ana María Maldonado en la hacienda de La Cabaña de propiedad de los señores Barreto Ferro..... Yo por esa época estaba trabajando en la hacienda de Dn. José Ignacio Andrade..... y entonces por eso misma época Dn. Manuel Barreto Ferro iba por ahí cada tercer día a la casa de Ana María Maldonado..." y continúa la testigo relatando los hechos y las circunstancias precisas de las referidas relaciones sexuales de Barreto y Maldonado, que, afirma, se trataban como esposos. Y al punto 5) contesta: 'Pues Dn. Manuel Barreto Ferro comenzó a ir a la casa de Ana María Maldonado desde cuando Ana María estaba recogiendo abono en la hacienda de La Cabaña..... y lo vi ir a la casa de Ana María hasta después de que hubo el niño Manuel Maldonado.....'.

"La testigo Elisa Santana de Garzón al punto 3) contestó: 'A mí me consta que ella (Ana María Maldonado) era ordeñadora de La Cabaña, o sea, donde Dn. Manuelito Barreto..... y allá fue donde se encontraron y tuvieron sus relaciones.....' Y al punto 4) contestó: 'Me consta que Ana María Maldonado quedó en estado de embarazo, cuando estuvo trabajando en La Cabaña.....'. Y así fue que él entonces iba a la casa (de Ana María Maldonado)....' y sigue la testigo relatando los pormenores de los hechos que vió de las relaciones sexuales mencionadas, y ello de manera concreta y precisa.

"El testigo Campo Elías Alarcón Ortiz al punto 4) contestó: 'Yo trabajaba donde los señores Garzón y Ana María Maldonada trabajaba en la Hacienda La Cabaña; pero ella vivía a unos treinta y cinco metros de donde yo asistía y por eso me consta que yo vi a Ana María Maldonado enferma y por eso no pudo volver a trabajar a la Hacienda. Me consta igualmante por haberlo visto que el señor Manuel Barreto iba todas las tardes a la casa de Ana María Maldonado, unas veces iba en su carro y otras veces a caballo'".

Destaca, después, la afirmación hecha por la parte demandada, cuando, contestando al hecho primero de la demanda, dijo que "Ana María Maldonado era ordeñadora en el hato de propiedad de Manuel Barreto Ferro", afirmación corroborada por la misma parte en su alegato de primera instancia y coincidente con la pregunta formulada en el contrainterrogatorio que le propuso al testigo Luis Alberto Franco, al preguntarle "si le consta a ciencia cierta que por los años de 1.945 y 1.946, Ana María Maldonado trabajó como ordeñadora en la hacienda de 'La Cabaña' .....", todo lo cual, dice el recurrente constituye una confesión de la parte demandada en el particular.

De donde concluye: que con las referidas declaraciones de testigos, está comprobado que las relaciones sexuales de que se trata se iniciaron en la época en que Ana María Maldonado estuvo trabajando como ordeñadora en la hacienda "La Cabaña"; que, con la confesión de la parte demandada, está demostrado que ello ocurrió en los años de 1.945 y 1.946; que, en consecuencia, es inevitable la conclusión de que "las referidas relaciones sexuales, notorias y estables habidas entre Manuel Barreto Ferro y Ana María Maldonado, se INICIARON antes de 1.946, habiéndose prolongado hasta el nacimiento de Blanca Emma Mal-

donado, continuado estables y notorias, hasta el nacimiento de Manuel Maldonado, y durado hasta la muerte del señor Manuel Barreto Ferro, en las mismas condiciones y con iguales características"; y que, por consiguiente, el Tribunal, al desconocer los sobredichos testimonios y confesión, está infringiendo los artículos 697, 603, 604 y 606 del Código Judicial, lo cual lo llevó a la violación del artículo 4o., numeral 4o., de la ley 45 de 1.936, en cuanto; por la no aplicación o indebida aplicación de las mismas disposiciones, confirmó la sentencia de primera instancia denegatoria de la declaración de la filiación natural invocada.

Tercer motivo.

Este reparo envuelve reiteración del mismo formulado como motivo segundo, pero propuesto ahora especialmente respecto a la época de iniciación de las relaciones sexuales aludidas en relación con la fecha de nacimiento del menor Manuel Maldonado. En sustancia, se reduce a la alegación de que, estando plenamente probado, con las declaraciones de los testigos Nicolás Sánchez López, Matilde Alarcón, José Agapito Lote, Teresa Alarcón de Infante, Elisa Santana de Garzón, María Luisa Montaño v. de Casas y Campo Elías Alarcón Ortiz, que las dichas relaciones sexuales comenzaron antes del nacimiento de Blanca Emma Maldonado, ocurrido en enero de 1.947, y que continuaron de manera notoria y estable hasta el nacimiento de Manuel Maldonado, efectuado en junio de 1.952, hasta el punto de que Barreto Ferro el día de su muerte estuvo en casa de la Maldonado, necesariamente "tiene que deducirse que las referidas relaciones sexuales notorias y estables de Barreto y la Maldonado se INICIARON, no solamente más de ciento ochenta días, sino varios años antes del nacimiento del mencionado menor Manuel Maldonado"; y que el Tribunal, al no tener por probado ese hecho, ha incurrido "en manifiesto error de hecho, con el cual infringe el art. 697 del C. J. y el art. 4o. causal 4a. de la ley 45 de 1.936, por indebida aplicación....".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. El artículo 4o. de la ley 45 de 1.936, al establecer la cuarta de las causales de declaración judicial de paternidad natural, acogió el caso de las relaciones sexuales estables que hayan existido de manera notoria entre el presunto padre y la madre en la época en que, según los términos del artículo 92 del C. Civ., pudo tener lugar la concepción.

2. De la doctrina sobre esta causal resulta que la forma ad substantiam de esas relaciones, radica en la estabilidad y notoriedad del entendimiento sexual entre el presunto padre y la madre de la criatura, contemplando estas calidades así:

Que la estabilidad, caracterizada por la frecuencia y regularidad en el trato, puede resultar de circunstancias diversas, según sean las ocurrencias de la vida: convivencia del varón y la mujer bajo un mismo techo, a la manera matrimonial; o relaciones entre ellos, sin comunidad de habitación, pero inequívocamente indicativas de un frecuente y organizado comercio de los sexos, no interferido del lado de la mujer por la incidencia de relaciones carnales con otro hombre en la época en que pudo ocurrir la concepción, extremo éste excepcional cuya prueba incumbe hacer al demandado; y

que la notoriedad consiste en lo ostensible, esto es en que los hechos reveladores de las relaciones sexuales estables sean ciertamente claros y demostra-

bles con tal carácter. Por lo cual, la notoriedad admite temperamentos, según sea la posibilidad de su formas: en unos casos se tratará de uniones permanentes de evidencia general, como en el concubinato público; en otros, de relaciones discretamente mantenidas cuyo conocimiento no va más allá del círculo de parientes o amigos; y en otros, ese conocimiento estará reducido al ámbito de los vecinos del lugar en que las relaciones se desenvolvieron (cas. 28 febrero 1.961, XCIV, 2235/36, págs. 567 y ss.).

3. Se integra, por último, la causal con el requisito de que el nacimiento del hijo haya sobrevenido después de ciento ochenta días contados desde que empezaron tales relaciones o dentro de los trescientos días siguientes a aquél en que cesaron. Lo que significa que el tiempo de las relaciones sexuales estables y notorias ha de coincidir, aunque sea en parte, con el lapso dentro del cual pudo realizarse la concepción, según el artículo 92 del C. Civ.

4. Por lo mismo, quien pretenda la declaración en juicio de su filiación paterna natural, con apoyo en la referida causal 4a. del artículo 4o. de la ley 45 de 1.936, debe demostrar plenamente la ocurrencia de las relaciones sexuales entre su madre y el presunto padre, con las calidades de estabilidad, notoriedad y temporalidad exigidas por este precepto legal.

5. Cuando de los hechos afirmados por los testigos se requiere deducir, por la vía del razonamiento, otro hecho, que es el que en definitiva debe ser probado como causal del derecho cuyo reconocimiento se persigue, cual sucede en tratándose de acreditar las relaciones sexuales estables y notorias en orden al establecimiento de la filiación natural, es evidente que el proceso demostrativo deriva al campo de la prueba indiciaria. Entonces, los hechos sobre que los testigos declaran y que han sido objeto de sus directas percepciones, podrán venir a constituir los antecedentes o indices de la presunción a que se llegue, siendo el juzgador a quien compete sacar de esos hechos índices la conclusión del caso. De donde resulta que, si las declaraciones de los testigos sobre los hechos mismos por ellos directamente percibidos se sitúan dentro del sistema de valoración dispuesto por la ley para la prueba testimonial, en lo tocante con las deducciones que de esos hechos por tal médio establecidos haga el juzgador, la operación cae dentro del régimen de la prueba por presunción, campo en el cual señorea la autonomía del sentenciador, a cuya discreción o prudente arbitrio ha dejado la ley el poder de apreciar los hechos constitutivos de los indicios, la pluralidad de éstos, su gravedad, precisión y conexidad y en suma la procedencia de las conclusiones respectivas, sin otro límite que el de que éstas no obedezcan a contraevidencia o arbitrariedad manifiesta.

6. Pero, aún tratándose de la prueba testimonial en sí misma considerada, no ha querido la ley que en su ponderación quede el juzgador sometido a la prevalencia de un rigor formal sobre las deficiencias internas del testimonio. Por eso, el verificar las condiciones de responsividad, exactitud, cabalidad y sinceridad de cada deposición y, luego, la concordancia de dos o más declaraciones en las circunstancias de modo, tiempo y lugar, es atribución que por imperativo lógico corresponde al juzgador, llamado a conocer de los hechos del proceso y formar su criterio sobre los mismos a través de las pruebas aducidas. Con esta orientación, ha podido decir la Corte, fijando el espíritu del artículo 697 del C. J., que "este artículo significa que el juez puede dar por plenamente demostrado un hecho con dos testimonios que reunan esas calidades, pero no que necesariamente deba tenerlo como demostrado, es decir, que, aún en el caso en que haya dos

testimonios contestes acerca del hecho y sus circunstancias, el juzgador conserva la facultad de aplicarles las reglas de la sana crítica, rechazándolos en el caso de encontrar los fallos. La doctrina universal mantiene el principio de que, para apreciar la prueba testimonial, los tribunales pueden y deben someterla a las reglas de la crítica racional" (cas. 13 diciembre 1.954, LXXIX, 2149, pág. 250 y ss.). Y allí mismo reproduce lo dicho antes por la Corte sobre esta materia, así: "No basta la declaración de dos o más testigos para que se tenga como plena prueba lo afirmado por ellos; es necesario que los testimonios reúnan las condiciones exigidas por la ley y que los testigos se ciñan en sus deposiciones a los preceptos que el legislador ha señalado como requisito para que sean atendidos los testimonios. Además, la ley ha concedido al juez determinadas facultades de apreciación que dependen de su criterio y que no es posible desechar sino cuando se ha cometido error evidente de hecho o de derecho'" (cas. 20 mayo 1.947, LVII, 379).

7. Viniendo ahora a los reparos contenidos bajo el motivo primero de la acusación, se tiene lo siguiente:

Que no es exacto que el sentenciador hubiera en principio aceptado que las declaraciones de los testigos a que el cargo se refiere "comprueban legalmente hechos demostrativos de la existencia de esas relaciones sexuales, notorias y estables". El análisis que acerca de tales testimonios hizo el Tribunal se ofrece así: Que el testigo Julio Vargas niega constarle la existencia de tales relaciones sexuales y sólo afirma que en varias oportunidades vió a Barreto Ferro darle dinero a la Maldonado para el mercado y que en varias ocasiones lo vió entrar a la casa de ésta, "pero sin precisar, ni indicar la fecha exacta o aproximada de la ocurrencia de tales hechos"; que el testigo Nicolás Sánchez Lote se limita a afirmar que Barreto llevó para esa casa (la de la Maldonado) la pintura y el puntillón y se lo entregó personalmente a Ana María y que durante el tiempo en que el declarante permaneció trabajando a órdenes de ésta, sin decir la época de tal ocurrencia, Barreto llegó allí como unas tres o cuatro veces y observaba el trabajo, pero nunca le dijo al testigo nada e igualmente "llegaba de noche, varias veces, a la casa donde vivía Ana María Maldonado"; que la testigo Matilde Alarcón, aunque depone largamente sobre hechos y circunstancias atendibles en cuanto a la existencia de las referidas relaciones, no indican más o menos cuándo se iniciaron; que los testigos José Agapito Lote, Juan Quiroga Quiroga, Teresa Alarcón de Infante y Elisa Santana de Garzón, "afirman la existencia de relaciones sexuales entre Ana María Maldonado y Manuel Barreto Ferro y relatan sobre hechos más o menos indicadores de una presumible inclinación sentimental, o simplemente afectiva, por parte del Sr. Barreto hacia la Maldonado, pero no indican, ni dicen, ni señalan la fecha aproximada de la iniciación de tales relaciones, ni deponen sobre otros hechos y circunstancias que pudiesen llevar al fallador la convicción plena de estar frente a una verdad incontrovertible".

Ciertamente, de la vista que el juzgador hizo de los referidos testimonios y de las opiniones que se formó sobre el alcance demostrativo de los mismos, no resulta que hubiera abrazado el concepto de que ellos "comprueban legalmente" las relaciones sexuales en controversia; como tampoco es exacta la afirmación que incidentalmente hace el impugnante de que aquel hubiera dejado de mencionar los testimonios de María Luisa Montaño de Casas y Campo Elías Alarcón Ortiz, pues el Tribunal, al entrar en el examen del acervo probatorio, los

apunta entre los testigos cuya deposición solicitó la parte actora; y finalmente, al consignar su juicio definitivo sobre el haz de los testimonios aportados, con el fin de acreditar la existencia de las alegadas relaciones sexuales, lo hizo al tenor del pasaje transcrito arriba, en donde de modo claro y terminante estima que la mayoría de los testimonios carece de todo presupuesto probatorio y los demás adolecen de vaguedades, de falta de precisión en el relato de los hechos y de silencio sobre la fecha más o menos aproximada de la iniciación de esas relaciones, por todo lo cual concluye que la parte demandante no demostró la causal 4a. del artículo 4o. de la ley 45 de 1.936.

8. Entonces, si el recurrente no ha establecido en la órbita del primer motivo de acusación, cargo alguno por error de hecho en la apreciación de los testimonios aducidos por su parte, pues que estructuró la censura sobre la violación medio del artículo 697 del C. J., aun en la hipótesis de que hubiera demostrado que las declaraciones testificales con que toca el reparo son concordantes en los hechos y en sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, -demostración que no hizo en debida forma, como quiera que se limitó a ensayar una crítica global del complejo probatorio, para contraponerla a la del juzgador, lo cual no es procedente en casación-, se tiene que, dada la facultad discrecional del fallador para ponderar las condiciones intrínsecas del testimonio y sacar de éste un determinado convencimiento, en tanto su criterio no sea confundido de error evidente de hecho o palmaria sin razón, mal puede admitirse que en el punto que se ventila haya habido lesión del artículo 697 citado.

9. En lo tocante con los motivos segundo y tercero de acusación, tampoco ha logrado el recurrente demostrar que el sentenciador hubiera visto las pruebas a que tales reparos se refieren, de modo distinto a como ellas aparecen en el proceso, esto es haciéndoles decir lo que ellas no rezan o sacando de éstas una conclusión evidentemente contraria a la única que impusiera, con exclusión de cualquiera otra, el texto de las mismas pruebas.

10. El sentenciador afirma que "todos los declarantes, sin excepción y no obstante habérseles interrogado sobre el particular, guardan un inexplicable silencio sobre la fecha más o menos aproximada del comienzo o iniciación de las relaciones sexuales presuntas", para concluir adelante que "si este dato o hecho no existe acreditado es imposible para el juzgador deducir en forma inequívoca que tanto la concepción como el nacimiento se originaron en virtud de esas relaciones". El recurrente, con el intento de confutar este razonamiento, transcribe en la demanda de casación ciertos apartes, que atrás se reprodujeron, de algunas de las declaraciones, para sostener que, según sus términos, las relaciones entre Barreto y la Maldonado se iniciaron en la época en que ésta estuvo trabajando en la finca de "La Cabaña" y que, como esa época no fue otra que la de los años de 1.945 y 1.946, según así lo confiesa la parte demandada, por conducto de su apoderado, en el contrainterrogatorio que le formuló al testigo Luis Alberto Franco, todo ello demuestra que las referidas relaciones sexuales entre Barreto y la Maldonado "se INICIARON antes de 1.946, habiéndose prolongado hasta el nacimiento de Blanca Emma Maldonado, continuado estables y notorias hasta el nacimiento de Manuel Maldonado.....".

11. Pero, suponiendo como demostrado el hecho de que entre Barreto y la Maldonado existieron relaciones sexuales notorias y estables; que ellas se inicia-

ron en la época en que la Maldonado trabajaba en la hacienda de "La Cabaña"; y que esa época de trabajo fue la comprendida por los años de 1.945 y 1.946, no por ello se ha precisado suficientemente cuándo empezaron, dentro de esa época, tales relaciones, cuyo comienzo pudo caer en uno cualquiera de los días del último de dichos años, por donde no podría llegarse a la conclusión cierta de que el nacimiento de la menor Blanca Emma Maldonado, acaecido el 7 de enero 1.947, ocurrió no menos de ciento ochenta días después del en que se iniciaron o estaban en curso las referidas relaciones.

12. Y por lo que toca con la pretendida demostración de la existencia de las mismas relaciones sexuales en tiempo inmediatamente anterior a los ciento ochenta días precedentes al nacimiento del menor Manuel Maldonado, o sea dentro de la época legal de su concepción -que es materia especial del motivo tercero de la censura-, cumple observar, que el acusador no señaló prueba alguna que ciertamente establezca que dentro de la precisa época en que tuvo que ocurrir la concepción del menor referido, existieron entre Barreto y la Maldonado las relaciones sexuales, estables y notorias, de que se dice nacido este menor.

Porque, dejando de lado la deposición de Nicolás Sánchez Lote, quien deduce que Barreto llegaba de noche varias veces a la casa de la Maldonado, por haber visto allí la bestia que él montaba, sin determinar tiempo alguno de tal ocurrencia, deposición que por lo demás se refiere a circunstancias no expresivas de relaciones sexuales, como también dejando de lado la declaración de Campo Elías Alarcón Ortíz, quien manifiesta no constarle cuándo nacería el niño Manuel Maldonado, ni si sería hijo de Barreto, por haberse ido el testigo a trabajar a otra tierra, los demás declarantes a cuyos testimonios se refiere la tacha, o sea Matilde Alarcón, José Agapito Lote, Teresa Alarcón de Infante, Elisa Santana de Garzón y María Luisa Montaño de Casás, aunque dicen en una u otra forma que, después del nacimiento de la menor Emma Maldonado, Manuel Barreto siguió visitando a Ana María Maldonado, no hacen ninguna referencia precisa a la ocurrencia de los hechos en la época legalmente correspondiente a la concepción del menor Manuel Maldonado, deficiencia que, por otra parte, contribuye a hacer notoria la circunstancia de que, entre el nacimiento de la menor Blanca Emma y el del menor Manuel, transcurrió un lapso de cinco años largos.

13. Por lo tanto, si en las pruebas a que aluden los motivos segundo y tercero del acusamiento no hay elementos que impongan como conclusión inevitable la de que, supuestas las relaciones sexuales de que se trata, éstas existieron dentro de los respectivos períodos de la concepción de los menores María Emma y Manuel Maldonado, mal puede imputarse al Tribunal error alguno en la apreciación de tales pruebas, ni entonces patente arbitrariedad de razonamiento, al abrazar la convicción de que, en el caso sub judice, no se demostró ese requisito inexorable en la acción de filiación natural basada en la causal 4ª. del artículo 4º. de la ley 45 de 1.936, por lo cual el juicio del sentenciador, amparado por la presunción de acierto, es intocable en casación.

Cuarto motivo

Acúsase la sentencia por indebida aplicación de los artículos 6º. y 7º. de la ley 45 de 1.936, y del artículo 398 del C. Civil, y por infracción directa del artículo 4º., causal 5ª., de la misma ley 45. Al respecto, el impugnante discurre así:

Que el sentenciador sostiene la imposibilidad de dar aplicación al numeral 5º. del artículo 4o. de la ley 45 de 1.936, por cuanto los menores de la de-

manda nacieron en enero de 1.947 y en junio de 1.952, respectivamente, y su pretendido padre natural falleció el 29 de junio de 1.955, no habiendo entonces transcurrido en favor de ninguno de tales menores el término de diez años que la ley exige para que la posesión notoria del estado de hijo natural pueda tenerse como prueba del mismo estado;

que, cuando la ley señala al efecto ese término, supone las circunstancias normales del vivir de las personas, pero que, si por un hecho extraño a la voluntad de éstas, que haya de tenerse como fuerza mayor o caso fortuito, no fuere posible llenar ese requisito, debe entenderse que la ley lo excusa, ya que ella no puede exigir el cumplimiento de imposibles;

que, estando plenamente establecido que Manuel Barreto ejerció esa posesión notoria con relación a sus menores hijos naturales Blanca Emma y Manuel Maldonado, dándoles el tratamiento de tales y proveyendo a su subsistencia y establecimiento, desde que los menores nacieron hasta la muerte de Barreto, ello acredita la posesión notoria de tal estado civil, pues la interrupción en el tiempo, no se operó por voluntad o acto alguno de las personas, sino por un evento de fuerza mayor o caso fortuito; y

que, entonces, el Tribunal, al exigir el ejercicio de esa posesión notoria por el término de diez años de que trata el artículo 398 del C. Civ. violó este precepto por indebida aplicación, infringiendo, en consecuencia, las demás disposiciones legales precitadas.

SE CONSIDERA:

14. Preceptúa el artículo 398 del C. Civ. que "para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba del estado civil, deberá haber durado diez años continuos, por lo menos"; y el artículo 7o. de la ley 45 de 1.936 dispuso aplicar esa norma al caso de la filiación natural, completando así los requisitos que, según el artículo 6o. de la misma ley 45, ha de tener la posesión notoria del estado de hijo natural, para poder ser prueba de ese estado.

Como lo advierten autorizados expositores del sistema del Código, ha creído el legislador que una posesión de estado civil de menor duración, no tendría el carácter de permanencia indispensable para que la fama pública pueda formarse de una manera suficiente (Vélez, II, No. 45, pág. 27; Claro Solar, IV, No. 1978, pág. 104).

15. Los términos de la regla son perentorios, sin que exista en ella falta alguna de claridad que pudiera dar cabida a la flexible interpretación porque aboga el recurrente, de que, cuando haya ocurrido, antes de los dichos diez años, el fortuito caso de muerte de uno de los extremos de la relación personal, en la especie la del pretendido padre, quepa entender que la ley excusa el rigor del decenio, para que se admita cualquier lapso menor en esa posesión, determinado por las imprevistas circunstancias sobrevinientes.

16. Carecería de fundamento el pensar que el legislador al exigir en el artículo 398 que, para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba de éste, "deberá haber durado diez años continuos por lo menos", no hubiese contemplado la más previsible de todas las contingencias, cual es la de muerte de cualquiera de las personas comprendidas en aquella relación. Lo que

lógicamente hace suponer que el autor de la ley previó esa eventualidad y que, por lo mismo, descartó de la posibilidad de prueba por posesión notoria el caso de que cualquiera de los sujetos de la relación falleciese antes de haberse completado el decenio. De otro modo, habría señalado las condiciones en que el juzgador, sin incurrir en arbitrariedad, pudiese dejar de lado la rigidez de la regla. Pero, como así no lo hizo y ésta, por su diafanidad, que traslúce el criterio que la determinó, no admite desvíos, ha de aplicarse en todo caso con sujeción a la exigencia del texto.

17. Por lo tanto, el Tribunal, al entender, como lo hizo, el artículo 398 del C. Civ. y, sin entrar en el examen práctico de los demás requisitos de la posesión notoria del estado civil, negar la acción de filiación intentada, no infringió aquel precepto, ni los de la ley 45 de 1.936 relacionados en este punto de la censura.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha trece (13) de julio de mil novecientos sesenta y uno (1.961), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

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

Arturo C. Posada. - Gustavo Fajardo Pinzón. - Enrique López de la Pava. - Enrique Coral Velasco. - José Hernández Arbeláez. - Julián Uribe Cadavid. - Ricardo Ramírez L., Secretario.

SIMULACION

Puede ser alegada como acción o como excepción. Finalidades, exigencias y oponibilidad. La compraventa, por sí sola, no transfiere el dominio del objeto vendido, y la celebrada con fines de simple garantía constituye simulación relativa.

1. La compraventa no transfiere por sí sola el dominio del objeto vendido, sino que requiere ser acompañada del modo de la tradición, y si ésta no se llevó a cabo, el comprador no adquirió la propiedad de la cosa, y por ausencia de esa calidad de dueño carece de acción reivindicatoria.

2. La Corte ha tenido ya la oportunidad de expresar que la compraventa celebrada con fines de simple garantía, constituye un caso perfecto de simulación relativa y sometido pon tanto a las reglas de la simulación (Cas. de septiembre 30 de 1.943, LVI, 2001, 173).

3. La simulación puede ser alegada como acción o como excepción. La acción se encamina a obtener la declaración de que determinado acto o contrato es simulado y a desatar los vínculos que esa convención haya creado entre las partes contratantes. Estos objetivos aparejan la necesidad de citar al juicio a todas aquellas personas que concurrieron como partes a celebrar el contrato impugnado de simulación, pues de otra manera el fallo declarativo no podría perjudicar a los ausentes y conduciría al absurdo de tener que considerar un contrato existente para unos contratantes e inexistente respecto de otros. La excepción de simulación no se propone conseguir los resultados anteriores, sino sólo enervar la acción de quien pretende la tutela de un derecho derivado de la convención simulada. Reducida a esta finalidad, se comprende que el debate a que da lugar la excepción de simulación no requiere de modo necesario la presencia en el juicio de todos los contratantes, sino que queda completo y limitado al excepcionante y a quien, como actor, busca el reconocimiento de un derecho proveniente del acto o contrato ficticio. De esta suerte, la prosperidad de la misma excepción no exige ampliar la controversia a todos los contratantes, sino comprobar la simulación y su carácter de oponible al demandante.

4. La simulación es oponible a los terceros que tienen conocimiento o se dan por sabedores de ella, porque, como lo expresa un expositor, la *scientia simulationis* es incompatible con el privilegio de la inoponibilidad que protege la buena fe de los terceros.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, mayo diecinueve de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique López de la Pava)

ANTECEDENTES

1) El 22 de junio de 1.957 los señores Teófilo Kiuhan y Herman Nigrinis suscribieron en Barranquilla un documento privado en que Kiuhan expresó lo siguiente: "Conste por medio del presente documento que debo al Sr. Herman Nigrinis O. la suma de cinco ($ 5.000-oo) mil pesos, moneda legal, y que le he dado en garantía el automóvil de propiedad de mi hijo César Augusto Kiuhan, cuyas características aparecen en los documentos de traspasos que se ha hecho (sic) a favor del Sr. Nigrinis. Y que si el día 22 de agosto del presente año le devuelvo la suma arriba mencionada, o sea los cinco ($5.000-oo) mil pesos, moneda legal, el Sr. Nigrinis me devolverá un cheque que posa en su poder por la suma de un mil ($ 1.000-oo) pesos, moneda legal, por negociaciones anteriores; si no fuere así, tendré un plazo hasta el día 22 de octubre del presente año para la devolución de los cinco mil ($ 5.000-oo) pesos, moneda legal, que reza el presente contrato; y si por cualquier motivo no fueren cancelados, se ha acordado que se le hace el pago con el referido vehículo, sin que el Sr. Nigrinis tenga que devolver ninguna diferencia de dinero al suscrito".

2) El mismo día 22 de junio de 1.957 los señores César Augusto Kiuhan y Herman Nigrinis, el primero como vendedor y el segundo como comprador, suscribieron el siguiente memorial: "Señores Oficina de Servicio de Inteligencia Colombiano (SIC) Transportes y Tránsito y EE. PP. MM. Presente. Yo, César Augusto Kiuhan, mayor de edad, portador de la C. de C. No. 167109, de Barranquilla, a Uds. de la manera más atenta me permito llevar a su conocimiento que en la fecha he vendido al Sr. Herman Nigrinis O., también mayor de edad, portador de la C. de C. No. 2732470, de Charta (S. del S.), un vehículo de mi propiedad, cuyas características son las siguientes: Clase, automóvil; tipo, Sedán; marca, Kaiser; modelo, 1.954; motor, 217823-A; serie, 542-005275; color, marrón con marfil; capacidad, 6 ptos; placas, K.05414; servicio, particular. Este vehículo lo hube por compra que les hice a los Sres. E. Núñez V. & Cía., como consta en los documentos adjuntos".

3) Meses más tarde el señor Herman Nigrinis promovió ante la Dirección Departamental de Transportes y Tránsito de Barranquilla, una demanda de amparo, en la cual solicitó que se aprehendiera y se le entregara el automóvil marca Kaiser que el señor César Augusto Kiuhan dijo venderle. La Oficina mencionada concedió el amparo y dispuso hacer entrega del vehículo a Nigrinis, pero la Gobernación del Departamento del Atlántico, por providencia de 10 de febrero de 1.958, revocó la decisión del inferior y ordenó restituir el mismo automóvil a los señores Teófilo y César Augusto Kiuhan.

4) A fines de enero de 1.958 los señores Herman Nigrinis y Francisco Burgón, el primero como vendedor y el segundo como comprador, dirigieron un memorial al Servicio de Inteligencia Colombiano, a las Empresas Públicas Municipales y a la Dirección de Circulación y Tránsito de Barranquilla, en el cual comunican que el primero ha vendido al segundo el automóvil marca Kaiser que aquél le había comprado al señor César Augusto Kiuhan. Este traspaso fue au-

turizado y la Dirección de Transportes y Tarifas expidió con fecha 30 de enero del año citado una tarjeta de matrícula del automóvil dicho a favor del nombrado Francisco Burgón.

EL LITIGIO

En demanda promovida ante el Juez Primero Civil del Circuito de Barranquilla en el mes de marzo de 1.958, el mismo señor Francisco Burgón, obrando por medio de apoderado, solicitó que con audiencia del señor César Augusto Kiuhan se hicieran estas declaraciones.

"1. Pertenece en dominio pleno y absoluto al señor Francisco Burgón el automóvil marca 'Kaiser', modelo 1.954, motor No. 217823-A, placas Nos. K-05414, servicio particular, tipo Sedán, de seis (6) puestos.

"2. Como consecuencia de esta declaración del dominio a favor de Francisco Burgón, condénase al demandado César Augusto Kiuhan, mayor de edad y de este vecindario, a restituir, seis días después de ejecutoriada esta sentencia, en favor del señor Francisco Burgón, mayor de edad y de este vecindario, el automóvil individualizado en la primera de las declaraciones de esta sentencia.

"3. En caso que se demuestre mala fe en el poseedor, el demandado está obligado a pagar al demandante la correspondiente indemnización de perjuicios.

"4. El demandado pagará al demandante, seis días después de ejecutoriada esta sentencia, las costas del presente juicio".

Esta demanda se fundó en varios hechos que pueden resumirse así:

1º) Por documento privado de 27 de enero de 1.958, el señor Herman Nigrinis vendió a Francisco Burgón el automóvil marca Kaiser que se determina en la parte petitoria del libelo, y en el mismo instrumento se hizo constar que Nigrinis había adquirido ese vehículo por compra hecha a César Augusto Kiuhan. Este traspaso del automóvil fue autorizado por los Jefes de las Oficinas de automotores y Seccional del Servicio de Inteligencia Colombiano.

2o.) Por documento privado de 22 de junio de 1.957 el nombrado César Augusto Kiuhan vendió a Herman Nigrinis el automóvil expresado, negocio que fue también autorizado por los Jefes de las Oficinas mencionadas.

3o.) "Como el vendedor César A. Kiuhan se negara a poner en posesión material del vehículo vendido al comprador, señor Herman Nigrinis O., éste pidió amparo de propiedad a la Dirección Departamental de Transportes y Tarifas. Esta Oficina, vistos los documentos que acompañó Nigrinis, y el registro de inscripción, concedió el amparo que solicitó Nigrinis, ordenó la captura del vehículo y una vez capturado se lo entregó al señor Herman Nigrinis O. De esta providencia apelaron, por medio de apoderado los señores Teófilo Kiuhan y César Augusto Kiuhan para ante la Gobernación del Departamento. La Gobernación del Departamento, en providencia de fecha 10 de febrero de 1.958, la cual en copia debidamente autenticada adjunto a esta demanda, resolvió establecer el statu quo, revocando la providencia de la Dirección Departamental de Transportes y Tránsito y en su lugar dispuso hacer entrega del automóvil placas No. 05414, de Barranquilla, a los señores Teófilo Kiuhan y César Augusto Kiuhan. ....".

4o.) Los señores Teófilo y César Augusto Kiuhan son los actuales poseedores del automóvil y lo son de mala fe.

El demandado no contestó el libelo, pero sí propuso varias excepciones dilatorias que fueron resueltas en sentido adverso a sus pretensiones.

El primer grado del juicio concluyó con la sentencia de 15 de febrero de 1.960, en la cual se hicieron las dos primeras declaraciones pedidas en la demanda, se denegó la indemnización de perjuicios y se condenó en costas al demandado.

LA SENTENCIA ACUSADA

Apelado el fallo de primer grado y surtida la segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, con el voto disidente de uno de sus Magistrados, profirió la sentencia de 30 de septiembre de 1.960, en virtud de la cual se confirmó la recurrida y se condenó también en costas al demandado.

La motivación de este fallo recuerda los elementos constitutivos de la acción reivindicatoria y sobre el primero de ellos, o sea el dominio que alega aquí el actor, se expresa así:

"El dominio sobre el automóvil, materia de la reivindicación, que aparece debidamente individualizado en el libelo de demanda, considera el Tribunal que se encuentra probado con la tarjeta de empadronamiento expedida por la Dirección General de Tránsito del Atlántico, a favor del demandante, la que obra al folio 2 del cuaderno principal, y con la comunicación dirigida por los señores Herman Nigrinis y Francisco Burgón al Sic, Empresas Públicas Municipales y Circulación y Tránsito, por medio de la cual ponen en conocimiento de esos funcionarios que el primero vende al segundo el automóvil citado. Lo anterior se encuentra reforzado en los autos con una comunicación dirigida a los mismos funcionarios por los señores César A. Kiuhan y Herman Nigrinis, en la cual consta la venta que se le hace al segundo de los nombrados.

"Para llegar a esta conclusión la Sala ha tenido en cuenta que existen normas legales que ordenan el empadronamiento de los vehículos automotores en las oficinas de Dirección y Tránsito, previa comprobación ante ellas del dominio en cabeza de la persona que solicita la inscripción. De modo, pues, que la tarjeta de empadronamiento expedida por las autoridades encargadas del control de esa clase de vehículos, acompañada de otros documentos, conlleva la prueba suficiente sobre la propiedad de ellos".

En respaldo del anterior punto de vista el fallo transcribe los pasos pertinentes de la casación de 24 de septiembre de 1.957 (LXXXVI-2186, 115) y agrega en seguida:

"Además de la tarjeta de empadronamiento que se acompañó a la demanda, también se trajeron a los autos las comunicaciones, con las firmas debidamente autenticadas, a que nos acabamos de referir, las que patentizan, en forma clara y precisa, las ventas de César Augusto Kiuhan a Herman Nigrinis y de éste a Francisco Burgón. El dominio invocado como soporte jurídico de la acción es cuestión incontrovertible, como se ve".

La sentencia encuentra asimismo demostradas la calidad de cosa singular y la identificación del automóvil y sobre el elemento de la posesión material del demandado dice:

"La circunstancia de señalar en esta acción al demandado como poseedor material del objeto reivindicado, sin que éste la niegue en el término que tiene para contestar la demanda, es suficiente para presumirla, en obedecimiento a lo que estatuye el artículo 214 del Código de Procedimiento Civil". Transcribe este precepto y añade:

"Tal presunción tiene vigencia en el caso de autos, desde luego que el demandado, señor César Augusto Kiuhan, a quien se indicó como poseedor material del vehículo objeto de esta acción, no contestó la demanda. Sobre el particular hay jurisprudencia reiterada en la Corte Suprema de Justicia de nuestro país.

"Obra además la circunstancia de que al libelo de demanda se acompañó la copia de la Resolución No. 0050, de 10 de febrero de 1.958, por medio de la cual la Gobernación del Departamento del Atlántico ordenó la entrega del citado automóvil a los señores Teófilo y César Augusto Kiuhan, quienes, según el referido documento, eran sus tenedores y poseedores materiales antes de ser capturado por la Dirección de Circulación y Tránsito".

La sentencia acomete luego el examen de la excepción de simulación que alegó el demandado y respecto de esta materia anota que, según doctrina de la Corte, la excepción perentoria, cualquiera que sea su naturaleza, representa un verdadero contraderecho que puede hacerse valer también como acción y por tanto para que una excepción llegue a prosperar se requiere que en el proceso figuren reunidas las mismas exigencias que son necesarias para que proceda la acción correspondiente. De esta suerte, cuando se trata de las acciones de nulidad y de simulación de un contrato, es de fuerza que al debate jurídico acudan todos los contratantes a fin de poder desatar los vínculos creados por la convención, y como lo que se predica de la acción cabe igualmente respecto de la excepción, resulta que esta no es viable sino cuando en el juicio están presentes todas las personas que concurrieron a celebrar el contrato respectivo. "De modo, pues, -afirma el fallo- que en conclusión la excepción de simulación de un contrato sólo es pertinente cuando al juicio concurren como litigantes los que los suscribieron. En el caso de autos no aparecen como litigantes los señores Dr. Teófilo Kiuhan y Herman Nigrinis, razón por la cual no procede jurídicamente el reconocimiento de una excepción de simulación, como la invocada por el demandado, de un contrato que ellos celebraron, porque se violaría el principio constitucional de que nadie puede ser condenado, sin antes haber sido oído y vencido en juicio".

De otro lado y en armonía con esta tesis, la confesión del demandante Burgón carece de toda eficacia como prueba de la simulación, desde luego que éste es un tercero frente al contrato que se tilda de simulado y que del debate están ausentes las partes que lo celebraron.

Fuera de lo anterior, en el proceso figuran dos contratos, uno aparente de venta del automóvil en referencia y otro de mutuo con garantía del mismo vehículo, pero sucede que el documento en que consta este último no llegó a los autos en ninguna de las oportunidades que señala el art. 597 del C. Judicial y que, sin embargo de obrar una copia suya en otro cuaderno, no fue reconocido por su firmante Nigrinis y en consecuencia tal documento "carece de existencia legal y de proyecciones en la controversia que se desata por medio de este fallo".

Y aun admitiendo por vía de hipótesis la existencia del sobredicho contrato de mutuo concertado entre Teófilo Kiuhan y Herman Nigrinis, ocurre que por la forma de su redacción lo que de él emerge es una dación en pago sujeta a una condición resolutoria, y como no se comprobó el pago, o sea el cumplimiento de la condición, ese contrato equivale a un título de propiedad en favor de Nigrinis, título que en "lugar de desvirtuar el derecho del demandante, vendría a reforzarlo" como comprador del automóvil al mismo Nigrinis.

Estas mismas reflexiones serían pertinentes si se interpretase que la excepción propuesta por el demandado no fue la de simulación, sino la de nulidad relativa de la compraventa del automóvil al señor Nigrinis por haber sido menor el demandado Kiuhan al tiempo de celebrarse esa convención. A este respecto cabría agregar además que la venta de bienes muebles de un menor no está sometida a las formalidades que la ley señala para la enajenación de sus bienes raíces y que por tanto no habría vicio que invalidara ese contrato.

LA IMPUGNACION

La parte demandada recurrió en casación y con fundamento en la primera de las causales que establece el art. 520 del C. Judicial, formula contra la sentencia de segundo grado dos cargos, de los cuales la Corte procede y se contrae a estudiar el primero de ellos por considerarlo fundado.

Dicho cargo aparece enunciado así: "Acuso la sentencia recurrida por la primera de las causales de que trata el art. 520 del C. J., por indebida aplicación de los arts. 669, 740 a 745, 747, 754, 756, 762, 946, 950, 952 y 961 del C. C., como secuela de los errores de derecho y de hecho cometidos por el sentenciador al estimar los documentos que se determinan en el curso del cargo".

La demanda de casación reproduce los pasos de la sentencia en que se recuerdan los elementos integrantes de la acción reivindicatoria, se analizan las probanzas que los demuestran y se expresa que de autos aparecen comprobados el dominio del autor sobre el automóvil en litigio, la posesión del demandado, la calidad de cosa singular y la identificación del mismo vehículo. Luego sostiene que ese fallo incurrió en varios errores, así:

A) En un error de derecho al apreciar los documentos con los cuales se tiene por acreditado el dominio del demandante sobre el automóvil y al desestimar el mérito tanto del instrumento en que consta que ese vehículo fue dado al señor Herman Nigrinis en garantía de un préstamo de dinero como de una providencia de la Gobernación del Atlántico y de las posiciones absueltas por el propio actor.

Entre las pruebas demostrativas de la propiedad del demandante sobre el automóvil figura la tarjeta de matrícula o empadronamiento de tal vehículo expedida por la Dirección de Circulación y Tránsito de Barranquilla el 30 de enero de 1.958, pero esa tarjeta, según el recurso, no tiene el valor probatorio que se le atribuye, por estas razones:

"1a. Porque ella se expide sin previa calificación sobre el dominio de los automotores. Las autoridades de circulación y tránsito no dictan providencia alguna sobre el particular y simplemente expiden una tarjeta en la que se dice que se ha matriculado el vehículo a nombre de determinada persona.

"2a. Porque esa matrícula se hace con base en los documentos que presenta el interesado y no puede tener más valor que el que emana de esos documentos.

"3a. Porque las autoridades de circulación no tienen competencia para calificar cuestiones atinentes al dominio de los automotores.

"4a. Porque la matrícula, por sí sola, no es forma de hacer tradición del dominio de los automotores, ni amerita esa tradición".

Los empleados de circulación y tránsito tienen la función de empadronar los vehículos en nombre de determinadas personas, pero no la de calificar la propiedad de éstas sobre tales automotores y en consecuencia la tarjeta no demuestra ese dominio, sino sólo la matrícula.

Además ni esta matrícula ni la tarjeta correspondiente tienen la calidad de modo de tradición del dominio sobre los automotores. Estos son bienes corporales muebles cuya tradición se efectúa por los medios que señala el art. 754 del C. Civil y no por su empadronamiento en las oficinas de circulación y tránsito. Admitir por tanto que la tarjeta de matrícula del automóvil en litigio expedida a favor del demandante Burgón, constituye prueba del dominio de éste sobre ese vehículo, entraña un error de derecho a la luz del art. 632 del C. Judicial, que sólo reconoce mérito de plena prueba a los documentos que expiden las autoridades en ejercicio de las funciones que les son propias, pero no de funciones que no les incumben.

B). Los dos memoriales dirigidos al Servicio de Inteligencia Colombiano, a las Empresas Públicas y a la Oficina de Circulación y Tránsito y en que se les comunico primero que César Augusto Kiuhan había vendido a Herman Nigrinis y luego que éste vendió a Francisco Burgón el automóvil, se refieren, en concepto del impugnante, a la venta de ese vehículo, pero no a su tradición, y de consiguiente tales documentos no "prestan mérito jurídico" como elementos de prueba de dicha tradición. La venta es un contrato generador de obligaciones y no un modo de adquirir la propiedad, y de ahí que dar a los mentados documentos "la calidad de modo de transferir el dominio, o de prueba de la tradición, es errar jurídicamente, puesto que se atribuye la calidad de modo (tradición) al título (contrato de venta), contrariamente a lo que enseñan los artículos 1849, 1880, 740 y 745, C. C., que distinguen el uno del otro, y se da a tales documentos mérito para probar lo que no está contenido en sus estipulaciones, quebrantando, al hacerlo el art. 637, C. J., y cometiendo error de derecho en su estimación".

Como de los mismos documentos no aparece que Kiuhan le hubiera hecho tradición del automóvil a Nigrinis, es obvio que éste no llegó a ser dueño y que tampoco le pudo transferir el dominio del vehículo al señor Burgón. "No se puede -continúa expresando el recurso- sin quebrantar el mérito jurídico de los documentos en examen, afirmar que ellos tienen calidad para acreditar esa tradición. Por tal motivo el Tribunal cometió el error de derecho alegado, a consecuencia del cual quebrantó los artículos del C. Civil anteriormente citados y, además, los artículos 950 y 961 ibídem, ya que para su aplicación y, de consiguiente, para que prospere la acción reivindicatoria y la restitución de lo reivindicado al actor, se requiere la demostración de que el demandante es propietario, prueba no producida en este caso, ya que los documentos allegados al proceso con tal fin carecen de mérito jurídico al efecto".

C) En posiciones absueltas dentro de este juicio confesó el demandante Burgón que, por informes de su vendedor Nigrinis, tenía el conocimiento de que el automóvil apenas estaba ofrecido por Kiuhan al propio Nigrinis en garantía de una deuda por $5.000-oo a favor de éste y a cargo del Dr. Teófilo Kiuhan

Además, en el hecho tercero de la demanda inicial de esta litis se expresa que, como César Augusto Kiuhan se negara a poner a Nigrinis en posesión material del automóvil vendido, éste solicitó amparo de propiedad a la Dirección de Transportes y Tarifas, oficina que decretó la aprehensión y entrega del vehículo al mismo Nigrinis, pero que la Gobernación del Departamento del Atlántico revocó esa providencia y ordenó restituir ese automotor a los señores Teófilo y César Augusto Kiuhan.

"Esta confesión -dice el recurso- es plena prueba, al tenor del art. 606, C. J., de que el demandante sabía, al comprar el automóvil que reivindica, que el vendedor Nigrinis no era propietario ni poseedor del mismo, sino que le había sido ofrecido por su dueño en garantía de una deuda del Dr. Teófilo Kiuhan. Si el Tribunal hubiera estimado esta confesión y negado a los documentos examinados en el punto anterior el mérito que les atribuyó, hubiera llegado a la conclusión de que la venta contenida en el documento del folio 4, C. 1o., no era real, sino aparente o ficticia, ya que, según lo confiesa el propio actor, el contrato pasado entre Kiuhan y Nigrinis fue de garantía y no de enajenación. Al desechar esa confesión del demandante, el Tribunal quebrantó el citado art. 606 del C. J., cometiendo error de derecho, ya que ella es plena prueba de que el actor sabía que, a pesar de lo afirmado en el documento de folio 4, C. 1o., no hubo en Kiuhan intención de vender, menos de hacer tradición, la que nunca se efectuó, ni en Nigrinis intención de comprar, y aunque éste la tuviera, no bastaba para que existiera una tradición válida en el caso de autos".

En efecto, para que haya tradición válida se requiere en el tradente facultad e intención de enajenar y en el adquirente capacidad e intención de adquirir, un título traslaticio de dominio y finalmente entrega de la cosa por los medios que señala el art. 754 del C. Civil. En la ocurrencia de autos Kiuhan no tuvo intención de vender, ni hubo contrato traslaticio de dominio ni entrega del automóvil. Si se hubiera estimado la confesión del actor, la sentencia habría concluido que en tal caso no se cumplieron los requisitos anotados para que existiera una tradición válida y que por tanto Nigrinis no llegó a ser propietario del vehículo ni pudo transferir dominio alguno a Burgón, careciendo éste en consecuencia de tal elemento para poder reivindicar el automotor. "El Tribunal -afirma el recurrente- por causa de error de derecho cometido al desestimar la confesión del demandante -plena prueba al tenor del citado art. 606, C. J.-, dio por establecido en cabeza de dicho demandante el dominio del automotor, sin estarlo, violando por indebida aplicación los arts. 740, 742, 745, 747 y 752, C. C., que determinan los requisitos de la tradición, que en el presente caso no se reunían, el art. 950, C. C., según el cual la acción reivindicatoria corresponde al dueño, calidad no demostrada en Burgón, y el art. 961, mismo Código, al ordenar a Kiuhan restituir al actor el automóvil materia del litigio, a pesar de no reunirse todas las condiciones legales para la prosperidad de la acción de reivindicación".

D) Todo lo anterior se halla confirmado por la providencia de la Gobernación del Atlántico en que se revocó la orden de entrega del automóvil a Nigrinis y se ordenó restituir el vehículo a los señores Kiuhan y también por el documento en que consta que el mismo automotor fue ofrecido al nombrado Nigrinis en garantía de una deuda a su favor y en contra de Teófilo Kiuhan.

La primera de estas dos piezas corrobora que el automóvil no fue entregado materialmente por César Augusto Kiuhan a Nigrinis y que por ese motivo éste impetró su entrega de la Dirección de Transportes y Tarifas, entrega que le

fue denegada por la Gobernación con base en que se trataba del incumplimiento de un contrato y en que sobre ello no correspondía tomar decisión alguna a las autoridabes de circulación y tránsito.

"Tal era la situación el 3 de diciembre de 1.957 -afirma el recurso- al intentar su acción Nigrinis ante las autoridades de circulación y tránsito de Barranquilla y tal seguia siendo el 30 de enero de 1.958 al vender Nigrinis a Burgón dicho automóvil. Por lo tanto Nigrinis no era poseedor del mismo al venderlo a Burgón, ni lo ha sido con posterioridad, porque de lo contrario Burgón lo tendria en su poder, no necesitaría reivindicarlo y antes bien habría opuesto su calidad de poseedor, derivada de la entrega del vehiculo, a las pretensiones de los Kiuhan, en lugar de demandar a César Augusto Kiuhan (poseedor) en reivindicación del mismo vehículo.

"El Tribunal desatendió el mérito probatorio de este documento al tenor del art. 632, C. J., en cuanto acredita plenamente que no hubo tradición del vehículo que Burgón reivindica, ya que en él está la prueba de que si Kiuhan es y ha sido poseedor del mismo, es justamente porque no hizo entrega del automóvil a Nigrinis, debido a que se trataba simplente de una garantia. Por lo cual, ya que Nigrinis no acreditó posesión anterior de vehículo, la Gobernación le negó el amparo posesorio impetrado. Y si no hubo tradición de Kiuhan a Nigrinis, éste no se hizo propietario y, de consiguiente, no pudo investir de tal carácter a Burgón (art. 752, C. C.). Amén de que si Nigrinis nunca tuvo materialmente en su poder dicho automóvil, mal pod-ía hacer entrega de él al demandante Burgón".

Desconocerle al documento mencionado "el carácter de plena prueba de lo anterior, es cometer error de derecho en su estimación" y como secuela de ello incurrir en el quebranto de los textos legales que se han citado.

La segunda de las piezas mencionadas consiste en el documento en que consta que el Dr. Teófilo Kiuhan se declaró deudor de Herman Nigrinis de la suma de $3.000-00 y le dio en garantia del pago el automóvil de su hijo César Augusto Kiuhan. La sentencia desechó este instrumento por considerar que no había sido reconocido por quienes lo suscribieron y que no hacía prueba contra el demandante Burgón en su calidad de tercero. Según el recurrente, este concepto es inexacto porque "el documento en mención obró con conocimiento del señor Herman Nigrinis en las diligencias por él promovidas ante las autoridades de circulación para obtener la entrega del automóvil de que trata ese documento y no fue tachado en aquella ocasión ni redargüido de falso. Por el contrario, como acabamos de ver, la Gobernación del Departamento del Atlántico se apoyó en él para negar las pretensiones del señor Nigrinis. De ello da fe la Resolución de que se hizo alusión anteriormente. De otra parte, la confesión del demandante, también aludida, está en un todo de acuerdo con el contexto del documento en análisis".

El demandante ha pretendido hacer uso del documento en que se expresa que César Augusto Kiuhan le vendió a Nigrinis el automóvil y no hay razón para que el mismo Kiuhan, como demandado, no trate de desvirtuar ese instrumento mediante la prueba de que no hubo tal venta, prueba que consiste en el otro documento en que aparece que el vehículo sólo se quiso dar en garantia de una deuda de Teófilo Kiuhan. Este último documento si fue reconocido por el señor Nigrinis en diligencia practicada ante el juez del conocimiento el 28 de mayo de 1.958, como se lee al folio 10 vuelto del cuaderno sobre desembargo. Después de repetir que el propio Burgón sabía que el contrato real y verdadero entre Nigrinis y Kiuhan fue de garantia y no de venta, dice el recurso:

"Ampararse en los arts. 1761, 1762 y 1759, C. C., y en los arts. 597 y 639 a 645, C. J., como lo hace el Tribunal, para desechar los documentos de folio 1, cuaderno de desembargo, folio 9, cuaderno de excepciones, y olvidar la confesión del actor, es cometer error de derecho en la estimación de las piezas citadas, a consecuencia del cual violó no sólo los textos citados, el art. 606, C. J., que da mérito de plena prueba a la confesión, y el artículo 637, C. J., que da mérito a los documentos privados contra los sucesores de los otorgantes -que en esto consiste su error de derecho- sino también y consecuencialmente, por indebida aplicación, los arts. 946, 950, 952 y 961, C. C., ya que faltando el dominio de Nigrinis (tradente) no lo adquirió Burgón (accipiens), echándose por lo tanto de menos uno de los presupuestos de la acción reivindicatoria (dominio de la cosa que se reivindica en cabeza del actor), pese a lo cual el Tribunal decretó la reivindicación pedida por el demandante Burgón y ordenó la restitución del vehículo materia de dicha acción".

Sostiene por otra parte el recurso que la venta hecha por Nigrinis a Burgón lo fue de cosa ajena y que en consecuencia ese contrato no perjudica al verdadero dueño del automóvil, que lo es el demandado Kiuhan, quien jamás ha dejado de poseer este vehículo. Luego añade: "Por causa del error de derecho demostrado, el sentenciador de segunda instancia dejó de aplicar, violándolos, los arts. 752, 762 y 1871, C. C., al darle validez contra el verdadero dueño (Kiuhan) a la venta de Nigrinis a Burgón y afirmar que aquél hizo a éste tradición del vehículo objeto de esa venta, configurándose así en el actor la calidad de dueño necesaria para la prosperidad de la acción de reivindicación, al tenor del art. 950, C. C., texto que fue, como se ha dicho, quebrantado por indebida aplicación, ya que sólo el error de derecho cometido por el sentenciador, al dar valor de plena prueba del dominio alegado por el actor a los documentos de folios 2, 3 y 4 del C. principal, y desconocer el mérito de los demás documentos analizados en el cuerpo del cargo para acreditar que ese dominio lo tiene el demandado, pudo llevarlo a aplicar dicho art. 950, C. C., decretando la restitución pedida y violando igualmente con ello el art. 961, C. C.".

LA CORTE CONSIDERA:

La sentencia halló demostrados en este caso todos los elementos constitutivos de la acción reivindicatoria y decretó la restitución del automóvil por el demandado Kiuhan al demandante Burgón. Las pruebas concernientes al dominio de éste sobre dicho vehículo consisten en la tarjeta de empadronamiento y en los dos memoriales en que Kiuhan expresó en primer lugar a las autoridades de circulación y tránsito y a otras oficinas que había hecho venta del automotor al señor Nigrinis y en que éste les comunicó meses después que también tenía vendido el mismo automóvil al señor Burgón. La posesión del demandado aparece establecida, según el fallo, con la presunción resultante de no haber él contradicho la demanda en que se le atribuyó esa calidad de poseedor y con la Resolución No. 0050, de 10 de febrero de 1.958, por medio de la cual la Gobernación del Departamento dispuso restituir el vehículo a los señores Teófilo y César Augusto Kiuhan.

La sentencia tuvo además por improcedentes y no comprobada la excepción de simulación alegada por el demandado debido primero a que no cabe alegarla sino en presencia de todas las personas que intervinieron en la celebración del contrato simulado y segundo a que la confesión del demandante carece

de eficacia para demostrar la simulación por causa de ser éste un tercero y a que el documento en que consta el convenio de mutuo entre Teófilo Kiuhan y Herman Nigrinis no aparece reconocido por éste y se halla por tanto desprovisto de "existencia legal y de proyecciones" sobre esta controversia. Este último contrato, por la forma de su redacción, revela más bien una dación en pago del automóvil, o sea de un segundo título de propiedad que confirma el alegado por el actor, el cual consiste en la venta que le hizo el señor Nigrinis.

El recurso acusa el fallo de violar algunos preceptos sustanciales a causa de errores de derecho en la apreciación de varias pruebas, así: primero, por atribuir a la tarjeta de matrícula del automóvil la calidad de título demostrativo de la propiedad del demandante sobre ese automotor; segundo, por considerar que los dos memoriales en que se hizo saber a las autoridades de circulación y tránsito las ventas del automóvil de Kiuhan a Nigrinis y de éste a Burgón, son pruebas que acreditan la tradición del dominio sobre el mismo vehículo; tercero, por no haber reconocido mérito probatorio a la sentencia de la Gobernación del Atlántico y al documento en que figura el contrato de mutuo entre Teófilo Kiuhan y Herman Nigrinis y que demuestra que el automóvil sólo se quiso dar en garantía del pago; cuarto, por no admitir la confesión del demandante, Burgón como prueba de su conocimiento de que el vehículo no había sido vendido en realidad por Kiuhan a Nigrinis y de que aquél tampoco hizo tradición o entrega de ese automotor al mismo Nigrinis.

Está visto que en documento privado de 22 de junio de 1.957 el señor Teófilo Kiuhan se declaró deudor del señor Herman Nigrinis de la suma de $5.000-oo y se hizo constar que en garantía del pago Kiuhan ha dado a Nigrinis "el automóvil de propiedad de mi hijo César Augusto Kiuhan, cuyas características aparecen en los documentos de traspasos que se ha hecho (sic) a favor del Sr. Nigrinis". La firma de éste en tal documento fue reconocida por el mismo señor en diligencia que se practicó el 28 de mayo de 1.958 (C. de desembargo, fl. 10 vto.).

El mismo día 22 de junio de 1.957 el nombrado César Augusto Kiuhan, en memorial suscrito por él y por Herman Nigrinis, y dirigido al Servicio de Inteligencia Colombiano; a la Dirección de Transportes y Tránsito y a las Empresas Públicas de Barranquilla, hizo saber que había vendido al mentado Nigrinis un vehículo de su propiedad, consistente en un automóvil marca Kaiser, modelo de 1.954, con las demás características que en dicho memorial se especifican.

En el hecho tercero de la demanda incoativa de este juicio se expresa que, como el vendedor Kiuhan "se negara a poner en posesión material del vehículo vendido al comprador señor Herman Nigrinis G., éste pidió amparo de propiedad a la Dirección Departamental de Transportes y Tarifas"; que esta oficina, en vista de los documentos presentados, ordenó la detención y entrega del automóvil al señor Nigrinis, pero que por apelación de Teófilo y César Augusto Kiuhan la Gobernación del Departamento revocó esa orden de entrega y dispuso restituir el automotor a los mentados Kiuhan. Fuera de esto, en posiciones absueltas dentro de este litigio, el propio demandante Burgón confesó haber tenido conocimiento de que el automóvil no fue vendido en realidad por César Augusto Kiuhan a Nigrinis, sino dado a éste en garantía del pago de una deuda.

Por un primer aspecto las pruebas anotadas dan cuenta de que Teófilo Kiuhan se constituyó deudor de Herman Nigrinis por la cantidad de $5.000-oo, de que para asegurar el pago de esta suma de dinero el obligado dijo dar en garantía el

automóvil de su hijo César Augusto Kiuhan y de que éste, en cumplimiento de esa convención, declaró haber vendido a Nigrinis dicho vehículo. Lo cual significa que esta venta del automotor no se concertó sino con simples fines de pignoración. Con todo, según el propio demandante, el vendedor Kiuhan no hizo tradición o entrega del automóvil al comprador Nigrinis, sino que conservó su posesión. Por donde resulta, de una parte, que, por falta de esa entrega o tradición del vehículo, el señor Nigrinis no adquirió su dominio, toda vez que la venta no transfiere por sí sola la propiedad de la cosa vendida, por ser un título simplemente generador de obligaciones. Por otro lado, tampoco puede considerarse constituida una prenda sobre el mismo automotor por el referido defecto de entrega de éste al acreedor. De manera que el señor Nigrinis no llegó a adquirir la calidad de dueño ni de acreedor prendario del automóvil.

Así las cosas, el propio Nigrinis vendió este automotor al demandante Burgón, pero como no lo tenía en su poder ni era en realidad dueño de ese vehículo, no pudo hacer a este comprador entrega o tradición de tal bien. Como la compraventa, se repite, no transfiere por sí sola el dominio del objeto vendido, sino que requiere ser acompañada del modo de la tradición, y como ésta no se llevó a cabo, sucede que el comprador Burgón tampoco adquirió la propiedad del automóvil y que por ausencia de esa calidad de dueño carece de la acción reivindicatoria que en esta litis ejercita.

Considerada por un segundo aspecto la venta del automóvil de Kiuhan a Nigrinis, ocurre que, según las mismas pruebas citadas, ese contrato no se celebró sino con el propósito de otorgar una caución o garantía del pago de la deuda contraída por Teófilo Kiuhan a favor del nombrado Nigrinis. Fue, pues, un negocio fiduciario acordado con una finalidad pignoraticia distinta de la que se persigue con la compraventa. A este propósito cabe recordar que la Corte ha tenido ya la oportunidad de expresar que la compraventa celebrada con fines de simple garantía, constituye un caso perfecto de simulación relativa y sometido por tanto a las reglas de la simulación (Cas. de Sept. 30 de 1.943- LVI- 2001, 173). Siguiendo esta orientación, importa examinar si en esta ocurrencia la simulación de la venta de Kiuhan a Nigrinis es oponible al demandante Burgón como comprador del automóvil al mismo Nigrinis.

La simulación puede ser alegada como acción o como excepción. La acción se encamina a obtener la declaración de que determinado acto o contrato es simulado y a desatar los vínculos que esa convención haya creado entre las partes contratantes. Estos objetivos aparejan la necesidad de citar al juicio a todas aquellas personas que concurrieron como partes a celebrar el contrato impugnado de simulación, pues de otra manera el fallo declarativo no podría perjudicar a los ausentes y conduciría al absurdo de tener que considerar un contrato existente para unos contratantes e inexistente respecto de otros. La excepción de simulación no se propone conseguir los resultados anteriores, sino sólo enervar la acción de quien pretende la tutela de un derecho derivado de la convención simulada. Reducida a esta finalidad, se comprende que el debate a que da lugar la excepción de simulación no requiere de modo necesario la presencia en el juicio de todos los contratantes, sino que queda completo y limitado al excepcionante y a quien, como actor, busca el reconocimiento de un derecho proveniente del acto o contrato ficticio. De esta suerte, la prosperidad de la misma excepción no exige ampliar la controversia a todos los contratantes, sino comprobar la simulación y su carácter de oponible al demandante.

En el caso presente el señor Burgón confesó haber tenido conocimiento de que el automóvil en referencia apenas estaba ofrecido por César Angusto Kiuhan al señor Herman Nigrinis en garantía de la deuda contraída por Teófilo Kiuhan. Esta confesión demuestra que el demandante sabía cuales eran los vínculos jurídicos reales entre Nigrinis y el demandado Kiuhan y cómo estos señores acordaron la venta del vehículo con fines puramente pignoraticios. El conocimiento de tales relaciones impide calificar al señor Burgón como tercero de buena fe respecto de esa compraventa ficticia y hace oponible la simulación de este contrato al mismo señor Burgón, porque, como lo expresa un expositor, la scientio simulationis es incompatible con el privilegio de la inoponibilidad que protege la buena fe de los terceros. De lo cual se concluye que, habiendo tenido conocimiento el demandante Burgón de que la venta del automóvil de Kiuhan a Nigrinis era simulada y de que éste no arquirió ni podía transferirle el dominio de ese vehículo, no llegó él a ser tampoco dueño del mismo automotor y carece por tanto de legitimación para reivindicarlo del demandado.

La sentencia impugnada desechó las conclusiones expuestas por haber menospreciado el valor demostrativo de la confesión del actor y del documento en que se hizo constar la deuda de Teófilo Kiuhan a favor del señor Nigrinis y la oferta del automóvil en garantía del pago. El fallo incurrió en realidad en un error de derecho al ponderar estas pruebas y ese error lo condujo a quebrantar las normas sustantivas que cita el recurso al reconocerle al demandante derecho de dominio sobre el automóvil y acción para reivindicarlo. La sentencia debe, pues, ser infirmada para el efecto de proferir la decisión que ha de sustituirla.

Las consideraciones que se dejan expuestas son bastantes a demostrar que el demandante Burgón no adquirió ni tiene la calidad de dueño del automóvil que es objeto de esta litis, porque ni él ni su antecesor Nigrinis recibieron la tradición del vehículo, porque la venta que a éste le hizo el demandado Kiuhan fue ficticia y porque en el presente caso este contrato es oponible al propio actor. En consecuencia, la acción reivindicatoria no puede prosperar.

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 de treinta de septiembre de mil novecientos sesenta, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en este juicio ordinario de Francisco Burgón contra César Augusto Kiuhan, y en su lugar,

RESUELVE:

Primero. Se revoca la sentencia de quince de febrero de mil novecientos sesenta proferida por el Juez Primero Civil del Circuito de Barranquilla en este mismo litigio.

Segundo. Se deniegan todas las peticiones formuladas en la demanda que dio lugar a este juicio y se absuelve al demandado de los cargos que en la misma pieza se le hacen.

Tercero. Se decreta el levantamiento del secuestro del vehículo que ha sido objeto de esta litis y se ordena al secuestre hacer entrega de ese automotor al demandado César Augusto Kuhan inmediatamente después de la ejecutoria de este fallo.

Cuarto. Se condena al demandante a pagar las costas de este juicio en la primera instancia.

Quinto. Sin costas en la segunda instancia ni en el recurso de casación.

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

Arturo C. Posada.- Gustavo Fajardo Pinzón.- Julián Uribe Cadavid.- Enrique Coral Velasco.- José Hernández Arbeláez.- Enrique López de la Pava.- Ricardo Ramírez L., Secretario.

DOCUMENTO PRIVADO

Quien reconoce la firma puesta en un documento, pero desconoce su contenido, debe probar ello. En casación no proceden los cargos formulados subsidiariamente.

1. No huelga recordar que, como ya lo ha expresado la Corte (XC, 2207, 22, y 2210, 326), en casación no hay ni puede haber motivos subsidiarios o condicionales. Cada una de las causales ofrece una estructura individual y autónoma, obedece a principios y causas diferentes y sus consecuencias no son siempre comunes a todas. De aquí que ninguna de ellas esté ni pueda ser subordinada a otra u otras y que cuando en una misma demanda se formulan varias causales, deba entenderse siempre que se las alega como principales y no en forma condicional o sucesiva y que de igual modo hayan de ser estudiadas, sin otra prelación que la derivada de su orden lógico, como el que resulta principalmente determinado por la distinción entre el *error in procedendo* y el *error in judicando*

2. Reconocida por quien lo suscribe la firma puesta por él en un documento, tal reconocimiento le imprime a éste autenticidad y hace presumir la veracidad de su contenido, porque lo natural y lógico es que quien autoriza un escrito con su firma se informe antes de lo que en él se expresa. Así lo ha expuesto la Corte varias veces, con fundamento en lo prescrito por el art. 642 del C. Judicial (LX, 2032, 381; LXXIX, 2151, 687; LXXV, 2181, 139). Si el interesado juzga que no es exacto lo asentado en el recibo o que el guarismo allí consignado no corresponde a la realidad, debe rechazar ese comprobante, pues si no procede así, sino que lo acepta y suscribe, confirma con ello la verdad de su contenido. Después de reconocer su firma, no le queda otro camino que demostrar, él y no su contraparte, la inexactitud del recibo, y si no allega ninguna prueba sobre este particular, fuerza es reconocerle a ese comprobante su calidad de documento auténtico y su pleno mérito demostrativo.

Puede ser objeto de reconocimiento judicial toda firma puesta no sólo en los instrumentos que tienen la calidad de títulos de crédito, sino también en cualquier recibo, comprobante o documento privado, sea cual fuere su contenido, porque a este respecto la ley no consagra ni podría establecer ninguna limitación. Y ese reconocimiento de firma, como ya se expresó, reviste de autenticidad el documento respectivo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, mayo veintitrés de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique López de la Pava)

Ante el Juez Civil del Circuito de Ipiales el señor Ruperto Hernández demandó al señor Bolivar Burgos para que, en sentencia dictada por la vía ordinaria, se hicieran varias declaraciones, así:

A) Que entre el demandante y el demandado se constituyó una sociedad de hecho destinada a explotar el negocio del transporte de carga en un camión y que, por causa del incumplimiento del demandado, se decrete la disolución y liquidación de esa compañía y el reparto de utilidades en la proporción que corresponda a cada uno de los socios.

B) Que como consecuencia del mismo incumplimiento del contrato de sociedad, el demandado debe resarcir al actor los perjuicios causados, en la cuantía que se acredite en el juicio.

C) Que como resultado de las declaraciones anteriores, el demandado debe pagar al demandante la suma de $12.000.oo o la cantidad que en juicio se establezca, por concepto de la liquidación del patrimonio social.

D) Que debe reputarse como tal patrimonio social el valor del camión que el demandado compró a la Casa Ford y las utilidades producidas por el negocio una vez cubierto el precio de ese vehículo.

En subsidio invocó el actor estas otras declaraciones:

I) Que el demandado debe al demandante la suma de $2.250.oo por concepto de la mitad del valor del carro viejo que en pago de parte del precio del camión nuevo se dio a la Casa Ford, más los intereses de ese guarismo.

II) Que el demandado debe también al demandante el valor de todo lo producido por el camión viejo durante el lapso en que fue explotado, más los intereses de esa suma.

III) Que el demandado debe al demandante los sueldos devengados por éste durante todo el tiempo que manejó tanto el camión viejo como el nuevo, a razón de $200.oo mensuales, más los intereses legales y el saldo de la venta del medio carro viejo.

Los hechos de la demanda pueden resumirse así:

1) Ruperto Hernández era dueño de un camión marca "Ford" que él mismo manejaba y explotaba como chofer mecánico, obteniendo en ese trabajo la suma de $800.oo mensuales, libres.

2) En el mes de julio de 1.955 Hernández vendió a Bolivar Burgos la mitad del vehículo mencionado y se constituyó entre ambos una sociedad de hecho para explotar el mismo automotor; Hernández continuó manejando el carro y Burgos asumió la administración de la compañía y recibía para capitalizarlo todo lo que el camión producía.

3) El camión fue apreciado en $4.500 oo, y el demandado, para entrar en sociedad, debía cubrir la mitad de ese valor, pero es lo cierto que sólo dio $2.200.oo,

no obstante que se suscribió un documento por la cantidad de $2.500.oo que el propio demandado conserva.

4) La sociedad se formó, pues, con capitales iguales, esto es, con el aporte de la mitad del camión por parte de cada socio.

5) Como a los tres meses de constituida la sociedad y como el negocio producía utilidad, los socios convinieron en comprar a la Casa Ford, de Pasto, un camión nuevo, dando en pago el carro viejo y las ganancias producidas hasta entonces por este vehículo y debiendo cubrir el resto del precio con el producto de la explotación del nuevo automotor.

6) El demandado, obrando de mala fe, se presentó a la Casa Ford y adquirió para sí el camión nuevo en $12.700-oo, de los cuales pagó $6.500-oo, así: $4.500-oo con el carro viejo y $2.000-oo en efectivo, provenientes de las utilidades del negocio, y el resto, o sea la cantidad de $6.200-oo, debía pagarse en cuotas mensuales con lo que produjese el mismo negocio.

7) El actor Hernández se encargó del manejo del camión nuevo y redobló sus esfuerzos para obtener que éste produjera con qué acabar de cubrir su precio, pero a fines de septiembre de 1.955 el demandado Burgos lo privó de ese manejo y le manifestó que ya no tenía derecho alguno en la explotación del negocio.

8) El camión en referencia constituye el patrimonio de la sociedad por haber sido adquirido con bienes y dinero de ésta, y como tal compañía quedó extinguida por incumplimiento del demandado, ella debe ser liquidada para que aquel patrimonio se reparta por mitades entre ambos socios.

9) Si los hechos anteriores no dan base para acoger la acción principal, el demandado debe al menos pagarle al demandante la mitad de la suma en que la Casa Ford recibió el camión viejo; el saldo de la cantidad por la cual le vendió la mitad de ese vehículo, la mitad de lo producido por el mismo carro, el trabajo como chofer y los intereses correspondientes.

El demandado se opuso a las pretensiones del actor y sobre los hechos de la demanda dijo que "todos y cada uno de ellos son falsos y envuelven malicioso deseo de presentar a la justicia la existencia de hechos que no han tenido lugar". Expresó además que él efectivamente le compró a Hernández la mitad de un camión viejo y que éste lo siguió manejando, que ese carro no producía utilidades, sino gastos en reparaciones por su mal estado y por el descuido del mismo Hernández, que ambos convinieron en adquirir un camión nuevo, que dieron en pago el vehículo viejo en $4.500-oo y que Burgos se obligó a pagar el resto del precio, que fue de $14.800-oo; que Hernández no tenía en el camión nuevo sino un aporte de $2.250-oo, que el propio Hernández abandonó una vez el carro con un cargamento y exigió que se le restituyera su aporte social, el cual le fue pagado por Burgos. "Allí se acabó el negocio -dice el demandado- y si hubo sociedad se liquidó también de hecho por la exigencia de Hernández de la única cuota que había aportado".

El primer grado del litigio concluyó con la sentencia de dos de febrero de 1.960, en la cual se absolvió al demandado y se condenó en costas al actor.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Por apelación del mismo demandante se surtió la segunda instancia, a la cual puso fin el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto mediante el fallo de doce de diciembre de 1.960, por el cual se confirmó la decisión apelada y se condenó también en costas al actor.

La sentencia del Tribunal empieza por reconocer que, conforme a las pruebas que se adujeron, en realidad existió entre los contendientes una sociedad de hecho relacionada con la explotación del negocio de transportes por medio de un camión; dice que esa compañía se inició en junio de 1.955 y que en el pacto social acordaron los socios "la opción de adquirir la parte del otro, previo avalúo del automotor". Expresa también que, sin embargo, tal sociedad se disolvió y liquidó por razón de que el demandante Hernández recibió del demandado Burgos el valor de todo su aporte al negocio, La prueba de ello consiste en el recibo que por la cantidad de $2.500-oo aceptó el mismo Hernández en noviembre de 1.955 y reconoció más tarde en posiciones. Confirman la liquidación de la compañía los testimonios de los señores Marcelino Mipaz, Carlos Flórez, José Mejía y Vicente Pazos. Consecuencia de esa liquidación es que no puede prosperar la acción principal que se ejercita en la demanda.

Acerca de las súplicas subsidiarias afirma el fallo que ellas entrañan el ejercicio de la acción in rem verso y que esta acción tendría cabida si no hubiera existido sociedad de hecho, pero que como se probó la liquidación de esa compañía, tal situación excluye la prosperidad de la mentada acción.

LA IMPUGNACION

La misma parte demandante recurrió en casación y, con fundamento en la primera de las causales que establece el art. 520 del C. Judicial, formula contra la sentencia de segundo grado la siguiente censura que la Corte procede a examinar.

Cargo único.

Se hace consistir en el quebranto indirecto, por falta de aplicación, de los arts. 2083, 2094, 2095 y 2141 del C. Civil, a causa de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas.

La impugnación alega un error manifiesto de hecho, de un lado, y en subsidio un error de derecho, de otra parte.

A) El error de hecho estriba, según el recurso, en que el recibo aceptado y reconocido por Hernández no comprueba la disolución y liquidación de la sociedad de hecho, como en contrario lo afirma la sentencia. Ese documento no acredita que el demandante hubiera recibido en efectivo del socio Burgos los $2.250-oo que allí se mencionan, ni que esta cantidad correspondiera al valor total de su aporte en capital y trabajo a la sociedad, ni que con ello hubiera quedado disuelta y liquidada la compañía. El texto de ese comprobante no dice por qué causa ni con qué objeto se hizo la entrega del dinero y por tanto constituye un error manifiesto de hecho ver allí la prueba de la restitución de su aporte a Hernández y de la disolución y liquidación de la sociedad. Este error no se desvirtúa interpretando el dicho recibo a la luz de los testimonios que cita la sentencia y de las respuestas dadas por el demandante en las posicio-

nes que absolvió, porque los declarantes no vieron que fuera suscrito por Hernández, ni saben con que fin lo aceptó éste ni si hubo entrega de dinero al mismo. Basta leer esos testimonios para ver que los deponentes nada saben sobre estas circunstancias, y de las posiciones absueltas por Burgos se infiere que éste no pagó a Hernández todo su aporte en el negocio ni aun la mitad del valor del camión viejo. Concretando el cargo dice el recurso que "ni tomando el recibo separadamente, ni en asocio de la prueba testimonial y las posiciones del demandante y del demandado, aparece de él una prueba plena que acredite la liquidación voluntaria de la sociedad, con anterioridad a la iniciación del presente ordinario, y es un error de bulto concluir que el recibo sí prueba la liquidación y disolución de la sociedad, y es también otro error de la misma laya concluir lo mismo relacionando ese recibo con las demás pruebas de que venimos tratando en este cargo".

B). En subsidio del cargo anterior -expresa el recurso- esto es, en el supuesto de que no existiera el anunciado error de hecho, hay que admitir que la sentencia apreció el recibo sobredicho en desacuerdo con claras normas de derecho probatorio, cometiendo así un error de derecho que la condujo a violar en forma indirecta, por falta de aplicación, las normas sustanciales citadas.

En efecto, el recibo carece de fuerza demostrativa por no estar reconocido por quien lo suscribió y en consecuencia no puede tomarse como prueba de la liquidación de la sociedad. Para que un documento pueda tenerse por reconocido se requieren estos requisitos: primero, que contenga obligaciones a cargo de quien lo reconoce; el recibo no da cuenta de obligación alguna a cargo de Hernández ni dice que éste hubiera recibido los $2.250-oo que menciona, y en consecuencia, aunque el mismo Hernández reconoció su firma, ese comprobante nada demuestra contra él, según el art. 637 del C. Judicial. Segundo, el reconocer un documento no entraña confesar más de lo que reza el texto del mismo instrumento; el comprobante en referencia no contiene confesión de Hernández de haber recibido los expresados $ 2.250.oo ni que ello fuera por concepto de su aporte social; tener, pues, ese recibo como confesión de estas circunstancias, es cometer un error de derecho, conforme a lo prescrito por los arts. 604 y 639 del C. Judicial. Tercero, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 645 ibidem, un documento se considera reconocido cuando no es objetado por quien lo suscribe; si hay objeción, el instrumento pierde su mérito probatorio hasta que quien lo presentó compruebe su legitimidad, tanto intelectual como material. En el caso presente Hernández reconoció su firma, pero objetó el contenido del recibo, y como el reconocimiento equivale a una confesión y, ésta no puede ser dividida, hay que concluir que en realidad no se produjo ese reconocimiento del dicho recibo y que él no adquirió la calidad de documento auténtico para el efecto de probar lo que la sentencia acepta como demostrado. El actor Hernández reconoció su firma en el recibo, pero manifestó que éste no era legal, y como el demandado Burgos no estableció la legitimidad de ese documento, quiere ello decir que no es posible tomarlo como prueba de la liquidación de la sociedad y que el proceder contrario constituye un error de derecho que viola los arts. 645 y 647 del C. Judicial. Este error produjo el quebranto de las disposiciones sustantivas anotadas, por falta de aplicación.

LA CORTE CONSIDERA:

I) La sentencia admite estar comprobado que entre los litigantes existió una sociedad de hecho cuyo objeto era el negocio de transporte de carga en un

camión, y encuentra también establecido que por desacuerdo entre ambos socios el demandante Hernández exigió al demandado Burgos la devolución de su aporte social. La prueba de esta restitución del aporte consiste en el recibo que el citado Hernández aceptó el siete de noviembre de 1.955 y reconoció más tarde. Con base en este comprobante, en las posiciones absueltas por el actor y en los testimonios aducidos, el fallo consideró que la sociedad referida se disolvió y liquidó por acuerdo mutuo de los mismos socios. El impugnante estima que la sentencia incurrió en un error manifiesto de hecho al tomar el recibo aludido, ya aislado, ora en concurrencia con los otros elementos de juicio, como demostración de que a Hernández se le restituyó todo su aporte a la compañía y de que por tal causa ésta se disolvió y liquidó. Es decir, que el recurso alega que la sentencia le atribuyó al recibo un alcance o contenido que no tiene.

El fallo tomó en cuenta el comprobante que se menciona, lo relacionó con las demás pruebas demostrativas de la constitución de la sociedad, de las actividades sociales y del desarrollo del negocio, de las diferencias surgidas entre los socios, de la exigencia que Hernández hizo a Burgos sobre la devolución de su aporte, y concluyó que dicho recibo demostraba la restitución del expresado aporte y que por este motivo quedó disuelta y liquidada la compañía. La sentencia no estimó aisladamente ese documento ni de él solo dedujo la disolución y liquidación de la sociedad, sino que lo apreció en conjunto y en armonía con las otras pruebas mencionadas e incluso con la constancia que figura en el mismo comprobante de no quedarse a deber los socios ni un centavo. Esta apreciación no contradice la evidencia de los hechos que aparecen establecidos. El demandante aportó a la compañía la mitad de un vehículo que fue luego vendido en $4.500-oo; más tarde exigió a su consocio la devolución de su aporte social y recibió la suma de $2.250-oo, equivalente a la mitad del valor en que se enajenó el carro dicho. Como no se trajo prueba de que Burgos le debiera y le hubiese pagado a Hernández este dinero por ningún otro concepto, es obvio que la sentencia podía y debía concluir que la entrega del mismo dinero tuvo por objeto devolver al propio Hernández su aporte a la sociedad, tal como lo exigió. Y es también claro e incuestionable que esta restitución del aporte puso término a la compañía, desde luego que ella no podía continuar subsistiendo una vez producido el retiro de Hernández y de su interés social y que no puede haber sociedad con un solo socio. Dadas estas circunstancias no puede menos de concluirse que el fallo impugnado no le atribuyó al recibo un contenido distinto del que él y las demás pruebas revelan, que no incurrió en consecuencia en el error de hecho que le imputa la censura y que por este aspecto el cargo carece de fundamento.

II) Al abordar el análisis del cargo por el aspecto del error de derecho que alega el recurrente en forma subsidiaria, no huelga recordar que, como ya lo ha expresado la Corte (XC,-2207, 22, y 2210, 326), en casación no hay ni puede haber motivos subsidiarios o condicionales. Cada una de las causales ofrece una estructura individual y autónoma, obedece a principios y causas diferentes y sus consecuencias no son siempre comunes a todas. De aquí que ninguna de ellas esté ni pueda ser subordinada a otra u otras y que cuando en una misma demanda se formulan varias causales, deba entenderse siempre que se las alega como principales y no en forma condicional o sucesiva y que de igual modo hayan de ser estudiadas, sin otra prelación que la derivada de su orden lógico, como el que resulta principalmente determinado por la distinción entre el error in procedendo y el error in iudicando.

La sentencia tuvo el recibo mencionado como documento auténtico y demostrativo de que el actor Hernández recibió del demandado Burgos la suma de $2.250.oo como valor de su aporte o interés social. El recurrente alega que, al reconocerle mérito probatorio a ese comprobante, el fallo incurrió en un error de derecho por la razón de que, si bien Hernández confesó ser suya la firma puesta al reverso del mismo documento, declaró que éste no era legal por haber entendido que el dinero entregado no correspondía al monto total de su aporte. Sostiene además el recurso que, ante esta alegación del demandante, el recibo carece de fuerza demostrativa y que tocaba al demandado comprobar la legitimidad de ese documento.

El señor Hernández reconoció la firma que puso en ese comprobante y, como lo recuerda la sentencia, un reconocimiento tal le imprime autenticidad al respectivo documento y hace presumir la veracidad de su contenido, porque lo natural y lógico es que quien autoriza un escrito con su firma se informe antes de lo que en él se expresa. Así lo ha expuesto la Corte varias veces, con fundamento en lo prescrito por el art. 642 del C. Judicial (LX-2032, 381-LXXIX-2151, 687-LXXXV-2181, 139). Si el señor Hernández juzgó que no era exacto lo asentado en el recibo o que el guarismo allí consignado no correspondía al valor total de su aporte o interés social, ha debido rechazar ese comprobante, pero no procedió así, sino que lo aceptó y suscribió, confirmando con ello la verdad de su contenido. Después de reconocer su firma, no le quedaba al demandante otro camino que demostrar, él y no su contraparte, la inexactitud del recibo, y como no alegó ninguna prueba sobre este particular, fuerza es reconocerle a ese comprobante su calidad de documento auténtico y su pleno mérito demostrativo, tal como lo hizo la sentencia. Y a este propósito cabe observar, en consideración a otro argumento del impugnante, que puede ser objeto de reconocimiento judicial toda firma puesta no sólo en los instrumentos que tienen la calidad de título de crédito, sino también en cualquier recibo, comprobante o documento privado, sea cual fuere su contenido, porque a este respecto la ley no consagra ni podría establecer ninguna limitación. Y ese reconocimiento de firma, como se ha expresado, reviste de autenticidad al documento respectivo. Infiérese de lo dicho que la sentencia no incurrió en el error de derecho que le atribuye el impugnante y que por este otro aspecto tampoco puede prosperar el recurso.

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 doce de diciembre de mil novecientos sesenta dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en este juicio ordinario de Ruperto Hernández contra Bolívar Burgos.

Las costas del recurso son de cargo de la parte recurrente.

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

Arturo C. Posada. - Gustavo Fajardo Pinzón.- Julián Uribe Cadavid.- Enrique Coral Velasco. - José Hernández Arbeláez.- Enrique López de la Pava.- Ricardo Ramírez L., Secretario.

ERROR NUMÉRICO

La firmeza de la sentencia ejecutoriada no se suprima por el pronunciamiento del auto corrector del error numérico de que adolezca, y esta incidencia no restituye el término para interponer el recurso de casación.

El ordenamiento del artículo 483 del Código de Procedimiento Civil deja ver con claridad: 1) que después de la ejecutoria de la sentencia es corregible el error aritmético, desde luego que ello puede hacerse en cualquier tiempo por el mismo Juez, de oficio o a solicitud de parte; 2) que la estabilidad y firmeza de la sentencia ejecutoriada no se menoscaba, disminuye, y menos aún se suprime por ese causa, puesto que la incidencia se limita "al error numérico cometido"; y 3) que si la ejecutoria no se afecta, ejecutoriada la sentencia de que se trata, el recurso de casación es inadmisible.

En efecto: que al auto corrector de un yerro numérico se le haya dado igual notificación que a la sentencia, no le cambia de naturaleza jurídica, ni menos puede envolver procedimiento restitutorio del término hábil para interponer el recurso de casación. El alcance de la incidencia está reducido a lo que viene expuesto: estrictamente a corregir el error de cita cometido.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, veinticinco de mayo de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez)

Se decide sobre la admisibilidad del recurso de casación concedido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá contra la sentencia que puso fin en segunda instancia al presente juicio reivindicatorio de Luis A. Galvis contra Eduardo Tarquino.

El fallo, que es de fecha 21 de noviembre de 1.962, se declaró legalmente ejecutoriado el 28 de enero de 1.963, precisamente por no haberse interpuesto el recurso de casación.

Pero después, 26 de febrero de 1.963, la parte demandante solicitó que se corrigiera el llamado error aritmético consistente en la cita equivocada del ordinal 2o. en vez del ordinal 3o. de la sentencia de primera instancia, reformada por el Tribunal.

El proveído que corrigió este error de cita se notificó con la ritualidad de sentencia. La parte demandada interpuso entonces el recurso de casación, y el Tribunal le dió cabida ante la Corte.

En tiempo hábil ambas partes han hecho conocer sus razones: la recurrente, en pro de la admisibilidad del recurso; la opositora, en sentido contrario.

SE CONSIDERA:

Estatuye el artículo 483 del Código de Procedimiento Civil que "toda resolución judicial en que se haya incurrido en un error puramente aritmético, es corregible en cualquier tiempo por el mismo Juez que la pronunció, de oficio, o a solicitud de parte, en cuanto al error numérico cometido".

El ordenamiento deja ver con claridad: 1) que después de la ejecutoria de la sentencia es corregible el error aritmético, desde luego que ello puede hacerse en cualquier tiempo por el mismo Juez, de oficio o a solicitud de parte; 2) que la estabilidad y firmeza de la sentencia ejecutoriada no se menoscaba, disminuye, y menos aún se suprime por esa causa, puesto que la incidencia se limita "al error numérico cometido"; y 3) que si la ejecutoria no se afecta, ejecutoriada la sentencia de que se trata, el recurso de casación es inadmisible.

En efecto: Que al auto corrector de un yerro numérico se le haya dado igual notificación que a la sentencia, no le cambia de naturaleza jurídica, ni menos puede envolver procedimiento restitutorio del término hábil para interponer el recurso de casación. El alcance de la incidencia está reducido a lo que viene expuesto: estrictamente a corregir el error de cita cometido. Razón que sube de punto cuando en casos como el presente basta el cotejo simple para que salte al ojo que el fallo del Juez fue reformado en lo tocante con la condenación al pago de los frutos, materia del numeral 3º., y no del numeral 2o., según la evidencia. Lo que en rigor suprimiría la necesidad de corregir un error intrascendente.

En esa virtud la Corte declara inadmisible el recurso, y dispone que vuelvan los autos al Tribunal de su origen.

Notifíquese.

Arturo C. Posada. - Gustavo Fajardo Pinzón. - Julián Uribe Cadavid. - Enrique Coral Velasco. - Enrique López de la Pava. - José Hernández Arbeláez. - Ricardo Ramírez L., Secretario.

PERTENENCIA

Procedimientos que admite la acción. Efectos de los fallos provenientes del ejercicio de las acciones reconocidas por las Leyes 51 de 1.943 y 120 de 1.928. No puede el demandante fingir desconocimiento de la persona del demandado, o demandados, cuando escoge la vía por emplazamientos.

1. El artículo 2o. de la Ley 120 de 1.928 consagra la acción petitoria de dominio y autoriza la declaración de que un bien determinado pertenece al demandante. Del articulado de la ley se desprende que la acción puede adelantarse por medio de juicio ordinario con la persona o personas frente a quien se pretenda hacer valer la prescripción (art. 4o.) o contra todos los que se crean con algún derecho en el inmueble de que se trate (art. 7o.).

Si esto se desprende obviamente de la ley, a ella no se opone que pueda aceptarse un sistema mixto, como lo ha hecho la jurisprudencia, al admitir que por razón de economía pueda adelantarse el juicio simultáneamente frente a personas determinadas y conocidas y contra todo interesado o personas inciertas y desconocidas, lo que le dá a la sentencia, además, efecto *erga omnes*.

"Cuando se ejerce contra personas determinadas se sigue un juicio ordinario (artículo 4o.); cuando se introduce contra todo interesado, el procedimiento especial prescrito en los artículos 7o., 8o. y 9o., sin perjuicio de convertirse en ordinario en caso de oposición del Ministerio Público o de un tercero; y cuando se hace valer contra personas determinadas y contra todo interesado, un juicio ordinario, siempre, haya o nó oposición ulterior, por dirigirse contra aquéllas (artículo 4o.), y con la intervención ineludible del Ministerio Público, y los emplazamientos ordenados en los artículos 7o. y 8o. por dirigirse también contra los terceros en general (artículo 7o., inc. 1o.)" (LXXXI, 513).

La ley 51 de 1.943, consagra también en sus artículos 1o. y 2o. la acción de pertenencia, por usucapión ordinaria o extraordinaria, concretándola en favor de los comuneros de bienes raíces exclusivamente, sin distinguir si la comunidad es singular, o universal. Esta acción puede incoarse contra los demás comuneros, o contra los demás comuneros y contra terceros desconcidos que se crean con derecho sobre el bien. Y como por disposición del artículo 3o. de la Ley 51 "la acción de prescripción a que esta ley se refiere, debe deducirse en juicio ordinario, siguiendo el procedimiento establecido en la ley 120 de 1.928", es claro que las acciones dichas habrán de adelantarse siempre en juicio ordinario, observando las ritualidades previstas por los artículos 7o. y 8o. de la citada Ley 120.

2. La acción de la ley 51 de 1.943 tiene siempre efecto *erga omnes*, porque son obligatorios los emplazamientos, la citación del Ministerio Público y la inspección ocular impuesta por el artículo 4o.

Los efectos del fallo provenientes del ejercicio de la acción reconocida por la ley 120, dependen del alcance que al libelo dé el demandante; pues si la dirige contra personas ciertas, el efecto de la sentencia es relativo, alcanza a las partes del litigio solamente, según los principios generales; si comprende a todo interesado, el efecto de la sentencia es absoluto, *erga omnes*.

3. Porque repugna al ordenamiento legal fingir desconocimiento de la verdad de los hechos, lo cual sucedería si el prescribiente, sabiéndolo, pretende ignorar las personas ciertas frente a quienes debe dirigir la acción, estableció que para obtener la declaración de pertenencia, se seguirá un juicio ordinario con la persona o personas contra quienes se pretenda hacer valer la prescripción (4º.), y que sólo en defecto de personas conocidas o presupuestos interesados contra los cuales se pueda alegarla, el procedimiento será el que la ley detalladamente desarrolla (6º.). Este orden de preferencia no es arbitrario, se funda en razones de equidad y legitima por pasiva a quien presume interesada en oponerse a la acción. En relación con esta materia, puede verse lo dicho por la Corte en casación de 8 de noviembre de 1.961 (acción de pertenencia promovida por Rafael Restrepo Betancur contra María de Jesús Restrepo Betancur).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION CIVIL.-Bogotá, veintiseis de mayo de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco).

En escrito presentado por Agapito Castro Sánchez ante el Juzgado del Circuito del Guamo el día 17 de mayo de 1.954, inició acción de pertenencia, por el procedimiento de edictos, con el fin de que se lo declare dueño del inmueble que allí se relaciona.

Durante el tiempo de los emplazamientos comparecieron como opositores Victor o Victoriano Castro Sánchez, Félix, Rosa María, Tenmetilde y Ana Julia de los mismos apellidos. Su oposición la hacen depender de que "Agapito Castro Sánchez es apenas un copartícipe o comunero del lote que en compañía de sus demás hermanos de que habla la hijuela se les formó en el juicio de Paujil de Barrios ubicado en la sección de Serrezuela de esta jurisdicción y como quiera que la correspondiente entrega se hizo el 27 de septiembre de 1.926 por el Juzgado hoy a su digno cargo a Agapito Castro quien recibió el precitado lote manifestando que lo hacía en su propio nombre y en el de sus hermanos.....". Al escrito de oposición acompañaron la escritura número 222 de 26 de noviembre de 1.937, por la cual se protocolizó el juicio divisorio aludido.

Posteriormente, el 25 de julio de 1.957, el Juzgado declaró la nulidad de lo actuado, en razón de que por no haberse "fijado carteles en el lugar o paraje del inmueble objeto de la prescripción", se incurrió en falta de citación o emplazamiento en debida forma de las personas que han debido ser citadas al juicio. Esta providencia se declaró ejecutoriada por auto de 25 de febrero de 1.958.

El 12 de junio de 1.958 se presentó nueva demanda por el mismo peticionario. En ella se solicita la declaración de pertenencia de los inmuebles que se puntualizan en los apartes A), B) y C), y se invoca el procedimiento indicado en la demanda primitiva, como también se citan idénticas disposiciones legales, (Ley 120 de 1.928, artículos 2o., 3o., 4o., 5o. y 6o.; artículos 2512, 2522, 2527, 2528, 2529 y 2532 del C. C.; artículos 1o. y 2o. de la Ley 50 de 1.936; y artículo 1o. de la Ley 51 de 1.943).

En este libelo se afirma que la posesión de Agapito Castro principió en el mes de enero de 1.927; "que ha sido quieta y pacífica; que ha consistido en construir una casa de habitación y enramada, sembrar árboles frutales, en cultivar la tierra, en mantener y sostener los cercos de alambre, sin reconocimiento de dominio ajeno para nadie y manteniéndola inalterable durante todo ese tiempo y hasta la fecha"; que "ha vivido permanentemente en el inmueble denominado 'Mamoncillos', con su familia, construyó su casa de habitación y ha ejercitado dominio absoluto sobre este inmueble y los dos restantes, atrás alinderados y que son aledaños a este inmueble"; que "ha sido, por tanto, poseedor material con explotación económica de esos inmuebles, con ánimo de dueño y con fin de adquirir para sí su dominio, por más de veinte años"; que "ha poseído estos inmuebles sin violencia, clandestinidad ni ha sufrido interrupción en la posesión de los mismos, durante todo el tiempo que los ha venido ocupando".

Tramitado el juicio normalmente, terminó la primera instancia con la sentencia de 20 de mayo de 1.959, favorable en todo a las pretensiones del peticionario Agapito Castro. Los opositores apelaron y el Tribunal de Ibagué, en fallo de 5 de septiembre de 1.961, revocó el pronunciamiento del Juzgado y en su lugar reconoció "la excepción perentoria temporal de ACCION ERRADA, que se convierte en ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada".

Como argumento único de esta sentencia, de que conoce la Corte en virtud del recurso de casación interpuesto por la parte demandante, expone el Tribunal lo que a continuación se transcribe:

"La demanda, como se ha visto, se dirigió contra todo el mundo, pecando desde luego contra uno de sus presupuestos, o sea la capacidad para ser parte, porque no habiendo duda que disipar respecto de la existencia de la comunidad en que quedaron los Castros en los lotes 5 y 9, ya que la escritura 222 es prueba suficiente de ella, ha debido demandarse a los comuneros o copartícipes, o sea a los hermanos del actor relacionados en la hijuela.

"Como no se hizo así y no siendo la voluntad de las partes la reguladora del sistema procesal, sino que las leyes que fijan el juicio en cada caso son de orden público, no se puede variar, ni acomodar a casos de excepción".

LA IMPUGNACION

Cinco cargos -tres por error de derecho y dos por error manifiesto de hecho-, hace la demanda del recurso contra la sentencia del Tribunal. La Corte encuentra fundado el primer cargo y a él concreta su estudio (C. J. 538).

Dice el recurrente que el fallador violó los artículos 2o., 4o., 5o., 6o. y 7o. de la ley 120 de 1.928, lo mismo que los artículos 1o., 3o. y 7o. de la ley 51 de 1.943, por interpretación errónea, al entender que era obligación del demandante

enderezar la demanda contra personas ciertas y, concretamente, contra sus antiguos comuneros, si existen, y que la demanda estuvo mal dirigida contra personas inciertas.

"En efecto, al tenor de las dos leyes citadas, existen tres distintas acciones para los juicios de pertenencia: a) cuando la demanda se dirija contra determinada persona que ostente un título de propiedad sobre el inmueble, o la calidad de heredero del titular, o sea contra demandados ciertos; b) cuando se demanda a personas indeterminadas o inciertas, a todo el que pueda tener derechos sobre el bien, y, c) cuando se demanda a personas ciertas y a la vez a todo interesado, en forma mixta.

"..

"Las tres acciones pertenecen tanto al comunero, como a quien no lo es. Ninguna norma legal obliga a aquel, a que escoja necesariamente la primera y mucho menos cuando desconoce la comunidad, con o sin razón, con o sin títulos anteriores que acrediten tal comunidad, porque no se trata de prescribiente que deba ser poseedor de buena fe y con justo título, sino de un simple poseedor material, que lleve 20 años o mas en su posesión, haya sido o no antes tenedor, comunero, heredero o tercero extraño totalmente al inmueble.

"El Tribunal interpreta erróneamente los textos citados, al deducir la tesis que le sirvió para fundar su decisión".

LA CORTE CONSIDERA:

1o. El artículo 2o. de la Ley 120 de 1.928 consagra la acción petitoria de dominio y autoriza la declaración de que un bien determinado pertenece al demandante. Del articulado de la ley se desprende que la acción puede adelantarse por medio de juicio ordinario con la persona o personas frente a quien se pretenda hacer valer la prescripción (art. 4o.); o contra todos los que se crean con algún derecho en el inmueble de que se trate (art. 7o.).

Si esto se desprende obviamente de la ley, a ella no se opone que pueda aceptarse un sistema mixto, como lo ha hecho la jurisprudencia, al admitir que por razón de economía pueda adelantarse el juicio simultáneamente frente a personas determinadas y conocidas y contra todo interesado o personas inciertas y desconocidas, lo que le da a la sentencia, además, efecto erga omnes.

"Cuando se ejerce contra personas determinadas se sigue un juicio ordinario (artículo 4o.); cuando se introduce contra todo interesado, el procedimiento especial prescrito en los artículos 7o., 8o. y 9o., sin perjuicio de convertirse en ordinario en caso de oposición del Ministerio Público o de un tercero; y cuando se hace valer contra personas determinadas y contra todo interesado, un juicio ordinario, siempre, haya o no oposición ulterior, por dirigirse contra aquéllas (artículo 4o.), y con la intervención ineludible del Ministerio Público, y los emplazamientos ordenados en los artículos 7o. y 8o. por dirigirse también contra los terceros en general (artículo 7o. inc. 1o.)". (LXXXI, 513).

2o. La Ley 51 de 1.943, consagra también en sus artículos 1o. y 2o. la acción de pertenencia, por usucapión ordinaria o extraordinaria, concretándola en favor de los comuneros de bienes raíces exclusivamente, sin distinguir si la comunidad es singular o universal. Esta acción puede incoarse contra los demás

comuneros, o contra los demás comuneros y contra terceros desconocidos que se crean con derechos sobre el bien. Y como por disposición del artículo 3º. de la Ley 51 "la acción de prescripción a que esta ley se refiere, debe deducirse en juicio ordinario, siguiendo el procedimiento establecido en la ley 120 de 1.928", es claro que las acciones dichas habrán de adelantarse siempre en juicio ordinario, observando las ritualidades previstas por los artículos 7o. y 8o. de la citada ley 120.

3o. La acción de la ley 51 tiene siempre efecto erga omnes, porque son obligatorios los emplazamientos, la citación del Ministerio Público y la inspección ocular impuesta por el artículo 4o.

Los efectos del fallo provenientes del ejercicio de la acción reconocida por la ley 120, dependen del alcance que al libelo dé el demandante; pues si la dirige contra personas ciertas, el efecto de la sentencia es relativo, alcanza a las partes del litigio solamente, según los principios generales; si comprende a todo interesado, el efecto de la sentencia es absoluto, erga omnes.

La Corte, en sentencia de 30 de agosto de 1.960 (XCII, 137), afirmó:

"1. La Ley 120 de 1.928 (1o., 2o.) legitima activamente a quien tenga en su favor la prescripción adquisitiva de dominio para pedir declaratoria judicial de pertenencia, que por virtud de registro competente hace las veces de escritura pública según el artículo 2534 del Código Civil. En tanto que por la misma ley 120, la legitimación pasiva en causa corresponde primeramente a la persona o personas contra quienes se pretenda hacer valer la prescripción (4o.), o en defecto de personas conocidas o presuntos interesados contra los cuales se puede alegar la prescripción, al Ministerio Público, 'que será considerado como parte', además de quien como opositor y con el carácter de demandante se haya apersonado en el juicio dentro del término de los emplazamientos 'a todos los que se crean con algún derecho en el inmueble de que se trate'. (6o. y 7o.)".

4o. Porque repugna al ordenamiento legal fingir desconocimiento de la verdad de los hechos, lo cual sucedería si el prescribiente, sabiéndolo, pretende ignorar las personas ciertas frente a quienes debe dirigir la acción, estableció que para obtener la declaración de pertenencia, se seguirá un juicio ordinario con la persona o personas contra quienes se pretenda hacer valer la prescripción (4o.), y que solo en defecto de personas conocidas o presupuestos interesados contra los cuales se pueda alegarla, el procedimiento será el que la ley detalladamente desarrolla (6o.). Este orden de preferencia no es arbitrario, se funda en razones de equidad y legitima por pasiva a quien presume interesada en oponerse a la acción. "Cuando los hechos demuestran que el pretendido prescribiente se encuentra colocado en situación incompatible con la ignorancia acerca de la certeza y denominación individual de las personas contra quienes la prescripción haya consumado su efecto extintivo, no le es permitido el empleo de la vía emplazatoria general, no predicable conforme a derecho sino en "defecto de personas conocidas o presupuestos interesados contra los cuales se pueda alegar la prescripción". Ha de emplearse entonces necesariamente la vía ordinaria con citación de quienes como presupuestos interesados deben ser oídos y vencidos en juicio contradictorio; quienes por ministerio de la Constitución y la ley están vinculados al proceso declaratorio de pertenencia. De otra manera la actuación hecha queda al vacío, por ser preferidas las personas ciertas que por mandato expreso de la ley y por pasiva están llamadas a contradecir la acción. Si no las cita, el juicio queda privado de eficacia,

y el pronunciamiento sin su audiencia mal puede afectarlas y menos en despojo de la legitimación activa que tienen para demandar la nulidad integral de lo actuado a espaldas suyas (457 C. J.)" (sentencia de casación de 8 de noviembre de 1.961, aún no publicada).

Acertó el Tribunal fallador al afirmar que era obligación del demandante incoar la pretensión de pertenencia frente a personas para él conocidas, como quiera que la comunidad resultó de la hijuela que para el actor y para los opositores "Se formó en el juicio de Paujil de Barrios..... y como quiera que la correspondiente entrega se hizo el 27 de septiembre de 1.926..... a Agapito Castro quien recibió el precitado lote manifestando que lo hacía en su propio nombre y en el de sus hermanos. ....."; pero, se equivocó el Tribunal en mala apreciación de otro hecho fundamental ocurrido en el proceso: el de que los presupuestos opositores se hicieron parte en el juicio aún después de la presentación de la nueva demanda, convalidando con su presencia el procedimiento, en el que tuvieron oportunidad de ejercer sus defensas. Este error llevó al fallador a declarar la excepción de "ACCION ERRADA, que se convierte en ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada" y, por tanto, a la errónea aplicación de las normas citadas por el recurrente en el planteamiento del cargo que favorablemente se resuelve, con la consecuencia de infirmar la sentencia.

5o. El Juez de primera instancia, encontró establecida la prueba de la posesión del suelo por hechos positivos, de aquellos a que sólo da derecho el dominio, ejecutados sin consentimiento ajeno, por modo contínuo y permanente sobre los bienes relacionados en la demanda y por el lapso de veinte años, pues, el prescribiente se acogió a la ley 50 de 1.936, cuya vigencia principió el 17 de junio de ese año, sin que la demostración contraria fuese suficiente para desvirtuar los hechos afirmados por el demandante, y, por eso, la Corte, como Tribunal de instancia, confirmará la sentencia de primer grado.

RESOLUCION

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil-, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de fecha cinco (5) de septiembre de mil novecientos sesenta y uno (1.961), proferida en el juicio ordinario de Agapito Castro Sánchez contra Víctor Castro Sánchez y otros, sobre pertenencia, y, en su lugar, CONFIRMA en todas sus partes la del Juzgado Civil del Circuito del Guamo, de fecha veinte (20) de mayo de mil novecientos cincuenta y nueve (1.959).

Sin costas en el presente recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y vuelva el expediente a la oficina de origen.

Enrique Coral Velasco. - José Hernández Arbeláez. - Julián Uribe Cadavid. - Gustavo Fajardo Pinzón. - Enrique López de la Pava. - Alejandro Bernate, Conjuez. Ricardo Ramírez L., Secretario

REGISTRO DE LA DEMANDA

Momento en que las cosas trabadas en litigio vuelven al mundo del comercio sin ninguna traba legal. Elementos de la acción reivindicatoria necesarios para su prosperidad. Se ratifica la doctrina referente a que el comunero, titular de un derecho de copropiedad, no puede reivindicar para sí el cuerpo cierto, sino sólo la cuota.

1. De conformidad con los artículos 946, 947 y 950 del Código Civil, en los juicios reivindicatorios deben concurrir los siguientes elementos: cosa reivindicable; dominio del actor; posesión real por parte del demandado; e identidad entre la cosa que se demanda y la poseída por el opositor. Si falta cualquiera de estos elementos, la acción de reinvindicación no está llamada a prosperar, como lo ha sostenido la Corte en repetidas ocasiones.

2. Pronunciada y ejecutoriada la sentencia que pone fin al juicio, las cosas que estaban trabadas en la litis y que fueron objeto de la inscripción de la demanda, vuelven inmediatamente al mundo del comercio sin ninguna traba legal; y esto ocurre aun cuando no se haya cumplido materialmente y de hecho la cancelación en el registro de la inscripción de la demanda. Es que las cosas vuelven a la esfera del comercio no por virtud de la cancelación material del registro o inscripción, sino en virtud de la orden, dada en firme, por el juez competente, que mande la cancelación, o en virtud de la sentencia que pone fin al juicio.

La inscripción de la demanda, lo mismo que la del embargo de bienes, tiene una función y una razón de ser, mientras dura el juicio en que se han decretado, y no ha habido levantamiento de la medida. Pero una vez terminado definitivamente el juicio o decretada la cancelación, no hay razón jurídica alguna para considerar que continúan los bienes trabados en litigio, por el solo hecho de que el Registrador no haya verificado aún la correspondiente anotación.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, veintiseis de mayo de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Julián Uribe Cadavid).

Juicio de Genara Sánchez v. de Montaña contra José María, Alejo, Anunciación y Pastora Montaña.

- I -

ANTECEDENTES

El 17 de febrero de 1.961, por medio de apoderado, se presentó ante el Juzgado Primero del Circuito Civil de Tunja, la señora Genara Sánchez v. de

Montaña, para que mediante sentencia, en juicio ordinario contra José María, Alejo, Anunciación y Pastora Montaña, se decretara la restitución de los terrenos denominados "El ojo de Agua", "La Trampa" y "El Consumidero", ubicado en jurisdicción del Municipio de Ventaquemada, vereda de "Compromiso", por los linderos que la misma demanda expresa. Solicitó además, la restitución de los frutos naturales y civiles, y la condenación en costas. Como petición subsidiaria impetró que se la declarara dueña de los terrenos mencionados.

Los hechos básicos o fundamentales pueden resumirse así:

Eliseo Montaña se hizo dueño o propietario de los inmuebles "El Ojo de Agua", "La Trampa" y "El Consumidero" y ejerció sobre ellos actos de señor y dueño mediante su explotación económica;

Por escritura pública No. 145 de 19 de mayo de 1.958, de la notaría de Ventaquemada, vendió esos predios a sus hijos José María, Alejo, Anunciación y Pastora Montaña.

Más tarde, el dicho Eliseo Montaña demandó la nulidad del contrato de venta por falta de pago del precio; y el juez segundo del circuito civil de Tunja declaró la existencia de una donación oculta bajo la apariencia de compraventa, y declaró que era válida hasta la suma de $8.000.oo y nula en el exceso de $4.000.oo. Tal sentencia quedó ejecutoriada.

Por escritura No. 195 de 7 de septiembre de 1.959, Eliseo Montaña dijo revocar la donación declarada por el juez Segundo, y, en cláusula siguiente, declaró vender a Margarita Celis de Reyes "los derechos que le puedan corresponder" sobre los inmuebles referidos.

En el literal c) se afirma que por el hecho de la revocación de la donación, los bienes continuaron en el patrimonio de Eliseo Montaña.

Según escritura No. 274 de 31 de octubre de 1.960 de la notaría de Ventaquemada, Margarita Celis dijo vender a Genara Sánchez v. de Montaña los derechos que pudiera tener sobre las fincas que por la escritura 195 había comprado a Eliseo Montaña.

Afirma la demanda que Genara Sánchez v. de Montaña es dueña de los terrenos materia del juicio, y señala como poseedores a José María, Alejo, Anunciación y Pastora Montaña.

Admitida la demanda y surtido el correspondiente traslado, los demandados la respondieron en oportunidad; aceptan algunos hechos, niegan otros, explican y aclaran varios, y se oponen a que el Juzgado haga las declaraciones demandadas. Proponen varias excepciones perentorias sobre la base de nulidad de los títulos en que pretende fincar su dominio la parte actora, y el desconocimiento de la sentencia que declaró la existencia de la donación.

Rituado el juicio en el primer grado de instancia, el Juzgado desató la litis así:

"1o. Niéganse las peticiones principales y subsidiarias de la demanda base de esta acción. En consecuencia, absuélvese a los demandados de los cargos formulados.

"2o. Declárense nulas las escrituras Nos. 195 de fecha septiembre 7 de 1.959, otorgada por Eliseo Montaña López a favor de Margarita Celys de Reyes, pasada en la notaría del Circuito de Ventaquemada; y la No. 274 de fecha 31 de octubre de 1.960, otorgada por Margarita Celys a favor de Genara Sánchez v. de Montaña, de la misma notaría que la anterior, y ambas debidamente registradas. Por tanto cancélese su inscripción en el registro y en la notaría, para lo cual se librarán los despachos del caso con los insertos respectivos.

"3o. La cuota excedente de la donación, deberá entrar a la sucesión de Eliseo Montaña.

"4o. Condénase en las costas del juicio a la parte demandante. Oportunamente tásense por la Secretaría".

La parte actora interpuso recurso de apelación, y los autos fueron al Tribunal de Tunja en donde se dictó sentencia el 19 de octubre de 1.962.

- II -

LA SENTENCIA ACUSADA

En su oportunidad el Tribunal de Tunja hizo el siguiente pronunciamiento:

"1o. Revocar la sentencia proferida por el Juzgado 1o. civil del Circuito de Tunja el 23 de marzo del presente año y que es materia de la apelación que en este fallo se desata;

"2o. Ordenar la restitución de la tercera parte, a favor de la actora Genara Sánchez v. de Montaña de los inmuebles denominados "El Ojo de Agua", "La Trampa" y "El Consumidero", ubicados en la jurisdicción de Ventaquemada, vereda de "Compromiso", bienes éstos especificados por los linderos que se indican en la demanda, lo cual se cumplirá en el momento mismo en que se determine de acuerdo con el procedimiento legal;

"3o. Declarar no probadas las excepciones perentorias propuestas.

"4o. Ordenar el registro de esta sentencia.

"Sin costas por haber prosperado parcialmente la apelación".

Como fundamentos del fallo, el Tribunal expresa, entre otros, los siguientes:

"Como se observa del estudio del expediente, Eliseo Montaña López no logró éxito en su demanda de nulidad dirigida contra sus hijos José M. Montaña, Alejo Montaña, Anunciación Montaña y Pastora Montaña. Ya en firme esta decisión, la cual fue declarada legalmente ejecutoriada el 8 de agosto de 1.959, procedió a otorgar la escritura 195 de fecha 7 de septiembre de 1.959 a Margarita Celys de Reyes.

"De la lectura de este título, o sea el otorgado a favor de Margarita, y aun cuando se habla de una revocación de donación, en realidad lo que el vendedor vendió fué el derecho que pudiera corresponderle sobre los inmuebles a los cuales se circunscribe la presente demanda y de ello se dá cuenta expresa en la misma escritura.

"En el momento de otorgarse este título aún no se había cancelado la inscripción de la demanda; pero -se repite- ésta había llegado a su máxima pre-

clusión y el fallo que puso fin a ella estaba legalmente ejecutoriado; y bien se sabe que el juez está obligado a ordenar la cancelación de la inscripción una vez terminado el juicio por sentencia o desistimiento: (Ley 38 de 1.945, art. 2o. inciso fina.).

"Desde luego, la inscripción de una demanda hecha de acuerdo con lo ordenado en el artículo 1o. de la ley anteriormente citada pone el bien fuera del comercio.

"A su vez, la disposición contenida en el artículo 1521 del C. C., determina que hay objeto ilícito en la enajenación de bienes que se encuentran en las condiciones anotadas en el citado artículo. Cabe anotar al respecto que el dominio o propiedad de una cosa se adquiere por lo que se denomina jurídicamente modo; y la enajenación se cumple cuando hay un cambio de dueño; y este cambio se repite no se satisface con el título sino con el modo, en estricto rigor jurídico.

"En el caso de la escritura otorgada por Eliseo Montaña López observa que si bien el título lleva fecha 7 de septiembre de 1.959, el modo se efectuó el 7 de diciembre de 1.959, es decir, en una fecha posterior a la fecha de cancelación de la inscripción de la demanda.

"Así, el cambio de propiedad o "Enajenación" de que habla el artículo 1521 se efectuó cuando el bien había vuelto a la esfera del comercio.

"Se trata de una transferencia que incide sobre bienes raíces y, por consiguiente, el modo para operarse no podía ser otro que el registro del título en la correspondiente oficina de II. PP. y en el Libro que la ley para estos casos determina.

"Quien tiene a su favor una escritura de compra y venta de bienes raíces puede hacerla registrar en cualquier momento, es decir, puede poner la propiedad de esos bienes en su cabeza en el momento que le provuque. Claro que si demora en hacerlo y el vendedor no es persona honorable puede venderlo a persona distinta y ésta hace registrar la escritura antes de que el otro comprador lo haya hecho, con lo cual la propiedad que ha debido pasar al primer contratante pasa al segundo comprador.

"En este juicio, el juzgado considera que por haber muerto Eliseo Montaña López y no haberse registrado antes de su muerte la escritura Nº. 195 hecha a favor de Margarita Celys de Reyes quedó sin valor ésta."

"El Tribunal no comparte tal tesis porque los herederos son continuadores de la persona del difunto desde el punto de vista jurídico, y si bien la sucesión por causa de muerte es un modo, esto no implica que el registro que se haga de una escritura de compra y venta de inmuebles con posterioridad a la muerte de quien vende impida la radicación de esos bienes en cabeza de quien los compró. Lo que sucede es que si esos herederos venden el mismo bien vendido por el causante y la escritura otorgada por éste no se lleva al registro antes de que se registre la otorgada por los herederos se presenta el mismo fenómeno anteriormente anotado.

"En el presente caso, si bien es cierto que Eliseo Montaña López otorgó escritura de venta a favor de Margarita Celys de Reyes cuando aún no se había cancelado la inscripción de la demanda también lo es que tal contrato se efec-

tuó cuando ya estaba en firme la sentencia a la cual nos hemos referido, sentencia ésta en donde se declaró la validez de una donación hecha por el citado Eliseo Montaña a favor de José M., Alejo, Anunciación y Pastora Montaña. Tal donación fue reducida a las dos terceras partes de los bienes objeto de esta demanda, denominados "El Ojo de Agua", "La Trampa" y "El Consumidero".

"Así, la otra tercera parte seguía radicada en cabeza de Eliseo Montaña. Podía, por consiguiente, disponer de ella; y así lo hizo al otorgar la escritura No. 195, de fecha 7 de septiembre de 1.959, a favor de Margarita Celys de Reyes, la cual -como ya se dijo- hizo escritura de los mismos bienes y haciendo referencia a la misma sentencia, a Genara Sánchez v. de Montaña quien, aparece como esposa de Eliseo Montaña".

Y más adelante agrega la sentencia:

"La cuestión debatida ahora no puede concluir en un desconocimiento de lo que ya la justicia falló y menos puede desconocerse un criterio de equidad toda vez que la litis se desarrolló dentro del mismo núcleo familiar. Según la mencionada sentencia, proferida por el juzgado segundo civil del circuito de Tunja el 19 de junio de 1.959 los bienes fueron avaluados en la cantidad de doce mil pesos ($12.000.oo) y se declaró con relación a éstos una donación a José María, Alejo, Anunciación y Pastora Montaña por la cantidad de ocho mil pesos ($8.000.oo) o sea un reconocimiento del valor de las dos terceras partes de las tres fincas denominadas "El Ojo de Agua", "La Trampa" y "El Consumidero" de ubicación y linderos ya determinados. Y la otra tercera parte que quedó radicada en cabeza de Eliseo Montaña y luego fué transferida a Margarita Celys de Reyes y posteriormente a la ahora demandante Genara Sánchez v. de Montaña es la cuota que realmente puede ser objeto de la reivindicación planteada. Entonces qué sucede si la parte demandante ha solicitado la reivindicación de los tres inmuebles cuando en verdadno tiene derecho sino a una tercera parte de los mismos? Sencillamente que a quien pide más de lo que tiene derecho debe reconocerse apenas la porción que le corresponde".

No satisfecha la parte demandada con la decisión del Tribunal, presentó recurso de casación. Ha llegado la oportunidad legal para resolver sobre los motivos de la impugnación, y a ello se procede.

- III -

LA DEMANDA DE CASACION

"Acuso dicha sentencia -dice el recurrente- por los siguientes motivos o causales:

"Primera. Ser violatorira de la ley sustantiva por infracción directa de la misma, o por aplicación indebida o por interpretación errónea y por haber incurrido el Tribunal al proferirla en errores de hecho y de derecho que aparecen de modo manifiesto en los autos.

"Segunda. Ser incongruente la sentencia o no estar ella en consonancia con la demanda y con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

"Ello equivale a decir, que invoco la primera en sus varios aspectos y la segunda de las causales establecidas por el artículo 520 del Código Judicial".

El orden lógico indica que en el estudio y decisión ha de procederse primeramente en orden a la causal segunda invocada como motivo de infirmación de la sentencia.

Primer cargo. *(Ultimo de la demanda)*

"La segunda casas (sic) de casación, incongruencia entre la parte resolutiva y la demanda; se pone de manifiesto, al comparar esos extremos del juicio. Se impetra la restitución de varios lotes delimitados, por linderos y nombres, y solo se decreta, una cuota de ellos como si se tratara de una comunidad".

Para sustentar esta causal, el recurrente transcribe parte de la primera súplica de la demanda, lo mismo que la declaración hecha por el Tribunal, bajo el numeral segundo de la sentencia.

Estos apartes tienen el siguiente contenido:

"1o. Que se restituyan dentro del tercer día siguiente a la ejecutoria de la sentencia, por los demandados, a mi representada Genara Sánchez v. de Montaña los terrenos denominados "El Ojo de Agua", "La Trampa" y "El Consumidero", ubicados en jurisdicción de Ventaquemada", vereda de "Compromiso", alinderados.....".

El ordinal 2o. de la parte dispositiva de la sentencia dice:

"Ordenar la restitución de la tercera parte, a favor de la actora Genara Sánchez v. de Montaña, de los inmuebles denominados "El Ojo de Agua", "La Trampa" y "El Consumidero", ubicados en jurisdicción de Ventaquemada, vereda de "Compromiso".

Después de las transcripciones anteriores el recurrente afirma que "La incongruencia, pues, resalta a la vista". Cita los artículos 470 y 471 del Código Judicial, y trae a colación las sentencias de la Corte en Sala de Negocios Generales (T. 72, pág. 844, fecha 16 de agosto de 1.947; T. 65, página 517 de 4 de febrero de 1.949, y T. 65 pág. 251 de 18 de mayo de 1.949), sobre la pauta que debe seguir el juez para dar la decisión de la controversia. Y concluye, en armonía con tales sentencias de la Corte, que el Tribunal falló "ultra petitum". (sic).

SE CONSIDERA:

El Tribunal ordenó la restitución de la tercera parte de los lotes de terreno materia u objeto de la demanda, porque -según se afirma en dicha providencia- "..... Y la otra tercera parte que quedó radicada en cabeza de Eliseo Montaña ..... es la cuota que realmente puede ser objeto de la reivindicación planteada". Y agrega: "Entonces qué sucede si la parte demandante ha solicitado la reivindicación de los tres inmuebles cuando en verdad no tiene derecho sino a una tercera parte de los mismos?. Sencillamente que a quien pide más de lo que tiene derecho debe reconocérsele apenas la porción que le corresponde".

En efecto, la actora Sánchez v. de Montaña instauró demanda de reivindicación en la cual el petitum consistió en la totalidad de los tres lotes de terreno denominados "El Ojo de Agua", "La Trampa", y "El Consumidero", identificándolos y determinándolos por su ubicación y linderos precisos, como cuerpos ciertos. El Tribunal en el estudio de fondo del negocio encontró que la deman-

dante no había demostrado la propiedad o dominio sobre todo el objeto de la demanda, sino sobre una porción indivisa, es decir sobre una cuota de comunidad, radicada sobre los mismos inmuebles materia de la acción de dominio, y en relación con esa cuota o parte de comunidad dictó la sentencia que es materia de la censura, ordenando su restitución.

Al obrar de la manera apuntada erró el Tribunal, porque cambió el objeto de la pretensión, y dispuso o decidió en relación con lo que no estaba sub-judice. El objeto del litigio era la totalidad, como cuerpos ciertos, de los lotes denominados "El Ojo de Agua", "La Trampa", y "El Consumidero", y sobre ese objeto se trabó el debate entre demandante y demandados; pero no fué sobre ello en lo que recayó la sentencia, la cual, al encontrar que la titularidad de la actora sólo abarcaba una tercera parte de los fundos demandados, acogió la acción reivindicatoria en relación con aquella cuota; sin parar mientes en que al hacerlo así variaba sustancialmente la materia del litigio. En este caso el Tribunal no podía reconocer a la demandante el dominio sobre una cuota o porción alicuota de los terrenos, porque ello no había sido lo demandado, no era lo pedido, ya que se le había solicitado declaración de dominio sobre cuerpo cierto y no sobre cuota determinada de ese cuerpo cierto.

Por eso dijo la Corte, al tratar sobre esta materia:

"Se justifica la negativa del sentenciador a la reivindicación impetrada, porque dirigida ésta a obtener la restitución, en su singularidad corporal, de un predio determinado por sus linderos, era indispensable que se acreditase la exclusiva propiedad del sujeto activo de la acción sobre el entero o unidad reclamada, sin que sirviese al efecto la titularidad del condominio, sólo apta para reivindicar la cuota respectiva como bien jurídicamente distinto del cuerpo cierto en que la misma cuota radica". (Cas. de 20 de marzo de 1.961, G. J. XCV, 2238, 100 y s.s.).

Y en otra oportunidad esta misma Corte había considerado que "El derecho de copropiedad está tutelado por la acción reivindicatoria (art. 949 ib.), pero es axiomático que no puede desplazarse a resguardar el derecho de propiedad exclusiva que sobre la cosa indivisa llegue a concretar un cuerpo cierto un comunero. Según la titulación aducida, el demandante tiene un derecho de condominio, pero no un derecho de dominio, sobre el fundo ..... El dominio es un derecho exclusivo, enseña la doctrina con apoyo en la plenitud de poderes que el artículo 669 confiere a su titular; al paso que aquél es un derecho no exclusivo, porque sobre el bien común convergen facultades de la misma clase en cabeza de distintos sujetos.

"De aquí que la acción de salvaguardiar el derecho de dominio se encamine a recuperar la cosa en su totalidad, como especie o cuerpo cierto, en razón del contenido pleno del derecho, en tanto que la que protege el de condominio se dirija a recuperar la posesión de la cuota en que consiste, en razón de los poderes parciales que lo conforman, de manera que puede ejercerlos sobre la cosa común, con los demás propietarios". (Cas. de 26 de mayo de 1.954, LXXVII, 2141, 598 y s. s.).

Se equivocó, pues, la parte actora al demandar la reivindicación de cuerpo cierto, cuando sus títulos de propiedad no la hacían titular de la totalidad de dicho cuerpo cierto, sino de una cuota indivisa. Y se equivocó el Tribunal al reconocer y declarar el dominio sobre la cuota de tercera parte, y, por consi-

guiente, al decretar la restitución de dicha cuota indivisa, cuando ese no era el objeto del petitum de la demanda.

Y como hay una verdadera inconsonancia entre lo decidido por el Tribunal y las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, resulta demostrada la segunda causal de casación, y la Corte debe decidirlo así.

No es necesario, por haber de prosperar el motivo de impugnación anterior, entrar en el estudio de los demás propuestos.

Ni es menester relacionar nuevamente los antecedentes del litigio entre Genara Sánchez v. de Montaña, como actora, y José María, Alejo, Anunciación y Pastora Montaña, como demandados, porque ya lo fueron en la primera parte de esta providencia. Corresponde, sí, examinar la sentencia de primer grado, para los efectos de la apelación interpuesta por la parte actora.

De conformidad con los artículos 946, 947 y 950 del Código Civil, en los juicios reivindicatorios, como el de que aquí se trata, deben concurrir los siguientes elementos: cosa reivindicable; dominio del actor, posesión real por parte del demandado; e identidad entre la cosa que se demanda y la poseída por el opositor. Si falta cualquiera de estos elementos, la acción de reivindicación no está llamada a prosperar, como lo ha sostenido la Corte en repetidas ocasiones.

En este proceso no está demostrado el dominio de la parte demandante sobre el objeto de la demanda, como ya se ha dicho en las consideraciones anteriores.

En efecto: Genara Sánchez v. de Montaña demandó la reivindicación de los inmuebles denominados "El Ojo de Agua", "La Trampa", y "El Consumidero", como cuerpos ciertos; y para justificar su dominio sobre ellos adujo las escrituras números 195 de 7 de septiembre de 1.959, de la notaría de Ventaquemada, por medio de la cual Eliseo Montaña vendió a Margarita Celys de Reyes "los derechos que le puedan corresponder sobre los lotes "El Ojo de Agua", "La Trampa" y "El Consumidero", por los linderos que se expresan en dicha escritura. Adujo también la escritura No. 274 de 31 de octubre de 1.960, de la notaría indicada, por medio de la cual la señora Celys le transfirió "El derecho de dominio y posesión que le fue transferido a la actual vendedora por Eliseo Montaña, sobre tres (3) lotes de terreno, denominados "El Ojo de Agua", "La Trampa" y "El Consumidero".

Pero los derechos que Eliseo Montaña podía transmitir, y transmitió a Margarita Celys de Reyes, y que ésta a su vez traspasó a la demandante, no constituían la totalidad de los inmuebles mencionados, sino aquellos derechos que le habían sido reconocidos en virtud de la sentencia dictada por el Juez Segundo Civil del Circuito de Tunja, con fecha 19 de junio de 1.959, por la cual declaró la existencia de la donación en favor de José María, Alejo, Anunciación y Pastora Montaña, y nula la antedicha donación, en el exceso de ocho mil pesos. Es decir, que Genara Sánchez, como su antecesora Margarita Celys, solo adquirió de Eliseo Montaña la tercera parte de los lotes de terreno, y solamente por esa cuota indivisa podía demandar, ya que su titularidad no la autorizaba para más. Y como así no lo hizo su acción no está llamada a prosperar, y habrá de confirmarse la primera de las declaraciones de la sentencia de primera instancia.

Sobre este particular dijo la Corte: "Porque cuando el demandante no tiene el derecho para cuya efectividad pide la tutela del Estado, tampoco tiene la acción. El condómino no tiene acción para hacerse reconocer como propietario exclusivo de una cosa, ni para pedir, consecuencialmente, para sí, la restitución de esa cosa, salvo en los casos en que se haya consumado la usucapión en favor del condómino (Ley 51 de 1.943, art. 1o.). No tiene acción sino para que le sea reconocido el derecho que tiene: la copropiedad, o sea, la cuota indivisa en el bien común, y para que la cuota le sea restituida. Pero carece de acción para hacerse reconocer como titular de lo que no tiene, la propiedad, y para hacerse restituir la cosa, es decir, en su integridad córporea. De esta suerte, al demandar para sí la declaración de propiedad exclusiva, que es lo que no tiene, y la entrega del inmueble como efecto necesario de la declaración, no es que se pida mal o en forma indebida, sino que se pide en ejercicio de lo que no se tiene, esto es, la titularidad del derecho de dominio exclusivo, titularidad que es el principal elemento de la acción, o sea la legitimación en la causa, de los actores, en este caso". (LXXIX, 2151, pág. 807 a 813).

Pero si ha de confirmarse la resolución dada por el fallador de la primera instancia, en cuanto absuelve a los demandados de los cargos de la demanda, no ocurre igual cosa en relación con las declaraciones sobre nulidad de las escrituras No. 195 de 7 de septiembre de 1.959, y 274 de 31 de octubre de 1.960, ambas de la notaría de Ventaquemada, títulos que demuestran que a Genaro Sánchez v. de Montaña se transmitió una cuota de tercera parte en los inmuebles que tales escrituras relacionan. Ni habrá de confirmarse la declaración de dominio que la misma sentencia hace en favor de la sucesión de Eliseo Montaña. Todo ello por varias razones, entre otras:

No es cierto que las escrituras antes referidas estén viciadas de nulidad por objeto ilícito, de acuerdo con el artículo 1521/3o. del C. C.. En efecto, si se estudian cuidadosamente las piezas que integran este proceso, se encuentra que, al otorgarse la escritura No. 195 citada, el objeto de la enajenación no estaba ya fuera del comercio, pues que la sentencia que puso fin al juicio entre Eliseo Montaña y sus hijos José María Montaña y otros, sobre resolución de un contrato, a sea la sentencia de 19 de junio 1.959, ya se había ejecutoriado, lo que quiere decir que el objeto litigioso ya había dejado de serlo y, por consiguiente había salido del ámbito del artículo 1521 del C. C.

Pronunciada y ejecutoriada la sentencia que pone fin al juicio, las cosas que estaban trabadas en la litis y que fueron objeto de la inscripción de la demanda, vuelven inmediatamente al mundo del comercio sin ninguna traba legal; y esto ocurre aun cuando no se haya cumplido materialmente y de hecho la cancelación en el registro de la inscripción de la demanda. Es que las cosas vuelven a la esfera del comercio no por virtud de la cancelación material del registro o inscripción, sino en virtud de la orden, dada en firme, por el Juez competente, que mande la cancelación, o en virtud de la sentencia que pone fin al juicio.

La inscripción de la demanda, lo mismo que la del embargo de bienes, tiene una función y una razón de ser, mientras dura el juicio en que se han decretado, y no ha habido levantamiento de la medida. Pero una vez terminado definitivamente el juicio, o decretada la cancelación, no hay razón jurídica alguna para considerar que continúan los bienes trabados en litigio, por el solo hecho de que el Registrador no haya verificado aún la correspondiente anotación.

Y por lo que hace a la escritura No. 274 de 31 de octubre de 1.960, no puede considerarse que esté afectada de ningún vicio, y menos del de ilicitud en el objeto, pues no hay prueba alguna que lo denote.

El juzgador de la primera instancia, con omisión de las normas civiles sustanciales y de procedimiento, declaró ser de propiedad de la sucesión de Eliseo Montaña "La cuota excedente de la donación"; y al hacer esta declaración falló extra petita por cuanto decidió sobre un punto ajeno a la controversia planteada. En efecto: en la demanda inicial la actora pide para sí la declaratoria de dominio y la restitución. Los demandados no hacen petición alguna para la sucesión de Eliseo Montaña; no instauran demanda de mutua petición en orden a obtener esa declaración judicial, y se limitan a enfrentarse a la parte actora en orden a infirmar los títulos de dominio presentados por ella.

Al morir Eliseo Montaña ya estaba perfeccionado el contrato a que hace referencia la escritura No. 195 de 7 de septiembre de 1.959, y sólo faltaba el registro o inscripción de ese instrumento para verificarse la tradición de los derechos vendidos, es decir que ya existían obligaciones y derechos constituídos por medio de ese título escriturario; y al fallecer Eliseo, sus derechos y sus obligaciones emanados de tal contrato pasaron a sus herederos, como continuadores de su persona, y, por consiguiente, con la obligación de obtener el registro de la mencionada escritura 195, a fin de verificar la tradición.

Por tanto no puede afirmarse que el fallecimiento del vendedor Montaña haya dejado sin efecto el contrato contenido en la escritura 195, y que el objeto de ese contrato, o sea la cuota excedente de la donación, haya permanecido en el patrimonio de Eliseo y se haya radicado, a su muerte, en cabeza de la sucesión de éste, pues otorgada la escritura y verificándose el registro, aun cuando éste haya tenido lugar con posterioridad al fallecimiento del vendedor, el objeto del contrato de compraventa se radicó definitivamente en el patrimonio de la parte compradora, que en el caso presente lo fué la señora Margarita Celys de Reyes, y que por virtud de la escritura 274 pasó al patrimonio de la demandante Genara Sánchez v. de Montaña.

RESOLUCION:

En mérito de lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de fecha diez y nueve (19) de octubre de mil novecientos sesenta y dos (1.962), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, y como Tribunal de instancia,

RESUELVE:

a) Confírmanse las declaraciones distinguidas por los ordinales 1o. y 4o. de la parte resolutiva de la sentencia de fecha veintitrés (23) de marzo de mil novecientos-sesenta y dos (1.962), proferida en este juicio, por el Juez Primero Civil del Circuito de Tunja.

b) Revócanse las declaraciones distinguidas con los ordinales 2o. y 3o. de la parte resolutiva de la sentencia antes mencionada.

c) Condénase en costas de la segunda instancia.

d) Sin costas en el recurso extraordinario.

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

Arturo C. Posada. - Gustavo Fajardo Pinzón. - Enrique López de la Pava.- Enrique Coral Velasco.- José Hernández Arbeláez. Julián Uribe Cadavid- Ricardo Ramírez L., Secretario.

ABUSO DEL DERECHO

Afianzamiento de la doctrina actual sobre la teoría al respecto. Secuestre. Una es la relación entre éste y las partes, y otra aquella que nace del ejercicio del derecho de denunciar bienes, entre quien lo ejercita y el tercero propietario del bien denunciado.

1. Unas son las obligaciones del secuestre, como tal, respecto a la guarda de la cosa litigiosa, pertenezca ésta al demandado o a otro. El artículo 296 del C. J. le ordena rendir cuentas comprobadas sobre el desempeño de su cargo, cuando se lo pida cualquiera de los interesados y el Juez de la causa juzgue conveniente exigírselas, y sus obligaciones se hallan determinadas en el Capítulo III, Título 31, Libro Cuarto del Código Civil y Título 5o., Libro Segundo del Código Judicial.

Pero esta posición no afecta la responsabilidad concerniente al abuso del derecho de denunciar bienes, ya porque se ejercite con exceso, ora porque llegue a afectar cosas ajenas. Una es la relación entre secuestre y partes, y otra aquella que nace del ejercicio del derecho de denunciar bienes, entre quien lo ejercita y el tercero propietario del bien denunciado. Esta responsabilidad cae en el ámbito del artículo 2341, según el cual quien con su culpa ocasiona perjuicio a otro, debe repararlo.

2. No es controvertible el derecho de denunciar bienes para el pago; se trata de una protección lógica del derecho de crédito que no ha sido satisfecho en oportunidad. Pero, su ejercicio puede desviarse comprendiendo más bienes de los necesarios para el pago o haberes pertenecientes a terceros. La jurisprudencia de la Corte ha reconocido desde el año de 1.899 -cuando aún no se había estructurado la teoría del abuso de los derechos- y con constante uniformidad, el carácter esencial en todo derecho, de no extremar su ejercicio hasta el punto de causar daño a terceros (V., entre otras, la casación de marzo 7 de 1.944, que cita aquel fallo de 1.899 y menciona numerosas sentencias) (LVII, 2006, 76).

De los diferentes criterios a que ha recurrido la doctrina en diversos países y las legislaciones más modernas, para saber si en un caso concreto se abusa o no del derecho, se ha contemplado ante todo el técnico, con base en la noción de culpa que va desde la mera imprudencia o descuido hasta el dolo. Y con este compás ha juzgado crecido número de casos de abuso del derecho sin circunscribir su criterio a la culpa grave únicamente, como pretende el segundo cargo de la impugnación (V., entre otras, las sentencias de octubre 30 de 1.935, XLIII, 1907-1908, 313; agosto 5 de 1.937, XLV, 1927, 421; febrero 21 de 1.938, XLVI, 1932, 58; abril 9 de 1.942, LIII, 1984-1985, 303; octubre 23 de 1.942, LIV Bis, 207).

La doctrina actual sobre esta teoría, se afianza, de un lado, en la larga jurisprudencia, siempre preocupada por responder a los avances del Derecho moderno, y de otro, a partir de 1.936, en la disposición del artículo 21 de la Ley 200 de este año, que consagra, con otras teorías importantes, la de abuso de los derechos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, veintisiete de Mayo de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco).

ANTECEDENTES

1o. La demandante Ligia Aguirre vda. de Marín expuso en libelo de 14 de enero de 1.960: que siendo propietaria de un camión marca Ford, con capacidad de cuatro y media toneladas, modelo 1.952 y demás especificaciones, por compra que de él hizo a Reinaldo Correa, lo afilió a la sociedad "Posada Tobón" de Cali, con destino al transporte de bebidas gaseosas; el vehículo se hallaba en "perfecto estado de conservación" y producía a la actora una renta mensual de $ 2.400,oo; el Juez 5o. Civil Municipal de Cali a petición de Carlos Humberto Guevara decretó, con fecha 8 de julio de 1.959, el embargo y secuestro preventivos de dicho automotor, en diligencias dirigidas contra Reinaldo Correa, señalado como dueño de él por el solicitante, automotor que fue denunciado para el pago en el respectivo juicio ejecutivo; el secuestre José Otoniel González Caicedo, explotó el camión del 15 de julio de 1.959 al 2 de diciembre de 1.960, fecha en que fue decretado el desembargo y levantado el secuestro, medida a la que, además, se opusieron Carlos Humberto Guevara y el tercerista Juan de Dios del mismo apellido, en los diferentes recursos e incidentes a que dieron lugar aquellas diligencias, en las cuales se demostró hasta la saciedad que el vehículo pertenecía y pertenece a la actora.

Termina afirmando que los daños causados al vehículo ascienden a $15.000.oo y los perjuicios ocasionados por el secuestro a su propietaria, la suma de $47.600.oo, a razón de $2.800,oo que a ella le producía mensualmente.

Con apoyo en estos hechos pidió las siguientes declaraciones:

"1o. Que los señores Juan de Dios Guevara y Carlos Humberto Guevara están obligados a reconocer y pagar a mi poderdante el valor de $47.600.oo m/cte. por concepto de perjuicios, ya que, mi poderdante dejó de percibir esta suma durante el lapso de 17 meses como quedó explicado atrás. El daño emergente y el lucro cesante tiene plena vigencia en esta acción como se demostrará en su debida oportunidad;

"2o. Los demandados Juan de Dios Guevara y Carlos Humberto Guevara deben reconocer y pagar el valor de QUINCE MIL PESOS ($15.000.oo) m/cte., valor a que ascienden los daños causados y que son materia de esta acción;

"3o. Que los demandados Juan de Dios Guevara y Carlos Humberto Guevara deben pagar los intereses legales por el monto de la suma a que ascienden los daños y perjuicios, o sea por valor de $62.600.oo m/cte. a la rata legal;

"4o. Condénese a los demandados a pagar a la demandante las costas y costos del presente juicio".

2o. Se opusieron los demandados y cerró la primera instancia la sentencia del Juez 4o. Civil del Circuito de Cali, en la cual resolvió:

"1o. Declárase no probadas las excepciones perentorias propuestas.

"2o. Condénase a los señores Juan de Dios Guevara y Carlos Humberto Guevara a reconocer y pagar a la señora Ligia Aguirre viuda de Marin los perjuicios ocasionados por el secuestro del camión Ford, No. F6-R2EG-17330 en la acción ejecutiva y tercería adelantadas por los señores Guevara contra Reinaldo Correa en el juzgado 5o. Civil Municipal, perjuicios por lucro cesante, los cuales habrán de determinarse mediante el procedimiento señalado en el art. 553 del código judicial.

"3o. Absuélvese a los demandados al pago de la obligación señalada en el numeral 2o. del libelo de la demanda.

"4o. No se accede a hacer la declaratoria a que alude el punto tercero de la demanda.

"5o. Condénase en costas a los demandados".

3o. Apelado este fallo por la parte demandada, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali lo confirmó por medio de providencia de 19 de noviembre de 1.962, contra la cual la misma parte interpuso recurso de casación, el cual fue fundado oportunamente, sin réplica por parte del opositor.

La Corte procede a decidir.

LA SENTENCIA RECURRIDA

4o. Considera el fallo que los demandados Guevara, ejecutante y tercerista en el juicio seguido contra Reinaldo Correa, en el cual fue denunciado como de pertenencia de éste el vehículo automotor de que se trata, son responsables de los perjuicios causados con motivo del secuestro del bien y de su persistente actitud en sostener esta medida ante las autoridades. En una palabra, la sentencia halla culpables de abuso del derecho a los Guevara, por haber denunciado un bien ajeno imprudentemente, y sobre todo por la conducta observada dentro del juicio, dirigida a que se mantuviese el secuestro, ya con pleno conocimiento de que habían llevado a la traba ejecutiva un vehículo perteneciente a persona distinta del ejecutado.

LA ACUSACION

5o. Consiste en tres cargos, con fundamento en la causal primera de casación.

Se acusa la sentencia en el primero, por aplicación indebida del artículo 2341 del C. C. e infracción directa de los artículos 2247, 2252, 2253 y 2280 ib. y 287 y 288 del C. J.; en el segundo, por aplicación indebida de los artículos 2341 y 2356 del C. C.; y en el tercero, a través de errores de hecho en el examen de las pruebas, por quebranto del mismo artículo 2341.

La violación alegada en el primer cargo, resulta, para el recurrente, de que en el presente caso se trata de las obligaciones del secuestre dentro del juicio, y no de la responsabilidad de las partes frente a terceros, no respecto de terceros.

El segundo cargo trata de la teoría del abuso del derecho de litigar, el cual está caracterizado por la intención de causar daño, en concepto de la impugnación, y niega, en consecuencia, que la conducta de los Guevara, tocante al denuncio del automotor como del dominio de Rosendo Correa -ejecutado- y la insistencia en mantener el secuestro a través de la actuación judicial, haya sido inspirada en tal propósito.

En el tercer cargo, alegando error de hecho en el examen de las pruebas referente a la falta de dolo, de dañada intención, en la conducta de ejecutante y tercerista, concluye que procedieron de buena fe, ya que el vehículo en el momento del secuestro se hallaba en manos de Rosendo Correa, y para entonces no había sido registrado el traspaso que hiciera Fulvio Aguilera, anterior dueño del automotor, a la actora Ligia Aguirre viuda de Marín, aparte de que no hay abuso del derecho de denunciar bienes, por sostener la traba ejecutiva del camión aun cuando se hubiese probado la adquisición desde un principio en la articulación de desembargo.

6o. SE CONSIDERA:

La acusación se inicia confundiendo la responsabilidad procedente del abuso del derecho de litigar y concretamente del derecho de denunciar bienes para el pago en juicio ejecutivo con los deberes del secuestre regidos por las normas comunes sobre esta relación procesal.

La demanda se basa en el artículo 2341 del C. C., texto angular de la responsabilidad aquiliana y en él se funda igualmente la sentencia.

Unas son las obligaciones del secuestre, como tal, respecto a la guarda de la cosa litigiosa, pertenezca ésta al demandado o a otro. El artículo 296 del C. J. le ordena rendir cuentas comprobadas sobre el desempeño de su cargo, cuando se lo pida cualquiera de los interesados y el Juez de la causa juzgue conveniente exigírselas, y sus obligaciones se hallan determinadas en el Capítulo III, Título 31, Libro Cuarto del Código Civil y Título 5o., Libro Segundo del Código Judicial.

Pero, esta posición no afecta la responsabilidad concerniente al abuso del derecho de denunciar bienes, ya porque se ejercite con exceso, ora porque llegue a afectar cosas ajenas. Una es la relación entre secuestre y partes, y otra aquella que nace del ejercicio del derecho de denunciar bienes, entre quien lo ejercita y el tercero propietario del bien denunciado. Esta responsabilidad cae en el ámbito del artículo 2341, según el cual quien con su culpa ocasiona perjuicio a otro, debe repararlo.

Por ello no es procedente el primer cargo, que ve en la materia de la litis sólo un conflicto entre litigantes y depositario, circunscrito a los deberes del último.

7o. Afirma la demanda de casación en el cargo segundo, que la esencia del abuso del derecho, está en la intención de causar daño a otro con motivo del

ejercicio del mismo derecho, y termina afirmando la inocencia de los demandados en lo que respecta al denuncio y a la conducta de los mismos dentro de la articulación de desembargo.

No es controvertible el derecho de denunciar bienes para el pago; se trata de una protección lógica del derecho de crédito que no ha sido satisfecho en oportunidad. Pero, su ejercicio puede desviarse comprendiendo más bienes de los necesarios para el pago o haberes pertenecientes a terceros. La jurisprudencia de la Corte ha reconocido desde el año de 1.899 -cuando aún no se había estructurado la teoría del abuso de los derechos- y con constante uniformidad, el carácter esencial en todo derecho, de no extremar su ejercicio hasta el punto de causar daño a terceros. (V., entre otras, la casación de marzo 7 de 1.944, que cita aquel fallo de 1.899 y menciona numerosas sentencias), (LVII. 2006,76).

De los diferentes criterios a que ha recurrido la doctrina en diversos países y las legislaciones más modernas, para saber si en un caso concreto se abusa o no del derecho, se ha contemplado ante todo el técnico, con base en la noción de culpa que va desde la mera imprudencia o descuido hasta el dolo. Y con este compás ha juzgado crecido número de casos de abuso del derecho sin circunscribir su criterio a la culpa grave únicamente, como pretende el segundo cargo de la impugnación. (V., entre otras, las sentencias de octubre 30 de 1.935. XLIII. 1907-1908. 313; agosto 5 de 1.937. XLV. 1927. 421; febrero 21 de 1.938. XLVI. 1932. 58; abril 9 de 1.942. LIII. 1984-1985. 303; octubre 23 de 1.942. LIV. Bis. 207).

La doctrina actual sobre esta teoría, se afianza, de un lado, en la larga jurisprudencia, siempre preocupada por responder a los avances del Derecho moderno, y de otro, a partir de 1.936, en la disposición del artículo 21 de la Ley 200 de este año, que consagra, con otras teorías importantes, la del abuso de los derechos.

o

En el caso presente, si bien no se ha probado dolo, sí aparece demostrada, como se verá en el cargo siguiente, la falta de prudencia, de cuidado y precauciones indispensables, lo cual constituye culpa.

8o. Se acusa la sentencia en el tercer cargo, de violar el mencionado artículo 2341 del C. C. debido a errores de hecho sufridos en lo que respecta a las pruebas demostrativas de no haber incurrido en culpa los demandados con motivo del denuncio del bien y su actitud posterior dentro del trámite de la articulación de desembargo.

La convicción del sentenciador se funda en las diferentes pruebas aducidas en tal oportunidad procesal, encaminadas a acreditar que Fulvio Aguilera pidió se inscribiera el traspaso del vehículo a nombre de la actora el 30 de julio de 1.959, que fue inscrito el 3 de agosto siguiente y que Rosendo Correa -ejecutado- no figuró en ningún momento como propietario del automotor, de donde deduce la culpa del ejecutante no sólo por haber denunciado un vehículo que no aparecía como de propiedad del ejecutado, sino por haber insistido, con el tercerista, en mantener el secuestro, a pesar de las pruebas que, según el Tribunal, evidenciaban el dominio en favor de Ligia Aguirre viuda de Marín.

Esta convicción, fruto de la autonomía del sentenciador de instancia, en el examen de la prueba de los hechos configurativos de la acción o de la excep-

ción, inhibe a la Corte de revaluar las conclusiones del fallador, a menos que éste hubiese desatendido la evidencia de las pruebas o las hubiese valorado erróneamente.

La sentencia, para apoyar sus conceptos en este particular, parte del documento de 15 de enero de 1.959 (fl. C. 5o.), suscrito por Reinaldo Correa, Ligia Aguirre viuda de Marín y Fulvio Aguilera, en el cual consta que el primero había abonado en la fecha al último la suma de $6.000.oo, a cuenta del automotor, suma que la segunda le cubrió a Correa, subrogándolo, frente a Aguilera, en los compromisos contraídos para con éste, con la aceptación "del anterior traspaso" por parte del mismo Aguilera, vendedor del vehículo. De manera que para el fallo, el origen de la propiedad de la demandante está en el convenio que aparece suscrito el 15 de enero de 1.959, complementado por el traspaso de que dan cuenta la petición de Fulvio Aguilera y la inscripción verificada a favor de la actora en las oficinas públicas correspondientes.

Se refiere luego a los documentos relativos al traspaso del automotor e inscripción del mismo, entre los cuales figuran: el memorial elevado por el vendedor Aguilera el 30 de julio del mismo año de 1.959, al jefe del Servicio de Inteligencia Colombiano -Oficinas de Popayán- en donde se hallaba matriculado el camión, manifestándole que lo había vendido a Ligia Aguirre viuda de Marín (fl. 16 C. 5o); Tarjeta de propiedad, a nombre de ésta, extendida en las mismas oficinas y fechada el 3 de agosto de 1.959 (ff. 15 v. ib); testimonio del mismo Despacho, de haber recibido un certificado de la Seccional del SIC del Valle del Cauca para obtener autorización de traspaso, la cual fue dada, según la misma constancia.

9o. Cuando el secuestro preventivo fue ordenado y verificado, el vehículo figuraba, según los registros de las respectivas oficinas, de propiedad de Fulvio Aguilera y no de Reinaldo Correa. (V. certificados de fls. 15, 16, 17 vt. y 18 C. 5o.). Las placas del mismo procedían de las Oficinas de Tránsito de Popayán, pues allí reposaba la matrícula y allí, en consecuencia, se tomaba nota de los cambios de propietario.

Ni el ejecutante que hizo el denuncio, ni el tercerista, que insistió con aquél en mantener el secuestro, acudieron a la fuente en la cual podían obtener noticia fidedigna sobre el actual titular. Esto significa falta de prudencia, de previsión, de normales precauciones, a fin de no proceder sin la información necesaria a denunciar el vehículo como del dominio de quien no lo tenía, y menos aún a porfiar en el secuestro, ya en presencia de los certificados oficiales correspondientes, aducidos en la articulación de desembargo, de los cuales resultaba inscrita la demandante, desde el 3 de agosto de 1.959. El secuestro terminó el 2 diciembre de 1.960, después de surtidos los recursos de primero y segundo grado contra el auto de desembargo y mientras el secuestre, explotaba y deterioraba el vehículo.

Por esto, la estimación probatoria del sentenciador no es susceptible de ser enmendada por la Corte. No hay en ella un error de tal magnitud que se imponga la conclusión contraria, de manera evidente, irrefragable.

10o. La sentencia no encuentra demostrada mala fe por parte del ejecutante y tercerista, sino mero error de conducta, por falta de la diligencia que una persona medianamente previsiva y cuidadosa observa en casos como el presente. Asiste razón al recurrente en negar el dolo, en este caso, pues, "no se ha establecido hecho ninguno que pueda probar o indicar como posible que los

Guevara hubieran procedido al secuestro con la dañada intención de perjudicar a otro", como reza la demanda de casación. Pero, no en limitar el funcionamiento del sistema del abuso de los derechos, a la mala fe de quien los ejerce, razón por la cual sin duda, los cargos dejan desguarnecidos el flanco de la culpa, de simples errores de conducta, para dedicarse a combatir la presencia del dolo que el fallo tampoco halló.

Si debiendo, al proceder a un secuestro, tomarse las medidas que una mediana prudencia aconseja, a fin de no perjudicar a terceros con la traba de una ejecución sobre sus bienes, se comprende que cuando ese conocimiento lo ofrecen las respectivas oficinas públicas, a ellas acude el hombre prudente para no causar daño a terceros con denuncios ligeros. No haciéndolo, se incurre en culpa. De haberlo hecho, el ejecutante no habría hallado inscrito a Reinaldo Correa como dueño sino a Fulvio Aguilera, tercero; y en presencia de la documentación, ya en el incidente de desembargo, la falta de prudencia, de consideraciones elementales en las relaciones humanas, la culpa asume caracteres más acusados.

No puede, en consecuencia, infirmarse el fallo.

DECISION

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia -en Sala de Casación Civil-, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Cali, de fecha diecinueve (19) de noviembre de mil novecientos sesenta y dos (1.962), pronunciada en este juicio ordinario de Ligia Aguirre vda. de Marín contra Juan de Dios Guevara y otro, sobre pago de perjuicios.

Costas en casación a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y vuelva el expediente a la oficina de origen.

Arturo C. Posada. - Gustavo Fajardo Pinzón. - Enrique López de la Pava. - Enrique Coral Velasco. - José Hernández Arbeláez - Ricardo Uribe Holguín, Conjuez. - Ricardo Ramírez L., Secretario.

NULIDAD POR FALTA DE CITACION O EMPLAZAMIENTO

A quién corresponde la carga de la prueba cuando se alega por vía de revisión. Certificados del Registrador. Cuándo sirven de prueba supletoria acerca de puntos de que hay constancia en el Registro. Carácter del artículo 18 de la ley 40 de 1.932. Casación. A través de este recurso no se puede cambiar el objeto de la demanda. Requisitos para que haya cuasicontrato de comunidad. Se reitera la doctrina atinente a la procedencia de la inscripción del remate, aunque el embargo dictado en el mismo juicio no se haya cancelado aún.

1. La negación por sí sola no exonera al actor de dar la prueba correspondiente al hecho que niega. Esa exoneración tiene lugar cuando la proposición sea de carácter indefinido, porque no toda proposición negativa es imposible de demostración probatoria, así como no toda proposición de carácter afirmativo es susceptible de prueba. Unas y otras serán probables o demostrables si son definidas, y no lo serán en caso contrario.

El demandante niega que se le haya hecho citación o emplazamiento dentro del juicio en el cual se llevó a efecto el remate de cuya nulidad se trata, y pretende echar sobre los opositores la carga de la prueba en contrario. El hecho que niega el actor, sí podía probarlo. Por ello estaba en la obligación jurídica de hacerlo. La carga de la prueba, en el caso, no puede imponerse a los demandados, pues no está suspendido el principio general de que la carga de la prueba corresponde al actor.

Cuando el hecho que se niega está circunscrito por circunstancias de lugar, tiempo y modo, no es imposible su demostración y, entonces, no hay lugar a la inversión de la carga de la prueba, porque en tal caso no puede hablarse de una proposición de negación indefinida. Y como en el proceso que se estudia no solo no era difícil, ni imposible, sino, por el contrario, fácil y posible cerciorarse del hecho alegado con la copia judicial de la actuación pertinente o con vista del expediente del juicio ejecutivo, es claro y obvio que su prueba, dentro de los principios generales, correspondía al actor y no a los demandados.

2. Las certificaciones que expidan los registradores acerca del punto o puntos de que haya constancia en el registro, sólo servirán de prueba supletoria, en los casos y con las condiciones y requisitos señalados en el artículo 2675 del C. C., es decir, cuando se compruebe la pérdida del protocolo o del expediente en que estaba consignado el título original registrado, y no existiere en poder del respectivo interesado la copia legalizada del título, ni de éste hubiere constancia plena en expedientes que se guarden

en alguna oficina pública. Al respecto puede verse lo dicho por la Corte en casaciones de 20 de marzo de 1.952, LXXI, 446 y en la de 30 de abril del corriente año dictada en el ordinario de Aristipo Lince contra Rosalia Escobar v. de López.

3. El mandato del artículo 18 de la Ley 40 de 1.932 no es sustancial sino instrumental, por lo cual su inaplicación no es materia de casación.

4. No resulta atinado variar el objeto de la demanda en el alegato de casación, para pretender que la Corte entre a conocer de materia no sujeta a su jurisdicción, por no haberse tenido en cuenta al tiempo de la contestación de la demanda inicial del juicio.

Y no es poca falta de consideración para con la Corte la pretensión de cambiar el objeto sobre que se trabó el juicio, a través del recurso de casación.

5. Para que haya cuasicontrato de comunidad se requiere, en primer término, que exista un bien, una cosa universal o singular, cuyo dominio o señorío pertenezca a varias personas. Si no hay bien común no puede hablarse jurídicamente de comunidad. En la comunidad cada comunero es dueño de un derecho proindiviso en el bien común, del cual puede disponer como tal dueño, pero no lo es de toda la finca o cosa común, ni de una parte determinada de ella.

En el caso de plantaciones o edificaciones puestas en terreno ajeno, no se produce el fenómeno jurídico del cuasicontrato de comunidad, sino que el negocio se trata a la luz de los artículos 738 y 739 del C. Civil por referirse a un caso de accesión.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, tres de junio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Julián Uribe Cadavid)

Juicio de Aristides Barrero contra Aristóbulo o Aristides Ricardo o Barrero, Samuel Navarro y otros.

- I -

ANTECEDENTES

En demanda de veinte (20) de enero de mil novecientos cincuenta y seis (1.956), corregida en memorial de diez y nueve (19) de junio del mismo año, el señor Aristides Barrero se presentó ante el señor Juez del Circuito Civil de Girardot, para que en sentencia dictada contra Aristóbulo o Aristides Ricardo o Barrero, Samuel Navarro y otros, se hicieran los siguientes pronunciamientos:

"a) Es nulo y sin ningún valor legal ni efecto la diligencia de remate efectuada el 16 de agosto de 1.950 en el Juzgado Civil de Circuito de Girardot en el juicio ejecutivo seguido por Rubén Cortés contra Aristides Barrero, nulidad que debe ser comunicada a la Oficina de Registro del mismo circuito de Girardot y Notaría donde se encuentre protocolizado dicho remate para que sea cancelado. Por tanto, don Arisides Barrero es dueño absoluto y tiene derecho pleno de dominio sobre las fincas que a continuación se enumeran, de tal manera que los de

mandados están obligados a restituirlas al mismo señor Barrero junto con todas sus mejoras y frutos percibidos desde la época del remate hasta cuando la entrega se verifique, y no solo los frutos producidos sino los que se hubieren podido producir con mediana inteligencia y actividad, entrega de la finca que se hará al quedar ejecutoriada la presente sentencia. Asimismo son nulas las escrituras, hipotecas o demás actos jurídicos que se hayan efectuado sobre las mismas fincas con posterioridad a dicha diligencia de remate por persona distinta al demandante Aristides Barrero. Los inmuebles motivo de la entrega y restitución con mejoras y frutos son los siguientes: Las fincas "San Pedro" y "El Agrado", situadas en Tocaima, con todas sus enexidades y mejoras, y alinderadas respectivamente así: "Primer lote. De paso de la quebrada La Laguna, en el camino que va a Tocaima, para el mojón, donde hay un mojón de piedra; de dicho mojón en línea recta al mojón que está puesto en el "Alto de las Sepulturas"; de este mojón al camino que va para el mojón, camino arriba hasta dar con el lindero del señor Felipe S. López, hoy de sus herederos; de aquí sobre la izquierda a una peña, por toda la fila de la Peña, a dar con el lindero de Cayetano Veira, hoy por dicho lindero hasta dar con la quebrada de La Laguna aguas arriba de dicha laguna hasta dar con el paso de la mencionada quebrada, donde está el primer mojón que se citó". Segundo lote. Comprendido en el globo denominado San Pedro, antiguamente de "Lechegorda", ubicada en jurisdicción del Municipio de Tocaima, el cual demarcado por convenio particular de Luciano Mesa y los herederos de Cayo Olarte y de la señora Josefa Serrate, dueños primitivos del referido globo, bajo los siguientes linderos: 'De la piedra del Chiqui, que queda en el alto llamado el Prado, siguiendo toda la ceja del cerro, en dirección sudeste a dar a otra piedra que queda en el mismo cerro de entrada, marcado con esta señal (X) piedra que está situada en el punto en donde el camino denominado la Chácara sale alto de dicho cerro, línea recta doblando sobre la derecha y por la falda abajo hasta dar a encontrar un mojón de palo, al pié de un cerro, de aquí línea recta hasta dar a un árbol que está en la distancia de Cayo Rosario (Sic) de aquí línea recta a otro mojón de palo que se ha puesto a la cabecera o manantial que da origen a la quebrada que se llama La Salada, en el camino que va de Lechegorda para el mojón, a pasar por la estancia de Clemente Neira; de aquí entrando a dicha quebrada aguas abajo por todo un cauce hasta su entrada en tierras del mojón en cuya parte son del señor José María Pava, advirtiendo que por los lados del mojón los linderos del señor Mesa son los mismos fijados en la partición de dicho terreno hasta la piedra de Chiqui, primer lindero citado". Los linderos especiales del lote rematado y que quedan dentro de los linderos anteriormente insertos son los siguientes: 'Desde la piedra rayada línea recta a la quebrada de la Salada, por esta misma línea hay un mojón al pié de un palo de Igua, de este punto línea recta a la quebrada La Salada, quebrada de La Laguna aguas abajo a encontrar el lindero de la señora Bárbara Mesa, de aquí línea recta a una palma de cuesco que está a orillas del camino; de esta palma línea recta a la quebrada La Salada, primer lindero".

"b) En subsidio de lo anterior, según los artículos 738 y 739 C. C., los demandados están obligados a pagar al demandante Barrero todas las mejoras en café que se encuentran en las mencionadas fincas junto con los frutos percibidos desde la fecha del mencionado remate hasta el momento del pago, adjudicación que debe tramitarse por el procedimiento de los artículos 981 y siguientes del C. J., o bien, a elección del demandante, los demandados están obligados a vender el terreno a que se refieren las mencionadas fincas, según los avalúos efectuados, por el procedimiento de los artículos 971 C. J. y Ley 66 de 1.945.

"c) En subsidio de lo anterior, se declare que existe una comunidad integrada por algunos de los demandados como dueños o poseedores de las fincas a que se refiere el punto primero, y el demandante don Aristides Barrero como dueño de las mejoras de café y otras, comunidad que debe extinguirse según el procedimiento de los artículos 1134 y siguientes del C. J.

"d) Condénase en costas a los demandados (esto en el caso de oposición)".

Son fundamentos de hecho de la demanda los que se extractan a continuación:

a) El demandante ha sido y es dueño legítimo de las fincas denominadas "San Pedro" y "El Agrado", ubicadas en el sitio llamado "La Montaña", jurisdicción del Municipio de Tocaima, por los linderos contenidos en las escrituras públicas No. 345 de 13 de noviembre de 1.907, de la Notaría de La Mesa, y No. 136 de 9 diciembre de 1.906 de la Notaría de Tocaima, instrumentos debidamente registrados.

b) El 16 de agosto de 1.950, en juicio ejecutivo de Rubén Cortés contra Aristides Barrero, instaurado ante el Juzgado del Circuito Civil de Girardot, "se efectuó un remate sobre parte de las mencionadas fincas, sin que hubiera tenido representación el mismo demandado Aristides Barrero y a espaldas de éste, se hicieron unos avalúos acomodaticios, completamente inferiores al verdadero valor de las fincas con lo cual hubo fraude a la ley y enriquecimiento sin causa".

c) No obstante que las fincas estaban fuera del comercio, por estar embargadas, se registró el remate, por lo cual hubo objeto y causa ilícitos en la transferencia del dominio.

d) "A pesar de que ambas fincas mencionadas no fueron rematadas sino parte de ellas, algunos de los demandados tomaron posesión de las dos en su totalidad, de tal manera que el demandante quedó injustamente desplazado de lo que le pertenece".

e) Por los hechos relacionados, la diligencia de remate es nula y carece de valor legal, "por tratarse de una injusta expropiación".

f) "El demandante debe recibir las fincas mencionadas, y los demandados deben restituirlas con todos los frutos percibidos".

g) De acuerdo con el acta de remate "las mejoras de café pertenecen al demandante" y los demandados deben ser obligados ejecutivamente a pagarlas con todos los frutos percibidos, "o bien a escogencia del demandante" deben ser obligados a vender el terreno "según el procedimiento legal".

h) "Asimismo si se interpreta la ley en otra forma, existe una comunidad entre el demandante y los demandados, puesto que algunos de éstos aparecen como dueños del terreno mientras que el demandante Barrero es dueño legítimo del café y mejoras, de tal manera que dicha comunidad debe ser disuelta según el procedimiento legal".

i) Debe condenarse en costas y perjuicios a los demandados.

En derecho apoyó su demanda en los artículos 665, 946 a 964, 1502, 1521, 1524, 1741, o 738, 739 y 2322 del C. C.; 42 de la Ley 57 de 1.887; 152, inciso 2o., 209, 734, 737, 981, 971, 1134 del C. J., y en la ley 66 de 1.945.

Admitida la demanda y surtidos los traslados correspondientes, los demandados se opusieron a que se hicieran las declaraciones tanto principales como subsidiarias, y negaron la existencia de los hechos básicos del libelo.

Por sentencia de doce (12) de abril de mil novecientos sesenta (1.960), el Juez puso fin a la primera instancia con la negación de las peticiones de la demanda; condenó en costas al demandante, y mandó cancelar el registro de la demanda.

Apeló el actor, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó la sentencia de primer grado en providencia de once (11) de junio de mil novecientos sesenta y tres (1.963), con la adición de ordenar el levantamiento de las medidas preventivas que habían sido decretadas y practicadas en el juicio.

— II —

LA SENTENCIA ACUSADA

El Tribunal estudia el problema planteado dentro de los términos y conceptos que se contienen en las peticiones principal y subsidiarias de la demanda, para concluir que ninguna de dichas súplicas puede ser atendida; en cuanto a la primera, porque el demandante no probó que no se hubiera hecho la citación o emplazamiento del ejecutado, en el juicio ejecutivo que afirma fue seguido en su contra por ante el Juez del Circuito Civil de Girardot; en cuanto a la primera petición subsidiaria, porque no se demostró el derecho de dominio sobre las mejoras, en cabeza del actor; y en cuanto a la segunda subsidiaria, porque no se ha establecido la existencia de comunidad entre demandante y demandados, o alguno o algunos de ellos.

Después de afirmar el Tribunal que al demandante correspondía la carga de la prueba acerca del hecho de la falta de citación o emplazamiento al juicio ejecutivo, dice: "Visto lo anterior, se tiene que en forma alguna el demandante ha logrado establecer que el citado juicio hubiese sido adelantado a espaldas suyas, por no haber sido citado o emplazado en legal forma, pues ningún elemento probatorio atendible lo acompaña en tal afirmación; y si bien es cierto que su procurador judicial solicitó que varios testigos depusieran sobre tal circunstancia, considera innecesario el Tribunal entrar en un análisis crítico de la credibilidad que tales testimonios puedan tener, ya que son ellos, desde todo punto de vista, inidóneos para establecer el hecho alegado".

Refiriéndose al hecho afirmado por el actor en sus alegatos de conclusión, de que no se pagó a Pedro Piñeros lo correspondiente a un crédito hipotecario, crédito y gravamen que aparece vigente en la certificación del Registrador de Instrumentos Públicos, considera que "Ningún asidero legal se ve en la anterior afirmación, ya que el hecho de una venta, voluntaria o forzada dentro de un juicio ejecutivo, del bien gravado, en nada perjudica al acreedor hipotecario, ya que la hipoteca como derecho real que es, gravita sobre el bien mismo, no importa en cabeza de quien aparezca en el momento de hacer el cobro del crédito que garantice". Y agrega después: "Además, que el interés en la medida de la acción es principio jurídico universal, sólo pues, al acreedor hipotecario interesaría alegar que su derecho ha sufrido algún perjuicio, si así lo considera".

Al tratar sobre la falta de formalidades previas para el remate de bienes, dice el Tribunal que aun si existiera la omisión de dar cumplimiento a lo previsto por el artículo 1036 del C. J., "ello no implicaría una informalidad sufi-

ciente para incidir sobre la validez del remate, aparte de que lo anterior no aparece demostrado en forma alguna dentro del presente juicio".

Niega el sentenciador que sea motivo de nulidad del remate el hecho de que la diligencia correspondiente se haya registrado sin antes haber sido cancelada la inscripción del embargo, porque "No se explica el Tribunal de donde proviene tal afirmación, ya que se procedió como siempre se hace y debe hacerse, o sea, que en el mismo auto aprobatorio donde se ordena su registro se dispuso a la vez, la cancelación del embargo hasta entonces existente y así lo dispone perentoriamente el artículo 1051 del C. Judicial".

En cuanto a la imprecisión de los linderos que el demandante señala a la diligencia de remate, el Tribunal no la acepta por cuanto "claramente se desprende del acta citada que se alinderaron separadamente los inmuebles denominados San Pedro y El Agrado y, que de este último se desprendió un lote menor, el que aparece relacionado por sus linderos respectivos, a la vez que se deja constancia de que ese lote menor es desmenbrado del último citado ... .".

Rechaza igualmente el cargo de incumplimiento al artículo 1039 del C. J., porque no existe constancia en el expediente de tal hecho, y porque no hay obligación legal de dejar constancia en el acta de remate sobre su aplicación.

En relación con la argumentación de la parte actora de que remató "cosa distinta de lo publicado y anunciado", el Tribunal sostiene la falta de prueba sobre ese hecho, y agrega: "Ahora bien, si en el acta de remate se dejó constancia de que no se incluían unas mejoras de café, es de presumir que tal advertencia se hizo también en los carteles respectivos; además, dicha acta obliga a los que en ella intervinieron, con lo que se está diciendo que no se les transfirió el dominio de las citadas mejoras, luego ellos serían los únicos perjudicados en el caso de que en los avalúos no se hubiese tenido en cuenta que se excluían tales mejoras".

Por fin, para terminar los fundamentos de la sentencia, en lo relativo a que hubo enriquecimiento injusto y fraude a la Ley, con motivo del remate acusado de nulidad, el sentenciador argumenta en el sentido de que, "aún dando por establecido que el precio de los bienes era muy inferior al que le fué dado por los peritos, tal circunstancia en forma alguna puede ser alegada como causal de nulidad del remate, sino que se trataría de un típico caso de lesión enorme, la que no ha alegado el abogado demandante, y tal vez no lo hizo a conciencia de que la ley no le daba base para alegar tal fenómeno jurídico, por así disponerlo de manera perentoria el artículo 32 de la ley 57 de 1.887".

Al tratar el capítulo relativo a la reivindicación de mejoras, el fallador fundamenta su decisión así: "Se tiene, pues que tal cafetal, aquel a que se refiere la sentencia proferida por el Juez Promiscuo de Tocaima que allí se menciona, fue excluído de la diligencia de remate; pero se desconoce, y con la sola vista del acta en mención, si dicho cafetal era o no de propiedad del demandante Barrero, o si, por el contrario, en dicha sentencia se dice que es de propiedad de un tercero.... ....".

"Ahora bien, se tiene que obran en el juicio numerosos testimonios tendientes a demostrar que a la fecha del remate él tenía plantadas en los lotes rematados numerosas mejoras de diversa índole. Es algo que no pone en tela de juicio el Tribunal, y en el acta misma de remate se deja constancia de que los inmuebles se encontraban mejorados por diversos plantíos, los que también, con

excepción del cafetal, fueron materia del remate; pero es imposible ahora determinar si dentro de las mejoras que relacionan los testigos se encuentra o no el cafetal excluído, o dentro de ellas, por lo que el Tribunal se ve obligado a negar la petición hecha con relación a las plantaciones que en abstracto reivindica, y ya que solicita la restitución de todas las existentes en los lotes rematados".

Para terminar, el Sentenciador, al referirse a la segunda petición subsidiaria de la demanda, afirma que como no se reconoció al actor derecho de dominio en cuanto a las mejoras que pretende reivindicar, no es posible hacer ningún pronunciamiento afirmativo en relación con la existencia de una comunidad entre el demandante y los demandados, o algunos de ellos.

— III —

LA ACUSACION

No sastisfecho el demandante con lo resuelto por el Tribunal, interpuso recurso de casación. Toca ahora a la Corte proceder a su estudio.

En tres capítulos divide el recurrente su impugnación contra la sentencia, todos ellos con fundamento en la causal primera del artículo 520 del C. J., y referente, cada uno, al contenido de la respectiva petición de la demanda.

CAPITULO PRIMERO

Varios reparos hace el recurrente a la sentencia del Tribunal, por haber denegado la petición sobre nulidad del remate, y a propósito expresa:

"Por la causal 1ª. del artículo 520 del C. J., la referida sentencia es violatoria de ley sustantiva que paso a enumerar, por infracción directa, aplicación indebida, interpretación errónea, falta de apreciación de determinadas pruebas, habiendo incurrido el H. Tribunal en error de hecho y de derecho, y fallas mencionadas que se manifiestan una en un caso, otra en otro, respecto de los artículos 1521, 1740, 1741 y 2452 del Código Civil; 448, 451, 457, 595, 1029, 1036, 1041, 1048, y 1050 del Código Judicial; art. 18 de la ley 40 de 1.932, según breve análisis que enseguida efectúo".

Primer reparo

El recurrente anota que "El H. Tribunal Superior de Bogotá, violó los artículos 448 y 451 del C. J., porque el demandado no fué notificado, ni emplazado y por ende ha debido declarar nulo el remate por falta de formalidades en la segunda disposición previstas".

Para fundamentar su aseveración dice el actor que de acuerdo con el artículo 595 del C. J. "las negaciones no corresponde probarlas generalmente, sino que los hechos afirmativos son los que han menester probanza". Ataca la sentencia en cuanto en ella se afirma: "No es lo anterior ni lo legal ni lo jurídico. Al actor incumbe en principio la carga de la prueba, y ya que él alega que en el citado juicio ejecutivo se incurrió en tal anormalidad, nadie más que él debe establecerlo así, pues lo contrario sería manifiestamente aberrante, además de que es necesario presumir..... ..... que las actuaciones cumplidas por los funcionarios judiciales se ajustan en todo a las exigencias legales".

Afirma también el recurrente que en el expediente, fls. 17 a 32 del C. 2o., "aparece una serie de declaraciones de testigos y de confesión de los mismos demandados en posiciones, que acreditan que el demandado fue totalmente ajeno al juicio"; y que, sinembargo, el Tribunal no consideró necesario entrar en un análisis crítico sobre la credibilidad que tales testimonios puedan tener, "ya que son ellos, desde todo punto de vista inidóneos para establecer el hecho alegado". Y luego agrega que no entiende "por qué el Tribunal no analiza esos testimonios, siendo que se hallan entre las pruebas de que trata el C. J., y la contraparte ha debido desvirtuarlos con un certificado del Juzgado que los infirmara", y que, por cuanto no lo hicieron, se colige que los testigos han dicho la verdad.

Impugna la afirmación del Tribunal de que "Es de una lógica jurídica elemental que sólo con vista en copia auténtica de los autos, sería posible establecer en este juicio si hubo o no una debida citación o emplazamiento", para sostener que ante la negación de fallo de esa formalidad "quedaba fácil contraprobar a la parte demandada"; "Porque ante ese hecho de negación INDEFINIDA DE BARRERO era facil a la parte demandada contradecir con una prueba DEFINIDA". Y concluye: "No habiendo probado la parte demandada, es lógico concluir que mi mandante no fue citado, y por tanto el remate y el juicio ejecutivo impugnados son nulos, porque hay un principio elemental de Derecho que 'nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio'".

De lo afirmado por el Tribunal deduce el recurrente que "Por ello se incurrió en error al no dar la debida aplicación a los artículos 448, 451, 457, 595 C. J., 1740 y 1741 C. C.".

LA CORTE CONSIDERA:

De la manera como el recurrente plantea el reparo de que se ha hecho mérito, aparece que acusa la sentencia por error de derecho en la apreciación de las pruebas, por la negación que hace el demandante en relación con la citación o emplazamiento, y por no apreciación de la prueba de testigos, ya que a una y a otras se refirió el Tribunal en la sentencia impugnada.

El demandante afirma que por cuanto ha negado la existencia de un hecho cual es la citación o emplazamiento dentro del juicio ejecutivo, no recae sobre él la carga de la prueba y, por el contrario, es al demandado o demandados a quienes compete demostrar el hecho positivo opuesto, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 595 del C. J., pues sostiene que se trata de una negación indefinida.

La negación por sí sola no exonera al actor de dar la prueba correspondiente al hecho que niega. Esa exoneración tiene lugar cuando la proposición sea de carácter indefinido, pórque no toda proposición negativa es imposible de demostración probatoria, así como no toda proposición de carácter afirmativo es susceptible de prueba. Unas y otras serán probables o demostrables si son definidas, y no lo serán en caso contrario.

El demandante niega que se le haya hecho citación o emplazamiento dentro del juicio en el cual se llevó a efecto el remate de cuya nulidad se trata, y pretende echar sobre los opositores la carga de la prueba en contrario. El hecho que niega el actor sí podía probarlo. Por ello estaba en la obligación jurídica de ha-

cerlo. La carga de la prueba, en el caso, no puede imponerse a los demandados, pues no está suspendido el principio general de que la carga de la prueba corresponde al actor.

Cuando el hecho que se niega está circunscrito por circunstancias de lugar, tiempo y modo, no es imposible su demostración y, entonces, no hay lugar a la inversión de la carga de la prueba, porque en tal caso no puede hablarse de una proposición de negación indefinida. Y como en el proceso que se estudia no solo no era difícil, ni imposible, sino, por el contrario, fácil y posible cerciorarse del hecho alegado con la copia judicial de la actuación pertinente o con vista del expediente del juicio ejecutivo, es claro y obvio que su prueba, dentro de los principios generales, correspondía al actor y no a los demandados; y, en consecuencia, al apreciarlo así el Tribunal no violó el artículo 595 del C. J., ni los artículos 448 y 451 del mismo estatuto legal, al no decretar la nulidad del remate.

Se acusa también la sentencia, dentro de este mismo reparo, como se ha dicho, porque el Tribunal no le dio valor probatorio a las declaraciones y posiciones que se encuentran a folios 17 a 32 del C. No. 2, que, en sentir del impugnante, demuestran la falta de citación o emplazamiento.

Es improcedente la acusación porque la prueba, como lo dice el Tribunal no es idónea para demostrar la circunstancia o hecho negativo alegado, pues que su demostración estaría en la copia de que ya se habló; o con la inspección que practique el Juez del conocimiento ante quien se alega el hecho negativo. Por esta razón los motivos de credibilidad de los testimonios aportados son ningunos, máxime si como en el caso presente se trata de personas que no han tenido acceso al juicio ejecutivo, y que no dan ninguna razón de sus dichos.

Por otra parte, si se repasan las actas en donde constan tales declaraciones y posiciones, se verá que ninguna de las personas llamadas a dar testimonio, o a rendir posiciones, hacen afirmación categórica sobre el particular, ya que ninguno habla de que no se hubiera citado o emplazado al ejecutado, para el juicio de que se trata. Todos los testigos se refieren al remate pero no a la citación o emplazamiento. Y en cuanto a los interrogados en posiciones, unos desconocen el hecho porque se les pregunta y los otros afirman que el señor Barrero se encontraba presente en el Juzgado el día en que se llevó a efecto la diligencia de remate.

Como se ve, de las constancias del juicio y aun suponiendo que la prueba testimonial fuera idónea para demostrar el hecho alegado, no aparece que el juicio ejecutivo se haya llevado a cabo sin la comparecencia del ejecutado demandante.

Las razones anteriores son suficientes para no aceptar el reparo.

Reparo segundo

Se acusa la sentencia porque el Tribunal no aceptó que fuera suficiente base para declarar la nulidad del remate el hecho de que no se hubiera pagado en el juicio ejecutivo, la hipoteca constituida en favor de Pedro Piñeros, con lo cual, dice el recurrente, el fallador no dió cumplimiento a lo preceptuado por los artículos 1036 del C. J. y 2452 del C. Civil, y, por consecuencia al artículo 451 del C. J.

"La disposición transcrita (2452 C. C.), dice el demandante, es terminante cuando ordena que el Juez no puede efectuar remate mientras no sean citados los

acreedores hipotecarios, y aun en el caso de que ellos no se hagan parte, el Juez debe ordenar se consigne el dinero para el pago de tales hipotecas, disposición a que dió incumplimiento el H. Tribunal". Agrega el recurrente que en el expediente se encuentra el certificado del Registrador, del cual aparece la existencia de la hipoteca y su vigencia después del remate. Y por último afirma que en el acta de remate no se dice que se consigne el correspondiente dinero de tal hipoteca.

Reparo tercero

Para el recurrente, el Tribunal violó el artículo 1521 del C. Civil, "sobre objeto ilícito", aplicable cuando se registra una enajenación por venta o por subasta de una finca que está embargada, mientras no se levante dicho gravamen; y, en el caso del litigio presente, hay constancia de que ese remate fue registrado sin haberse cancelado la hipoteca, y sin haberse cancelado el registro del mismo embargo, ya que ante la ley primero se cancela el embargo y luego se registra la enajenación. Censura, por consiguiente, la sentencia por cuanto no se decretó nulidad del remate por ese concepto; y dice: "No basta que el Juez hubiera ordenado al aprobar el remate la cancelación del embargo, sino que éste ha debido cancelarse, porque una cosa es que el Notario advierta u ordene que la escritura de venta, por ejemplo, se registre y otra cosa es que el interesado la registre".

Reparo cuarto

Para fundamentar este reparo, el recurrente sostiene que el "H. Tribunal Superior tampoco dió cumplimiento a ley 40 de 1.932, principalmente al artículo 18, respecto de la matrícula de la propiedad inmueble, puesto que, al leer el acta del remate al folio 7 se constata, como antes se dijo, que aparecen tres alinderaciones diferentes,..... por lo cual a todas luces se deduce que se ignora cuál es la finca del AGRADO y cuál la de SAN PEDRO, que fueron motivo de dicho remate, con lo cual se ha violado también el artículo 1041 e inciso 3o. del artículo 1050 C. J. respecto de la formalidad y requisito indispensable de apreciar los linderos y el nombre de los inmuebles materia de la subasta".

Reparo quinto

Lo basa en lo siguiente: "De acuerdo con el artículo 1039 C. J. en lo relacionado con la colocación del cartel, ya que al tratarse de juicio en Girardot y estar ubicada la finca en Tocaima, debió cumplirse con las formalidades de dicho aviso ante el Juez Municipal de Tocaima. No hay constancia de dicha circunstancia en la diligencia de remate, y si bien es cierto, como lo afirma el H. Tribunal Superior, que no es necesaria tal anotación en el acta, en realidad no se dió estricto cumplimiento a dicha disposición legal, principalmente al artículo 1038 C. J., al constatarse que el cartel dice una cosa y se remató otra, pues, repito, en el aviso se habla de que se van a rematar 'con todas sus anexidades y mejoras', y en el momento de remate dice el acta que 'se deja constancia QUE EL CAFETAL, QUE FIGURA EN EL AVISO DE REMATE, NO SE LLEVA A EL....., NO ES EL CASO DE SACARLO A LA LICITACION'".

Finaliza su reparo diciendo que si el cartel habla de todas las mejoras, y en el momento del remate van a excluirse algunas de ellas, "lo lógico y jurídico era que el señor Juez hubiera suspendido la diligencia de remate, disponiendo nueva fecha con la legalización del cartel".

Reparo sexto

"El H. Tribunal Superior -dice el actor- tampoco dió cumplimiento al inciso 3o. del artículo 1050 C. J. respecto de la procedencia del título del ejecutado, si se trata de inmuebles. Sobre este particular, aunque en el breve alegato de conclusión se le puso de presente dicha deficiencia a tan respetable Despacho, éste en la sentencia nada dijo, y omitió hecho tan trascendental". En otro aparte de la demanda se lee, como reafirmación del criterio que preside la acusación: "Además del mencionado artículo 1050 en su inciso 3°, que exige dicha procedencia, la ley 40 de 1.932 sobre registro de la propiedad inmueble es terminante sobre el particular, y si se exige en toda escritura de venta, que sin procedencia no la registren, con mayor razón es requisito indispensable en un remate, en que quien transfiere es un funcionario público. En otra forma el eslabón de la cadena de propietarios de una finca se rompe, e imposible es la expedición de un certificado en el registro por varios años. Como se vé, dichas disposiciones legales han sido violadas, y ésta es una de tantas razones para la nulidad de dicho remate".

Reparo séptimo

"El H. Tribunal Superior también ha violado el artículo 1029 C. J., en cuanto al avalúo, ó no se dió cumplimiento a dicha disposición legal, puesto que, como se dijo en el punto anterior, el único título que se cita como de procedencia del remate de uno de los tres lotes es la escritura pública, que consta al folio 1 del C. 2, por medio de la cual don ARISTIDES BARRERO compró a don CERBELEON DIAZ unos derechos de tierra comprendidos en el globo denominado 'SAN PEDRO' (Subrayo), por la suma de $ 30 000.00. Pero en la diligencia de subasta NO SE REMATAN DERECHOS, SINO CUERPO CIERTO, acta judicial que contradice el principio jurídico de que "nadie da lo que no tiene", y no se explica por qué el Juzgado remata cuerpo cierto del deudor, siendo que éste sólo tiene derechos".

"De lo anterior se deduce que el avalúo fue deficiente, por cuanto han debido avaluarse derechos, y no cuerpo cierto. Además, correspondía separar por aparte los avalúos de las fincas en cuanto a la tierra, y por aparte el avalúo de las mejoras; principalmente de café, que se debían excluir, de tal manera que los postores hubieran sabido previamente, para intervenir en el remate, tres cosas fundamentales: 1- Que no se trataba de cuerpo cierto sino de derechos; 2- Que la tierra había sido avaluada en cierta suma, y las mejoras en otra; 3- Que aunque el cartel decía que se iban a rematar todas las mejoras, en el momento de la diligencia se excluía el cafetal".

Para terminar el reparo, y después de referirse a las consideraciones del Tribunal sobre el tema propuesto, afirma:

"La anterior explicación carece de fundamento, puesto que si aparecen avalúos globales de una finca, como así lo dice el acta, es porque se va a rematar la finca global; pero si se subasta el terreno y no las mejoras, es preciso especificar el avalúo de la tierra, separar el avalúo de las mejoras si éste se hace, para que sumadas estas cifras se obtenga el resultado total del predio, lo que no se hizo, según el acta".

Reparo octavo

El recurrente considera que, al verificarse el remate cuya nulidad se pide en este juicio ordinario, se produjo un fraude a la Ley, y un enriquecimiento

injusto y sin causa, cuya victima fué el ejecutado Aristides Barrero. Y ello porque se remataron los bienes embargados por un valor muy inferior al que tenian en realidad.

Y afirma sobre el particular el recurrente:

"Este hecho es tan protuberante, que pueden compararse los precios de compra del señor BARRERO en las escrituras que aparecen a los folios 2 del C. 1 y 1 del C. 2, donde uno de ellos fue adquirido por $30.000.oo y rematado por $2.000.oo. Esta circunstancia resalta de bulto al comparar el avalúo hecho en este juicio por los señores peritos, a los folios 37 y 53 del C 2, donde conceptúan que por la fecha del remate la tierra valia $30.000.oo, y las mejoras $50.000.oo, dictamen no objetado. De ello se deduce claramente que hubo enriquecimiento sin causa y fraude a la ley, máxime que los rematadores se apoderaron de las mejoras de café, sin haber entrado al remate..... Es el caso de que esa alta Corporación dé aplicación en debida forma a las mencionadas normas juridicas sobre enriquecimiento sin causa y fraude a la ley".

SE CONSIDERA:

Se han agrupado estos siete últimos reparos para decidir sobre ellos bajo unas mismas consideraciones, porque en realidad ha ensayado demostrar el recurrente, en diversas formas, que el remate adolece de vicios que lo hacen nulo, por falta de las formalidades prescritas para el remate de bienes, tal como lo establecen los artículos 1038 a 1048 del C. J., en armonía con lo dispuesto por el artículo 451, inciso 3o. del mismo estatuto procesal.

Toda la argumentación del recurrente está sustentada sobre la base de que a Barrero, en juicio ejecutivo que ante el Juez del Circuito de Girardot le moviera Rubén Cortés, se le remataron unas fincas, en diligencia de 16 de agosto de 1.950, sin llenarse las exigencias procesales para esta clase de actividades judiciales. Era obligación del actor en este juicio ordinario, traer la prueba de las constancias del juicio que demostraran los hechos en que fundamentaba los vicios de nulidad alegados contra la diligencia de remate; y también era su obligación traer la prueba legal acerca del mismo remate de bienes.

No hizo ni lo uno, ni lo otro, con lo cual dejó el juicio desprovisto del material necesario para la demostración de sus asertos.

No existe en el expediente la prueba idónea acerca del remate de los bienes, pues aún cuando a folios 7, 8 y 9 del C. No. 1, aparece un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de Girardot en el cual, después de mencionar la diligencia de registro, expide copia del acta de remate en que basa el demandante todas sus pretensiones, es lo cierto que esa certificación del Registrador no tiene la virtualidad legal para dar por establecido el hecho del remate de los bienes.

Las certificaciones que expidan los Registradores acerca del punto o puntos de que haya constancia en el registro, solo servirán de prueba supletoria, en los casos y con las condiciones y requisitos señalados en el artículo 2675 del C. C., es decir, cuando se compruebe la pérdida del protocolo o del expediente en que estaba consignado el título original registrado, y no existiere en poder del respectivo interesado la copia legalizada del título, ni de éste hubiere constancia plena en expedientes que se guarden en alguna oficina pública.

Al respecto ha dicho la Corte: "Una cosa es probar que un título registrado existe, y otra muy distinta probar que ese título se registró oportunamente y cuál es su contenido al tenor de la respectiva inscripción en la oficina de registro. Lo último se demuestra con el certificado del registrador, o con una inspección ocular; pero lo otro solo se prueba con la copia respectiva del título, acompañada de la nota de registro. Y para suplir el título con el certificado del registrador, es necesario acomodarse a lo dispuesto por el artículo 2675 del C. C." (Sent. 20 de marzo de 1.952, LXXI, 446).

Y en sentencia de 30 de abril del corriente año, dictada en juicio ordinario de Aristipo Lince contra Rosalía Escobar v. de López, no publicada aún, dijo la Corte:

"Ni cabe admitir,..... que la simple certificación del Registrador de instrumentos Públicos,..... supla la prueba..... que se echa de menos, porque a la par con el artículo 632 del C. J., según el cual hacen plena prueba acerca de su contenido los instrumentos provenientes de funcionarios que ejerzan cargos por autoridad pública, en lo referente al ejercicio de sus funciones, y las copias de tales documentos expedidas formalmente y autorizadas por los secretarios o empleados encargados de los archivos, el artículo 636 ibid. preceptúa que 'Cuando las partes pretendan hacer uso de instrumentos públicos no acompañados a la demanda, o a la contestación, o a los memoriales sobre excepciones, piden dentro de los términos probatorios se libre despacho al funcionario correspondiente para que, a costa del interesado, expida u ordene expedir copia del instrumento, y la envíe por conducto del respectivo registrador, cuando es el caso de que se le ponga nota de registro'.

"Lo que quiere decir que, tratándose de acreditar títulos que corren en archivos públicos, de donde no pueden extraerse para llevar los originales al juicio, la prueba al efecto requerida por la ley es la copia de tales instrumentos presentada en cualquiera de las oportunidades previstas por la ley. Y al tenor de lo dispuesto en el artículo 2675 del C. Civ., la copia del título, como prueba, no puede suplirse por la certificación que expida el registrador acerca del punto o de los puntos de que haya constancia en el registro, relativamente a los contenidos en el título original, sino 'cuando se compruebe la pérdida del protocolo o del expediente en que estaba consignado el título original registrado, y no existiere en poder del respectivo interesado la copia legalizada del título, ni de éste hubiere constancia plena en expedientes que se guarden en alguna oficina pública .....'".

No existiendo la prueba idónea para la demostración del remate de los bienes, y no existiendo en el proceso prueba alguna distinta acerca de las irregularidades que el recurrente anota al remate que pretende ser nulo, es claro que no puede hablarse de violación de las normas señaladas por el demandante en los distintos reparos que hace a la sentencia del Tribunal, pues sin conocer el expediente del juicio ejecutivo no puede llegarse a ninguna conclusión en relación con su tramitación, y, especialmente, en relación con la aplicación de las disposiciones contenidas en los artículos 1038 a 1048 del C. J., como requisitos previos para proceder al remate de bienes.

Aún suponiendo que se hubieran llenado los requisitos legales antes indicados para que el certificado del Registrador sirviera de prueba supletoria del remate, es lo cierto que de tal documento no aparecen demostradas las anomalías o irregularidades que acusa el recurrente como causales de nulidad del juicio ejecutivo del remate.

Como se ha dicho antes, es de otros documentos, distintos al acta de remate, de donde podría deducirse el cumplimiento o no de las diligencias previas para el remate de los bienes; y esos documentos -se repite- no obran en el juicio. Y a falta de esas pruebas es apenas lógico suponer, con presunción de hombre, como lo hizo el Tribunal, que en la tramitación del juicio ejecutivo se llenaron todos los trámites y se cumplieron todas las exigencias prescritas para el remate de bienes, al tenor de los artículos 1038 y ss. del C. J.

Al detenerse en el estudio de los reparos segundo a octavo de que se viene haciendo mérito, se echa de ver que, en su misma estructura y presentación no se reunen los requisitos propios y necesarios para su admisibilidad, y para que la Corte pudiera entrar a considerarlos. Así, el reparo segundo que se refiere al no pago -como lo afirma el recurrente- de una hipoteca que gravaba los inmuebles rematados, no es atendible porque, a pesar de que el problema fue tratado por el Tribunal en la sentencia acusada, por haberse referido a él el actor en sus alegatos de conclusión, no hizo parte del debate judicial pues no aparece en la demanda ningún fundamento de hecho para basarlo, por lo cual no se trabó sobre él la litis.

En cuanto al último reparo, en el cual se afirma que, al verificarse el remate, se cometió fraude a la ley y hubo un enriquecimiento injusto y sin causa, hay que anotar el hecho de que el recurrente en la elaboración del cargo se limita a pedir a la Corte que "dé aplicación en debida forma a las mencionadas normas jurídicas sobre enriquecimiento sin causa y fraude a la ley", pero sin señalar cuáles son esas normas y en qué sentido fueron violadas, o cuál fué o es el concepto de la violación. De manera que este reparo tampoco permite a la Corte entrar en su consideración.

El reparo tercero, consistente en que el remate es nulo por haberse registrado sin la previa cancelación de la inscripción del embargo de bienes; y que, por ello, el Tribunal -al no decretar la nulidad- violó el artículo 1521 del C. C., tampoco es atendible, pues del hecho afirmado no se desprende nulidad alguna, como lo ha dicho la jurisprudencia nacional. En efecto, en Casación de 12 de diciembre de 1.941 (G. J. T. LII, 818), dijo la Corte:

"Lo ordenado en esta disposición (1052 C. J.), congruente con la idea del numeral 3o. del artículo 1521 del C. C., hace ver que desde luego debe procederse a la inscripción del remate, aunque el embargo dictado en el mismo juicio no se haya cancelado aún, pues que, de un lado media la autorización y aun orden del juez, y de otro, y ante todo, sería absurdo encontrar para el registro del remate valla en el auto de embargo y su anotación, que son el punto de partida de los medios conducentes para llegar al remate como fin. El embargo impide que lo embargado salga del patrimonio del deudor y le señala como destinación el pago respectivo. No se comprendería que para registrar el remate por el cual se llega al pago fuera preciso cancelar previamente aquel decreto".

El cuarto reparo, en virtud del cual se ataca la sentencia del Tribunal por no haber dado cumplimiento a los artículos 18 de la ley 40 de 1.932, y 1041 y 1050, inc. 3o. del C. J., también es improcedente, en primer término porque el mandato del artículo 18 antes citado no es sustancial sino instrumental, por lo cual su inaplicación no es materia de casación; y en cuanto a los artículos 1041 y 1050 C. J., de la misma diligencia de remate, si ella pudiera servir de prueba,

aparece que lo afirmado por el recurrente está contradicho por esa misma diligencia, ya que los linderos aparecen debidamente determinados, y no hay confusión en los nombres de los predios, como puede verse en la lectura de ese documento. Por consiguiente, de estas apreciaciones del recurrente no se deduce nulidad en el remate, ni violación de la ley por parte de la sentencia del Tribunal.

Y lo mismo puede decirse en relación con el reparo relativo a "deficiencias del cartel" y deficiencias del avalúo; pues del acta de remate no constan tales irregularidades y no hay en el expediente otros documentos que, como antes se ha dicho, serían absolutamente necesarios para la demostración de la falta de esas formalidades.

Finalmente debe dejarse constancia de que el recurrente al impugnar la sentencia por los reparos mencionados, no ha dicho si se trata de violación de la ley en forma directa o indirecta; y, en este último caso, si por error de hecho o por error de derecho, imprecisión y deficiencia en la demanda de casación, que harían, también por este aspecto, rechazables los reparos de que se trata.

CAPITULO SEGUNDO

"También -dice el recurrente- me permito acusar la sentencia aludida, igualmente porque al tenor de la causal 1a. del artículo 520 C. J., la mencionada Corporación, por errores de derecho y de hecho, principalmente ante la falta de apreciación de determinadas pruebas, como son escritura pública de adquisición de mejoras por parte de BARRERO, en especial de café, como diversos testimonios y confesión en posiciones, hubo infracción directa de los artículos 946 a 971 C. C., 606, 630 y 697 C. J."

Para fundar su recurso entra el demandante a alegar que se han llenado las exigencias señaladas por la ley para que proceda la acción de reivindicación de las mejoras, especialmente de café, que existían o existen en las fincas materia del remate cuya nulidad hubo de solicitar, reivindicación que pidió en forma subsidiaria.

Al respecto dice que por escritura 345 de 13 de noviembre de 1.907, de la Notaría de La Mesa, Barrero compró la finca, materia del remate; y que en tal título se dijo que "quedan incluídas en esta venta todas las mejoras del terreno, compuestas de sementeras o plantaciones de café, caña dulce, plátano, cacao y demás plantíos". Y sobre ese supuesto afirma que "Sinembargo, el H. Tribunal Superior de Bogotá, con violación igualmente del artículo 630 C. J.,..... a pesar de que reconoce que el cafetal no entró al remate, desconoce la propiedad de éste por parte de don ARISTIDES BARRERO, infringiendo la mencionada disposición legal respecto del título escriturario como prueba".

Según el demandante la propiedad de las mejoras en cabeza de Barrero no solamente está acreditada por medio de la escritura antes mencionada, sino también por la prueba testimonial y por la de confesión que obra en el expediente; y a renglón seguido agrega: "No es cierto, como puede leerse en la demanda, que se haya pedido la reivindicación y restitución de todas las mejoras existentes en los lotes rematados, sino que esa solicitud se ha concretado al cafetal, del cual no cabe la menor duda que fue excluído del remate, y que es propiedad de Barrero". Y, en consecuencia, acusa al Tribunal de no haber dado cumplimiento

a los artículos 630, 697 y 606 C. J., por cuanto no reconoció el valor probatorio que él considera tienen la escritura, los testimonios militantes en el juicio, y las posiciones rendidas por algunos de los demandados.

"Por otra parte -continúa el recurrente- la materia de la reivindicación, no se limita al cafetal, por cuanto si se dice validez al remate, mi mandante es el dueño de dichas fincas, porque si se vuelve a observar el acta de remate (fl. 7 v. c. 1), allí se dice: "Los LINDEROS ESPECIALES del lote que va a rematar y que QUEDAN DENTRO DE LOS LINDEROS ANTERIORMENTE INSERTOS son los siguientes.." (Subrayo). Con lo anterior queda demostrado que los rematantes NO ADQUIRIERON LA TOTALIDAD de las fincas SAN PEDRO y EL AGRADO, sino parte de ellas, según los linderos especiales insertos de un lote que queda incluido en dichas fincas....., lo que indica que el demandante BARRERO es dueño del resto de las fincas, y ese resto debe reivindicarse, de acuerdo con la ley".

"Lógico y jurídico es concluir que si mi mandante, como aparece demostrado, no sólo es dueño de las mejoras sino también de la parte restante de las fincas, excluyendo los linderos especiales del lote rematado, si no se anula el remate, que debe anularse, es dueño de la totalidad de tierras restantes y mejoras de café, lo que se le debe reivindicar, no sólo tales mejoras sino también ese resto de fincas".

Afirma que con la prueba testimonial, y con las respuestas dadas en posiciones por algunos de los demandados, quedó acreditada la posesión por parte de los opositores; y que con la prueba de inspección ocular practicada en el juicio, quedó demostrada la identidad y singularidad no solo del inmueble, sino de las mejoras o el cafetal. Y concluye este capítulo de la demanda de casación afirmando que "Se han llenado, pues, los requisitos de los artículos 946 a 971 C. C., o sea, el título en el demandante, la posesión de los demandados y la singularización e identificación de la finca raíz, y por ende el H. Tribunal Superior incurrió en error al no decretar la reivindicación pedida en subsidio".

LA CORTE CONSIDERA:

No puede perderse de vista que el demandante instauró la primera petición subsidiaria en relación con la reivindicación de las mejoras de café que se encuentran en las propiedades o fincas rematadas, y no las mismas fincas, pues que de éstas solo se pidió su restitución, como petición consecuencial a la acción de nulidad del remate verificado el 16 de agosto de 1.950. De suerte que no resulta atinado variar el objeto de la demanda en el alegado de casación, para pretender que la Corte entre a conocer de materia no sujeta a su jurisdicción, por no haberse tenido en cuenta al tiempo de la contestación de la demanda inicial del juicio.

Y no es poca falta de consideración para con la Corte la pretensión de cambiar el objeto sobre que se trabó el juicio, a través del recurso de casación.

El Tribunal al estudiar este extremo del juicio acepta que "hay que dar por establecido que un cafetal a que hace relación el acta de remate no fue incluido en la subasta ..... Se tiene pues que sólo tal cafetal, aquel a que se refiere la sentencia proferida por el Juez Promiscuo Municipal de Tocaima que allí se menciona, fué excluído de la diligencia de remate; pero se desconoce ..... Si dicho cafetal era o no de propiedad del demandante Barrero, o si, por el contrario,

en dicha sentencia se dice que es de propiedad de un tercero; aun cuando, es cierto, y así lo anota el funcionario a-quo, es presumible que no lo fuera del entonces demandado y ahora actor Barrero, pues de ser ello así no habría razón, al menos aparente, para que se hubiese excluido, por pertenecer al ejecutado. . . . . ".

Acepta el Tribunal que los testigos aducidos por el demandante, demuestran que, al tiempo del remate, Barrero tenía plantadas en los lotes rematados numerosas mejoras de diversa índole. Pero agrega que los plantíos, con excepción del cafetal excluído, fueron materia del remate; y que "Es imposible ahora determinar si dentro de las mejoras que relacionan los testigos se encuentra o no el cafetal excluído".

En realidad no puede decirse que el Tribunal erró en la apreciación de las pruebas sobre que se pretende hacer la reivindicación de las mejoras de café, porque las razones aducidas por el fallador son valederas y aceptables, y, además, porque la posesión dada por la escritura No. 345 de 13 de noviembre de 1.907, de donde el recurrente pretende derivar su derecho a tales mejoras, fué cancelada por virtud de la inscripción del remate a que se refiere el certificado del registrador que obra en el juicio (fl. 5 y ss. C. No. 1); y por cuanto de lo dicho en el acta de remate, en relación con la exclusión de mejoras ordenada por el Juez de Tocaima, no consta que las mejoras excluídas fueran de propiedad de Barrero, pues tal acta de remate no lo dice, y no se ha traído a los autos copia de la providencia judicial en la cual se decretó dicha exclusión, y la cual sí debe señalar la persona favorecida con tal providencia. Es verdad que los testigos presentados por el actor hablan de que al tiempo del remate Barrero tenía plantaciones de café, caña de azúcar, cacao, etc. en las fincas materia de la subasta; pero no es menos cierto que no ha demostrado que las mejoras excluídas del remate fueran de su propiedad, porque haciendo parte del terreno, por accesión, no se ve ninguna razón para haber sido excluídas de la subasta, si en realidad hubieran sido suyas. De manera que lo lógico es pensar que fueran poseídas por terceros, con ánimo de dueños. Al menos no se ha traído al juicio la prueba del dominio por parte de Barrero sobre esas mejoras, y de ahí que la acción subsidiaria no estuviera llamada a prosperar.

Por otra parte, si cupiese el planteamiento del juicio, no poseyendo los demandados en comunidad los inmuebles que inicialmente fueron materia del remate, habría sido necesario demostrar en cuáles predios estaban ubicadas dichas plantaciones de café, para saber quiénes serían los verdaderos poseedores de las mejoras de que el demandante no está en posesión. Es que de la demanda misma inicial del juicio, y de las respuestas dadas por los opositores, aparece que éstos son poseedores, a título de dominio exclusivo, de lotes de terreno individualizados y no sujetos al cuasicontrato de comunidad. Y, además, ni de la inspección ocular, ni de la prueba pericial, ni de otra prueba de las aportadas al juicio se deduce qué es lo poseído individualmente por cada demandado, ni menos si las mejoras que fueron materia de la exclusión del remate se encuentran en uno o en otro de los varios lotes, circunstancia que haría imposible despachar favorablemente la petición de restitución.

Por último, la identificación de las dichas mejoras tampoco aparecería con toda claridad en el proceso, ya que no se conoce, en primer lugar, qué fué lo excluído en el remate, por no haberse traído la sentencia del Juez de Tocaima; y, después, porque, no se sabe ni el número, ni la calidad, ni la edad de tales mejoras, ni los linderos y ubicación del lote en que estén plantadas; y es claro

que si no se conocen esas circunstancias, no podría decirse que el objeto de la reivindicación esté identificado suficientemente.

Y por encima de todo se halla que no existe la reivindicación de mejoras, abstracción hecha del terreno a que acceden.

En consecuencia no puede afirmarse que el Tribunal haya cometido error de derecho en la apreciación de las pruebas aportadas al informativo y señaladas por el recurrente ni que violó las disposiciones legales que se dicen infringidas.

El cargo no se acepta.

CAPITULO TERCERO.

El recurente se expresa, en este capítulo tercero de su demanda de casación, en la siguiente forma:

"Por la misma causal 1a. del artículo 520 C. J., el H. Tribunal Superior de Bogotá igualmente incurrió en error de derecho por infracción directa y aplicación indebida o falta de aplicación de los artículos 738, 739, 2322 a 2340 C. C., e inclusive en error de hecho (sic) al no apreciar en forma legal los artículos 630, 635, 697, 606, 1134 C. J. por cuanto, como se dijo anteriormente, no se le dió el respectivo valor probatorio a la escritura pública de compra de BARRERO, donde consta la adquisición de mejoras, principalmente el cafetal, ni a los testimonios de las varias personas sobre mejoras del demandante, ni a la misma confesión de los demandados, ya que ha debido ordenarse, también en subsidio, solicitudes que se han formulado de acuerdo con el artículo 209 C. J., el PAGO del café, del resto de la finca no rematada, o la DISOLUCION DE LA COMUNIDAD, formada entre el demandante y los rematadores o demandados.

"La petición anterior tiene su fundamento en caso de que por alguna circunstancia, que no creo, se denegare la nulidad del remate, al tenor del artículo 1741 C. C., o no prosperare la reivindicación, pues se halla plenamente demostrado que el demandante es dueño del café y aun de parte de tierras, de lo que se deduce una comunidad, que debe disolverse, ya que de acuerdo con el artículo 1134 C. J. nadie está obligado a permanecer en comunidad".

SE CONSIDERA:

Para que haya cuasicontrato de comunidad se requiere, en primer término, que exista un bien, una cosa universal o singular, cuyo dominio o señorío pertenezca a varias personas. Si no hay bien común no puede hablarse jurídicamente de comunidad. En la comunidad cada comunero es dueño de un derecho proindiviso en el bien común, del cual puede disponer como tal dueño, pero no lo es de toda la finca o cosa común, ni de una parte determinada de ella.

En el caso de este litigio no se encuentran elementos que denoten la existencia de comunidad alguna entre demandante y demandados o alguno o algunos de estos últimos, porque falta la cosa común, o el bien en que Barrero tenga derechos de dominio proindiviso, y los demanados estén en condiciones jurídicas idénticas. Por el contrario, Barrero se pretende dueño exclusivo, único y absoluto, con independencia de otras personas, de unas plantaciones de café ubicadas en inmuebles que le fueron rematados. Por su parte, los demandados se titulan

dueños exclusivos de sendos lotes de terreno que hicieron parte integrante de los predios subastados a Barrero en el ejecutivo cuya nulidad ha venido pretendiendo. No habiendo, pues, una cosa en dominio común no puede hablarse de comunidad alguna, y, por tanto, no puede pretenderse que se decrete la liquidación de una comunidad cuya existencia no se ha demostrado.

Por otra parte, no habiendo Barrero demostrado que tenga derecho de dominio sobre los plantíos de café, como se dijo al analizar el motivo de censura anterior, no puede pretenderse condueño con los demandados, de tales mejoras y del suelo que ellas ocupan. Y ni aún en el supuesto de que hubiera demostrado que fuera dueño o señor de tales mejoras o plantíos, podría llamarse comunero, porque en el caso de plantaciones o edificaciones puestas en terreno ajeno, no se produce el fenómeno jurídico del cuasicontrato de comunidad, sino que el negocio se trata a la luz de los artículos 738 y 739 del C. Civil por referirse a un caso de accesión.

Como el recurrente insiste en que por la escritura 345 de 13 de noviembre de 1.907, y por las afirmaciones de los testigos y de los demandados, que obran en el juicio, está demostrada la propiedad de las mejoras antes referidas, debe repetirse lo que se dijo con motivo de la censura anterior, esto es que la escritura dicha está cancelada por virtud de la inscripción del remate; y que los dichos de los testigos y de los demandados en manera alguna afirman que tales mejoras sean de propiedad y dominio de Barrero, sino que, al tiempo del remate, en las fincas rematadas existían mejoras de diversa clase; de suerte que no se ha demostrado tal propiedad sobre las mejoras en referencia, y por esa razón estuvo acertado el fallador al no entrar a considerar detenidamente el aspecto de comunidad que le planteó el demandante.

De lo anterior aparece que no se han violado por el Tribunal las disposiciones legales que el recurrente anota en la tacha o censura de que se trata, por lo cual ésta no prospera.

RESOLUCION:

En mérito de las anteriores consideraciones, 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 once (11) de junio de mil novecientos sesenta y tres (1.963), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario iniciado por Arístides Barrero contra Aristóbulo o Arístides Ricardo o Barrero, Samuel Navarro y otros.

Costas a cargo del recurrente.

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

Arturo C. Posada. - Gustavo Fajardo Pinzón. - Enrique López de la Pava. - Enrique Coral Velasco. - José Hernández Arbeláez. - Julián Uribe Cadavid. - Ricardo Ramírez L., Secretario.

ACUMULACION DE ACCIONES O DE AUTOS.

Similitud de causa y diversidad de sujetos y de objetos. Hijuela de adjudicación. Para estimarla como prueba del dominio no es menester la constancia del registro de la escritura de protocolización. Reivindicación. Efectos del silencio del demandado en cuanto a la identidad del inmueble y a la posesión que se le atribuye. La legitimación en causa es un elemento de la acción y no del proceso.

1. Conforme al artículo 765 del C. Civil, son títulos de dominio los actos de partición. La hijuela debe considerarse como título suficiente para demostrar ese dominio, si no se opone otro título o una posesión anteriores. Y lo que es objeto del Registro en el Libro de Causas Mortuorias son la partición y su sentencia aprobatoria.

Para estimar como prueba la copia de una hijuela no es necesario la constancia del registro de la escritura de protocolización, máxime si la copia cita el número y fecha del instrumento de esa protocolización, porque, por el hecho de expedir la copia el Notario y hacerlo con esos detalles, obliga a reconocer que en el protocolo se hizo la incorporación consiguiente.

2. La jurisprudencia de la Corte ha sostenido que cuando el demandado en juicio de reivindicación no contesta el libelo, o al contestarlo guarda silencio respecto al hecho de la posesión y de la identidad, ese silencio o la falta de contestación, implican asentimiento a la posesión y a la identidad afirmados por el demandante. Al respecto puede verse lo dicho por la Corte en casación de 30 de abril de 1.960 (G. J., T. XCII, 466).

3. La posibilidad de unión o acumulación de juicios si inicialmente pudieron acumularse las acciones (209 C. J.), no se opone al ordenamiento legal, antes bien en él encuentra estímulo (396 *ibídem*).

Las causas que ocasionan la acumulación en uno y en otro caso, son las mismas, aunque esto ocurra en distintos momentos del proceso: la de acciones en la demanda, en la reforma de ésta y en la de reconvención y la de autos durante la tramitación del juicio. La acumulación inicial y la de autos favorece la continencia de la causa y busca descartar la proliferación de juicios, por motivos de economía procesal. Si el fenómeno es el mismo, las reglas normativas del uno le son aplicables al otro. De modo que la regulación que autoriza la acumulación de autos en el caso de similitud de causa y diversidad de sujetos y de objetos (398 ord. 4o., C. J.), es aplicable a la acumulación inicial o de acciones.

4. Conviene recordar una vez más que la legitimación en causa no es un presupuesto procesal, sino elemento configurativo de la acción. Por regla ge-

neral, la atribución de un derecho y de una acción se confunde con la existencia de ese derecho o de la acción y es principio de la ordenación procesal el de que están legitimados en la causa quienes jurídica y directamente van a ser afectados por la sentencia (233, C. J.).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, nueve de junio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco).

Pedro Antonio Arias Cardona, demandó en acción de condena, ejercitando la pretensión de reivindicación, en su propio nombre y en representación de sus menores hijos legítimos Luis Gonzaga, Margarita, María Esther y Hernando Arias Franco, a Eduardo Castro para obtener la restitución de los inmuebles señalados en los numerales segundo, tercero y cuarto del libelo. El demandante afirma dominio sobre los bienes en virtud de haberlos adquirido en el doble juicio de sucesión de Rosa María Franco de Arias y Sara Rosa Arias F., cuya partición y sentencia aprobatoria fueron registradas en la oficina respectiva de Manizales, el 2 de junio de 1.947, en el libro de Causas Mortuorias, Tomo 1o., folios 36 a 39, partida número 60.

No se dió contestación a la demanda y después de incidentes tramitados en la primera instancia, se dictó fallo de ese grado, favorable a las peticiones del actor, lo que determinó la apelación por parte del demandado. Cerró la segunda instancia con sentencia de 2 de enero de 1.962, pronunciada por el Tribunal Superior de Manizales, confirmativa de la del Juzgado y materia del recurso de casación propuesto por el demandado vencido.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Al estudiar los elementos constitutivos de la acción reivindicatoria, el Tribunal se expresa de este modo:

"a). Los tres inmuebles objeto de la acción, contiguos y que constituyen entre sí un solo globo, aparecen debidamente individualizados por su ubicación y linderos en el libelo de demanda, hecho sobre el cual no existe controversia.

"b). Con la copia auténtica de las hijuelas formadas a los demandantes en el juicio de sucesión doble de Rosa María Franco de Arias y Sara Rosa Arias Franco, seguidas de la constancia de haber sido debidamente registradas el 2 de junio de 1.947, se comprueba el carácter de titulares del derecho de dominio sobre los inmuebles allí descritos. El señor Pedro A. Arias adquirió a título de gananciales obtenidos en la sociedad conyugal formada con la señora Franco y como heredero de su hija Arias Franco. Y los demás demandantes, como herederos de la primera. Los mismos bienes habían sido adquiridos por el señor Pedro A. Arias, al tenor de la escritura No. 1144, otorgada el 5 de diciembre de 1.938 en la Notaría Primera de este Circuito, registrada el 31 de los mismos (fls. 4 a 7 C. 1º.) y de la No. 14 de 3 de enero de 1.946, otorgada en la Notaría 2a. de Manizales y registrada el 17 del mismo mes, según se dice en la copia de la hijuela respectiva.

"c). La posesión del inmueble por el demandado aparece igualmente establecida en los autos. En efecto, en las posiciones que absolvió el demandado

antes del juicio y que en copia obran al folio 14 del C. 1º, contestó a la primera pregunta, en la cual se le interroga sobre el conocimiento que tiene sobre dicho predio: 'Es cierto que conozco al señor Pedro Antonio Arias, como también es cierto que conozco la finca llamada El Darién, en la fracción de "Morrogacho", aunque no conozco los linderos de esa finca. Pero no sé si la finca es del señor Pedro Antonio Arias, porque entiendo que pertenece a una sucesión'. A la segunda pregunta contestó: 'Es cierto que no soy dueño, pero sí poseedor de la finca y no es cierto que yo la poseo en razón de los contratos de que se me pregunta y que se me han leído'. A la pregunta tercera, en la cual se le interroga sobre un contrato de aparcería celebrado con el actor, el absolvente contestó: 'No es cierto que yo he estado ocupando la finca en esas condiciones. El treinta de enero de este año -1.954- sí estaba allá y aún estoy en la finca, pero no tengo negocios con nadie. Yo entré a la finca cuando estaba sola y me puse a trabajar en ella, sin hacer negocios con ninguna persona'. A la décima pregunta, contestó: 'Es cierto que yo he venido usufructuando la finca y no tengo título para ello. Y ya dije que no tengo negocios con nadie'.

"Acepta, pues, el demandado, ser poseedor, por ocupación y sin título, de la finca demandada. Como se dijo, el codemandante Pedro Antonio Arias adquirió la posesión inscrita mediante las escrituras 1144 de 1.938 y 14 de 1.946, lo mismo que la posesión material, según sus afirmaciones. Y el demandado acepta en el memorial de pruebas, estar ocupando esa finca desde antes de 1.946. Lo que quiere decir, que la ocupación por éste de los tres lotes tiene una misma causa y por ello que a pesar de que todos los demandantes no sean dueños de todos los lotes, resulta viable la acumulación para reclamarlos en una misma demanda (Art. 397 numeral 4o. del C. Judicial).

"d) Tampoco existe discrepancia en cuanto a que la finca demandada es la misma que posee el opositor, hecho que acepta éste expresamente, tanto en el escrito de excepciones, al hablar sobre transacción sobre dicho bien, como en el memorial de pruebas, en el cual, después de describir por su ubicación y linderos los mismos bienes que se individualizan en la demanda, pregunta a los testigos que allí llama a declarar 'si saben, les consta y pueden afirmar sin lugar a dudas que dicha finca la posee quieta y pacíficamente desde antes de 1.946 el Sr. Eduardo Castro.....'.

"Como se dijo, el demandado se abstuvo de darle contestación a la demanda, pero en la respuesta a la primera de las posiciones que absolvió el 8 de noviembre de 1.954, ante el Juzgado 2o. Civil del Circuito y de que antes se hizo mención, ya transcrita, dice que '...no sé si la finca es del señor Pedro Antonio Arias, porque entiendo que pertenece a una sucesión'. Es decir, reconoce dominio ajeno, hecho que desvirtúa el ánimo de adquirir el derecho de dominio sobre el bien mediante el modo de la prescripción, prevaleciendo el título de los demandantes y procediendo, por lo tanto, la acción de dominio propuesta".

Respecto a prestaciones mutuas el sentenciador tuvo al poseedor como irregular y de mala fe. Le negó por tanto derecho a indemnización alguna por concepto de mejoras y lo condenó a restituir los predios reivindicados, junto con sus frutos naturales y civiles y no solo los percibidos sino también los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo la cosa en su poder. Declaró, asimismo, que si no existieran los frutos se deberá el valor que hubieran tenido al tiempo de su percepción, previa deducción de los gastos ordinarios invertidos en producirlos, según lo preceptúa el artículo 964 del C. Civil.

EL RECURSO

Primer cargo. (*Tercero de la demanda*)

Incongruencia. Para sustentar este reparo se alude a los numerales Segundo, Cuarto y Sexto de la sentencia y se afirma:

"En los pedimentos de la demanda se solicita que cada uno de los inmuebles fueran restituidos a quienes figuran en el libelo como propietarios, y nó que se ordenara la restitución de todos los inmuebles a todos los demandantes. La sentencia, como se observa, no dice a quien debe hacerse la restitución de cada uno de los bienes objeto de reivindicación".

Se produce luego el numeral Séptimo del fallo impugnado y se arguye:

"Cabe preguntar: a pagar a quien?. Porque el fallo no lo dice, y por ello resulta incongruente, y crea para la parte actora y para el demandado una situación incierta. Porque de quedar en firme el ameritado fallo sería preciso volver a formar el mismo litis consorcio, esta vez aumentado con el señor Luis Enrique Montoya, para obtener la efectividad del fallo. Y crea también una situación de desventaja para el demandado por cuanto el fallo ha hecho surgir una obligación INDIVISIBLE con respecto a los frutos de los inmuebles materia del juicio. O puede entenderse SOLIDARIA".

SE CONSIDERA:

Nada más ni nada menos, ni nada que no esté contenido en las peticiones de la demanda, fue concedido por el sentenciador. En la parte resolutiva del fallo se reproduce exactamente lo que fue solicitado en el libelo, excluyendo por tanto la posibilidad de la incongruencia de la sentencia en relación con la demanda y sin que pueda ser fundamento eficaz para aceptar el cargo que en el aparte séptimo no se diga el quantum que el demandado debe pagar por concepto de frutos y a quién; pues, es de obvia consecuencia que la parte vencida debe pagar a la vencedora lo que el fallo determine. Y cabe observar, además, que la condenación fue en abstracto, ya que se remitió a las partes al procedimiento del artículo 553 del C. Judicial, para fijar la cuantía de lo debido por concepto de frutos.

Segundo cargo. (*Primero de la demanda*).

Con fundamento en la causal primera del artículo 520 del C. Judicial, el recurrente impugna la sentencia por "aplicación indebida de los artículos 946, 952 y 961 del C. Civil por errónea apreciación de las pruebas que se señalan en el desarrollo del presente cargo".

Los errores de apreciación probatoria que según el recurrente determinaron la violación indirecta de las disposiciones citadas, consisten en lo siguiente:

a). En que el Tribunal expresa en su fallo que los tres inmuebles objeto de la acción, contiguos entre sí constituyen un solo globo, y que sobre este hecho no existe controversia. "Es evidente, arguye el impugnante, que la demanda presenta individualizados los inmuebles objeto de la litis, pero no señala los linderos generales del globo que se dice formado por los tres inmuebles. El alinderamiento particular hecho en el libelo de demanda no es prueba suficiente de la determinación e individualización del globo en su conjunto, y de allí que se hubiera

planteado desde el principio la controversia sobre este punto fundamental de la acción. Incurre en evidente error de hecho el Tribunal al considerar como un solo globo los inmuebles materia del litigio, toda vez que para ello hubiera sido preciso que el actor especificase los linderos generales, forma única de determinar el objeto reivindicable. (C. J. 222 C. Civil 2594, 2663)".

b). En que el fallador tuvo por probado el dominio de los demandantes sin embargo que las hijuelas que obran en el expediente no fueron debidamente registradas, ni se adujo la escritura de protocolización del juicio sucesorio, ni las copias de las hijuelas tienen la "forma de escritura pública, toda vez que falta el encabezamiento que indique el nombre del Notario, el nombre del otorgante, los nombres de los testigos instrumentales, etc. que intervinieron en el acto de protocolización".

Se dice que por este aspecto el Tribunal incurrió en error de derecho al dar el valor de prueba del dominio a las copias que aparecen en el expediente, cuando la ley exige para ello copia de la escritura de protocolización con la correspondiente nota de registro, y la falta de este instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos en que la ley exige esa solemnidad, según se desprende del artículo 1760 del C. Civil.

c). En que el Tribunal dedujo la posesión del demandado de la absolución de posiciones de éste rendidas en un juicio ordinario anterior entre las mismas partes.

"Por tratarse de una prueba trasladada, y producida antes de establecerse la demanda en el presente juicio, no podía el Tribunal, sin incurrir en evidente error de hecho darle el valor probatorio de plena prueba, ni aún tomarla en consideración. Pero pasando por alto esta circunstancia, tampoco esta prueba sirve al propósito de establecer la calidad de poseedor en el demandado en relación con el inmueble objeto de reivindicación".

Transcribe la pregunta primera del interrogatorio de posiciones y dice que el inmueble allí determinado no corresponde a ninguno de los tres que relaciona la demanda en los hechos segundo, tercero y cuarto, y por lo mismo, las respuestas dadas sobre ese supuesto nada tienen que ver con el presente litigio.

Infiere de lo anterior, error de hecho manifiesto que dice consistir en que el sentenciador tomó como medio probatorio la diligencia de absolución de posiciones que hace referencia a un inmueble distinto al del presente juicio.

d). Y en fin, en lo que respecta a la identidad entre lo que se demanda y lo que se posee, la demanda de casación afirma que el sentenciador erró en la apreciación de las pruebas, porque para afirmar la posesión del demandado tuvo como elementos probativos el memorial sobre excepciones, las preguntas hechas por el apoderado de la parte demandada a los testigos sobre si conocen la finca poseída por el señor Eduardo Castro y la diligencia de absolución de posiciones, en la cual apreciación -según el recurrente- el Tribunal incurrió en error de hecho, en virtud de que ninguna de esas pruebas es idónea para demostrar esa entidad, porque la manifestación del apoderado no tiene el valor probatorio de una confesión; porque la identidad debió establecerse con respecto a cada uno de los lotes, tomados en su individualidad; y, por último, en virtud de que los linderos señalados en la primera pregunta de la absolución de posiciones son totalmente distintos de los de cada uno de los lotes que se pretende reivindicar.

SE CONSIDERA:

1o. No da asidero para fundamentar el cargo, la afirmación del Tribunal de que los inmuebles contiguos entre sí forman un solo globo. Esta aseveración ya había sido hecha por la parte demandada al solicitar pruebas en la primera instancia del juicio, y con ella solo se quiso expresar la posición topográfica de los inmuebles. El demandado en el escrito citado y el Tribunal en el fallo, se refieren a los inmuebles como "debidamente individualizados por su ubicación y linderos en el libelo de demanda". De manera que la frase incidental no tiene el sentido que pretende dársele ahora, de indicar un inmueble único, sino simplemente de significar que los inmuebles debidamente individualizados, son contiguos entre sí.

Afirma el escrito de impugnación que "es evidente que la demanda presenta individualizados los inmuebles objeto de la litis, pero no señala los linderos generales del globo que dice formado por los tres inmuebles". La demanda inicial del juicio diferenció cada uno de los inmuebles señalando sus linderos, explicó que fueron adquiridos por los demandantes en el juicio de sucesión doble de Rosa María Franco de Arias y Sara Rosa Arias F., en el que fue objeto de partición el inmueble que ahora integran los lotes o bienes pertenecientes a los demandantes, sin que ello quiera significar que la demanda pretendiera la reivindicación de un inmueble único, sino de varios ya adjudicados, y, por eso, que no hubiera señalado, ni haya sido necesario hacerlo, los linderos generales del globo de terreno. Siendo la intención y objeto de la demanda claros, no podía el Tribunal darle sentido distinto al de su propio contenido.

2º. Afirma el recurrente que el Tribunal incurrió en error al tener las hijuelas como prueba del dominio de los demandantes, bien porque no fueron debidamente registradas, ya porque no tienen la forma de escrituras públicas. "Dichas hijuelas, según la constancia puesta al pié por el Notario, son copias tomadas de la escritura pública No. 1021 de 23 de junio de 1.947, otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Manizales".

Bien pudiera considerarse este aparte del cargo como medio nuevo, porque en las instancias no se ha planteado el punto de si las hijuelas aducidas al juicio son aptas para demostrar la titularidad de los demandantes; sin embargo, considerando la acusación, se observa que conforme al artículo 765 del C. Civil, son títulos de dominio los actos de partición; que debe considerarse la hijuela como título suficiente para demostrar ese dominio, si no se opone otro título o una posesión anteriores y que, lo que es objeto del Registro en el Libro de Causas Mortuorias son la partición y su sentencia aprobatoria.

Las hijuelas que el recurrente impugna llevan las notas de registro que ordena la ley y, además, cada hijuela fue registrada en nombre del asignatario respectivo (arts. 2654, 2659 y 2662 del C. Civil y art. 38 Ley 57 de 1.887), lo que los hace aptos para acreditar el dominio en los demandantes.

Para estimar como prueba la copia de una hijuela no es necesario la constancia del registro de la escritura de protocolización, máxime si la copia cita el número y fecha del instrumento de esa protocolización, porque, por el hecho de expedir la copia el Notario y hacerlo con esos detalles, obliga a reconocer que en el protocolo se hizo la incorporación consiguiente.

3º. Los apartes c) y d) de la demanda de casación acusan la sentencia de mérito, porque, según el recurrente, la posesión del demandado no está probada, ni establecida la identidad del inmueble; de modo que el Tribunal incurrió en error al tenerlas por acreditadas en el juicio.

Para desechar el planteamiento anterior, basta recordar que la jurisprudencia de la Corte ha sostenido que cuando el demandado en juicio de reivindicación no contesta el libelo, o al contestarlo guarda silencio respecto al hecho de la posesión y de la identidad, ese silencio o la falta de contestación, implican asentimiento a la posesión y a la identidad afirmados por el demandante. "El silencio del demandado al contestar el libelo, o al dejar de contestarlo -se dijo en sentencia de 30 de abril de 1.960-, implica asentimiento al hecho de la posesión, según la norma de los artículos 214 y 215 del C. J.", y agregó: "quien acepta ser el poseedor de un fundo, cuyas especificaciones se dan en la demanda, acepta de igual manera, la identidad del mismo, puesto que la posesión no es ente abstracto, sino hecho material concreto sobre una cosa, de suerte que mal puede separarse o aislarse de esta" (XCII, 466).

Tercer cargo. *(Segundo de la demanda).*

Se ataca la sentencia por "Violación indirecta del artículo 946 del C. C., determinada por la violación medio de los artículos 205, 209, 398 y 737 del C. J.", "en cuanto dice relación a los presupuestos procesales de DEMANDA EN FORMA y LEGITIMACION EN LA CAUSA". (sic).

"Para el primero se presenta esta extraña situación procesal: parte actora plural y pluralidad de objeto litigioso.

"La parte actora está formada conjuntamente: a) Por una persona natural, el señor Pedro Antonio Arias; b) Por una comunidad formada por los menores Luis Gonzaga, Margarita, María Ester y Hernando Arias Franco, y c) Por otra comunidad formada por Pedro Antonio Arias y sus hijos Luis Gonzaga, Margarita, María Ester y Hernando Arias Franco.

"El primero de ellos fue sustituido procesalmente por el señor Luis Enrique Montoya.

"En los hechos de la demanda se relata que a cada uno de los demandantes -Pedro Antonio Arias y las dos comunidades- corresponde en propiedad y posesión sendos bienes inmuebles debidamente individualizados, y ello a virtud de la partición de bienes en la sucesión doble de Rosa María Franco y Sara Rosa Arias F.

"Sobre este aspecto dice el Tribunal: 'Lo que quiere decir, que la ocupación por éste (el demandado) de los tres lotes tiene una misma causa y por ello que a pesar de que todos los demandantes no sean dueños de todos los lotes, resulta viable la acumulación para reclamarlos en una misma demanda. (Art. 397, numeral 4o. del C. Judicial)- (sic.).

"Por la cita, aun equivocada, que hace el fallo del art. 397 (debió citar el siguiente), se infiere la confusión que acusa el Tribunal entre los fenómenos procesales de la 'acumulación de acciones' y la 'acumulación de autos'. En la demanda propuesta existe una indebida acumulación de acciones, tanto desde el punto de vista subjetivo como objetivo. Porque si cada uno de los demandantes es propietario de su bien, como lo acepta el Tribunal, a cada uno le otorga la ley una

acción propia que debe ejercitar independientemente. El caso de autos no está contemplado en ninguna de las figuras de acumulación que nuestro sistema legal autoriza en casos excepcionales.

"En el presente juicio se operó una especie de litis-consorcio mixto que no reune los requisitos que la ley y la jurisprudencia aceptan para su ejercicio. Porque falta el elemento de la conexión que nuestra ley nomina como continencia de la causa. Siendo tres propietarios de inmuebles singularizados, cada uno deberá ejercitar por separado su acción reivindicatoria y en distintas demandas. Otra cosa es que, atendiendo a especiales circunstancias que la misma ley indica, y mediante el procedimiento que al efecto se señala, avanzando los juicios pueda solicitarse la acumulación de autos.

"En tales condiciones, la indebida acumulación que presenta la demanda le resta eficacia como presupuesto procesal de la acción ventilada en el juicio de la referencia.

"Falta también el presupuesto procesal de la legitimación en causa, porque no todos los demandantes tienen el mismo interés jurídico en reivindicar cada uno de los bienes objeto de la demanda. Como son inmuebles radicados en cabeza de distintos dueños, sólo el titular del dominio de cada inmueble puede ejercer validamente la acción reivindicatoria.

"Se patentiza mejor lo dicho si se considera en su individualidad el caso del litigante Luis Enrique Montoya, a quien la sentencia reconoce el derecho de dominio sobre el primer lote a que hace referencia la demanda.

"Para demostrar el interés jurídico, el señor Montoya presentó dentro del juicio la escritura pública No. 35, de fecha 8 de enero de 1.959, otorgada en la Notaría Primera de Manizales, en la cual aparece el señor Pedro Antonio Arias transfiriendo a título de venta al señor Luis Enrique Montoya el lote determinado en el hecho 2o. de la demanda original del pleito. Al punto QUINTO de este instrumento se dice: 'QUINTO. Y que de acuerdo con la ley se obliga al saneamiento de la propiedad vendida la que ENTREGA DESDE HOY AL COMPRADOR CON TODAS SUS ANEXIDADES' (subrayo). Y el comprador, a renglón seguido, acepta la escritura. En el punto primero de la escritura se dice que transfiere el DERECHO DE DOMINIO Y LA POSESION EFECTIVA. (fl. 52 C. 1).

"Es evidente que si el comprador entró en la posesión efectiva, no tenía acción reivindicatoria, por cuanto está confesando tener la posesión".

SE CONSIDERA:

a). No se opone al ordenamiento legal, antes en él encuentra estímulo (396), la posibilidad de unión o acumulación de juicios si inicialmente pudieron acumularse las acciones (209).

Las causas que ocasionan la acumulación en uno y en otro caso, son las mismas, aunque esto ocurra en distintos momentos del proceso: la de acciones en la demanda, en la reforma de ésta y en la de reconvención y la de autos durante la tramitación del juicio. La acumulación inicial y la de autos favorece la continencia de la causa y busca descartar la proliferación de juicios, por motivos de economía procesal. Si el fenómeno es el mismo, las reglas normativas del uno le son aplicables al otro. De modo que la regulación que autoriza la a-

cumulación de autos en el caso de similitud de causa y diversidad de sujetos y de objetos (398 ord. 4o.), es aplicable a la acumulación inicial o de acciones.

Causa o título en el caso presente se identifican y la conexión por este aspecto es clara; frente a un solo demandado, además, y en calidad, el actor, de representante legal de sus menores hijos y en su propio nombre también.

b). En cuanto a la falta de presupuesto procesal de legitimación en causa, "porque no todos los demandantes tienen el mismo interés jurídico en reivindicar cada uno de los bienes objeto de la demanda", conviene recordar una vez más que la legitimación en causa, no es un presupuesto procesal, sino elemento configurativo de la acción. Por regla general, la atribución de un derecho y de una acción se confunde con la existencia de ese derecho o de la acción y es principio de la ordenación procesal el de que están legitimados en la causa quienes jurídica y directamente van a ser afectados por la sentencia (233).

Luis Enrique Montoya demostró su interés para comparecer al juico con la escritura pública No. 35 de 1.959, cuestión que aceptó el Juzgado al tener dicha prueba como suficiente para "acreditar el interès que le asiste al señor Luis Enrique Montoya Londoño comprador del inmueble materia del litigio, para intervenir en el juicio ordinario.....".

Por otra parte, en la escritura No. 35 de 1.959, los contratantes dejaron constancia de la existencia de un juicio sobre el citado inmueble contra el señor Eduardo Castro.

RESOLUCION

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil-, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, de fecha veintidós (22) de enero de mil novecientos sesenta y dos (1.962), proferida en este juicio ordinario de Pedro Antonio Arias contra Eduardo Castro, sobre reivindicación de unos inmuebles.

Sin costas en casación porque no se causaron.

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

Arturo C. Posada. - Gustavo Fajardo Pinzón. - Enrique López de la Pava. - Enrique Coral Velasco. - José Hernández Arbeláez. - Julián Uribe Cadavid. - Ricardo Ramírez L., Secretario.

DESLINDE

En el juicio ordinario de oposición puede discutirse sobre cuestiones atinentes a la propiedad de la zona disputada. Diversas clases de oposición a que puede dar lugar. Ejidos. Facultad otorgada al Municipio de Cúcuta por la Ley 78 de 1.928, para transferirlos gratuitamente. Servidumbre.

Aunque con algunas mudanzas en su jurisprudencia, la Corte ha concluído por admitir que en el juicio ordinario de oposición a un deslinde se pueden plantear de manera expresa cuestiones referentes al dominio de los predios deslindados, a la nulidad o ineficacia de los títulos aducidos por las partes y aún a la posesión sobre los terrenos aledaños a la línea divisoria. Esta tesis ha sido expuesta en repetidas ocasiones, como puede verse en casaciones de 30 de noviembre de 1.946 (LXI, 2042, 680), 22 de febrero de 1.955 (LXXIX, 2150, 493) y 24 de mayo de 1956 LXXXII, 2167, 538).

La razón de esta tesis estriba en que, siendo el deslinde un atributo del dominio, al juicio que se promueva para obtenerlo no son ajenas las cuestiones que se refieren a la propiedad de los fundos o a la posesión que se alega como base de una prescripción ya consumada o como elemento ilustrativo del contenido especial de los títulos allegados por las partes.

2. La Ley 78 de 1.928 concede una autorización expresa al Municipio de Cúcuta "para hacer arreglos directos y traspasar la propiedad del terreno a los actuales prepietarios de edificaciones situadas en los ejidos de la ciudad, y a los que construyan en adelante en los mismos lugares, prescindiendo en las formalidades de la licitación pública y avalúo judicial". El artículo 2o. de la misma Ley dispone que "a los actuales poseedores materiales que hayan edificado en los terrenos mencionados y que.... comprueben que son completamente pobres, el Municipio les podrá transmitir la propiedad, sin pago de derechos fiscales, a título de donación en la forma que parezca más conveniente".

Esta Ley 78 se dictó para otorgar al Municipio de Cúcuta la autorización mencionada; es, pues, una ley con objeto especial que no aparece expresamente derogada por la ley 41 de 1.948, la cual se refiere en general a la prescripción, administración y enajenación de los terrenos ejidos existentes en cualquier Municipio del país. Tampoco puede ella considerarse tácitamente abrobada por esta ley 41, porque las disposiciones de los dos estatutos no son incompatibles y porque la autorización que concede dicha Ley 78 obedece a una finalidad específica relacionada exclusivamente con los ejidos del Distrito nombrado. De manera que no es lógico ni posible admitir que la expresa-

da Ley 41 hubiera privado al Municipio de Cúcuta de la facultad de transferir gratuitamente la propiedad de sus ejidos a quienes los ocupan con edificaciones y comprueben su pobreza. Esa facultad subsiste aún.

Si el Municipio de Cúcuta se hallaba autorizado, en el evento que se contempla, para transferir gratuitamente a determinada persona el solar que en efecto le donó, por haber llenado ésta los requisitos exigidos por la citada Ley 78 de 1.928, es de rigor concluir que esa donación constituye un justo título de dominio, que él no quedó afectado de la nulidad de que habla el art. 8o. de la Ley 41 de 1.948, y que debe considerarse justo y válido.

3. De acuerdo con el artículo 869 del C. Judicial y con los artículos 870 y 871 *ibídem*, la Corte tiene establecido que el deslinde de predios puede dar lugar a tres clases de oposición, así: una primera relativa a la posesión de los terrenos respectivos en que el Juez deja a las partes al señalar la línea divisoria y con arreglo a ella; una segunda dirigida contra el deslinde mismo y que se promueve dentro de los diez días siguientes a la fecha de la diligencia, y otra tercera enderezada también contra el deslinde, la cual puede formularse en cualquier tiempo anterior a la prescripción de la acción y se ventila en juicio ordinario separado. La primera oposición, que debe proponerse en el acto mismo de la diligencia, surge de los términos del citado art. 869 del C. Judicial; el derecho a formular la segunda oposición está consagrado por el art. 871 *ibídem*, y la facultad de promover la tercera oposición se deriva del mandato del art. 870 (LII, 1980, 723; LV, 1993, 114).

Conforme a la ya citada doctrina de la Corte, en el juicio de deslinde la posesión de los terrenos integrantes de la zona en disputa puede desempeñar el doble papel de servir de elemento ilustrativo del contenido espacial de los respectivos títulos de dominio y de factor determinante de la demarcación del lindero al configurar una prescripción de la propiedad sobre esos terrenos. Y aún puede ser motivo para obtener el reconocimiento de un mejor derecho sobre las mismas tierras o para justificar su retención a fin de asegurar el pago de mejoras puestas en ellas (LXXXII, 2167, 544). De ahí que la ley autorice a la parte desfavorecida con el deslinde para oponerse a la posesión en que el Juez ha de dejar a los interesados al señalar la línea divisoria de sus fundos.

4. La servidumbre es un derecho real susceptible de ser en sí mismo poseído (C. C. 665, 670 y 776), pero que no confiere al dueño del predio dominante posesión alguna sobre la heredad sirviente.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, Junio quince de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique López de la Pava).

La señora Flor de María Pérez demandó al señor Eufracio Zafra ante el Juez Primero Civil del Circuito de Cúcuta para que se decretase y llevara a cabo el deslinde de dos solares contiguos, de propiedad de las partes, ubicados en el barrio llamado "La Loma de Bolívar", dentro del perímetro urbano de la misma ciudad de Cúcuta.

Aunque el demandado se opuso con el argumento de que la actora no era dueña del inmueble que pretendía hacer demarcar, el deslinde se realizó en diligencia practicada por el Juez en los días siete y nueve de febrero de 1.961. En esa diligencia se dispuso: "1o. Señálase como lindero de los predios de propiedad de la demandante, señora Flor de María Pérez, y del demandado, señor Eufracio Zafra, por el costado oriental del primero y occidental del segundo, una línea recta originada en el costado Norte, en un mojón que se coloca distante 6,45 mts. de la pared de ladrillo que constituye el lindero occidental del predio de la demandante, hasta otro mojón situado en el Sur, a 42,30 mts. del anterior colocado a 5,04 mts. de la pared antes mencionada.- 2o. Déjase a las partes en posesión de los respectivos terrenos con arreglo a la línea fijada.- En este estado el señor apoderado de la parte demandada con la venia del Juzgado dice: 'Desde ahora me opongo a la decisión del Juzgado sobre la línea fijada y de conformidad con el artículo 871 del Código Judicial la oposición la formularé dentro del término allí señalado'.- En virtud de la oposición que en este acto formula la parte demandada el Juzgado deja sin efectos la disposición del numeral 2o. sobre posesión de las partes".

Por conducto de mandatario el señor Zafra propuso oportunamente su oposición y en la demanda respectiva formuló estas súplicas.

"a) Que por los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía y en sentencia que cause ejecutoria y con citación y audiencia de la señora Flor de María Pérez, mayor de edad y de esta vecindad, y a quien señalo como demandada, se declare sin valor alguno la fijación de la línea divisoria señalada como lindero en la diligencia de fecha nueve de febrero del año en curso de los predios de propiedad de la señora Flor de María Pérez y del señor Eufracio Zafra y que consiste en una línea recta originada en el costado Norte, en un mojón que se coloca distante seis metros cuarenta y cinco centímetros (6,45) de la pared de ladrillo que constituye el lindero occidental del predio de la señora Flor de María Pérez, hasta otro mojón situado en el Sur, a cuarenta y dos metros treinta centímetros (42.30) del anterior, colocado a cinco metros cuatro centímetros de la pared antes mencionada.

"b) Que como consecuencia de lo anterior se deseche el señalamiento de la línea divisoria fijada como lindero entre los predios de Flor de María Pérez, demandada en esta acción, y Eufracio Zafra, demandante".

En los hechos del libelo se alude al juicio de deslinde y se expresa que la señora Pérez es dueña de una pequeña casa, pero no del solar que queda al frente de esa habitación, que en la diligencia de apeo se dió por identificado dicho solar, que para señalar la línea divisoria sólo se tuvo en cuenta la cabida del fundo del señor Zafra, pero no el hecho de que éste hizo un relleno en el costado oriental de su solar, y que el mismo Zafra ha tenido y tiene la posesión de la zona en disputa, como lo prueba la sentencia dictada en un anterior juicio de reivindicación promovido contra aquél por la señora Pérez. Manifestó además el opositor demandante que proponía "la excepción perentoria de carencia de acción" por falta de personería sustantiva de la demandada proveniente de no ser ella titular del derecho de dominio sobre el predio cuyo deslinde solicitó.

La señora Pérez contestó la demanda de oposición, admitió unos hechos, negó otros y sostuvo que ella sí era propietaria del solar mencionado por haberlo adquirido del Municipio de Cúcuta.

El Juez de la causa puso término a la primera instancia mediante fallo de dos de diciembre de 1.961, en el cual se resolvió confirmar como lindero de los fundos de las partes la línea divisoria señalada en la diligencia de apeo, cancelar la inscripción de la demanda y condenar en costas al demandante.

LA SENTENCIA ACUSADA

Abierto y surtido el segundo grado por alzada del mismo actor Zafra, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona profirió la sentencia de 14 de junio de 1.962, por la cual se confirmó la decisión recurrida y se exoneró al apelante del pago de costas.

Después de recordar las incidencias del juicio de apeo, la línea que en él fue señalada, la oposición del demandado, la demanda formulada por éste y el fallo de primer grado, la sentencia del Tribunal le hace al mismo libelo de oposición el reparo de contraerse a solicitar que se declare sin valor la fijación de la aludida línea divisoria y de no determinar cuál podría ser la demarcación que en concepto del opositor deben tener los solares que se trata de deslindar. Como el juicio de oposición a un deslinde no tiene por objeto dejar sin demarcar el lindero de los predios respectivos, en la demanda inicial de esa litis debe señalarse en concreto cuál es la línea divisoria llamada a sustituir a la que se fijó en la diligencia de apeo. Como en este caso no se cumplió tal requisito, habría que concluir que este negocio adolece de falta del presupuesto de demanda en forma que impide hacer un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

Sin embargo de lo dicho, la sentencia aborda el análisis de las cuestiones planteadas en el juicio y se refiere en primer lugar al punto de la prescripción para expresar que este asunto no fue propuesto por el actor sino en el resumen que su apoderado hizo de sus alegaciones orales en la audiencia y que por tanto no puede considerarse oportunamente alegado. Esto de una parte, que de otra la prueba testimonial allegada por el demandante no demuestra que él haya poseído durante el tiempo necesario para usucapir una porción del solar de la demandada Pérez.

En cuanto toca con la alegación de que esta señora no es dueña del fundo que pretende hacer deslindar y que por ello carece de la acción que ejercita, basta con observar, como lo hizo el fallo de primera instancia, que la demandada adujo la Escritura No. 472, de 9 de abril de 1.959, por la cual adquirió su solar del Municipio de Cúcuta, título que comprueba el domino sobre dicho inmueble, de acuerdo con lo prescrito por el art. 765 del C. Civil. En tal instrumento consta además la declaración de la adquiriente de estar ya en posesión de inmueble donado.

Sobre el problema de la cosa juzgada que alega el demandante Zafra, anota el fallo que, por no aparecer provistas de las estampillas correspondientes y de acuerdo con las normas reguladoras del impuesto de timbre, no pueden ser admitidas como prueba las sentencias en que se funda dicha cosa juzgada y que se dictaron en el juicio de reivindicación que con anterioridad ventiló la señora Pérez contra el nombrado Zafra.

"No existe, pues -afirma finalmente la sentencia- ningún motivo comprobado que induzca a variar la demarcación hecha por el juez en la diligencia de apeo, ni a hacer prevalecer la que hubiera propugnado el demandado (sic), ni a

fijar una distinta de conformidad con las pruebas contradictoriamente aducidas, siendo entonces necesario confirmar la providencia apelada".

LA IMPUGNACION

El demandante recurrió en casación y con respaldo en la primera de las causales que consagra el art. 520 del C. Judicial, formula contra la sentencia de segundo grado cinco cargos que la Corte procede a examinar.

Primer cargo.

Se hace consistir en la "violación indirecta del art. 4o. de la Ley 41 de 1.948, por aplicación indebida del art. 765 del C. C.".

En orden a sustentar este motivo el recurrente dice que por la Escritura No. 472, de 9 de abril de 1.959, el Municipio de Cúcuta transfirió a título gratuito a la señora Flor de María Pérez el solar cuyo deslinde pidió ésta, que con este título ha pretendido la misma señora comprobar su calidad de dueña de tal inmueble para ejercer el supuesto derecho de que se fije el lindero del mismo bien con el solar del señor Zafra y que la sentencia admite que dicho título acredita en realidad el dominio de la Pérez sobre el fundo mencionado, según el art. 765 del C. Civil. Como este precepto dispone que la donación es justo título traslaticio de dominio, quiere ello decir que la sentencia acepta la donación como medio idóneo para adquirir la propiedad de los terrenos ejidos. Sucede sin embargo que una persona no puede obtener el dominio de un bien cualquiera sin cumplir los requisitos impuestos por el legislador y que, con relación a los ejidos, la Ley 41 de 1.948 reguló el procedimiento que los Municipios han de seguir para hacer la transmisión de los ejidos urbanos destinados a resolver el problema de la vivienda popular. Dicha Ley habla de enajenación de esos terrenos y conforme a su propio espíritu por tal enajenación debe entenderse la venta de las mismas tierras y no cualquier otro negocio y menos la donación, de suerte que los ejidos pueden ser objeto de venta, pero no donados, es decir, que, de acuerdo con la finalidad de la misma Ley, "sólo un negocio jurídico con causa onerosa y no gratuita, estaría acorde con sus principios económicos, sociales y jurídicos".

El recurso transcribe el texto del art. 4o de la expresada Ley 41 de 1.948 que autoriza la enajenación de los terrenos ejidos sin previa subasta pública, y expresa en seguida:

"Al decirse en la escritura pública, ya citada, que la transferencia del lote a que se refiere, se hacía 'de conformidad con las Leyes 78 de 1.928 y 41 de 1.948', se presume que los contratantes al atenerse a este último texto legal, debían dar cumplimiento a la norma transcrita, pues, como ya se indicó, esta es la única disposición que hace relación a un negocio jurídico en tal Ley.

"El H. Tribunal de Pamplona al aplicar el art. 765 del C. C., indebidamente, por estimar que la donación es justo título traslaticio de dominio de un terreno ejido, violó indirectamente el art. 4o. de la Ley contractual que sólo habla de venta para adquirir aquel derecho. A la vez permitió que implícitamente se derogara una disposición legal por un convenio particular. Igualmente se dió por reconocido un derecho de dominio para impetrar la acción de deslinde en cabeza de quien no lo tenía legalmente".

Segundo cargo.

Versa sobre el quebranto directo de los arts. 766 del C. Civil y 8o. de la Ley 41 de 1.948, por falta de aplicación.

En desarrollo de este cargo el recurso transcribe el ordinal tercero del art. 766 del C. Civil sobre que no es justo título el que adolece de nulidad y recuerda también que el art. 8o. de lo citada Ley 41 estatuye que "son absolutamente nulos los contratos de compraventa de terrenos ejidos urbanos que se celebren con incumplimiento de los requisitos señalados en los artículos 5o., 6o. y 7o. de esta Ley". Agrega que, como se ha visto, en la Escritura No. 472, de 9 de abril de 1.959, las partes dijeron acogerse a los preceptos de la misma Ley 41 de 1.948, pero que en realidad no los cumplieron porque el acto consignado en ese instrumento fue una donación y no una compraventa, que es lo previsto por dicha Ley; por tanto ese acto de donación es nulo por razon de que tal Ley no lo autoriza, desde luego que ella sólo habla de compraventa con su requisito del precio. "Por ser jurídicamente imposible -dice el recurso- que una donación, como la hecha a la señora Pérez, tuviere como contraprestación el pago de un precio, es por lo que se desestimó por las partes la exigencia del art. 4o. de la Ley 41 de 1.948. Hubo, pues, en virtud del negocio jurídico celebrado la operancia de un vicio de nulidad absoluta. En consecuencia y ante esa circunstancia, no se reunen los elementos convincentes de que el derecho de dominio sobre el fundo ejido lo obtuviere la señora Pérez por justo título. En este evento la norma que debiera haberse aplicado es el art. 766 en su ordinal 3o., la que se desconoció en absoluto por el Tribunal, violándola directamente por su omisión misma. Igualmente ocurrió lo mismo con el art. 8o. de la Ley 41 de 1.948".

Tercer cargo.

Consiste en la infracción directa del art. 2o. de la Ley 50 de 1.936, por falta de aplicación.

Sobre este cargo expresa el recurso que, al considerar la sentencia como justo título la donación hecha por el Municipio de Cúcuta a la señora Pérez, hay que suponer que analizó ese acto a la luz de la Ley 41 de 1.948; pero que, confrontando dicho acto con lo prescrito por esta Ley, se ve que el fallo no apreció la nulidad absoluta que afecta al primero y que no declaró esa nulidad, violando así el art. 2o. de la Ley 50 de 1.936, por falta de aplicación, y reconociendo a la señora Pérez su derecho de dominio y su acción de deslinde.

LA CORTE CONSIDERA:

I) Aunque con algunas mudanzas en su jurisprudencia, la Corte ha concluido por admitir que en el juicio ordinario de oposición a un deslinde se pueden plantear de manera expresa cuestiones referentes al dominio de los predios deslindados, a la nulidad o ineficacia de los títulos aducidos por las partes y aun a la posesión sobre los terrenos aledaños a la línea divisoria. Esta tesis ha sido expuesta en repetidas ocasiones, como puede verse en casaciones de 30 de noviembre de 1.946 (LXI- 2042, 680), 22 de febrero de 1.955 (LXXIX- 2150, 493) y 24 de mayo de 1.956 (LXXXII- 2167, 538).

La razón de esta tesis estriba en que, siendo el deslinde un atributo del dominio, al juicio que se promueva para obtenerlo no son ajenas las cuestiones

que se refieren a la propiedad de los fundos o a la posesión que se alega como base de una prescripción ya consumada o como elemento ilustrativo del contenido espacial de los títulos allegados por las partes.

Con este punto de vista teórico resulta congruente la pretensión del actor Zafra de impugnar por una supuesta nulidad el título de dominio que ostenta la demandada Flor de María Pérez.

II) El planteamiento fundamental del recurrente consiste: en que la señora Pérez no es dueña del solar que ha buscado deslindar del fundo del propio señor Zafra, porque su título de dominio está afectado de nulidad absoluta y no constituye en realidad un justo título; en que, en efecto, la demandada adquirió su solar por donación que le hizo el Municipio de Cúcuta, como aparece de la Escritura No. 472, de 9 de abril de 1.959, pero sucede que, conforme a los preceptos de la ley 41 de 1.948, el Distrito nombrado no podía ni puede hacer donación de los terrenos urbanos que tienen la calidad de ejidos; en que esta ley autoriza la venta, pero no la enajenación a título gratuito de esos terrenos, y dispone en su art. 8o. que son absolutamente nulos los contratos que se celebren con incumplimiento de los requisitos que la misma Ley prescribe; y en que la señora Pérez no podía, pues, recibir en donación el solar mencionado; ese título es nulo y no constituye por tanto justo título para el efecto de reconocerle dominio sobre el inmueble dicho y acción para obtener su deslinde.

Por la Escritura No. 472, extendida en la Notaría Primera de Cúcuta el 9 de abril de 1.959, el Municipio de Cúcuta transfirió a título gratuito a la señora Pérez un lote de terreno ejido constante de doscientos veintiún metros cuadrados. En ese instrumento se expresó que la transferencia se hacía en conformidad con lo preceptuado por las leyes 78 de 1.928 y 41 de 1.948 y por unos acuerdos del Concejo. La mentada Ley 78 de 1.928 concede una autorización expresa al Municipio de Cúcuta "para hacer arreglos directos y traspasar la propiedad del terreno a los actuales propietarios de edificaciones situadas en los ejidos de la ciudad, y a los que construyan en adelante en los mismos lugares, prescindiendo de las formalidades de la licitación pública y avalúo judicial". El art. 2o. de la misma Ley dispone que "a los actuales poseedores materiales que hayan edificado en los terrenos mencionados y que..... comprueben que son completamente pobres, el Municipio les podrá transmitir la propiedad, sin pago de derechos fiscales, a título de donación en la forma que parezca más conveniente".

Esta Ley 78 se dictó para otorgar al Municipio de Cúcuta la autorización mencionada; es, pues, una Ley con objeto especial que no aparece expresamente derogada por la Ley 41 de 1.948, la cual se refiere en general a la prescripción, administración y enajenación de los terrenos ejidos existentes en cualquier municipio del país. Tampoco puede ella considerarse tácitamente abrogada por esta Ley 41, porque las disposiciones de los dos estatutos no son incompatibles y porque la autorización que concede dicha Ley 78 obedece a una finalidad específica relacionada exclusivamente con los ejidos del Distrito nombrado. De manera que no es lógico ni posible admitir que la expresada Ley 41 hubiera privado al Municipio de Cúcuta de la facultad de transferir gratuitamente la propiedad de sus ejidos a quienes los ocupan con edificaciones y comprueben su pobreza. Esa facultad subsiste aún, y en ejercicio de ella fue como dicho Municipio donó a la señora Pérez el solar señalado en la Escritura No. 472, citada.

Si el Municipio de Cúcuta se hallaba autorizado para transferir gratuitamente a la señora Pérez el solar que en efecto le donó, es de rigor concluir

que esa donación constituye un justo título de dominio, que él no quedó afectado de la nulidad que alega el recurrente y que, al considerarlo justo y válido, la sentencia no quebrantó los arts. 765 y 766 del C. Civil, ni los arts. 4o. y 8º. de la Ley 41 de 1.948 y mucho menos el 2o. de la Ley 50 de 1.936 al abstenerse de declarar oficiosamente una nulidad absoluta que no se produjo.

Cuarto cargo.

Se hace consistir en la "violación indirecta de los arts. 762 y 764 del C. C. por violación medio del art. 1759 del C. C. y art. 603 del C. J.".

Con el fin de fundar este motivo afirma el recurso que la sentencia admite la declaración consignada en la Escritura No. 472 de estar ya la donataria Pérez en posesión del solar donado como prueba de esa posesión, en contra de los argumentos y probanzas del demandante sobre que es él quien ejerce la posesión sobre ese inmueble. "El sentenciador -dice el impugnante- incurre en error de derecho al apreciar esta prueba, pues le atribuye a la confesión de la adquirente un valor probatorio que legalmente no tiene. Pues, como lo califica el art. 1759 del C. C., el cual fue violado, en concordancia con el art. 603 del C. J., también violado, las declaraciones de los interesados en un documento público no hacen plena fe sino contra éstos y sus causahabientes. Por consiguiente el contenido y declaraciones de los otorgantes no son oponibles a terceros. En el caso sub-lite, se intenta por el Tribunal probar un hecho mediante una prueba de efecto relativo. Pues mi poderdante Zafra, contra quien se impugna la prueba, es un tercero y obviamente no puede afectarle. Por eso si el Tribunal se atiene a esta expresión del adquirente viola indirectamente los art. 762 y 764 del C. C., al querer demostrar las hipótesis en ellos contenidas y dar por probado en cabeza de Flor de María Pérez el hecho de estar actualmente en posesión de su bien. Igualmente esta prueba resulta infirmada por testimonios que obran en el expediente, como luego veremos, y cuyas respectivas deposiciones demuestran todo lo contrario, es decir, que quien tiene en el momento la posesión material del lote que adquirió la señora Pérez, es mi poderdante Eufracio Zafra".

Quinto cargo.

Consiste en la "violación indirecta de los arts. 762, 763 y 883 del C. C., a consecuencia de la violación medio de los arts. 593, 594, 596, 601 y 697 del C. J., por evidente error de hecho al no apreciarse las declaraciones de los testigos que posteriormente se indican".

En relación con este cargo expresa el impugnante que en la demanda inicial de este juicio de oposición al deslinde, el actor Zafra dijo que, según los títulos por él aducidos, su solar linda por el costado occidental con una servidumbre, que ésta fue lo transferido a la señora Pérez y que el propio demandante es quien "ha tenido y tiene la posesión de la zona en disputa". Agrega el recurso que para probar estos asertos se allegaron los testimonios de los señores Nicolás Muñoz, Francisco Sánchez, Luis A. Lindarte y Luis Guerra. Transcribe los pasos de estas declaraciones que se refieren a la posesión del señor Zafra sobre su solar y afirma que la sentencia, consideró tales pruebas dara desestimar la invocación de la usucapión hecha a destiempo por el personero del mismo demandante, pero no para apreciar en sí el hecho de la posesión alegado por éste. Por causa, de esa omisión, sostiene el recurrente, el fallo quebrantó los arts. 601 y 697 del C. Judicial, y añade: "Al no apreciar el Tribunal estas deposiciones incurrió en error evidente de hecho, pues ellas aparecen de autos y omitió

ilegalmente estimarlas. Si ellas no probaban la prescripción indebidamente interpuesta, si debieron tenerse en cuenta para constatar los pedimentos del citado libelo, por lo que también se desconoció en esta forma lo estatuido por los arts. 593 y 596 del C. J. A consecuencia de esta falta de apreciación, por un manifiesto error de hecho, se violaron indirectamente los arts. 762 y 763 del C. C. Con dichos testimonios demostró eficientemente mi mandante estar en posesión del bien o predio que la señora Pérez reclama como suyo, lo que demuestra a las claras que ella no tenía la posesión material. Por lo tanto se le desconoció sus condiciones de poseedor, que le dan derecho a ejercer defensa sobre sus bienes".

También anota el recurso que el testigo Luis Dolores Mora, traído por la demandada, confirma que ésta no disfruta de la posesión del solar que da frente a su casa y que dicho testimonio tampoco fue apreciado por la sentencia, violando así los arts. 594, 601 y 696 del C. Judicial. Y afirma finalmente que si el predio donado a la señora Pérez correspondía a una servidumbre, se infringió también indirectamente, "a consecuencia de un error de derecho y por un manifiesto error de hecho el art. 883 del C. C.", que establece que las servidumbres son inseparables del predio a que activa o pasivamente pertenecer. Como aquella "servidumbre es parte del mismo lote grande que pertenece" al señor Zafra, es forzoso admitir que la señora Pérez no podía promover el deslinde si se acepta que fue tal servidumbre lo que ella hubo del Municipio.

LA CORTE CONSIDERA:

Dispone el art. 869 del C. Judicial que, una vez señalada la línea divisoria y colocados los mojones que sean necesarios para marcarla ostensiblemente, "el juez deja a las partes en posesión de los respectivos terrenos, con arreglo a la línea fijada, si ninguna de ellas se opone".

De acuerdo con este precepto y con los arts. 870 y 871 ibidem, la Corte tiene establecido que el deslinde de predios puede dar lugar a tres clases de oposición, así: una primera relativa a la posesión de los terrenos respectivos en que el juez deja a las partes al señalar la línea divisoria y con arreglo a ella; una segunda dirigida contra el deslinde mismo y que se promueve dentro de los diez días siguientes a la fecha de la diligencia, y otra tercera enderezada también contra el deslinde, la cual puede formularse en cualquier tiempo anterior a la prescripción de la acción y se ventila en juicio ordinario separado. La primera oposición, que debe proponerse en el acto mismo de la diligencia, surge de los términos del citado art. 869 del C. Judicial; el derecho a formular la segunda oposición está consagrado por el art. 871 ibidem, y la facultad de promover la tercera oposición se deriva del mandato del art. 870 (LII- 1980, 723- LV-1993, 114).

Conforme a la ya citada doctrina de la Corte, en el juicio de deslinde la posesión de los terrenos integrantes de la zona en disputa puede desempeñar el doble papel de servir de elemento ilustrativo del contenido espacial de los respectivos títulos de dominio y de factor determinante de la demarcación del lindero al configurar una prescripción de la propiedad sobre esos terrenos. Y aun puede ser motivo para obtener el reconocimiento de un mejor derecho sobre las mismas tierras o para justificar su retención a fin de asegurar el pago de mejoras puestas en ellas (LXXXII- 2167, 544). De aquí que la ley autorice a la parte desfavorecida con el deslinde para oponerse a la posesión en que el juez ha de dejar a los interesados al señalar la línea divisoria de sus fundos.

El demandante en este negocio se opuso al deslinde y luego, al formular esa oposición, pidió concretamente en su demanda que se declarara "sin valor alguno la fijación de la línea divisoria señalada como lindero en la diligencia de fecha nueve de febrero del año en curso" y que como secuela de ello se desechara el señalamiento de la misma línea. El libelo de oposición, como lo anota el fallo impugnado, no determinó el lindero que, en sentir del actor, debería separar los fundos de las partes en sustitución de la línea demarcada en la diligencia de apeo, ni tampoco planteó cuestión alguna relacionada con la posesión. Solo en los hechos de esa demanda se expresó que el señor Zafra ha tenido y tiene la posesión de la zona disputada, y más tarde el personero del mismo demandante, en el resumen escrito de los argumentos expuestos en la audiencia celebrada en segundo grado, alegó la prescripción adquisitiva de dicha zona. La sentencia consideró este punto para expresar que no sólo había sido propuesto de modo extemporáneo, sino también que la prueba traída en su respaldo no acreditaba la posesión del señor Zafra por el tiempo necesario para consumar ese prescripción.

La sentencia sí apreció los testimonios que cita el recurso y tuvo en cuenta la posesión alegada por el actor y su lapso de duración, según los declarantes, para inferir que no se había producido en beneficio del mismo demandante la prescripción del dominio sobre todo o parte del solar de la señora Pérez. De manera que por este aspecto el fallo no incurrió en ningún error de hecho. Mas si lo que pretende el recurrente es que la sentencia hubiera considerado esa posesión para reconocerle al señor Zafra un derecho distinto del dominio ganado por prescripción o para alterar la línea divisoria fijada en la diligencia de apeo, hay que observar: primero, que dicho opositor no invocó la tutela de ningún otro derecho nacido de la misma posesión y que de consiguiente la sentencia no podía incurrir ni en efecto incidió en yerro de ningún género por abstenerse de estimar si las pruebas mencionadas demostraban derechos que no se reclamaron; segundo, que, si bien los testigos hablan de la posesión del nombrado Zafra sobre su solar, no indican con precisión los linderos de este inmueble ni dicen si esa posesión se ejerció sobre el lote de la señora Pérez, de suerte que, por este otro aspecto, el fallo no cometió ningún error de hecho al no tomar dicha posesión como elemento suficiente para variar la mentada línea divisoria.

Acerca de la alegada violación del art. 883 del C. Civil cabe anotar que, al expresar el título del demandante Zafra que su solar linda por el costado occidental con una servidumbre, no autoriza para entender que ese fundo disfrute de esa servidumbre sobre el predio de la señora Pérez, y que, aunque estuviera probado que sí goza de tal derecho, éste no le otorgaría al mismo Zafra facultad alguna para ejercer posesión sobre el lote de la demandada. La servidumbre es un derecho real susceptible de ser en sí mismo poseído (C. C., 665, 670 y 776), pero que no confiere al dueño del predio dominante posesión alguna sobre la heredad sirviente.

En relación con el error de derecho que se enuncia en el cuarto cargo, ha de observarse finalmente que, si es verdad que la sentencia expresa en forma incidental que en la Escritura No. 472, citada, se dice que la donataria Pérez estaba ya en posesión del solar que por ese instrumento le donó el Municipio de Cúcuta, no es menos cierto que esa manifestación la recogió como circunstancia corroborante del dominio adquirido por dicha señora y no como prueba de su posesión ni de ella hizo derivar ningún derecho en favor de la misma demandada y en perjuicio del demandante. Fue el señor Zafra quien alegó estar ejerciendo posesión sobre el predio de la Pérez y está visto cómo los testimonios aducidos

en prueba de ese hecho hablan de la posesión del demandante sobre su propio fundo y no sobre el de la demandada, y en consecuencia no puede afirmarse ni admitirse que el fallo incurrió en el error de valoración probatoria que se le imputa, y aunque lo hubiera en realidad cometido, tal yerro careceria en este caso de trascendencia por no aparecer debidamente establecida la prescripción del dominio que impusiera el cambio de la línea divisoria inicialmente señalada.

Estas consideraciones demuestran que el recurso no puede prosperar.

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 catorce de junio de mil novecientos sesenta y dos dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona en este juicio ordinario sobre oposición a un deslinde del señor Eufracio Zafra contra la señora Flor de María Pérez.

Sin costas porque no se causaron.

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

Arturo C. Posada. - Gustavo Fajardo Pinzón. - Julián Uribe Cadavid. - Enrique Coral Velasco. - José Hernández Arbeláez. - Enrique López de la Pava. - Ricardo Ramírez L., Secretario.

SIMULACION Y NULIDAD

Son fenómenos jurídicos distintos que no pueden confundirse. Relaciones sexuales estables y notorias y posesión notoria del estado civil de hijo natural. Autonomía del juzgador en la apreciación de la prueba al respecto. Su relatividad. Demanda. Calificación jurídica de la pretensión del libelo inicial. Remedios para corregir los defectos de que pueda adolecer.

1. La Corte ha subrayado siempre la ponderosa responsabilidad del juzgador de instancia en los juicios de filiación natural, ya que el recurso extraordinario, por su carácter estricto, se desarrolla sobre el supuesto de que el contenido de las normas, en abstracto y en concreto, fue acatado en el pronunciamiento que puso fin a un proceso seguido en forma regular. De modo que si la paternidad controvertida no es susceptible de prueba directa, sino que su descubrimiento se desprende de inferencias cuyo alcance probatorio encuentra refugio inviolable en la conciencia del juzgador, por el íntimo convencimiento que se haya formado, no es posible desconocer los poderes discrecionales de instancia que resuelvan en sentido favorable o adverso a las súplicas, salvo en el evento extremo de que el arbitrio judicial degenere en arbitrariedad manifiesta delante de la espléndida luz procesal.

Si márgenes de duda permitieran a la Corte sustituir con otro el criterio del sentenciador al valorar las inferencias de paternidad natural, para rechazarla o declararla, no se trataría ya de la prosperidad o insuceso del recurso de casación, sino simplemente de abrir un tercer grado procesal, de creación imposible por vía de doctrina.

Por todo ello la Corte ha encarecido a los juzgadores de instancia el máximo cuidado que exige la posición excepcional de estas materias. Y así, no sobrará la transcripción de párrafos tomados de la sentencia de 15 de junio de 1.954, a saber:

"Esta regulación legal significa claramente que los hechos constitutivos de la posesión notoria del estado civil de hijo natural deben aparecer manifiestos en su preciso y profundo alcance, de manera inequívoca y con tal claridad que vengan a ser los equivalentes jurídicos del reconocimiento voluntario del padre, manifestado en este caso sin ninguna de las solemnidades exigidas, pero sí por medio de actos exteriores y continuado por más de diez años, en lo que mira a la subsistencia, educación y establecimiento del hijo, y en forma tan concluyente que permita a deudos y amigos o al vecindario en general inferir la paternidad, del propio modo que al juez llegar a formarse la más firme, plena e íntima convicción acerca de la existencia de aquel estado civil,

"Si dentro del régimen de la familia legítima, en que el hijo nace protegido por la presunción legal de paternidad que del matrimonio arranca, todavía es posible impugnar la legitimidad, a pesar de mostrarse en las mejores condiciones de certidumbre, no habrá de ser nunca menos austera la exigencia legal de pruebas fidedignas, irrefragables y del todo concluyentes cuando se busca esclarecer y determinar la filiación fuera del matrimonio, que se produce en campos de incertidumbre, a veces impenetrable, desde luego que la paternidad, oculta por naturaleza, no es susceptible de comprobación directa ....

"Si el debate sobre la filiación legítima, fundada en el matrimonio, se orienta sobre bases ciertas: período biológico de la gestación, presunción *pater is est quem nuptiae demostrant*, en la procreación extramatrimonial no existe el mismo apoyo de certidumbre, el demandado se presume libre de una paternidad que es necesario comprobarle por medio de inferencias tan fuertes, tan completas, tan armónicas y concluyentes que no permitan el menor género de duda en el ánimo del juzgador, con razón que sube de punto si el pretendido padre ha muerto ya" (LXXVII, 2142, 828).

El mismo criterio rige *mutatis mutandis* lo concerniente a relaciones sexuales notorias y estables como causal de paternidad.

Es entonces imperativa en la instancia la necesidad de examinar con extraordinaria ponderación la prueba misma y el valor de los hechos mas o menos equívocos que el debate controvierte. Porque los factores de que se desprenden las varias inferencias de paternidad son a menudo de gran relativismo al contacto con las diversas situaciones de orden práctico, así sea por lo que respecta a relaciones sexuales estables y notorias, como en lo que atañe a la subsistencia, educación y establecimiento del hijo, como hechos posesorios de estado. Se trata por lo general de cosas que dependen del medio, las costumbres de las gentes, su temperamento y nivel cultural, lo mismo que de matices diversos en que se acentúan los poderes de apreciación, no siempre sometidos a tamices académicos.

El demandado-recurrente se detiene a señalar las que a su parecer son deficiencias, vacíos y deméritos de los testimonios, y su falta de correspondencia y armonía.

Sin embargo, la precisión y encaje absoluto de los testimonios, más bien que aumentar, debilitan su fuerza probatoria por hacerlos sospechosos de obedecer a pautas preestablecidas en sus declaraciones. De la misma manera que los pormenores y detalles circunstanciales más allá de lo razonable, acerca de ocurrencias que atañen a la vida privada de las personas, no acreditarían tampoco la calidad del testimonio de quienes por regla general no están llamados a entender en tales menesteres. De donde vuelve la consecuencia acerca de que la tarea de evaluar la fuerza de convicción de esos medios probatorios incumbe de ordinario a la instancia y no al recurso de casación.

Es así como la materia está confiada a la cordura, perspicacia y pericia del juzgador de instancia. Porque no es otro el llamado a calificar la fe que le merezcan los testimonios, no en forma aislada, sino en conjunto; en compenetración los unos con los otros, hasta llegar a convicción afirmativa o negativa adoptada en conciencia.

Basta así para que el juicio del sentenciador no admita censura en casación que no degenere, según viene expuesto, en arbitrariedad, por situarse ostensiblemente afuera del sentido común, aunque se pueda organizar otro análisis de los medios, más profundo o sutil, más severo, más lógico o de mayor juridicidad en sentir de la crítica. Aún en el evento de que el nuevo estudio produjera vacilaciones más o menos intensas, no dejaría de ser obvio que la ruptura del fallo acusado ha de fundarse en la certeza y no en la duda.

2. No es la simulación un fenómeno jurídico simple sino complejo en grado eminente. Y así, que no haya precio en la compraventa simulada, aunque se trate de un elemento de la esencia del contrato, no significa que sea absolutamente nula, sino sólo que por voluntad de las partes esa apariencia de compraventa, que no el fondo contractual, sirve de cortina para ocultar lo que en realidad se ha querido: o no producir cambio alguno de la situación jurídica preexistente, o disfrazar el verdadero negocio que se ejecuta, según sea la simulación absoluta, o apenas relativa.

Si, entonces, la ficción cede en derecho ante la realidad, no se remite a duda que la denominada acción de prevalencia tiene por objeto descubrir lo encubierto para darle a esta realidad el tratamiento jurídico que le corresponde. Mientras que la acción de nulidad borra el negocio que las partes entendieron celebrar con querer auténtico, pero frustrado por vacíos o vicios de fondo o de forma sustancial. De ahí que a partir del 8 de junio de 1.954 se conserve la doctrina de la Corte en el sentido de entender la simulación y la nulidad como fenómenos que no pueden confundirse (LXXVII, 2142, 787).

3. No es ciertamente el error o el acierto con que el demandante denomine la pretensión en el libelo inicial lo que en principio define la titularidad invocada en juicio. Los hechos mueven las normas aplicables y constituyen la causa eficiente de la decisión jurisdiccional de mérito, siempre y cuando lo permita el proceso por el lleno de sus presupuestos. Esto hace ver que el margen de error en los calificativos jurídicos de la pretensión no es desde luego ilimitado, puesto que la demanda en debida forma constituye requerimiento ineludible para que se forme el vínculo procesal desatable por sentencia de fondo.

De ese modo estatuye el artículo 738 del Código Judicial que en el procedimiento ordinario el Juez se abstenga de dar curso a la demanda que no contiene las designaciones necesarias o es oscura en lo que pide, por medio de auto que señale los defectos de que el libelo adolece. Por lo mismo, puede el demandado introducir en su oportunidad la excepción dilatoria de inepta demanda (3o., 330). También está facultado el actor para corregir el libelo en tiempo hábil (208). Pero no puede remitirse a duda que si el empleo de estos remedios no alcanza eventualmente a subsanar los vacíos fundamentales con que llegue a permanecer la demanda en el momento de fallar, porque entonces no habría base para la decisión de fondo, menos la habrá cuando ninguno de esos remedios se ha usado y el libelo es confuso o carente de razonable claridad.

El Juez rebasaría sus poderes si pretendiese corregir oficiosamente la demanda con el pretexto de fallar a fondo, cuando le corresponde simplemente abstenerse de pronunciamiento de mérito.

Puede, sin embago, la interpretación judicial del libelo atemperar el error por impropiedad de nomenclatura en la calificación jurídica de los he-

chos dentro del criterio *iura novit curia*. Pero las facultades discrecionales al respecto descenderían a la arbitrariedad, si el juez, a guisa de interpretar la demanda, cambiara el contenido, objeto y fin de la pretensión, dentro de oficio notoriamente ajeno a su incumbencia jurisdiccional.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá diecisiete de junio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez).

Ana o Anita Freire de Girón, Manuel Freire y Leonor Freire de Moreno iniciaron el presente juicio para solicitar que se les declarara hijos naturales de Bernabé Romero, ya fallecido. Encaminaron la demanda contra Lastenia Valdés v. de Romero, cónyuge sobreviviente, José Domingo Romero, José Heraclio o Heraclio Romero y Lucía Romero de Escovar, en su condición de hijos; y contra Italo, Melba, Yolanda y Amparo Romero Conde, impúberes representados por su madre legítima Fabiola Conde de Romero, en el lugar de su padre premuerto Cenón Fabio Romero. Citaron, además, a Lobet Martínez para efectos de las súplicas consecuenciales, que en lo sobresaliente dicen:

"c). Que son nulos por simulados, es decir por no ser reales ni ciertos, los contratos de compraventa celebrados entre el señor Bernabé Romero y el señor Lobet Martínez y entre éste y los señores José Domingo Romero, José Heraclio o Heraclio Romero, Lucía Romero de Escovar y Fabiola Conde de Romero, por medio de las escrituras números 727 y 730 de 9 de junio de 1.954 y 732 y 734 de 10 de junio de 1.954, otorgadas en la Notaría 2a. del Circuito de Palmira;

"d). Que como consecuencia de la declaración anterior se ordena cancelar las escrituras.....

"e). Que por lo tanto el bien que trató de distribuirse por medio de los títulos anteriormente mencionados, pertenece a la sucesión intestada del señor Bernabé Romero y debe ser adjudicado a todos los herederos del mismo señor Romero;.....".

La cuestión de hecho fue vinculada a relaciones sexuales, estables y notorias de Bernabé Romero y Teresa Freire, bajo un mismo techo, durante los años de 1.910 a 1.920; posesión notoria del estado de hijos naturales; y con respecto a Ana o Anita Freire, confesión inequívoca de paternidad. Aparte de afirmaciones tocantes a la venta simulada de Bernabé Romero a Lobet Martínez sobre un globo de terreno en los sitios denominados La Josepillo, El Cabuyal y Burrera del Municipio de Palmira; y acerca del "cumplimiento del pacto real celebrado", en virtud del cual Lobet Martínez vendió simuladamente la propiedad a los hijos y nietos de Bernabé Romero, contra quienes va la demanda.

Trabado el litigio ante el Juez 2o. Civil del Circuito de Palmira, con fecha 6 de abril de 1.962 recibió sentencia de primer grado, en estos términos:

"1o. Que Ana o Anita Freire de Girón, Manuel Freire y Leonor Freire son hijos naturales del señor Bernabé Romero.

"2o. Que los mencionados Freire en su condición de hijos naturales de Bernabé Romero, son herederos universales de éste.

"3o. Que son nulos por simulados los contratos de compraventa que constan en las escrituras públicas números 727 y 730 de 9 de junio de 1.954 y 732 de 10 de junio de 1.954, otorgadas en la Notaría 2a. del Circuito de Palmira.

"4o. Que como consecuencia de la declaración anterior, se ordena la cancelación de las escrituras citadas y el registro de las mismas, comunicándolo a quien corresponda.

"5o. Que el bien que se trató de distribuir por medio de los títulos que se cancelan, pertenece a la sucesión intestada del señor Bernabé Romero, y debe ser adjudicado a todos los herederos de éste.

"6o. Que los señores José Domingo Romero, José Heraclio o Heraclio Romero, Lucía Romero de Escobar, Fabiola Conde v. de Romero, como representante legal de los menores Italo, Melba, Yolanda y Amparo Romero Conde, deben restituir a la sucesión intestada de Bernabé Romero el bien que éste les repartió simuladamente.

"7o. Que los señores mencionados en el numeral anterior, deben pagar a la sucesión intestada del señor Bernabé Romero los frutos naturales y civiles del bien que adquirieron simuladamente.

"8o. Condénase al pago de las costas a la parte demandada; por la Secretaría liquídense".

Los demandados apelaron, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en pronunciamiento del 31 de enero de 1.963 resolvió:

"1o. Confírmanse los numerales 1o., 2o. y 8o. de la sentencia apelada.

"2o. Revócanse los numerales 3o., 4o., 5o., 6o. y 7o. de la misma sentencia". En su lugar la Sala dispone abstenerse de estimar el fondo del asunto considerada la ineptitud de la demanda en relación a la simulación imputada.

"3o. No se hace condenación en costas".

Incumbe ahora a la Corte conocer del recurso de casación interpuesto y sustentado por ambas partes litigantes.

LA SENTENCIA ACUSADA

- I -

a) Con respecto a las relaciones sexuales estables y notorias entre Bernabé Romero y Teresa Freire, el Tribunal toma en consideración los testimonios de Jesús María Virgen, Liborio Lerma, Tomás Cruz Díaz y Vicente Ospina, para comentar en seguida:

"Este grupo de declarantes prueba el hecho de que el señor Bernabé Romero y Teresa Freire convivieron en la época a que se refieren sus deponencias, es decir, más o menos de 1.910 a 1.920. Coinciden todos en el hecho principal de que habitaron inicialmente la casita de Los Palmos, en donde nacieron los demandantes. Sus dichos son contestes, no obstante la diversidad de hechos y palabras que emplean al manifestarlos.

"En opinión de la Sala el hecho fundamental de la cohabitación y el nacimiento de los Freire, lo comprueban estos testimonios; sus asertos son veraces, fehacientes, no sólo por ser espontáneos, sino porque se reiteran sin contradicciones en el contrainterrogatorio. Por lo demás, si los testigos incurren en algunas inexactitudes y vacíos, es explicable que el prolongado período que medió entre el acontecer de los hechos y el momento en que rinden la declaración. La afirmación exacta de las fechas, el recuerdo minucioso de sucesos que ocurrieron lejanamente, no dejan de ser sospechosos, pues semejante capacidad memónica sólo la poseen personas dotadas de singular memoria, pero no la generalidad de las gentes. En cambio, si el testigo ubica sus reminiscencias en lo principal y en lo próximo y destaca la percepción que más fondamente le impresiona, su aserción es más veraz y espontánea, y desde luego posee mayor fuerza de convicción.

"Cuando los testigos examinados dicen el motivo por el cual conocieron al señor Bernabé Romero, sus relaciones de amistad y de trabajo; cuando afirman la cohabitación con Teresa Freire en la casa situada en el potrero contiguo a La Josepilla; cuando se abstienen de precisar fechas pero al propio tiempo determinan épocas, están cualificando sus testimonios, y estos dichos diversos en frases y hechos accesorios -que son los que forman la propia perspectiva del deponente, la ecuación personal entre el sujeto y el hecho que se sucede en un espacio -tiempo determinado- confluyen contestemente en los hechos fundamentales y contribuyen a cimentar el mérito de la prueba.

"De allí que la Sala estime, por la evidencia procesal que la sustenta, que efectivamente entre el señor Bernabé Romero y la señora Teresa Freire existieron relaciones sexuales estables y notorias que se iniciaron más o menos en 1.910. Estos mismos testigos sostienen que las dichas relaciones duraron hasta 1.920 más o menos.

"Es forzoso, pues, reconocer que Ana, Manuel y Leonor Freire fueron el fruto de esas relaciones, tanto más cuanto que ni se afirmó ni menos se probó o intentó probar que Teresa Freire tuviera relaciones con otras personas durante ese período".

Estima las declaraciones de Juan de Dios Hurtado, Hernando Escobar Martínez, José Dolores Vásquez, Rafael Lloreda Vásquez y Pedro Antonio Gutiérrez como testimonios corroborantes de que Ana, Manuel y Leonor Freire son hijos naturales de Bernabé Romero, "certidumbre -dice el Tribunal- que acaba de completarse con el estudio de la posesión notoria invocada".

b) A este respecto -posesión notoria de estado- el sentenciador estudia en conjunto las declaraciones de los referidos Liborio Lerma, Juan de Dios Hurtado, Hernando Escobar Martínez, José Dolores Vásquez, Rafael Lloreda Vásquez y Pedro Antonio Gutiérrez, lo mismo que las de Jesús María Virgen, Rómulo Brand Lucio, Vicente Ospina, Tomás Cruz Díaz y algunas otras. En seguida expresa:

"Plurales testigos afirman las manifestaciones que en distintas oportunidades les hizo don Bernabé Romero acerca de su paternidad natural con relación a los Freire, circunstancia que se refleja en los actos constitutivos de la posesión notoria; el tenor de las declaraciones no se ciñe a la reproducción de frases iguales, sino que cada testigo expone con sus propias palabras las percepciones personales. Son testimonios de diversidad acumulativa, virtud que realza la fehacencia del medio probatorio. De la estimación de su conjunto surge la certidumbre de la paternidad natural investigada.

"Obsérvese que los testigos refieren hechos del trato, en cuanto don Bernabé provee al establecimiento de los Freire, a su sustento y a la educación. Por supuesto que este comportamiento debe calificarse dentro de las circunstancias propias de la época, del lugar y de las gentes humildes en que se desarrolla. No es dable requerir como hecho idóneo de la educación de un campesino colombiano en las décadas de 1.910 a 1.930 y aún con posterioridad a ellas, su vinculación a especiales centros de enseñanza ni a que culminaran sus estudios con la obtención de un título profesional. En las épocas en que se gestaron los hechos, eran muy altos los índices de analfabetismo, especialmente en la población rural. No obstante, se conoce que los Freire no sólo recibieron enseñanza primaria en Obando sino también en Rozo por espacio de varios años y que don Bernabé suministraba los gastos de su subsistencia, y es muy significativo que algunos testigos refieran la adquisición de la casa de Rozo, como compra que hizo el señor Romero para sus hijos. En autos obra copia de la escritura pública número 94 de la Notaría 1a. de Palmira, otorgada el día 26 de febrero de 1.926, por medio de la cual Francisco Antonio Lenis transfiere a Bernabé Romero el dominio de una 'linquita de campo compuesta de cultivos diversos, casa pajiza y cercada de alambre', por la cantidad de $200.oo. Al aceptar las estipulaciones, don Bernabé hizo constar que el dinero provenía de los Freire, en esa época menores de edad, pero el acto asume su verdadero significado a la luz de lo expuesto por los testigos acerca de la paternidad del señor Romero deducida a través de dos de las causales del artículo 4°. de la Ley 45 de 1.936, con respecto a los Freire. Ese acto se manifiesta como un hecho más en la conducta del señor Romero en el proceso de establecer a sus hijos.

"La suma y concordancia de las afirmaciones testificales -concluye el Tribunal- estructuran el convencimiento de que don Bernabé Romero trató a los Freire como a sus hijos naturales, de modo que ese trato creó en el vecindario, en los parientes y amigos la fama de su filiación. Actos posesorios de estado que se prolongaron, como lo acreditan las declaraciones, por lapso superior a los diez años".

c). Relativamente a confesión inequívoca de paternidad el sentenciador se refiere a la carta dirigida desde Palmira por Bernabé Romero a Ana Freire con el tratamiento de "apreciada hija", a propósito del matrimonio que contrajo con Juan Bautista Girón; carta en que le anuncia que a su boda irán "Lucía y Domingo, este último en mi reemplazo", la bendice, le da consejos y envía recuerdos a Juan.

Toma en cuenta el dictamen pericial acerca de la autenticidad de ese escrito, y dice:

"Obsérvese, pues, que dos de los peritos sostienen categóricamente la autenticidad de la carta de don Bernabé y que el otro perito duda acerca de ella. De acuerdo con las reglas de estimación de las probanzas, es preciso darle prevalencia a los dictámenes que ofrecen conclusiones uniformes, tanto más cuanto en uno de ellos (sic) constituye pieza respetable por su fundamentación técnica.

"Pero es más. La autenticidad de la carta halla firme respaldo en varios hechos indiciarios, a saber: a) la celebración del matrimonio entre la destinataria de la carta y el señor Juan B. Girón, al día siguiente de su fecha, es decir el 20

de septiembre de 1.929; b) la presencia, anunciada en la comunicación, de Lucia Romero (en aquel entonces hija natural del señor Romero), hecho confesado por ella en las posiciones, y del señor Romero. Este dice no recordar su asistencia a la boda, pero en el acta de matrimonio figura como testigo y los declarantes sostienen que todas las personas que asistieron a la ceremonia, fueron también a la fiesta; c) no puede prescindirse de considerar lo afirmado por el testigo Tomás Cruz Díaz acerca del interés de don Bernabé en conocer los atributos de su futuro yerno; d) los hechos cuya comprobación se ha admitido referentes a las relaciones sexuales estables y notorias entre los padres, el nacimiento de los Freire dentro del período presuntivo que consagra la ley y la posesión notoria del estado civil de hijo natural".

- II -

Acerca de la nulidad por simulación, suplicaba en la demanda con que se inició el juicio, después de varios considerandos, expresa el fallo:

"Se impone, pues, estudiar las condiciones de la demanda en torno al ejercicio de la acción de simulación y precisar la aptitud de su petitum frente a las exigencias de la jurisprudencia nacional.

"En lo pertinente, la demanda pide que se declaren 'nulos por simulados, es decir, por no ser reales ni ciertos, los contratos celebrados entre el señor Bernabé Romero y el señor Lobet Martínez y entre éste y los señores José Domingo Romero, José Heraclio o Heraclio Romero, Lucia Romero de Escobar y Fabiola Conde de Romero, por medio de las escrituras números 727 y 730 de 9 de junio de 1.954 y 732 y 734 del 10 de junio de 1.954, otorgadas en la Notaría 2a. del Circuito de Palmira'. Se pide igualmente que como consecuencia de lo anterior se cancelen tanto las dichas escrituras como su registro; que se declare que el inmueble pertenece a la sucesión intestada del señor Romero y debe ser adjudicado a sus herederos, y se acumula la correspondiente acción restitutoria, considerando a los demandados como poseedores de mala fe, para los efectos de los deterioros sufridos por el inmueble y de los frutos percibidos.

"En los hechos 9o., 10 y 11 se invoca que 'Bernabé Romero vendió simuladamente al señor Lobel Martínez ..... para que fuera distribuido entre sus hijos y nietos' un bien rural; que 'Lobel Martínez en cumplimiento del pacto real celebrado con Bernabé Romero vendió la propiedad que éste le había dado en venta simuladamente, a los hijos del mencionado Bernabé Romero....' y que 'los contratos escriturarios simulados mencionados en los puntos anteriores perjudican notablemente las cuotas hereditarias de mis patrocinados y en defensa de tales cuotas debe declararse su nulidad'.

"Entre la causa petendi y el petitum de la demanda, existe una clara concordancia: se invoca y pide la nulidad de los actos por simulación. Pero la misma conformación del libelo indica que el pedimento principal es la nulidad a causa de una simulación a la que se confiere el carácter de absoluta, siendo que el fondo asume la condición de relativa. Situación que determinó la prueba respectiva, la cual tiende a revelar una simulación de esta misma índole.

"Sin embargo, se pide únicamente la declaratoria de nulidad de los actos jurídicos".

Alude a las vicisitudes doctrinales en materia de simulación, hasta culminar en sentencias de 8 de junio y 2 de septiembre de 1.954, en que la Corte distinguió nítidamente los fenómenos de la nulidad y de la simulación. Después el Tribunal dice:

"De acuerdo con la jurisprudencia transcrita, que revalúa de modo irreversible las anteriores tesis de la Corte sobre el particular, no es posible al presente intentar una interpretación de la demanda sub-lite, como quiera que en ella se pide la nulidad, siendo que debió pedirse la declaratoria de simulación relativa, la prevalencia del acto oculto y reclamarse su consiguiente validez o invalidez.

"Pero el demandado se limitó a pedir la declaratoria de nulidad de los contratos de compraventa celebrados entre don Bernabé Romero y el señor Lobet Martínez, y entre éste y los hijos y nietos del señor Romero. La demanda no sólo es antitécnica, sino que aún haciendo caso omiso de su grave informalidad, se dejó incompleto el petitum, pues como en realidad lo que tiende a establecerse es una simulación relativa, debió pedirse la prevalencia de la estipulación oculta y procurar los efectos consecuenciales que se perseguían.

"En consecuencia, la demanda, tal como está concebida en lo referente a la simulación, no está llamada a prosperar por las decisivas ineptitudes de que adolece. Es más. Si la Sala proveyera sobre el fondo del negocio -en el plano de la simulación- incurriría en el error de decretar o estimar lo que no ha sido solicitado, si se tiene en cuenta lo demostrado con las pruebas. Impónese admitir la propuesta excepción de ineptitud de la demanda en lo atinente a la forma como se ejerció la acción de simulación".

LA DOBLE ACUSACION

Los cargos formulados en los dos libelos de casación contemplan materias cuyo estudio se organiza así: 1) filiación natural; 2) nulidad y simulación.

FILIACION NATURAL

a) Relaciones sexuales estables y notorias. Cuanto a las de Bernabé Romero con Teresa Freire, el demandado-recurrente ataca la apreciación que el Tribunal hizo de las declaraciones de Jesús María Virgen, Liborio Lerma, Tomás Cruz Díaz y Vicente Ospina; Juan de Dios Hurtado, Hernando Escobar Martínez, José Dolores Vásquez, Rafael Lloreda Vásquez, Pedro Antonio Gutiérrez y Dolores Maquilón; las critica una por una, y alega que a pesar de la discrecionalidad de apreciación el Tribunal incurrió en errores que a simple vista aparecen de bulto, de donde desprende:

"El Tribunal al apreciar la prueba en sí, de los testimonios que he dejado analizado, incurrió en error de hecho, pues vió en ellos hechos que no aparecen narrados allí y que deberían aparecer con sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, con el apoyo de las razones por la cuales los deponentes habrían podido darse cuenta y las circunstancias que hubieran presentado las supuestas relaciones sexuales con las características de estables y notorias.

"Ese error de apreciación, error evidente de hecho, lo llevó a violar indirectamente el artículo 4o. en su ordinal 4o. de la Ley 45 de 1.936, que exige

la existencia de unas relaciones sexuales estables y notorias, conocidas en el vecindario y dentro del núcleo de la sociedad en que se han tenido, que no las acreditan los testimonios analizados en primer término, ni mucho menos los testimonios de Juan de Dios Hurtado, Hernándo Escobar M; José Dolores Vásquez, Rafael Lloreda, Pedro Antonio Gutiérrez y Dolores Maquillón".

A manera de un segundo cargo el recurrente insiste en que el Tribunal vió lo que no se contenía en los testimonios, "vió -dice- hechos que no aparecen relatados por los testigos y que son o deben ser en sí mismos, de aquellos necesarios para deducir de su existencia, la existencia de relaciones estables y notorias. Falló, pues, en la consideración del contenido de la prueba en sí misma, de ahí su error de hecho.

"Y luego -agrega- al pasar a darle valor probatorio, le otorgó a esa prueba sin contenido de hechos, un mérito, una valoración, que la ley le niega".

Cita doctrinas acerca de las condiciones de los testimonios encaminados a la prueba de relaciones sexuales como causal que permita declarar la paternidad natural, y arguye:

"El Tribunal al dar a los testimonios analizados el valor de plena prueba sin que llenen los requisitos señalados, es decir sin que sean responsivos, exactos y completos, incurrió en error de derecho, porque violó las disposiciones que regulan el valor de la prueba testimonial, contenida en los artículos 688 y 697 del Código Judicial y 593 del mismo, pues conforme a los dos primeros textos para que los testimonios formen plena prueba, deben ser responsivos, exactos y completos en cuanto a los hechos y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar. Y conforme al último, toda decisión judicial, en materia civil, debe fundarse en la existencia y verdad de los hechos que aparezcan demostrados de manera plena y completa según la ley, por alguno o algunos de los medios probatorios especificados en el Título XVII, Libro II, Capítulo I del Código Judicial.

"Al violar las disposiciones citadas, se violó indirectamente la ley sustantiva en los artículos 1o. y 4o. ordinal 4o. de la Ley 45 de 1936 .....".

b) Posesión de estado. Critica el demandado recurrente los mismos testimonios, ahora en cuanto prueba de la posesión notoria del estado civil de hijos naturales de los demandantes con respecto a Bernabé Romero. Alega que en las declaraciones existen conceptos, pero no el relato de hechos constitutivos de posesión notoria de estado, ni de la manera concreta como el supuesto padre hubiese atendido a la subsistencia, educación y establecimiento de quienes pretenden ser sus hijos. Por lo que formula un tercer cargo, a saber:

"Cometió el Tribunal errores de hecho manifiestos, al ver en los testimonios referidos, hechos que allí no aparecen relatados, de aquellos de los cuales pueda deducirse la posesión notoria de hijos naturales, de los Freire.

"La apreciación del Tribunal pugna evidentemente con el simple texto de esas declaraciones, que sólo contienen conceptos. Allí no hay hechos concretos, específicos, ni razones.

"Cometió el Tribunal error de hecho manifiesto, al hacer caso omiso de las respuestas de los testigos Alberto Panesso Botero, Rafael González, Justina

Girón de González y Tomás Cruz Díaz en lo referente a las ocupaciones en que conocieron a los Freire y especialmente a Anita Freire hasta pocos días antes de contraer matrimonio.

"Si el Tribunal no hubiese omitido la apreciación de sus aseveraciones, habría sido otra la apreciación de las pruebas, porque en esas declaraciones está la prueba en contrario de la pretendida posesión notoria, y otro el resultado de la sentencia. Con esa omisión dejó de apreciar parte esencial de la prueba testimonial como son las respuestas dadas al contrainterrogatorio por aquellos testigos sobre los oficios de los Freire.

"Mediante tales errores de hecho manifiestos, el Tribunal violó, indirectamente, las disposiciones de los artículos 4o. ordinal 3o., 6o. y 1o. de la Ley 45 de 1.936".

En posición de 4o cargo el demandado-recurrente repite la sensura, esta vez por error de derecho en cuanto el sentenciador otorgara a los testimonios el mérito probatorio que la ley no les concede, por no llenar los requisitos de ser exactos, responsivos y completos, y no expresar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en forma que no permita dudas.

Trascribe doctrinas de la Corte sobre el criterio austero con que debe analizarse el material probatorio en los juicios de filiación natural, y deriva que el Tribunal violó los artículos 688, 697 y 593 del Código Judicial, 7o. Ley 45 de 1.936, que hace aplicables los artículos 398 y 399 del Código Civil, y por vía de consecuencia las normas sustanciales de los artículos 4o. ords. 3o., 6o y 1o. de la Ley 45 de 1.936.

Un quinto cargo se formula con respecto a lo que dentro del estudio de los testimonios el Tribunal menciona como confesión extrajudicial de paternidad, pues observa el demandado-recurrente que no se reunen las condiciones necesarias para que se configure la confesión inequívoca de paternidad, lo cual exige ante todo que sea escrita y emane directamente del padre. De donde desprende violación del ordinal 3o., artículo 4o., Ley 45 de 1.936.

c) Prueba escrito de paternidad. Sobre la carta de Bernabé Romero para Ana Freire y el cotejo en orden a su autenticidad, estima el demandado-recurrente que el dictamen carece de mérito, y al respecto organiza varios reparos:

1) Manifiesto error de hecho en el Tribunal al considerar que uno de los peritos había adherido al dictamen de otro de ellos, y al creer que hubo suficiente fundamentación, lo que en sentir de la censura pugna con la realidad;

2) El que alega ser consecuencial error de derecho, consistente en que el sentenciador le diera valor a la misma peritación;

3) Error de derecho en cuanto el Tribunal entendiera que con respecto a confesión inequívoca de paternidad cabe la incidencia de otras pruebas, indicios en este caso, cuando es necesario que el escrito respectivo provenga del padre y se baste a sí mismo.

Por lo demás, el demandado-recurrente impugna por inexistentes o inválidos los hechos indices que el fallo menciona: el matrimonio de Ana Freire al día siguiente de la fecha de la carta; la presencia en la ceremonia de los hijos de Bernabé, Lucía y Domingo Romero, etc. Deduce error de derecho que condujo a la violación

de los repetidos textos sustantivos de la Ley 45 de 1.936; o bien, errores manifiestos de hecho conducentes a los mismos quebrantos sustanciales.

SE CONSIDERA:

I. FILIACION NATURAL

1. La Corte ha subrayado siempre la ponderosa responsabilidad del juzgador de instancia en los juicios de filiación natural, ya que el recurso extraordinario, por su carácter extricto, se desarrolla sobre el supuesto de que el contenido de las normas, en abstracto y en concreto, fue acatado en el pronunciamiento que puso fin a un proceso seguido en forma regular. De modo que si la paternidad controvertida no es susceptible de prueba directa, sino que su descubrimiento se desprende de inferencias cuyo alcance probatorio encuentra refugio inviolable en la conciencia del juzgador, por el íntimo convencimiento que se haya formado, no es posible desconocer los poderes discrecionales de instancia que resuelvan en sentido favorable o adverso a las súplicas, salvo en el evento extremo de que el arbitrio judicial degenere en arbitrariedad manifiesta delante de la espléndida luz procesal.

Si márgenes de duda permitieran a la Corte sustituir con otro el criterio del sentenciador al valorar las inferencias de paternidad natural, para rechazarla o declararla, no se trataría ya de la prosperidad o insuceso del recurso de casación, sino simplemente de abrir un tercer grado procesal, de creación imposible por vía de doctrina.

2. Por todo ello la Corte ha encarecido a los juzgadores de instancia el máximo cuidado que exige la posesión excepcional de estas materias. Y así, no sobrará la transcripción de párrafos tomados de la Sentencia de 15 de junio de 1.954, a saber:

"Esta regulación legal significa claramente que los hechos constitutivos de la posesión notoria del estado civil de hijo natural deben aparecer manifiestos en su preciso y profundo alcance, de manera inequívoca y con tal claridad que vengan a ser los equivalentes jurídicos del reconocimiento voluntario del padre, manifestado en este caso sin ninguna de las solemnidades exigidas, pero sí por medio de actos exteriores y continuados por más de diez años, en lo que mira a la subsistencia, educación y establecimiento del hijo, y en forma tan concluyente que permita a deudos y amigos o al vecindario en general inferir la paternidad, del propio modo que al juez llegar a formarse la más firme, plena e íntima convicción acerca de la existencia de aquel estado civil.

"Si dentro del régimen de la familia legítima, en que el hijo nace protegido por la presunción legal de paternidad que del matrimonio arranca, todavía es posible impugnar la legitimidad, a pesar de mostrarse en las mejores condiciones de certidumbre, no habrá de ser nunca menos austera la exigencia legal de pruebas fidedignas, irrefragables y del todo concluyentes cuando se busca esclarecer y determinar la filiación fuera de matrimonio, que se produce en campos de incertidumbre, a veces impenetrable, desde luego que la paternidad, oculta por naturaleza, no es susceptible de comprobación directa.....

"Si el debate sobre la filiación legítima, fundada en el matrimonio, se orienta sobre bases ciertas, período biológico de la gestación, presunción poter

is est quem nutlice demonstrant, en la procreación extramatrimonial no existe el mismo apoyo de certidumbre, el demandado se presume libre de una paternidad que es necesario comprobarle por medio de inferencias tan fuertes, tan completas, tan armónicas y concluyentes que no permitan el menor gènero de duda en el ánimo del juzgador, con razón que sube de punto si el pretendido padre ha muerto ya". (LXXVII- 2142- 828).

El mismo criterio rige mutatis mutandis lo concerniente a relaciones sexuales notorias y estables como causal de paternidad.

3. Es entonces imperativa en la instancia la necesidad de examinar con extraordinaria ponderación la prueba misma y el valor de los hechos más o menos equívocos que el debate controvierte. Porque los factores de que se desprenden las varias inferencias de paternidad son a menudo de gran relativismo al contacto con las diversas situaciones de orden práctico, así sea por lo que respecta a relaciones sexuales estables y notorias, como en lo que atañe a la subsistencia, educación y establecimiento del hijo, como hechos posesorios de estado. Se trata por lo general de cosas que dependen del medio, las costumbres de las gentes, su temperamento y nivel cultural, lo mismo que de matices diversos en que se acentúan los poderes de apreciación, no siempre sometidos a tamices académicos.

4. El demandado-recurrente se detiene a señalar las que a su parecer son deficiencias, vacíos y demèritos de los testimonios, y su falta de correspondencia y armonía.

Sin embargo, la precisión y encaje absoluto de los testimonios, más bien que aumentar, debilitan su fuerza probatoria por hacerlos sospechosos de obedecer a pautas preestablecidas en sus declaraciones. De la misma manera que los pormenores y detalles circunstanciales más allá de lo razonable, acerca de ocurrencias que atañen a la vida privada de las personas, no acreditarían tampoco la calidad del testimonio de quienes por regla general no están llamados a entender en tales menesteres. De donde vuelve la consecuencia acerca de que la tarea de evaluar la fuerza de convicción de esos medios probatorios incumbe de ordinario a la instancia y no al recurso de casación.

5. Es así como la materia está confiada a la cordura, perspicacia y pericia del juzgador de instancia. Porque no es otro el llamado a calificar la fe que le merezcan los testimonios, no en forma aislada, sino en conjunto; en compenetración los unos con los otros, hasta llegar a convicción afirmativa o negativa adoptada en conciencia.

Basta así para que el juicio del sentenciador no admita censura en casación que no degenere, según viene expuesto, en arbitrariedad, por situarse ostensiblemente afuera del sentido común, aunque se pueda organizar otro análisis de los medios, más profundo o sutil, más severo, más lógico o de mayor juridicidad en sentir de la crítica. Aún en el evento de que el nuevo estudio produjera vacilaciones más o menos intensas, no dejaría de ser obvio que la ruptura del fallo acusado ha de fundarse en la certeza y no en la duda.

6. El Tribunal de Cali funda su pronunciamiento sobre la filiación demandada, en el estudio orgánico de las tres causales que el libelo invocó. Así encuentra que si algunos testimonios carecen de fuerza en lo tocante con relaciones sexuales estables y notorias durante el tiempo de la concepción, sin embargo sirven con eficacia en lo que respecta a la notoria posesión de estado de los

tres demandantes. Y la carta de Bernabé Romero para Ana Freire, que se discute como inequívoca confesión de paternidad, le sirve al sentenciador como elemento adicional de juicio para convencerse de la filiación natural suplicada por la misma Ana Freire. De modo que como no se trata de encontrar probada exclusivamente por esa carta la calidad de hija, no es de suyo necesario que allí se reunan los requisitos exigidos por la confesión inequívoca de paternidad. Es bastante, en efecto, que la inferencia desprendida de esa carta haya contribuido al convencimiento del sentenciador acerca de la condición filial de los actores por las otras causales invocadas, suficientes cada una de ellas para la declaración de paternidad. Por lo demás, los indicios a que alude el Tribunal no se refieren a lo que la carta expresa con nitidez como confesión paterna, sino a la nota de autenticidad de ese escrito, que es otra cosa.

Si se estimara no enteramente feliz por todos sus aspectos la motivación del fallo acusado, estaría sin embargo en claro que el convencimiento del Tribunal arraiga más que todo en los hechos sucedidos durante el lapso en exceso de los diez años que la posesión notoria de estado civil exige. Convicción a que llega con la ayuda de todos los testimonios aportados al debate.

Ese convencimiento conserva su vigor en casación. El sentenciador no ha desconocido el tenor literal ni ha supuesto nada que en realidad no hubieran dicho los testigos, en su mayoría sometidos a repreguntas. Ha visto sus declaraciones como aparecen. No incide, pues, en error de hecho. Ni tampoco en error de derecho, porque si en conciencia recibió la convicción de ser cierta la paternidad discutida, ninguna suerte de jerarquía puede existir sobre el fuero interno del fallador en la organización judicial colombiana.

Por eso dijo la Corte en sentencia de 28 de noviembre de 1.960:

"No ha de exigirse en casación que el juicio del sentenciador al respecto sea de tal modo irrebatible que no admita ningún género de duda, o que las probanzas hubieran de tener absoluta nitidez. Porque si se predica muy bien que en materias de tanta incertidumbre como la inferencia de paternidad natural, la ponderación de los juzgadores debe ir al grado de cautela más exquisita, no es dable sin embargo quebrar fallo alguno con base en posición dubitativa. La duda no trasciende, desde luego que sin certeza en contrario es improcedente la infirmación de la sentencia acusada.

"Es así como el esfuerzo de la demanda para contraponer a la convicción del Tribunal el criterio del recurrente en el análisis y valoración de los testimonios aducidos, carece de incidencia en el recurso extraordinario, por más que hubiera sido de recibo como alegato de instancia". (CXLV-2233-2234-94).

II. NULIDAD Y SIMULACION

El demandante-recurrente aduce tres cargos por la causal 1a., y uno por la causal 2a., artículo 520 del Código Judicial:

A) Estima que el fallo no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, "por cuanto -dice- no fueron apreciadas plenamente las pruebas que demuestran la simulación absoluta de los contratos escriturarios celebrados entre Bernabé Romero y Lobet Martínez y entre éste y los hijos y nietos del señor Romero, actos celebrados en perjuicio de los hijos naturales".

Alega esta causal 2a. como subsidiaria de la 1a., con olvido de la naturaleza del recurso de casación, que impide la existencia de cargos condicionales. Mas puede observarse que este capítulo del libelo se limita a reproducir los reparos aducidos en apoyo de la 1a. causal, tanto por la cita de normas en su concepto violadas, como por la sustentación que hace:

"El Tribunal -expresa- encuentra demostrada la simulación de los contratos escriturarios acusados, pero no la simulación absoluta sino la relativa por apreciar que existe el ánimo de donación en tales contratos solemnes, afirmando que debió predicarse el contrato de prevalencia que prima sobre el ostensible o aparente".

Afirma que las pruebas traídas al debate demuestran "la simulación absoluta", y no permiten llegar "a las conclusiones que (el Tribunal) estampó en la sentencia en un todo contrarias a la evidencia en el juicio en cuanto a la simulación pedida".

Estudia las pruebas que señala, y comenta:

"De las declaraciones y confesiones hechas por los contratantes, excepción hecha del señor Bernabé Romero quien no pudo declarar por grave enfermedad, se establece que hubo el *animus simulandi* entre los contratantes mencionados, que se perfeccionaba por las escrituras citadas, que ficticiamente demostraban una venta real y cierta y no aparente, tendiente a sacar a los hijos naturales que obtuviesen el reconocimiento de la paternidad natural, de la porción hereditaria que les correspondiese en la hacienda llamada La Josepillo.

"Estos actos de venta no fueron para alterarlos posteriormente por medio de un acto oculto o pacto que perfeccionase más tarde el negocio real, sino que la simulación se agotó en las escrituras de venta hechas, dándoles la palente de reales y efectivas, cuando en verdad no hubo la intención de vender o comprar, no hubo precio ni menos pago del mismo, ni entrega, sino entendimiento en cuanto a la exclusión del más valioso de los bienes por medio de una simulación absoluta.

"Por manera que la intención y el móvil de los pactantes era producir la apariencia de una compraventa o de varias compraventas, para mantener oculto el pacto o el verdadero ánimo de simulación que daría al acto ostensible todas las características de un acto cierto y real, evitando que los hijos naturales participacen de la herencia en cuanto al bien simuladamente vendido.

"La donación no implicaría nada en este caso porque con tal fenómeno jurídico no era dable alcanzar el fin deseado y el cumplimiento del ánimo de simulación.

"Por ello el Tribunal al apartarse ostensiblemente de la realidad procesal infringió con su sentencia las pretensiones deducidas oportunamente por los litigantes y violó claras disposiciones legales sustantivas y de procedimiento en cuanto a la valoración de las pruebas y de los presupuestos procesales.....".

B). El demandante-recurrente inicia la censura por la causal 1a., así:

"Acuso la sentencia del Tribunal en relación con la simulación por cuanto ésta se invocó como simulación absoluta por ser ficticios o inexistentes los actos jurídicos de compraventa que constan en las escrituras públicas números

727 y 730 de 9 de junio de 1.954 y 732 y 734 de 10 de julio del mismo año, otorgadas en la Notaría 2a. del Circuito de Palmira, celebrados entre Bernabé Romero y Lobet Martínez y entre éste y José Domingo Romero, José Heraclio o Heraclio Romero, Lucía Romero de Escobar y Fabiola Conde de Romero, como que no hubo entre los contratantes la intención y el móvil de crear tales actos jurídicos de compraventa, sino mantener oculto un estado preexistente a tales actos como es la conculcación de los derechos herenciales de los hijos naturales, como así se ha demostrado, no pudiendo el Tribunal cambiarla por la simulación relativa o de prevalencia, con lo cual violó los preceptos sustantivos contenidos en los artículos 1494, 1495, 1500, 1501, 1502, 1519, 1523, 1524, 1602, 1603, 1618 y 1759 del Código Civil, por su no aplicación, y los artículos 593, 601, 604, 605, 606, 609, 630, 668, 693 y 697 del Código Judicial, por inaplicación de estos preceptos legales".

Sobre el error manifiesto que el recurrente le atribuye al Tribunal, "de encontrar una simulación relativa o de prevalencia en donde existe ostensiblemente una simulación absoluta", dice:

"No he pedido la nulidad como fenómeno jurídico sino la nulidad como consecuencia de la simulación, como que todo acto simulado es inexistente, no tiene vida jurídica, es nulo. De modo que razonar sobre una petición que no encara toda la verdad del problema es trabajar en terreno movedizo".

Insiste en la que califica de simulación absoluta o de fin, de "agotamiento del pacto creado con la simulación, y no de medio o de relación que implique la prevalencia de un pacto oculto, privado o contraescriturario"; en que dentro de las compraventas controvertidas "no había en verdad un acto jurídico de venta o el oculto de donación, sino la apariencia del acto de compraventa para desquiciar en un valioso bien raíz los derechos de los presuntos hijos"; y en otras consideraciones corroborantes.

C). Alega el demandante-recurrente que los ya varias veces referidos contratos "son simulados, nulos, inexistentes, no tienen causa ni objeto, ni ha habido entre los contratantes la intención de comprar o vender, ni pago del precio, ni entrega de la cosa vendida, sino solamente el afán de crear un acto jurídico ostensible y agotado de compraventa en perjuicio de los intereses de los presuntos hijos naturales del señor Bernabé Romero, quien tuvo la intención de favorecer a sus hijos legitimados, creándoles por este medio un mayor caudal económico, sin que apareciera el acto oculto de donación, que haría irrita la clara intención de los contratantes simulados y no eficaz su confabulación contra los derechos de los hijos naturales. Alude a la confesión "de los mismos simulantes de no haber pagado el precio"; a la celeridad con que se extendieron las escrituras, porque en horas Lobet Martínez vendió lo comprado a Bernabé Romero, sin obtener utilidad y sin haber existido precio, y en este orden de ideas agrega:

"No existiendo el pago del precio en las escrituras otorgadas entre Bernabé Romero y Lobet Martínez y entre éste y los hijos y nietos de Bernabé Romero y demostrándose con las pruebas aportadas que no hubo la intención de vender, ni la de comprar, estamos frente al hecho de una simulación absoluta, no habiendo los demandados alegado en su favor la existencia de un pacto oculto, que diera a los actos ficticios la calidad de simulación prevalencia".

De todo lo cual desprende "violación de los artículos 1849, 1857, 1858, 1863, 1864, 1866, 1880, 1882, 1884, 1928, 1929 y 1934 del Código Civil, por no aplica-

ción de tales preceptos legales, y de los artículos 593, 601, 604, 606, 625, 630, 668 y 697 del Código Judicial, por causa de no aplicación".

D) El propio demandante-recurrente elabora un tercero cargo por la causal 1a., que denomina subsidiario, "por incurrir el Tribunal en error de hecho al interpretar la demanda como pedimento de nulidad de los contratos escriturarios de compraventa celebrados entre Bernabé Romero y Lobet Martínez y entre éste y los hijos de Bernabé Romero y sus nietos, y al invocar un pacto oculto no mencionado en la citada demanda, dando así lugar a considerar una acción de simulación como de nulidad y una simulación absoluta como relativa, inhibiendo manifiestamente la acción impetrada".

Así, alega "violación de los artículos 1740, 1741, 1746, 1602, 1603, 1618, 1621, 1757 y 1769 del Código Civil y aplicación indebida de los artículos 1443, 1457, 1468, 1469, 1473, 1495 y 1765 del Código Civil".

En esta forma repite una vez más su idea de que fue invocada simulación absoluta, y no simulación relativa que encubriese liberalidad. Y dentro de su propio ensayo interpretativo de la demanda inicial del juicio, expresa que "no se pidió la nulidad como fenómeno jurídico sino como carencia de valor de los actos simulados". Para agregar:

"Pero podría argüirse que en la petición de la demanda sobre simulación, ciertamente señalada con la letra c), se dijo:

'c) Que son nulos por simulados, es decir por no ser reales ni ciertos, los contratos de compraventa celebrados entre el señor Bernabé Romero y el señor Lobet Martínez y entre éste y los señores.....

"Las expresiones 'que son nulos por ser simulados' es decir "por no ser reales ni ciertos" equivalen a no otra cosa, a que "son irreales por ser simulados" o "que no son verdaderos por ser simulados", o a "que son ficticios por ser simulados", es decir "por no ser reales ni ciertos", que es lo mismo que afirmar que son inexistentes o pedir que son ineficaces por ser simulados.

"Porque aun cuando la expresión nulos usada en el pedimento citado sobra y no hace falta, no es esforzado tomarla por no verdadera e interpretar el pedimento de la demanda de acuerdo con la exposición de los hechos".

Y termina con cita de doctrina de la Corte, en el sentido de que son los hechos generadores y no el nombre que errónea o acertadamente le haya dado el actor, lo que marca el contenido de la pretensión. Todo en el entendimiento de reafirmar al máximo que en el presente juicio se suplicó la declaración de ser absolutamente simulados aquellos contratos.

E). A su turno el demandado-recurrente censura la sentencia, cuanto a la inhibitoria tocante con la simulación, porque el tribunal, dice, "al fallar en esta forma dió lugar a la presentación de la segunda causal del artículo 520 del Código Judicial, o sea, no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes".

Alude que en sus alegatos de instancia sostuvo la falta de legitimación en causa de los actores, "porque no tienen interes legítimo, interés jurídicamente protegido"; a que el Tribunal esquivó el estudio de esos puntos y dejó de resolver al respecto, como requisito necesario antes de estudiar "la ineptitud de la demanda en rela-

ción con la simulación fundamentada en no haberse pedido la prevalencia de la estipulación oculta"; a que "esto no lo podía resolver el Tribunal sin antes definir lo de la legitimación en la causa y del interés jurídico, bases subjetivas y objetivas del litigio". Y después de citas doctrinales, concreta su pensamiento así:

"Los Freire carecen de legitimación en la causa, porque no es a quienes no son legitimarios del causante que la ley autoriza para obtener que se declare la simulación de compraventas como las atacadas, porque este derecho, esta titularidad sólo la tienen los legitimarios, es decir, aquellos herederos forzozos a quienes las enajenaciones que llegaren a ser simuladas, hechas por el causante, les cercenaren sus legítimas. Los Freire no son legitimarios respecto del señor Bernabé Romero.

"Tampoco existe el interés jurídico en los actores, porque no había en la situación de los Freire un estado de hecho contrario a derecho a la época en que solicitaron -ni después- la tutela jurisdiccional.

"Ningún quebranto de legítimas podían invocar. No podían solicitar la tutela jurisdiccional, porque ningún perjuicio concreto, cierto y actual se les había inferido".

SE CONSIDERA:

7. No es la simulación un fenómeno jurídico simple sino complejo en grado eminente. Y así, que no haya precio en la compraventa simulada, aunque se trate de un elemento de la esencia del contrato, no significa que sea absolutamente nula, sino sólo que por voluntad de las partes esa apariencia de compraventa, que no el fondo contractual, sirve de cortina para ocultar lo que en realidad se ha querido: o no producir cambio alguno de la situación jurídica preexistente, o disfrazar el verdadero negocio que se ejecuta, según sea la simulación absoluta, o apenas relativa.

Si, entonces, la ficción cede en derecho ante la realidad, no se remite a duda que la denominada acción de prevalencia tiene por objeto descubrir lo encubierto para darle a esta realidad el tratamiento jurídico que le corresponde. Mientras que la acción de nulidad borra el negocio que las partes entendieron celebrar con querer auténtico, pero frustrado por vacíos o vicios de fondo o de forma sustancial. De ahí que a partir del 8 de junio de 1.954 se conserve la doctrina de la Corte en el sentido de entender la simulación y la nulidad como fenómenos que no pueden confundirse. (LXXVII -2142- 787).

8. No es ciertamente el error o el acierto con que el demandante denomine la pretensión en el libelo inicial lo que en principio define la titularidad invocada en juicio. Los hechos mueven las normas aplicables y constituyen la causa eficiente de la decisión jurisdiccional de mérito, siempre y cuando lo permita el proceso por el lleno de sus presupuestos. Esto hace ver que el margen de error en los calificativos jurídicos de la pretensión no es desde luego ilimitado, puesto que la demanda en debida forma constituye requerimiento ineludible para que se forme el vínculo procesal desatable por sentencia de fondo.

9. De ese modo, estatuye el artículo 738 del Código Judicial que en el procedimiento ordinario el juez se abstenga de dar curso a la demanda que no contiene las designaciones necesarias o es oscura en lo que pide, por medio de auto que señale los defectos de que el libelo adolece. Por lo mismo, puede el de-

mandado introducir en su oportunidad la excepción dilatoria de inepta demanda (3ª., 330). También está facultado el actor para corregir el libelo en tiempo hábil (208). Pero no puede remitirse a duda que si el empleo de estos remedios no alcanza eventualmente a subsanar los vacios fundamentales con que llegue a permanecer la demanda en el momento de fallar, porque entonces no habria base para la decisión de fondo, menos la habrá cuando ninguno de esos remedios se ha usado y el libelo es confuso o carente de razonable claridad.

10. El Juez rebasaria sus poderes si pretendiese corregir oficiosamente la demanda con el pretexto de fallar a fondo, cuando le corresponde simplemente abstenerse de pronunciamiento de mérito.

Puede, sin embargo, la interpretación judicial del libelo, atemperar el error por impropiedad de nomenclatura en la calificación juridica de los hechos dentro del criterio *iura novit curia*. Pero las facultades discrecionales al respecto descenderian a la arbitrariedad, si el juez, a guisa de interpretar la demanda, cambiara el contenido, objeto y fin de la pretensión, dentro de oficio notoriamente ajeno a su incumbencia jurisdiccional.

11. En el presente pleito es bastante confusa la postura del actor frente a las categorias nulidad y simulación. Suplica que se declaren "nulos por simulación, es decir, por no ser reales ni ciertos "los contratos litigiosos. Ha insistido a través del proceso y en el recurso extraordinario en la idea de que se trata de simulación absoluta en favor de los hijos legitimados de Bernabé Romero y en menoscabo de los hijos naturales. No advierte la oscuridad y confusión de su aserto: pues envuelve la afirmativa de que ningún cambio en el patrimonio, hoy herencia de Bernabé Romero, se quiso efectuar por ser absoluta la simulación alegada, lo que dejaria incólume el derecho de los hijos naturales. En tanto que el actor afirma a la vez el menoscabo hereditario de esos mismos hijos naturales. Así no aparece demostrada la censura por cuanto el sentenciador se abstuviera de fallar.

No le correspondia corregir la demanda para atemperarla a derecho. Ni interpretarla más allá de lo razonable. Ni tampoco desentrañar oficiosamente la acción para acogerla o negarla en pronunciamiento de mérito. Como es claro además que sin el presupuesto procesal de demanda en forma, el sentenciador no tenia por qué ocuparse de la legitimación en causa del debate simulatorio. Ello es también cosa de mérito.

En consecuencia, si discrecionalmente emitió al respecto fallo inhibitorio, no hay base plausible para la prosperidad de los cargos que ambas partes desde ángulos diferentes formulan contra el Tribunal por no decidir a fondo en punto de simulación.

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 31 de enero de 1.963 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el presente litigio de Ana o Anita Freire de Girón y otros, contra los herederos de Bernabé Romero y otro.

Sin costas en casación.

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

Arturo C. Posada. - Gustavo Fajardo Pinzón. - Julián Uribe Cadavid. - Enrique Coral Velasco. - Enrique López de la Pava. - José Hernández Arbeláez. - Ricardo Ramírez L., Secretario.

LESION ENORME

Autonomía del sentenciador en la apreciación de la prueba pericial. En qué consiste el error de derecho. Deficiencias de un dictamen pericial como prueba de la lesión enorme. Error de hecho y de derecho alegados por omisión, en juicio de lesión enorme, de la regulación equitativa que prevé el artículo 721 del C. Judicial.

1. El error de derecho a que expresamente alude el inciso segundo del ordinal 1o. del artículo 520 del C. Judicial consiste en atribuirle o negarle a una prueba un mérito demostrativo distinto del que le asigna la ley; es, como lo ha dicho la Corte, un yerro de valoración probatoria. Mal puede hablarse de error de derecho cuando no hay ninguna prueba bien o mal apreciada.

2. Es acertado y suficiente para rechazar un dictamen pericial como prueba de la lesión enorme, el hecho de no referirse a la época de la adquisición del inmueble ni exponer los factores determinantes del precio allí señalado.

3. En repetidas ocasiones ha expresado la Corte que el sentenciador de mérito es el llamado a apreciar y calificar los conceptos de uniformidad y fundamentación de un dictamen pericial y que su juicio sobre estos factores no puede ser modificado en casación, porque él se refugia y escuda en la convicción de dicho fallador, máxime cuando en ocurrencia como la presente los avalúos de los peritos no son en realidad uniformes. Por ello deben respetarse el criterio y el parecer del sentenciador, criterio que en éste caso se ajusta al texto de la ley, que exige uniformidad, explicación y fundamentación debidas para que un dictamen pericial sobre cifra numérica adquiera la categoría de plena prueba. No puede por tanto sostenerse con razón que la sentencia acusada hubiera incurrido en un error de derecho al negarle el mérito de prueba plena al dictamen de peritos que en este juicio se practicó por no llenar los avalúos el requisito de la uniformidad que exige la ley.

4. La sentencia consideró los dictámenes y halló que ninguno de ellos demostraba la lesión enorme. Verdad es que el fallo no hizo la regulación equitativa que prevè el art. 721 del C. Judicial ni dijo que las dichas peritaciones pudieran o no servirle para ese efecto, pero esta omisión no alcanza a incidir en la casación de la sentencia acusada, porque no hay razón para presumir que la regulación que pudiera haber ejecutado el fallador fuera favorable y suficiente a poner de relieve la lesión enorme. Lo cual vale decir que la sentencia no incurrió en el error de hecho que le imputa la censura (a la apreciación de la prueba pericial), y que aunque hubiera cometido tal yerro, no sería lo bastante para infirmar dicho fallo.

Lo mismo cabe predicar del cargo por error de derecho formulado por idèntico motivo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, junio diecisiete de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique López de la Pava).

Por la Escritura No. 2949, extendida en la Notaría Segunda de Ibagué el 12 de noviembre de 1.955, el Municipio de Ibagué, representado por el Personero Municipal, y la señora Carmen Julia Morales de Mendoza celebraron un contrato de permuta de unos inmuebles, en virtud del cual la señora Morales transfirió al Municipio el derecho de dominio sobre el siguiente bien: Un solar con todas sus edificaciones, mejoras y anexidades, integrado por seis porciones o bloques contiguos, con un área superficiaria total de trece mil ochocientos treinta y tres metros con noventa y siete centímetros cuadrados (13.833-97 mts.), ubicado en el perímetro urbano de la misma ciudad de Ibagué y alindado generalmente así: "Por el Norte, en parte con la carretera Ibagué-Armenia y en parte con mejoras que fueron de Félix A. Gaitán y de Hersilia Aguilar; por el Sur, en parte con el río Combeima y en parte con propiedad de la Compañía Eléctrica de Ibagué, S. A.; por el Occidente, con propiedad de la misma Compañía, y por el Oriente, con mejoras del señor Eugenio Ramírez y terrenos de propiedad del Municipio de Ibagué". Sobre este solar existía entonces un establecimiento de diversión y deportes llamado "Club Baltazar", que también fue transferido con dicho inmueble y que estaba compuesto por las siguientes edificaciones y mejoras: "b)- Con un edificio en el cual están instalados la cantina, la pista de baile, la sala de billares, la cocina con su respectiva despensa y horno en la parte de encima, un saloncito para servicios privados, de construcción de ladrillo, cemento y madera, con pisos de cemento y baldosín, y techado con teja de barro; una piscina de construcción de ladrillo, hierro, cemento y baldosín, con sus respectivos trampolines de hierro, con veinte cuartos adicionales para desvestideros, cuatro inodoros y cuatro baños, también éstos de ladrillo, cemento y baldosín; un edificio para dormitorios de los empleados del establecimiento, situado en la parte más alta del grupo de edificaciones que se relacionan, de construcción de ladrillo, cemento, baldosín, teja de barro y constante de cuatro dormitorios, cada uno en su respectivo cuarto; una pista o campo de basquet-ball, con sus correspondientes aditamentos y con su graderia de ladrillo y cemento; un deslizadero de cemento, para niños, con su correspondiente casilla de madera y teja de barro; una pista circular para patinadores, de cemento y hierro; un lago artificial. c)- Por circo de toros, el cual lleva por nombre 'Circo de Toros de Guadalupe', construido de ladrillo, cemento y hierro, con capacidad para 4.000 espectadores y dotado de todos los elementos que esta clase de construcción necesita; y una cancha de juego de bolos, con la dotación que tal deporte requiere".

En cambio del inmueble transferido por la señora Morales de Mendoza, el Municipio dió a ésta dos solares localizados también en el área urbana de Ibagué, con extensión el uno de doscientos ochenta y seis metros con noventa y nueve centímetros cuadrados (286-99 mts.) y el otro de dos mil cuatrocientos ochenta y cuatro metros con veintitrés centímetros cuadrados (2484-23 mts.).

Para celebrar la permuta las partes contratantes hicieron avaluar previamente los bienes objeto de ese contrato por sendos peritos designados por ellas. Los expertos le fijaron al inmueble de la señora Morales un valor de $160.865-51, y a los solares del Municipio les señalaron los precios de $ 66.007-70 y $ 24.842-30, dando estas dos cifras una suma total de $90.850-00.

Para completar el precio del inmueble de la permutante Morales el Municipio suscribió y entregó a ésta varios pagarés con distintos plazos por la cantidad total de $ 70.015-51.

En la misma Escritura citada aparece que la señora Morales de Mendoza se obligó: a) A cancelar previamente un gravamen hipotecario que por la cantidad de $ 15.000-oo existía sobre el inmueble transferido por ella. b) A ceder al Municipio sin indemnización alguna una faja de terreno de 1.431 metros con 46 centímetros cuadrados, para la apertura de la carrera Septima, faja que ella ocupaba como arrendataria del mismo Municipio. c) A construir dentro del término de los dos años siguientes en uno de los solares dados por el Municipio un edificio del número de pisos que señalar la Secretaría de Obras Públicas Municipales, bajo la sanción de una multa de $ 15.000-oo en caso de incumplimiento. d) Y finalmente en la cláusula duodécima de la convención se estipuló: "Las instalaciones deportivas existentes en el Club Baltazar tales como cancha de bolo, de basquet-ball, piscina, lago y patinadero, deben ser entregadas por la permutante Morales de Mendoza al Municipio en buen estado de funcionamiento y limpieza".

En la misma Escritura se transcribieron los certificados de la Oficina de Catastro, en los cuales aparece que el inmueble de la señora Morales figuraba allí entonces con un avalúo de $ 71.000-oo y los del Municipio con los precios de $807.oo y $34.500-oo.

También aparece que dos días antes del otorgamiento de la Escritura citada la señora Morales de Mendoza hizo entrega al Municipio de las instalaciones constitutivas del "Club Baltazar", según el siguiente comprobante que le fue expedido a dicha señora: "ACTA DE RECIBO DEL CLUB BALTAZAR. Por el suscrito Secretario de Obras Públicas Municipales le fue recibida (sic) en la fecha a la Sra. Carmen Julia Morales de Mendoza las instalaciones deportivas existentes en el Club Baltazar y que comprenden construcción circular con cantina y pista de baile, piscina con sus desvestideros y duchas, cancha de Basquet con su graderia; deslizaderos, pista de patines, lago, cancha de bolo, circo de toros y construcciones para dormitorios, en buen estado de limpieza y funcionamiento. Para constancia se expide la presente a los 10 días del mes de noviembre de 1.955. Jorge Julio Díaz Cruz, Srio. de OO. PP. Mpls.".

El 26 de noviembre de 1.957 el Municipio de Ibagué, obrando por conducto de apoderado debidamente constituido, promovió ante el Juez Tercero Civil del Circuito de esa ciudad un juicio contra la nombrada señora Carmen Julia Morales de Mendoza para que, en sentencia dictada por la vía ordinaria, se declarara rescindido por causa de lesión enorme el contrato de permuta que se consignó en la referida Escritura N°. 2949, de 12 de noviembre de 1.955, y nulos los pagarés entregados por el mismo Municipio a la señora Morales, se ordenara la cancelación del registro de ese instrumento y se decretara la consiguiente restitución de los bienes permutados.

En los hechos de la demanda se hace en general referencia a la celebración del contrato de permuta mencionado y se afirma en concreto que "el Municipio sufrió lesión enorme en el contrato aludido, por haber recibido como trueque de los bienes inmuebles y dinero que entregó, el inmueble "Club Baltazar" citado, cuyo precio en dinero era inferior a la mitad del justo precio de la cosa al tiempo de la celebración del contrato de permuta".

La demandada contestó el libelo oponiéndose a las pretensiones de la parte actora, admitiendo unos hechos y negando otros, especialmente el relativo a que el justo precio del bien raíz dado por ella al Municipio fuera inferior a la mitad del valor en que lo transfirió.

La misma señora Morales de Mendoza propuso contra el Municipio una demanda de mutua petición, en la cual solicitó que se declarara que ella había cumplido el contrato de permuta, que la Entidad contrademandada tiene la obligación de cubrir los pagarés que le entregó, que es válido el pago del primer pagaré hecho por el Municipio en cantidad de $11.669-25 y que el propio Distrito debe resarcirle los perjuicios materiales y morales que le causó por el incumplimiento de dicha convención y por la especie que difundió e hizo publicar por la prensa de haber sufrido lesión enorme con ese negocio.

El primer grado del juicio concluyó con la sentencia de cuatro de junio de 1.959, en la cual se denegaron las peticiones de la demanda principal por no aparecer demostrada la lesión enorme, se declaró que el Municipio debe cubrir los pagarés insolutos y que es válido el pago de un pagaré por $11.669-25 y se absolvió a la misma Entidad del pedimento sobre indemnización de perjuicios.

LA SENTENCIA ACUSADA

Contra el fallo de primera instancia se alzó el Municipio demandante y, una vez surtido el segundo grado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué profirió la sentencia de cuatro de noviembre de 1.960, en la cual se dispuso reformar así la decisión apelada:

"Niéganse las declaraciones impetradas en la demanda principal por el Municipio de Ibagué, en este juicio sobre lesión enorme promovido contra la señora Carmen Julia Morales de Mendoza, y en consecuencia absuélvese de los cargos a la parte demandada.

"Declárase vigente el contrato solemne de permuta celebrado entre el Municipio de Ibagué y la señora Carmen Julia Morales de Mendoza por medio de la Escritura pública No. 2949, otorgada el doce (12) de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco (1.955) en la Notaría Segunda de este Circuito, y en tal virtud el Municipio está obligado a cubrir los pagarés a que ese contrato se refiere, extendidos a favor de la señora Morales de Mendoza, en la forma como hubiere sido acordada entre las partes.

"Como consecuencia de las declaraciones anteriores, la solución o pago que hizo el Municipio a la señora Carmen Julia Morales de Mendoza de uno de los pagarés por valor de ($11.669-25) once mil seiscientos sesenta y nueve pesos con veinticinco centavos, es legal y válido.

"No hay lugar a condenación de perjuicios, de lo cual se absuelve al Municipio de Ibagué".

La motivación de este fallo se refiere en primer lugar a los caracteres y aplicaciones de la acción rescisoria por lesión enorme; recuerda en resumen el problema planteado en esta litis y hace luego una relación completa de las pruebas allegadas por las partes.

También anota que aquí la lesión enorme se reduce a confrontar los valores dados a los bienes que se permutaron con el justo precio que tuvieron al

tiempo de la convención y que haya sido señalado mediante la prueba conducente y prácticamente única en tal ocurrencia, como es el dictamen de peritos. Alude en seguida al certificado de la Oficina de Catastro sobre el avalúo de $71.000-oo en que figuraba en 1.955 el inmueble llamado "Club Baltazar" de la señora Morales de Mendoza y sostiene que, de acuerdo con jurisprudencia de la Corte, el precio catastral de un bien no tiene más que una finalidad fiscal y no comprueba por tanto el valor comercial o justo precio de tal bien para los efectos de la rescisión por lesión enorme. Como consecuencia de esta tesis la sentencia desecha el certifcado aludido como prueba del justo precio del inmueble "Club Baltazar" en el mes de noviembre de 1.955, fecha de la celebración de la permuta.

Como la señora Morales promovió un juicio ejecutivo contra el Municipio de Ibagué y allí se embargó y justipreció en $62.428-25 el mismo inmueble llamado "Club Baltazar", la parte demandante en este litigio allegó el dictamen pericial que fijó ese avalúo como prueba de la lesión enorme que alega. Sobre ese dictamen dice el fallo: "Por esta misma razón, tampoco puede considerarse como prueba suficiente para la lesión enorme aquí estudiada el avalúo efectuado por peritos en juicio ejecutivo promovido por doña Carmen Julia Morales de Mendoza, avalúo dentro de esa acción aludida que fue dado en noviembre dos de 1.957, que ni fue la época del contrato, ni verificado para la finalidad específica aquí exigida, y sometido en razón del tiempo, del desarrollo de la población, de la extensión urbanística, del abandono de los bienes, etc., a múltiples factores de alzas o de bajas".

La sentencia repite que, conforme a la jurisprudencia de la Corte, el dictamen de peritos es el medio probatorio adecuado para establecer en esta clase de litigios el justo precio de los bienes enajenados y dedica varias consideraciones a examinar la peritación que en este caso se practicó con el fin de comprobar la lesión enorme que el Municipio sostiene haber sufrido. Sobre ese dictamen anota que uno de los peritos principales le fijó al "Club Baltazar" un precio de $151.319-10, que el otro perito principal le señaló un valor de $76.126-72 y que el perito tercero lo avaluó en $76.555-oo, y transcribe el art. 721 del C. Judicial para hacer ver que esta norma no autoriza sacar el medio aritmético cuando, como en esta litis, la diferencia entre los dos extremos del justiprecio excede del cincuenta por ciento de la cantidad menor. A continuación agrega sobre el mismo punto:

"Aquí, como ya está anotado antes, el perito Arturo Gaviria conceptúo que el terreno y mejoras que componen el 'Club Baltazar' valen la cantidad de $151.319-10, mientras que el señor Marceliano Rodríguez dio a esos mismos bienes un precio de $76.126-72, y acontece, hechas las operaciones aritméticas necesarias, que la diferencia entre esos dos extremos es de $75.192-38, suma esta que excede con mucho a la cantidad de $38.063-36, que es el cincuenta por ciento de la cantidad menor, y entonces por aplicación necesaria de la disposición procedimental anteciada, no puede verificarse el promedio o medio aritmético para determinar el justo precio de los bienes dados en permuta por la señora Mendoza. Y como en estos problemas de lesión enorme no puede el fallador hacer la apreciación por medios de prueba distintos del experticio que señale ese justo precio para la época del contrato, significa esto que no produjo el peritazgo el efecto conducente, y no está demostrado el justo precio necesario para hacer la comparación señalada por el Código Civil a fin de saber si hubo o no lesión enorme".

Afirma que, según lo expuesto y no permitiendo la peritación aludida sacar el medio aritmético, hay que aceptar que no se ha demostrado el justo precio

del inmueble transferido por la señora Morales, y expresa que, "ausente, pues, en el problema sub-judice, el justo precio de los bienes permutados, para el tiempo del contrato, necesariamente debe llegarse a la conclusión de que esa lesión enorme no ha sido comprobada".

La sentencia transcribe los pasos pertinentes de una doctrina de la Corte sobre la necesidad de acreditar en esta clase de pleitos el justo precio de los bienes al tiempo del contrato para poder determinar si en efecto hubo lesión enorme, si se rompió el equilibrio entre las prestaciones de las partes, y formula finalmente este juicio: "Como aquí no aparece el justo precio por la deficiencia de la prueba pericial anotada, no hay ese medio de relación para saber si hubo o no lesión enorme, si efectivamente o no el Municipio padeció ese perjuicio o agravio económico, en virtud del desequilibrio enunciado en la demanda, pero no demostrado, tiene que llegarse a la inevitable conclusión de que no tiene cabida la declaratoria de una lesión inexistente e improbada en este juicio".

LA IMPUGNACION

La misma parte demandante recurrió en casación contra la sentencia de segundo grado y, con respaldo en la primera de las causales que consagra el art. 520 del C. Judicial, formula contra dicho fallo los cinco cargos siguientes que la Corte procede a examinar, advirtiendo antes que la parte opositora replicó la demanda respectiva.

Primer cargo.

Consiste en el quebranto indirecto, por falta de aplicación, de los arts. 1946, 1947, 1948 y 1958 del C. Civil, a causa de error de derecho en la apreciación de la prueba sobre el valor de los inmuebles dados por el Municipio. Como norma probatoria infringida se señala el art. 1759 del C. Civil.

Se sustenta este cargo diciendo que la sentencia no halló demostrando el justo precio de los bienes transferidos por el Municipio a la señora Morales, debido a que los extremos de los avalúos dados a esos bienes por los peritos no permiten sacar el medio aritmético, y que al deducir "el Tribunal esta conclusión incurrió en claro error de derecho por violación del artículo 1759 del Código Civil, al no aplicarlo, ya que dicho texto dispone que el instrumento público hace plena fe 'contra los declarantes', en las declaraciones en él contenidas, y el mismo Tribunal advierte en su sentencia que el precio de lo dado por el Municipio fue estipulado en $160.865-51, de acuerdo con lo declarado en la escritura pública de permuta, así: por los dos inmuebles $90.850-00 y en dinero $70.015-51".

Si el dictamen pericial no demuestra el justo precio de los bienes aludidos por no ser posible obtener el medio aritmético, el fallo ha debido reconocerle a la escritura el mérito de plena prueba que tiene entre las partes respecto del valor de los bienes dichos, y como así no lo hizo, incurrió por ello en un error de derecho que lo condujo a violar el art. 1759 del C. Civil y como consecuencia de tal yerro a infringir también los preceptos sustantivos inicialmente señalados.

SE CONSIDERA:

Por petición de ambos litigantes los peritos que ellos mismos designaron para fijar el justo precio de los bienes permutados, avaluaron los dos solares que el

Municipio transfirió a la señora Morales de Mendoza. El dictamen sobre este punto no fue uniforme y, según el fallo, tampoco daba lugar a deducir el medio aritmético a la luz de lo prescrito por el art. 721 del C. Judicial. Dicha sentencia expresa que por esta razón no quedó comprobado en el juicio el justo precio de los solares mencionados, y el recurrente acusa esta conclusión de error de derecho por no haberle reconocido el mismo fallo valor probatorio a la escritura en que se consignó el contrato de permuta y se acordó por las partes el precio de los inmuebles citados.

La sentencia no desconoció el mérito demostrativo de la escritura de permuta en relación con el precio de lo inmuebles transferidos por el Municipio. Lo que en realidad sucedió fue que no halló demostrado el valor justo de esos bienes con el dictamen pericial; pero no que menospreciara la fuerza probatoria del instrumento citado. Si la prueba pericial no acreditaba ese precio, es obvio que el fallo tenía que admitir y que implícitamente aceptó como tal precio el convencional que reza la escritura de permuta. El sentenciador no ignoró ese valor convencional de los bienes permutados, sino que a él se atuvo al no encontrar establecido otro distinto con la peritación y al denegar la súplica sobre rescisión por lesión enorme. No puede por tanto afirmarse ni admitirse que el fallo hubiera cometido el error de derecho de desconocerle a la escritura mencionada el mérito probatorio que le atribuye el art. 1759 del C. Civil.

Segundo cargo.

Se hace consistir en la violación indirecta, por falta de aplicación, de los arts. 1946, 1947, 1948 y 1958 del C. Civil a causa de error de derecho proveniente de no haber la sentencia cumplido lo prescrito en la segunda parte del inciso segundo del art. 721 del C. Judicial.

En desarrollo de este cargo expresa el recurso que, en materia de avalúos, el inciso segundo del citado art. 721 dispone que si hay desacuerdo entre los conceptos periciales, se toma el medio aritmético, a menos que la diferencia entre los dos extremos exceda de un cincuenta por ciento de la cantidad menor, caso en el cual hace el Juez la regulación que estime equitativa y conforme a los mismos dictámenes y demás elementos del proceso, y que aun puede decretarse otro avalúo por medio de peritos que designa el propio Juez. En el caso presente la sentencia expresó que no podía sacarse el medio aritmético porque la diferencia entre los dos extremos del dictamen sobre el justiprecio del "Club Ballazar", excedía del cincuenta por ciento de la cantidad menor, pero no cumplió la segunda parte del precepto, esto es, que no procedió a efectuar la regulación equitativa ni a decretar un nuevo avalúo como lo prescribe tal norma, incurriendo así en su quebranto por falta de aplicación.

La sentencia no expresa que se careciera de elementos para hacer la regulación equitativa, sino que olvidó que la ley le ordenaba efectuar esa regulación, para lo cual existían en realidad varios de aquellos elementos. No se trata en tal caso de una simple autorización discrecional, sino de una orden, de un mandato de la ley para que el Juez lleve a cabo dicha regulación. Lo que queda al juicio y buen criterio de éste es la regulación misma por motivo de que ella debe ser equitativa y estar fundada en los propios dictámenes y en los demás elementos del proceso. El no haber efectuado aquí esa regulación o decretado un nuevo avalúo, constituye un error de derecho por no haber cumplido el citado texto del art. 721 del C. Judicial, violándolo así y dando lugar por ello a infringir también las normas sustanciales antes señaladas, por análoga falta de aplicación.

LA CORTE CONSIDERA:

Como se ha visto, el fallo acusado expresa en realidad que, por la diferencia entre los dos extremos de la peritación sobre el avalúo del inmueble llamado "Club Baltazar", no era posible deducir el medio aritmético, y es también cierto que la misma sentencia se abstuvo de hacer la regulación equitativa o de ordenar un nuevo justiprecio, como lo dispone el art. 721 del C. Judicial. Constituye esta omisión un error de derecho? o la inaplicación de precepto citado puede por sí sola dar lugar al quebranto de los preceptos sustanciales que señala el recurso?.

La sentencia omitió hacer la regulacion equitativa o decretar el nuevo avalúo, pero esta omisión no constituye el error de derecho en la apreciación de las pruebas de que habla el inciso segundo del ordinal 1o. del art 520 del C. Judicial. El error de derecho a que expresamente alude este precepto consiste en atribuirle o negarle a una prueba un mèrito demostrativo distinto del que le asigna la ley; es, como lo ha dicho la Corte, un yerro de valoración probatoria. Mal puede hablarse de error de derecho cuando no hay ninguna prueba bien o mal apreciada y cuando la omisión que se anota no equivale a un yerro de tal índole.

Por otro aspecto, la sola inaplicación de la parte final del art. 721 del C. Judicial no es suficiente a sustentar el cargo de violación de las normas sustanciales que señala el recurso, porque no hay motivo para asegurar y admitir por anticipado o a priori que la regulación equitativa o el nuevo avalúo hubieran sido favorables y demostrativos de la lesión enorme. La regulación o el avalúo dichos pudieron favorecer o desvirtuar la tesis de la lesión y ante esta alternativa resulta prematuro e infundado el argumento o cargo de la transgresión de las normas reguladoras de la misma lesión enorme.

Tercer cargo.

Consiste en la violación indirecta, por falta de aplicación, de los arts. 1946, 1947, 1948 y 1958 del C. Civil, a causa de error de derecho en la apreciación del dictamen pericial practicado en el juicio ejecutivo de la señora Morales contra el Municipio. Como norma probatoria quebrantada se indica el art. 721 del C. Judicial.

En demostración de este motivo dice el impugnante que la sentencia no admitió como prueba de la lesión enorme el valor señalado al inmueble transferido por la demandada en el dictamen pericial que se practicò en el juicio ejecutivo de la misma señora Morales de Mendoza contra el Municipio por no referirse al tiempo del contrato, sino a una fecha posterior como lo fue el dos de noviembre de 1.957. Siendo un hecho notorio la desvalorización de la moneda, hay que aceptar que en 1.957 el inmueble aludido debía tener un precio superior al de 1.955. Por tanto el fallo ha debido concluir que el avalúo de $62.428-25, dado al "Club Baltazar" en 1.957, "demostraba plenamente que en 1.955, a la fecha de la permuta, ese inmueble no podía valer más que esa suma". Y el recurso agrega: "Al no tener en cuenta el Tribunal que el avalúo practicado en 1.957 demostraba que ese precio era el máximo que podía tener el inmueble en 1.955, porque la desvalorización de la moneda obligaba a considerar como inferior su valor en esta última fecha, y que por tanto era suficiente prueba para los efectos de la lesión enorme, violó por falta de aplicación al caso el inciso 1o. del mismo artículo 721 del C. J., ya que el avalúo era uniforme de dos peritos, explicado y debidamente fundamentado. Con lo cual vino a violar indirectamente los artícu-

los 1946, 1947, 1948 y 1958 del Código Civil, por falta de aplicación, ya que con base en ellos ha debido declarar la lesión enorme impetrada".

SE CONSIDERA:

En realidad la sentencia desechó como prueba de la lesión enorme el dictamen pericial que justipreció en $62.428-25 el "Club Baltazar" dentro del juicio ejecutivo que la señora Morales promovió contra el Municipio de Ibagué, y para ello tuvo en cuenta varias razones, entre ellas la de que ese avalúo no correspondía a la época del contrato de permuta, ni se practicó con la finalidad de fijar el justo precio del inmueble para los efectos de la lesión enorme y de que este precio estaba sujeto a múltiples factores de alzas y bajas, como el abandono de los bienes, el desarrollo de la población, etc.. Estos motivos no son caprichosos ni descaminados, sino acertados y suficientes para desechar el referido dictamen pericial como prueba de la lesión enorme por no haberse referido a la época de la permuta ni expuesto los factores determinantes del precio allí señalado. El argumento de la devaluación monetaria por tratar de probar demasiado no demuestra nada, desde luego que no se ha establecido aquí si por causa de ese solo fenómeno o por las circunstancias de conservación, cuidado y manejo del "Club Baltazar" pudo este inmueble tener en 1.957 un precio superior o inferior al de 1.955.

La sentencia tuvo, pues, razones obvias para no aceptar el sobredicho dictamen pericial como prueba de la lesión enorme y por tanto no incurrió en el error de derecho ni en las violaciones que por este aspecto se le atribuyen.

Cuarto cargo.

Versa también sobre el quebranto indirecto, por falta de aplicación, de los mismos arts. 1946, 1947, 1948 y 1958 del C. Civil, a cusa de error de derecho cometido en la apreciación del dictamen pericial practicado dentro de este juicio. Se señala el art. 721 del C. Judicial como norma probatoria infringida.

El recurrente sustenta este motivo así:

"Ya se dijo antes que el Tribunal encontró que el perito del Municipio le dio al inmueble dado por la demandada un avalúo de $76.126-72 y que el perito tercero le dio un avalúo de $76.555-oo, y de ello dedujo que no existía un dictamen uniforme y se abstuvo de aplicar el primer inciso del art. 721 del C. J., violándolo así, por errada interpretación, al creer que cualquier diferencia, por insignificante que fuera, impedía darle aplicación a ese inciso.

"Pero considero que esto es exagerar la interpretación literal del inciso mencionado; que para considerar que no hay prueba uniforme es menester que la diferencia sea por lo menos importante, que pese en el total del avalúo; que una diferencia del uno por ciento o menos, e inclusive de un poco más, no puede servir para rechazar una prueba pericial. En el caso presente sobre un avalúo de ambos peritos, superior un poco a $76.000-oo, el uno por ciento serían $760-oo y la diferencia ha sido sólo de $428-28, es decir, un poco más del medio por ciento.

"Es mi opinión que en tal situación, ante esa diferencia irrita, insignificante, el Tribunal ha debido aplicar el inciso primero del art. 721 del C. J. y considerar que el dictamen de los dos peritos era uniforme. La interpretación tan estrictamente rigurosa del inciso primero mencionado que el Tribunal ha hecho, la con-

sidero contraria a la equidad y a la lógica, es decir, equivocada. Aplicando correctamente ese texto legal, se llega a la conclusión contraria: que sí existen dos dictámenes uniformes y que quedó probado el precio del inmueble dado por la demandada, en no más de $76.555-oo, contra lo dado por el Municipio que, al tenor de la escritura, no desvirtuada en esto, fue de $160.865-51. Es decir, que la lesión enorme está demostrada.

"Ese error de derecho en la apreciación de la prueba pericial, llevó al Tribunal a violar indirectamente, por falta de aplicación, los artículos 1946, 1947, 1948 y 1958 del C. Civil, al no declarar la lesión enorme impetrada".

LA CORTE CONSIDERA:

Ya se anotó que los tres peritos que fueron llamados a dictaminar sobre el justo precio del "Club Baltazar" en noviembre de 1.955 le fijaron estos valores: el uno, $151.319-10, el otro, $76.126-72, y el perito tercero $76.555-oo. La sentencia expresa que el dictamen no fue uniforme y que por ello no acredita el justo precio del inmueble mencionado. El impugnante considera que este juicio constituye un error de derecho en la valoración de esa prueba pericial, porque la diferencia entre dos de tales avalúos es insignificante y porque contraría la lógica y la equidad interpretar el concepto de uniformidad hasta el extremo señalado por el fallo.

En repetidas ocasiones ha expresado la Corte que el sentenciador de mérito es el llamado a apreciar y calificar los conceptos de uniformidad y fundamentación de un dictamen pericial y que su juicio sobre estos factores no puede ser modificado en casación, porque él se refugia y escuda en la convicción íntima de dicho fallador, máxime cuando en ocurrencia como la presente los avalúos de los peritos no son en realidad uniformes. Por ello deben respetarse el criterio y el parecer del sentenciador, criterio que en este caso se ajusta al texto de la ley, que exige uniformidad, explicación y fundamentación debidas para que un dictamen pericial sobre cifra numérica adquiera la categoría de plena prueba. No puede por tanto sostenerse con razón que la sentencia acusada hubiera incurrido en un error de derecho al negarle el mérito de prueba plena al dictamen de peritos que en este juicio se practicó por no llenar los avalúos el requisito de la uniformidad que exige la ley.

Quinto cargo.

Consiste en la violación indirecta, por falta de aplicación, de los arts. 1946, 1947, 1948 y 1958 del C. Civil, a causa de "error manifiesto de hecho en la apreciación de la prueba pericial de ambos juicios, al no ver en ella los suficientes elementos de juicio para fijar o regular el precio en no más de $76.555-oo".

Sobre este cargo dice el impugnante que el Tribunal nada dijo sobre si en el proceso existían o no elementos de juicio para efectuar la regulación equitativa del precio del "Club Baltazar" al tiempo de la permuta, de modo que la sentencia dejó de apreciar para ese efecto los avalúos practicados tanto en esta litis como en el juicio ejecutivo de la señora Morales contra el Municipio.

Los avalúos de dos de los peritos apenas sí tienen una reducida diferencia y tanto su dictamen como el recibido en el mentado juicio ejecutivo, demuestran que la lesión enorme se produjo, porque el inmueble transferido por la de-

mandada valía menos de la mitad del precio que se le fijó en el contrato de permuta. "El no apreciar en absoluto -afirma el recurso- al punto de no decir siquiera si existían o no elementos de juicio, si servían o no, si podía o no utilizarlos, constituye un manifiesto error de hecho, porque se dejó de tener en cuenta esas pruebas, para ese fin específico. Si el Tribunal hubiera examinado esas pruebas, con ese fin, las hubiera visto tan completas y firmes que sin duda hubiera procedido a aplicar el inciso segundo, parte final, del art. 721 del C. Judicial, norma que resultó violada por falta de aplicación; y consecuencialmente resultaron violados en forma indirecta los artículos 1946, 1947, 1948, 1958 del Código Civil, al no aplicarlos para declarar la lesión impetrada".

SE CONSIDERA:

Esta misma cuestión fue ya planteada por el recurso en el cargo segundo, entonces por el aspecto del error de derecho y ahora como un error evidente de hecho.

La sentencia, como está visto, sí consideró los dos dictámenes a que se refiere este quinto cargo y halló que ninguno de ellos demostraba la lesión enorme. Verdad es que el fallo no hizo la regulación equitativa que prevé el art. 721 del C. Judicial ni dijo que las dichas dos peritaciones pudieran o no servirle para ese efecto, pero esta omisión, como ya se ha expresado, no alcanza a incidir en la casación de esa sentencia, porque no hay razón para presumir que la regulación que pudiera haber ejecutado el fallador fuera favorable y suficiente a poner de relieve la lesión enorme. Lo cual vale decir que la sentencia no incurrió en el error de hecho que le imputa la censura y que, aunque hubiera cometido tal yerro, no sería ello bastante para infirmar dicho fallo.

Estas consideraciones demuestran que el recurso no puede prosperar.

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 cuatro de noviembre de mil novecientos sesenta, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en este juicio ordinario promovido por el Municipio de Ibagué contra la señora Carmen Julia Morales de Mendoza.

Sin costas (C. J., 576).

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

Enrique Coral Velasco. - Gustavo Fajardo Pinzón. - José Hernández Arbeláez. - Julio Pardo Dávila, Conjuez. - Julián Uribe Cadavid. - Enrique López de la Pava. - Ricardo Ramírez L., Secretario.

COMPRAVENTA COMERCIAL Y COMPRAVENTA CIVIL

Regulación del precio de la cosa entregado al comprador cuando no queda determinado en el contrato comercial. Contrato para la confección de una obra material. Poder de la Corte para rectificar en casación la interpretación dada por el Tribunal a un contrato. Error de hecho y de derecho respecto de una sola prueba. Diferencias fundamentales entre el contrato de trabajo y el de mandato. Culpa. La extracontractual o aquiliana es independiente de todo contrato. Casos en que puede aplicarse el principio *error communis facit jus*. Exigencias del cargo por error de hecho. En casación la Corte no puede estudiar oficiosamente las pruebas que le citen en forma general. Sentencia. El fallador no está obligado a considerar y resolver planteamientos extemporáneos a la demanda y su respuesta.

1. El criterio que distingue el evento contemplado por el inc. primero del artículo 2053 del C. Civil, o sea, la venta ordinaria, radica en que suministre los materiales el que encarga la obra, al paso que en el establecido por el inciso tercero del mismo precepto, caso este conocido en la doctrina con el nombre de empresa, es el ARTIFICE el que los proporciona.

2. El poder que tiene la Corte para rectificar en casación la interpretación que el Tribunal le ha dado a un contrato, lo fijó la misma en sentencia de 24 de marzo de 1.955, que complementó la doctrina anterior, y ha sido sostenida después. Dice al respecto la Corte: "En consecuencia, la interpretación de un contrato por el Tribunal de instancia, es motivo de casación, con base en el inciso 1o. del ord. 1o. del artículo 520 del C. J. cuando el sentenciador ha violado las normas sustantivas en la calificación jurídica de la convención o en la determinación de sus efectos, o, con base en el inciso 2o. del ord. 1o. del mismo artículo, cuando la interpretación ha sido consecuencia de un evidente y flagrante error de hecho o de un error de derecho en la apreciación de las pruebas concernientes al negocio jurídico" (T. 79, 797).

Y sobre el alcance que al respecto tiene el error de hecho, expuso la Corte: "El error de hecho manifiesto, en materia de estimación o interpretación del contrato, según reiterada doctrina, no existe sino excepcionalmente, cuando al contrato como prueba del proceso, se le hace decir lo que no dice, o como rezan algunos fallos, cuando el juzgador llega a desvirtuarlo, o desnaturalizarlo de tal suerte obvia y evidente que ello implica necesariamente el desconocimiento o negación palmaria de sus voces objetivas" (T. 80, 359 y 360).

3. Como la jurisprudencia lo tiene repetido, la acusación de un fallo por error de hecho manifiesto o error de derecho en la estimación de prue-

bas no puede prosperar cuando se refiere a una sola si las demás constituyen un soporte suficiente de la decisión.

4. Es bien sabido que cuando el fallador no ve en el proceso la prueba de un hecho trascendente para la decisión del pleito, comete un yerro de hecho; y que no puede incurrir en error de derecho o de valoración de una prueba que no ha visto o apreciado.

5. Entre el contrato de trabajo definido por el artículo 22 del C. S. del Trabajo y cuyos requisitos enumera el artículo 23 del mismo estatuto, y el contrato de mandato que define el artículo 2142 del C. Civil, se advierten las siguientes diferencias fundamentales: El de trabajo exige la actividad personal del trabajador por sí mismo; el mandatario puede realizar la gestión encomendada por medio de los sustitutos constituídos bajo su responsabilidad o por medio de los que autorice el mandante; en el contrato de trabajo se requiere una subordinación o dependencia continua del trabajador respecto del patrono por todo el tiempo que dure el contrato; el mandatario, al contrario, conserva libertad o independencia para realizar el negocio o gestión que se le ha confiado; el contrato de trabajo supone siempre un salario como remuneración del servicio, el mandato generalmente es remunerado pero puede ser gratuito; finalmente, en el contrato de trabajo no se encierra la facultad de representar al patrono, en cambio, el de mandato sí lleva consigo la representación del mandante puesto que la gestión se realiza por su cuenta y riesgo.

Infiérese de esto que si al contrato de trabajo puede unirse la representación, esta debe ser expresa, ya que no es de su esencia ni naturaleza. No puede haber en él, como dice el recurrente, una presunción de representación. Por consiguiente, cuando se alega, debe indicarse qué precepto legal la consagra y demostrar la representación que se le dió al trabajador.

6. La jurisprudencia colombiana, desde el fallo de casación de 15 de diciembre de 1.938, dado el distinto tratamiento que el estatuto civil da a una y a otra en títulos diversos del mismo, y la manifiesta diferencia que hay entre ellas (la culpa contractual y la aquiliana), no ha aceptado que se puedan aplicar a la culpa contractual los preceptos que rigen la extracontractual, ni al contrario, si no que cada una se regula por las disposiciones propias. Son varios los fallos en que la Corte ha sostenido esta doctrina, sin que se vea la razón para modificarla. (G. J. T. 47, pág. 495 2a.; 64 pág. 131; 77 pág. 697, 711; 79, págs. 673, 852; 88, pág. 653, 91, pág. 765).

7. Los tratadistas señalan como casos en que pueda aplicarse el principio *error communis facit jus* el de la enajenación de un bien realizada por el dueño aparente a favor de un tercero que obra con la buena fe creadora o buena fe cualificada, y el de la obligación contraída por el mandatario aparente en favor del tercero que contrata con dicha buena fe.

En cuanto hace a los requisitos de ella, puede verse lo expuesto por la Corte en el primer fallo en que se ocupó de la aplicación de dicho principio (T. 43, pág. 49) lo mismo que lo expresado en casación de 23 de junio de 1.958 (T. 88, pág. 235).

8. En la impugnación por error de hecho en la estimación de pruebas, es doctrina sostenida de la Corte, por así disponerlo el artículo 520 ord. 1o.

del C. Judicial, que la demanda debe señalar concretamente el medio o medios de juicio cuya apreciación ha pasado por alto el fallador o los que, no existiendo en el proceso, tuvo en cuenta; y que demuestre, además, el error alegado que aparezca de modo manifiesto en los autos, para lo cual es indispensable no solo el señalamiento de la prueba a que la tacha se refiere sino el análisis de la misma del cual resulte la equivocación evidente.

9. La Corte en el recurso extraordinario no puede entrar oficiosamente en el estudio de las pruebas que le citen en forma general, sino únicamente, para el caso, de las concretas y determinadas que el sentenciador no haya visto y de las cuales resulte demostrado el hecho de influencia decisiva en la sentencia.

10. Trabada la relación jurídico procesal tanto en la demanda principal como en la de mutua petición, con base exclusiva en el planteamiento de las pretensiones de cada parte en cuanto a la diversa modalidad del contrato en litigio, de venta comercial, según la entidad vendedora, de empresa, en concepto del comprador, la cuestión tocante con la culpa del mandatario no cabía ya formularla en los alegatos de conclusión de segunda instancia, como lo hizo el apoderado del demandado, por tratarse de hechos y consecuencias jurídicas distintas de las comprendidas en dicha relación. Por lo mismo, el fallador no estaba obligado a considerar y resolver lo relativo a este planteamiento extemporáneo, sino el comprendido en las demandas y sus respuestas "sin infringir disposiciones que son por así decirlo de derecho universal y nuestro código judicial consagra en su artículo 471 complementado desde este punto de vista con lo que establece el artículo 520 en el numeral 2o....." (G. J. T. 55, pág. 252).

11. Las exigencias de los artículos 1864 y 1865 del C. Civil tienen su razón de ser en que siendo el precio y la cosa los dos elementos esenciales de la compraventa, para que exista este contrato se requiere el acuerdo de las partes sobre ambos factores.

El mandato del artículo 1865 de que el precio no podrá dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, se relaciona o es una aplicación del precepto contenido en el artículo 1535, según el cual "son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga". La condición potestativa la clasifican los autores: 1o. en pura o meramente potestativa, cuando consiste en la mera voluntad o arbitrio de las partes, que es el caso del inciso 2o. del artículo 1865, de dejar la fijación al arbitrio de una de las partes; y 2o. en simplemente potestativa o potestativa ordinaria cuando consiste en un hecho voluntario del acreedor o del deudor, que es el supuesto contemplado en el segundo inciso del artículo 1536, que dice: "Si la condición consiste en un hecho voluntario de cualquiera de las partes valdrá".

Ante la aceptación del Tribunal, no desvirtuada en la censura, de que el contrato en litigio es el de compraventa comercial y no civil, y de que la parte demandante despachó la mercancía al comprador, el precio, en el evento de que no hubiera quedado determinado, de conformidad con las disposiciones citadas del código civil, se regularía según los términos del artículo 229 del C. de Comercio que, para el caso de que los contratantes no hayan convenido en el precio o en la manera de determinarlo, agrega: "pero a

pesar de esto, si la cosa vendida fuere entregada, se presumirá que las partes han aceptado el precio medio que tenga en el día y lugar en que se hubiere celebrado el contrato". Aunque la sentencia no tuvo en cuenta esta disposición, ella confirma que por razón del precio sí hubo venta, sin que en casación se pueda hacer más que esta afirmación, toda vez que hubo acuerdo de voluntades sobre los elementos esenciales de la convención.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, junio diez y siete de mil novecientos sesenta y cuatro.

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

La Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero debidamente representada, demandó en el Juzgado 6o. Civil del Circuito de Medellín, en vía ordinaria, a Nicolás Sierra con las siguientes peticiones:

"1o. Que el señor Nicolás Sierra S. debe a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, la suma de nueve mil doscientos cuarenta y siete pesos con diez y siete centavos ($ 9.247.17) provenientes de un equipo de lluvia artificial que ésta vendió a aquel.

"2o. Que en consecuencia de lo anterior, 30 días después de la ejecutoria de la sentencia, el señor Nicolás Sierra S. debe consignar dicha suma de dinero en la Caja de la entidad demandante, en Medellín.

"3o. Subsidiariamente del punto anterior, que con el mismo plazo, debe consignar el 30 % de tal suma en las Cajas de la entidad y suscribir un pagaré por el resto de la deuda en las mismas condiciones, plazos, modos etc. del pagaré inicial firmado por parte de dicha deuda total, y que reposa en poder de la sucursal de Medellín de la Caja.

"4o. Que el señor Sierra debe pagar a la Caja la suma de pesos estimada por peritos, por concepto de los perjuicios de orden material causados con el retraso en el pago o consignación de la suma que sea condenado a deber.

"5o. Que el señor Sierra S. debe pagar las costas y gastos del presente juicio, ocasionados por la oposición del demandado".

Los hechos se resumen así:

En el mes de septiembre de 1.958, Nicolás Sierra S. solicitó de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero los servicios de crédito y de maquinaria para la adquisición de un equipo de lluvia artificial destinada al servicio exclusivo de su hacienda Sierra Blanca, ubicada en el municipio de Rionegro, paraje de San Diego. "El sistema de crédito de la Caja para esta maquinaria es así: previo el lleno de los iniciales requisitos bancarios, y una vez conocido el valor inicial de la maquinaria, mediante el conocimiento de una factura proforma, si el cliente o propietario acepta, debe consignar el 30 % de dicha factura en la Caja de la Institución. Hecha la consignación, el propietario, habiendo recibido el equipo o máquinas firma un pagaré por el 70 % restante del valor inicial de dicha maquinaria, según la factura proforma, comprometiéndose en dicho pagaré a firmar el excedente del valor total cuando se conozca la liquidación definitiva del costo de la maquinaria.

"En parte el negocio ocurrió así:

"La Sección de Maquinaria del Departamento de Provisión Agrícola de la Caja Agraria, en Bogotá elaboró el 2 de septiembre de 1.958, la factura proforma PA-142 del equipo de lluvia artificial para la hacienda de Sierra S. por un valor aproximado de $ 64.226-34. Esta factura proforma la firma el Jefe de dicho Departamento y Sección Agrícola".

La sucursal de Medellín de la Caja Agraria ya había aprobado el préstamo para Sierra S. quien aceptó la factura proforma mencionada, y el 18 del mismo mes de septiembre consignó el 30 % del valor del equipo, según el reglamento bancario, por la suma de $ 19.268.00. En el recibo que se le dió al interesado Sierra se dejó esta constancia: "Los precios anotados en la factura proforma son aproximados y por este motivo pueden ser modificados por nuestra oficina principal sin previo aviso". Así lo aceptó Sierra S. quien desde el 12 del mismo mes había dirigido una carta a la Sección de Maquinaria de Bogotá en uno de cuyos apartes dice: 'En cuanto a los precios, yo acepto el que resulte una vez que Uds. tengan hecha la liquidación definitiva'.

En la misma carta Sierra dió orden a la Caja Agraria para que le despachara el equipo por su cuenta, cuando dice: 'Ojalá me informe el peso de todo el equipo, para ir buscando la manera de transportarlo todo lo más rápido que sea posible, y también espero me informen si lo pueden despachar rápidamente y qué requisito debo llenar para Uds. proceder a hacerme este despacho y el montaje todo lo más pronto posible, ya que cada día que pasa recibo mayores perjuicios por la falta de la lluvia artificial".

La Sección de Provisión Agrícola de Medellín comunicó a la correspondiente de Bogotá por carta Fac. 1830 de 18 de septiembre, que por ser Sierra persona pudiente y muy conocida de la Institución, la Gerencia de Medellín había ordenado que se le despachara el equipo de lluvia artificial rápidamente, mientras se terminaba la tramitación del préstamo bancario en la sucursal de Medellín. En la misma carta se daba la dirección a donde debía enviarse el equipo por cuenta de Sierra, y se advertía que ya había consignado el 30 % del valor inicial según la factura proforma.

El 2 de octubre, la Sección de Bogotá remitió la factura proforma PA-M 247 en la que el costo del equipo arroja un valor total aproximado de $ 74.886.80. Y al pie de la misma hay una nota que dice: "Los fletes hasta su destino son por cuenta del cliente".

En carta del 4 del mismo octubre la Sección de Bogotá le anuncia a Sierra que el lunes siguiente le remiten el equipo convenido, por cuenta del adquirente. Por carta del 10 de octubre, Sierra anunció el recibo del equipo; manifiesta que no acepta el reajuste del mayor valor que había aceptado inicialmente; que mediante la firma de pagaré había consignado el 70 % de la primera factura proforma, y que no acepta la factura proforma del 2 de octubre.

La Sección de Bogotá mediante carta de 7 de noviembre aclara definitivamente el valor y fija el monto del equipo remitido en $ 73.673.60. La Sucursal de Medellín urge entonces a Sierra S. para que consigne en efectivo o firme el pagaré por la suma de $ 9.247.17, "diferencia entre la proforma inicial y la liquidación definitiva", sin que haya atendido a lo uno o lo otro.

La razón aducida por Sierra S. en carta de 19 de diciembre de 1.958 a la Sección de Bogotá es que 20 tubos de 6 pulgadas estaban rotos y no prestaban el servicio debido. "Pidió que le remitiera la Sección de Provisión dichos tubos, no ofreció pagarlos", sino que informa que la Compañía Transportadora Nariñense los llevaría gratuitamente.

La Sección de Provisión Agrícola de Bogotá envió un perito para informarse de los daños sufridos por la tubería despachada en perfectas condiciones desde Bogotá, habiendo llegado a la conclusión de que la responsable era la compañía transportadora. El perito para ayudar a "solucionar esos desperfectos, procedió a soldarlos sin obtener ningún resultado". Y sin estar autorizado ni tener al respecto ninguna representación legal de la Caja, dijo a Sierra S. que "la Provisión Agrícola le cambiaría la tubería", pero fue desautorizado por quien siendo el representante de la Caja, declaró enfáticamente que la Caja no tenía por qué responder de los deterioros recibidos por la mercancía en el transporte "hecho por cuenta de Sierra S. Sugirió al mismo que se entendiera con la transportadora para que le pagara los tubos dañados".

La Caja sostiene que no tiene por qué pagar la tubería despachada en perfectas condiciones de Bogotá, "por cuenta y en comisión el transporte por cuenta de Sierra S. y éste dice que no paga el mayor valor del costo del equipo, que arroja la liquidación definitiva, "porque la Caja Agraria debe hacerle buenos los tubos de 6 pulgadas".

El demandado contestó el libelo negando los hechos como los plantea la Caja, pues sostiene que ésta se comprometió a entregarle el equipo instalado en perfectas condiciones de servicio y a instruir al personal en su manejo; que se obligó a enviar el equipo hasta la finca de Sierra Blanca en Riohegro quedando de cuenta del comprador los fletes, pero sin exonerar al vendedor de entregar la cosa negociada en perfectas condiciones de servicio; que la Caja, sin consentimiento del demandado, en nueva factura modificó los precios que no aceptó el demandado, porque lo pactado inicialmente había quedado en firme; y que la Caja, por conducto de su técnico, se comprometió a cambiar diez y siete tubos que llegaron rotos, y tres que se dañaron al instalar el servicio.

Propone las excepciones de inexistencia de la obligación demandada, contrato no cumplido y la genérica.

Nicolás Sierra S. presentó demanda de reconvención contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero para que se hagan las siguientes declaraciones:

"A) Que la Caja incumplió el contrato celebrado con el reconvencionista "para la venta e instalación de un equipo de lluvia artificiación (sic) en la finca de Sierra Blanca.....".

B) Que, en consecuencia, "se declare resuelto el contrato y vuelvan las cosas a su estado anterior, o sea la Caja reciba el equipo y devuelva los dineros recibidos por tal concepto con sus intereses".

C) Que se condene a la Caja citada al pago de los perjuicios por el incumplimiento del contrato tanto por el daño emergente como por el lucro cesante y por daño moral.

E) Subsidiariamente, que se condene a la Caja citada, al pago de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato, que se avalúen en este juicio o en incidente posterior; y

"F) Que se condene a la misma entidad a las costas judiciales".

La contrademanda expone, en resumen, los siguientes hechos:

El actor Sierra S. en septiembre de 1.958 celebró un contrato con la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero "para la instalación de un equipo de lluvia artificial" en la hacienda denominada Sierra Blanca, Municipio de Rionegro, para la explotación de pastos, el cual prestaría sus servicios en verano.

La Caja envió a la hacienda nombrada el técnico que hizo el estudio de la calidad del equipo, la cantidad de tubos y accesorios necesarios, la localización y levantó el plano correspondiente. Sobre esta base la Caja le envió a Sierra una factura proforma, en la cual se indican el número y calidad de accesorios y su valor aproximado.

La sucursal de Medellín le ofreció la financiación especial del negocio, consistente en el pago de contado del 30o/o del precio del equipo, un plazo de 30 meses para el resto, pagadero en cuotas semestrales, y una garantía de prenda agraria sobre el mismo equipo.

En virtud de esta negociación la Caja de Crédito Agrario, oficina central de Bogotá, quedaba en la obligación de enviar hasta la finca de Sierra Blanca el equipo, instalarlo en debida forma, y enseñar su manejo al personal de la finca.

Aceptada la negociación, Sierra S. procedió a consignar el 30o/o del valor del equipo fijado en la factura de 2 de septiembre de 1.958, que quedó como definitivo, y por el saldo suscribió el pagaré con la garantía prendaria el 9 de octubre de 1.958.

En el mismo mes de octubre la Caja, por conducto de la Oficina de Bogotá, procedió unilateralmente a modificar el precio que había quedado en firme, y sirvió de base a la firma del pagaré, con un aumento de $ 9.247-17, no aceptado por Sierra como lo manifestó en carta de 10 del mismo mes.

La Caja en Bogotá despachó el equipo por medio de una empresa transportadora buscada por ella, aunque los fletes corrían de cargo de Sierra S. La mercancía llegó hasta la hacienda de Sierra Blanca pero 17 tubos llegaron rotos, por lo cual firmó un recibo con las observaciones del caso para las reparaciones o indemnizaciones a que hubiere lugar.

La empresa transportadora advirtió que los daños se debían al mal empaque hecho por la Caja, ya que había colocado unas tablas encima del equipo, que causaron la ruptura de los tubos por los movimientos del vehículo en el viaje.

Sierra S. reclamó a la Caja por cartas de 7 noviembre y 19 de diciembre de 1.958 sin que haya obtenido resultado.

La Caja hizo la instalación, pero en los trabajos de esta por el peso del agua se dañaron 3 tubos, y así llegó a 20 el número de tubos averiados.

El Jefe del Departamento de Provisión Agrícola de la Caja en Medellín, Samuel Gaviria, practicó una inspección ocular en la instalación e informó en carta de 8 de enero de 1.959 de los desperfectos de veinte tubos, y de que una parte considerable de la finca quedaba sin regadío.

A esta inspección le precedió la intervención de otro técnico, quien intentó soldar los tubos pero sin resultado alguno, y "comprometió a la Caja a en-

viar veinte tubos nuevos para sustituir los dañados y cumplir así con las obligaciones estipuladas".

La Caja trata de incumplir las obligaciones contraídas alegando que despachó los elementos en buen estado "como si a dicho despacho se limitaran sus obligaciones y rechazando el compromiso adquirido por sus empleados, diciendo a última hora que no representaban a la entidad".

Por el incumplimiento de la Caja, el contrademandante ha sufrido los siguientes perjuicios: "a) Como daño emergente el valor del equipo, pago de fletes, intereses, los gastos en las diligencias y gestiones para obtener la reparación y los gastos judiciales al afrontar el presente litigio; b) como lucro cesante, la falta de los pastos en considerable extensión de la finca, la necesidad de comprar pastos a extraños y la merma en la leche del ganado vacuno por la falta de esos elementos de sostenimiento; y c) .... el dolor moral subjetivo que la ley limita a la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.oo)".

La Caja negó los hechos fundamentales, aceptó los otros en parte y se opuso a que se hicieran las declaraciones impetradas.

El Juzgado del conocimiento, en sentencia de diez y siete de febrero de mil novecientos sesenta y uno, dió término al primer grado del juicio condenando a Nicolás Sierra S. a pagar a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero la suma de nueve mil doscientos cuarenta y siete pesos con diez y siete centavos ($9.247.17) "que adeuda como parte del equipo de lluvia artificial". El pago lo hará así: el 30% de contado tres días después de ejecutoriada la sentencia, y por el 70% suscribirá un pagaré a 30 meses de plazo al 8% anual que cubrirá en cinco contados por sumas iguales.

Declara no probados los perjuicios alegados y desestima las excepciones propuestas por el demandado.

Niega las declaraciones impetradas en la demanda de reconvención.

Condena en costas a Sierra S.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín decidió la alzada interpuesta por el demandado en sentencia de veintiuno de julio de mil novecientos sesenta y uno, por la cual confirma en todas sus partes la del Juzgado, y condena en costas al recurrente.

MOTIVACION DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA.

Encuentra el Tribunal que las parte fijaron su posición en el debate jurídico en esta forma:

La entidad demandante, en el siguiente aparte del hecho 10o: "La Caja Agraria sostiene que no tiene por qué pagar tal tubería despachada en perfectas condiciones de Bogotá, por cuenta y en comisión el transporte por parte de Sierra". Es decir, que el contrato celebrado fue de compraventa.

El demandado Sierra S. en la contestación de ese hecho, cuando afirma que la Caja se comprometió a entregar el equipo instalado en perfectas condi-

ciones de servicio, obligación que no puede eludir alegando que despachó la mercancía en buen estado, porque "ella consiguió y contrató el transporte; empacó la mercancía como consideró conveniente y la remitió a su destino. El hecho de que los fletes sean del cargo del destinatario no la exime de acuerdo con la ley, mucho menos si se obligó a hacer la instalación a satisfacción y si no aparece que los riesgos sean de cargo del destinatario". Infiere la parte demandada que el problema planteado lo resuelve el artículo 2053 del C. C. en el inciso 1º, que dice: "Si el artífice suministra la materia para la confección de una obra material, el contrato es de venta; pero no se perfecciona sino por la aprobación del que ordenó la obra".

Analiza la sentencia las declaraciones de los testigos Jaramillo Arango, gerente de la Caja de Medellín en la época en que se celebró el contrato, Samuel Gaviria, Carlos A. Manotas, Eduardo Ardila y Gustavo Palacio, empleados de la misma; las facturas proforma de 2 de octubre de 1.959 y 28 de noviembre del mismo año, que contienen la nota que dice: "Los fletes hasta su destino son por cuenta del cliente"; y la carta de 12 de septiembre de 1.959 en la cual Sierra acusa recibo de la factura proforma de 2 del mismo mes, y agrega: "Ojalá me informara el peso de todo el equipo, para ir buscando la manera de transportarlo lo más rápido que sea posible, y también espero me informe si lo pueden despachar rápidamente y qué requisitos debo llenar para ustedes proceder a hacerme este despacho y el montaje todo lo más pronto posible, ya que todo día que pasa recibo mayores perjuicios por la falta de la lluvia artificial".

De estos medios de juicio el fallador llega al convencimiento de que "la negociación del equipo de riego por aspersión lo celebró el demandado con la Caja de Crédito Agrario en Bogotá, habiendo sido plenamente advertido de que la entrega de la maquinaria se la hacían en Bogotá, por lo cual tenía que costear el transporte hasta su hacienda de Sierra Blanca".

Para el Tribunal se trata de "un contrato atípico o anómalo" según el cual la Caja de Crédito Agrario, Casa Principal de Bogotá, "le vendió a Nicolás Sierra S. un equipo de riego por aspersión con destino a la hacienda de Sierra Blanca de propiedad del comprador, y lo entregó en el lugar de la transacción. La Sucursal de Medellín de la Caja le hizo un préstamo al comprador del setenta por ciento (70%) para la financiación del equipo. Hecho el transporte del equipo por cuenta del adquirente, la Caja mandó sus técnicos para el montaje de la tubería y preparación del personal que debía manejarlo.

Con la entrega que la Caja hizo del equipo a la empresa transportadora por cuenta de Sierra S. se realizó la tradición de la tubería y accesorios, sin que la entidad vendedora tuviera por qué responder de los daños que durante el transporte recibieron varios tubos.

La Caja de Crédito Agrario había prometido el montaje del equipo, y lo cumplió por medio de sus técnicos con los tubos dañados durante el transporte, ya que no le fue dado repararlos no obstante la intervención del técnico al respecto, y sin que la Caja tuviera la obligación de cambiarlos, porque, efectuada la tradición del equipo en Bogotá, no tenía ninguna responsabilidad por los daños ocurridos durante el transporte de lo vendido al lugar de su destino.

Considera el Tribunal que la cuestión sub judice está regida por los artículos 234 y 239 del C. de Comercio, especialmente por el último, no por el artículo 2053 del

C. Civil, porque no se trataba del contrato para la confección de obra material, como lo sostiene el demandado, sino "de un contrato atípico de las características enunciadas".

En cuanto a la promesa que Carlos A. Manotas, empleado de la Caja como técnico en riego por aspersión, le hizo a Sierra S. de que le cambiaría los tubos dañados, estima el fallador que Manotas no estaba autorizado para hacer esta promesa, ya que el encargo que tuvo fue el de estudiar las necesidades de riego de la hacienda Sierra Blanca, levantar los planes para indicarle al interesado con la mayor precisión posible el equipo, y una vez hecha la instalación, examinarla para darse cuenta de los frecuentes reclamos que hacía Sierra S., ocasión esta en la cual hizo la promesa de que se le cambiarían los tubos rotos durante el transporte.

En cuanto al aumento del 20% que la Caja le fijó al precio definitivo de la motobomba, el Tribunal, con vista en la factura proforma y en la carta remisoria de la factura en que le dice al solicitante de la instalación del equipo de riego que los precios puestos son aproximados, y que solamente una vez hecha la liquidación definitiva se le dará un precio exacto, "para que confirme su despacho inmediato", y con vista también en la carta de Sierra en que dice: "En cuanto a los precios, yo acepto el que resulte una vez que Uds. tengan hecha la liquidación definitiva", concluye el Tribunal que, acordado el contrato en tales términos, es una ley para las partes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo por causas legales, al tenor de lo preceptuado por el artículo 1602 del C. Civil.

ESTAS RAZONES llevan al sentenciador a la conclusión de que son improcedentes las excepciones alegadas por el demandado.

La existencia de la obligación a cargo de Sierra S. de pagar $ 9.247-17 como saldo del valor del equipo de riego artificial que le vendió la Caja Agraria, inducen al Tribunal a considerar improcedente la demanda de reconvención.

Vino la sentencia de segunda instancia a la Corte en recurso de casación interpuesto por la parte demandada y sustentado en libelo que contiene siete cargos basados: el primero, el tercero, el quinto y el sexto en errores de hecho en la apreciación de pruebas, el segundo, en error de derecho en la valoración de medios probatorios, el cuarto, en aplicación indebida de ley sustantiva, y el séptimo en infracción directa de normas sustanciales.

Primer cargo.

En el primer cargo, el impugnante dice que el sentenciador, al examinar y definir el contrato sub judice, con fundamento en una transcripción fragmentaria de los principales testimonios, lo califica de 'atípico' o 'anómalo' "separando la simple negociación del equipo, de la obligación de instalarlo a satisfacción, para atribuir a la primera parte toda su importancia, y estimando la segunda como algo independiente, como una especie de asesoría técnica que no obligaba a nada".

Transcribe los apartes del fallo en que el Tribunal expresa que se trata de un contrato "atípico o anómalo", por el cual la Caja le vendió a Sierra S. el equipo para riego por aspersión, destinado a la hacienda de Sierra Blanca de propiedad del comprador, el cual le entregó en el lugar de la transacción; que la Caja cumplió el compromiso de instalar el equipo con su personal técnico y con los e-

lementos suministrados por el dueño del equipo, ya que, habiendo hecho la tradición de este, la Caja no tenía por qué responder de los daños recibidos en su conducción al lugar de su destino.

Las pruebas mal apreciadas que llevaron al Tribunal a las conclusiones anteriores son: 1o. Las declaraciones de Jaime Jaramillo Arango, Samuel Gaviria, Carlos Arturo Manotas, Eduardo Ardila y Gustavo Palacio; y 2o. el recibo hallado en las oficinas de la Caja en la diligencia de exhibición, suscrito por Nicolás Sierra, sobre la instalación del equipo a satisfacción, y en el cual Carlos Arturo Manotas, técnico de la Caja, hace constar que ésta "se compromete a entregar veinte tubos de seis pulgadas por treinta pies para reponer igual número de tubos que llegaron averiados".

Reproduce de la declaración de Jaramillo Arango el paso en que expone que, por conducto de la Sucursal de Medellín, Sierra solicitó el equipo de lluvia artificial a Bogotá "con la obligación por parte de la Caja de instalarlo en la hacienda de Sierra Blanca, enseñar su manejo, y entregarlo funcionando a entera satisfacción"; que un señor de apellido Ardila, funcionario del Departamento de Provisión Agrícola de la Casa Principal, y Eduado Arias Robledo, Gerente de la misma, le manifestaron que los equipos se entregarían en perfecto estado de funcionamiento, pero que el declarante no está en capacidad de informar si "eso consistía en una obligación emanada del contrato de compraventa o simplemente se trataba de un sistema de propaganda con el objeto de facilitar la venta de ese tipo de maquinaria".

Copia también la apreciación del Tribunal referente a que, si bien este deponante, como Gerente de la Sucursal de Medellín, se enteró de la negociación, no fue quien la celebró, dado que se perfeccionó en Bogotá, y no tiene porqué conocer lo que efectivamente convinieron las partes, y por eso su manifestación de que desconoce si el pacto de instalación emanó del contrato de compraventa, o si obedeció a un sistema de propaganda.

Observa el recurrente que no se compadece con la realidad el rechazo de este testimonio porque Jaramillo Arango fue quien ofreció el equipo a Sierra, aceptó el préstamo, actuó como mediador, y fue informado por el Gerente de la Casa Principal de que la Caja entregaría el equipo instalado a entera satisfacción; y que la observación final del testigo no le resta mérito a su afirmación, "porque en cualquiera de los dos casos, el resultado era el mismo".

Añade el impugnante que el negocio no se perfeccionó en Bogotá, como lo dice el Tribunal, sino por correspondencia y por intermedio de la sucursal de Medellín, por lo cual el Gerente de ésta conoció las estipulaciones, y puede declarar sobre el compromiso de la Caja "para la confección de la obra material".

Del testimonio rendido por Samuel Gaviria, Jefe del Departamento de Provisión Agrícola de la Sucursal de Medellín, transcribe los apartes en que manifiesta que el técnico Gustavo Palacio fue el comisionado por la Caja para instalar el equipo y enseñar su manejo a los trabajadores de la hacienda; y que en algunas ocasiones la casa se compromete a hacer las instalaciones, pero que en la generalidad de los casos, son por cuenta de los solicitantes, aunque la Caja siempre presta su colaboración.

Deduce el recurrente que la Caja sí se comprometió a instalar el equipo, y por eso envió al técnico Palacio; y que no siempre las mercancías se entregan

en los depósitos, como así lo alega la Caja y lo acoge el Tribunal, para aceptar que la tradición se efectuó en Bogotá.

Añade que el testimonio de Gaviria no fue tenido en cuenta por el fallador.

Reproduce estos párrafos de la declaración dada por Carlos Arturo Manotas, técnico de riegos de la casa principal: "'Es verdad que la Caja se comprometió a hacer la instalación a satisfacción del cliente y enseñar el manejo del equipo..... Es verdad que la Caja tenía interés como con todos los clientes a entregar a satisfacción el equipo vendido al señor Sierra'".

Anota el acusador que este técnico, "que intervino en todas las etapas de la negociación reconoce" que la Caja se obligó a entregar "la instalación a satisfacción, es decir que se trata de la confección de una obra material y que el Tribunal tampoco la apreció en el particular".

Copia también el párrafo de la declaración de Eduardo Ardila, Jefe del Departamento de Provisión Agrícola de la Casa Principal, en que expone que con Samuel Gaviria S., quien desempeña el mismo cargo en la sucursal de Medellín, practicó una inspección en la hacienda de Sierra Blanca 'con el fin de instalar un equipo de lluvia artificial en dicha hacien a..... ... Y una vez localizado (el equipo) en la finca, con aviso oportuno, la oficina a mi cargo envió el personal técnico para la entrega e instrucción de los operarios, cosa que se cumplió a satisfacción de nuestra parte'.

A este testigo, que considera hostil al demandado Sierra, aúnque cuando declaró ya no era empleado de la Caja, le observa que indica en forma indudable el compromiso de la entidad demandante para hacer la instalación, o sea, "un contrato de obra para 'hacer la entrega' a su terminación". También anota que el testimonio de Ardila no fue apreciado en esta parte.

De la exposición del testigo Gustavo Palacio, instalador mecánico de lluvia artificial de la Caja, destaca los puntos en que hace las siguientes afirmaciones: que fue enviado a instalar el equipo de lluvia artificial adquirido por Sierra, efectuar las reparaciones correspondientes y a enseñar su manejo; que hizo la instalación de acuerdo con el plano levantado por Carlos Arturo Manotas y siguiendo las instrucciones dadas por la Caja; que encontró 18 tubos rotos y que por el peso del agua se rompieron 2; que procedió a soldarlos, pero la soldadura no sirvió; que todos los gastos que demandó la instalación del equipo, los de reparación y los de enseñanza de su manejo fueron hechos por la Caja..... ....

Deduce el recurrente de este testimonio "la confección de la obra material con el suministro de todos los implementos por el operario vendedor"; y que tampoco fue apreciado por el Tribunal.

Del acta de inspección ocular transcribe la constancia de haberse encontrado la factura proforma M-274 de 2 de octubre de 1.958 suscrita por el Jefe de la Sección de Maquinaria, en la cual obra el recibo de la instalación del equipo por parte de Sierra S. y la constancia de Manotas sobre el compromiso de la Caja para reponer los veinte tubos rotos.

En este documento encuentra el impugnante que no se trató de una simple venta sino de la confección de una obra material, y que pasó inadvertido para el sentenciador.

Y, a modo de síntesis del cargo, expone la acusación que las probanzas comentadas definen con toda claridad que el contrato celebrado fue el de la 'confección de una obra material en que el vendedor suministró todos los materiales' (Art. 2053 C. C.), pero que el Tribunal no tuvo en cuenta sino las partes que podían respaldar sus conclusiones, y prestó importancia a la carta de Sierra de 12 de septiembre de 1.958, en que él solamente pide un informe sobre el despacho del equipo, y a la constancia dejada por el entonces Jefe del Departamento de Maquinaria sobre que el equipo le fue vendido a Sierra en Bogotá, pero transportado a su destino por cuenta y riesgo del comprador, constancia que, cuando más, sería una alegación de parte interesada, y que, además, la factura no habla de riegos a cargo del comprador.

Finalmente, el acusador encuentra demostrado así el error de hecho cometido por el Tribunal en la apreciación de las principales probanzas traídas al proceso en virtud del cual calificó el contrato de atípico, dividido en dos partes: una cumplida en Bogotá con el despacho de las mercancías; y la segunda, consistente en "un servicio adicional sin compromiso o una asesoría técnica gratuita, cuando en realidad se trata de un contrato de obra que la ley considera como compraventa, en que el contratista suministra los materiales".

Sierra no quiso comprar una mercadería para que le fuera entregada en Bogotá. Necesitaba un equipo de riego instalado en su finca para la explotación de la misma. Estas finalidades deben tenerse en cuenta "para la debida apreciación del contrato y las que se demostraron con la prueba producida" y ya analizada

El contrato acordado entre las partes, en los términos del artículo 1603 del C. Civil, hay que entenderlo de acuerdo con lo que ambas perseguían, "sin desvertebrarlo para hacerle producir efectos diversos".

Por consecuencia del manifiesto error de hecho en la apreciación de las pruebas anotadas, el Tribunal violó indirectamente los artículos 238 del C. de Comercio, puesto que no se trataba de una simple compraventa de mercancías despachadas al domicilio del comprador, sino de la instalación del equipo de riego artificial; "el 2053 del C. C. que considera como compraventa el contrato para confección de una obra material, en que el artífice suministra los materiales, siendo de su cargo la pérdida de la cosa hasta la entrega definitiva a satisfacción"; el 234 del C. de Co. y 1880 del C. C. sobre la obligación de entregar a satisfacción en el lugar convenido; el 247 del C. de Co. 1928 y 1929 del C. Civil sobre pago del precio, preceptos que fueron aplicados indebidamente; y 1546 y 1609 que tampoco aplicó la sentencia siendo procedentes, dado el incumplimiento de la contraparte.

LA CORTE CONSIDERA:

El Tribunal, como aparece de la síntesis de la motivación de su fallo, si bien califica el contrato sub judice de atípico o anómalo, encuentra que entre la Caja y Sierra S. se convino en Bogotá una venta del equipo para riego por aspersión, y que hizo la tradición en la misma ciudad al entregarlo la Caja a la compañía transportadora. Asimismo admite que la Caja se comprometió a instalar el equipo en la hacienda de Sierra Blanca, y que cumplió su obligación con los elementos suministrados por el dueño del equipo.

El recurrente acepta también que hubo una venta pero no comercial, sino la que consagra el inciso primero del artículo 2053 del C. Civil, en virtud del cual

habiendo la Caja suministrado el equipo para su instalación, el contrato no se perfeccionaba sino con la aprobación del que ordenó la obra.

El inciso tercero del mismo precepto establece que "si la materia es suministrada por la persona que encargó la obra, el contrato es de arrendamiento".

Este segundo caso es el conocido en la doctrina con el nombre de empresa.

El criterio que distingue el primer evento, o sea, la venta ordinaria, radica en que suministre los materiales el que encarga la obra, al paso que en el de empresa es el ARTIFICE el que los proporciona.

El poder que tiene la Corte para rectificar en casación la interpretación que el Tribunal le ha dado a un contrato, lo fijó la misma en sentencia de 24 de marzo de 1.955, que complementó la doctrina anterior, y ha sido sostenida después. Dice al respecto la Corte: "En consecuencia, la interpretación de un contrato por el Tribunal de instancia, es motivo de casación, con base en el inciso 1o. del ord. 1o. del artículo 520 del C. J. cuando el sentenciador ha violado las normas sustantivas en la calificación jurídica de la convención o en la determinación de sus efectos, o, con base en el inciso 2o. del ord. 1o. del citado artículo, cuando la interpretación ha sido consecuencia de un evidente y flagrante error de hecho o de un error de derecho en la apreciación de las pruebas concernientes al negocio jurídico". (T. 79-797)

Y sobre el alcance que al respecto tiene el error de hecho, expuso la Corte: "El error de hecho manifiesto, en materia de estimación o interpretación del contrato, según reiterada doctrina, no existe sino excepcionalmente, cuando al contrato como prueba del proceso, se le hace decir lo que no dice, o como rezan algunos fallos, cuando el juzgador llega a desvirtuarlo, o desnaturalizarlo de tal suerte obvia y evidente que ello implica necesariamente el desconocimiento o negación palmaria de sus voces objetivas". (T. 80-359 y 360).

"La estimación o interpretación" del contrato como venta perfeccionado por correspondencia y cumplido con la tradición que la Caja hizo del equipo a Sierra S. al despachar la tubería y demás accesorios a la hacienda del comprador en Rionegro, la basa el fallador: 1o. En el testimonio de Eduardo Ardila, quien adelantó la negociación como Jefe del Departamento de Provisión Agrícola, y declara precisamente que el convenio de venta se cristalizó en Bogotá, y se entregó el equipo de riego a una compañía de transportes por cuenta de los interesados; que una vez informada la oficina a cargo del declarante de que la maquinaria estaba en la finca, envió el personal técnico para su instalación e instrucción de los operarios. 2o. En la constancia que el día de la diligencia de exhibición el entonces Jefe de la Sección de Maquinaria Agrícola dejó sobre que la práctica seguida por la Caja en la venta de maquinaria es la de entregarla al cliente en el almacén, siendo de su cuenta el transporte hasta la finca del comprador; y que en el caso de autos el equipo le fué vendido a Sierra en Bogotá y transportado hasta su destino por cuenta y riesgo del comprador, como consta en las facturas proforma de 2 de octubre y 28 de noviembre de 1.959, en las cuales se anota que "los fletes hasta su destino son por cuenta del cliente: 3o. En las facturas en que se lee la nota transcrita y 4o. En la carta del comprador en la cual acusa recibo de la factura proforma de 2 de septiembre de 1.958 y, aludiendo a la carta remisoria de dicha factura suscrita por el Jefe del Departamento de Provisión Agrícola, Eduardo Ardila, pide se le informe del peso del equipo, para ir

buscando la manera de transportarlo pronto, si se le puede despachar rápidamente y qué requisitos debe llenar "para ustedes proceder a hacerme este despacho y el montaje lo más pronto posible".

Se advierte al respecto lo siguiente: el contrato se acordó por correspondencia, o sea, por medio de la carta de 1o. de septiembre de 1.958 dirigida por Eduardo Ardila, Jefe del Departamento de Provisión Agrícola -Sección de Maquinaria- en la cual le envía a Sierra "la cotización del equipo que Ud. debe usar en esa finca (Sierra Blanca)..... con la advertencia de que su valor es aproximado", pero una vez hechas las liquidaciones definitivas se le dará el precio exacto, para que confirme su despacho inmediatamente, y le pone de presente que los precios de los tubos están muy por debajo de otras cotizaciones. Le adjunta la factura proforma de 2 del mismo septiembre, en que se expresan los precios aproximados. Por medio de la carta de 12 del mismo mes de septiembre, en que Sierra se muestra conforme con las explicaciones de la carta de la Caja y con la factura proforma; pide le informen el peso del equipo, para buscar transportador, y qué requisitos debe llenar para que se lo envíen rápidamente. Cabe concluir que hubo acuerdo en cuanto a la cosa, en que el precio lo fijaría la Caja una vez hecha la liquidación definitiva, y en que el transporte era de cuenta del comprador.

En carta de 4 de octubre, el jefe del Departameto Agrícola de la Caja en Bogotá le anuncia a Sierra que le envía otra factura proforma del equipo; que solo queda la motobomba con precio provisional, porque no les ha llegado la liquidación definitiva; y que "el lunes próximo saldrá con destino a su hacienda, la mercancía correspondiente a esta proforma".

En esta factura se lee esta nota: "Los fletes hasta su destino son de cuenta del cliente".

Sierra con fecha 10 del mismo mes de octubre, contestó la anterior carta replicando no estar de acuerdo con el precio de la motobomba, porque Eduardo Ardila, en visita que hizo a la hacienda a fines de septiembre anterior, le manifestó que el valor cotizado quedaba como definitivo. Informa también que ya cubrió el 30o/o del precio, y firmó el contrato de préstamo de la Caja por el 70o/o de la primera cotización.

Unida a estos medios la declaración de Eduardo Ardila, quien en representación de la Caja como Jefe del Departamento de Provisión Agrícola intervino exclusivamente en la negociación, según se desprende de las cartas y facturas analizadas, se confirma que el contrato convenido fue el de venta, y que la tradición del equipo se hizo en Bogotá con el envío de él a su destinatario, a lo cual se agrega el informe que el Jefe de dicha sección dió sobre que la costumbre de la Caja es la de vender sus equipos y maquinarias en Bogotá y hacer la tradición o entrega de ellos en sus propios almacenes. No puede decirse que el Tribunal haya cometido error de hecho al interpretar el contrato como venta con la circunstancia de haber hecho la tradición del bien vendido cuando lo envió por cuenta del comprador a la hacienda de Sierra Blanca.

Para resolver si la venta del equipo fue comercial, ha de tenerse en cuenta:

La Caja de Crédito Agrario fue creada por la ley 57 de 1.931 como sociedad anónima bajo la supervigilancia de la Superintendencia Bancaria con el objetivo de hacer operaciones de crédito a los agricultores del país. En el artículo 36

dispuso: "La Sección de Provisión Agrícola del Banco Agrícola Hipotecario quedará a cargo de la Caja de Crédito Agrario". Esta sección había sido creada por el artículo 8o. de la ley 49 de 1.927, cuya ocupación fue la de "compra y venta de maquinaria, abonos, semillas, reproductores, medicamentos e insecticidas para animales y plantas".

El decreto 1998 de 1.931, en desarrollo de la ley 57, fundó la Caja como establecimiento Bancario regido por los estatutos contenidos en el mismo decreto, que en el artículo 33 reza: "La Sección de Provisión Agrícola creada por el artículo 8o. de la ley 49 de 1.927 quedará a cargo de la Caja de Crédito Agrario conforme al artículo 36 de la ley". Y el decreto 1739 de 1.952, dictado en uso de las facultades conferidas por el artículo 121 de la Constitución Nacional, dispuso: "Artículo primero. La Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero tendrá tres Secciones: Sección de Crédito, Sección de Fomento Agrícola y Sección de Provisión Agrícola". De estas normas aparece claro qué la Caja de Crédito Agrario es una empresa bancaria comercial destinada a facilitar préstamos a los agricultores, y que la Sección de Provisión Agrícola tiene el carácter de establecimiento destinada a la compra y venta de maquinaria agrícola. Vale decir, que la Caja de Crédito Agrario es empresa comercial, y que la venta de maquinaria agrícola, en la cual se comprenden los equipos de riego, son actos de comercio de conformidad con los artículos 20 (ordinales 3o. y 13) y 23 del C. de Co.

Así, pues, la venta efectuada por la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero a favor de Sierra S. es comercial para aquella, no para el comprador, porque el equipo, objeto de ella, no estaba destinado a ser revendido sino a usarlo el adquirente en el regadío de una finca de su propiedad.

Se trata de un acto que, al tenor del artículo 20 del C. de Comercio, reviste la condición de comercial solo para uno de los contratantes. Es un acto de los llamados mixtos, dado que es de comercio para una de las partes, más no para la otra. Sin embargo, como tal está sometido a la ley mercantil, puesto que el artículo 1o. del estatuto citado preceptúa que sus "disposiciones rigen en los asuntos mercantiles, y se aplicarán de preferencia siempre que resuelvan con claridad las cuestiones de comercio que se promuevan".

Sometido a la ley comercial el acto sub lite, se tiene que, habiendo convenido las partes en los elementos del equipo, con la expedición que de este hizo la Caja al lugar acordado, en el supuesto de que el precio no hubiera quedado determinado con el convenio de que la entidad vendedora lo fijaría en forma definitiva una vez hecha la liquidación, de una parte, tendría vigencia la presunción de que las partes habían aceptado el precio medio que tuviera la cosa vendida en el día y lugar en que se había celebrado el contrato (Art. 229 del C. de Co.); y de otra, se efectuó la tradición, como lo establece el artículo 238 ibídem, que expresa: "La expedición que hace el vendedor de las mercancías al domicilio del comprador o a cualquier otro lugar convenido, importa la tradición efectiva de ellas". Transferida la tubería y accesorios a Sierra, desapareció la responsabilidad del vendedor en cuanto a la conservación de ellos. Confirma el aserto de que la tradición se cumplió en la forma dicha, el que Sierra dió en prenda agraria a la Caja de Medellín el equipo por ser de su propiedad, para garantizar el pago del préstamo que se le hizo para cubrir el 70 % del precio del mismo bien.

Las declaraciones de Jaime Jaramillo Arango, Samuel Gaviria, Carlos Arturo Manotas y Gustavo Palacio no fueron erróneamente apreciadas por el Tri-

bunal para fijar la interpretación del contrato, porque, habiendo quedado este perfeccionado en las cartas y facturas de que se ha hecho mérito, ninguno de ellos intervino en su celebración, de ahí porqué el primero diga que no sabe si la obligación de instalar el equipo emanó del contrato de compraventa o si solamente se trataba de un sistema de propaganda con el objeto de facilitar la venta de ese tipo de maquinaria. Las afirmaciones de Gaviria referentes a que Palacio como técnico de la Caja hizo la instalación; las de Manotas sobre que la Caja se comprometió a esto y a enseñar el manejo del equipo a los trabajadores de Sierra; y las de Palacio acerca de haber efectuado la instalación por cuenta de la Caja, ninguna relación directa tienen con el contrato de venta pactado por correspondencia entre la Casa Principal de la Caja y Sierra S.

La deposición de Ardila en la parte en que expone que practicó una inspección en la hacienda de Sierra, Blanca con el fin de instalar el equipo de riego, y que una vez avisado de la llegada de la tubería envió el personal técnico para la entrega e instrucción de los trabajadores, tampoco indica que se tratara del cumplimiento de una obligación emanada del contrato de venta, con mayor razón si se prescinde del paso de su declaración en que afirma que se celebró un contrato de venta y que la tradición de la cosa vendida se hizo con el despacho al lugar convenido con el comprador. Este testimonio no podía dejar de apreciarse, porque no está comprendido dentro del ordinal 2o. del artículo 669 del C. Judicial, dado que, cuando lo rindió, ya no era empleado de la Caja.

La constancia que Carlos Arturo Manotas dejó en el recibo del equipo por parte de Sierra, consistente en que "la Caja se compromete a entregar veinte tubos de seis pulgadas, por treinta pies, para reponer igual número que llegaron averiados", tampoco es un elemento de juicio para la interpretación del contrato, porque, en el evento de que Manotas tuviera facultad para comprometer a la Caja, esta obligación habría nacido de un convenio habido con posterioridad al perfeccionamiento y cumplimiento del contrato, no una prestación nacida de éste.

La censura no puede prosperar.

Segundo cargo.

En el segundo capítulo se impugna el fallo por error de derecho en la valoración "de las pruebas producidas para la demostración del contrato celebrado entre las partes".

Con este fin expone el recurrente, en síntesis:

Los contratantes no hicieron constar en documento escrito la convención en forma que expresara los compromisos de cada uno de ellos.

El negocio se celebró por correspondencia entre la Caja de Crédito Agrario (Casa Principal de Bogotá) y Nicolás Sierra S. sirviendo la Sucursal de Medellín como mediadora. Por tal razón solo existen principios de prueba por escrito, cartas, facturas, pagarés etc. que fue necesario complementar con declaraciones de testigos, empleados de la Caja de Bogotá y Medellín "que intervinieron por razón de sus funciones".

La parte actora se limitó a presentar fotocopias de algunos documentos. La oposición, en cambio, adujo los orígales y duplicados, abundante prueba tes-

timonial y dos exhibiciones, con que cree demostrada toda la negociación "que no fue otra cosa que la confección de una obra material (compraventa), no contrato 'atípico', como lo estimó el H. Tribunal".

Para el recurrente el sentenciador erró en la valoración de las siguientes pruebas:

1o. La declaración de Jaime Jaramillo Arango, so pretexto de que el contrato había sido acordado en Bogotá y no podía, por tanto, saber de los compromisos contraídos por la entidad vencedora.

Se refiere a que este testigo dice, que el Gerente de La Caja en Bogotá y el Jefe del Departamento de Ventas de la misma le manifestaron que "los equipos de riego se venderían instalados a entera satisfacción", sin que importe nada el que ignorara si tal obligación era inherente a la venta o un medio de propaganda.

El rechazo de este testimonio, confirmado por el de los demás empleados, resulta violatorio del artículo 697 del C. Judicial.

2o. Transcribe los mismos apartes que en el cargo anterior copió de las declaraciones de Samuel Gaviria, Carlos Arturo Manotas, Eduardo Ardila y Gustavo Palacio, y observa que la parte favorable de estos testimonios unida a la declaración de Jaramillo Arango, exgerente de Medellín, constituye plena prueba de que la obligación de la Caja "no se limitó a la tradición de las mercancías despachadas desde Bogotá sino a la confección de una obra material, en que el vendedor suministró todos los gastos y materiales, cuya entrega tendría lugar únicamente terminada la instalación".

La parte desfavorable de los testimonios de Gaviria, Manotas y Ardila se refería a la entrega en los depósitos de la Caja confundiendo el contrato especial de instalación con lo que ocurre con otra clase de maquinaria y de mercadería en general.

El Tribunal, al aceptar lo desfavorable y no acoger lo favorable de estos testimonios, violó los artículos 672 y 669, numeral 2o. del C. J. incurriendo en error que lo llevó al fallo condenatorio y a negar la demanda de reconvención.

3o. Incidió en error de derecho el fallador al darle alcance de plena prueba al informe pedido por Sierra S. en relación con el despacho del equipo, y a la constancia dejada por el nuevo Jefe del Departamento de Maquinaria en Bogotá en la inspección ocular de 24 de octubre de 1.960.

La solicitud del informe no constituye confesión porque nada afirma; y la constancia de una de las partes sobre un hecho que le interesa, es una simple alegación que la ley no reconoce como prueba a su favor.

Los errores de derecho cometidos por el sentenciador en la apreciación de las pruebas anteriores llevaron al Tribunal a violar directamente los artículos 696, 797, 669 ordinal 2o. 572, 604, 608 y 609 del C. Judicial, e indirectamente los artículos 238, 247 del C. de Co; 1880, 2053; 1546 y 1609 del Código Civil, disposiciones que no aplicó siendo las pertinentes al caso.

CONSIDERA LA CORTE.

Visto en el cargo anterior que no hubo error de hecho en la apreciación del contrato en litigio, en su auto tuvo en cuenta la deposición de Eduardo Ardila, y no

aceptó el Tribunal las declaraciones de Jaime Jaramillo Arango, Samuel Gaviria Carlos Arturo Manotas y Gustavo Palacio, porque habiéndose acordado la convención por la correspondencia cruzada entre Eduardo Ardila, Jefe del Departamento de Maquinaria de la Caja y Sierra S. y con las facturas proforma, queda descartado el error de derecho imputado por el recurrente al sentenciador, por no haberle dado valor de plena prueba al dicho de los testigos, a los cuales nada les consta sobre el perfeccionamiento del contrato de venta comercial del equipo de riego, aunque sí les conste sobre la instalación de este, pero no como obligación nacida de la venta.

Visto que no incurrió el Tribunal en error de hecho interpretando el contrato pactado entre la Caja y Sierra como una venta del equipo de riego, cuya tradición se efectuó al despacharlo en Bogotá a su destino, mal puede haber error de derecho en no haber valorado de plena prueba los testimonios no acogidos por la sentencia acusada, por cuanto nada les constaba sobre la celebración del contrato.

En relación con el error de derecho que dice la censura cometió el Tribunal al darle valor de plena prueba a la constancia que el entonces Director de Departamento de Maquinaria de Bogotá dejó en la inspección ocular de 25 de octubre de 1.960, debe observarse: El sentenciador no tuvo en cuenta solamente esta constancia, que, en definitiva, se refiere a que la venta y tradición de equipo se efectuaron en Bogotá, según la nota que llevan las facturas proforma de 2 de octubre y 28 de noviembre de 1.958, a las cartas remisorias de ellas y el testimonio de Eduardo Ardila, exdirector de dicho departamento, medios con los cuales llegó a la conclusión de que el contrato Sub-lite fue de venta del equipo de riego cuya tradición se cumplió con el envío de él al comprador por intermedio de una compañía transportadora; que la sucursal de la Caja en Medellín le hizo un préstamo a Sierra por el 70% del valor del equipo, y que una vez transportada la tubería y accesorios a la finca de Sierra, la Caja envió sus técnicos para que montaran el equipo y enseñaran su manejo a los trabajadores de Sierra S.

Si el fallador basa su convicción en el conjunto de estos medios probatorios, el error de derecho no puede predicarse de uno solo, porque como la jurisprudencia lo tiene repetido, la acusación de un fallo por error de hecho manifiesto o error de derecho en la estimación de pruebas no puede prosperar cuando se refiere a una sola si las demás constituyen un soporte suficiente de la decisión, como ocurre en el caso concreto con las facturas y cartas que como documentos privados que han obrado en el proceso, sin tacha por parte del demandado, constituyen plena prueba, al tenor de los artículos 637 y 645 del C. Judicial.

No tiene, pues finalidad alguna en el recurso estudiar la tacha relacionada con el error de derecho en la valoración de la constancia dejada por el Director del Departamento de Maquinaria de la Caja, que la sentencia acogió simplemente como medio ilustrativo.

Tercer cargo.

Lo basa en error de derecho en la apreciación de las pruebas relacionadas con la obligación contraída por la Caja por intermedio de su empleado Carlos Arturo Manotas, "técnico auxiliar de riegos", sobre el cambio de la tubería deteriorada "al dar por sentado que este empleado carecía de facultades para comprometer a la entidad demandante, sin que de parte de esta se hubiera acreditado esa causal eximente de responsabilidad".

Transcribe el parágrafo del fallo en que el Tribunal estima que Manotas no estaba autorizado para prometer el cambio de los tubos que habian sido rotos en el transporte del equipo, "porque la promesa se salía del radio de sus atribuciones", toda vez que la Caja le había conferido a dicho empleado el encargo de estudiar las necesidades de riego de la hacienda Sierra Blanca, y levantar los planos para indicarle a Sierra cuál era el equipo que le convenía. Y ya instalado éste, Manotas fue enviado a que se diera cuenta del funcionamiento, en razón de los reclamos del adquirente, y fue en esta ocasión cuando Manotas, sin atribuciones, hizo aquella promesa, que no podía comprometer a la Caja. A esta conclusión llega en aplicación de los artículos 182 del C. del Co., 2161 y 2162 del C. C. conforme a lo expresado atrás.

Prosigue el recurrente exponiendo que en la demanda se reconoce que el técnico de riegos de la Caja prometió el cambio de los veintes tubos, "pero se cualifica en el sentido de que tal ofrecimiento no fue ratificado por las autoridades representativas de la Caja ni autorizado previamente"; que esta confesión está respaldada en la propia declaración del empleado y en cartas de Eduardo Ardila y del mismo Manotas.

Agrega que el Tribunal acepta esta confesión, pero con la modificación de que el empleado carecía de facultades, lo cual implica convenir en la cualificación de la Caja "sin respaldo probatorio alguno, como si se tratara de una confesión indivisible o como si el opositor estuviera obligado a demostrar lo contrario".

Conforme al artículo 1757 del C. C. "corresponde probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta".

La confesión, en los términos de los artículos 606 y 607 del C. Judicial, constituye plena prueba. Cuando se le agregan hechos distintos que no tengan ninguna relación con el primero, forman excepciones que deben probarse.

El demandado acreditó que Manotas era empleado de la Caja como técnico de riegos, y que en tal calidad firmó el recibo de la instalación del equipo haciendo constar la promesa de cambiar los tubos rotos por otros tantos en buen estado.

Dado el vinculo laboral entre la Caja y Manotas, correspondía a ésta dar la prueba exonerativa de responsabilidad, o de las funciones anexas al cargo de técnico de riegos, "para saber si podía o no comprometer a la Entidad y si el señor Sierra las conocía o no, como única causal justa de tan inaudita desautorización".

"Al tercero le basta acreditar el vinculo laboral y la promesa en el ejercicio de las funciones del empleado, porque la representación se presume, desde el momento en que el Empresario cumple sus obligaciones y realiza sus negocios por medio de 'asalariados'".

Se invirtió la carga de la prueba sobre la cualificación de la Caja, al dar por sentado el fallador que Manotas carecía de facultades para hacer el ofrecimiento hecho a nombre de su patrono, sin la prueba correspondiente.

Este error de derecho dió lugar a la violación directa de los artículos 606 y 607 del C. Judicial, 1757 y 1759 del C. Civil, de la cual resultaron indirectamente infringidos los artículos 247 del C. de Co. 1928 y 1929 del C. Civil, aplicados indebidamente, y 243 del C. de Co. y 1880, 1546 y 1609 del C. Civil, que no fueron aplicados.

LA CORTE CONSIDERA:

Establecido en el estudio de los dos cargos anteriores que no hubo error de hecho ni de derecho en la interpretación del contrato como venta comercial hecha por la Caja a Nicolás Sierra del equipo de riego por aspersión, cuya tradición se cumplió al tenor de lo preceptuado por el artículo 238 del C. de Comercio, la alegación de que la Caja con posterioridad al cumplimiento de la venta contrajo nueva obligación, se refiere, por lo mismo, a un acto distinto de la compraventa. En este evento y de acuerdo con lo que dispone el artículo 1757 del C. Civil, la prueba de esta prestación estaba a cargo del demandado, pues "incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta".

Sierra invoca, como prueba de la promesa de reponer la Caja los tubos dañados, la que llama confesión del actor en el hecho décimo de la demanda, en el cual se expresa que la Sección de Provisión Agrícola de Bogotá envió a un perito "para conocer o averiguar qué le había pasado a la tubería dañada, pues se había despachado desde Bogotá en perfectas condiciones y se había obtenido la certeza de que la responsable era la compañía transportadora", que el perito quiso soldar los tubos averiados sin lograrlo; y que sin suficiente representación legal para adquirir un nuevo compromiso, dijo a Sierra que la Provisión Agrícola le cambiaría dicha tubería; pero que esto fue desautorizado por quien sí tenía la representación de la Caja manifestándole a Sierra que ésta no tenía por qué responder de los daños recibidos en el transporte, realizado por cuenta de él.

Cabe observar, en primer término, según lo expuesto atrás, que el fallador no encontró aprobado en el expediente el poder que tuviera el técnico Manotas para contraer a nombre de la Caja la obligación de cambiar los tubos dañados. Al respecto dice la sentencia acusada: "En el caso de autos estima la Sala que el señor Carlos A. Manotas no estaba autorizado para prometer al demandado que la entidad vendedora cambiaría los tubos del equipo de riego que se habían roto en el transporte porque la promesa se salía del radio de sus atribuciones".

Anota asimismo la sentencia que Manotas fue encargado de estudiar las necesidades de la hacienda de Sierra Blanca y de levantar el plano para indicarle a Sierra el equipo conveniente, y prosigue: "Instalado el equipo, enviaron nuevamente al señor Manotas para que se diera cuenta del funcionamiento por los frecuentes reclamos que venía haciendo el adquirente, y en esta ocasión fue cuando hizo la promesa de que le serían cambiados los tubos del equipo que se rompieron durante el transporte".

Si el fallador no ha encontrado la prueba de que Manotas estuviera autorizado para comprometer a la Caja en el cambio de los tubos rotos, y el expediente sí exhibe ese medio de juicio, el error imputable sería de hecho, por razón de no haber visto en el hecho décimo de la demanda la confesión o prueba de que el técnico de riegos tenía la autorización que el sentenciador echa de menos. Es muy sabido que cuando este no ve en el proceso la prueba de un hecho trascendente para la decisión del pleito, comete un yerro de hecho; y que no puede incurrir en error de derecho o de valoración de una prueba que no ha visto o apreciado.

Por otro aspecto, la afirmación de la Caja referente a que Manotas, enviado como técnico en riegos a conocer o averiguar los daños recibidos por algunos tubos del equipo en el transporte, prometió su cambio "sin tener suficiente repre-

sentación legal para contraer este nuevo compromiso", en el supuesto de que confirmara una confesión, comprendería dos hechos indisolublemente unidos entre sí: el ofrecimiento del cambio de los tubos rotos y la carencia de poder para hacer esta promesa, ya que el compromiso no podía adquirirlo sino en virtud de la autorización que la Caja le hubiera dado. Aceptada como debe aceptarse la confesión en esta forma, no constituye prueba ninguna de la obligación, porque debe acogerse en su totalidad y no en la sola parte de la aceptación de la promesa (Art. 609 del C. J.).

La circunstancia de hallarse acreditado que Manotas era empleado de la Caja como técnico en riegos y que en esta condición fue enviado a informarse de los desperfectos de algunos tubos del equipo despachado a Sierra, no implica que tal carácter le diera la representación para contraer una obligación a cargo de la Caja. Manotas fue enviado como trabajador o empleado técnico de la Caja solamente para informarse de los años reclamados por Sierra, es decir, en cumplimiento de su contrato de trabajo con la Caja, pero no llevaba autorización o poder para que adelantara una gestión o negocio "por cuenta y riesgo de la Caja", es decir no llevaba mandato de esta.

El artículo 23 del C. S. del Trabajo acerca del contrato de trabajo, definido en el artículo 22, expresa: "Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran esos tres elementos esenciales: a) -La actividad personal del trabajador, es decir realizada por sí misma, b)- la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del patrono, que faculta a este para exigirle el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato, y c)- un salario como retribución del contrato".

El artículo 2142 del C. C. define en estos términos el contrato de mandato: "El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos, por cuenta y riesgo de la primera".

Se advierten entre estos dos contratos las siguientes diferencias fundamentales: El de trabajo exige la actividad personal del trabajador por sí mismo; el mandatario puede realizar la gestión encomendada por medio de los sustitutos constituidos bajo su responsabilidad o por medio de los que autorice el mandante; en el contrato de trabajo se requiere una subordinación o dependencia continua del trabajador respecto del patrono por todo el tiempo que dure el contrato; el mandatario, al contrario, conserva libertad o independencia para realizar el negocio o gestión que se le ha confiado; el contrato de trabajo supone siempre un salario como remuneración del servicio, el mandato generalmente es remunerado pero puede ser gratuito; finalmente, en el contrato de trabajo no se encierra la facultad de representar al patrono, en cambio, el de mandato sí lleva consigo la representación del mandante puesto que la gestión se realiza por su cuenta y riesgo.

Infiérese de esto que si al contrato de trabajo, puede unirse la representación, esta debe ser expresa, ya que no es de su esencia ni naturaleza. No puede haber en él, como dice el recurrente, una presunción de representación. Por consiguiente, cuando se alega, debe indicarse qué precepto legal la consagra y demostrar la representación que se le dió al trabajador.

Manotas, está repetido, fue enviado como técnico de riesgos de la Caja a averiguar los daños recibidos por algunos tubos en el transporte, reclamados por Sierra; iba a cumplir una actividad propia de su empleo y nada más, lo cual para cualquier persona aleja toda idea de representación. Carecía de poder de la Caja para contraer la obligación para reponer los tubos dañados en el transporte y que alega el demandado.

No podía cometer tampoco error de derecho el Tribunal al no aceptar la presunción de mandato que dice el recurrente tenía Manotas por ser empleado de la Caja.

Cuarto cargo.

Lo propone así: "Acuso también la Sentencia por violación directa de la ley sustantiva por aplicación indebida de los artículos 2161 y 2162 del C. Civil y de otros conceptos que puntualizaré debidamente".

Para sustentar la tacha, copia el párrafo de la sentencia impugnada en que el Tribunal se refiere a los artículos 2161 y 2162 del C. Civil, y comenta que el Gerente de una compañía, que es un mandatario de ella, generalmente delega parte de sus funciones en empleados subalternos de la misma empresa; que si el delegado obra dentro de las autorizaciones conferidas sin salirse del radio de ellas, compromete a la empresa como lo haría el delegante pero que si el delegatario rebasa esas autorizaciones, no compromete al delegante ni a la Empresa, porque obrá entonces como un tercero.

Anuncia el impugnante que tratará de demostrar que el fallador violó la ley sustantiva en forma directa, al aplicar indebidamente las disposiciones sobre mandato en cambio de los preceptos que consagran expresamente la responsabilidad de los patronos por los hechos de sus asalariados, cuando estos obran 'dentro de las funciones que se les han confiado'.

"Asimismo demostraré, agrega, que el mandato aparente ampara al tercero y compromete al comitente, cuando se ha obrado de buena fe, siguiendo la doctrina del 'error communis' tan uniformemente seguida por nuestros Juzgados y Tribunales".

Los artículos 2161 y 2162 del C. Civil tratan de la sustitución de poderes en virtud de la cual el mandante no resulta responsable sino cuando la sustitución está autorizada por él, o ratifica el acto delegado; pero su aplicación irrestricta no cabe cuando se trata de la 'relación laboral', "porque la responsabilidad de los patronos por los hechos de sus asalariados, con motivo del desempeño de sus funciones, no es simplemente una 'delegación' sino una representación-dirección, tal como se deduce de los artículos 1738, 2347 y 2349 del Código Civil".

Manifiesta que la parte demandada se acoge a la doctrina del mandato aparente que obliga al comitente por los actos del comisionado realizados más allá de sus poderes y aún sin autorización alguna, "cuando el tercero ha obrado de buena fe creyendo por error o equivocación que esas facultades sí existían, error que habría cometido cualquier persona prudente y diligente en las mismas circunstancias que configuran la buena fe creadora o buena fe cualificada, resumida en la máxima 'Error communis facit jus'.

Expone que entre la delegación del mandato y el contrato de trabajo existe notoria diferencia, "pero que son iguales en cuanto a la representación".

Siguiendo a algunos tratadistas, afirma que la responsabilidad contractual y la extracontractual por hecho ajeno se confunden, por lo cual se ha llegado a esta fórmula general: 'Los representados son responsables contractualmente de los daños causados por sus representantes en el ejercicio de la misión que se les ha confiado'. "Por este motivo, la responsabilidad del patrono vendedor ha debido estudiarse a través de los arts. 1738, 2347 y 2349 del C. Civil y no aisladamente de los Arts. 2161 y 2162 ibídem".

Carlos Arturo Manotas fue enviado a conocer de las reclamaciones de Sierra por averías de los tubos. Así lo admiten la demanda y el fallador. En la imposibilidad de hacer las reparaciones, prometió a nombre de la Caja, el cambio de los tubos dañados por otros tantos en buen estado. Así Manotas obró dentro de una misión oficial.

La representación o delegación se presume, desde que se están desempeñando funciones inherentes al contrato de trabajo, y si se obra dentro de las labores encomendadas "por causa y con ocasión del servicio, los compromisos adquiridos por el trabajador lo son del patrono irrefragablemente, sin que sea necesario para el tercero otro conocimiento que la calidad de empleado en misión oficial".

Reproduce un aparte de la obra de derecho civil de los Hermanos Mazeaud sobre el mandato aparente, aparte del cual conviene destacar estos asertos: "La persona que ha tratado con el representante aparente debe haber actuado de buena fe, pero es preciso algo más que eso: es preciso que haya adoptado las precauciones normales. La cuestión no se plantea, pues, sino en el caso en que no quepa ninguna imprudencia.....". La jurisprudencia para exigir la responsabilidad del mandante aparente, se funda en la culpa de este 'al elegir un mandatario capaz de engañarse o una apariencia susceptible de abusar de los terceros..... Los terceros tienen derecho a atenerse a la apariencia cuando esta sea invencible".

De lo anterior deduce la indebida aplicación de los artículos 2161 y 2162 del C. Civil "ya que no se trata simplemente de la sustitución de un poder, sino de la obligación contraída a través de un empleado, es decir, de una relación laboral, cuyo nexo jurídico es mayor que la simple delegación, porque, como ya lo vimos, el patrono responde de todos los hechos ejecutados por los subalternos dentro de la esfera de sus funciones y por causa de ellas, aunquando no tenga orden expresa".

Estima el recurrente que el caso de autos es similar al fallado por la Corte el 28 de marzo de 1.936, en el cual el secretario de una Compañía de Seguros comprometió la responsabilidad de la Compañía, porque el gerente lo había autorizado para entenderse con la clientela, aunque sin facultad expresa de contraer compromisos con aquel. El Tribunal considera que aquel caso es muy claro por las autorizaciones que tenía el secretario, pero las niega en el representante "sin reparar en que el técnico de riegos fue enviado a la finca a conocer del funcionamiento del equipo, atender las reclamaciones y obtener el recibo de entrega de la instalación terminada. En ambos casos los trabajadores obraron en ejercicio de sus cargos y dentro de una misión oficial".

La regla del error communis se funda en el artículo 1603 del C. Civil que dispone se ejecuten los contratos de buena fe, los cuales obligan a todas las cosas que por ley son de su naturaleza.

Al ofrecer Manotas el cambio de los tubos rotos, Sierra "con la mejor buena fe firma el recibo de entrega de la instalación, en la forma en que lo habría aceptado cualquier persona prudente en situación similar, máxime tratándose de entidad tan competente y seria y del técnico del ramo".

La indebida aplicación de los artículos 2161 y 2162 del C. Civil llevó al Tribunal a desconocer los artículos 22 del Código Sustantivo del Trabajo, 1738, 2347 y 2349 del C. Civil "que fijan la responsabilidad de los patronos por los hechos de sus subalternos en ejercicio de sus funciones".

Esta infracción de la ley sustantiva, dió lugar a que el Tribunal hubiera condenado al pago del saldo del precio unilateralmente fijado por la Caja aplicando los artículos 247 del C. de Co. 1928 y 1929 del C. Civil sin ser procedentes, y a que, por otra parte, hubiera desconocido el incumplimiento de la Caja y negado la demanda de reconvención no aplicando los artículos 234 del C. de Co., 1840, 1546 y 1609 del C. Civil.

LA CORTE CONSIDERA:

El recurrente presenta la tacha por dos aspectos que deben considerarse separadamente: 1o. El fallador violó los artículos 2161 y 2162 del C. C. por aplicación indebida de ellos y haber dejado de aplicar los artículos 1738, 2347 y 2349 del C. C. y 2o. La sentencia dejó de aplicar estas mismas normas por cuanto el demandado Sierra incurrió en el llamado error communis.

El Tribunal encuentra que después de instalado el equipo de riego la Caja envió a Manotas para que se diera cuenta del funcionamiento de la tubería instalada, por los frecuentes reclamos que venía haciendo el adquirente de ella; y que la promesa que en tal ocasión hizo de que la Caja cambiaría los tubos dañados no estaba dentro de las autorizaciones o misión que llevaba.

Es incuestionable que el técnico de riegos recibió el encargo de una gestión en cuyo desempeño no llevaba facultad o autorización de comprometer a la Caja, en lo cual cabe admitir que hubo una delegación de parte del Jefe del Departamento de Provisión Agrícola, con quien adelantó Sierra la negociación y con quien venía entendiéndose en sus reclamos, y aparece en el proceso como el encargado de las operaciones referentes a maquinaria agrícola.

No se ve entonces la indebida aplicación de los artículos 2161 y 2162 del C. Civil, que regulan la delegación del mandato civil, a las consecuencias de una venta comercial, en virtud de la autorización contenida en el artículo 182 del C. de Co. de aplicar a los actos y obligaciones mercantiles los principios que gobiernan la formación de los contratos y obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modos de extinguirse, salvo las modificaciones que establezcan las leyes especiales del comercio.

Si el técnico de riegos Manotas quedara comprendido dentro del mandato comercial, lo sería como dependiente, al tenor del artículo 456 del C. de Co para un oficio mecánico, como lo fue el de averiguar el funcionamiento del equipo que acababa de instalarse en la hacienda de Sierra (Art. 457 ibidem) Como tal, no

podía comprometer a su patrono a menos de recibir expresamente facultades para esto. Por manera que, aunque estas normas no han sido invocadas por el acusador, ellas no están en discordancia con los artículos citados del C. C., cuya indebida aplicación alega el acusador.

Ya en la consideración del cargo anterior se vió cómo el contrato laboral que había entre la Caja de Crédito Agrario y el técnico Manotas no implicaba una representación en este, para obligar al patrono sin su autorización expresa.

La invocación de los artículos 1738, 2347 y 2349 del C. Civil, que para el recurrente gobiernan tanto la culpa contractual como la aquiliana, no es conducente, porque, si bien tal doctrina se sostiene por tratadistas de tanta autoridad como Planiol y los hermanos Mazeaud, la jurisprudencia colombiana, desde el fallo de casación de 15 de diciembre de 1.938, dado el distinto tratamiento que el estatuto civil da a una y a otra en títulos diversos del mismo, y la manifiesta diferencia que hay entre ellas, no ha aceptado que se puedan aplicar a la culpa contractual los preceptos que rigen la extracontractual, ni al contrario, sino que cada una se regula por las disposiciones propias. Son varios los fallos en que la Corte ha sostenido esta doctrina, sin que se vea la razón para modificarla. (G. J. T. 47 pág. 495 2ª. 64 pág. 131. 77 pág. 697. 411. 79 págs. 673, 852. 88 pág. 653. 91 pág. 765).

De otra parte, la culpa contractual por incumplimiento de la Caja en relación con la venta de que trata el artículo 2053 del C. Civil, que es el contrato sustentado por el impugnante, no se puede predicar de la venta celebrada y cumplida por la Caja en los términos del artículo 238 del C. de Comercio. Sería, cuando menos imposible, hablar del incumplimiento culposo de un contrato que no ha existido.

En cuanto a la vigencia del principio error communis facit jus en el compromiso contraído por el técnico Manotas de reponerle a Sierra los veinte tubos dañados, con fundamento en que el promitente tenía el carácter de mandatario aparente, se advierte:

Los tratadistas señalan como casos en que pueda aplicarse dicho principio el de la enajenación de un bien realizada por el dueño aparente a favor de un tercero que obra con la buena fe creadora o buena cualificada, y el de la obligación contraída por el mandatario aparente en favor del tercero que contrata con dicha buena fe.

La Corte, en el primer fallo en que se ocupó de la aplicación de dicho principio, estableció que son requisitos de ella:

"A). Que se trate de un error general, es decir, de un error no universal pero sí colectivo.

"B). Que el error haya sido invencible, o sea que hasta los hombres más prudentes lo habrían cometido". (G. J. T. 43 pág. 49).

En el segundo fallo dijo: "En cambio de la buena fe creadora o buena fe exenta de culpa (la que es interpretada por la máxima romana 'error communis facit jus') exige dos elementos: un elemento subjetivo y que es el que se exige para la buena fe simple: tener conciencia de que se obra con lealtad; y segundo, un elemento objetivo o social: la seguridad de que el tradente es realmente propietario lo cual exige averiguaciones que comprueben que aquella persona es real-

mente propietaria: La buena fe simple exige tan solo conciencia, la buena fe cualificada o creadora de derecho exige conciencia, certeza". (T. 88 pág. 235).

La presencia de Manotas, conocido de Sierra como técnico en riego por sus actuaciones anteriores a la instalación del equipo, para conocer o averiguar los daños de la tubería después de que esta había sido instalada, no puede originar un error necesario, invencible, moralmente imposible de salir de él, por parte de Sierra, porque tenía en sus manos el teléfono, el telégrafo para informarse con el Departamento de Provisión Agrícola con que había acordado el contrato, de si el técnico Manotas estaba autorizado para prometer el cambio de los tubos dañados. La aceptación o creencia por parte de Sierra, posiblemente basada en el dicho de Manotas, de que éste sí tenía la autorización, quizá podría originar una simple creencia de una facultad al respecto, pero no la convicción, la conciencia, la cual requiere elementos de juicio distintos de las afirmaciones del que se dice tal. Y menos podía haber buena fe cualificada, porque esta exige averiguaciones que comprueben que aquel era realmente mandatario. La buena fe cualificada debe estar exenta de culpa, circunstancia que no puede afirmarse de quien, habiendo celebrado la negociación del equipo de riego con el Jefe del Departamento de Provisión Agrícola, y conociendo que el señor Manotas era apenas un técnico en la instalación de los equipos vendidos por la Caja, lo acepta como mandatario de esta sin prueba alguna de la cual pueda inferirse la apariencia del mandato y el error invencible, la buena fe exenta de culpa, de que en realidad estaba autorizado para comprometer a la Caja en el cambio de los tubos dañados.

No reuniéndose los requisitos que demanda la aplicación del error communis al caso ventilado aquí, no hubo violación en cuanto el sentenciador aplicó los artículos 2161 y 2162 del C. Civil, ni puede, en consecuencia, prosperar el cargo.

Quinto cargo.

Lo formula "por error de hecho en la apreciación del lugar de la convención y la forma como se celebró, error que llevó al H. Tribunal a considerar que la entidad vendedora había cumplido sus obligaciones con el simple despacho de las mercancías desde sus depósitos en Bogotá, sin tener en cuenta la responsabilidad que le cabía por la mala elección del porteador y por los hechos de sus subalternos en el acomodamiento del equipo dentro de un vehículo inadecuado".

Reproduce el censor los apartes de la sentencia en que, luego de analizar las pruebas aportadas, concluye el Tribunal con base en ellas, que el contrato se celebró en Bogotá, habiendo sido advertido el comprador de que la entrega se haría en dicha ciudad; que tenía que costear el transporte hasta su hacienda de Sierra Blanca; y que lo entregó en el lugar de la transacción.

Con esta apreciación, prosigue el recurrente, el Tribunal consideró que era aplicable el artículo 238 del C. de Comercio, conforme al cual la expedición de la mercancía al lugar convenido con el comprador importa la tradición de la mercancía, y que con el simple despacho del equipo la Caja cumplió sus obligaciones "con el resultado de que todos los daños posteriores quedaron de cargo del comprador".

Advierte el acusador que en el expediente no existe documento alguno suscrito entre las partes que indique a Bogotá como lugar de la celebración del contrato "ya que todo se hizo por correspondencia, como lo demuestran las facturas proforma y las comunicaciones que paso a relacionar". Al efecto, cita toda

la correspondencia cruzada entre Eduardo Ardila, Jefe del Departamento de Provisión Agrícola de la Caja en Bogotá, y Nicolás Sierra desde el 1o. de septiembre de 1.958, en que el primero le ofrece el equipo al segundo, hasta el 19 de diciembre del mismo año, las facturas proforma remitidas por el mismo Departamento a Sierra, el recibo del pago de los fletes del transporte, la carta de Samuel Gaviria empleado de la Sucursal de Medellín sobre la inspección que hizo para examinar los daños; el pagaré de financiación de pago, recibos de abonos, y la carta del Jefe encargado de la Sección Agrícola de la Caja en Medellín en que solicita se remita el equipo directamente de Bogotá a la hacienda de Sierra Blanca en Rionegro.

Prosigue el recurrente exponiendo que de estos comprobantes, aducidos por ambas partes, resulta, en forma notoria, que el contrato no se celebró en Bogotá, "sino que tuvo lugar por correspondencia, comprometida la entidad vendedora a despachar el equipo a la finca del comprador, caso en el cual es de aplicación el artículo 425 del C. de Comercio, que dispone: "No es comisionista de transporte el que, habiendo vendido mercancía por correspondencia, se encarga de remitirla al comprador. Pero la aceptación de este cargo impone al vendedor las obligaciones de mandatario; y en consecuencia responderá como tal, aún de la culpa que cometiere en la elección del porteador".

"Dentro de la culpa del mandatario se encuentra la de los empleados subalternos, en conformidad con los artículos 1738, 2347 y 2349 del C. Civil.

"En cumplimiento de esas obligaciones de 'mandatario' la Caja contrató un transportador buscado por ella misma, con fletes a cargo del comprador pero sin que este hubiera intervenido en la elección del porteador. Las mercancías fueron acomodadas en un vehículo automotor de la empresa transportadora contratada por la Caja, sin protección alguna y sin el cuidado necesario para evitar los deterioros, principalmente teniendo en cuenta la calidad del material (aluminio) de suyo tan delicado y frágil. Diez y ocho (18) de los tubos de seis pulgadas por veinte pies, llegaron averiados al lugar de su destino, por cuyo motivo el Tribunal ha debido examinar la conducta del mandatario vendedor tanto en el acto del despacho como en cuanto a la elección del porteador.

"De acuerdo con lo expuesto, la Caja responde tanto por los daños causados por sus dependientes en el despacho del equipo, al no acomodar los tubos con la protección necesaria, sino también por la mala elección del porteador, ya que buscó una empresa transportadora que no tenía los vehículos apropiados y que resultó a la postre negligente y descuidada en el transporte de tan delicado material. Al destinatario le basta acreditar el daño".

La culpa in eligendo da lugar "a responder tanto por el hecho del personal propio como de la elección del porteador".

El Tribunal omitió el estudio de la responsabilidad del vendedor, por el error de hecho en considerar que el contrato se celebró en Bogotá, con el compromiso de hacer la entrega de la mercancía en el mismo lugar: "cuando la convención en realidad tuvo lugar por correspondencia comprometido el vendedor a remitir las especies negociadas a la finca del comprador".

Por este error el sentenciador aplicó "irrestrictamente" el artículo 238 del C. de Comercio y desconoció la aplicación de los artículos 426 del mismo estatuto, 1738, 2347 y 2349 del C. Civil, que eran las disposiciones pertinentes.

Como consecuencia, violó los artículos 247 del C. de Comercio, 1928 y 1929 del C. Civil por aplicación indebida, en cuanto reconoció a favor de la parte opositora un saldo que no se debe, y "desconoció los artículos 234 del C. de Co. 1880, 1546 y 1609 del C. Civil en relación con la falta de entrega material a satisfacción y condición resolutoria de los contratos bilaterales objeto de la demanda de reconvención.

LA CORTE CONSIDERA:

La censura abarca un doble error de hecho: uno relacionado con la prueba que acredita que el contrato no fue celebrado en Bogotá, como dice la sentencia, y el otro, con la estimación de la culpa de la Caja como mandataria de Sierra proveniente de que sus empleados acomodaron el equipo en un vehículo de la compañía transportadora sin protección alguna para evitar los deterioros de la tubería tan frágil y delicada por ser de aluminio, y de la mala elección del transportador, que lo fue una empresa que no tenía los vehículos adecuados, y resultó negligente y descuidada en el acarreo de material tan delicado.

En la impugnación por error de hecho en la estimación de pruebas, es doctrina sostenida de la Corte, por así disponerlo el artículo 520 ord. 1o. del C. Judicial, que la demanda debe señalar concretamente el medio o medios de juicio cuya apreciación ha pasado por alto el fallador o los que no existiendo en el proceso, tuvo en cuenta; y que demuestre, además, el error alegado que aparezca de modo manifiesto en los autos, para lo cual es indispensable no solo el señalamiento de la prueba a que la tacha se refiere sino el análisis de la misma del cual resulte la equivocación evidente.

El recurrente se limita a mencionar las cartas facturas y demás elementos traídos al proceso por las partes, y a decir que de ellos resulta en forma notoria que el contrato no se celebró en Bogotá. En esto hay un aserto pero no una demostración. La Corte en el recurso extraordinario no puede entrar oficiosamente en el estudio de las pruebas que le citen en forma general, sino únicamente, para el caso, de las concretas y determinadas que el sentenciador no haya visto y de las cuales resulte demostrado el hecho de influencia decisiva en la sentencia.

Pero en el evento de que apareciera que el contrato, acordado por correspondencia entre la Caja y Sierra, residente en Medellín, se hubiera perfeccionado en esta ciudad donde el comprador aceptó la oferta de la Caja, y ser la residencia del aceptante la circunstancia determinante en el perfeccionamiento de los contratos celebrados por correspondencia, como lo preceptúa el artículo 191 del C. de Comercio, en nada se modificaría el hecho de haber efectuado la Caja la tradición del equipo de riego al despacharlo por medio de la compañía que lo transportó de Bogotá a la hacienda de Sierra Blanca en Rionegro de conformidad con lo que dispone el artículo 238 ibidem.

La acusación por este motivo, en el supuesto de haberse demostrado el error del Tribunal, consistente en haber estimado que el contrato sub judice se perfeccionó en Bogotá y no en Medellín, en nada influiría sobre la decisión, porque el artículo 234, ibidem, ordena que, perfeccionado el contrato de venta, el vendedor debe entregar las cosas vendidas en el lugar convenido, y este fue Bogotá.

Respecto del cargo por el error de hecho en la estimación de la culpa en que incurrió la Caja como mandataria del comprador por la mala elección del

transportador y la indebida colocación de la tubería en el vehículo en que fue llevada a su destino, se observa que el Tribunal no hizo consideración ni pronunciamiento alguno al respecto, en obedecimiento a que interpretó que la demanda principal intentada por la Caja de Crédito Agrario pretendía la condenación de Nicolás Sierra a pagar la suma de $ 9.241.17, saldo del precio del equipo de riego que aquella le vendió y entregó debidamente; y la de reconvención, en el sentido de que en ella se pide la resolución del contrato de venta consagrado en el artículo 2053 del C. Civil, en virtud del cual la Caja se obligó a entregarle a Sierra el equipo debidamente instalado en la hacienda de Sierra Blanca, obligación que no ha cumplido, porque hay 20 tubos dañados que no prestan servicio a una parte de la finca.

Descartada la modalidad de contrato de empresa de que trata el citado artículo 2053, quedó la venta comercial, cuya tradición hizo el vendedor con la remisión de la mercancía al lugar convenido. Pero al lado de esta venta, aparece también el contrato de mandato por haber aceptado la Caja el encargo que le dió Sierra para remitirle la tubería y accesorios desde Bogotá a Rionegro. Así lo consagra el artículo 426 del C. de Comercio que dice: "No es comisionista de transporte el que, habiendo vendido mercadería por correspondencia, se encarga de remitirla al comprador. Pero la aceptación de este encargo impone al vendedor las obligaciones de mandatario; y en consecuencia responderá como tal, aún de la culpa que cometiere en la elección del porteador".

En estas condiciones, los perjuicios que el mandatario le hubiera causado al mandante debían ser objeto de una acción distinta de la de resolución del contrato, seguida en la demanda de reconvención.

Trabada la relación jurídico procesal tanto en la demanda principal como en la de mutua petición, con base exclusiva en el planteamiento de las pretensiones de cada parte en cuanto a la diversa modalidad del contrato en litigio, de venta comercial, según la entidad vendedora, de empresa, en concepto del comprador, la cuestión tocante con la culpa del mandatario no cabía ya formularla en los alegatos de conclusión de segunda instancia, como lo hizo el apoderado del demandado, por tratarse de hechos y consecuencias jurídicas distintas de las comprendidas en dicha relación. Por lo mismo, el fallador no estaba obligado a considerar y resolver lo relativo a este planteamiento extemporáneo, sino el comprendido en las demandas y sus respuestas "sin infringir disposiciones que son por así decirlo de derecho universal y nuestro código judicial consagra en su artículo 471 complementado desde este punto de vista con lo que establece el artículo 520 en el numeral 2o.....". (G. J. T. 55 pág. 252).

Por otra parte, interpretada la demanda con el alcance expuesto atrás, no cabía acusación contra la sentencia sino por error de hecho en cuanto el sentenciador no vió la causa petendi ni la súplica referente a la culpa del mandatario.

Este cargo por uno y otro aspecto es infundado.

Sexto cargo.

También se impugna la sentencia por error de hecho en la apreciación de las pruebas, en cuanto el Tribunal consideró que los veinte tubos recibieron los daños en el transporte, cuando dos fueron deteriorados por el instalador.

Copia el párrafo del fallo en que se expresa que la Caja había prometido el montaje de la tubería y cumplió; pero que, como algunos tubos se dañaron

durante el transporte, no obstante la buena voluntad de la Caja en soldarlos, sin conseguirlo, instaló el equipo en el estado en que se hallaba, sin que haya motivo legal que obligue a la empresa vendedora a cambiar "los tubos que se deterioraron en el transporte", dado que habiendo efectuado la entrega del equipo en Bogotá, no tenía por qué responder de lo que hubiera ocurrido en su conducción al lugar de su destino.

Observa el recurrente que como el fallador nada dice en relación con los dos tubos dañados por el instalador, considera que los veinte fueron averiados en el transporte.

Como prueba demostrativa de este hecho cita los testimonios rendidos por Samuel Gaviria, quien declara que varios de los tubos "se doblaron o rompieron al hacer la instalación"; Gustavo Palacio, el instalador, quien dice que por el "peso del agua se rompieron dos"; Alonso Arbeláez, Juan J. Tamayo Gallego, Gerardo Tamayo Zuluaga, Alfredo Muñoz Moreno, Isaías Sánchez Gutiérrez, Rafael Antonio Gutiérrez, Gerardo Sánchez Ramírez, Luis Eduardo Carvajal Agudelo, Jesús Enrique Villa Correa, José Gerardo Aristizábal, Marcos García Morales y Ernesto Arbeláez Henao, quienes "deponen sobre el daño causado a dos tubos durante la instalación".

El Tribunal no tuvo en cuenta esta prueba plena, partiendo del punto de vista errado de que todos los tubos resultaron deteriorados en el transporte, cuando dos lo fueron por la impericia del instalador sin que la Caja hubiera ordenado la correspondiente reparación.

La sentencia acusada aceptó que la Caja tenía la obligación de instalar el equipo de riego, pero omitió considerar los daños causados por el instalador de los cuales tenía que responder conforme a los artículos 1738, 2347 y 2349 del C. Civil.

Por este error de hecho el Tribunal violó los artículos 247 del C. de Co. y 1928 del C. Civil "que aplicó sin lugar a ello por el incumplimiento del vendedor"; 1738, 2347, 2349, 1546 y 1609 del mismo código civil "preceptos que no aplicó siendo procedentes que consagran la responsabilidad de los patronos por los hechos del personal subalterno y la resolución del contrato por causa de incumplimiento, objeto de la demanda de reconvención.

LA CORTE CONSIDERA:

En el estudio del primer cargo quedó visto que el contrato acordado fue de venta comercial, por el cual la Caja transfirió a Nicolás Sierra S. un equipo de lluvia artificial para la hacienda de Sierra Blanca en jurisdicción de Rionegro; que la tradición del bien vendido se efectuó con la expedición que de este hizo la Caja a la hacienda dicha; y que la Caja se obligó en forma gratuita a instalar allí mismo el equipo.

El daño de los dos tubos, motivado por la imprevisión o impericia del instalador, no se predica de la venta que se cumplió con la tradición de los componentes del equipo, sino del convenio en virtud del cual la Caja se obligó gratuitamente a instalar la tubería suministrada por el dueño. No se podría considerar que este acuerdo fuera el contemplado en el inciso 3o. del artículo 2053 del C. Civil así: "Si la materia es suministrada por el que encargó la obra, el

contrato es de arrendamiento", porque faltaría el precio de los servicios, que es de la esencia del arrendamiento, sino de un contrato innominado, al cual, por analogía y en lo que toca con la responsabilidad del que ejecuta la obra, podrían aplicarse las normas pertinentes del contrato para la confección de una obra material en el evento del citado inciso tercero.

La Caja, no obstante la gratuidad del servicio, estaba obligada a efectuar la instalación del equipo con los materiales suministrados por el dueño de estos, y su incumplimiento total o parcial implica una culpa de carácter contractual, porque tiene su origen en el contrato, y su alcance se regularía por los artículos 1613, 1614 y 1615 del C. C., pero no por los artículos 2347 y 2349 que gobiernan la responsabilidad de las personas por los daños causados por culpa aquiliana de aquellos que están a su cuidado, y la de los daños de los dependientes que tienen a su servicio. Estas normas, citadas por el recurrente, no eran aplicables y no podían ser violadas en el caso de que se reclamaran los perjuicios por el incumplimiento imperfecto de la Caja. Tampoco lo es el artículo 1738, que, en relación con la pérdida de la cosa que se debe, dispone que en la culpa del deudor se comprende la culpa de las personas por quienes fuere responsable, pues aquí no se trata de la pérdida de cosas que debiera la Caja, sino del incumplimiento de una obligación.

Descartado el contrato de venta de obra futura o empresa, registrado en el inciso 1o del artículo 2053 del C. Civil, cuya resolución se pide en la demanda de reconvención, y a cuya declaración tiende el cargo, tampoco serían aplicables los artículos 1546 y 1609 del Código Civil, por carencia de materia.

Finalmente, el Tribunal no consideró que todos los tubos habían sido deteriorados en el transporte sino algunos. No se refirió a los dañados en la instalación, porque el planteamiento de la demanda principal y la de reconvención no lo imponían.

Lo expuesto pone de manifiesto la inanidad de la censura.

Séptimo cargo

Lo dirige el impugnador contra el considerando del Tribunal referente a que, al informarse Sierra de que los precios de los distintos integrantes del equipo contenidos en la primera factura proforma eran aproximados, manifestó que aceptaba de antemano los que resultaran "una vez que con los datos pertinentes practicara la entidad vendedora la liquidación definitiva". Es decir, que el comprador asintió al precio que se fijara por la Caja.

Para el recurrente, el Tribunal conviene en que "el precio puede ser fijado unilateralmente por uno de los contratantes, cuando se acepta previamente porque la convención es una ley para los contratantes, pero el artículo 1865 del C. Civil consagra un principio contrario, por lo cual ha fallado contra clara y expresa disposición de esta norma que dice: 'No podrá dejarse el precio al arbitrio de uno de los contratantes'".

En el caso sub judice se convino un precio provisional, y se estipuló que el definitivo sería fijado por la Caja, según las cartas y facturas que transcribe el Tribunal en el punto 3o. del fallo, pero la fijación se hizo "en forma sorpresiva y alarmante, después de la promesa de uno de los empleados de que no habría ese reajuste".

La parte actora justificó el excedente del precio en la consideración de que cuando la negociación se hace por intermedio de una sucursal utilizando los servicios de crédito, la Caja recarga el 20 % del valor, sin reparar en que esta afirma que el negocio se hizo directamente con la casa principal de Bogotá, y que el pagaré es independiente y está ganando intereses.

"El Tribunal acepta enteramente esa excusa, so pretexto de que Sierra de antemano autorizó el reajuste, cualquiera que fuera, justo o injusto, legal o ilegal, estimando que esa previa aceptación era una ley para las partes, omitiendo la prohibición legal, llegando así a una consideración desconcertante".

Con este proceder, el Tribunal violó por infracción directa las siguientes disposiciones: los artículos 1865, 1602 y 1526 del C. Civil. Como consecuencia de esta violación infringió los artículos 247 del C. de Co. y 1928, 1546 y 1609 del C. Civil.

LA CORTE CONSIDERA:

La sentencia acoge como prueba del precio de la venta la manifestación que Sierra hace en carta de 1o. de septiembre de 1.958 al contestar la de 1o. del mismo mes, en que la Caja le hace la oferta del equipo y le adjunta la primera factura proforma, manifestación que dice: "Recibí su atenta carta de 1o. del presente mes y me permito manifestarle que quedo satisfecho con las explicaciones y factura proforma. En cuanto a los precios, yo acepto el que resulte una vez que Uds. tengan hecha la liquidación definitiva". Es así como la sentencia, respaldada en el artículo 1602 del C. Civil, estima que Sierra convino en que el precio que se fijaba en la factura proforma era aproximado, y que de antemano aceptaba el que resultara, una vez que la Caja hiciera la liquidación definitiva, por lo cual no tiene razón en reclamar que incluyera el 20 % por concepto de administración.

El artículo 1864 del C. Civil dispone que el precio debe ser determinado por los contratantes; y el 1865 expresa que no podrá dejarse su fijación al arbitrio de las partes. Estas exigencias de la ley tienen su razón de ser en que siendo el precio y la cosa los dos elementos esenciales de la compraventa, para que exista este contrato se requiere el acuerdo de las partes sobre ambos factores.

El mandato del artículo 1865 de que el precio no podrá dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, se relaciona o es una aplicación del precepto contenido en el artículo 1535, según el cual "son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga". La condición potestativa la clasifican los autores: 1o. en pura o meramente potestativa, cuando consiste en la mera voluntad o arbitrio de las partes, que es el caso del inciso 2o. del artículo 1865, de dejar la fijación al arbitrio de una de las partes: y 2o. en simplemente potestativa o potestativa ordinaria cuando consiste en un hecho voluntario del acreedor o del deudor, que es el supuesto contemplado en el segundo inciso del artículo 1536, que dice: "Si la condición consiste en un hecho voluntario de cualquiera de las partes valdrá".

La determinación de los precios provisionales pasados en la factura proforma, que la Caja acompañó a la oferta del equipo, una vez hecha la liquidación definitiva, no es una condición meramente potestativa, porque no depende del mero arbitrio de la Caja sino de la liquidación, a la cual el comprador podía compeler a la entidad vendedora.

Por lo mismo, la determinación del precio en ésta forma estaría gobernada no por el artículo 1865 del C. Civil, que prohibe dejar la fijación del precio al arbitrio de una de las partes, sino por el 1535 que da validez a la obligación contraída bajo condición que consista en un hecho voluntario de cualquiera de las partes.

Este hecho voluntario de la Caja era la liquidación definitiva de la factura, a la cual podía ser obligada la Caja por el comprador.

Si el contrato fuera de carácter civil, no habría violado el Tribunal las normas citadas por el recurrente, pero siendo la venta comercial, resulta:

El artículo 229 del C. de Comercio reza: "No hay compra-venta si los contratantes no convienen en el precio o en la manera de determinarlo; pero a pesar de esto, si la cosa vendida fuera entregada, se presumirá que las partes han aceptado el precio medio que tenga en el día y lugar en que se hubiere celebrado el contrato".

Ante la aceptación del Tribunal, no desvirtuada en las censuras anteriores, de que el contrato en litigio es el de compraventa comercial, y de que la Caja le despachó el equipo al comprador Sierra a su hacienda de Sierra Blanca, el precio, en el evento de que no hubiera quedado determinado, de conformidad con las disposiciones citadas del código civil, se regularía según los términos del artículo 229 del C. de Comercio que, para el caso de que los contratantes no hayan convenido en el precio o en la manera de determinarlo, agrega: "pero a pesar de esto, si la cosa vendida fuere entregada, se presumirá que las partes han aceptado el precio medio que tenga en el día y lugar en que se hubiere celebrado el contrato". Aunque la sentencia no tuvo en cuenta esta disposición, ella confirma que por razón del precio sí hubo venta, sin que en casación se pueda hacer más que esta afirmación, toda vez que hubo acuerdo de voluntades sobre los elementos esenciales de la convención.

Ello confirma que por razón del precio sí hubo venta y que es infundada la acusación.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en mérito de las razones expuestas, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de veintiuno de julio de mil novecientos sesenta y uno, proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario seguido por la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, Sucursal de Medellín, contra Nicolás Sierra S.

Las costas a cargo de la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese, devuélvase e insértese en la Gaceta Judicial.

Arturo C. Posada. - Gustavo Fajardo Pinzón. - Enrique López de la Pava. - Enrique Coral Velasco. - José Hernández Arbeláez. - Julián Uribe Cadavid. - Ricardo Ramírez L., Secretario.

POSESION NOTORIA DEL ESTADO DE HIJO NATURAL

Sostenido el fallo en la plena prueba de esta causal, sobra considerar el cargo por error de derecho en la estimación de la prueba atinente a las relaciones sexuales. Requisitos para que el error de derecho se pueda configurar en casación. La acusación de la prueba indiciaria no cabe por error de derecho.

1. El error de derecho o de valoración probatoria ocurre cuando el sentenciador le da a una prueba el alcance demostrativo que la ley no le reconoce, o le niega el que esta le fija. Pero para que tal yerro se pueda configurar en casación, es indispensable, según lo tiene repetido la doctrina, que en la demanda que funda el recurso se señalen, en primer término, las normas o preceptos que determinan el mérito del medio o medios de juicio sobre los cuales versa la tacha, y, en segundo, que se citen los preceptos sustanciales directamente infringidos, pues a la violación de estos no se llega sino por la transgresión directa de aquellas.

2. Sostenida la sentencia en la plena prueba testimonial de la posesión notoria del estado de hijo natural de la actora respecto de su pretenso padre, cuya tacha no prospera, no hay ningún objeto en considerar el cargo por error de derecho en la estimación de la prueba relacionada con las relaciones sexuales, porque, en el evento de que prosperara, la sentencia no podría casarse, por tener el soporte en la posesión notoria del estado civil demandado.

3. La acusación de la prueba indiciaria solo cabe por error de hecho evidente, no por error de derecho.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, junio veinticuatro de mil novecientos sesenta y cuatro.

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

Elia María Sánchez, en representación de su hija menor Carmen Rita Sánchez, demandó en el Juzgado 2o. Civil del Circuito de Palmira a Lastenia Valdés v. de Romero, Domingo, José Heraclio y Lucía Romero Valdés, Italo, Melva, Yolanda y Amparo Romero Conde, los cuatro últimos representados por su madre legítima, Fabiola Conde v. de Romero, para que en juicio ordinario se hicieran las siguientes declaraciones:

"A. Que la menor adulta..... Carmen Rita Sánchez, nacida el dia 15 de julio de mil novecientos cuarenta (1.940) es hija natural del señor Bernabé Romero; para todos los efectos civiles señalados en nuestras leyes;

"B. Que en su carácter de hija natural.....Carmen Rita Sánchez tiene derecho a intervenir, como heredera, en la sucesión del señor Bernabé Romero;

"C. Que si los demandados se oponen sean condenados en las costas del juicio".

Los hechos expuestos como causa de las anteriores súplicas se resumen así:

Desde el año de 1.939, Elia María Sánchez tuvo relaciones sexuales estables y notorias con Bernabé Romero, de las cuales nació Carmen Rita el 15 de julio de 1.940. Dichas relaciones se prolongaron mucho tiempo después del advenimiento de Carmen Rita.

Bernabé Romero trató siempre a ésta como a su hija proveyendo a su subsistencia y educación y presentándola así a parientes y amigos, en forma que la llevó "por largos períodos a su propio hogar doméstico".

"En virtud de este trato, sus deudos, amigos y relacionados y el vecindario del domicilio del padre e hija tuvieron al primero como progenitor de la segunda".

Romero le hizo a Carmen Rita varias donaciones "incluso de bienes raíces".

El presunto padre, Bernabé Romero, falleció en Palmira el 12 de septiembre de 1.958, y su juicio de sucesión se radicó en el Juzgado 2º. Civil de aquel circuito, donde se halla en trámite.

El mismo Romero contrajo matrimonio católico con Lastenia Valdés el 30 de enero de 1.951, y en el acta respectiva legitimó a sus hijos Lucía, José Domingo o Domingo, Heraclio o José Heraclio y Cenón Fabio Romero Valdés.

Este último contrajo matrimonio con Fabiola Conde el 9 de mayo de 1.943, y murió el 21 de enero de 1.951 dejando a Italo, Melva, Yolanda y Amparo Romero Conde como hijos legítimos.

Todos los demandados dieron poder al mismo abogado, quien contestó el libelo negando los hechos fundamentales y oponiéndose a que se hicieran las declaraciones impetradas.

El Juzgado desató el litigio en sentencia que tiene fecha 18 de julio de 1.960 por la cual denegó las peticiones de la demanda, y, en consecuencia, absolvió a los demandados de los cargos formulados.

Subida la decisión de primer grado por apelación de ambas partes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en fallo de 31 de agosto de 1.961, la revocó, y, en su lugar, dispuso:

"A - La señorita Carmen Rita Sánchez, nacida el 12 de julio de 1.940, es hija natural del señor Bernabé Romero;

"B - En consecuencia, la nombrada señorita Carmen Rita Sánchez tiene derecho a intervenir, como heredera en la sucesión del señor Bernabé Romero;

"2º. Reconócese que la demandada señora Lastenia Valdés vda. de Romero, carece de interés para actuar en este juicio cuyas declaraciones se formulan ante un litisconsorcio formado únicamente por los señores Romero Valdés".

MOTIVACION DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.

Como preliminar al análisis de la prueba, observa el Tribunal que, por razón de haberse basado el fallo absolutorio del Juzgado en la consideración de que los testimonios aducidos eran falsos, se impone un estudio riguroso "para fijar con certidumbre las conclusiones que de sí arroja".

Advierte que hay elementos probatorios extraños a los testimonios que les comunican credibilidad a estos en sus afirmaciones principales, y desvirtúan la tesis del apoderado de la parte demandada y del Juzgado en la sentencia sobre "falsificación de la prueba testimonial".

Encuentra el sentenciador, que un medio de juicio "que funda el conjunto de testimonios" es la respuesta que la demandada Lucía Valdés dió a una de las posiciones absueltas por ella, en la cual se le pide reconocer unas fotografías, y se le pregunta diga si es cierto que estas corresponden a paseos verificados por la absolvente, sus hijos, amigos y Carmen Rita Sánchez, en las cuales se hace patente el tratamiento familiar que la absolvente dió a su hermana media Carmen Rita Sánchez en forma pública y constante. La respuesta es del siguiente tenor: "Es cierto y aclaro que las fotos que se me ponen de presente corresponden a fotos tomadas en la casa de mi mamá. Advirtiendo que reconozco en la foto que se distingue en el Nº. 4 a mi esposo Ricardo Cepero, y a mi cuñado Mario Cepero, y a Rosa Elena Cepero".

El otro indicio que respalda el mérito de los testimonios allegados al proceso es el que se desprende de que en la escritura 152 de 7 de marzo de 1.942 se dice que Elisa María Sánchez compra la casa para Carmen Rita Sánchez "y para el presunto hijo o hija que la exponente lleva en sus entrañas, para que queden dueños de la propiedad por iguales partes y con iguales derechos". Esta compra de que dan cuenta varios testigos, es significativamente aceptada por Romero, toda vez que comparece a aceptarla "en virtud de la afirmada ausencia" de Elisa María Sánchez.

Pasa luego a ocuparse de las relaciones sexuales, alegada como causal de filiación natural, y al efecto estudia la declaración rendida por Encarnación Lenis, según la cual en octubre de 1.939 Bernabé Romero y Delia o Elisa María Sánchez tomaron un apartamento en casa de la declarante, en el cual hicieron vida marital, nació Carmen Rita y continuaron ocupándolo seis meses después de ocurrido el nacimiento; la de Ligia Lenis, hija de Encarnación, de la cual acepta la convivencia de Romero y la Sánchez desde octubre de 1.939, en dicha casa, lo mismo que el nacimiento de Carmen Rita; y la de Lucila Fernández, quien informa que, por solicitud de Bernabé Romero, atendió en la casa de Encarnación a Delia o Elia María Sánchez en el alumbramiento de Carmen Rita Sánchez; que esta atención se la prestó desde dos meses antes del parto, el cual ocurrió el 15 de julio de 1.940, y que Romero cubrió todos sus gastos.

Estima el sentenciador que la afirmación de Encarnación Lenis sobre que Carmen Rita nació en octubre y no en julio, como reza la partida, y las de Ligia referentes a que Delia o Elisa María Sánchez llegó en octubre de 1.949 ya embarazada, y de que su convivencia en aquella casa fue de tres años, no le quitan credibilidad a su dicho: y que, si en conjunto acreditan que "las relaciones sexuales, estables y notorias, incluso con comunidad de habitación, se iniciaron en octubre de 1.939 y que Carmen Rita nació el 15 de julio de 1.940, hay lugar a

declarar la paternidad natural, como quiera que el nacimiento ocurre después del período presuntivo de 180 días contados a partir del comienzo de tales relaciones o como lo preceptúa el numeral 4o. del artículo 4o. de la ley 45 de 1.936".

Sobre la posesión notoria del estado de hija natural de Carmen Rita el fallo considera, en primer término, lo que en el particular disponen los artículos 6o. de la ley 45 de 1.936, 398 y 399 del C. Civil, y luego lo que son los elementos trato y fama que integran dicha causal.

Al efecto, parte del testimonio de Encarnación y Ligia Lenis y Lucila Fernández, quienes dan cuenta de la vida marital que Romero y Elisa María Sánchez continuaron llevando después de nacida Carmen Rita, a la cual aquel trataba con el cariño de padre, y proveía a lo que su sustento demandaba.

Examina la declaración de Concepción Lopez de González, conocedora de varios años atrás de Bernabé Romero, porque él traía la leña a la casa de la declarante, razón por la cual le consta que Romero iba con Carmen Rita al puesto que la misma testigo tenía en la plaza de Palmira, donde le compraba a la menor ropa, juguetes y golosinas; que las atenciones tanto para Elia o Delia o Elisa como para su hija eran manifiestas.....; que Bernabé siempre reconoció a Carmen Rita como su hija y atendió a sus necesidades en forma pública y notoria; y que le compró a Carmen Rita una casita situada al frente de la declarante, donde vivían como casados; y que las manifestaciones de Romero para con Carmen Rita duraron hasta cuando ya no pudo volver a la casa, porque se "fuyó".

Alicia González de Alzate, hija de Concepción López de González, declara que en el puesto que ésta tenía en la plaza, Bernabé, cuando estaba de urgencia, le dejaba a Delia dinero para que atendiera a los gastos de ella y de Carmen Rita a quien quería mucho, pues frecuentemente les hacía declaraciones al respecto; que todo el vecindario de la residencia de ellos sabían que Carmen Rita era hija de Bernabé; quien, mientras gozó de salud, asiduamente estaba al lado de Elisa, Elia o Delia y de Carmen Rita, a la cual prodigaba el cariño y atenciones de hija. Y que vió conviviendo a Romero y la Sánchez en una casa situada al frente de la declarante desde el año de 1.943.

María Elcira González, que trabajó como sirvienta en casa de Romero de 1.951 a 1.954 y de 1. 957 a 1.958, testifica que cuando ella llegó a prestar sus servicios ya vivía allí Carmen Rita, a la cual Bernabé Romero trataba como hija, Lastenia Valdés de Romero la consideraba y atendía como hija de su esposo, y los hijos de los cónyuges Romero Valdés la trataban como hermana, y así la presentaban a todos sus amigos, quienes la reconocían en dicho carácter, que Bernabé le costeó sus estudios dos años en el Colegio de Nuestra Señora del Palmar y tres en la escuela de San Vicente de Paúl. Repite que Romero la presentaba a deudos y amigos como hija natural y así asistía con la familia a las reuniones sociales y paseos y comía en la mesa con ellos.

A Carmen Elvira Montealegre, sirvienta por seis meses en la casa de Romero, le consta solamente que era atendida como los demás hijos; que estos la trataban como su hermana natural, y Lastenia Valdés de Romero la consideraba como hija natural de Bernabé Romero.

María Martiniana de Agudelo conoció a Romero y familiares por más de treinta años, y a Elisa, Delia o Elia María Sánchez desde cuando andaba con Bernabé Romero en busca de la casa que ella les indicó, la que luego compra-

ron, cuando Carmen Rita tendría unos dos o tres años; le consta que desde los nueve o diez años ésta vivió en casa de Bernabé y Lastenia; y que aquel la educó hasta cuando terminó sus estudios.

El sentenciador encuentra plenamente acreditados en Carmen Rita los elementos integrantes de la posesión notoria de hija natural de Bernabé Romero, como son el trato y la fama, y añade: "Se advierte que los testimonios en cuanto se refieren a los elementos de la posesión notoria, son de diversidad acumulativa y que de su concordancia, se establece indubitablemente, de un modo irrefragable la duración de la posesión notoria por lapso superior a los diez años, toda vez que se extiende desde el nacimiento de Carmen Rita en el año de 1.942 (sic) hasta la muerte de don Bernabé Romero que acaece en 1.958".

A lo expuesto por estos testigos, se unen como medios corroborantes el indicio de que Bernabé compareciera en el otorgamiento de la escritura número 152 de 7 de marzo de 1.942 a aceptarla en nombre de Delia María Sánchez; y la "confesión" de Lucía Romero Valdés de que trató a Carmen como hermana media y de que las fotografías que se le pusieron de presente correspondían a paseos de la familia con amigos en los cuales participaba aquella, de modo que el trato íntimo que se le daba trascendía a los amigos y relacionados de la familia.

El representante de los demandados recurrió en casación de la sentencia del Tribunal, a la cual le hace dos censuras por errores de derecho en la apreciación de las pruebas, que tocan con las relaciones sexuales y con la posesión notoria del estado civil impetrado.

Se estudia el segundo por las consecuencias que en el recurso implica el que no prospere.

La parte opositora presentó oportunamente la réplica.

Segundo cargo.

Lo formula por tres motivos que expone, en síntesis, así:

Primer motivo. El Tribunal, al darle el valor de confesión a una respuesta de Lucía Romero v. de Escobar dentro del pliego de posiciones que absolvió, violó los artículos 604 y 605 del C. Judicial y, como consecuencia, infringió también los artículos 399 del C. Civil, 1o. y 6o. de la ley 45 de 1.936".

Intenta demostrar la censura exponiendo el recurrente que el Tribunal antes de apreciar los testimonios relacionados con el hecho de las relaciones sexuales, se detuvo a considerar la respuesta que Lucía Romero v. de Escobar dió a una de las posiciones que absolvió dentro del juicio.

"Esta respuesta, prosigue el acusador, no es una confesión, sino una confesión inocua y no 'un medio de prueba que funda el conjunto de testimonios', como dice el Tribunal".

La respuesta se refiere a las fotografías de unos paseos "que nada tienen que ver con los hechos constitutivos de la posesión notoria de hijo natural, que en todo caso deben ser propios del presunto padre y coetáneos con su existencia".

Tampoco es una declaración, porque esta debe versar sobre hechos ajenos y no propios. Y suponiendo que fuera confesión, ella no perjudicaría a la parte demandada que la forman los herederos.

"El Tribunal incurrió en error de derecho al apreciar esa respuesta como confesión y darle valor de prueba de sustentación a la testimonial", con violación de las normas citadas.

Segundo motivo. Toca esta censura con la referencia que el Tribunal hace a la compra que de una casa hizo Romero para Carmen Rita, a que aluden las declarantes Concepción López de González, Alcira González de Alzate y Martiniana Colorado, donde, dicen, vieron viviendo a Bernabé Romero y María Elisa Sánchez, compra que éste demostraba con la escritura 152 de 7 de marzo de 1.942, Notaría 1a. de Palmira, la cual aparece aceptada por Romero a nombre de la Sánchez "y constituye un indicio que refuerza el dicho conteste de los testigos".

También alude a que el Tribunal estima dicha compra como un indicio de cómo subvino Romero al establecimiento de Carmen Rita.

Con estas apreciaciones incurrió el Tribunal en errores de derecho que lo llevaron a infringir los artículos 688, 697 y 668 del C. Judicial, 1759 del C. Civil, 91 de la ley 153 de 1887, que no permiten comprobar con testigos lo que en un instrumento público se expresa, 662 y 663 del C. Judicial, pues el hecho de que trata la escritura no tiene relación con el de la filiación natural, y no es indicio para el caso.

De otra parte, la prueba de indicios no es la idónea para demostrar la posesión notoria, dado que el artículo 399 del C. Civil indica el modo taxativo como debe establecerse.

Tercer motivo. Para el recurrente, el sentenciador cometió un error de derecho dándole mérito de plena prueba a los testimonios de Concepción López de González y de su hija, Alicia González de Alzate.

Para el impugnante, en la exposición de estas declarantes hay meras expresiones conceptuales pero no relación de hechos determinados y específicos de los cuales se infiera la posesión notoria. Luego de referirse a lo que una y otra testigo afirman sobre las idas de Bernabé Romero con Carmen Rita a comprarle juguetes y ropas, al trato de hija que le daba, a los dineros que le dejaba a Delia para los gastos de ella y Carmen Rita, y a que vivieron en la casa que Romero le compró a Carmen Rita, insiste en que no tienen la fuerza demostrativa que exige el artículo 399 del C. Civil. Anota la inexactitud que hay en la testigo al afirmar que Romero y Elisa María vivieron en aquella casa "por ahí unos veinte años".

Luego se ocupa de criticar las exposiciones de las testigos María Elcira González, María Elvira Montealegre y Martiniana Colorado anotándole a la primera, en cuanto afirmó que Carmen Rita estudió en el Colegio de Nuestra Señora del Palmar, que este colegio no existe, y que la declarante no supo decir donde quedaba y quién era la directora de él. Le observa a la segunda que ella no se dió cuenta de los hechos afirmados por la primera a pesar de haber estado sirviendo en la casa de Romero; que se desdijo de lo declarado extrajuicio, y reveló que el apoderado de la parte demandante la había preparado diciéndole lo que debía contestar. A la tercera le anota que es una declarante en falso porque no da razón de sus aseveraciones "no dice por qué le consta lo que afirma".

Concluye la exposición del cargo el impugnante diciendo que en la apreciación de los testimonios rendidos por Concepción López de González y Alicia González de Alzate, el Tribunal violó los artículos 6o. de la ley 45 de 1.936 y 399 del C. Civil al darles valor probatorio de que carecen, porque no depusieron sobre hechos propios de la posesión notoria, sino que apenas emitieron conceptos y apreciaciones vagas sin referencia al tiempo requerido por el artículo 399 del C. Civil.

En la valoración de los otros tres testimonios el fallador cometió también error de derecho por la misma razón de los anteriores, y porque los aceptó contra lo que declara Alicia González de Alzate.

El Tribunal, dándoles mérito a estos testimonios, infringió los artículos 593 y 601 del C. Judicial, ya que no hizo de ellos una estimación legal; y dió por demostradas la verdad y la existencia de unos hechos no establecidos por esas declaraciones. Quebrantó el artículo 399 del C. Civil, porque sus dichos no se conforman con las exigencias de este precepto.

"Y así violó también los artículos 6o. y 7o. de la ley 45 de 1.936, puesto que la posesión notoria del estado de hija natural ..... no ha sido configurada por los testimonios analizados .....".

LA CORTE CONSIDERA:

El Tribunal aceptó que los hechos constitutivos de la posesión notoria del estado de hija natural por parte de Carmen Rita Sánchez con relación a Bernabé Romero lo acreditan a plenitud el conjunto de testimonios formados por Encarnación y Ligia Lenis, Lucila Fernández, Concepción López de González, Alicia González de Alzate, María Elcira Hernández y Carmen Elvira Montealegre.

La sentencia le dió el alcance de indicio confirmatorio de lo dicho por estos testigos a la comparecencia de Bernabé Romero en la Notaría Primera de Palmira a aceptar, por ausencia de Elisa María Sánchez, en las condiciones expuestas por ésta, la venta de la casa situada en Palmira, que por escritura 152 de 7 de marzo de 1.942 hizo Lisandro Silva para Carmen Rita Sánchez y "el presunto hijo o hija" que Ella María Sánchez dijo llevar en sus "entrañas".

El mismo valor de simple indicio, corroborante de lo expuesto por los testigos al respecto le fijó a la llamada confesión de la demandada Lucía Romero Valdés acerca de haber tratado ella a Carmen Rita como hermana media y ser cierto que las fotografías que reconoció son de paseos realizados por la absolvente, sus hijos y amigos con Carmen Rita.

En este orden de ideas, debe estudiarse en primer término el cargo formulado por error de derecho en la apreciación de los testigos con cuyo dicho el Tribunal consideró plenamente demostrada la posesión notoria del estado de hija natural de la demandante.

El error de derecho o de valoración probatoria ocurre cuando el sentenciador le da a una prueba el alcance demostrativo que la ley no le reconoce, o le niega el que esta le fija. Pero para que tal yerro se pueda configurar en casación, es indispensable, según lo tiene repetido la doctrina, que en la demanda que funda el recurso se señalen en primer término las normas o preceptos que determinan el mérito del medio o medios de juicio sobre los cuales versa la ta-

cha, y, en segundo, que se citen los preceptos sustanciales directamente infringidos, pues a la violación de estos no se llega sino por la trasgresión directa de aquellas.

La acusación cita como directamente violados los artículos 593 y 601 del C. Judicial, que, si guardan relación con el régimen probatorio, el primero trata de que toda decisión judicial se funda en los hechos conducentes plenamente demostrados por alguno de los medios especificados en la tarifa legal, y el segundo, de la apreciación de las pruebas conforme a la estimación legal, o a falta de esta, con los principios de equidad que ordenan resolver cualquier duda en favor del demandado.

Cita también los artículos 399 del C. Civil 6o. y 7o. de la ley 45 de 1.936 que, en su orden, disponen que la posesión notoria del estado civil debe acreditarse por un conjunto de testimonios que la establezcan de modo irrefragable, y de los hechos que constituyen este estado en el hijo natural. Tales preceptos no son de valoración probatoria.

Sostenida la sentencia en la plena prueba testimonial de la posesión notoria del estado de hija natural de la actora respecto de Bernabé Romero, cuya tacha no prospera, no hay ningún objeto en considerar el cargo por error de derecho en la estimación de la prueba relacionada con las relaciones sexuales, porque, en el evento de que prosperara, la sentencia no podría casarse, por tener el soporte en la posesión notoria del estado civil demandado.

Tampoco tienen trascendencia alguna las censuras por error de derecho en la estimación de los dos indicios dichos, ya que, como medios estimados solo complementariamente, serían intrascendentes en casación. Y de otra parte, la acusación de la prueba indiciaria solo cabe por error de hecho evidente, no por error de derecho.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en mérito de las razones expuestas, 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 Cali con fecha 31 de agosto de 1.961, en el juicio ordinario seguido por Elia María Sánchez, en representación de su hija menor Carmen Rita Sánchez, contra Lastenia Valdés v. de Romero y otros.

Las costas a cargo de la parte recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase e insértese en la Gaceta Judicial.

Arturo C. Posada. - Gustavo Fajardo Pinzón. - Julián Uribe Cadavid. - Enrique Coral Velasco. - Enrique López de la Pava. - José Hernández Arbeláez. - Ricardo Ramírez L., Secretario.

REIVINDICACION

La identidad de la cosa como elemento de la acción y su prueba. Copias. Modo de pedir y allegar a los autos las de los documentos públicos y su valor probatorio.

1. Uno de los elementos necesarios para la integración de la acción de reivindicación es el de la identidad o identificación entre el bien o cosa reivindicada y el poseído por el demandado. Si esta identidad no es suficiente no puede prosperar la acción. Así lo tiene dicho la Corte en múltiples decisiones.

Esa identificación que debe existir entre lo reivindicado y lo poseído por el opositor, debe ser demostrada siendo eficaz para ello cualquiera clase de prueba reconocida por la ley, aun cuando sea muy adecuada para ello la prueba de inspección ocular.

2. El artículo 636 del C. Judicial ordena el modo o manera como han de pedirse las copias de los documentos públicos que no tuvieron oportunidad de ser acompañados a la demanda, o a su contestación, o a los memoriales de excepciones. Pero este requisito no tiene otro fin que el de asegurar mejor, para las partes, la autenticidad de esos documentos, procurando que se tomen sus copias y se alleguen a los autos directamente y por intermedio de los respectivos funcionarios públicos encargados por la ley de la custodia de sus originales. Si se pide en el memorial de pruebas, y así se decreta sin objeción de la otra parte, que se tenga como prueba determinado documento público que se acompaña, el Juez no puede dejar de estimarlo y darle el valor probatorio que legalmente le corresponde; y mucho menos puede considerar que él no obra legalmente en el juicio.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, veinticuatro de junio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Julián Uribe Cadavid).

Juicio de Ulpiano Canizales Lozada contra Jorge Hernán Molina Cabal.

- I -

ANTECEDENTES

En demanda de ocho (8) de octubre de mil novecientos cincuenta y ocho (1.958), Ulpiano Canizales Losada pide al Juez del Circuito Promiscuo de El Ce-

rrito, el reconocimiento del pleno dominio y la restitución "de un lote de terreno, en parte enrastrojado, con mejoras de algodón, en una extensión superficiaria de treinta plazas (30 plz.), poco más o menos, determinado por los siguientes linderos:

"Por el sur, predios de Tomás Parra, Miguel Paredes y el de los herederos de Luis Fernando Gómez; por el norte, las márgenes del río Zabaletas; por el oriente, predio de Vicente Hurtado y por el occidente, predio de Hipólito Hernández y Epifania Canizales de Hernández, hoy del demandado, Jorge Hernán Molina Cabal".

Pide también: la restitución del valor "de los frutos naturales y civiles del inmueble antes determinado, y no sólo los percibidos, sido los que el dueño hubiere podido percibir con mediana diligencia y cuidado, a justa tasación de peritos, desde el principio de la posesión hasta el momento de la entrega del fundo, más el precio de costo de las reparaciones que él hubiera sufrido, por culpa del poseedor.

Igualmente solicita la restitución de "las cosas que forman parte del fundo o que se reputan inmuebles"; el registro de la demanda, el pago de las costas, y la inscripción de la sentencia.

De los diez y nueve ordinales y cinco literales en que el actor configura los hechos fundamentales de la demanda, los más importantes pueden sintetizarse así:

Del matrimonio de José Joaquín Canizales y María Calixta Losada nacieron cuatro hijos, entre ellos José Joaquín Canizales Losada.

Muertos, en el año de 1.924 los referidos José Joaquín Canizales y María Calixta Losada, se abrió ante el Juzgado Tercero del Circuito Civil de Buga el correspondiente juicio de sucesión de dichas personas. En este juicio, que se adelantó sin la comparecencia de José Joaquín Canizales Lozada, fueron reconocidos como herederos Ulpiano, Abraham, y Epifanía Canizales Lozada, quienes vendieron todos sus derechos herenciales al señor Adriano Borrero. Este a su vez, vendió a Hipólito Hernández un lote de terreno, tomado de los bienes sucesorales de Canizales-Lozada.

Al verificar la distribución de los bienes en los juicios de sucesión antes referidos, se adjudicó un lote herencial al subrogatario Adriano Borrero, y otro lote al cesionario Hipólito Hernández, (lote este último que coincidió con el que le había vendido Borrero). Estas adjudicaciones tuvieron lugar en el año de 1.931.

A Hernández se le adjudicó -dice el demandante- "la porción que le correspondía a José Joaquín Canizales Lozada, o sea un lote de terreno inculto, enrastrojado, sin mejoras, ubicado en jurisdicción del Municipio del Cerrito (V.), en extensión de treinta plazas (30 plz.), poco más o menos, determinado por los siguientes linderos: 'Por el sur, predios de Tomás Parra, Miguel Paredes y el de los herederos de Luis Francisco Gómez; por el norte, las márgenes del río Zabaletas; por el oriente, predio de Vicente Hurtado; y por el occidente, predio de Hipólito Hernández y Epifania Canizales de Hernández, hoy predio de Jorge Hernán Molina Cabal, o sea del demandado'".

José Joaquín Canizales Losada, por haber sino excluido en los juicios de sucesión acumulados de sus padres José Joaquín Canizales y María Calixta Losa-

da, propuso, en el año de 1.936, juicio sobre petición de herencia contra sus hermanos Ulpiano, Abraham y Epifania. En este juicio se le reconoció su calidad de heredero, pero no se decretó la restitucion de los bienes o cuota de bienes, por cuanto éstos habian pasado a terceras personas que no eran parte en el juicio.

Afirma el demandante que con el título que le dieron las sentencias dictadas en el juicio de petición de herencia, José Joaquín Canizales Losada entró en posesión material del lote que habia sido adjudicado a Hipólito Hernández; que en "esa posesión regular, pública, quieta, pacífica y no interrumpida", estuvo hasta el 25 de febrero de 1.941, en que fue asesinado.

Muerto José Joaquín, Ulpiano -según lo dice- entró en posesión del terreno, en su calidad de hermano legítimo de aquél, y continuó poseyendo mediante el ejercicio de actos de dominio. En el año de 1.947 adelantó el mismo Ulpiano el juicio de sucesión de José Canizales Losada, y se hizo adjudicar el lote de terreno ya mencionado, en virtud de sentencia dictada el 18 de noviembre de 1.947, por el Juez Primero del Circuito Civil de Buga.

Ulpiano continuó -así lo afirma- en posesión del terreno hasta el año de 1.949 en que tuvo que abandonarlo por razón de la violencia, habiendo sido ocupado, entonces, por los herederos de Hipólito Hernández y Epifania Canizales de Hernández, a quienes se había adjudicado tal inmueble en la mortuoria de los mentados Hernández-Canizales.

Los herederos de Hipólito Hernández y Epifania Canizales vendieron a Escipión Kuratomi, por escritura No. 129 de 30 de enero de 1.951, de la notaría primera de Palmira, un lote de terreno de cincuenta y dos (52) plazas, dentro del cual se encuentra el reclamado por Ulpiano Canizales como de su propiedad.

A su vez, Escipión Kuratomi vendió, por medio de la escritura No. 800 de 15 de julio de 1.955, de la Notaría Segunda de Palmira, el mismo inmueble, a Jorge Hernán Molina Cabal, quien es el actual poseedor de tal finca.

El predio poseído por Molina Cabal tiene mayor extensión que el que se pretende reivindicar, "ya que al occidente se le anexó un predio de veinte plazas (20 plz.), que realmente sí era de propiedad del causante Hipólito Hernández, y del cual sí podían disponer sus herederos legítimos".

El demandado tiene, en el fundo de que se trata, cultivos de algodón.

Finalmente, afirma el actor que el demandado es poseedor de mala fe, y que no está en capacidad de adquirir por prescripción.

Conferido traslado de la demanda el opositor Jorge Hernán Molina Cabal le dió respuesta por medio de apoderado; negó la mayoría de los hechos en que se funda la acción, reconoció otros como ciertos; y con relación a algunos manifestó que ni los aceptaba ni los negaba y debían ser probados por el actor. Propuso la excepción de prescripción adquisitiva del dominio, tanto extraordinaria como ordinaria; y, finalmente, denunció el litigio a su antecesor Escipión Kuratomi, quien dió respuesta al libelo manifestando su oposición a las pretensiones del demandante y proponiendo también excepciones, entre ellas la de cosa juzgada.

Así planteada la litis se tramitó la primera instancia, y se dictó sentencia, con fecha doce (12) de abril de mil novecientos sesenta y dos (1.962), en cuya providencia se dispuso:

"1o. No hay lugar a hacer las declaraciones solicitadas por el doctor Modesto Rivera R., como apoderado del señor Ulpiano Canizales Lusada en el libelo de demanda calendado octubre 8 de 1.958, contra el señor Jorge Hernán Molina Cabal.

"2o. Absuélvese, en consecuencia, al demandado señor Jorge Hernán Molina Cabal, mayor de edad y vecino de Buga, de los cargos que le fueron formulados en el libelo ya descrito con el que se inició el presente juicio.

"3o. En virtud de la absolución anterior, no es el caso de resolver las excepciones propuestas por el demandado.

"4o. Condénase en costas a la parte actora".

No estuvo conforme el actor con la resolución del Juez de la primera instancia e interpuso, consecuencialmente, recurso de apelación para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga.

- II -

LA SENTENCIA ACUSADA

Estudiado en segundo grado de instancia el juicio en mención y cumplida la tramitación correspondiente, el Tribunal dictó sentencia el diez y ocho (18) de febrero de mil novecientos sesenta y tres (1.963). Esta providencia fué plenamente confirmatoria de la anterior, y se condenó en costas a la parte apelante.

Funda el Tribunal su decisión, como lo hizo el Juez de la primera instancia, en que no se demostró uno de los extremos necesarios para la prosperidad de la acción, cual es la identidad entre el bien cuya reivindicación se pretende, y el inmueble poseído por el demandado, sin entrar a considerar los demás elementos necesarios para la prosperidad de la acción.

El Tribunal acoge el análisis probatorio hecho por el Juzgado de primera instancia, y, en especial, el de los dictámenes, rendidos por los peritos señores Marco Tulio Grisales Henao, Leonardo Jaramillo y Hernando Patiño Herrera; y, además, el de los señores Pedro Valencia Bejarano y José María Medina Navia, quienes llegan a la conclusión de que no se ha podido identificar el terreno, por cuanto fué imposible fijar o determinar el lindero occidental. Y el Juzgado, en la diligencia de inspección ocular dice que "deja constancia de que en la observación y recorrido hecho no se ha observado ninguna seña o vestigio del sitio en donde hubiere quedado el lindero occidental del predio en litigio".

El Tribunal en sustentación de su providencia acoge la siguiente apreciación hecha por el fallador de primer grado, quien dice: "Los testimonios aducidos por la parte demandante, y las mismas diligencias de inspección ocular sobre los predios poseídos por el demandado materialmente, es presumible que contengan el predio que pretende como suyo el demandante, pero lo que no es posible en las tantas veces que el Juzgado intervino para darle evasión a la prueba de tanta importancia, como es la identidad entre la cosa a reivindicar y la que está poseyendo la parte demandada, que tal identificación se hiciese como para poder desatar en favor la demanda".

Y concluye el Tribunal diciendo: "Es lógico que no habiéndose establecido en este proceso la identidad entre la cosa a reivindicar y la que está poseyendo

a parte demandada, por falta de la determinación de dicho lindero occidental, no podía prosperar la acción incoada".

Procede luego el Tribunal a dilucidar el problema de las excepciones de cosa juzgada y de prescripción que fueron propuestas, en vista de que ambas partes litigantes reclamaron contra la sentencia de primera instancia por no haber dicho nada en relación con ese extremo del litigio.

En cuanto a la primera de las excepciones en mención expresa el fallador: "La excepción perentoria de 'cosa juzgada' que propuso el apoderado del demandado en su alegato de conclusión de primera instancia la funda el interesado en la sentencia dictada por el Juzgado Civil del Circuito de Buga, el 24 de enero de 1.951, dentro del juicio ordinario reivindicatorio propuesto, por medio de apoderado, por el señor Ulpiano Canizales Losada contra Juan Bautista, Gerardina, Hipólito y Hermelinda Hernández Canizales, y la hace consistir en que tanto ese juicio ordinario como el presente versan sobre el mismo inmueble u objeto a reivindicar, es una misma la acción o causa, e idénticas las partes".

Estudia, en concreto, los elementos requeridos por el artículo 474 del C. J., en relación con el juicio que finalizó con la sentencia de 24 de enero de 1.951, del Juzgado del Circuito de Buga, y con el presente juicio, para concluir que se trata del mismo objeto litigioso, de la misma causa jurídica, y que hay identidad jurídica de las partes. Y previas dilatadas consideraciones en relación con la doctrina y la jurisprudencia sobre la cosa juzgada formal y la cosa juzgada material o sustancial, termina con la siguiente consideración:

"En síntesis: estando probada dentro de este juicio la existencia de los elementos que según el artículo 473 del C. J. constituyen la excepción de cosa juzgada, y considerando que la sentencia del Juez Civil del Circuito de Buga, dictada el 24 de enero de 1.951 dentro del juicio ordinario reivindicatorio propuesto por Ulpiano Canizales Losada contra Juan Bautista, Gerardina, Hipólito y Hermelinda Hernández Canizales, antecesores del demandado Jorge Hernán Molina Cabal, en el dominio y posesión del lote materia del litigio, es definitiva por cuanto declaró probada una excepción de fondo, el medio de defensa propuesto debe prosperar".

Por fin se dedica el Tribunal a estudiar la excepción de prescripción que también fué propuesta por la parte demandada. Hace el análisis de los elementos jurídicos que configuran el fenómeno propuesto. Entra en consideraciones sobre la posesión regular que tiene el demandado Molina Cabal sobre el bien reclamado; y analiza, a la luz del haz probatorio, el justo título y la buena fe. Hace un estudio extenso sobre la prueba testimonial aportada por ambas partes, en cuanto ella se refiere a la posesión material alegada, y, de acuerdo con la norma sobre apreciación de la prueba de testigos contenida en el artículo 702 del C. J., se atiene a los testimonios aducidos por el opositor y rechaza o inadmite los traídos por la parte demandante.

Con relación a los primeros dice expresamente el Tribunal: "Las declaraciones claras, precisas y responsivas de los testigos....., confirmadas en lo que respecta al año de 1.945 con las de dos testigos de excepción por haber actuado como apoderado y perito único de la sucesión doble de Hipólito Hernández Guevara y Epifanía Canizales de Hernández, doctor Miguel José Cabal C. y Eloy González G., en su orden, prueban plenamente la posesión material ejercida so-

bre el predio materia de este juicio por los antecesores del demandado que con la de éste completan un lapso de más de diez años de posesión regular, pacífica e ininterrumpida".

Y respecto de los otros testimonios, afirma: "Pero si se tiene en cuenta que como está demostrado profusamente dentro del proceso, y ambas partes lo admiten, el lote materia de la acción reivindicatoria proviene de los bienes dejados por los causantes, José Joaquín Canizales y Calixta Losada, y que el señor José Joaquín Canizales Losada demandó el 19 de octubre de 1.936, por intermedio de apoderado, a sus herederos el actual demandante y Abraham y Epifania Canizales Losada, en ejercicio de la acción de petición de herencia y de restitución de los bienes correspondientes a su cuota hereditial, dichos testigos no están diciendo la verdad". Y más adelante agrega: "Sería absurdo pensar que el señor José Joaquín Canizales Losada iba a demandar, inclusive al actual demandante, para la restitución de bienes que estaba poseyendo en forma regular, quieta, pacífica e ininterrumpida. No se puede, pues, admitir valor alguno a testimonios cuya falta de veracidad resulta tan protuberante".

De todo ello deduce, pues, el Tribunal que se ha probado la excepción de prescripción ordinaria en favor del demandado; y con fundamento en ello y en que no se logró la identificación del lote materia de la reivindicación, y de que, además, se halló fundada la excepción de cosa juzgada, procedió a confirmar la sentencia del Juez del Circuito.

Interpuesto por el demandante recurso de casación contra la sentencia que se acaba de reseñar, corresponde a la Corte examinar los motivos de impugnación que se presentan a su estudio. El demandado presentó alegato de oposición.

III

LA IMPUGNACION

Con base en el primer motivo de casación señalado en el artículo 520 del C. J. se acusa la sentencia dictada por el Tribunal "como violatoria, indirectamente, de la ley sustantiva, debido a errores evidentes de hecho en la apreciación de las pruebas del proceso"; y con ese fundamento formula tres cargos, que se estudian separadamente.

Primer cargo.

El recurrente expone:

"El Tribunal encuentra que, por cuanto no se pudo identificar el lindero occidental del predio reivindicado, la identidad entre lo que se reivindica y lo que se posee por el demandado no existe, y en consecuencia, absolvió al demandado Molina Cabal".

Expresa el demandante que a tal conclusión llegó el Tribunal por no haber visto la escritura 126, las declaraciones hechas por el demandado en la contestación de la demanda, la escritura 117, ni la misma demanda que dió origen al juicio, piezas de las cuales considera el recurrente que surge la plena identificación del terreno materia de la reivindicación.

Y dice en consecuencia que por no haber visto y apreciado los elementos citados, el Tribunal violó directamente el artículo 593 del C. J., y, por consecuencia, los artículos 946, 947, 950, 952 del C. C.

Se refiere a cada uno de esos documentos para deducir que, según ellos, está en el juicio demostrada la identidad del bien demandado con el poseído por Jorge Hernán Molina Cabal y de que se autotitula dueño el actor.

Así, dice de la escritura No. 126 de 1.925 "que contiene como lindero occidental de lo que creía comprar (tal vez de mala fe) que era: predios de Abraham Cañizales y Joaquín Cifuentes".

Respecto de la contestación de la demanda destaca las siguientes declaraciones que se encuentran a folios 107 y 108 del cuaderno principal: "O sea, volviendo a nuestro asunto, señor Juez, que ya en el año de 1.925, en septiembre, la propiedad que demanda el actor, pasó a otras manos y se quedó en ellas y en las de sus causahabientes en cadena sucesiva como oportunamente lo demostraré con la sola exhibición de la cadena de títulos". "..... Sabido es que en todo momento se pueden presentar fenómenos de doble titulación. Es este uno de los casos en que más fácilmente se encuentra la coincidencia de dos titulaciones sobre un mismo inmueble, cuya identificación entiendo, ya pedirá el señor demandante".

En cuanto a la primera declaración apunta el recurrente que no la vió el sentenciador, que ella hace referencia a la escritura 126 "según la cual, al decir del demandado, salió de la sucesión de los cónyuges Canizales-Losada, el predio reivindicado". Y con referencia a la segunda, apunta: "Difícilmente se encuentra una aceptación por parte del demandado tan clara, sobre que lo que se reivindica es exactamente lo mismo que actualmente posee, en virtud de tradiciones provenientes de la escritura 126".

Dice que no vió el Tribunal la escritura No. 117 que obra a folios 83 del c. principal, de la cual destaca el hecho de que José Joaquín Canizales (padre) compró a Leonidas Aparicio un lote de terreno cuyo lindero occidental transcribe, para manifestar que de allí aparece "nítido el lindero occidental del predio que, se reivindica"; pues este lindero occidental separaba el terreno del vendedor con inmueble de propiedad de Leonidas Rengifo; y que este inmueble "fué el que posteriormente le vendió, no sé si todo o parte, Miguel A. Paredes a Hipólito Hernández, quien a la vez lo había adquirido de Joaquín Cifuentes, como consta en el certificado de libertad y propiedad que obra a folios 101 y s. s., del cuaderno 3o.".

Acusa también al Tribunal de no haber querido "ver la copia del plano que obra al folio 39 del cuaderno 3o. en donde aparece la dirección y mojones de la línea que divide por el costado occidental, el predio que se reivindica con lo que fué de Joaquín Cifuentes y que posteriormente adquirió Hipólito Hernández".

De lo anterior concluye el recurrente que "de no haberse mostrado ciego (el Tribunal) ante estas pruebas" hubiera llegado a la conclusión de que sí existe la identidad de lo reivindicado con lo poseído por el demandado.

En relación con la demanda inicial del juicio afirma que "por no haberla visto no pudo comparar la especificación" del bien reivindicado, con lo que quiso titularse Hipólito Hernández en aquella escritura 126.

Después de referirse a los documentos que se acaban de mencionar, concluye el impugnante de esta manera:

"Como el Tribunal fundó su decisión ignorando evidentemente las pruebas que aparecen en el proceso, que demuestran la línea occidental del predio reivindicado, violó el artículo 593 del Código Judicial, violación que tuvo como consecuencia que se infringieron los artículos 946, 947, 950, 952 del Código Civil".

SE CONSIDERA:

Uno de los elementos necesarios para la integración de la acción de reivindicación es el de la identidad o identificación entre el bien o cosa reivindicada y el poseído por el demandado. Si esta identidad no es suficiente no puede prosperar la acción. Así lo tiene dicho la Corte en múltiples decisiones.

Esa identificación que debe existir entre lo reivindicado y lo poseído por el opositor, debe ser demostrada, siendo eficaz para ello cualquiera clase de prueba reconocida por la ley, aun cuando sea muy adecuada para ello la prueba de inspección ocular.

Es verdad que el Tribunal para dictar sentencia adversa a las pretensiones de la demanda, por razón del estudio de los elementos necesarios para la prosperidad de la acción, se detuvo especialmente en la prueba pericial y en la inspección ocular, sin que específicamente hiciera mención, para efectos de la identificación de los fundos, de los documentos mencionados por el recurrente, aun cuando sí los tuvo muy en cuenta para considerar y estudiar otros aspectos de la controversia, como son las excepciones de cosa juzgada y de prescripción.

Pero no puede atacarse por error evidente de hecho, como lo afirma el demandante en casación, el que el Tribunal no hubiera específicamente hecho alusión a los documentos señalados por el demandante, pues que tales piezas del proceso, ni separada ni conjuntamente, prueban la identidad de los fundos, uno de los elementos básicos para la prosperidad de la acción.

En el caso de este pleito y porque en la escritura 126 de 1.925 y en la 117 de 1.912, se habla de Joaquín Cifuentes como colindante y vendedor de un lote que, según parece fué de Hipólito Hernández, no puede deducirse que el lote materia de la reivindicación esté suficientemente identificado, por cuanto no se conoce el predio de Cifuentes, ni el lugar preciso de su lindero con el predio de Hernández; y no obstante que en la hijuela que se elaboró para el demandante, en el juicio de sucesión de su hermano José Joaquín Canizales Losada, aparezca como colindante Hipólito Hernández antecesor en el dominio del demandado, y cuyo título dice limitar al occidente con el expresado Cifuentes.

Lo que parece evidente, por los varios dictámenes periciales y por la inspección ocular que obra en el juicio, es que sobre el terreno no pudo señalarse el lindero occidental del predio materia de la reivindicación, ni aún teniendo a la mano y a la vista -como las tuvieron los peritos y el Juez- las escrituras que el recurrente afirma no fueron tenidas en cuenta ni vistas por el Tribunal.

Poseyendo el demandado un lote de terreno cuyos linderos y extensión no son los mismos que los del inmueble que se reivindica, aun cuando de autos aparece que éste se encuentra comprendido dentro de aquél, es claro en este caso que la identificación no puede resultar de la sola comparación de esos títulos y de su confrontación entre sí, como no puede resultar tampoco de la comparación

de linderos entre los títulos de Hipólito Hernández con el del demandante, por idénticas razones. Esa identificación que, a través de los títulos (escritura 126 de 1.925 y 117 de 1.912) pretende el recurrente, no aparece ni para el Juez de primera instancia, ni para los peritos que actuaron en la diligencia de inspección ocular, y no apareció tampoco para el Tribunal al hacer el estudio del proceso, por lo que no consideró necesario detenerse especial y específicamente en el estudio de esos instrumentos públicos, con el fin indicado.

Y si la identidad no aparece ni de la prueba pericial y de inspección ocular, ni de la comparación o confrontación de los títulos indicados por el recurrente, menos aparece del contenido de la demanda inicial del juicio y de la respuesta que le dió el demandado.

Del contenido de la respuesta a la demanda no aparece tampoco la identificación antedicha. En efecto: no puede olvidarse que el elemento identidad o identificación debe decir y dice relación específica entre el objeto reivindicado sobre el cual pretende dominio el actor, y el objeto poseído por el demandado. Por esto, la declaración hecha por el opositor sobre que la propiedad demandada pasó a otras manos y se quedó en ellas y en las de sus causahabientes, desde 1.925, no envuelve ningún elemento de identificación entre el fundo que pretende el demandante, y el que posee el opositor. Como tampoco la envuelve la declaración sobre la posibilidad de una doble titulación que -dice el demandado- es uno de los casos "en que más fácilmente se encuentra la coincidencia de dos titulaciones sobre un mismo inmueble.....".

El Tribunal sí tuvo a la vista los instrumentos y documentos a que se refiere el recurrente, como se lee en otros apartes de la sentencia, pero no los mencionó en lo atinente a la identificación de los fundos porque es obvio que de ellos no aparece ninguna prueba sobre la referida identificación o identidad entre el fundo demandado o reclamado y el sujeto a la posesión del demandado Molina Cabal, aun cuando éste comprenda a aquel.

La tacha opuesta por el impugnante a la sentencia con base en que "el Tribunal ni siquiera se tomó la molestia de hacer una crítica a las razones de los peritos que han obrado en el juicio. Se limitó a transcribir lo que ellos dijeron y nada más. Esto debido a que no se tomó la molestia de estudiar las distintas pruebas que obran en el expediente para establecer la identidad de la finca reivindicada", carece de razón suficiente como motivo de casación, dado que el Tribunal aceptó los dictámenes periciales por estimarlos debidamente fundados, sin que fuera preciso hacer un análisis o crítica especial de ellos, ya que en sí mismos contienen los razonamientos para llegar a la conclusión de que no fué posible identificar el lindero occidental del fundo, como lo comprobó visualmente el Juez de primera instancia al hacer constar que no se encontraron sobre el terreno vestigios ni señal alguna que indicaran por donde debía localizarse el mencionado lindero occidental. El hecho de que el sentenciador no haya verificado un estudio amplio y dilatado sobre los dictámenes periciales, no constituye una tacha a la sentencia, pues encontró suficientes los razonamientos de los peritos y por eso se limitó a hacer una transcripción de sus exposiciones.

Aun cuando en el proceso existen otros elementos de prueba que permitirían hallar demostrada la identidad del fundo materia de la reivindicación, en el caso presente ello no daría lugar a la casación de la sentencia por cuanto los demás fundamentos expuestos por el fallador son suficientes para sostenerla.

Por otra parte, fuera de lo anterior, la titularidad que exhibe el demandante como prueba de su dominio sobre el fundo, no puede prevalecer sobre la del demandado, ya que la de éste se remonta, por lo menos, hasta el año de 1.931, y la de aquél va únicamente hasta el año de 1.947, según aparece del estudio que hace el Tribunal en la sentencia impugnada, con base en los elementos probatorios que obran en el expediente.

Por las razones expuestas no se acepta el cargo.

Segundo cargo. -

El recurrente censura la sentencia del Tribunal por error de derecho en la apreciación de la prueba contenida en la escritura No. 1230 de 7 de noviembre de 1.958 de la notaría primera de Buga, por medio de la cual se protocolizaron unas copias auténticas tomadas del juicio ordinario seguido por Ulpiano Canizales Losada, el demandante de hoy, contra Hipólito Hernández Canizales y sus hermanos, sobre reivindicación del mismo predio materia del juicio actual.

El impugnador de la sentencia recurrida expresa lo siguiente para establecer la censura:

"Al estudiar el fenómeno de la cosa juzgada, el Tribunal ha tenido en cuenta en este proceso, la copia fantasma de la escritura 1230 de septiembre 7 (sic) de 1.958 de la notaría primera de Buga, que obra de los folios 12 a 18 del cuaderno número 3o. Que esta escritura la tuvo el Tribunal como prueba para fundar su alegato, lo muestra el final del segundo párrafo de folio 305 v. del cuaderno principal, en donde al cerrar comillas dice textualmente y entre paréntesis: fl. 2 vt. del cuad. No. 3o.

"Pues bien: esta escritura no fue traída al proceso en regular forma, pues no se libró el respectivo despacho al Notario, para que por intermedio del Registrador enviara copia al proceso, tal como lo ordena el artículo 636 del código judicial. En consecuencia, por mandato de este artículo nadie puede hacer uso de este instrumento en este proceso, pues está indebidamente presentado. Como el Tribunal ha hecho uso de él ha incurrido en error de derecho en la apreciación de esta prueba, pues le ha dado valor legal dentro de este proceso a un instrumento que carece de él, violando en consecuencia, los artículos 636 y 597, en su numeral 3o., pues ni siquiera fué pedida esta prueba dentro del término respectivo. Así las cosas, de ser éste uno de los fundamentos del fallo, sería violatorio de los artículos 961, 962, 946, 947, 950 y 952 del Código Civil y 473 del Código Judicial, artículos estos que los infringe el Tribunal por no estimar, como lo ordenan los artículos 636 y 597 del Código Judicial (sic). En este proceso, pues, no se ha demostrado la existencia del pleito en que pretenden fundar la cosa juzgada".

SE CONSIDERA:

El artículo 636 del C. J. ordena el modo o manera como han de pedirse las copias de los documentos públicos que no tuvieron oportunidad de ser acompañados a la demanda, o a su contestación, o a los memoriales de excepciones. Pero este requisito no tiene otro fin que el de asegurar mejor, para las partes, la autenticidad de esos documentos, procurando que se tomen sus copias y se alleguen a los autos directamente y por intermedio de los respectivos funcionarios públicos encargados por la ley de la custodia de sus originales. Si se pide en el memorial

de pruebas, y así se decreta sin objeción de la otra parte, que se tenga como prueba determinado documento público que se acompaña, el juez no puede dejar de estimarlo y darle el valor probatorio que legalmente le corresponde; y mucho menos puede considerar que él no obra legalmente en el juicio.

En el caso presente el demandado pidió que se tuvieran como prueba la escritura No. 1230 de 7 de noviembre de 1.958, de la notaría primera de Buga (art. 630 del C. J.); y el juzgado del conocimiento despachó favorablemente la súplica; sin objeción alguna, ni contradicción de la parte contraria. Por consiguiente, no habiendo sino redargüido, esa prueba así producida sí podía ser tenida en cuenta por el fallador, sin que su proceder pudiera ser tachado de erróneo de derecho en su apreciación probatoria.

Pero a más de lo anterior, ocurre que por petición oportuna de la parte demandada, fueron allegadas al expediente, en calidad de pruebas, y con todos los requisitos señalados en el artículo 636 del C. J., las copias de demanda, poderes, sentencia de primer grado, apelación, desistimiento y aceptación de éste, tomadas del juicio ordinario de Ulpiano Canizales Losada contra Hipólito Hernández Canizales y sus hermanos (fls. 69 a 78 del C. No. 3o.). Estos documentos que también aparecen en la escritura de protocolización No. 1230 antes citada, sirvieron de base fundamental al Tribunal para decretar la excepción de cosa juzgada.

El error de derecho no existe en el caso a estudio porque el Tribunal no dió a los documentos aportados un valor distinto al que les corresponde de acuerdo con la ley. El fallador declaró la existencia de la excepción de cosa juzgada con apoyo en una sentencia firme que el Tribunal considera que reune los requisitos o elementos necesarios para constituir la cosa juzgada, al tenor del artículo 474 del C. J. El Tribunal, al hacer la referencia al lugar en donde se encontraban los documentos de que hizo uso o a que dió aplicación, sólo habría incurrido en un lapsus de cita, más no en un error de derecho, como lo apunta el impugnante; y este lapsus no es bastante, por lo que se ha dicho, de producir consecuencia jurídica alguna.

El recurrente ha referido, en este caso, su censura contra la sentencia únicamente en cuanto el sentenciador dió determinado valor probatorio a documentos que considera no llegaron al juicio legalmente. Es decir que la censura se dirige sólo al medio probatorio, y no al fondo mismo de la excepción, ni a su alcance. De allí que a la Corte no le sea dado entrar en argumentaciones relativas a cuestión distinta del valor dado por el Tribunal al medio probatorio o demostrativo de la excepción invocada por el demandado y encontrada aceptable por el fallador.

No hubo, por lo expuesto, violación de los artículos 636 y 597 del C. J., ni, por consiguiente, de las disposiciones civiles o sustanciales señaladas por el recurrente.

Se rechaza el cargo.

Tercer cargo.

Por haber incurrido en "error de derecho en la apreciación" de tales pruebas, acusa el recurrente la sentencia del Tribunal, y como fundamento de la consecuencia anunciada, dice lo siguiente:

"El Tribunal considera (fl. 313 del cuaderno principal) que el título de Jorge Hernán Molina es justo, con lo cual viola el artículo 766 del C. C., según

el cual la escritura 126, que obra al folio 44 del cuaderno principal, no es justo título para Hipólito Hernández, por cuanto el tradente, no lo podía ser pues no era dueño de lo que vendía También considera el Tribunal..... que Jorge Hernán Molina Cabal es de buena fe, con lo cual viola el inciso final del artículo 768 del Código Civil, pues el error en que han incurrido Molina Cabal y sus antecesores es de derecho, el cual implica, según esta norma, mala fe, que no admite prueba en contrario".

"Agrega el Tribunal que Simeón y Jesús Romaña, Valentín y Marco A. Lozano, Graciliano Saavedra Moya, no dicen la verdad, al afirmar que conocieron desde hace muchos años a José Joaquín Canizales Losada en posesión de la finca que se reivindica y que posteriormente vieron a Ulpiano poseyendo, basándose el Tribunal en la interpretación que le dió a la demanda de petición de herencia que inició José Joaquín Canizales.

"Pero lo que en realidad se dijo en el hecho tercero de aquella demanda fué lo siguiente: 'Que estando los demandados Abraham, Ulpiano y Estefanía (sic) Canizales Losada, en posesión de todos los bienes hereditarios de la sucesión de José Joaquín Canizales y María Calixta Losada, por habérseles adjudicado a ellos íntegramente en juicio especial tramitado y fenecido'.....".

"Es indudable que a la posesión que se refería el actor en ese tiempo, era a la llamada posesión inscrita, y no a la posesión material, que no tiene nada que ver con adjudicaciones que se hagan dentro de juicio de sucesión".

Afirma, finalmente, el recurrente que por no haber interpretado la demanda sobre petición de herencia en el sentido que indica la demanda de casación, el Tribunal desestimó el análisis de las declaraciones mencionadas, con violación del artículo 697 del C. J., lo que lo llevó a violar también los artículos 946, 947, 950, 952, 961 y 962 del código civil.

SE CONSIDERA:

En este punto que se relaciona con la aceptación que hace la sentencia acerca de la excepción de prescripción propuesta por el demandado, el actor recurrente establece su censura desde el aspecto del justo título y la buena fe, por parte del prescribiente; y desde el punto de vista de la apreciación de la prueba testimonial rendida por algunos declarantes. En cuanto al primer aspecto (justo título y buena fe), aun cuando considera violados los preceptos de los artículos 766 y 768 C. C., no indica de qué violación se trata. En el segundo, considera que se ha violado el artículo 697 del C. J., y consecuencialmente, en ambos casos, las disposiciones sustanciales que antes se mencionaron.

No hay duda en cuanto a la posesión regular que ostenta el demandado Molina Cabal, sobre el inmueble a que se refiere el litigio, comprado a Escipión Kuratomi, porque no solamente tiene la finca bajo su poder desde la fecha de su adquisición, sino porque, aun cuando el demandante no lo admite, adquirió ese bien con justo título y de buena fe.

En efecto, el demandado muestra un título de compraventa que le fué otorgado por Kuratomi, quien tenía pleno poder, en su calidad de dueño, para transferir la propiedad y posesión, sin que a dicho título se haya intentado siquiera oponer tacha de falsedad, nulidad o cualquiera otra capaz de convertirlo en título injusto (art. 766 C. C.).

A su vez Escipión Kuratomi adquirió el inmueble de manos de los herederos de Hipólito Hernández y Epifanía Canizales, en cuya sucesión les fué debidamente adjudicado, mediante acto legal de partición judicial. Y por su parte, estos herederos de Hipólito Hernández y Epifanía Canizales venían siendo poseedores con justo título y buena fe, desde el año de 1.945 en que se les defirió la herencia de sus padres, y cuyo juicio mortuorio se abrió judicialmente el cuatro (4) de diciembre de aquel año.

También es indudable que el demandado y sus antecesores en el dominio del inmueble han venido poseyendo de buena fe, porque no se ha demostrado ningún hecho o circunstancia que lleve a una conclusión contraria. La buena fe se presume legalmente. Y no hay ningún elemento de convicción suficiente para desvirtuar ese convencimiento de que la cosa fué adquirida sucesivamente de manos de quienes podían transmitirla, y de que dichas transmisiones se hicieron por medios legítimos.

Hipólito Hernández, quien había adquirido por compra a Adriano Barrero, conforme a la escritura 126 de 25 de septiembre de 1.925, de la notaría de El Cerrito también tenía justo título y buena fe para poseer ese fundo, no solo porque Borrero, como subrogatario de todos los herederos reconocidos en el juicio de sucesiones acumuladas de José Joaquín Canizales y María Calixta Losada, le había transmitido la propiedad de ese bien, sino porque al hacerse la partición judicial de los bienes que componían el acervo sucesoral, lo que tuvo lugar en el año de 1.931, se le adjudicó el mismo inmueble, con lo cual le quedó perfectamente legalizado su título para poseer regularmente.

Dice el recurrente que la sentencia violó el inciso final del artículo 768 del C. C., "pues el error en que han incurrido Molina Cabal y sus antecesores es de derecho, el cual implica, según esta norma, mala fe, que no admite prueba en contrario". Pero al impugnante se le olvidó demostrar su afirmación, no dice en qué consistió el error que imputa al demandado y a sus antecesores en el dominio del inmueble y tampoco que fuera "de derecho"; por consiguiente este aserto se quedó sin base alguna que lo hiciera atendible y materia de consideración y estudio.

Por otra parte, el recurrente no indica prueba alguna de que Molina o sus antecesores hayan procedido erróneamente en las sucesivas adquisiciones que se hicieron del inmueble. Consta, por el contrario, que Molina obró con toda diligencia y cuidado, que se cercioró de que su antecesor y los antecesores de éste sí fueran dueños del bien raíz. Esos títulos anteriores fueron debidamente examinados y hallados en debida forma, de manera que así procuró eliminar la posibilidad de error, y por consiguiente una mayor garantía para su buena fe.

En su impugnación avanza el recurrente y censura la sentencia por haber desestimado las declaraciones de los testigos Riomañas, Lozanos y Saavedra Moya, a quienes el Tribunal niega forma probatoria porque al confrontarlas con la afirmación hecha por José Joaquín Canizales Losada, en su demanda sobre petición de herencia, las encontró carentes de veracidad. Por esta razón se acusa la sentencia de ser violatoria del artículo 697 del C. J.

El fallador estudia todos los antecedentes de la titulación del inmueble que vino a quedar en manos del demandado, junto con la prueba testimonial que se refiere a la posesión. Todos los declarantes traídos por el demandado y varios allegados por el actor, están acordes en sostener que el inmueble ha sido posei-

do desde el año de 1.930 por Hipólito Hernández hasta 1.945; de allí en adelante, por los herederos de éste y de Epifania Cañizales, hasta el año de 1.951; desde enfonces por Escipión Kuratomi, hasta 1.955; y de allí en adelante, hasta hoy, por el demandado Jorge Hernán Molina Cabal. Todo en una cadena sucesiva de títulos y de posesiones que se fueron transmitiendo regularmente desde el primero hasta el último.

El Tribunal no ha confundido la posesión legal ni la posesión definitiva de la herencia, con la posesión material de los bienes que componían el acervo hereditario. Lo que ocurre fué que el mismo demandante José Joaquín Cañizales Losada, en la demanda que presentó en el año de 1.936, contra sus hermanos, entre los cuales se encontraba el demandante de ahora, no se limitó a instaurar la acción para que se le declarara heredero y su inclusión entre los partícipes de la sucesión de sus padres, sino que también solicitó, como consecuencia de aquel reconocimiento, que se le restituyeran los bienes, tanto los inmuebles como los frutos; y esa petición la hizo alegando que dichos bienes estaban bajo el poderío y posesión de los demandados. Esa petición de restitución sería absolutamente incomprensible si, como lo sostiene el recurrente, hubiera estado el demandante poseyendo los fundos, porque entonces le habría bastado la sola petición de declaración sin la de restitución o condena.

No debe perderse de vista que la petición de restitución no prosperó, a pesar de habérsele reconocido como heredero, porque los bienes materia de la solicitud habían pasado a otras personas que no fueron llamadas al juicio.

De este estudio de comparación y confrontación probatoria fué de donde el Tribunal, sin necesidad de entrar en un análisis individual de los testimonios a que se refiere el recurrente, sino considerándolos en su conjunto y globalmente, dedujo como conclusión, que carecían de todo valor probatorio. Con ello no hizo otra cosa que dar aplicación a los principios de la sana crítica que presiden el estudio de las pruebas, y para lo cual no está inhibido el sentenciador por el mandato del artículo 697 que se dice violado. Así lo ha reconocido la jurisprudencia; y así debe procederse también cuando se presenta el caso indicado en el artículo 702 del C. J.

No es, por tanto, criticable la sentencia por haberse valorado la prueba sobre posesión del fundo en la forma como lo hizo el Tribunal, porque tal estimación no pugna en manera alguna con los principios del derecho probatorio ni con el sistema vigente en el derecho colombiano.

No prospera el cargo.

RESOLUCION:

En mérito de las consideraciones expuestas, 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 diez y ocho (18) de febrero de mil novecientos sesenta y tres (1.963), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en el juicio ordinario seguido por Ulpiano Cañizales Losada contra Jorge Hernán Molina Cabal.

Sin costas.

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

Arturo C. Posada. - Gustavo Fajardo Pinzón. - Enrique López de la Pava. - Enrique Coral Velasco. - José Hernández Arbeláez. - Julián Uribe Cadavid. - Ricardo Ramírez L., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

JUSTO TITULO Y BUENA FE

El conocimiento por el poseedor, de los vicios del título de su autor, es excluyente de la buena fe. El secuestro no interrumpe la posesión cualquiera que sea la clase de juicio de que se trate. Reivindicación. Cuándo prevalece la posesión.

1. El justo título y la buena fe inicial, como requisitos de la posesión regular, son factores distintos, cada uno con contenido propio, no obstante ser relacionables entre sí hasta el punto de que el justo título pueda servir para explicar la buena fe del poseedor, cuando no incida circunstancia alguna contraindicante.

Por *justo título* se entiende todo hecho o acto jurídico que, por su naturaleza y por su carácter de verdadero y válido, sería apto para atribuir en abstracto el dominio. Esto último, porque se toma en cuenta el título en sí, con prescindencia de circunstancias ajenas al mismo, que, en concreto, podrían determinar que, a pesar de su calidad de justo, no obráse la adquisición del dominio. Si se trata, pues, de un título traslaticio, puede decirse que éste es justo cuando, al unírsele el modo correspondiente, habría conferido al adquirente el derecho de propiedad, si el título hubiese emanado del verdadero propietario. Tal el caso de la venta de cosa ajena, diputada por el artículo 1871 como justo título, que habilitaría para la prescripción ordinaria al comprador que de buena fe entró en la posesión de la cosa.

La *buena fe*, en materia posesoria, es, como lo enseña el artículo 768 "la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio". Es la creencia en el poseedor de ser propietario de la cosa. Por donde concluye el mismo precepto que "en los títulos traslaticios de dominio, la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato". Entonces, para que un adquirente *a non domino* sea de buena fe, es necesario que haya creído que su autor era propietario, pues no podría recibir de él un derecho de que no fuese titular. De donde es inevitable concluir que el conocimiento por el poseedor, de los vicios del título de su autor, es excluyente de la buena fe, porque infirma esta creencia.

2. El secuestro no interrumpe la posesión de quien en definitiva viene a obtener en su favor el levantamiento del mismo. Es conclusión que impone con perfecta lógica el artículo 29 de la ley 95 de 1.890; y ello es así, cualquiera que sea la clase de juicio de que se trate. Por eso, refiriéndose al secuestro en juicio de sucesión, pudo decir la Corte, en sentencia de casación

de 12 de noviembre de 1.959, lo siguiente: "....poca exactitud se encuentra al pensar que el secuestro en sucesión se hace a nombre de la universalidad de bienes, puesto que la herencia no es persona natural, ni jurídica. Quien como secuestre se halla en relación con el objeto carece de toda voluntad de señorío y representa en todo tiempo y en definitiva a quien por virtud de decreto judicial está llamado a guardar el objeto en su patrimonio" (XCI, 2217-18-19, pág. 817).

3. Si la parte demandante en reivindicación no adujo título alguno que prevalezca sobre el de la demandada, ni sobre la posesión de la última, quiere decir que ésta debe ser mantenida en ella, o lo que es igual que la acción reivindicatoria intentada no está llamada a prosperar.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, veintiseis de junio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, con fecha 27 de noviembre de 1.961, en el juicio ordinario seguido por Leo Nel Chaves Agudelo y Célimo Bravo, frente a Evangelista Pistala y otra.

- I -

EL LITIGIO

El doctor Leo Nel Chaves Agudelo, obrando en su propio nombre y como mandatario de Célimo Bravo, demandó a Evangelista Pistala y Rosa Pinchao, para que se declare que el fundo denominado "La Soledad", situado en jurisdicción de Ipiales y determinado por los linderos que se expresan en la relación de los hechos, es de pertenencia de los actores en común; y se condene a los demandados a restituírselo, con sus frutos percibidos o que se hubiesen podido percibir con una mediana e inteligente administración, a partir de la notificación de la demanda, hasta el día de la entrega, o el valor de éstos.

Los HECHOS narrados como causa petendi son en lo sustancial los siguientes:

Que el dicho predio de "La Soledad", que limita al oriente con propiedades de Sergio Tacán y Teléforo Ituyán, zanja y aguada por medio; al norte con propiedades de Teléforo Ituyán, zanja y camino por medio; al occidente, con las de Victoria Pinchao, Zanja por medio; y al sur, con las de Aurora Malpud, zanja por medio-, se le adjudicó a Célino Bravo en propiedad exclusiva, como subrogatario de los herederos de Luis Pinchao y María Espiritusanto Pinchao, al liquidarse conjuntamente las herencias de éstos, mediante sentencia proferida por el Juez del Circuito de Ipiales, con fecha 14 de febrero de 1.932, registrada el 24 de abril del mismo año, en vista del expediente original, protocolizado luego en la Notaría 2ª. de Ipiales bajo la escritura número 689 de 3 de julio de 1.952;

que los causantes adquirieron el inmueble por una posesión continuada de más de cincuenta años, desde principios de este siglo en que entraron a

ocuparlo como indígenas de la Parcialidad de Indios o Resguardos de Ipiales, habiéndolo explotado como dueños y vivido allí con su familia hasta que murieron, la mujer en 1.906 y el varón en 1.934. Uno de cuyos hijos legítimos fue Alvaro Pinchao;

que fallecido el último de los causantes, los herederos de ambos continuaron en la posesión del inmueble, el que vino a adjudicarse a Célimo Bravo, causahabiente a título universal como subrogatario de los herederos;

que el fundo que se reivindica está hoy poseído por los demandados Evangelista Pistaia y Rosa Pinchao, hija ésta de Alvaro Pinchao y como tal nieta de los causantes;

que esa posesión de los demandados viene de manera continua desde el 2 de marzo de 1.951;

y tanto en el encabezamiento de la demanda, como en la formulación del petitum, Leo Nel Chaves Agudelo invoca como título de su legitimación el consistente en la escritura 657 de 10 de julio de 1.958, de la Notaría 2ª. de Ipiales, por la cual Célimo Bravo le hizo dación en pago "del cincuenta por ciento de los derechos litigiosos, radicados en el expresado inmueble".

De los demandados, únicamente dió contestación al libelo Evangelista Pistala, quien acompañó copia de la escritura número 205 de 9 de mayo de 1.939, de la Notaría 1ª. de Ipiales, por la cual Rosa Pinchao, viuda, dijo transferir en venta a Evangelista Pistaia, soltero, el dominio que tiene y le corresponde sobre un pedazo de terreno denominado "Solecad", ubicado en la sección Yaquala, en jurisdicción de Ipiales, determinado por los linderos que allí se expresan. El contestante alega que desde el 30 de mayo de 1.939, en que este título fue registrado, tiene, además, la posesión material del inmueble; se opuso a las pretensiones de la demanda y alegó prescripción en su favor.

Por el fallo de primera instancia se acogió la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio de parte de Luis Pinchao y María Espiritusanto Pinchao y, por lo tanto, en pro de los ahora demandantes Célimo Bravo y Leo Nel Chaves Agudelo, como causahabientes por igual de los primeramente nombrados y, en consecuencia, se condenó a los demandados a las restituciones del caso.

A virtud de apelación de Evangelista Pistala, abrióse la segunda instancia, de que fue remate la sentencia del Tribunal de Pasto, de 27 de noviembre de 1.961, objeto ahora del recurso de casación interpuesto por la parte vencida.

- II -

LA DECISION DE SEGUNDO GRADO

Por ésta el Tribunal "REVOCA la sentencia apelada y en su lugar declara probada la excepción de prescripción ordinaria adquisitiva de dominio en favor del demandado; y en consecuencia lo absuelve de los cargos de la demanda", y se imponen las costas de la primera instancia a la parte actora.

Consideraciones determinativas de lo resuelto son en esencia las siguientes:

Que es admisible en este negocio el debate sobre la prescripción adquisitiva de dominio, ya como acción, ya como excepción;

que, aunque acierta el fallo del a quo en el estudio de la acción y del título en que se basa, resulta inoficioso insistir en ese estudio, porque la Sala estima demostrada la excepción de prescripción adquisitiva del dominio alegada por el demandado;

que el juzgado rechazó esta excepción, por estimar que el título del demandado no es justo y que éste no adquirió de buena fe, en cuanto en tal título dijo la vendedora que "dicho terreno lo hubo por compra hecha a Alvaro Pinchao por escritura pública número 213 de 24 de octubre de 1.932 en parte, y por otro por compra hecha de manera verbal a Aurora Pistala y Clelia Pinchao", de donde resulta que el adquirente sabía que compraba cosa ajena; pero que, para el Tribunal, la venta de cosa ajena vale como título justo, si en su celebración se cumplen los requisitos de ley, y la buena fe se presume según el artículo 769 del C. Civ.

que "Con un examen más detenido, se encuentra que dicha cláusula no constituye plena prueba que destruya la presunción de buena fe en el comprador. La declaración la hace el vendedor, sin exhibición ni entrega de títulos; y el comprador no estaba obligado a dudar de la verdad de lo manifestado por su cocontratante. Implica la cláusula que el comprador aceptó existir vicio en la titulación solemne, pero esta aceptación no implica mala fe en este contratante, porque no significa que estuviera persuadido de que la cosa que compraba pertenecía a una tercera persona y que lo que adquiría lo hacía con perjuicio de ésta. Por sí solo un defecto en la cadena de títulos no indica que el vendedor no tenga facultad de enajenar lo vende (sic). Además siendo valida la venta de cosa ajena, solo habría mala fe en el comprador cuando efectuara el contrato a sabiendas de perjudicar a determinado tercero, con conocimiento de que es el verdadero dueño de la cosa".

que "Aquí también resulta que el comprador se atuvo a lo manifestado por el vendedor de haber adquirido la totalidad de derechos en el inmueble, con lo que suponía no perjudicar intereses de terceros. Por cuanto no puede admitirse error de derecho en el demandado se supone que tuvo la persuasión de que el dominio inscrito en la cuota correspondiente no pasó de Aurora Pistala y Clelia Pinchao a su causante; pero que de hecho se desprendieron éstas de su interés en el inmueble, por la venta verbal; y que al comprarlo él, en manera alguna las perjudicaba. Pues la mala fe tiene que demostrarse de manera concreta, para destruir la presunción legal contraria"; y

que "los testigos Luis Pinchao, Vidal Pinchao Moisés Iluyán, Alcides Mejía y Santos Malpud (fls. 3 a 9 del cd. 3o.) declaran sobre la posesión con actos propios del dueño, realizados por el demandado, en asocio de su mujer, en el inmueble materia de este juicio, por un lapso mayor de diez años".

- III -

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

La demanda de casación, replicada oportunamente por el opositor, expone, en cuatro capítulos, varios cargos del resorte de la causal primera, tendientes a impugnar la sentencia del Tribunal en cuanto acogió la excepción de prescripción adquisitiva ordinaria que invocara el demandado. Se hará de cada uno de ellos la síntesis pertinente.

Primer cargo.

Propuesto por violación de los preceptos del Código Civil que se relacionan luego, lo desenvuelve el impugnante así:

Que, para que la prescripción ordinaria tenga efecto, no basta el lapso de diez años de posesión que prevé el artículo 2529, sino que es necesario, además, que esa posesión sea regular, esto es, que vaya acompañada de justo título y buena fe; que, de acuerdo con el ordinal 3o. del artículo 766, no es justo título el que adolece de un vicio de nulidad; que en la escritura número 205 de 9 de mayo de 1.939, título del demandado Pistala, se dice que su vendedora Rosa Pinchao hubo parte del fundo de "La Soledad" por venta que de manera verbal le hicieron Aurora Pistala y Clelia Pinchao; pero que esa venta antecedente era absolutamente nula, según los artículos 1740 y 1741, por falta de la escritura pública que exige el inciso 2o. del artículo 1857. Entonces, "Lógicamente es nula la tradición posterior que por tal escritura dice hacerle Rosa Pinchao a su actual marido y demandado, quien, por lo mismo, no es poseedor regular, porque su título no es justo, por proceder de quien adquirió verbalmente", vale decir "de quien, a su vez, no era poseedora regular".

En consecuencia, el sentenciador, al catalogar al demandado como poseedor con título justo de adquisición, siendo su título nulo en su origen, y reconocerlo como legítimo usucapiente o titular del dominio del inmueble que se reivindica por el modo adquisitivo de la prescripción ordinaria", con quebranto de los ya citados preceptos, violó de manera directa las disposiciones que informan los artículos 2528, 946 y 762, así: el primero de estos, por haberlo aplicado sin ser el caso, en cuanto reconoció la excepción propuesta por el demandado, "como si éste fuese un poseedor inscrito y material con justo título de adquisición"; el segundo, que dejó de aplicar, siendo el caso de aplicarlo, para fallar, como ha debido de fallarse, la reivindicación instaurada por el adjudicatorio de las herencias de los primitivos dueños de "La Soledad"; y el último, inciso 2o., por haber interpretado erróneamente su alcance, en cuanto, al fallar la excepción alegada por el reo, entendió "que prevalía la posesión material e inscrita de éste, no obstante la injusticia de su título adquisitivo, contra el dominio de la parte actora acreditado perfectamente en razón de la usucapión extraordinaria verificada en favor de ella".

Que tampoco es presumible la buena fe de Evangelista Pistala, cuando compró a Rosa Pinchao mediante la escritura número 205 de 9 de mayo de 1.939 el fundo de "La Soledad", con inclusión de los derechos que en la misma escritura se dice le habían sido vendidos verbalmente por Aurora Pistala y Clelia Pinchao a la nombrada Rosa, porque ni aquél ni ésta podían ignorar que tales derechos en realidad no se vendieron o fue su venta nula por no haberse otorgado en escritura pública y que, por lo tanto, la enajenación hecha por Rosa a Evangelista en la citada escritura 205 no conllevaba una tradición de la totalidad del fundo sino únicamente de los derechos de comunera de Rosa, "en realidad los únicos enajenados a Evangelista Pistala";

"Si lo ignoró por considerar que la venta verbal era apta para hacerle la tradición de la totalidad del inmueble por la sola suscripción de la escritura 205 por parte de Rosa Pinchao, ello implica en el comprador un error de derecho, que no solo excluye su buena fe, sino que constituye presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario de acuerdo al artículo 768 del C. C."; y

entonces, el sentenciador, al reputar al demandado como adquirente de buena fe de la totalidad del fundo de "La Soledad", violó de manera directa el citado artículo 768 y, en consecuencia, también directamente, los artículos 764, 2528, 946 y 762 ibidem, así: el 768, por falta de aplicación al caso debatido, pues debió de haberlo hecho, concluyendo que el demandado Pistala, al comprarle a Rosa Pinchao "tuvo conciencia de que ni se le vendía ni adquiría la totalidad del inmueble, o sea que adquirió de mala fe la totalidad del dominio que aparece venderse en su escritura; el 764, por haberlo entendido erróneamente, "en cuanto creyó que de su contexto podía concluirse que el demandado tenía la condición de poseedor regular, por ser adquirente de buena fe"; el 2528, por haberlo aplicado indebidamente, al "reconocerle al demandado su condición de usucapiente, sin que en realidad lo sea"; y los últimos o sea el 946 y el 762, por haberlos dejado de aplicar siendo el caso de hacerlo, "para decretar, como ha debido decretarse la reivindicación, en fuerza del dominio que el mismo Tribunal reconoce probado en favor de la parte actora, y por no ser el demandado poseedor regular de la totalidad del fundo 'La Soledad' según se desprende del propio título de éste".

Segundo cargo.

Tiene la misma urdimbre argumental del anterior, en los dos aspectos planteados por el recurrente, de falta de justo título y carencia de buena fe en Evangelista Pistala, como poseedor del fundo de "La Soledad"; más, en cuanto a lo primero, se agrega que la cita que en la escritura número 205 de 9 de mayo de 1.939 se hace de la número 213 de 24 de octubre de 1.932, que figura en el expediente y que "afirma que son comuneras Rosa Pinchao, Aurora y Clelia Pinchao entre otros de dicho fundo", está diciendo que al demandado no se le transmiten por la escritura número 205 sino los derechos pro indiviso que su vendedora Rosa Pinchao tiene en el inmueble, por lo cual esta escritura, que "en realidad no es de enajenación de cuerpo cierto sino de la cuota de dominio indivisa que le corresponde a la vendedora", no es un justo título que le pudiera servir para adquirir por prescripción ordinaria el dominio del cuerpo cierto que se reivindica. Se citan como preceptos violados por la sentencia, según el orden con que a ellos se alude, los artículos 2528, 764, 946 762, 768 y 769 del C. Civ.

Tercer cargo.

Argumentando que, a pesar de los hechos de significación posesoria que haya ejecutado un presunto poseedor, no puede presumirse en éste el ánimus de la posesión, cuando el título que ostenta es de precariedad, sostiene el recurrente que en el caso de autos existe la escritura número 213 de 24 de octubre de 1.932, título de precariedad, por cuanto con base en éste la compradora de entonces, Rosa Pinchao, no adquirió la posesión del predio de "La Soledad", ya que en ese instrumento su vendedor Alvaro Pinchao se reservó dicha posesión por los días de su vida, y si Rosa no adquirió tal posesión, tampoco la adquirió su causahabiente a título singular, Evangelista Pistala. Por lo tanto, el Tribunal al dar por demostrada la posesión regular de diez años de parte del demandado, con los testimonios de Luis Pinchao, Moisés Ituyán, Alcides Mejía y Santos Malpud, -quienes no indican si falleció Alvaro Pinchao-, erró de derecho en la apreciación de los mismos, con quebranto del artículo 697 del C. J., error que lo llevó a "reconocer la excepción de usucapión y no fallar la reivindicación", infringiendo, por lo tanto, indirectamente los artículos 762, 981, 2528 y 946 del C. Civ.

Cuarto y último cargo.

Su contenido es el siguiente: Que el sentenciador erró de hecho en la apreciación de la prueba testimonial a que se refiere el cargo anterior, porque está probado, con copias traídas del juicio de sucesión de Luis y Espiritu Pinchao que el inmueble de "La Soledad" permaneció secuestrado desde el año de 1.947 hasta el de 1.951; porque, cuando se lo secuestró, lo poseían en común los herederos de aquellos causantes, según testimonios tomados en la misma diligencia, más los de Tobías Táquez, Daniel Díaz y Manuel Jesús Ituyán -testimonios que, si no se ratificaron en este juicio, son legalmente apreciables, tanto por constituir prueba trasladada, como por tratarse de testigos fallecidos, cuya credibilidad está acreditada (art. 694 C. J.); que, aunque tal secuestro se levantó, solo por haberse verificado los inventarios (art. 902 ibíd.) y por haberlo solicitado Evangelista Pistala, prestando caución, tal levantamiento no significa restitución de posesión (art. 780 inc. 3o. C. Civ.), no siendo aplicable aquí la doctrina de que "ni el embargo ni el depósito de una finca implican interrupción natural ni civil de la prescripción"; lo que sólo se refiere a los juicios ejecutivos, pero no a los mortuoriales; y, en suma, porque, estando demostrado que Evangelista Pistala no tuvo la posesión durante el secuestro, hay que concluir que él, según aparece del expediente, no poseyó de 1.947 a 1.951 y que su posesión sólo es continuada e ininterrumpida desde cuando el secuestro se levantó en 1.951, "por lo cual, es erróneo tener por demostrado, con las declaraciones que cita el Tribunal, posesión continuada de diez años en el supuesto usucapiente". Que este error de hecho del Tribunal se contrapone a lo que aparece demostrado con los otros elementos probatorios referidos en el cargo y que el sentenciador pasó por alto, y a lo que manifestaron, al ser repreguntados, los testigos Luis Pinchao, Moisés Ituyán, Alcides Mejía y Santos Malpud, de no recordar la fecha ni el año en que Evangelista Pistala entró a poseer, o a unos constarles de diez años más o menos y otros no saber quiénes poseían antes de él, cuyos dichos con tales vaguedades, contradicciones e ignorancias, están lejos de demostrar la posesión decenal que dió por acreditada el juzgador. Y que éste, al decidir el juicio como lo hizo, a causa de tal error, violó indirectamente los artículos 2529 y 946 del C. Civ.: aquél por aplicación indebida y éste por haberlo desconocido.

-IV-

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Puesto que todos los cargos están dirigidos a atacar la sentencia en cuanto estimó favorablemente la excepción de prescripción adquisitiva ordinaria interpuesta por el demandado, no habrá lugar a ocuparse de todos ellos, si uno sólo de los mismos se encuentra suficiente a establecer el desacierto del fallador en la admisión de la excepción debatida.

Pero, aun admitiendo esto, para determinar si el cargo trasciende a la casación del fallo, habrá que averiguar si la acción incoada está llamada a prosperidad, porque si así no fuera, y la Corte en tal situación infirmase el pronunciamiento recurrido, tendría como juzgador de instancia que llegar al mismo resultado del Tribunal, es decir, a la absolución del demandado, aunque por motivos distintos a los acogidos por aquél. Entonces, lo pertinente en la hipótesis sería el consignar la rectificación doctrinaria del caso, con lo cual se llenaría el fin primordial del recurso extraordinario.

2. De las varias tachas que informan la censura, La Corte se ocupará, por encontrarla razonable, de la contenida en el capítulo primero, relativa al hecho de haber el Tribunal declarado la prescripción ordinaria en favor de Evangelista Pistala por haberlo considerado como poseedor de buena fe de todo el predio de "La Soledad", a pesar de que el título de su posesión, o sea la escritura número 205 de 9 de mayo de 1.939, reza que su vendedora Rosa Pinchao hubo tal terreno, en parte "por compra hecha de manera verbal a Aurora Pistala y Clelia Pinchao".

3. Dispone el Código Civil que "Para ganar la prescripción ordinaria se necesita posesión regular no interrumpida, durante el tiempo que las leyes requieren", cuyo lapso al efecto es de "diez años para los bienes raíces" (arts. 2528 y 2529); y que "Se llama posesión regular la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe, aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión" (art. 764).

El justo título y la buena fe inicial, como requisitos de la posesión regular, son factores distintos, cada uno con contenido propio, no obstante ser relacionables entre sí hasta el punto de que el justo título pueda servir para explicar la buena fe del poseedor, cuando no incida circunstancia alguna contraindicante.

4. Por justo título se entiende todo hecho o acto jurídico que, por su naturaleza y por su carácter de verdadero y válido, sería apto para atribuir en abstracto el dominio. Esto último, porque se toma en cuenta el título en sí, con prescindencia de circunstancias ajenas al mismo, que, en concreto, podrían determinar que, a pesar de su calidad de justo, no obrase la adquisición del dominio. Si se trata, pues, de un título traslaticio, puede decirse que éste es justo cuando, al unírsele el modo correspondiente, habría conferido al adquirente el derecho de propiedad, si el título hubiese emanado del verdadero propietario. Tal el caso de la venta de cosa ajena, diputada por el artículo 1871 como justo título, que habilitaría para la prescripción ordinaria al comprador que de buena fe entró en la posesión de la cosa.

5. La buena fe, en materia posesoria, es, como lo enseña el artículo 768 "la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio". Es la creencia en el poseedor de ser propietario de la cosa. Por donde concluye el mismo precepto que "en los títulos traslaticios de dominio, la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato". Entonces, para que un adquirente o non domino sea de buena fe, es necesario que haya creído que su autor era propietario, pues no podría recibir de él un derecho de que no fuese titular. De donde es inevitable concluir que el conocimiento por el poseedor, de los vicios del título de su autor, es excluyente de la buena fe, porque infirma esta creencia.

6. Es precisamente lo que ocurre en el caso del pleito, que muestra que, en la escritura número 205 de 9 de mayo de 1.939, por la cual Evangelista Pistala compró el inmueble de "La Soledad" a Rosa Pinchao, ésta declaró que había adquirido parte del mismo por compra hecha verbalmente a Aurora Pistala y Clelia Pinchao. Es decir que el comprador quedó allí mismo solemnemente enterado de que por virtud de lo dispuesto en el artículo 1857 inc. 2o. del C. Civ., en relación con los artículos 1740 y 1741 ibíd., esa venta verbal invocada por su vendedora como uno de los títulos inmediatos de su pretendido dominio, era absolutamente nula y no pudo, por lo tanto, servirle a ella como título adquisitivo del respectivo derecho o cuota que ahora decía incorporar a la venta que de la totalidad del fundo otorgaba a favor del mencionado Pistala.

7. Quiere decir que éste, mal pudo abrigar la persuasión de haber adquirido el inmueble de quien tuviera la potestad de enajenarlo en su totalidad; y si, frente a la aseveración sobre la venta verbal de una parte del bien, creyó lo contrario, incurrió entonces, como lo sostiene le censura, en error de derecho, constitutivo, según el artículo 768, de presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario.

8. Para el Tribunal, "implica la cláusula que el comprador aceptó existir vicio en la titulación solemne", es decir en uno de los títulos que los contratantes de la escritura número 205 señalaron como inmediata razón del dominio de la vendedora; pero, no le dió a esa conciencia del vicio el mérito de factor negativo de la buena fe en su aspecto de "persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla", persuasión imposible ante el conocimiento forzosamente presunto en el comprador, de los ya citados preceptos de la ley civil imperativos de la solemnidad de la escritura pública en la venta de inmuebles, so pena de nulidad absoluta.

9. No es explicación valedera la que adujo el sentenciador, de que la aceptación de tal vicio por el demandado, "no significa que estuviera persuadido de que la cosa que compraba pertenecía a una tercera persona y que lo que adquiría lo hacía con perjuicio de ésta", porque, aparte la incoherencia envuelta en los términos del razonamiento, desde luego que si se admitió la existencia de un vicio fundamental en el pretendido título alegado por la vendedora, por lo mismo tuvo que admitirse que ésta no adquirió lo afectado por dicho vicio, que legalmente había de continuar en cabeza de terceros, resulta que el supuesto del artículo 768 tocante a la buena fe "en los títulos traslaticios de dominio", no es otro que el de la persuasión en el adquirente de recibir la cosa de quien tiene el derecho o poder jurídico de enajenarla.

10. En suma: Si el demandado compró a sabiendas del referido vicio en la titulación de su autora, no pudo formar legalmente conciencia de que ella tuviese la facultad de enajenar, con base en ese título, la totalidad del predio de que se trata. Y, por lo tanto, el Tribunal, al admitir lo contrario, considerar de buena fe a Evangelista Pistala, tenerlo como poseedor regular y declarar en su favor la excepción de prescripción adquisitiva ordinaria del bien raíz objeto de la reivindicación, violó directamente los artículos 768, 764, 2528 y 2529 del C. Civ.

Lo expuesto, empero, no será suficiente a imponer la casación de la sentencia recurrida, si, como ya fue previsto, no se encontrare fundada la acción.

11. Ahora bien: en este pleito, la parte demandante ha alegado, como titularidad del dominio que pretende tener sobre el fundo perseguido, la que, según ella, se constituye por los siguientes factores:

a) La adjudicación que, en el juicio de las sucesiones de Luis Pinchao y Espiritusanto Pinchao, se le hizo a Célimo Bravo, mediante sentencia de 14 de febrero de 1.952, como a cesionario de los derechos de los herederos de tales causantes;

b) La prescripción extraordinaria adquisitiva del dominio realizada por parte de los dichos causantes, Luis y Espiritusanto Pinchao, cuyos herederos, -sin determinar la demanda cuáles-, continuaron, según ésta, en la posesión del inmueble de que se trata.

Se pretende, pues, eslabonar la adjudicación hecha a Célimo Bravo en el juicio de las sucesiones referidas, con la prescripción adquisitiva extraordinaria por parte de los causantes, como su antecedente obligado. Lo que, por otra parte se expresa en la diligencia de inventarios efectuada en el referido juicio mortuorio, en donde se dice que el fundo fue "adquirido por prescripción adquisitiva de dominio por los cónyuges Luis Pinchao y María Espiritusanto Pinchao, por haberlo poseído por más de treinta años consecutivos y explotado económicamente por este lapso de tiempo".

12. Mas, las pruebas aducidas por la parte actora con el intento de acreditar semejante prescripción, no logran este resultado, como pasa a verse:

Esas pruebas consisten en las declaraciones de Jesús Pinchao, Ignacio Trejo, Ulpiano Quemag, Lucio Quemag y Misael Pinchao, surtidas en el plenario, constitutivas de un primer grupo de testimonios. Además, la misma parte invoca las declaraciones de Manuel Jesús Ituyán, Jesús Malpud, Aurora Malpud, Tobías Táquez, Daniel Díaz y otra del nombrado Ituyán, trasladadas del juicio de las sucesiones de Luis Pinchao y Espiritusanto Pinchao, que forman un segundo grupo.

13. Declaraciones del primer grupo. Rendidas entre los meses de noviembre de 1.958 y enero de 1.959, se refieren a hechos que tendrían que haber sucedido de antiguo, entre los sesenta y los veinticuatro años anteriores al tiempo de las deposiciones, como quiera que, según el auto de apertura del juicio de las sucesiones de Luis y Espiritusanto Pinchao, ésta murió el 26 de octubre de 1.906 y su cónyuge sobreviviente, de cuyo deceso no hubo prueba documental, falleció entre los años de 1.932 a 1.934.

De los deponentes, Jesús Pinchao, Ignacio Trejo y Ulpiano Quemag no indican su edad, detalle éste que en el caso sería de importancia para controlar la fidelidad de sus exposiciones. Lucio Quemag dice tener treinta y cinco años; y si esta expresión no obedeciere a un error caligrático o de simple dicción, querría decir que este testigo nació en 1.923, cuando ya había muerto Espiritusanto y que, por lo demás, muy poco podía constarle de las actividades de Luis Pinchao, ya que, cuando éste falleció, el testigo a lo sumo tendría once años de edad.

En lo tocante con la materia misma de las declaraciones, se observa lo siguiente:

Que Jesús Pinchao y Ulpiano Quemag manifestaron no poder precisar los linderos del terreno por el que se les pregunta;

que la generalidad de los testigos, a excepción de Misael Pinchao, al deponer acerca de la posesión que, según ellos, ejercieron Luis y Espiritusanto Pinchao, viviendo en el terreno, sembrando en él y pasturando en éste sus animales, parece contestar al interrogatorio que se les propuso, en forma obediente a su tenor, sin la originalidad adecuada que conviene ofrezca cada testimonio, y, lo que es más grave, sin dar los testigos las razones de sus dichos, esto es el porque de su conocimiento de los hechos, todo lo cual les quita a esas deposiciones la responsividad que ha de tener el testimonio para merecer acogida. Y en cuanto a la declaración de Misael Pinchao, aunque este testigo no fue tachado por parcialidad en razón de ser uno de los causantes del actor Célimo Bravo en la materia del litigio, semejante declaración sería insuficiente por sí sola a producir la demostración de los hechos sobre que versa;

que ninguno de los testimonios determina el lapso concreto de la posesión de Luis y Espiritusanto Pinchao, que permita tener esa posesión como comprendida entre extremos cronológicos constitutivos de un trato no interrumpido de treinta años, pues no hay uno solo que cite un año que pudiera servir como punto de partida del hecho posesorio y ninguno expresa hasta qué año cierto se extendió esa posesión personal de los Pinchaos o de su resorte; y, aunque los deponentes manifiestan que aquellos, poseyeron el predio, más o menos durante unos cuarenta años, hasta que se murieron, sin embargo dicen no poder recordar el año o años de sus fallecimientos. Entonces, como de ese cálculo no dan explicación alguna que lo funde, éste no pasa de ser una afirmación conceptual de los testigos, insuficiente por sí sola a demostrar la consumación del preciso espacio de tiempo requerido, en punto de prescripción extraordinaria, por la ley entonces imperante, como uno de los presupuestos indispensables de este modo adquisitivo; y

que esta indeterminación en cuanto al tiempo de la posesión, se encuentra también en lo referente a la que los testigos, -a excepción de Ulpiano Quemag que ignora este hecho-, dicen, continuaron teniendo los hijos de Luis Pinchao, después de su fallecimiento.

14 Declaraciones del segundo grupo. Son las de Manuel Jesús Ituyán (primera comparecencia), Jesús Malpud, Aurora Malpud, Tobías Táquez, Daniel Díaz y del mismo Ituyán (segunda deposición). Vienen trasladadas del juicio de las sucesiones acumuladas de Luis y Espiritusanto Pinchao, en el que no figuran como partes Evangelista Pistala y Rosa Pinchao, salvo en lo concerniente a un incidente de levantamiento de secuestro del fundo "La Soledad", levantamiento que pidió y obtuvo a su favor el mismo Pistala. Ciertamente no consta que las tres primeras declaraciones, surtidas en la realización del secuestro preventivo de fecha 7 de noviembre de 1.947, lo hubieran sido con citación y audiencia de Evangelista y Rosa; y en lo tocante con las tres últimas, rendidas con fechas 1º. y 10 de marzo y 20 de mayo de 1.950, respectivamente, no se indica en qué incidente fueron recibidas, por lo cual puede hacérseles el mismo reparo de unilateralidad o falta de contradicción que a las primeras.

Aunque, mediante el dicho de los declarantes del primer grupo, la parte actora pretendió abonar los testimonios del segundo, por la vía que franquea el artículo 694 del C. J., no lo ha logrado, pues, el supuesto de esta posibilidad es el de que el testigo, cuya declaración rendida en otro juicio se trata de abonar, haya fallecido; y en este caso no aparece establecido que los seis testigos del segundo grupo hayan muerto, hecho que tendría que haberse demostrado con la aducción de las correspondientes partidas o actas de defunción o con una de las pertinentes pruebas supletorias, a falta de aquéllas, pero no con la simple y escueta referencia que los pretendidos testigos de abono han hecho a los abonados, como fallecidos (art. 19 ley 92 de 1.938).

En resumen: las llamadas declaraciones del segundo grupo carecen de valor probatorio en esta causa, por no aparecer que se hubieran recibido en el juicio de que proceden con audiencia y citación de los demandados en el presente, y no haber sido abonadas como lo previene el art. 694 del C. J.

15. Pero, aun en la hipótesis de que estas deposiciones no mereciesen semejantes reparos, todavía así su poder probatorio intrínseco sería inoperante, porque ninguno de los testigos indica en qué hechos concretos, especificativos de posesión, consistió la que se dice ejercieron Luis Pinchao y Espiritusanto

Pinchao, ni dan en el punto las razones de sus dichos, ni menos determinan, en cuanto a los mismos Pinchaos y sus herederos, el tiempo de duración de esa posesión.

16. CONCLUSION de todo lo hasta aquí visto es la de que no está demostrado que Luis Pinchao y Espiritusanto Pinchao y sus herederos Misael y Margarita, únicas personas éstas dos de quienes resulta acreditada tal calidad en el juicio, hubieran tenido sobre el fundo de "La Soledad" posesión por un término de treinta años completos, que constituyese a favor de los mismos, conforme a los arts. 2531 y 2532 del C. Civ., la prescripción adquisitiva extraordinaria del dominio del fundo, con anterioridad al día 9 de mayo de 1.939 en que Evangelista Pistala, soltero, lo compró a Rosa Pinchao, viuda, por medio de la escritura número 205 otorgada ante el Notario 1o. del Circuito de Ipiales, registrada el día 30 de los mismos mes y año en el competente libro de la Oficina de Registro del mismo Circuito.

17. Descartada, pues, la prescripción adquisitiva extraordinaria como origen del dominio en que la parte actora dice fundar la reivindicación, procede la confrontación de los títulos escriturarios de ambas partes, relativos al terreno mismo, a fin de determinar a cual debe darse la preferencia. Y al efecto se tiene:

Que el título de Evangelista Pistala, como ya se vió, consiste en la compra que del predio hizo, mediante la escritura número 205 de 9 de mayo de 1.939, de la Notaría 1ª. de Ipiales, a Rosa Pinchao, quien a su vez había adquirido una cuota pro indiviso del mismo por compra a Alvaro Pinchao según la escritura 213 de 24 de octubre de 1.932, de la Notaría 2ª. del mismo Circuito; y

que el título de la parte actora se funda en la adjudicación que del inmueble se le hizo a Célimo Bravo, por sentencia de fecha 14 de febrero de 1.952, en el juicio de las sucesiones de Luis Pinchao y Espiritusanto Pinchao, como cesionario de los derechos hereditarios en general de los únicos herederos y partes en dicho juicio, Misael y Margarita Pinchao, adjudicación a que precedió el decreto de posesión efectiva de la herencia, de 4 de octubre de 1.949, allí dictado en favor del propio Célimo Bravo en su calidad dicha.

18. Resulta, pues, que el título de Evangelista Pistala, consistente en la dicha escritura número 205 de 9 de mayo de 1.939, título regular aún en lo que toca con la venta de cosa ajena, es anterior al de Célimo Bravo, fundado en la referida adjudicación de 14 de febrero de 1.952 y en su antecedente decreto de posesión efectiva de 4 de octubre de 1.949. Que si se tomase para la comparación esta última fecha, todavía así el título del demandado Evangelista Pistala sería más antiguo, en diez años, que el de Célimo Bravo. Lo que implica que la posición de la parte demandada prefiere a la de la actora y que, por lo tanto, aquella ha de ser mantenida en la posesión en que se encuentra.

19. Resultado éste a que también tendría que llegarse, si, de otro lado, se compara la edad del título de la parte reivindicante con la de la posesión de la demandada. Porque, consideradas en conjunto las declaraciones de Luis Pinchao, Vidal Pinchao, Moisés Ituyán, Alcides Mejía y Santos Malpud, rendidas entre el 22 de noviembre y el 6 de diciembre de 1.958, se desprende que Evangelista Pistala, en asocio de su mujer Rosa Pinchao, ha poseído el terreno de "La Soledad", pasturando en él animales, sembrándolo, cosechando sus productos, renovando sus zanjas, habitando la casa en el mismo existente y haciendo sus cerramientos, en

forma tranquila, sin reconocer dominio de ninguna otra persona, con anterioridad de más de diez años al día en que los testigos están declarando, o por lo menos en este espacio de tiempo.

En verdad, ninguno de los testigos pudo determinar la fecha en que hubieran entrado a poseer Evangelista Pistala y su mujer Rosa Pinchao; pero, al relacionar la duración de esa posesión con el día, para los testigos cierto, en que están declarando, indicaron así un lapso definido, por lo menos de diez años, que se extendería hacia atrás al 6 de diciembre de 1.948, fecha anterior a la más antigua en la referida titulación de los demandantes sobre el fundo de "La Soledad".

También es cierto que los testigos Vidal Pinchao y Santos Malpud, al contestar a la undécima de las repreguntas formuladas en el contrainterrogatorio de la parte demandante, manifestaron, el primero ignorar y el segundo no recordar, quién sería el poseedor del terreno, del año de 1.950 al de 1.953; pero ello, en el ámbito de estas dos declaraciones, no contradecía el hecho de que en el tiempo anterior al año de 1.950, dentro de los dichos diez años precedentes a la fecha de cada deposición, el terreno hubiera estado poseído por Pistala. Fuera de que los otros tres testigos, Luis Pinchao, Moisés Ituyán y Alcides Mejía contestaron de modo uniforme que el fundo, de 1.950 a 1.953, fue poseído por Evangelista Pistala y Rosa Pinchao.

Si, pues, la edad de la posesión de los demandados es mayor que la de la titulación de los demandantes, es claro que por este otro aspecto tampoco la última puede ser preferida a la primera.

20. Ni empece a esta conclusión el hecho de que en el juicio de las sucesiones de Luis y Espiritusanto Pinchao, se hubiera secuestrado preventivamente el inmueble, por las siguientes razones:

Porque tal secuestro, efectuado el 7 de noviembre de 1.947, fue levantado más tarde a solicitud de Evangelista Pistala, en diligencia de 2 de marzo de 1.951, en donde aparece que el inmueble se dejó en su poder;

porque el secuestro no interrumpe la posesión de quien en definitiva viene a obtener en su favor el levantamiento del mismo. Es conclusión que impone con perfecta lógica el artículo 29 de la ley 95 de 1.890; y ello es así, cualquiera que sea la clase de juicio de que se trate. Por eso, refiriéndose al secuestro en juicio de sucesión, pudo decir la Corte, en sentencia de casación de 12 de noviembre de 1.959, lo siguiente: "....poca exactitud se encuentra al pensar que el secuestro en sucesión se hace a nombre de la universalidad de bienes, puesto que la herencia no es persona natural, ni jurídica. Quien como secuestre se halla en relación con el objeto carece de toda voluntad de señorío y representa en todo tiempo y en definitiva a quien por virtud de decreto judicial está llamado a guardar el objeto en su patrimonio" (XCI, 2217/18/19. pág. 817).

De otro lado, no es exacto lo que dice el recurrente de que, cuando se efectuó tal secuestro, poseyeran el inmueble los herederos de Luis y Espiritusanto Pinchao, en familia o en común, porque nada de ello aparece en tal diligencia, en la que, por el contrario, el Juzgado hizo constar que los testigos que allí hablaron de la propiedad de los causantes Luis y Espiritusanto Pinchao y de que a su muerte fueron sus hijos a quienes en una u otra forma se les veía en el terreno, se refirieron a tiempo pasado, pero que "no encuentra una prueba o un hecho fundamental que demuestre que en el momento de la presen-

te diligencia sea a o`b (sic) heredero, quien está en la posesión". A lo que cabe advertir que uno de los declarantes en tal diligencia, Aurora Malpud, al referirse a quienes, después de la muerte de Luis y Espiritusanto Pinchao, continuaron manejando el terreno, dijo: "en la actualidad la hija de Alvaro Pinchao", y a lo largo del juicio, en la demanda inicial, en varias declaraciones de testigos y en el libelo de casación, está dicho que la hija de Alvaro Pinchao es Rosa Pinchao, es decir la susodicha mujer de Evangelista Pistala.

Así, pues, en la especie sub lite, la incidencia del secuestro y su levantamiento en favor de Evangelista Pistala, lejos de contrarrestar la posesión alegada por su parte, la acredita y confirma.

21. En síntesis: no habiendo la parte demandante aducido título alguno que prevalezca sobre el de la demandada, ni sobre la posesión de la última, quiere decir que ésta debe ser mantenida en ella, o lo que es igual que la acción reivindicatoria intentada no está llamada a prosperar. Conclusión con que no se compadece la afirmación que, sin un examen analítico e integral del material probatorio, hiciera el Tribunal, de que "Acierta la sentencia protestada en el estudio de la acción y del título de dominio en que ella se basa".

Entonces, no obstante la razón del reparo formulado contra el fallo del Tribunal en cuanto aceptó la excepción de prescripción ordinaria adquisitiva del dominio, y que importa la rectificación doctrinal hecha atrás, la decisión objeto del recurso ha de ser mantenida.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintisiete (27) de noviembre de mil novecientos sesenta y uno (1.961), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto.

Sin costas en el recurso, por la rectificación doctrinal.

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

Arturo C. Posada. - Gustavo Fajardo Pinzón. - Julián Uribe Cadavid. - Enrique Coral Velasco. - José Hernández Arbeláez. -Enrique López de la Pava.- Ricardo Ramírez L., Secretario

INDICE

SALA PLENA

Página

MOCION DE DUELO. Con ocasión del fallecimiento del Señor Dr. Germán Orozco Ochoa, Exmagistrado de esta Corporación. Proposición aprobada en sesión plenaria de fecha 18 de junio de 1.964 ... 3

SALA DE CASACION CIVIL

RESPONSABILIDAD POR PAGO DE CHEQUES FALSOS. Cuándo es aplicable la teoría de la compensación de culpas. No hay en casación "errores evidentes de derecho" sino evidentes de hecho. Autonomía de los Tribunales en la apreciación de las pruebas. Los arts. 593 y 601 del C. Judicial son normas directivas y adjetivas. Presunción de culpa por el hecho de pagar cheques falsos. Control de cheques para evitar daño al dueño de la cuenta corriente. Valor probatorio del dictamen grafológico. La iniciativa procesal y probatoria corresponde a las partes y no al Juez. Culpa concurrente. Al juzgador incumbe fijar la cuota de responsabilidad que recae sobre las partes. Pruebas. Caso en que el criterio que del estudio de éstas se forma el Juzgador puede sufrir variación en la Corte. La costumbre. Cuándo tiene valor de ley. Por sentencia de 7 de abril de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el ordinario sobre indemnización de perjuicios ocasionados por el pago de cheques falsos, adelantado por la Cooperativa de Producción y Consumo de Cali Limitada contra el Banco de Bogotá. Magistrado Ponente: Dr. Julián Uribe Cadavid ... 7

VENTA DE COSA AJENA. Error de hecho evidente. No es viable cuando alude a un alegado elemento probatorio no reconocido por la tarifa. Sellos. No demuestran la calidad o empleo de quien los usa. Derecho canónico. Requisitos para que produzca efectos dentro del campo de la legislación civil colombiana. Por sentencia de 13 de abril de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre nulidad de un contrato de compraventa promovido por la "Parroquia de Las Cruces" contra Gabriel y Miguel Tatar. Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco ... 33

ACCION DE NULIDAD DE UN TESTAMENTO. Requiere la presencia de todos los interesados en su validez. Efectos de la declaratoria de nulidad. Co-

Página

sa juzgada. Presupuesto procesal de demanda en forma. El interés jurídico como factor determinante de la presencia en juicio de más de un litigante. Por sentencia de 15 de abril de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el ordinario sobre nulidad de un testamento adelantado por Felipe Niño Castellanos contra Oliverio Castellanos Sánchez. Magistrado Ponente: Dr. Julián Uribe Cadavid..... 41

RESPONSABILIDAD POR FALTAS DEL SERVICIO PUBLICO. Es directa y no trasladable a otra persona o entidad, cuando se trate del cumplimiento de un deber legal. Incumbe a los Municipios conservar las calles y plazas en estado de no causar daño a las gentes. No cabe novación. Por sentencia de 16 de abril de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el ordinario sobre indemnización de perjuicios por la muerte de unas personas, adelantado por Emelina Sudea, v. de Hoyos y otros contra el Municipio de Barranquilla. Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez..... 48

PAGO DE LO NO DEBIDO. Interpretación de la demanda. Error de derecho por equivocada apreciación del medio probatorio frente a las normas de la tarifa. No configura error de hecho la noción equivocada del sentido de una ley. Cuestiones fundamentales en la ley de instrumentos negociables. Violación directa. En ésto es ajena la discusión sobre pruebas. Por sentencia de 18 de abril de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre pago de una suma de pesos adelantado por la Compañía Bogotana de Tentros S. A. contra José E. Ramírez. Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco..... 58

DISTINCION ENTRE LA RESTITUCION COMO CONSECUENCIA DIRECTA DE UNA ACCION DE NULIDAD Y LA REIVINDICACION EN FORMA AUTONOMA. Discriminación de la nuda propiedad objeto de donaciones con reserva del usufructo. Incongruencia. Violación directa de la ley. Cuándo tiene lugar. Error de hecho y de derecho. No es dable alegarlos simultáneamente respecto de un mismo medio probatorio. Por sentencia de 18 de abril de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali en el ordinario sobre nulidad de unos contratos de donación, adelantado por Cecilio Siniserra contra Elena López de Siniserra y otros. Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón..... 68

REIVINDICACION. LA IDENTIDAD DE LA COSA NO REQUIERE PRUEBA ESPECIFICA. Casación. En el recurso no es de recibo la crítica global del problema probatorio. Errores de hecho y de derecho. En qué consisten. Poderes discrecionales del sentenciador en la apreciación de la prueba pericial. Por sentencia de 27 de abril de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el ordinario reivindicatorio adelantado por "Textiles Samacá S. A." contra Pedro Neisa y otro. Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón..... 79

REVISION DE SENTENCIA DE EXCEPCIONES. Requiere la presencia material del título que sirvió de base a la acción ejecutiva. Violación de la ley. Principios fundamentales que informan la técnica del cargo. Autonomía del juzgador en la apreciación de la prueba indiciaria. Del error de hecho en la apreciación de una prueba no cabe deducir violación directa de la ley. Error

Página

de hecho y de derecho. Motivos por los cuales no es dable proponerlos simultáneamente respecto de un mismo medio probatorio. Deberes del recurrente en casación. Los artículos 472 y 593 del C. Judicial no son normas sustanciales. Por sentencia de 27 de abril de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el ordinario sobre revisión de una sentencia de excepciones adelantado por Jesús María Jiménez V. contra Braulio Londoño V. Magistrado Ponente: Dr. Julián Uribe Cadavid..... 90

LESION DE ULTRAMITAD. Posibilidad de ésta en la cesión de derechos hereditarios o de gananciales hecha por el cónyuge supérstite. Valor probatorio de la escritura pública presentada en inspección ocular, como elemento básico para identificar el inmueble cuyo avalúo se efectúa por ese medio. El acta notarial, sin registro alguno, entre las partes prueba el contrato celebrado. El derecho sucesorio, transmite la titularidad del causante al heredero sobre el patrimonio relicto, y la cesión transfiere el derecho del heredero al cesionario. Por sentencia de 29 de abril de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el ordinario sobre resolución de un contrato por falta de pago del precio, adelantado por Jesús Valverde v. de Maya contra Diomedes Maya y otra. Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez..... 105

PARTICION MATERIAL. La sentencia que la aprueba consuma las adjudicaciones que ella reza y tiene carácter meramente declarativo. En esta materia los recursos de apelación y casación proceden contra la sentencia aprobatoria de la partición, pero no contra este trabajo tomado independientemente de la misma sentencia. Certificados del Registrador. No suplen al título ni a la prueba de la sentencia aprobatoria de la partición. Por sentencia de 30 de abril de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Buga en el ordinario reivindicatorio promovido por Aristipo Lince contra Rosalía Escobar v. de López. Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón..... 115

SECUESTRO DE BIENES HEREDITARIOS. Significado y finalidad. Enajenación por el secuestre de cosas fungibles. Alcance de los deberes y facultades administrativas de los secuestres. Cuándo deben de intervenir los herederos. Por Sentencia de 30 de abril de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Neiva en el ordinario sobre resolución de una compraventa adelantado por Miguel Angel Villoria, como secuestre de bienes de la herencia de Paulino A. Pascuas contra la Sucesión de Lorenzo García Castro. Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez.... 124

PERTENENCIA. Juicios distintos consagrados por el estatuto y obligaciones de las partes en el ordinario. Causal 5a. de casación. Motivos de impedimento establecidos por los ordinales 6o. y 9o. del artículo 435 del C. Judicial. No toda actuación de un Juez le impide intervenir como Magistrado en la revisión del fallo. La tacha de violación directa es independiente de toda cuestión probatoria. Error de derecho. El certificado del Registrador no se requiere en los juicios de dominio. Tenencia y posesión. Por sentencia de 30 de abril de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pereira en la acción de pertenencia adelantada por Honorio Lizcano contra Tulia Marulanda de Angel. Magistrado Ponente: Dr. Arturo C. Posada..... 130

Página

BOLSAS DE VALORES. NORMAS QUE LAS RIGEN. Causal 2a. de casación. No procede alegarla contra sentencia totalmente absolutoria. Error manifiesto de hecho. Los Miembros de la Bolsa no son subalternos ni mandatarios de la entidad, y a la exigencia y aceptación de las cauciones que los Miembros deben otorgar no puede atribuírsele el alcance de asunción de deuda ajena por parte de la Bolsa. Mandato aparente. Exigencias para que pueda darse esta clase de mandato. Por sentencia de 11 de mayo de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre cumplimiento de unas operaciones de Bolsa adelantado por Julio Uribe Grajales contra la Bolsa de Bogotá, S. A. Magistrado Ponente: Dr. Julián Uribe Cadavid 146

NATURALEZA DE LA HIPOTECA. Formalidades. Derecho de persecución. Traba en el juicio hipotecario de venta. La indivisibilidad de la hipoteca no impide la venta o el remate de una parte determinada de la cosa que soporta el gravamen. Contra quién debe dirigirse el procedimiento especial de venta del bien hipotecado. Inoponibilidad. Por sentencia de 14 de mayo de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Neiva en el ordinario sobre nulidad del traspaso a título de permuta, y otras peticiones, adelantado por Marco Tulio Calderón contra Feliciano Cipriáno y Gilma Ronles. Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez..... 166

FILIACION NATURAL. Relaciones sexuales. Calidades de estabilidad, notoriedad y temporalidad exigidas por esta causal. Límite de la autonomía del sentenciador en la apreciación de la prueba testimonial e indiciaria. Crítica global del complejo probatorio. Posesión notoria del estado civil de hijo natural. Interpretación y alcance del artículo 398 del Código Civil. Por sentencia de 18 de mayo de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de filiación natural y otras peticiones adelantado por Ana María Maldonado, en representación de sus menores hijos Blanca Emma Maldonado y otro, contra la sucesión de Manuel Barreto Ferro. Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón.... 176

SIMULACION. Puede ser alegada como acción o como excepción. Finalidades, exigencias y oponibilidad. La compraventa. Por sí sola, no transfiere el dominio del objeto vendido, y la celebrada con fines de simple garantía constituye simulación relativa. Por sentencia de 19 de mayo de 1.964, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el ordinario sobre reivindicación de un automóvil, adelantado por Francisco Burgón contra César Augusto Kiuban. Magistrado Ponente: Dr. Enrique López de la Pava..... 191

DOCUMENTO PRIVADO. Quien reconoce la firma puesta en un documento, pero desconoce su contenido, debe probar ello. En casación no proceden los cargos formulados subsidiariamente. Por sentencia de 23 de mayo de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el ordinario sobre liquidación de una sociedad de hecho promovido por Ruperto Hernández contra Bolívar Burgos. Magistrado Ponente: Dr. Enrique López de la Pava..... 205

ERROR NUMERICO. La firmeza de la sentencia ejecutoriada no se suprime por el pronunciamiento del auto corrector del error numérico de que adolezca,

Página

y esta incidencia no restituye el término para interponer el recurso de casación. Por providencia de 25 de mayo de 1.964, se declara inadmisible el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario reivindicatorio adelantado por Luis A. Galvis contra Eduardo Tarquino. Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez..... 212

PERTENENCIA. Procedimientos que admite la acción. Efectos de los fallos provenientes del ejercicio de las acciones reconocidas por las Leyes 51 de 1.943 y 120 de 1.928. No puede el demandante fingir desconocimiento de la persona del demandado, o demandados, cuando escoge la vía por emplazamientos. Por sentencia de 26 de mayo de 1.964, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en la acción de pertenencia promovida por Agapito Castro Sánchez contra Víctor Castro Sánchez y otros. Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco..... 214

REGISTRO DE LA DEMANDA. Momento en que las cosas trabadas en litigio vuelven al mundo del comercio sin ninguna traba legal. Elementos de la acción reivindicatoria necesarios para su prosperidad. Se ratifica la doctrina referente a que el comunero, titular de un derecho de copropiedad, no puede reivindicar para sí el cuerpo cierto, sino solo la cuota. Por sentencia de 26 de mayo de 1.964, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el ordinario reivindicatorio promovido por Genara Sánchez vda. de Montaña contra José María Montaña y otros. Magistrado Ponente: Dr. Julián Uribe Cadavid..... 220

ABUSO DEL DERECHO. Afianzamiento de la doctrina actual sobre la teoría al respecto. Secuestre. Una es la relación entre éste y las partes, y otra aquélla que nace del ejercicio del derecho de denunciar bienes, entre quien lo ejercita y el tercero propietario del bien denunciado. Por sentencia de 27 de mayo de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali en el ordinario sobre pago de perjuicios promovido por Ligia Aguirre v. de Marín contra Juan de Dios Guevara y otro. Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco..... 231

NULIDAD POR FALTA DE CITACION O EMPLAZAMIENTO. A quién corresponde la carga de la prueba cuando se alega por vía de revisión. Certificados del Registrador. Cuándo sirven de prueba supletoria acerca de puntos de que hay constancia en el Registro. Carácter del artículo 18 de la Ley 40 de 1.932. Casación. A través de este recurso no se puede cambiar el objeto de la demanda. Requisitos para que haya cuasicontrato de comunidad. Se reitera la doctrina atinente a la procedencia de la inscripción del remate, aunque el embargo dictado en el mismo juicio no se haya cancelado aún. Por sentencia de 3 de junio de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre nulidad de un remate, promovido por Aristides Barrero contra Aristóbulo o Aristides Ricardo o Barrero, Samuel Navarro y otros. Magistrado Ponente: Dr. Julián Uribe Cadavid. 238

ACUMULACION DE ACCIONES O DE AUTOS. Similitud de causa y diversidad de sujetos y de objetos. Hijuela de adjudicación. Para estimarla como prueba del dominio no es menester la constancia del registro de la escritura de protocolización. Reivindicación. Efectos del silencio del demandado en

Página

cuanto a la identidad del inmueble y a la posesión que se le atribuya. La legitimación en causa es un elemento de la acción y no del proceso. Por sentencia de 9 de junio de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el ordinario reivindicatorio promovido por Pedro Antonio Arias Cardona contra Eduardo Castro. Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco. 257

DESLINDE. En el juicio ordinario de oposición puede discutirse sobre cuestiones atinentes a la propiedad de la zona disputada. Diversas clases de oposición a que puede dar lugar. Ejidos. Facultad otorgada al Municipio de Cúcuta por la Ley 78 de 1.928, para transferirlos gratuitamente. Servidumbre. Por sentencia de 15 de junio de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pamplona en el ordinario sobre oposición a un deslinde adelantado por Eufracio Zafra contra Flor de María Pérez. Magistrado Ponente: Dr. Enrique López de la Pava. 266

SIMULACION Y NULIDAD. Son fenómenos jurídicos distintos que no pueden confundirse. Relaciones sexuales estables y notorias y posesión notoria del estado civil de hijo natural. Autonomía del juzgador en la apreciación de la prueba al respecto. Su relatividad. Demanda: Calificación jurídica de la pretensión del libelo inicial. Remedios para corregir los defectos de que pueda adolecer. Por sentencia de 17 de junio de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali en el ordinario sobre filiación natural y otras peticiones, adelantado por Ana o Anita Freire de Girón y otros contra los herederos de Bernabé Romero y otro. Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez. 277

LESION ENORME. Autonomía del sentenciador en la apreciación de la prueba pericial. En qué consiste el error de derecho. Deficiencias de un dictamen pericial como prueba de la lesión enorme. Error de hecho y de derecho alegados por omisión, en juicio de lesión enorme, de la regulación equitativa que prevé el artículo 721 del C. Judicial. Por sentencia de 17 de junio de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el ordinario sobre rescisión de un contrato de permuta por lesión enorme, adelantado por el Municipio de Ibagué contra Carmen Julia Morales de Mendoza. Magistrado Ponente: Dr. Enrique López de la Pava. 292

COMPRAVENTA COMERCIAL Y COMPRAVENTA CIVIL. Regulación del precio de la cosa entregada al comprador cuando no queda determinado en el contrato comercial. Contrato para la confección de una obra material. Poder de la Corte para rectificar en casación la interpretación dada por el Tribunal a un contrato. Error de hecho y de derecho respecto de una sola prueba. Diferencias fundamentales entre el contrato de trabajo y el del mandato. Culpa. La extracontractual o aquiliana es independiente de todo contrato. Casos en que puede aplicarse el principio error communis facit jus. Exigencias del cargo por error de hecho. En casación la Corte no puede estudiar oficiosamente las pruebas que le citen en forma general. Sentencia. El fallador no está obligado a considerar y resolver planteamientos extemporáneos a la demanda y su respuesta. Por sentencia de 17 de junio de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario sobre pago de una suma de pesos, proveniente de un equipo de lluvia artificial, adelantado por la

Página

Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero contra Nicolás Sierra. Magistrado Ponente: Dr. Arturo C. Posada. 308

POSESION NOTORIA DEL ESTADO DE HIJO NATURAL. Sostenido el fallo en la plena prueba de esta causal, sobra considerar el cargo por error de derecho en la estimación de la prueba atinente a las relaciones sexuales. Requisitos para que el error de derecho se pueda configurar en casación. La acusación de la prueba incidiaria no cabe por error de derecho. Por sentencia de 24 de junio de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali en el ordinario de filiación natural promovido por Elia María Sánchez, en representación de su hija menor Carmen Rita Sánchez, contra Lastenia Valdés vda. de Romero y otros. Magistrado Ponente: Dr. Arturo C. Posada. 342

REIVINDICACION. La identidad de la cosa como elemento de la acción y su prueba. Copias. Modo de pedir y allegar a los autos las de los documentos públicos y su valor probatorio. Por sentencia de 24 de junio de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Buga en el ordinario reivindicatorio adelantado por Ulpiano Canizales Losada contra Jorge Hernán Molina Cabal. Magistrado Ponente: Dr. Julián Uribe Cadavid. 350

JUSTO TITULO Y BUENA FE. El conocimiento por el poseedor de los vicios del título de su actor, es excluyente de la buena fe. El secuestro no interrumpe la posesión cualquiera que sea la clase de juicio de que se trate. Reivindicación. Cuándo prevalece la posesión. Por sentencia de 26 de junio de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el ordinario reivindicatorio adelantado por Leo Nel Chaves Agudelo y otro contra Evangelista Pistala y otra. Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón. 365

* * *

NOTA: La 2a. parte del presente Tomo CVII de la GACETA JUDICIAL contendrá los fallos proferidos por la Corte durante el SEGUNDO TRIMESTRE de 1964, correspondientes a las Salas de Casación Penal, Casación Laboral y Negocios Generales y se distinguirá con el Número 2272 Bis..

El Relator.

Esta obra se terminó de imprimir en los Talleres Gráficos del Fondo Rotatorio Judicial. Penitenciaria Central de Colombia, Bogotá, en Mayo. de 1.986

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: Dr. DIEGO E. CRISTANCHO M.

Relator de la Corte

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CVII

2ª PARTE

Este volúmen contiene los fallos proferidos por las Salas Penal, Laboral y Negocios Generales de la Corte durante el

SEGUNDO TRIMESTRE DE 1.964

y consta de una entrega que se distingue con el

NUMERO 2272 Bis

BOGOTA, D. E. 1.966

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

SALA PLENA

r. Samuel Barrientos Restrepo, Presidente
r. Humberto Barrera Domínguez, Vicepresidente
r. Ricardo Ramírez L., Secretario

SALA DE CASACION CIVIL

r. Arturo C. Posada, Presidente
r. Ricardo Ramírez L., Secretario
lagistrados: Doctores,
nrique Coral Velasco
ustavo Fajardo Pinzón
osé Hernández Arbeláez
nrique Lòpez de la Pava,
rturo C. Posada
ulián Uribe Cadavid,

SALA DE CASACION PENAL

r. Simón Montero Torres, Presidente
r. Pioquinto León L., Secretario
lagistrados: Doctores,
umberto Barrera Domínguez
amuel Barrientos Restrepo
imón Montero Torres
ustavo Rendón Gaviria
lio Roncallo Acosta
zimitivo Vergara Crespo

SALA DE CASACION LABORAL

Dr. Luis Alberto Bravo, Presidente
Dr. Vicente Mejía Osorio, Secretario
Magistrados: Doctores,
Luis Alberto Bravo
Roberto De Zubiría C.
Luis Fernando Paredes A.
José Joaquín Rodríguez

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Dr. Efrén Osejo Peña, Presidente
Dr. Jorge García Merlano, Secretario
Magistrados: Doctores
Ramiro Araújo Grau
Efrén Osejo Peña
Carlos Peláez Trujillo
Luis Carlos Zambrano

RELATORIA

Relator: Dr. Luis Ignacio Segura A.
Relatores Judiciales Auxiliares: Dres.
Carlos M. Gutiérrez E. y
Diego E. Cristancho M.

Abril a Junio de 1.964

SALA DE CASACION PENAL

Extractos de Jurisprudencia en materia penal, a cargo del Dr. DIEGO E. CRISTANCHO, Relator de la Corte.

DELITO DE HOMICIDIO, CALIFICADO DE ASESINATO

Tacha de nulidad constitucional por supuesta violación del derecho de defensa. Eventos en que la Sala admite la nulidad supralegal.

La Corte acepta, por elaboración de la doctrina, no por mandato de la ley positiva, que hay violación del derecho de defensa y consecuente quebrantamiento del precepto constitucional aludido cuando en el juicio el procesado carece de medios técnicos para debatir los cargos concretamente formulados a través del auto de proceder o cuando se le priva de las oportunidades y medios para el ejercicio de su defensa. Sólo ante estos eventos admite la Sala la nulidad constitucional o supralegal, así las fallas de procedimiento no aparezcan enunciadas en los artículos 198 y 199 del C. de P. P.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, primero de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

TORIBIO o LAZARO COMETA AVENDAÑO y ELIAS VENANCIO DUSSAN, condenados a la pena principal de quince (15) años de presidio y accesorias pertinentes, como responsables del delito de homicidio, calificado de asesinato, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, en sentencia del dieciocho (18) de mayo de 1.962, interpusieron recurso extraordinario de casación, del cual procede decidir de fondo sólo respecto del acusado DUSSAN, quien por conducto de apoderado lo sustentó en debida forma, no así COMETA AVENDAÑO, con relación al cual habrá de declararse desierto el recurso.

ANTECEDENTES PROCESALES

1o. Como la causal de casación invocada es la cuarta del art. 567 del C. de P. P., para efectos de este proveído puede acogerse la brevísima relación que de los hechos hace el señor Fiscal del Tribunal en su concepto sobre la calificación del sumario, prohijada también por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal:

"Refieren los autos que Salomón Manrique Martínez, rico propietario ya entrado en la ancianidad se encontraba en su finca de "La Brisa", sitio de La Mata, jurisdicción municipal de Neiva en la noche del 23 de Febrero de 1.958 en compañía de la joven Doris Cortés Dussán a manera de conquista, y que con

tal motivo libaba aguardiente con su mayordomo Toribio o Lázaro Cometa Avendaño y el peón Elías Venancio Dussán Dussán, cuando ya tarde de la noche llegaron dos desconocidos que preguntaron por don Salomón y acto seguido este señor fue asesinado con sevicia dada la gravedad y multiplicidad de los machetazos que le asestaron".

2o. Una vez clausurada la investigación y oído el parecer fiscal, el Juzgado Superior calificó el mérito del sumario con llamamiento a juicio, con intervención del Jurado, para Cometa Avendaño y Venancio Dussán, y con sobreseimiento definitivo para los demás sindicados.

3o. En la vista pública de la causa, los veredictos proferidos fueron favorables y con base en ellos la instancia dictó sentencia absolutoria, la que fué revocada por el ad-quem en providencia de diecinueve (19) de enero de 1.961, para en su lugar declarar contrarios a la evidencia de los hechos los veredictos y disponer la convocatoria de un nuevo Jurado.

4o. Surtida la actuación en el juicio y con base en los nuevos veredictos, que fueron afirmativos de la responsabilidad de los encausados, por el delito de homicidio (asesinato), el Juzgado del conocimiento profirió el 6 de febrero de 1.962 el fallo condenatorio, que fué confirmado por el Tribunal en la sentencia que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación.

DEMANDA DE CASACION

El doctor Alvaro Bahamón Castilla en representación del acusado ELIAS VENANCIO DUSSAN, mediante escrito visible de folios 8 a 15 del cuaderno de la Corte, hace la impugnación formulando contra la sentencia del Tribunal dos cargos de nulidad, el primero por violación del artículo 26 de la Carta, y el segundo con invocación del numeral 4o. del artículo 567 del C. de P. P.

Primer cargo.

Entiende el demandante que el sentenciador desconoció la garantía constitucional referida al derecho de defensa de que trata la disposición invocada porque en algunas de las diligencias cumplidas en la etapa investigativa del proceso dejaron de llenarse ciertas formalidades impuestas por la ley.

El agravio lo concreta en estos precisos términos.

"Expuestos tanto el principio constitucional como la jurisprudencia sobre el particular, nos resta señalar algunas actuaciones procesales de fundamental importancia en la defensa de los sindicados, como fueron la diligencia de inspección ocular vista al folio 157 del cuaderno 1o. en donde aparece previamente el auto de fecha 6 de marzo de 1.958 en el que el Juzgado fija para ese mismo día a las diez de la mañana la práctica de la diligencia de inspección ocular, y si bien es cierto que el apoderado de oficio de Elías Venancio Dussán firma la notificación del auto, (pero no asistió a la diligencia), como tampoco asistió a la diligencia ni se le notificó el auto de señalamiento al señor Dr. Gonzalo Carreza Salas. Podrá observar la Honorable Corte la importancia que revista esta falta de defensa de los sindicados, y observar también el apresuramiento del Juzgado en practicar la diligencia sin llenar las formalidades legales.

"Y en cuanto a la diligencia de reconstrucción que aparece al folio 113 del cuaderno No. 3, se observa cómo el derecho de defensa fué menoscabado por el Juzgado Superior. Al folio 108 del mismo cuaderno aparece el auto de fecha 24 de abril de 1.958 por medio del cual se ordenó la reconstrucción de los hechos, auto que no fué notificado sino a los sindicados y al apoderado de la parte civil, diligencia que fue practicada al día siguiente sin la asistencia de ninguno de los apoderados de los sindicados y aunque dicha diligencia aparece suscrita por el Sr. Miguel Tovar Silva, en la audiencia pública y al folio 161 del cuaderno No. 5 se lee la constancia del señor Juez Superior de Neiva, sobre la afirmación del Dr. Tovar Silva, con relación a la no asistencia a dicha diligencia".

Segundo cargo.

Lo hace consistir el señor apoderado en que hubo violación del numeral 4o. del Art. 198 del Código de Procedimiento Penal, pero también involucra en este cargo el haber omitido el Juzgado resolver una solicitud de nulidad del proceso presentada al fallador después de haber sido proferida la sentencia.

Sobre las dos cuestiones planteadas expresa el demandante:

"En primer lugar, el señor Juez Superior a quien se le presentó la solicitud de nulidad del proceso, no resolvió dicha solicitud, siendo competente en ese momento para resolverla. Este hecho lo considera el recurrente de vital importancia por cuanto que el art. 200 del C. de P. Penal ordena resolver la solicitud de nulidad cuando se presenta, ya que él no la observó al dictar su sentencia, y este hecho ha debido tenerlo en cuenta el H. Tribunal Superior y devolverlo al Sr. Juez a-quo a fin de que la resolviera, ya que el Tribunal carecía de competencia.

"En segundo lugar, el art. 198 del C. de P. Penal, consagra las nulidades en el proceso penal y en su numeral 4º. hace mención de que el hecho de la no notificación en debida forma del auto de apertura a prueba, es causal de nulidad. No se puede tener como valedero el argumento de que al defensor de oficio designado para Elías Vellancio Dussán como consecuencia de la renuncia de su antecesor, no reclamara que se le diera oportunidad para solicitar pruebas, cuando realmente su actuación vino a efectuarse cuando se le notificó la diligencia de sorteo de Jurados. Examínese desde los folios 25 al 39 vuelto del cuaderno Nº. 5 donde constan las diligencias entre la posesión del nuevo defensor de oficio y sorteo de Jurados.

"En consecuencia, la sentencia proferida por el H. Tribunal Superior de Neiva, en esta causa, fué dictada en un proceso en donde a todas luces estaba viciado de nulidad".

OPINION DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal estima en su concepto de fondo que el recurso no puede prosperar por ser en un todo inválidos los motivos de impugnación apoyados en la causal cuarta.

Así, respecto del primer cargo de nulidad constitucional observa el distinguido colaborador que en modo alguno se afectó el derecho de defensa con ocasión de la diligencia de Inspección Ocular a que alude el demandante. El auto que la ordenó -dice la Procuraduría Delegada- "fue notificado al señor Fiscal del Juzgado

Superior, a los sindicados Lázaro Cometa Avendaño, Elías Venancio Dussán D., Moisés Medina Cabrera, Arnulfo Alarcón G., Antonio García Vargas, Doris Cortés Dussán, y a los apoderados, doctores Miguel Tovar Silva, Eliecer Pinilla Rodríguez y Néstor Arce Perdomo (folios 156 y 156 v. del cuaderno 1°). Y es evidente que ésta notificación no aparece firmada por el Dr. Gonzalo Carrera Salas, apoderado de MOISES MEDINA CABRERA".

Agrega el señor Procurador:

"Entonces se tiene que es un absurdo, por decir lo menos, que si el Dr. Miguel Tovar Silva, apoderado de ELIAS VENANCIO DUSSAN DUSSAN, no asistió a la diligencia de inspección ocular después de ser notificado de la misma, que tal hecho deba recibir sanción de nulidad legal y menos constitucional, en el proceso. Porque "notificar", desde el punto de vista jurídico, es poner en conocimiento de las partes y demás interesados el contenido de las providencias judiciales (artículo 307 del C. de P. C.). Por parte alguna se encuentran violaciones de las normas contenidas en el Capítulo II, Título V, Libro I, del Código de Procedimiento Penal (Inspección Ocular), ni ellas imponen al juez o instructor medida coactiva alguna aplicable al apoderado que no quiera asistir a la diligencia referida.

"El derecho de defensa del procesado DUSSAN quedó garantizado por el hecho de la notificación a éste y a su apoderado para que hicieran uso del inciso segundo del artículo 211 del C. de P. P., si a bien lo tenían, porque es potestativo según lo dice el comienzo del mismo inciso.

"Se dice también que el apoderado Dr. Gonzalo Carrera Salas no asistió a la misma diligencia, porque no tuvo conocimiento oportuno de que ella habría de realizarse. Pues, bien: el Dr. Carrera Salas fue el apoderado de MOISES MEDINA CABRERA en el proceso (Fl. 87 del primer cuaderno). Pero en el auto de enjuiciamiento que obra a folios 26 y siguientes del cuaderno N°. 4, este sindicado fue sobreseído definitivamente por el a quo, providencia que luego fue confirmada en todas sus partes por el Tribunal Superior de Neiva. Así las cosas, se ve que al sindicado MOISES MEDINA CABRERA le fue garantizado el derecho de defensa que le otorgan la Constitución y las leyes, y se hace tan ostensible y notorio este aserto que el señor Juez Superior de Neiva y el Tribunal del mismo Distrito administraron justicia sobreseyéndolo definitivamente. Entonces, se comenta, resulta insólito invocar el derecho de defensa para un sindicado que lo ha disfrutado plenamente junto con la prudencia y la sabiduría de los juzgadores de instancia, como lo indica el hecho de no haber sido afectado por sentencia alguna, ni siquiera por auto de llamamiento a juicio.

"Por otra parte, sería iluso tratar de encontrar lo argumentado por el apoderado judicial entre las causales de nulidad previstas en los arts. 198 y 199 del C. de P. P".

En lo que se refiere a la informalidad de la no notificación a los apoderados de la providencia que decretó la diligencia de reconstrucción de los hechos, informalidad que el acusador estima violatoria del derecho de defensa, el Ministerio Público anota:

"La facultad del investigador para usar de la Inspección Ocular como uno de los medios probatorios para obtener la verdad en materia penal está bien determinada en el Capítulo II, Título V, Libro I del Código de Procedimiento Pe-

nal, y no es otra cosa que el "examen y reconocimiento personal que hace el juez o el funcionario de instrucción, o el comisionado en su caso, ante su Secretario, y acompañado de testigos o peritos, de hechos que son materia del proceso' (art. 210). Es decir, esta definición comprende perfectamente el objeto de la diligencia y dice quiénes y cómo deben intervenir en ella, sin que estén comprendidos los apoderados judiciales los cuales, en forma opcional, podrán presenciarla y solicitar del investigador una ampliación 'de los puntos que han de ser objetos de la inspección, como lo dice el segundo inciso del art. 211 del C. de Procedimiento Penal. Esto no significa que en la Inspección Ocular estudiada no exista la irregularidad de la falta de notificación a todos los apoderados del auto que la ordenaba, pero tal anomalía no afecta lo esencial del proceso ni constituye una causal de nulidad, absoluta o relativamente considerada, en el mismo".

Para refutar el Segundo Cargo, referente a la violación del ordinal 4o. del artículo 198, el señor Procurador, después de transcribir el citado ordinal y el artículo 4°. del Decreto 1231 de 1.951, hace estas consideraciones:

"De forma que, una vez ejecutoriado el pliego de cargos, AUTOMATICAMENTE queda abierto el juicio a prueba; y es POTESTATIVO Y OPCIONAL de las partes pedir que se practiquen las que se consideren necesarias. Esto es tan cierto, que lo corrobora el mismo epígrafe del mencionado Decreto: 'por el cual se dictan algunas normas encaminadas a hacer más rápida y eficaz la administración de justicia en lo penal, y se dictan otras disposiciones'.

"No obstante lo anterior, el a-quo, tal vez por fuerza de la costumbre en la práctica forense, dictó un auto abriendo el negocio a prueba, hizo la notificación del mismo al Ministerio Público y a los procesados y apoderados (folio 19 del cuaderno No. 5), quedando ejecutoriada la providencia el 2 de septiembre de 1.959, a las 6 p. m. (folio 22 v. ibidem).

"Antes de que comenzara a correr el término probatorio, es decir, más que en tiempo oportuno, los procesados ELIAS VENANCIO DUSSAN Y LAZARO COMETA AVENDAÑO solicitaron pruebas con fechas 31 de agosto y septiembre 2 de 1.959 (folios 21 y 22 del mismo cuaderno), las que fueron decretadas y practicadas por el juzgador a folios 25 v. y ss.

"En memorial sin fecha de folio 20 el Dr. Carlos E. Vargas Villalba, apoderado de oficio de ELIAS VENANCIO DUSSAN, solicita se le exonere para seguir desempeñando el cargo 'por motivo a tener en ese mismo juzgado (de conocimiento) cuatro o más defensas de oficio y también por amistad íntima con los parientes de la víctima'. El memorialista no pudo probar este aserto y el 4 de septiembre alegó una constancia que le fue aceptada por el a quo en la misma fecha como excusa para no seguir asistiendo a su representado (Fls. 23 a 24 v.). Vino luégo el nombramiento y posesión del sustituto del anterior, el Dr. Alvaro Bahamón Castilla, (folios 24 v. y 25).

"Todas las pruebas solicitadas por los procesados dentro del término correspondiente fueron evacuadas. Se ordenó el sorteo de jurados y fue notificado el auto que así lo dispuso, tanto a los procesados como a sus apoderados judiciales, así como al Ministerio Público y a la parte civil (folios 39 y 39 v). El sorteo se realizó con las formalidades de ley. Todas las providencias posteriores también fueron notificadas a las partes en debida forma. E intervino la defensa, con las garantías procesales, en la audiencia pública.

"Entonces, no se ve por parte alguna la pretendida violación del ordinal 4o. del art. 198 de C. de P. P".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1a. La tacha de nulidad constitucional contra el fallo del ad-quem, con base en el artículo 26 de la Constitución Nacional y consistente en que el acusado ELIAS VENANCIO DUSSAN no gozó a cabalidad del derecho de defensa en el proceso, es un cargo que aparece desprovisto de toda razón.

En primer término y como cuestión que es obvia, la Corte acepta, por elaboración de la doctrina, no por mandato de la ley positiva, que hay violación del derecho de defensa y consecuente quebrantamiento del precepto constitucional aludido cuando en el juicio el procesado carece de medios técnicos para debatir los cargos concretamente formulados a través del auto de proceder o cuando se le prive de las oportunidades y medios para el ejercicio de su defensa. Sólo ante estos eventos admite la Sala la nulidad constitucional o supralegal, así las fallas de procedimiento no aparezcan enunciadas en los artículos 198 y 199 del C. de P. P.

En el caso sub-judice las informalidades que señala el acusador no tienen relación con la tutela constitucional del derecho de defensa porque nada anormal ni contrario al trámite investigativo ocurrió con la diligencia de inspección ocular, ni tampoco con la de reconstrucción de los hechos, como justamente lo destaca el señor Representante del Ministerio Público.

En segundo término, no apareja nulidad, constitucional ni legal, el que la instancia se hubiera abstenido, después de proferir la sentencia, de resolver la solicitud presentada, precisamente con el fin de obtener una declaratoria de nulidad, puesto que esa extemporánea petición la estudió, consideró y decidió el Tribunal en la sentencia recurrida.

2a. El cargo de estar afectada la sentencia del vicio de nulidad por no haberse notificado en debida forma el auto que abrió el juicio a prueba, tampoco tiene consistencia, no empece las incidencias ocurridas con el cambio de uno de los defensores, dado que las partes tuvieron oportunidad de solicitar la práctica de pruebas y la defensa de los acusados se cumplió con el lleno de todas las garantías procesales.

Sobre el particular expresa la Sentencia del Tribunal:

"En la causa actuaron como defensores los doctores Jaime Ucrós García y Carlos E. Vargas Vallalba; y si bien es cierto lo que hace ver el peticionario con respecto a la notificación del auto que abrió el juicio a prueba, también es evidente que los acusados solicitaron pruebas y fueron practicadas. Y no fueron tan negligentes los defensores puesto que el Dr. Ucrós pidió, en vista de una forzosa ausencia suya, se señalara otra fecha para la audiencia pública, y tanto él como el Dr. Bahamón Castilla intervinieron en ella de manera tan eficaz que obtuvieron veredictos absolutorios, acogidos luego por el Juez de derecho para proferir el fallo que la Sala revocó para declararlos contraevidentes, como ya se dijo".

3a. No habiéndose incurrido, según todo lo expuesto, en motivos propios de nulidad y, especialmente, siendo un hecho cierto que los procesados disfruta-

ron a lo largo del juicio de plenas garantías para debatir su responsabilidad y procurar los descargos, la casación interpuesta no puede prosperar. (Artículo 569 del C. de P. P.).

Como al principio de esta providencia se expresó, respecto del recurrente TORIBIO o LOZARO COMETA AVENDAÑO, procede dar aplicación al artículo 565 del C. de P. P.

DECISION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal- de acuerdo con el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DESECHA el recurso de casación a que se ha hecho mérito, respecto del recurrente ELIAS VENANCIO DUSSAN, y lo declara DESIERTO con relación a TORIBIO o LAZARO COMETA AVENDAÑO, a quien se condena en costas.

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

Simón Montero Torres. - Humberto Barrera Domínguez. - Samuel Barrientos Restrepo. - Gustavo Rendón Gaviria. - Julio Roncallo Acosta. - Primitivo Vergara Crespo. - Pinquinto León L., Secretario

EL RECURSO DE CASACION POR PERJUICIOS TIENE QUE SER RESPECTO A SENTENCIA CONDENATORIA Y NO ABSOLUTORIA. LA CASACION NO ES UNA TERCERA INSTANCIA SINO UNA VIA EXTRAORDINARIA PARA CASOS TAXATIVAMENTE PREVISTOS EN LA LEY. INTERVENCION DE LA PARTE CIVIL DENTRO DEL PROCESO PENAL.

1. De conformidad con el art. 559 del C. de P. P., la parte civil no puede recurrir en casación cuando se trata de sentencias absolutorias de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. Este precepto señala que "Las partes mencionadas en el artículo anterior. . .", esto es, el Agente del Ministerio Público, el procesado o su defensor. . ." y la parte civil podrán interponer recurso de casación contra las sentencias condenatorias en las causas a que se refieren los arts. 556 y 557 en lo referente a la indemnización de perjuicios, cuando la cuantía sea o exceda de tres mil pesos. . .". Esto es, que en cuanto a los fallos absolutorios no resulta pertinente dicho recurso extraordinario, si su objeto consiste apenas en la reparación del daño privado ocasionado por el delito, frente a la absolución del procesado.

2. Si a la parte civil le corresponde intervenir en el proceso penal sólo para la búsqueda del resarcimiento de los perjuicios privados que la infracción penal le haya podido ocasionar, es obvio que dicha parte no pueda recurrir en casación contra las sentencias absolutorias, pues bien sabido es que la acción que ejercita no tiene estrictamente el carácter de pública. Además, resulta contrario a los fines del recurso en cuestión, que no consiste en una tercera instancia sino en una vía extraordinaria para casos taxativamente previstos en la ley, el que pueda adelantarse en interés exclusivo de quien apenas persigue la indemnización del daño privado causado por el delito, si en la providencia recurrida se ha absuelto al procesado.

3. En autos de 15 de febrero de 1.949 (G. J. T. LXV, pág. 442), de 24 de noviembre de 1.952 (G. J. T. LXXII, pág. 804), de 30 de enero de 1.953 (G. J. T. LXXIV pág. 188), y de 22 de marzo de 1.961 (G. J. T. XCV, págs. 233 a 234), la Corte ha sostenido que "la sentencia contra la cual debe interponerse el recurso de casación por perjuicios tiene que ser condenatoria y no absolutoria, porque la causa o razón de deducir perjuicios es la ejecución de un hecho ilícito que los haya producido, según el principio de que todo hecho doloso o culposo que cause daño genera para el agente la obligación de repararlo".

4. Procede observar nuevamente que la casación es un recurso extraordinario, sometido a las restricciones que indica la ley, una de las cuales, como se desprende de manera clara del art. 559 del C. de P. P. citado, es la de que la parte civil no puede interponerlo con respecto a sentencias absolutorias. En las instancias

la persona lesionada por el delito y cualquiera otra que haya sufrido un daño privado originado en el mismo, tienen amplias facultades para aportar las pruebas que demuestren la ocurrencia de la infracción penal, la responsabilidad de quienes sean autores, cómplices o auxiliadores y la cuantía de los daños, y, así mismo, para interponer los recursos ordinarios e intervenir en la audiencia pública.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, dos de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Procede la Sala a resolver sobre la admisibilidad del recurso de casación interpuesto por el doctor César Castro Cabrera, en su condición de parte civil dentro del proceso penal seguido contra el señor RAFAEL OSPINA BUENDIA, por el delito de abuso de confianza.

Se trata de la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, de 29 de agosto de 1.963, por la cual se confirma el fallo absolutorio proferido en favor del procesado el día 5 de julio del mismo año por el Juzgado Superior de dicha ciudad.

El ad quem concedió dicho recurso de casación, pero la Sala lo encuentra improcedente por las siguientes consideraciones:

1. De conformidad con el artículo 559 del C. de P. P., la parte civil no puede recurrir en casación cuando se trata de sentencias absolutorias de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. Este precepto señala que "las partes mencionadas en el artículo anterior. . .", esto es, el Agente del Ministerio Público, el procesado o su defensor. . . "y la parte civil podrán interponer recurso de casación contra las sentencias condenatorias en las causas 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 es, que en cuanto a los fallos absolutorios no resulta pertinente dicho recurso extraordinario, si su objeto consiste apenas en la reparación del daño privado ocasionado por el delito, frente a la absolución del procesado.

2. Si a la parte civil le corresponde intervenir en el proceso penal sólo para la búsqueda del resarcimiento de los perjuicios privados que la infracción penal le haya podido ocasionar, es obvio que dicha parte no pueda recurrir en casación contra las sentencias absolutorias, pues bien sabido es que la acción que ejercita no tiene estrictamente el carácter de pública. Además, resulta contrario a los fines del recurso en cuestión, que no consiste en una tercera instancia sino una vía extraordinaria para casos taxativamente previstos en la ley, el que pueda adelantarse en interés exclusivo de quien apenas persigue la indemnización del daño privado causado por el delito, si en la providencia recurrida se ha absuelto al procesado.

3. En autos de 15 de febrero de 1.949 (G. J. T. LXV, p. 442), de 24 de noviembre de 1.952 (G. J. T. LXXIII, p. 804), de 30 de enero de 1.953 (G. J. T. LXXIV,

p. 188) y de 22 de marzo de 1.961 (G. J. T. XCV, p. 233 a 234), la Corte ha sostenido que "la sentencia contra la cual debe interponerse el recurso de casación por perjuicios tiene que ser condenatoria y no absolutoria, porque la causa o razón de deducir perjuicios es la ejecución de un hecho ilícito que los haya producido, según el principio de que todo hecho doloso o culposo que cause daño genera para el agente la obligación de repararlo".

4. El doctor Agustín Gómez Prada, como apoderado del recurrente, estima infundada la anterior doctrina de la Sala, pues, dice, "si la razón de deducir perjuicios es la ejecución de un hecho ilícito que los haya producido, debe quien los ha sufrido poder demostrarlos dentro del proceso penal, como se lo permite la ley. Y si la ley le permite intervenir en el proceso para acreditarlos, mal puede recortarle su acción impidiendo recurrir ante la Corte en casación, para demostrar el hecho ilícito que ha ocasionado los perjuicios".

A lo anterior y a las demás consideraciones del señor apoderado del doctor Perdomo Cabrera, atinentes para justificar la intervención de la parte civil dentro del proceso penal, procede observar nuevamente que la casación es un recurso extraordinario, sometido a las restricciones que indica la ley, una de las cuales, como se desprende de manera clara del artículo 559 citado, es la de que la parte civil no puede interponerlo con respecto a sentencias absolutorias. En las instancias, la persona lesionada por el delito y cualquiera otra que haya sufrido un daño privado originado en el mismo, tienen amplias facultades para aportar las pruebas que demuestren la ocurrencia de la infracción penal, la responsabilidad de quienes sean autores, cómplices o auxiliadores y la cuantía de los daños, y, asimismo, para interponer los recursos ordinarios e intervenir en la audiencia pública.

Corresponde, pues, declarar inadmisible el recurso de que se ha hecho referencia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema -SALA PENAL-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA INADMISIBLE el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, de 29 de agosto de 1.963, por la cual fue absuelto el señor RAFAEL OSPINA BUENDIA, sindicado del delito de abuso de confianza.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Simón Montero Torres. - Samuel Barrientos Restrepo. - Julio Roncallo Acosta. - Humberto Barrera Domínguez. - Gustavo Rendón Gaviria. - Jorge Guerrero, Conjuez. - Pioquinto León L., Secretario.

RECURSO DE REVISION

Causales 3a. y 5a. del art. 571 del C. de P. P.-Obligación del recurrente de demostrar la falsedad de las pruebas de cargo contra el condenado. La presunción de verdad de la cosa juzgada no alcanza a destruirse mediante el análisis de pruebas, ya estudiadas, o del examen crítico de hechos debidamente apreciados. Hecho nuevo traído al debate.

1. Cuando se invoca la causal tercera de revisión, toca al recurrente demostrar la falsedad de las pruebas de cargo contra el condenado o que tuvierón influencia en el respectivo fallo, por cuanto ellas no corresponden a la realidad aceptada por el juzgador.

Si, oportunamente, se hubiera interpuesto contra la sentencia el recurso extraordinario de casación y dentro de él se hubiera alegado la causal segunda, entonces habría sido el caso de averiguar si la interpretación que dió el Tribunal Superior a aquellos testimonios se apartaba en forma notoria o protuberante de las demostraciones procesales. Pero en revisión no se trata de ello. Si fuera de otra suerte, se estaría revisando, por tercera ocasión una sentencia, o sea, se vendría a convertir el recurso en verdadera instancia, con notorio quebrantamiento de la teoría procesal en el derecho penal colombiano.

La Corte piensa -y carece de elementos para enseñar lo contrario- que las informaciones de personas que estuvieron dentro de la vorágine de odios y retaliaciones que vivieron regiones del país y que con notorio valor declararon en este proceso, son verdaderas, esto es, que cada una de ellas relató lealmente su verdad, o sea, la realidad que le constaba y que apreció desde el distinto ángulo en que se vió colocado.

Aquí también, como en caso semejante estudiado por la Corte, la falsedad de la prueba se refirió no a los elementos probatorios en sí mismo considerados, sino a la deducción que de ellos sacó el fallador de las instancias. En síntesis, se ha tratado de revivir el debate probatorio que se adelantó dentro de las distintas etapas procesales, buscando demostrar que ciertas inferencias no corresponden a la realidad.

2. La presunción de verdad de la cosa juzgada no alcanza a destruirse mediante el análisis de pruebas, ya estudiadas, o del examen crítico de hechos, debidamente apreciados. En el recurso de revisión, el demandante, dentro del tèrmino probatorio, debe sumar los elementos de juicio suficientes a demostrar que, "es falso algún testimonio, peritazgo, documento o prueba de cualquier otra clase que haya podido determinar el fallo respectivo". No bastan, en conclusión, alegaciones y argumentaciones, por hábiles que ellas sean, pues

se requiere es la prueba de la falsedad dicha contra el testimonio, peritazgo o documento. "Por ésto -dijo la Corte en fallo de 29 de agosto de 1.960- si se intenta demostrar la falsedad de un testimonio o testimonios, por medio de otros testimonios, además de los requisitos de credibilidad que deben reunir los testigos de impugnación, se debe comprobar de manera adecuada que éstos no se pudieron recibir dentro del proceso objeto de la revisión por algún hecho imprevisible o irresistible que origine fuerza mayor o causa de una conducta dolosa de parte interesada o favorecida con la sentencia".

3. Si las declaraciones con que se trató de demostrar el hecho nuevo alegado, para exigir la revisión del proceso, son defesnables y dignas de tan poco crédito, mal podría darse por probada la causal quinta del art. 571 del C. de P. P., o sea, sin elementos de convicción serios, no es posible destruir la presunción de verdad que encierran los fallos de que se trata aquí."

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, diez de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Samuel Barrientos Restrepo).

VISTOS:

En memorial recibido en la Corte el 1o. de octubre del año pasado, el Dr. Agustín Gómez Prada, como apoderado de Darío Garzón Plazas, formula "demanda de revisión contra las sentencias de 17 de diciembre de 1.959, del Juzgado 35 de Instrucción Criminal, y de 2 de febrero de 1.961, del Tribunal Superior de Ibagué, por medio de las cuales culminó el proceso adelantado contra varias personas, entre otras Garzón Plazas, que resultó condenado por homicidio y lesiones personales a 24 años de presidio, a las accesorias legales y al resarcimiento de perjuicios".

A la demanda, ajustada a las prescripciones del artículo 572 del Código de Procedimiento Penal, se acompañaron copias de las sentencias de primera y segunda instancia, pronunciadas contra Darío Garzón Plazas, y algunas declaraciones recibidas extra-juicio.

Se han cumplido los trámites legales. Se ordenó la práctica de las pruebas que, en oportunidad, fueron solicitadas y se dispuso el traslado al señor Procurador Delegado en lo Penal, de acuerdo con el artículo 574 del Código Procesal.

Es, por consiguiente, el momento de decidir. A ello se procede.

HECHOS:

En providencia proferida por el Juzgado 35 de Instrucción Criminal, con sede en la ciudad de Ibagué, se hizo la narración de los hechos, que dieron origen a esta investigación, en los siguientes términos:

"Entre las tres y las seis de la tarde del 23 de agosto del año en curso, día domingo, un numeroso grupo de hombres uniformados, con excepción de uno que vestía de civil y al parecer era el jefe, todos provistos de armas de fuego de corto y largo alcance y también de machetes, asaltó sorpresiva y cobardemente las regiones denominadas "PORVENIR", "PATIOBONITO" y "MALAVAR",

correspondientes a la jurisdicción del Municipio de Venadillo, y a bala y machete dieron muerte en la finca "CALCEDONIA" a HERIBERTO PINZON DELGADO; en la de "Patiobonito" a JOSE MANUEL ARIAS ARIAS, ISIDRO PEREZ BERNAL, SAUL DE JESUS y LUIS ALFONSO SIERRA; en la de "CAMPOALEGRE" a OLIVA MACHADO DE ESPINOSA con sus hijos INES, ASCENCION y HECTOR, de 17, 16 y 9 años respectivamente; en otra casa de esa misma heredad, a distancia de unas dos cuadras de la anterior, a MATILDE HERNANDEZ vda. de CORREA con sus hijos BLANCA ISABEL, GRACIELA, LUZ MELIDA, ARIEL HUMBERTO y YAMEL; y, en la de "CAMPOHERMOSO" a ISMAEL LUNA GARZON, su esposa MARGARITA CORREA y sus hijos GILBERTO y ANA DASSY, ésta fallecida horas después en el hospital de Venadillo a donde alcanzo a ser llevada en estado de suma gravedad por las lesiones que le fueron inferidas, y RAUL DIAZ DIAZ.

"Los homicidas se sustrajeron de la casa de la familia CORREA HERNANDEZ la suma de cuatrocientos cincuenta pesos ($450.oo), un reloj de pulso, una cadena de oro, varios anillos, unos pantalones, de una maleta abierta a machete y rompieron un radio, y de la casa de PINZON DELGADO se llevaron un radio marca "CITY", siendo de advertir que en este mismo lugar dieron de balazos al señor JULIO CESAR PARRA TORRES, lesionándolo a la altura del tercer espacio intercostal izquierdo, lo cual le produjo, según dictámen médico-legal, incapacidad por espacio de catorce (14) dias.

"Consumados todos estos actos de barbarie el grupo delincuente huyó y de inmediato ninguno fue capturado debido a que el concurso de la fuerza pública solo fue posible en las horas de la noche, al ser conocida la trágica noticia en las poblaciones de Venadillo, Junín y Santa Isabel, y sólo entonces se tomaron las medidas tendientes al levantamiento de los cadáveres y a la localización y captura de los responsables".

Adelantada la averiguación correspondiente, por sentencia de 17 de diciembre de 1.959, se condenó a Diógenes Garzón Rubio, Manuel Garzón Gutiérrez, Gustavo Garzón, Arcadio Garzón, Atiliano Palacio, Juan Palacio (hijo) y Darío Garzón, a veinticuatro (24) años de presidio y sanciones accesorias del caso; se sobreseyó temporalmente en favor de Hermes Cardozo Corrales y Boanerges Zuluaga; y se absolvió a los demás sindicados de los cargos por los cuales se les había recibido indagatoria.

El Tribunal Superior de Ibagué, en fallo de 2 de febrero de 1.961, condenó a Darío Garzón Plazas a veinticuatro (24) años de presidio y sanciones accesorias, por los delitos de homicidio y lesiones personales y sobreseyó temporalmente en favor del mismo por el delito de robo que se le imputó; absolvió a varios de los procesados; sobreseyó temporalmente en favor de Diógenes Garzón Rubio, Boanerges Zuluaga, Gustavo y Octavio Garzón, Atiliano y Juan Palacio (hijo); y ordenó cesar todo procedimiento contra Manuel Garzón Gutiérrez, por haberse acreditado la muerte de éste.

La revisión solicitada se refiere a las anteriores sentencias.

LA DEMANDA:

La demanda reproduce la parte resolutiva de los fallos de que se trata, hace un relato breve de la atroz ocurrencia investigada, aduce como causales de re-

visión las contempladas bajo los numerales 3o. y 5o. del artículo 571 del estatuto procedimental penal y da las razones de hecho y de derecho en que las funda.

Todavía, para una mayor sustentación de ella, el señor apoderado trajo a los autos su alegato de 31 de marzo de este año, en el cual, tras breve referencia al concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, repite sus razonamientos "para mejor orientación de la Procuraduría y de la Corte".

Con base en la causal 3a. el demandante sostiene "que las pruebas que sirvieron para condenar a Darío Garzón Plazas, son falsas (ord. 3o. del art. 571 del C. de P. P.)".

La causal quinta se expone así: "después de la condenación se presentan pruebas nuevas, que establecen la irresponsabilidad de Darío Garzón Plazas, y que son las que acompaño a esta demanda (ord. 5o. del artículo 571 del C. de P. P.)".

EXAMEN DE LAS CAUSALES ALEGADAS Y CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Causal Tercera. Dice el artículo 571 del C. de P. P., que hay lugar a revisión contra las sentencias ejecutoriadas,

3o. "Cuando alguno esté cumpliendo condena y se demuestre que es falso algún testimonio, peritazgo, documento o prueba de cualquier otra clase que haya podido determinar el fallo respectivo".

Para que proceda la revisión, de acuerdo con este numeral, es necesario, por tanto, que "se demuestre" la falsedad de la prueba, "que haya podido determinar el fallo" acusado. No basta, como se ve, que se alegue la falsedad, pues es indispensable su demostración.

Se ha comprobado, en el caso de Darío Garzón Plazas, que las pruebas que sirvieron al Juzgado 35 de Instrucción Criminal y al Tribunal Superior de Ibagué, para proferir contra aquél sentencia condenatoria, son falsas?.

Así lo sostiene el demandante, en repetida alegación. Hace el detallado examen de las declaraciones apreciadas por el Tribunal, en orden a aceptar "que la pandilla depredadora partió de la casa de Darío Garzón". Y concluye su estudio con estas palabras: "La prueba deducida por el Tribunal es falsa, porque no está de acuerdo con la realidad de lo acontecido", ya que "ninguno de los individuos que vieron pasar la cuadrilla y que estuvieron cerca a los asaltantes, conocieron o identificaron a Darío Garzón Plazas como uno de los que perpetraron los crímenes de que se trata".

Entiende que no corresponde a la realidad la interpretación que se dió por aquella Corporación a la declaración de María Elimenia Díaz, porque esta mujer no aseguró que entre los asaltantes estuviera Darío Garzón Plazas, aunque sí dijo que "eran las dos de la tarde cuando yo ví la patrulla de la casa de Darío Garzón, atravesaron por las yuqueras de Darío Garzón y cogieron por el pié de la manga enrastrojada del mismo Darío Garzón" y que luego "se descolgaron para el lado del Porvenir" y que las personas que allí perecieron fueron muertas "por los mismos que salieron de donde Darío Garzón".

Y si Guillermo Díaz, Paulina Espinosa, Julio César Parra, Miguel Pinzón, Nohemí Martínez y Esther Melo no advirtieron la presencia de Darío Garzón, ya que no la mencionan en sus declaraciones, es porque este sujeto no se encontró realmente en la matanza de que se trata.

Dice, por último, el demandante que la declaración de José Blas Rozo, escaso mérito acarrea como prueba de la responsabilidad penal de Darío Garzón Plazas, pues se trata "de un 'pandillero' que no acepta su participación, pero sí inculpa a otros".

"Y si se tiene en cuenta -son palabras de la demanda- que ninguna de las personas que presenciaron el paso o que estuvieron cerca de los facinerosos nombra a Darío Garzón, y si se tiene en cuenta la prueba de que se hablará en el aparte siguiente, puede afirmarse que la prueba es falsa en cuanto sobre ella descansa un indicio de responsabilidad de Darío Garzón Plazas".

Analizó también el demandante el hecho de "la posesión del fusil por parte de Darío Garzón Plazas" para asegurar que tal indicio carece de todo valor.

Son Campo E. y Abel Campos quienes sostienen que Darío Garzón Plazas era dueño de un fusil "de manubrio de balas grandes" y dan algunos detalles sobre la forma y ocultación en que aquello mantenía enterrado frente a un espejo y envuelto en unos "chiros".

"De los veinte nombres de sujetos que aparecen en el proceso -enseña textualmente la demanda- todos tenían fusil". Falsa interpretación dió el Tribunal a este hecho.

Y falsas son también -en sentir del recurrente- las pruebas de las cuales se dedujo que el móvil de los hechos fue el rencor o la animadversión de los atacantes contra sus indefensas víctimas.

En este particular, se trascriben apartes de los testimonios de María Fanny Garzón de Campos, Oscar Plazas, José Manuel Giraldo, Pablo E. Campos, Ana Beltrán de Sandoval, Luis Felipe Correa y Gilberto Correa, para concluir que de ellos solo se deduce "que las gentes de la región vivían en estado de permanente zozobra, temiéndose mútuamente, armados y prevenidos para cualquier ataque. Pues eso de turnarse para vigilar y 'arrancar a correr', cuando hay bala, no indica sino un estado de alerta, más bien que de ataque".

Ha querido el demandante que se tengan en cuenta también las indagatorias de algunos sindicados, en cuanto ellas afianzan su convicción a este respecto.

Así se da término a la exposición sobre la causal tercera:

"Estas pruebas en que el Tribunal asienta la responsabilidad de Darío Garzón son pruebas falsas.

"La verdad puede ser considerada en las cosas -aquí en los testimonios en sí- o en el entendimiento. La primera es la verdad real u objetiva, la segunda es la formal o subjetiva. Se necesita que la verdad subjetiva corresponda a la objetiva.

"Cuando un indicio no existe, no hay verdad objetiva; cuando se hace una deducción indebida de un indicio, no hay verdad subjetiva. En uno u otro caso, las pruebas no son verdaderas, sino que son falsas, pues falso es lo contrario a la verdad, sea ella objetiva o subjetiva".

SE CONSIDERA:

Todos los razonamientos, que no demostraciones, del señor apoderado de Garzón Plazas, se encaminan a indicar a la Corte, que tanto el Juzgado 35 de Instrucción Criminal como el Tribunal Superior de Ibagué, atribuyeron a pruebas y hechos "un valor probatorio que no tienen". Esto es, la causal tercera de revisión se desplazó hacia la segunda de casación, con notoria habilidad, desde luego, pero con resultados negativos para los efectos que se persiguen.

Ya se indicó que, cuando se invoca la causal tercera de revisión, toca al recurrente demostrar la falsedad de las pruebas de cargo contra el condenado o que tuvieron influencia en el respectivo fallo, por cuanto ellas no corresponden a la realidad aceptada por el juzgador.

Al anunciar el demandante que "las pruebas que sirvieron para condenar a Darío Garzón Plazas, son falsas" debió traer, al mismo tiempo, la demostración de esa falsedad. No lo hizo así. Anotó solamente la circunstancia, pero no la probó. En consecuencia, mientras no se afirme, con certeza, que María Elimenia Díaz no estuvo en posibilidad de ver, ni de apreciar los hechos que narró y que comprometieron la responsabilidad penal de Garzón, su dicho ha de aceptarse como verdadero. Mientras no se traiga la prueba de que los demás declarantes faltaron a la verdad, mal pueden desecharse sus testimonios, como falsos. Mientras no se destruya la verdad aparente de la narración de José Blas Rozo, ella es aceptable.

Si, oportunamente, se hubiera interpuesto contra la sentencia el recurso extraordinario de casación y dentro de él se hubiera alegado la causal segunda, entonces habría sido el caso de averiguar si la interpretación que dió el Tribunal Superior de Ibagué a aquellos testimonios se apartaba en forma notoria o protuberante de las demostraciones procesales. Pero en revisión no se trata de ello. Si fuera de otra suerte, se estaría revisando, por tercera ocasión, una sentencia, o sea, se vendría a convertir el recurso en verdadera instancia, con notorio quebrantamiento de la teoría procesal en el derecho penal colombiano.

La Corte piensa -y carece de elementos para enseñar lo contrario- que las informaciones de personas que estuvieron dentro de la vorágine de odios y retaliaciones que vivieron regiones del Tolima y que con notorio valor declararon en este proceso, son verdaderas, esto es, que cada una de ellas relató lealmente su verdad, o sea, la realidad que le constaba y que apreció desde el distinto ángulo en que se vió colocado.

Aquí también, como en caso semejante estudiado por la Corte, la falsedad de la prueba se refirió, no a los elementos probatorios en sí mismos considerados, sino a la deducción que de ellos sacó el fallador de las instancias. En síntesis, se ha tratado de revivir el debate probatorio que se adelantó dentro de las distintas etapas procesales, buscando demostrar que ciertas inferencias no corresponden a la realidad.

La presunción de verdad de la cosa juzgada no alcanza a destruirse mediante el análisis de pruebas, ya estudiadas, o del examen crítico de hechos, debidamente apreciados. En el recurso de revisión, el demandante, dentro del término probatorio, debe sumar los elementos de juicio suficientes a demostrar que "es falso algún testimonio, peritazgo, documento o prueba de cualquier otra clase que haya podido determinar el fallo respectivo". No bastan, en conclusión, alega-

ciones y argumentaciones, por hábiles que ellas sean, pues se requiere es la prueba de la falsedad dichas contra el testimonio, peritazgo o documento. "Por esto -dijo la Corte en fallo de 29 de agosto de 1.960- si se intenta demostrar la falsedad de un testimonio o testimonios, por medio de otros testimonios, además de los requisitos de credibilidad que deben reunir los testigos de impugnación, se debe comprobar de manera adecuada, que éstos no se pudieron recibir dentro del proceso objeto de la revisión por algún hecho imprevisible o irresistible que origine fuerza mayor, o causa de una conducta dolosa de parte interesada o favorecida con la sentencia".

En este caso, como se ve, no se ensayó la demostración sobre la falsedad de las declaraciones analizadas en la demanda y a las cuales se ha referido la Corte en este fallo. Por tanto, mal pueden ser desechados aquellos testimonios. Ni desecharse podría la apreciación que de los mismos hizo el Tribunal Superior de Ibagué, pues ello no corresponde al recurso de revisión, que no es una tercera instancia. La alegación del señor apoderado de Garzón es de innegable importancia, pero no alcanza a destruir, por este aspecto, el valor de la cosa juzgada.

Conviene dejar sentado, aunque ello no corresponda a la etapa procesal que vive este juicio, lo que sigue:

Hubo ánimo de venganza de los habitantes del paraje de "Pan de Azúcar" con los de "El Porvenir" y "Malavar" en vispera de la matanza llevada a término en este último sitio, hubo reunión en la casa de Darío Garzón; de ésta salieron los "pandilleros" en fila india, advertida por la declarante Díaz; los sujetos de apellido Garzón, son calificados como "pandilleros", enemigos de las familias que resultaron destruidas; algunos declarantes señalan a Darío Garzón, como uno de los individuos que fue hasta "Malavar", en donde se cometió el atroz delito.

No se ha demostrado la causal tercera de revisión. Por lo tanto, será desechada.

Causal Quinta. Hay también lugar a revisión, "cuando después de la condenación aparezcan hechos nuevos o se presenten pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado o condenados, o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad".

Se han presentado hechos nuevos, no conocidos al tiempo de los debates procesales, que vengan a demostrar la inocencia o irresponsabilidad de Darío Garzón Plazas?. Las pruebas nuevas aportadas demuestran lo mismo o constituyen siquiera indicios graves de inocencia o irresponsabilidad del condenado?.

El hecho nuevo traído al debate por el señor apoderado de Garzón Plazas, es el siguiente:

"Hay, pues, diez declarantes que aseguran que Darío Garzón Plazas no estaba en el lugar de los hechos, sino en Santa Isabel. Se pusieron de acuerdo para mentir estos testigos?. Afirmarlo sería una temeridad. Todos dan razón de su dicho y se notará la razón clara y terminante de María Hernández, de que había ido Darío Garzón a Santa Isabel, pues allí estaban su esposa y sus hijos alojados, lo que confirma su hijo José Hernández. Los demás lo vieron a horas diferentes y no se puede dudar de que Garzón no se ausentó del poblado ni esa tarde ni esa noche.

"Cabe no olvidar que según la prueba de inspección ocular que obra en el proceso, 'el tiempo que una persona necesita para trasladarse del área de este municipio (Santa Isabel) al lugar donde ocurrieron los hechos y regresar al área urbana, es de nueve horas y media, sin estacionar en ningún lugar' (Fl. 264 del C. 2o.).

"Si el don de ubicuidad no existe en los seres humanos corrientes, esta prueba de la coartada, que es plena o completa, demuestra que si Darío Garzón Plazas estaba en Santa Isabel, no podía estar el mismo día y a las horas de los hechos sangrientos en la vereda de Malavar".

Esas declaraciones, en el orden en que fueron ratificadas, dicen así:

Anatilde Arbeláez de Galeano vió "el día en que perdieron la vida más de veinte personas en la vereda de Malavar, Municipio de Venadillo, encontrándome yo en compañía de mi esposo a los lados del cementerio, de este poblado (Santa Isabel)", "al señor Darío Garzón Plazas, como a eso de las dos a las tres de la tarde que estaba sentado en unas escalas de la casa del finado Misael Forero...".

Pablo Emilio Galeano L. "el día en que mataron un poco de ciudadanos en la fracción Malavar" vió "al señor Darío Garzón Plazas en varias veces u ocasiones, la primera vez estando yo en mi negocio... como a eso de las once del día y luego como a la una de la tarde, por la tarde del mismo día del crimen, encontrándome en compañía de mi esposa por los lados del cementerio a eso de las dos de la tarde o dos y media le vi nuevamente sentado en las escalas del andén de la casa del finado Misael forero....".

Humberto Ardila González dijo: "...no recuerdo bien si fue el día ese de los muertos de Malavar o fue el día anterior, en todo caso era sábado día de mercado en este pueblo cuando vi en varias ocasiones al señor Darío Garzón Plazas comprando mercado...entre las diez de la mañana a cuatro de la tarde..."

Pablo Emilio Forero S., manifestó: "En la fecha que mataron unas gentes en fracción de Venadillo, vereda Malavar,...a mi establecimiento entró el señor Darío Garzón Plazas entre once y doce del día...Más tarde lo vi en una tienda que había frente a mi café en actitud de compras de mercado....".

Angel María Rincón Acevedo expresó: "Pues ese día no vi al señor Darío Garzón porque me encontraba en Venadillo y regresé por la tarde....".

Amparo Vergel de Rincón contestó: "Pues ese día no vi al señor Darío Garzón Plazas, pues todo el día la pasé en la casa....".

María Hernández recuerda "que ese día en que sucedieron los hechos de Malavar, el señor Darío Garzón Plazas, como tenía en esa época la familia en este municipio, lo vi en la casa mía a las once o doce o sea a las horas del almuerzo....". "Ese día permaneció allí el señor Garzón por el resto de las horas de la tarde con su familia habiéndose quedado también a dormir la noche y se levantó más o menos a las seis de la mañana.....".

Elías Valero Valero dijo: "El día que tuvieron ocurrencia los hechos en la vereda de Malavar, recuerdo que vi a Darío Garzón en este poblado con unas gallinas antes del medio día.... Después por la tarde lo vi en varias ocasiones por la calle....".

Heraclio Rodriguez Espitia vió a Darío Garzón en Santa Isabel el día en que se produjo la matanza de Malavar, "como a eso de las doce a una de la tarde, pues lo vi fue de cruzada y solamente nos saludamos...".

Son, pues, solamente seis los declarantes que afirman haber visto a Darío Garzón Plazas, en la población de Santa Isabel, bien distante por cierto del paraje "Malavar", "el día en que tuvieron ocurrencia los hechos" aquí descritos.

En efecto, Humberto Ardila lo vió, según afirma, pero el día sábado, "en todo caso era sábado". La matanza ocurrió el domingo 23 de agosto de 1.929.

Angel María Rincón no lo vió el día en que fueron muertas varias personas en "Malavar", pues ni siquiera se encontraba en Santa Isabel.

Amparo Vergel de Rincón tampoco lo vió, en esa fecha, pues no salió de su casa.

De la misma suerte, Pablo Abel Campos y Fanny Garzón de Campos no afirman haber visto a Darío Garzón en Santa Isabel, y se refieren en sus testimonios a una carta que dice haber recibido el primero de Manuel Garzón, en la cual amenazaba, carta que dizque fue a parar a manos del señor Gobernador del Departamento.

Son, como se ve, Anatilde Arbeláez de G., Pablo Emilio Galeano E., Pablo Emilio Forero S., María Hernández, Elías Valero y Heraclio Rodriguez, las personas que dizque vieron a Darío Garzón Plazas, en Santa Isabel, el 23 de agosto de 1.959.

Merece credibilidad el dicho de estos deponentes?.

Lo primero que se advierte, en aquellas declaraciones, es que ninguno de los interrogados recuerda la fecha precisa en que ocurrió la matanza de "Malavar". Sin embargo varios de ellos la habían precisado, en manifestaciones anteriores. Aunque han pasado algunos años, es lo cierto que la ocurrencia de hechos de esta naturaleza se suelen grabar en la mente de quienes, en alguna forma, se vieron sorprendidos por ellos. Puede aceptarse, no obstante, que ningún declarante tuvo interés en conservar la oscura fecha.

Pablo Emilio Forero S. tiene un establecimiento de cantina en Santa Isabel. Allí dizque vió a Darío Garzón. En él vió también, el mismo día, a Diógenes Garzón.

"Es decir -son palabras del señor Procurador- que el establecimiento o cantina del declarante le sirve de base para explicar su conocimiento de los hechos por los cuales se le interroga en uno y otro caso, pero es bastante sugestivo que al tratar de aquél haga abstracción de éste y viceversa".

Es como si este testigo estuviera dando su declaración, por etapas, y a medida que se necesita demostrar ésta o aquella incidencia. No de otra forma se explica que, ocurridos los hechos, hubiera manifestado haber visto, en su cantina, a Diógenes Garzón, y no hubiera dicho que a este lugar llegó también otro de los sindicados de la matanza de "Malavar". Sólo hoy viene a recordarlo. Ello echa sombra de sospecha sobre la veracidad de este testimonio (Fls. 5 y 9 del Cuad. 2o.).

Angel María Rincón y Amparo Vergel de Rincón no vieron a Darío Garzón en Santa Isabel, el 23 de agosto de 1.959. Angel vió, en cambio, a Diógenes Gar-

zón, en las horas de la tarde, al regresar de Venadillo. Y Amparo también se percató de la presencia en Santa Isabel de Diógenes Garzón, en la cantina de su propiedad. (Fls. 10, 11 y 150 vto. del C. 2o.).

Elías Valero V. sólo vió en Santa Isabel a los Valero -algunos de ellos complicados en la masacre de "Malavar"- a Diógenes Garzon y a Arcadio Garzón. A Darío Garzón -dijo- "puede que lo conozca porque yo conozco a todos los Garzón pero el nombre es el que no le sé...". Así lo manifestó, a raíz de la muerte del grupo campesino a que se refiere esta investigación (fl. 145 vto., cuad. 2o.). Ahora, pasados los años, si recuerda que vió a Darío, a quien ni siquiera distinguía entre todos los sujetos de apellido Garzón. Podrá darse credibilidad a semejante testigo?. No. Es contradictorio su dicho, acomodaticio a las circunstancias.

Anatilde Arbeláez de Galeano, como que anduvo por los lados del cementerio de Santa Isabel, el día en que fueron muertos los campesinos de "Malavar". Allí dizque vió a Darío Garzón. Sin embargo, el reo permaneció en casa de María Hernández, desde las once o doce del día, hasta la mañana siguiente, según informa ésta. Cuál de ellas faltó a la verdad?.

Y Pablo Emilio Galeano, que andaba con su esposa Anatilde por aquel mismo lugar, al narrar sus actividades del día 23 de agosto de 1.959, declaró lo siguiente, en octubre del mismo año:

"Preguntado: Dígame si el día de los hechos vió y estuvo con todos o algunos de los mentados Garzón que conoce (Manuel, Arcadio, Rubén, Darío, Misael, Juan Hipólito, Juan de Jesús y Diógenes Garzón), en qué sitio, con con qué motivo y de qué habló o trató con ellos?. Contestó: Vi a Rubén y a Diógenes Garzón. De los otros no recuerdo haberlos visto ese domingo. Rubén pasó varias veces por la calle de mi almacén, pasó como a las horas de misa y también pasó en las horas de la tarde. A Diógenes lo vi también por ahí como a medio día que estaba en el café "Andino"; después lo vi que pasó por frente a la esquina de mi almacén.....".

Qué otras actividades cumplió aquel día Galeano?. "Yo ese día permanecí en el pueblo atendiendo mi negocio y por varias veces salí por el lado de los cafés, en las horas de la tarde y también estuve cerca a la escuela donde tenían un baile.....".

Para nada menciona el paseo, en compañía de su esposa, por los lados del cementerio. Para nada menciona la presencia de Darío Garzón Plazas, a pesar de habérsele preguntado por ello. Y esto fue en octubre de 1.959, a escasos dos meses del trágico episodio. (Fl. 92 del C. 2o).

Cómo, pues, dar crédito a quién así procede ?. Su declaración, por decir lo menos, es tan sospechosa como la de su esposa, Anatilde Arbeláez de Galeano.

María Hernández dijo que a su casa había llegado, entre once y doce del día, Darío Garzón y que allí permaneció en las horas de la tarde y la noche. A las seis de la mañana del día siguiente se levantó. Cómo, pues, fue visto el sindicado, a tan diversas horas y en tan distintos lugares, en la plaza del poblado, en la calle, por los lados del cementerio?. Cómo fue que Heraclio Rodríguez advirtió su presencia de "doce a una de la tarde" ?.

Alguien ha faltado a la verdad. Y en el afán de proteger a Darío Garzón, los declarantes dan detalles de significación: alguno observó que Garzón llevaba

consigo unas gallinas; otro notó que Darío trataba de comprar mercado, pues cargaba unos costales. Pero ocurre que el reo, después de las doce, a decir de la Hernández, no salió de la casa.

Quién o quiénes han declarado falsamente? No da la Corte credibilidad a los dichos de los testigos, que contradiciendo sus anteriores afirmaciones, aseguran la presencia de Darío Garzón, en Santa Isábel, el 23 de agosto de 1.959. Ni acepta otros testimonios, por aparecer opuestos entre sí, como se acaba de ver. Y es que no se comprende la razón que tuvieron la mayor parte de los testigos interrogados aquí, para ignorar, en la etapa investigativa, hechos de tamaña importancia para el resultado del proceso, como era la permanencia de Garzón Plazas en el poblado dicho.

Si las declaraciones con que se trató de demostrar el hecho nuevo alegado, para exigir la revisión del proceso contra Darío Garzón Plazas, son tan deleznables y dignas de tan poco crédito, como acaba de verse en el análisis anterior, mal podría darse por probada la causal quinta del artículo 571 del C. de P. P., o sea, sin elementos de convicción serios, no es posible destruir la presunción de verdad que encierran los fallos de que se trata aquí.

Y ello es más notorio, si se tiene en cuenta, como lo anotó el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, que son muy numerosos los testigos, "conocedores todos de Darío Garzón Plazas", que "declaran enfáticamente que al 'UNICO' que vieron en Santa Isabel el día de los acontecimientos, fue a Diógenes Garzón Rubio".

Finalmente, copiando el concepto del Ministerio Público, la Corte agrega:

"De nada vale observar que Darío Garzón Plazas no fue indagatoriado, acto en el cual habría podido alegar su negativo loci, pues él fue, a virtud del auto de detención preventiva (Fl. 121 Cuad. 1o.), empleado como consta al folio 105 del cuaderno primero (sic), habiéndosele nombrado como defensor de oficio al doctor Gonzalo Rodríguez, lo que se comprueba al folio 109 del mismo cuaderno.

"Pero ello obedeció a que el citado Darío Garzón Plazas, quien se hallaba prófugo, fue apenas capturado, como lo relata el informe respectivo, de fecha 14 de noviembre de 1.962, cuando se hacía pasar por Emiliano Sánchez (Fl. 495 Cuad. 2o.), informe éste que debe relacionarse con los que aparecen a folios 405 y 431 del mismo cuaderno y la parte final del auto del folio 480 del propio cuaderno.

"Es también de mucha importancia para adquirir un mejor conocimiento del caso planteado en revisión, tener a la vista todo lo que dice el auto de detención preventiva, proferido por un juzgado y un Juez diferentes de los del fallo (Fl. 121, Cuad. 1o.), cuya argumentación y estructura es de mucha importancia por su lógica y conclusiones de todo orden".

Repugna, ciertamente, el hecho de que en este proceso no se hubiera sancionado, y a pesar de la prueba recibida, sino a uno de los comprometidos en la matanza cumplida en "Malavar", jurisdicción de Venadillo, el 23 de agosto de 1.959. Sobre ello, la Corte sólo puede exigir que se continúe, con actividad y celo, la investigación, para que merced al restablecimiento del derecho violado, se castigue, se intimide, se enderece a los delincuentes y se haga la paz social.

Se desecha así la causal 5ª de revisión.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema -Sala Penal- administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Agente del Ministerio Público, NO ORDENA LA REVISION de las sentencias que han sido examinadas en este fallo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la "Gaceta Judicial".

Simón Montero Torres. - Samuel Barrientos Restrepo. - Julio Roncallo Acosta. - Humberto Barrera Domínguez. - Gustavo Rendón Gaviria. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Secretario.-

HOMICIDIO. CIRCUNSTANCIAS MODIFICADORAS DEL HECHO DELICTUOSO. RIÑA Y GRAVE E INJUSTA PROVOCACION. DIFERENCIA ENTRE UNA Y OTRA. LA IRA ORIGINADA EN GRAVE E INJUSTA PROVOCACION Y LA RIÑA IMPREVISTA COMO AMINORANTES DE LA SANCION.

1. Luego de anotar el recurrente que "es más grave, provoca más (incluso por reflejo condicionado) un golpe que una palabra o frases procaces", llega a la afirmación de que "quien riñe y por ello merece la atenuación, es porque tiene ira y la ira es elemento primordial del art. 28 del C. P. Luego, si se la toma para constituir la aminorante del art. 384 ibídem, se desintegra la primera figura. Hacerla valer dos veces, no es justo, ni lógico".

Esta tesis, como es obvio, lleva a la inutilidad del precepto contenido en el art. 384 del Código Penal ya que en todo caso de homicidio o lesiones cometido en riña que se suscite mediante injusta y grave provocación de obra de parte del sujeto pasivo, se tendría la atenuante señalada en el art. 28 del mismo libro. Y es evidente que no cabe aceptar esta derogatoria de aquel precepto mediante la interpretación de las normas citadas en la forma en que lo hace el demandante. Esa provocación mediante el ataque material, grave e injusto, es lo que le da precisamente a la riña el carácter de imprevista, en el supuesto aludido por el impugnante.

En sentencias de 27 de agosto de 1.947 (G. J. T. LXIII, pág. 435) y de 22 de febrero de 1.949 (G. J. T. LXV, pág. 459), esta Sala dice que "la riña y la provocación no son una misma cosa. La provocación es la ofensa, la causa que genera el hecho de la riña. La riña es la pelea, la contienda, el intercambio de golpes entre dos o más personas. Quien se mezcla en una pelea es porque es provocador o ha sido provocado. En tal caso el elemento 'provocación' es la causa, el fulminante que determina el estallido de la ira".

Claro está que quien contesta con un golpe a otro golpe, dentro de una pelea que no buscó, obra dentro de una riña imprevista simplemente. Mas si previamente, como ocurre en este caso, el agente había sido grave e injustamente provocado mediante agresiones verbales o de obra, es evidente que la ira por éstas originada hace pertinente, junto con la atenuante del art. 384 del Código Penal la aminorante prevista en el art. 28 de la misma obra.

2. Si en la comisión del delito concurren, sin que se confundan por no ser coetáneas, la ira originada en una grave e injusta provocación y la riña imprevista, es jurídico que se tomen en cuenta ambas aminorantes de la sanción. No ocurre lo mismo cuando la imprevisión de la riña se funda en la provocación llevada a cabo por el sujeto pasivo del homicidio o de las lesiones personales, pues únicamente se cuenta con un acto provocador, coetáneo con la

conducta delictuosa del agente. Esto último es lo que se expresa en la sentencia de 13 de septiembre de 1.962, citada por el recurrente.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, trece de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

El señor Fiscal del Tribunal Superior de Tunja interpone el recurso de casación contra la sentencia de 15 de abril de 1.963, por la cual dicha Corporación impone al procesado EUSTASIO HIGUERA MAYORGA la pena principal de veinte meses de presidio, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Pedro Ostos Gamboa.

En su demanda, el señor Agente del Ministerio Público invoca la causal primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto el ad quem "no hizo una interpretación jurídica de los artículos 28, 362 y 384 del Código Penal".

HECHOS Y TRAMITE DEL PROCESO:

En la providencia recurrida se hace la siguiente síntesis de lo sucedido:

"De las cuatro a las cinco de la tarde del quince de octubre de mil novecientos cincuenta y ocho, se encontraban varios trabajadores aporcando y aplicando abonos en una sementéra de papa de Guillermo Acevedo, situada en la vereda de 'Gatoba' del municipio de Sotaquirá, cuando por motivos que aún no aparecen precisados surgió una discusión entre los obreros PEDRO OSTOS GAMBOA y EUSTACIO HIGUERA MAYORGA. En el curso del diálogo parece que hubo frases ofensivas, sobre todo de parte del trabajador Higuera Mayorga, lo que dió lugar a que después de la escena de palabras Pedro Ostos le propinara (sic) a su interlocutor, en momentos en que este se encontraba agachado, un garrotazo por la cabeza, seguido de otro golpe dado con azadón, ataques que ocasionaron la caída del agredido. Han afirmado algunos testigos que Higuera Mayorga se levantó y se agarró a fuerzas con su contendor, hasta que éste salió corriendo y llegó al corte, donde otros obreros se hallaban trabajando y como hasta allí también llegara Higuera Mayorga persiguiéndolo, Ostos le asestó con la herramienta un nuevo golpe y lo derribó; luego se paró Higuera Mayorga, ya provisto de un azadón, y le dió a su contendor un azadonazo por la cabeza, dejándolo tendido en el suelo y gravemente herido, pues, aunquando después se levantó y llegó caminando a su casa, falleció en el hospital 'San Rafael' de Tunja, a las once de la mañana del día diecisiete de octubre de 1.958, a causa de la fractura del cráneo".

Clausurada la averiguación penal, el Juzgado 2o. Superior de Tunja, mediante proveído de 25 de febrero de 1.959, confirmado por el Tribunal Superior de la misma ciudad el veintidós de julio del citado año, llama a juicio al procesado EUSTACIO HIGUERA MAYORGA por el delito de homicidio cometido dentro de la circunstancia atenuante prevista en el artículo 28 del Código Penal. Sobre este último particular, expresa el ad quem: "Si la acción delictuosa que ha ocasionado el enjuiciamiento de Higuera Mayorga se considera desligada de la actividad

denominada riña, indudablemente es aceptado afirmar que el homicidio perpetrado por tal individuo queda comprendido dentro de la circunstancia del estado de ira causada por grave e injusta provocación, desde luego que el autor del delito fue agredido con arma contundente, cuando estaba dedicado a apocar la sementera de papas y después, en otro lugar y en otra escena sufrió nueva agresión por medio de un golpe que lo echó a tierra". Insiste el Juzgador de segunda instancia que "el estado de ira fue causado por los golpes que Higuera Mayorga recibió de Pedro Ostos Gamboa".

Acorde con los cargos propuestos en el auto de proceder, al Jurado le fueron propuestas las siguientes preguntas:

"Cuestión primera. ¿El acusado EUSTACIO HIGUERA MAYORGA es responsable, SI o NO, de haber causado la muerte, con intención de matar, a Pedro Ostos Gamboa, a consecuencia de heridas producidas por instrumento contundente..... ....?".

"Cuestión segunda. ¿El hecho a que se refiere la cuestión primera anterior, lo cometió el acusado en estado de ira causado por grave e injusta provocación?".

Los jueces de conciencia, atendiendo la petición subsidiaria del defensor, dieron la siguiente respuesta: "Si es responsable en una riña imprevista y en estado de ira por grave e injusta provocación".

Tanto el a quo como el ad quem encontraron pertinentes, de acuerdo con el veredicto del Jurado, las circunstancias atenuantes señaladas en los artículos 28 y 384 del Código Penal, habiendo sido fijada al procesado, en definitiva, una pena privativa de la libertad de veinte (20) meses de presidio.

Dice el Tribunal Superior de Tunja en su fallo:

"Y esa provocación de hecho, como es natural, tuvo que suscitar en el procesado un grave estado de ira, que luego dió por resultado un breve combate o riña entre los protagonistas, según aparece en la narración de los hechos, basada en la prueba testimonial y en la misma confesión del encausado. En consecuencia, no puede decirse que el veredicto del Jurado sea contrario a la evidencia de los hechos o que pugne con los principios de justicia, como quiera que la misma ley penal faculta a los miembros de Jurado para reconocer las circunstancias atenuantes de la responsabilidad. Y aquí surgió primero el estado de ira, grave e injustamente provocado, y, luego, se presentó una movida contienda, a mano armada, que terminó con el vencimiento de Pedro Ostos Gamboa, al recibir en la cabeza un golpe mortal. En síntesis, el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 480 del C. de P. P., era obvio".

DEMANDA DE CASACION:

El señor Fiscal del Tribunal Superior de Tunja, como se dejó dicho, invoca la causal primera de casación, la cual fundamenta en la forma siguiente:

"Desde luego, no podrá nunca decirse que la figura del art. 28 y la del art. 384 sean exactamente iguales. Si lo fueran, sobraría una de ellas y el legislador hubiera incurrido en redundancia. Como lo ha dicho CARRARA, la ira es el género y la riña la especie. En otras palabras, tomadas de la sentencia de la

Corte de febrero 26 de 1.954 (G. J. T. LXXVII, p. 204): "Porque la ira es propia de quien riñe, y un mismo estado espiritual no puede invocarse para obtener una doble atenuación de la secuela de un solo acto.

"Es bueno anotar, como lo ha dicho la Corte también, que la ira (art. 28 del C. P.) no se presenta únicamente cuando el sindicado ha sufrido injurias o denuestos, sino cuando es atacado de obra. Entonces esa es la grave e injusta provocación del presente caso. Y esa provocación no puede tomarse dos veces: como grave e injusta para la atenuante del art. 28 y como provocación (que demuestra la no preparación del sindicado en el lance) del art. 384 del C. P. De ahí que también la Corte haya aclarado que el primer agresor no podrá alegar la disminuyente del art. 384, lo cual es apenas justo y equitativo.

"Tampoco podría considerarse que han de fraccionarse las provocaciones, así: provocaciones verbales que servirían para constituir la del art. 28, y provocaciones de obra, para el art. 384. Entre otras cosas, porque habría incurrido el legislador en un despropósito al considerar que los ataques de obra merecían menos rebaja de pena que los verbales, lo cual resulta absurdo. Indudablemente, es más grave, provoca más (incluso por reflejo condicionado) un golpe que una palabra o frases procaces.

"En el caso de autos, por haberle dado un golpe Ostos a Higuera, éste lo corrió a aquél; entonces fue cuando Ostos le repitió los golpes y cuando Higuera, a su vez, le dió los golpes mortales a Ostos. Por qué corrió Ostos a Higuera? Porque estaba iracundo. Y ya es bastante la atenuación del art. 28, que parte de un mínimo de 32 meses de presidio, como para que se pretenda disminuirle también por la riña imprevista (art. 384 del C. P.) ..... Basta que se repita un elemento en las dos atenuantes para que una de las figuras quede desintegrada.

"..... ....

"El veredicto que no se oponga a la realidad de los hechos, merece -y debe merecer- un estudio jurídico, no simplemente factual del Juez. Así, si éste halla que el jurado, desprevenidamente, ha incurrido en repetición de elementos atenuantes, sin contrariarlo, antes bien, acatándolo, ha de quitar lo que sobre y dejar únicamente lo que se acomode a conclusiones lógicas y jurídicas.

"..... ....

"Ruego a la H. Corte que tenga en cuenta precisamente como argumento del recurrente, las citas que se han hecho con ese objeto". Se refiere el señor Fiscal del Tribunal Superior de Tunja a la sentencia de esta Sala, de 13 de septiembre de 1.962 (casación de LISANDRO PRIETO BARRERA, con ponencia del H. Magistrado doctor Gustavo Rendón Gaviria) y a lo que expone el doctor JORGE ENRIQUE GUTIERREZ ANZOLA en su libro "Delitos contra la vida y la integridad personal" (p. 252 y ss.), lo cual fue transcrito en la aludida sentencia.

Anota por último el impugnante que "no cree, a estas horas, que todos los casos en que haya riña imprevista y también ira por grave e injusta provocación, sean iguales. Como dos productos idénticos de una fábrica. No. Lo que ocurre es que, dentro de la infinita variedad, quien riñe y por ello merece atenuación, es porque tiene ira. Y la ira es elemento primordial del art. 28 del C. P. Luego,

si se la toma para constituir aminorante del art. 384 ibídem, se desintegra la primera figura. Hacerla valer dos veces, no es justo. Ni es lógico. Porque también podría hacerse valer dos veces, por ejemplo, la premeditación (como agravante y como circunstancia de mayor peligrosidad) diciendo que las dos cosas no son exactamente iguales: art. 363, num. 2o. y art. 37, ordinal 5º. del C. P., lo cual es injurídico.

"Por las razones dadas, la Fiscalía insiste respetuosamente en que se case la sentencia, descontando solamente por ira (art. 28 del C. P.)".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Luego de anotar el recurrente que "es más grave, provoca más (incluso por reflejo condicionado) un golpe que una palabra o frases procaces", llega a la afirmación de que "quien riñe y por ello merece la atenuación, es porque tiene ira. Y la ira es elemento primordial del artículo 28 del C. P. Luego, si se la toma para constituir la aminorante del art. 384 ibídem, se desintegra la primera figura. Hacerla valer dos veces, no es justo, ni lógico".

Esta tesis, como es obvio, lleva a la inutilidad del precepto contenido en el art. 384 del Código Penal, ya que en todo caso de homicidio o lesiones cometido en riña que se suscite mediante injusta y grave provocación de obra de parte del sujeto pasivo, se tendría la atenuante señalada en el artículo 28 del mismo libro. Y es evidente que no cabe aceptar esta derogatoria de aquel precepto mediante la interpretación de las normas citadas en la forma en que lo hace el demandante. Esa provocación mediante el ataque material, grave e injusto, es lo que le dá precisamente a la riña el carácter de imprevista, en el supuesto aludido.

En sentencias de 27 de agosto de 1.947 (G. J. T. LXIII, p. 435) y de 22 de febrero de 1.949 (G. J. T. LXV, p. 459), esta Sala dice que "la riña y la provocación no son una misma cosa. La provocación es la ofensa, la causa que genera el hecho de la riña. La riña es la pelea, la contienda, el intercambio de golpes entre dos o más personas. Quien se mezcla en una pelea es porque es provocador o ha sido provocado. En tal caso el elemento 'provocación' es la causa, el fulminante que determina el estallido de la ira".

Claro está que quien contesta con un golpe a otro golpe, dentro de una pelea que no buscó, obra dentro de una riña imprevista, simplemente. Mas si previamente, como ocurre en este caso, el agente había sido grave e injustamente provocado mediante agresiones verbales o de obra, es evidente que la ira por estas originada hace pertinente, junto con la atenuante del artículo 384 del Código Penal, la aminorante prevista en el artículo 28 de la misma obra.

Si en la comisión del delito concurren, sin que se confundan por no ser coetáneas, la ira originada en una grave e injusta provocación y la riña imprevista, es jurídico que se tomen en cuenta ambas aminorantes de la sanción. No ocurre lo mismo cuando la imprevisión de la riña se funda en la provocación llevada a cabo por el sujeto pasivo del homicidio o de las lesiones personales, pues únicamente se cuenta con un acto provocador, coetáneo con la conducta delictuosa del agente. Esto último es lo que se expresa en la sentencia de 13 de septiembre de 1.962, citada por el recurrente.

No incurrió el ad quem en error en la interpretación de la ley penal y, por tanto, por no procede la causal primera de casación invocada por el demandante.

Por lo expuesto, la Corte Suprema -SALA PENAL-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, de que se ha hecho mérito.

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

Simón Montero Torres. - Samuel Barrientos Restrepo. - Julio Roncallo Acosta. - Humberto Barrera Domínguez. - Gustavo Rendón Gaviria. - Primitivo Vergara Crespo.- Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO, CALIFICADO DE ASESINATO

Causales 4a. y 1a. del art. 567 del C. de P. P. La recepción de la indagatoria no es diligencia esencial del proceso. Su omisión no constituye nulidad. Toda alegación tendiente a demostrar que el fallador omitió valorar circunstancias favorables para la individualización de la pena, tiene en casación que hacerse con invocación de la causal 2a. Técnica del recurso de casación.

1. Es un hecho evidente que en el curso de la investigación sumaria al sindicado no se le emplazó conforme a lo dispuesto por el art. 365 del Código de Procedimiento Penal para que compareciera a rendir declaración indagatoria y que por lo mismo dejó de llenarse una formalidad de la ley de procedimiento.

Lo anterior, ciertamente es deplorable, pero no cabe elevar dicha omisión a nulidad. Ello porque las de tipo legal están taxativamente señaladas por los arts. 198 y 199 del C. de P. P., entre las cuales las únicas que podrían hacer referencia a la etapa sumarial son las de los ordinales 1o. y 2o. del art. 198, pues lo ordinario y propio dentro del proceso criminal es que las nulidades se produzcan dentro del juicio. Y en cuanto a la nulidad constitucional apoyada en el art. 26 de la Carta, tampoco es aceptable el planteamiento del demandante porque el derecho de defensa que la doctrina ha tratado de tutelar con apoyo en el texto constitucional es el que toca también con la etapa del juicio, oportunidad destinada a debatir la responsabilidad.

2. La causal primera formulada en la demanda para argüir que fueron violados los arts. 363 y 38 del Código Penal, carece de significación, pues si bien es cierto que las circunstancias de mayor y menor peligrosidad son considerables por el juez de derecho y en juicios por jurado no hacen parte del veredicto, toda alegación tendiente a demostrar que el fallador omitió valorar circunstancias favorables para la individualización de la pena tiene en casación que hacerse con invocación de la causal segunda y dejar establecido el recurrente, en debida forma, el error en la apreciación de los hechos.

3. La naturaleza del juicio en que ha intervenido el jurado de conciencia no autoriza discutir en casación asuntos probatorios que inciden en los elementos sustantivos del grado de participación del procesado en el delito. Ello es así porque de lo contrario habría que admitir la viabilidad de la causal segunda, lo que es contrario a la técnica del recurso.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, trece de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

Procede la Corte, agotados los trámites de rigor, a resolver del recurso extraordinario de casación, interpuesto por el procesado JOSE ROSARIO RIVERA TARAZONA contra la sentencia de veintinueve (29) de agosto de mil novecientos sesenta y uno (1.961) proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, mediante la cual fué condenado, como responsable del delito de homicidio, calificado de asesinato, a la pena principal de diez y seis (16) años de presidio y accesorias pertinentes. Este fallo confirmó el dictado por el Juzgado Tercero Superior del mismo Distrito el ocho (8) de marzo de 1.961.

HECHOS:

La sentencia recurrida los sintetiza así:

"El domingo 6 de abril de 1.958, día de pascua, como de dos y media a tres de la tarde, cuando Victor Manuel Santos se proponía salir a la calle, después de entregar $100.oo a Octavio Rodríguez Delgado, en la casa de éste, situada en una de las esquinas contiguas a la plaza principal de Guaca, donde también había una tienda de víveres, fue atacado sorpresivamente, en el zaguán, a tiros de revólver y puñaladas por dos individuos que huyeron en seguida, dejándolo postrado en tierra con las numerosas heridas que le produjeron la muerte esa misma noche en el hospital de San Andrés, lugar al que fué conducido inmediatamente por sus familiares Rubén Lozano, Alejandrina González de Lozano, Reinaldo Barajas y Rosmira de Barajas.

"Ocurrió también que cuando éstos regresaban aquella misma tarde a la población de Guaca, Rubén le ordenó a su yerno Reinaldo Barajas que se quedara con su esposa Rosmira en la casa-tienda que él tenía en la vereda de 'El Tabacal', a orillas de la carretera, en donde se encontraba como cuidandera María Anaya, lo cual aceptó temeroso Barajas, ya que minutos antes habían sido vistos en sitio inmediato José Rosario y Pablo Rivera, o sean los dos sujetos a quienes se sindicó del ataque a Santos, armados el uno de fusil y el otro de revólver.

"Efectivamente, instantes después de haber entrado Barajas y su mujer a dicha habitación se presentaron los mencionados José Rosario y Pablo, junto con José del Carmen Rivera Medina, hijo de aquel y otros individuos, quienes procedieron a golpear a Rosmira Lozano de Barajas y María Anaya y a disparar sus armas de fuego contra Reinaldo, el que pudo salir en huída vertiginosa sin haber sido lesionado.

"Consumados estos actos de terrorismo los fascinerosos se retiraron, haciéndose notoria después la falta de $100.oo en efectivo, varias canastas de cerveza, algunas latas de salmón y cierta cantidad de cigarrillos que había en la tienda de 'El Tabacal'.

ANTECEDENTES PROCESALES

El proceso, rituado por el procedimiento ordinario, recibió el 9 de agosto de 1.960 calificación de fondo, en providencia que dispuso el llamamiento a juicio con intervención del Jurado de JOSE DEL ROSARIO RIVERA TARAZONA y PABLO RIVERA, por el delito de homicidio cometido en el señor Víctor Manuel Santos.

Los enjuiciados fueron declarados reos ausentes y se les designó defensor de oficio, de acuerdo con las disposiciones procedimentales pertinentes, habiéndose dado vista pública a la causa el 29 de noviembre del mismo año.

El Jurado contestó afirmativamente las cuestiones propuestas por el Juez del conocimiento en el acto de la audiencia pública, reconociendo de esta manera la responsabilidad de los encausados por el delito de homicidio cometido con alevosía (folios. 145 y 146 cuaderno principal).

Con fundamento en la decisión del Jurado fué proferido el fallo condenatorio en el cual, para la individualización de las penas se hicieron estas apreciaciones:

"De acuerdo con los cargos del auto de proceder y el veredicto del jurado, la pena imponible a los acusados es la que señala el artículo 363 del C. P. que fija presidio de quince a veinticuatro años.

"Respecto de José del Rosario Rivera Tarazona, no aparecen demostradas, en forma plena, circunstancias de mayor peligrosidad diferentes de las que figuran como modificadoras específicas del homicidio; porque si bien es verdad que obró con la complicidad de otro -Pablo Rivera- no puede afirmarse perentoriamente que tal complicidad hubiera obedecido a concierto previo entre los dos delincuentes y más parece que tal concurso fué ocasional, máxime si se piensa que la animadversión de José del Rosario más que contra la víctima de aquel día, Víctor Manuel Santos, existía era contra la hermana de éste, Alejandrina González de Lozano, quien lo había lesionado en anterior oportunidad, así fuera para defender a su marido. Pero como José del Rosario Rivera Tarazona tampoco tiene a su favor circunstancias de menor peligrosidad, pues ni siquiera su buena conducta anterior se halla positivamente establecida y en cambio la constancia secretarial del folio 50 v. habla de que la Alcaldía de Guaca le inició sumario por tentativa de homicidio en su pariente Príncipe Rivera, hecho ocurrido el día 5 de enero 1.957, en el punto de El Tabacal de dicho municipio, la pena no podrá graduarse en el mínimo previsto por el artículo 363 sino que tal mínimo se incrementará en un año, conforme a las normas de los artículos 36 y 39 del C. P., lo que indica que a José del Rosario Rivera Tarazona le corresponderá una pena de DIEZ Y SEIS (16) AÑOS DE PRESIDIO, más las accesorias pertinentes, como responsable del homicidio por él cometido en la persona de Víctor Manuel Santos".

DEMANDA DE CASACION

El apoderado constituido por el recurrente formulò en tiempo oportuno la demanda de casación (folios 10 a 34, cuaderno No. 3) ceñida a las prescripciones legales, y en ella impugna la sentencia del Tribunal a través de las causales cuarta y primera del artículo 567 del C. de P. P.

Causal Cuarta. Con invocación de ésta formula cinco cargos, a saber:

Primer cargo.

"La sentencia impugnada es violatoria de la ley procedimental penal por cuanto su pronunciamiento se verificó sin haberse dado previo cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 365 del C. de P. P. durante el término de la instrucción sumaria".

Para demostrarlo el demandante estima como garantía y prerrogativa de los sindicados que a éstos, en el sumario, se les emplace cuando es el caso, de acuerdo con lo que preceptúan los artículos 433 y 365 de dicho código, a efecto de vincularlos procesalmente a la etapa investigativa y cumplir con el mandato de designarles apoderado.

Dice el acusador para sustentar este punto:

"En el caso de autos, tenemos que el señor José del Rosario Rivera Tarazona no se le emplazó de conformidad con lo dispuesto en el citado artículo 365 del Codigo Procesal Penal, para que compareciera ante el señor Investigador 6o. de Instrucción Criminal para que hiciera los descargos a que tenía derecho de acuerdo con el espíritu de norma tan preciosa para garantizar el derecho de defensa. Ciertamente que la recepción de indagatoria de un procesado no es necesaria para adelantar el proceso, como lo tiene establecido la jurisprudencia, pero lo que sí es necesario es que se cumplan las normas procesales que garantizan del derecho de defensa, y cuando en un proceso no se dá cumplimiento a las normas establecidas en el Codigo Procesal Penal y que usualmente se cumplen en todos los procesos, no se puede afirmar que el procesado se le juzgó con la plena observancia de "la plenitud de las formas propias de cada juicio", que prescribe la Carta Fundamental, por cuanto que una costumbre tan establecida en el diligenciamiento sumarial como es el emplazamiento del sindicado por el término de 20 días para que se presente a rendir indagatoria, transforma el artículo 365 del Código citado, en norma esencial para la justicia.

"El señor Juez de la causa interpretó fielmente el pensamiento del señor Fiscal del Juzgado cuando se expresó en la forma siguiente:

"El señor FISCAL DEL JUZGADO tampoco llegó a ese extremo, pero sí piensa que por lo menos se necesita el emplazamiento de que habla el artículo 365 del Código de Procedimento Penal. Y su opinión tiene apoyo en la redacción del artículo, pues en el se dá a entender, por lo menos a contrario sensu, el emplazamiento es necesario para calificar el mèrito del sumario. Si allí se dice que la indagatoria no es necesaria para calificar el mérito del sumario 'DESPUES DE PRACTICADAS LAS MISMAS DILIGENCIAS A QUE HACE REFERENCIA EL ARTICULO 433' DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, O SEA EL EMPLAZAMIENTO, bien puede entenderse que mientras éste no se practique, no puede hacerse lo demás, y tal es el parecer del señor Fiscal; (Fl. 91 del cuaderno principal)".

"No es lo mismo afirmar que el procesado tiene oportunidad de defenderse en la etapa del sumario que en la del juicio, por cuanto que la oportunidad procesal es más amplia en la primera, y no puede afirmarse que por cuanto que se cumplió con los emplazamientos previstos en el artículo 433 del C. de P. P. al procesado se le juzgó conforme a la "plenitud de las formas propias de cada juicio".

Segundo cargo.

Se sostiene por el impugnador "que en el juzgamiento de José del Rosario Rivera Tarazona no se practicaron pruebas pedidas en tiempo oportuno por el defensor y no se practicaron otras tan necesarias para el esclarecimiento del hecho investigado". Agrega, al resumir el motivo de acusación, que dicha "omisión determina quebrantamiento del derecho que tiene todo procesado de hacer constar todo lo que crea conveniente para sus descargos o para la explicación de los hechos, conforme la previsión contenida en el artículo 356 del C. de P. P. el que fué violado en forma directa por el Honorable Tribunal Superior en la sentencia recurrida, violación que también incide en la del artículo 26 de la Constitución Nacional que consagra el derecho de defensa".

Concretamente el cargo se refiere a lo que sigue, según el texto de la demanda:

"El señor defensor del procesado, Dr. José Manuel Jaimes Espinosa, en memorial visible a folio 126 del cuaderno principal, solicitó al señor Juez del conocimiento dentro del término probatorio de la causa, que se practicaran dos pruebas en orden a establecer y clarificar la situación de mis defendidos para la Audiencia Pública'.

"El señor Juez de la causa, por medio de auto de fecha 15 de octubre de 1.960, resolvió negativamente la petición elevada por el señor apoderado en lo atinente al testimonio del señor Carlos Jaimes, por considerar que dicho testimonio ya obraba a folio 78, vuelto del informativo, y en lo referente al testimonio de la señora Adela Barón de Jaimes, se comisionó al señor Juez Municipal de la Población de Guaca para que procediera a recepcionarla.

"La declaración del mencionado señor Carlos Jaimes que aparece a folio 78 vuelto, afirma que si estaba el día de los hechos en la tienda de Rosana Rincón y que tuvo oportunidad de escuchar los disparos que determinaron la muerte violenta del señor Santos, pero que no vió nada. Por considerarlo de importancia para la investigación, el señor defensor pidió su recepción nuevamente por cuanto que el testigo posteriormente manifestó deseos de declarar diciendo la verdad en lo atinente a las modalidades del hecho delictuoso, ya que en su primera declaración había manifestado ignorar completamente los hechos concomitantes que se sucedieron en el momento de la tragedia, por temor a represalias de los verdaderos responsables del crimen. Cuando el testigo consideró que el peligro había desaparecido, manifestó deseos de declarar ante la justicia y por tal motivo el señor defensor le solicitó al señor Juez del conocimiento la recepción de este testimonio, que en su parte esencial tendía a favorecer la situación jurídica del señor Rivera Tarazona en el acto de la audiencia pública. Al negar la práctica de dicha prueba, el señor Juez del conocimiento restringió el derecho de defensa del procesado y quebrantó directamente el artículo 356 del C. de P. P. que consagra el derecho del procesado de hacer constar todo lo que crea conveniente para sus descargos o para la explicación de los hechos:

"En cuanto al testimonio de la señora Adela Barón de Jaimes, el señor Alcalde de Guaca no procuró agotar todos los medios necesarios para localizar a la testigo, como se desprende de la constancia visible a folio 159 del expediente, la que entre otras cosas, llegó al Despacho del señor Juez del conocimiento, el día 1o. de marzo de 1.961, cuando ya se había dictado sentencia de primer grado. Con toda razón el señor defensor en el acto de la Audiencia Pública manifestó lo siguiente:

"Aquí han debido hacerse constar dos pruebas que hubieran sido sustanciales en el proceso. Yo solicité los testimonios de Carlos Jaimes y de Adela Barón de Jaimes, con los cuales se hubiera establecido la inocencia de mis defendidos, pero desafortunadamente esos testimonios no se recibieron. En el transcurso del proceso los procesados no tuvieron quien pidiera una prueba a su favor, y esta es la razón para que sean escasas las pruebas en tal sentido". (fl. 157 del primer cuaderno).

"Las únicas pruebas que la defensa solicitó que se recibieran para mejorar la situación jurídica de los procesados en el acto de la Audiencia Pública, no se recibieron por incuria y negligencia de los instructores y juzgadores. Con esta omisión se quebrantó el derecho que tenía el procesado de hacer constar todo lo que sea conveniente para sus descargos, ya que se le imputaba la comisión de un delito que reviste excepcional gravedad y el señor defensor tenía el deber de hacer constar todo lo que consideraba conveniente para que la defensa no fuera ilusoria en sus efectos. Por este hecho se llegó hasta el extremo de tratarlo de "arrogante y preocupado por ver triunfante el anhelo de sus representados". Las pruebas que no fueron practicadas por el señor Juez de la causa hubieran mejorado sustancialmente la situación jurídica de los procesados, o en el peor de los casos se habría producido la duda a su favor, que por mandato del artículo 204 del C. de P. P. habría tenido que resolverse a favor de los procesados".

Tercer cargo.

Estima el demandante que la sentencia "es violatoria del sistema procesal que obliga al Juez a tener en cuenta en la redacción de los cuestionarios todas las circunstancias modificadoras o excluyentes de la responsabilidad del procesado. Señaló como infringido el artículo 26 de la Constitución".

El planteamiento al respecto, impropio desde el punto de vista técnico del motivo de casación contemplado en la causal cuarta, se reduce a formular la hipótesis de que el homicidio en el caso de autos y por lo que se refiere al recurrente fue concausal, circunstancia esta que el juzgador no sometió al Jurado.

DICE LA DEMANDA:

"Del testimonio de Rubén Lozano Jaimes surge un punto de derecho favorable al procesado y no analizado ni tomado en cuenta al redactar los cuestionarios sometidos a la consideración del Jurado. El testigo Lozano Jaimes manifiesta que vió salir de la casa de Octavio Rodríguez a Pablo Rivera portando un revólver en la mano, momentos después de los disparos que terminaron con la existencia del señor Santos, y José del Rosario Rivera con un cuchillo en la mano. Si las heridas que determinaron la muerte de Víctor Manuel Santos fueron las de arma de fuego, lógicamente que el autor de ellas fue Pablo Rivera por cuanto que fue el único que portaba un revólver en la mano cuando salía de la casa de Octavio Rodríguez, "momentos después de los disparos". Si las heridas ocasionadas al señor Santos con arma cortante, ninguna de las cuales es de naturaleza mortal, conforme a la diligencia de necropsia, visible a folio 43, vuelto del primer cuaderno, tenemos que por este aspecto el delito de homicidio imputable al procesado Rivera Tarazona, encaja entro de la figura delictuosa prevista en el artículo 366 del Código Penal que trata del homicidio concausal. Si José del Rosario Rivera Tarazona tenía el propósito de matar a Víctor Manuel Santos, y le infirió las heridas en la diligencia de autopsia anteriormente citada, existe una relación de causalidad entre el cuchillo

que le vió el testigo Jaimes y la calidad de herida que presentaba el cadáver del señor Santos, y como ninguna de ellas tenía la virtualidad suficiente para provocar el deceso, tenemos que la muerte fue producida por los disparos que posiblemente le hizo Pablo Rivera con el revólver que el testigo tantas veces mencionado, le vió en la mano"

Dentro del mismo cargo el impugnador se refiere a que la complicidad de Rivera Tarazona debió regirse por el artículo 20 del C. P., y no por el 19 ibidem.

Cuarto cargo.

En este la sentencia se acusa porque "viola flagrantemente lo dispuesto en el artículo 79 del Código de Procedimiento Penal que señala la forma como debe procederse en la separación de los Agentes del Ministerio Público que deban declararse separados del negocio".

La demostración la intenta así:

"El señor Personero Municipal de Guaca, señor Príncipe Rivera, se declaró impedido para intervenir en el negocio seguido contra su pariente, José del Rosario Rivera Tarazona. El modo de resolver dicho impedimento atenta contra las formalidades legales del juicio penal, pues la separación del Ministerio Público lo resuelve el señor Gobernador del Departamento para que sea el Gobernador quien nombre el reemplazo del funcionario impedido.

"El impedimento manifestado por el señor Príncipe Rivera visible a folio 71 del cuaderno principal, declarándose impedido para conocer del negocio, en su calidad de Alcalde de la población de Guaca, tampoco se ajusta a las normas legales, pues el camino a seguir era pasar el negocio al señor Juez Municipal o comunicar al señor Gobernador para que este funcionario designara el Alcalde interino para que siguiera conociendo el negocio contra su pariente José del Rosario Rivera Tarazona.

"Por tal motivo afirmo que en este negocio se quebrantaron elementales normas de procedimiento penal al separarse del conocimiento del negocio, sin las formalidades legales, los funcionarios que conocían de él".

Quinto cargo.

Dice el demandante que al proceso no se allegó "el testimonio del Padre Jaimes, quien tuvo conocimiento de los antecedentes del hecho delictuoso", no obstante aparecer de autos "que dicho sacerdote presenció el acto de agresión de que fue víctima José del Rosario Rivera Tarazona el día del bazar, cuando Alejandrina González de Lozano hirió gravemente en el rostro a Rivera con una botella. Dicho sacerdote intervino también posteriormente en una especie de transacción comercial verificada en su Despacho parroquial, en la cual José del Rosario Rivera exigió la suma de doscientos cincuenta pesos ($250.oo) al esposo de la señora Alejandrina González de Lozano para cesar toda posible venganza por el asunto del botellazo".

Por lo anterior estima el señor apoderado que se violó el artículo 295 del C. de P. P., lo mismo que el 26 de la Carta.

Causal Primera. La plantea en los siguientes términos:

"El Honorable Tribunal Superior quebrantó la ley sustantiva por indebida aplicación del artículo 363 del C. Penal en armonía con lo dispuesto en el artículo 38 del Código citado.

DEMOSTRACION:

"Dice el fallo del Juzgado, confirmado por el Honorable Tribunal Superior.

"'Pero como José del Rosario Rivera Tarazona no tiene a su favor circunstancias de menor peligrosidad, pues ni siquiera su buena conducta anterior se halla positivamente establecida'....

"A favor del procesado sí militan circunstancias de menor peligrosidad, como son su buena conducta anterior a la ejecución del hecho criminoso (ordinal 5o. del art. 38); La embriaguez voluntaria cuando el agente no haya podido prever la ejecución del hecho (ordinal 5o.); y la indigencia y falta de ilustración (ordinal 11o.) del citado artículo 38 del C. P.

"No se le puede desconocer al procesado las anteriores circunstancias de menor peligrosidad, por cuanto ellas están plenamente demostradas en el expediente y fueron desconocidas por el Honorable Tribunal en la sentencia recurrida.

"Se tomó en cuenta para graduar la pena a mi defendido el antecedente de habérsele seguido un sumario por tentativa de homicidio en su pariente Príncipe Rivera en la Alcaldía de Guaca. La Honorable Corte ha sostenido que:

"'Ser sujeto pasivo de un sumario no es prueba de mala conducta o de haber sido condenado, porque el sumario no es sino el conjunto de diligencias que las autoridades adelantan para averiguar si se ha cometido un delito o una contravención. Haber sido detenido, tampoco es prueba de haber sido condenado'. (Casación, 10 de marzo de 1.947. LXII, 777).

"Conforme al pensamiento de la Honorable Corte, el sumario seguido contra el señor Príncipe Rivera que figura en la Alcaldía de Guaca, no es prueba de la mala conducta de mi defendido, y el Tribunal no lo podía tomar en cuenta para agravar la pena en 16 años de presidio por este antecedente. Por tal motivo, la sentencia impugnada incurrió en error de derecho o indebida aplicación de la ley penal sustantiva cuando se impuso un año más de pena al procesado por el sumario que surgió en su contra el día 5 de enero de 1.957 en la población de Guaca, en razón de que ese sumario aún no hay constancia de que se haya fallado definitivamente en contra del procesado.

"Al tomar el Tribunal Superior este hecho como mala conducta para elevar la pena a José del Rosario Rivera, la Corporación se colocó en contradicción con la doctrina de la Honorable Corte Suprema anteriormente citada.

"Para que el artículo 363 del C. P. se pudiera afirmar que está debidamente interpretado y correctamente aplicado en el caso de autos, era necesario que estuviera demostrado con plena prueba el propósito de matar, o sea el dolo específico indispensable para que el hecho se califique como homicidio agravado.

"El cuestionario propuesto a la consideración del Jurado habla de participación en el hecho que ocasionaron la muerte a Víctor Manuel Santos. Pero no dice si dicha participación fue necesaria o nó, y aplicando la ley penal en el senti-

do restrictivo que se acostumbra, tenemos que la norma más favorable al imputado, conforme lo dispuesto en el artículo 44 de la ley 153 de 1.887 y el artículo 3o. del C. P. es el artículo 20 del C. P por ser norma más favorable al procesado y que el Honorable Tribunal por errónea interpretación de la ley, dejó de aplicar en el caso de Rivera Tarazona, factor que conllevó indebida aplicación del artículo 363 del C. de las Penas, en armonía con el artículo 2o. de la misma obra.

"La participación de que habla el cuestionario, como ya se dijo, no se sabe si fue necesaria o no necesaria, y para resolver la duda, debería de haberse aplicado el artículo 20 del Código Penal, en armonía con el artículo 363 de la obra citada".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en cuya opinión el recurso debe desecharse, como lo ordena el artículo 569 del C. de P. P., examina ampliamente en su respuesta a la demanda los cargos contra el fallo formulados por el acusador.

Respecto a la primera causal -cuarta del 567 del C. de P. P.- la Procuraduría entiende que los cinco cargos de nulidad de la acusación carecen de todo fundamento jurídico, pues ni se incurrió en informalidades de las taxativamente señaladas en los artículos 198 y 199 del citado Código, ni en manera alguna fué quebrantado el derecho de defensa o sacrificadas las formas propias del juicio, para que pudiera hablarse de la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, base de la doctrina en materia de nulidades supralegales.

Con relación a la segunda causal invocada -primera del artículo 567-, el distinguido colaborador expresa:

"Al responder los cargos formulados con fundamento en la causal 4a. de casación, ya se vió que no es factible, porque no procede; dar aplicación al art. 20 del C. P.

"En cuanto a la invocación del art. 38 ibidem, concretamente los ordinales 1º., 5º. y 11 del mismo, habría que responder que la buena conducta anterior del procesado es un supuesto y no una comprobación dentro del expediente; que la embriaguez voluntaria sin previsión de consecuencias delictuosas también cae en el campo de las suposiciones desde el punto de vista procesal, no obstante que los antecedentes de que ya se habló en el análisis de la causal 4ª, invocada hubiera podido servir de prevención al victimario en relación con las consecuencias en él de las bebidas embriagantes. No aparece por parte alguna del proceso que la indigencia y la falta de ilustración hubieran influido en los hechos criminosos. En cambio, de la realidad procesal se desprenden las circunstancias previstas en el ordinal 5º. del artículo 363 del C. P. Por ello esta Procuraduría está de acuerdo en la dosificación de la pena impuesta al procesado, de acuerdo con lo prescrito en los arts. 36 y 39 del C. P. Además, se observa que en el caso de autos la sanción está acorde con los cargos que se desprenden del auto de vocación a juicio y con el veredicto de los Jueces de conciencia. El a-quo no hizo cosa diferente que aplicar el artículo 480 del C. de P. P. y estar de acuerdo con la siguiente jurisprudencia de la Honorable Corte:

"'Si en los juicios que interviene el jurado es el veredicto el fundamento de la sentencia, y si éste es la norma que sirve al juzgador para imponer la sanción, la pena se aplica correctamente cuando es el resultado de lo expuesto en el auto de proceder y de las afirmaciones hechas por los miembros del jurado. Si en el llamamiento a juicio se imputó al procesado la comisión de un delito de homicidio agravado (asesinato) y si los jueces de hecho respondieron afirmativamente a la correspondiente pregunta del cuestionario, el fallador debe aplicar la pena en concordancia con el veredicto' (Cas. 15 jun. 1945, LIX, 248).

"De suerte que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga comprendió y reconoció la forma acertada como el juez de derecho aplicó la precitada norma y lo confirmó en el segundo grado de instancia".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1º. Es un hecho evidente que en el curso de la investigación sumaria al sindicado Rivera Tarazona no se le emplazó conforme a lo dispuesto por el artículo 365 del C. de P. P. para que compareciera a rendir declaración indagatoria y que por lo mismo dejó de llenarse una formalidad de la ley de procedimiento.

Lo anterior, que constituye la esencia del primer cargo, ciertamente es deplorable, pero no cabe elevar dicha omisión a nulidad. Ello porque las de tipo legal están taxativamente señaladas por los artículos 198 y 199 del C. de P. P., entre las cuales las únicas que podrían hacer referencia a la etapa sumarial son las de los ordinales 1º. y 2º. del artículo 198, pues lo ordinario y propio dentro del proceso criminal es que las nulidades se produzcan dentro del juicio. Y en cuanto a la nulidad constitucional apoyada en el artículo 26 de la Carta, tampoco es aceptable el planteamiento del demandante porque el derecho de defensa que la doctrina ha tratado de tutelar con apoyo en el texto constitucional es el que toca también con la etapa del juicio, oportunidad destinada a debatir la responsabilidad.

2º. El motivo de acusación por desconocimiento del derecho de defensa reseñado como segundo cargo y consistente en no haberse practicado algunas pruebas dentro del juicio, sería de recibo si efectivamente correspondiera a la verdad. La Sala prohija en este punto el examen y respuesta de su colaborador, quien dice:

"El impugnador se refiere a los testimonios de los señores Carlos Jaimes y Adela Barón de Jaimes.

"En uso de la facultad que le confiere el art. 208 del C. de P. P., el Juzgado Tercero Superior de Bucaramanga negó recibir el testimonio a Carlos Jaimes, por no ver 'la necesidad de recepcionarlo de nuevo por cuanto allí (en la declaración ya rendida) es lo suficientemente expreso en afirmar que nada vió de lo ocurrido y apenas si oyó unos disparos y el comentario de que habían dado muerte a alguien' (auto de Fl. 127). Y, por ser muy breve la exposición de Carlos Jaimes (Fl. 78 v.), esta Procuraduría se permite transcribirla:

"'Yo me hallaba ese día en la tienda de Rosana Rincón cuando oí unos disparos y dijeron que habían matado uno allí en la esquina, pero por el momento no supe que había sido Manuel González o Santos, pero yo no ví nada, solo ví que se agrupaba gente y no me di cuenta de más nada, puesto que no me acerqué al lugar de los acontecimientos y nada más me consta'.

"Con la aplicación del art. 208 del C. de P. P., en forma acertada para este Despacho, no se ve violación directa alguna del art. 356 del C. de P. P. y menos que por ese motivo se hubiera violado también el art. 26 de la Carta Fundamental.

"En cuanto al testimonio de la señora Adela Barón de Jaimes, se puede leer a Fl. 158. v. las dos constancias por las que se hace ver que a la misma le fueron libradas dos boletas de comparendo. Y a folio 159 aparece la ratificación del citador, bajo el rito del juramento, en la que se dice que la señora en mención no fué encontrada ni en el perímetro urbano ni el rural del Municipio de Guaca (S.); ni se tuvo noticias de que la señora mencionada haya sido conocida en ese distrito municipal".

3º. Respecto al cargo según el cual la sentencia "es violatoria del sistema procesal que obliga al Juez a tener en cuenta en la redacción de los cuestionarios todas las circunstancias modificadoras o excluyentes de la responsabilidad del procesado", la Corte simplemente se limita a observar que fue impropiamente formulado y contrario el planteamiento a la técnica del recurso, pues las hipótesis del demandante sobre presuntas modalidades del reato debieron debatirse en las instancias, con toda la amplitud que brinda un juicio por Jurado, y no en casación a través de la causal cuarta alegando nulidad constitucional.

4º. Para refutar lo que el demandante plantea como cuarto motivo de nulidad en la actuación, la Sala estima suficiente decir que si hubo un procedimiento errado en los impedimentos a que alude, -asunto no demostrado siquiera- lo hecho en este particular durante la instrucción del sumario no vulneró los derechos del acusado.

5o. Por último, el cargo que se refiere a la no recepción del testimonio del Padre Jaimes, tampoco constituye motivo de nulidad; aparte de que no está demostrado por el impugnador. Al respecto conviene destacar lo dicho por el señor representante del Ministerio Público:

"Como quiera que este ataque al proveído se fundamenta en suposiciones del distinguido apoderado judicial, como puede apreciarse en la demanda, bien podría este Despacho abstenerse de responderlo. Pero, intentará hacerlo en forma breve y clara para demostrar la inexistencia de la pretendida nulidad supra-legal.

"Los antecedentes de que habla el impugnador en su demanda están plenamente establecidos en el proceso. Y la realidad procesal demuestra que esas incidencias previas al delito, antes que favorecer al procesado lo colocan en situación agravante, de acuerdo con el Código de las Penas. No existe un solo dicho ni una sola orientación indiciaria que indique el más leve viso de enemistad entre víctima y victimario. Si una riña pasajera ocurrió entre JOSE DEL ROSARIO RIVERA TARAZONA y el señor Rubén Lozano Jaimes, cónyuge de Alejandrina Gonzáles de Lozano, hermana del occiso, riña en la cual, según las noticias de autos, por su carácter temible y pendenciero, se hubiera podido convertir el procesado de hoy en homicida del precitado Rubén Lozano, no se explica que ese evento pasajero, a dos meses de vista, cobrara con la sangre y la vida de Víctor Manuel Santos su inocencia y la verdad de haber sido pariente de los protagonistas de ayer. Estos son y no otros los antecedentes bien definidos en el expediente, de los cuales tenía conocimiento el señor Cura Párroco de Guaca.

Por tanto, el instructor, creyéndose, como lo estaba, suficientemente ilustrado sobre tales antecedentes, no vió la necesidad de demorar las diligencias investigativas para insistir en lo que ya se encontraba establecido suficientemente. Una omisión de esta naturaleza no implica infracción de ninguna norma legal y menos constitucional. Aseverar que la deponencia del señor Cura Párroco beneficiaria al procesado es una mera suposición y los autos dicen todo lo contrario".

Todo lo anteriormente expresado hace que no prospere el recurso de casación con fundamento en la causal cuarta.

6o. La causal primera formulada en la demanda para argüir que fueron violados los artículos 363 y 38 del Código Penal, carece de significación, pues si bien es cierto que las circunstancias de mayor y menor peligrosidad son considerables por el juez de derecho, y en juicios por jurado no hacen parte del veredicto, toda alegación tendiente a demostrar que el fallador omitió valorar circunstancias favorables para la individualización de la pena, tiene en casación que hacerse con invocación de la causal segunda y dejar establecido el recurrente, en debida forma, el error en la apreciación de los hechos.

Como el acusador, también a través de la causal primera, dice haber sido mal aplicado por el sentenciador el artículo 19 del C. P., el cargo no puede ser considerado por la Sala. La naturaleza del juicio en que ha intervenido el jurado de conciencia no autoriza discutir en casación asuntos probatorios que inciden en los elementos sustantivos del grado de participación del procesado en el delito. Ello es así porque de lo contrario habría que admitir la viabilidad de la causal segunda (no planteada), lo que es contrario a la técnica del recurso.

En consecuencia, tampoco prospera la causal primera.

DECISION:

Por lo expuesto la Corte Súprema -Sala de Casación Penal- administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el Ministerio Público, DESECHA el recurso extraordinario de casación a que se ha hecho mérito y ORDENA devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Simón Montero Torres. - Samuel Barrientos Restrepo. - Julio Roncallo Acosta. - Humberto Barrera Domínguez. - Gustavo Rendón Gaviria. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO IMPERFECTO, EN LA MODALIDAD DE FRUSTRADO.

El homicidio imperfecto como delito de peligro. La indagatoria significa para el procesado un medio de defensa. Los careos son facultativos y no obligatorios. Objeto de la inspección ocular. La pretermisión de los interrogatorios no configura nulidad.

1. En el homicidio imperfecto, tanto en su modalidad de tentativa como de frustración, carecen de interés jurídico la incapacidad y las consecuencias que hayan determinado las lesiones recibidas en el ataque generador de aquella especie delictuosa, precisamente por tratarse de un *delito de peligro* y no de daño.

2. La indagatoria, en cuanto significa deparar al procesado la oportunidad para que explique directa y personalmente su conducta, corresponde, en su lato entendimiento, a un medio de defensa.

3. Los careos, en cualquiera de las etapas del proceso, son facultativos y no obligatorios, según lo disponen los arts. 376 y 477 del C. de P. Penal y entonces su pretermisión ni siquiera constituye irregularidad.

4. La inspección ocular que en su naturaleza de medio de prueba comprende, como una de sus expresiones, la llamada "reconstrucción de los hechos", tiene por objeto, de acuerdo con el art. 210 del C. de P. Penal, "el examen y reconocimiento" directo del Juez respecto de aquellos hechos que, en su concepto, se ofrezcan, dentro de esas condiciones, para hacer de ellos su debida apreciación y, en consecuencia, esa prueba es discrecional.

5. La pretermisión de los interrogatorios a que se refiere el art. 548 del C. de P. Penal, en concordancia con el 452 de la misma obra aunque constituye "irregularidad grave" como lo ha indicado la Corte, no configura nulidad alguna y mucho menos de carácter constitucional, como se pretende en la impugnación. Otro tanto cabe decir en torno a la omisión del interrogatorio que dispone el art. 470 ibídem.

6. El procesado fue llamado a juicio, por el delito de homicidio imperfecto, en la modalidad de frustrado, y el Jurado, en su veredicto, lo responsabilizó dentro de esas específicas condiciones, hecho que, como es comprensible, obligaba la aplicación del art. 362 del C. Penal, en concordancia con el 17 de la misma obra, excluyendo, por ser ajenos a la materia, los de los arts. 371 y 372 ibídem y entonces, contra lo que supone el recurrente, ninguna de esas disposiciones se violó en la expedición de la sentencia impugnada.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, veinte de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación de que fue objeto la sentencia del 16 de agosto del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla condenó a SAMUEL MUÑOZ AMAYA, como responsable del delito de homicidio, llevado a cabo, con el carácter de frustrado, en la persona de Arcindo Arzuza González, a la pena de "seis (6) años de presidio" y accesorias consiguientes.

HECHOS Y ACTUACION:

En los comienzos de la noche del 30 de julio de 1961, Arcindo Arzuza y Jorge Amaya, como consecuencia de vieja enemistad entre sus respectivas familias, protagonizaron, en el barrio de "Buenos Aires" de Barranquilla, donde residían aquéllas, un escándalo que, intervenido por la policía, dio lugar a que se les privase de su libertad, la cual recuperó el primero de los dos bajo la responsabilidad del Sargento Navarro, sujeto al que Samuel Muñoz Amaya, hermano del prenicho Jorge, enterado de lo sucedido y de que éste estaba detenido, se entregó a buscar, en compañía de su hermana Juana Muñoz Amaya, para tratar de lograr que su expresado hermano también obtuviese su libertad y entonces, al pasar por frente de la cantina de Ana Tulia de Ramírez, como la citada Juana le señalara que allí estaba, sobre la parte exterior del establecimiento, Arcindo Arzuza, ingiriendo cerveza con dos amigos suyos, rápidamente desenfundó el revólver de dotación oficial que portaba en su carácter de Agente del "DAS", adscrito a sus dependencias de Cartagena, de donde viajó ese mismo día de los hechos a Barranquilla, y sin que mediasen siquiera palabras, disparó toda la carga de los seis tiros que tenía el arma contra aquél, hiriéndolo de tal gravedad, que sólo la inmediata y afortunada intervención quirúrgica a que fue sometido, le salvó la vida.

En razón de estos hechos el Juzgado 1o. Superior de Barranquilla, acogiéndolos como constitutivos de "homicidio imperfecto", conforme a la expresa modalidad de frustración, mediante auto del 9 de febrero de 1962, cuya ejecutoria se produjo en la misma instancia, llamó a juicio al procesado Samuel Muñoz Amaya y luego, como el Jurado afirmara su responsabilidad, precisamente dentro de los términos del enjuiciamiento, en sentencia del 14 de noviembre, también de aquel año, lo condenó a la pena de "SEIS (6) AÑOS DE PRESIDIO" y accesorias del caso, fallo que el Tribunal confirmó en el suyo del 16 de agosto del año pasado.

DEMANDA DE CASACION:

En la demanda, presentada con arreglo a las exigencias legales, el recurrente Muñoz Amaya, por conducto de su apoderado, invoca las causales de casación indicadas en los ordinales 4o. y 1o. del artículo 567 del C. de P. Penal.

Con apoyo en la causal 4a. sostiene que la sentencia acusada es lesiva de la ley procedimental "por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad", tesis que ensaya demostrar a través de los siguientes dos cargos:

a). En el proceso se incurrió en "violación sistemática del derecho de defensa", garantizado en el artículo 26 de la Constitución Nacional, puesto que se "declaró cerrada la investigación" cuando aún "estaban pendientes urgentes diligencias por practicar" y de este modo se dejaron sin establecer "la incapacidad" definitiva y "las consecuencias" de la misma índole que produjeron las lesiones en el ofendido, lo mismo que "su carácter mortal", todo lo cual "es esencial para definir la objetividad de los hechos y el cuerpo del delito", y además no se practicó, de otro lado, la ampliación de indagatoria del procesado, no obstante sus reiteradas solicitudes al respecto, ni se llevaron a cabo "careos", "inspección ocular", "reconstrucción de los hechos, ni estudios sobre la personalidad del sindicado, ni nada que indicara 'el celo' de los funcionarios por establecer la verdad", prescindiéndose, incluso, de las interrogatorios que prescribe el artículo 548 del C. de P. Penal, en concordancia con el 452 de la misma obra, y de dar cumplimiento a los artículos 470 y 472 ibídem.

b). En la calificación del sumario se incurrió "en error relativo a la denominación jurídica de la infracción", error que "es causa de nulidad, según lo dispuesto en el numeral 8o. del artículo 198 del C. de P. Penal", y en esta suerte se llamó a juicio por el delito de "homicidio frustrado", cuando lo indicado era hacerlo por el de "lesiones personales", teniendo en cuenta que "no existe la prueba del carácter mortal" de las heridas.

Con fundamento en la causal 1a. el recurrente pretende que la sentencia acusada es violatoria, por "falta de aplicación", de los artículos 371 y 372 del C. Penal, referidos al delito de lesiones personales, que es el que, en sentir de aquél, se configura en ausencia de la prueba en torno al "carácter mortal" de las heridas, y de los artículos 17 y 362 de la misma obra, relativos al delito de "homicidio frustrado", por indebida aplicación.

MINISTERIO PUBLICO:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal conceptúa que, como lo sostiene el recurrente, al procesado se le menoscabó el derecho de defensa, tutelado en el artículo 26 de la Carta, en fuerza de que, no obstante su solicitud reiterada para que se le recibiera "ampliación de su indagatoria", no se le "prestó oídos", lo que de suyo significa que "no se le permitió el total desarrollo de su derecho de defensa y se arrollaron" "las garantías que a tal efecto le protegían, aseguradas por la Constitución".

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

I - En el homicidio imperfecto, tanto en su modalidad de tentativa como de frustración, carecen de interés jurídico la incapacidad y las consecuencias que hayan determinado las lesiones recibidas en el ataque generador de aquella especie delictuosa, precisamente por tratarse de un delito de peligro y no de daño.

II - Los seis disparos de Muñoz Amaya contra Arcindo Arzuza hicieron blanco en éste y le produjeron, conforme a los cuatro reconocimientos médicos a que fue sometido y a la historia clínica, lesiones localizadas, varias de ellas, en la cabeza y en el tórax, lesiones que, en concepto del doctor NESTOR MADARIAGA, médico que intervino en la rápida operación del herido, "eran de carácter mortal" y le hubieran determinado la "pérdida de su vida", si la práctica de

la "intervención quirúrgica" no se lleva a cabo "en ese momento" en que se hizo, vale decir, con la debida prontitud.

III - El doctor Madariaga, emitió su concepto, según aparece, no como peritazgo, tomado el término en su acepción procesal, sino como testimonio, circunstancia que, evidentemente, no lo despoja de su carácter científico, ni tampoco destruye, pero ni siquiera en mínimo grado, su fuerza de convicción, la cual descansa en el hecho de que aquél pudo formarse el expresado concepto a través de su directa experiencia de médico que operó al herido, concepto que, de otro lado, concuerda, en rigor lógico, con la tremenda gravedad de las lesiones descritas en los dictámenes periciales, "perforantes y penetrantes, de la masa encefálica" y, además, del "hemitórax derecho", con "destrucción del paquete vasculo-nervioso del tercer espacio" y "gran colapso del pulmón correspondiente".

IV - La indagatoria, en cuanto significa deparar al procesado la oportunidad para que explique, directa y personalmente, su conducta, corresponde, en su lato entendimiento, a un medio de defensa, el cual, en el caso de autos, se garantizó, puesto que aparece aquella diligencia, respecto de Muñoz Amaya, a los folios 26 v. y ss. y 30 y ss. del cuaderno principal.

V - Muñoz Amaya solicitó ampliar su indagatoria, petición que a pesar de haber sido atendida en auto del 28 de agosto de 1961, no llegó a traducirse en la práctica de la expresada diligencia, hecho que, sin embargo, no se reflejó en menoscabo de su derecho de defensa, teniendo en cuenta, de un lado, que en la indagatoria rendida, bastante detallada y dispendiosa, hizo constar todo lo que estimó "conveniente para su descargo" y, del otro, que no disponía, en realidad, de nada de importancia para consignar en la requerida ampliación, como lo comprueba, de manera incontrastable, el Acta de la Audiencia Pública, donde aparece que el procesado, al serle concedido el "uso de la palabra", se limitó a cederla a su defensor, conducta que, como es obvio, no es la que adopta, particularmente en ocasión tan solemne, quien acusado de un grave delito, está en capacidad de revelar a los jueces que lo juzgan algo que de cualquier modo pueda siquiera aliviar su situación.

VI - Los careos, en cualquiera de las etapas del proceso, son facultativos y no obligatorios, según lo disponen los artículos 376 y 472 del C. de P. Penal, y entonces su pretermisión ni siquiera constituye irregularidad.

VII - La inspección ocular, que en su naturaleza de medio de prueba comprende, como una de sus expresiones, la llamada "reconstrucción de los hechos", tiene por objeto, de acuerdo con el artículo 210 del C. de P. Penal, "el examen y reconocimiento" directo del Juez respecto de aquellos hechos que, en su concepto, se ofrezcan, dentro de esas condiciones, para hacer de ellos su debida apreciación y, en consecuencia, esa prueba es discrecional.

VIII - El recurrente no precisa ni explica lo que quiere significar al expresar que no se llevaron a cabo "estudios sobre la personalidad del sindicado" cuestión que enunciada en estos términos, se sustrae a cualquier ensayo de respuesta.

IX - La pretermisión de los interrogatorios a que se refiere el artículo 548 del C. de P. Penal, en concordancia con el 452 de la misma obra, aunque constituye "irregularidad grave" como lo ha indicado la Corte, no configura nulidad

alguna y mucho menos de carácter constitucional, como se pretende en la impugnación. Otro tanto cabe decir en torno a la omisión del interrogatorio que dispone el artículo 470 ibidem.

X - La nulidad que se plantea en razón de supuesto error en "la denominación jurídica de la infracción", se fundamenta, como atrás quedó especificado, en la única consideración de que, en sentir del recurrente, dentro del proceso "no existe la prueba del carácter mortal de las lesiones" que recibió Arzuza González en el ataque de que lo hizo víctima Muñoz Amaya, consideración que al resultar inexacta, según quedó ampliamente demostrado, echa por tierra, en forma radical y definitiva, el cargo.

XI - Muñoz Amaya fue llamado a juicio, como se advirtió, por el delito de homicidio imperfecto, en la modalidad de frustrado, y el jurado, en su veredicto, lo responsabilizó dentro de esas específicas condiciones, hecho que, como es comprensible, obligaba la aplicación del artículo 362 del C. Penal, en concordancia con el 17 de la misma obra, excluyendo, por ser ajenos a la materia, la de los artículos 371 y 372 ibidem y entonces, contra lo que supone el recurrente, ninguna de esas disposiciones se violó en la expedición de la sentencia impugnada.

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, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla a que expresamente se alude en la motivación de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Simón Montero Torres. - Samuel Barrientos Restrepo. - Julio Roncallo Acosta. - Humberto Barrera Domínguez. - Gustavo Rendón Gaviria. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Secretario

LOS VICIOS DE PROCEDIMIENTO NO DAN LUGAR A REVISION DE PROCESOS

A la Corte le está vedado ampliar las causales de revisión taxativamente señaladas en el art. 571 del C. de P. P. El recurso de revisión es una acción tendiente a desvirtuar la presunción de la cosa juzgada. El fundamento de que se incurrió en nulidad, por no haberse observado la plenitud de las formas propias del juicio según lo dispone el art. 26 de la Corte, no puede ser motivo de revisión del proceso. Carácter extraordinario de los recursos de casación y revisión. Cuándo proceden.

1. Cabe recordar que el recurso de revisión busca salvar errores de hecho, en virtud de los cuales haya sido condenada una persona inocente. Es, pues, una acción tendiente a desvirtuar la presunción de verdad de la cosa juzgada. Esencialmente consiste en un debate probatorio, apoyado en situaciones taxativamente previstas en la ley, en el que se atacan las bases del juicio penal.

Mediante el recurso de casación, en cambio, se impugna la sentencia por violación directa o indirecta de la ley penal.

Es obvio, entonces, que la revisión no puede apoyarse en yerros de orden jurídico, o errores *in judicando*, y mucho menos en irregularidades del procedimiento que impliquen la nulidad del juicio, porque esta causa de impugnación está indicada como motivo de casación, según el ord. 4o. del art. 567 del Código de Procedimiento Penal.

En sentencia de 2 de septiembre de 1.957 (G. J., T. LXXXVI), dice la Corte: "Siendo la cosa juzgada la que se ataca con este recurso..." (el de revisión)... "no puede él prosperar sino en casos muy extremos que no deben confundirse con los que se presentan en casación, en donde sí es admisible discutir el cargo desde el punto de vista jurídico, como que allí se plantean problemas relacionados con la aplicación de la ley.

"Los aspectos formales de una sentencia, sus irregularidades o vicios, la indebida aplicación de la ley penal, el error al apreciar las pruebas y aún la injusticia del fallo, por notorio que sea para el reclamante, nada de ello configura las causales de revisión...".

2. Ampliar las causales de revisión, taxativamente indicadas en el art. 571 del Código de Procedimiento Penal, es cuestión vedada a la Corte, pues ello compete exclusivamente al legislador.

Y no otra cosa resultaría si la Sala, de acuerdo con la tesis del distinguido demandante, dispusiera la revisión del proceso penal que fue seguido al sentenciado por el delito de contrabando, con fundamento en que se incurrió

en nulidad, por no haberse observado "la plenitud de las formas propias..." del juicio, según lo dispone el art. 26 de la Constitución Nacional.

Es cierto, como lo anota el señor apoderado del recurrente, que "dentro de las causales de casación tampoco existe en expresa forma establecida como causa la violación de la Constitución..." y que... "no obstante la Corte, a lo largo de muchos años, ha venido aceptando como viable la violación de la Carta, para anular los procesos". Pero no se trata, en tal supuesto, de que mediante la doctrina se haya creado un motivo nuevo de casación, pues el pertinente está previsto en el ord. 4o. del art. 567 del C. de P. P., sino apenas de señalar que el desconocimiento de las garantías a que alude el art. 26 de la Carta acarrea la nulidad del juicio.

3. Como no todos los fallos admiten el recurso de casación (arts. 556 y 557 del C. de P. P.), y, en cambio, dentro de los casos señalados en el art. 571 es pertinente el de revisión contra cualquier sentencia proferida en materia penal, si se encuentra ejecutoriada, es obvio que si se atendiera la tesis del demandante se estaría ampliando, al amparo de un inexistente motivo de revisión, el ámbito de la causal 4ª. de casación, pues se haría pertinente para todo fallo ejecutoriado en materia penal. Y esta causal de casación, procede cuando "la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciando en un juicio viciado de nulidad".

Debe tenerse presente que por el carácter de extraordinario de los recursos de casación y revisión, los motivos en que se apoyan son excepcionales. En cuanto al primero, se repite, solamente procede contra las sentencias de segunda instancia pronunciadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en causas cuyo conocimiento haya correspondido a los Juzgados Superiores (art. 556), o a los Juzgados de Circuito, cuando estos últimos conocen de delitos que tengan señalada una sanción privativa de la libertad personal cuyo máximo sea o exceda de cinco años (art. 557). Así, pues, no todas las sentencias violatorias de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad, aunque éstas se funden en el desconocimiento absoluto del derecho de defensa consagrado en el art. 26 de la Carta, pueden ser invalidadas mediante el recurso de casación. Sinembargo, no dejarán de cumplirse los fallos pasados en autoridad de cosa juzgada, en los que no sea pertinente el recurso de casación, bien resulte que la sentencia se haya pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

Esto es lo que ocurre en el presente caso, ya que la Sala no rechaza la afirmación del demandante sobre violación del art. 26 de la Constitución Nacional en el juzgamiento del procesado, como que no se aplicaron las formas propias del juicio; pero ese yerro no podía enmendarlo la Corte, por no ser pertinente, como lo dice en providencia de 22 de enero de 1.963, el recurso de casación, pues se trata de un delito de contrabando cometido en cuantía inferior de la señalada en el art. 19 del Decreto 188 de 1.958.

4. En proveído de 13 de marzo de 1.956 (G. J. T. LXXXII, Nos. 2165 - 2166) expresa la Sala que "con respecto al recurso de revisión debe observarse: a), que las meras deficiencias que se anotan en los procesos no dan por sí lugar a que sean revisados, y, b), que es inconducente referirse a los argumentos expuestos durante el juicio. Lo primero, porque a ello se opone la naturaleza del recurso, que implica la demostración de que existe algu-

no de los cinco motivos señalados en el art. 571 y no al simple señalamiento de irregularidades o defectos no comprendidos allí; y lo segundo, porque al admitir como fundamento válido el que fue tema de examen en el período averiguatorio que precedió al fallo, equivaldría a una prolongación de las instancias".

Asimismo, en fallo de 10 de abril de 1.954, dice la Corte que "el recurso extraordinario de revisión no tiene por objeto revisar sentencias, sino sencillamente ordenar la revisión de procesos que han concluído con sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, cuando a ello conduzca la concurrencia de determinadas circunstancias de hecho, taxativamente previstas en la ley positiva" (G. J. T. LXXVII, No. 2140).

Ha sido, pues, doctrina constante de la Sala la de que las causales de revisión están delimitadas por la ley, en virtud del carácter extraordinario de este recurso.

5. La necesidad de mantener la autoridad de la cosa juzgada, con las únicas excepciones previstas en el art. 571 del C. de P. P., a fin de preservar el orden jurídico que la administración de justicia resguarda a través de sus fallos, explica que sentencias proferidas en procesos viciados de nulidad en los cuales el yerro no podía corregirse mediante el recurso de casación, bien porque éste no se propuso, o porque fue propuesto, la demanda no fue presentada o el cargo no se formuló en la debida forma, o, en fin, porque este medio de impugnación no era pertinente, explica, se repite, que tales fallos deban cumplirse. Se trata, en este caso, es cierto, del quebrantamiento de las garantías constitucionales que deben regir el juzgamiento, más no de que una persona inocente esté purgando una pena, de consiguiente, injusta. Por ello en esta última hipótesis y solamente en este supuesto, debe ceder la autoridad de la cosa juzgada para dar paso, mediante la revisión del proceso, a la reparación de esa injusticia. De ahí que las causales previstas en el art. 571 del C. P. P. se refieran a esta última situación, de manera exclusiva.

6. Corresponde observar que en el supuesto señalado por el señor apoderado del recurrente, la pena de muerte que ordenara un Juez de la República, por tratarse de sanción no prevista en la ley y concretamente prohibida por la Carta, no podría ser ejecutada por la autoridad administrativa llamada a cumplirla. Si fuese llevada a cabo tan absurda resolución judicial, se incurriría obviamente en delito.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, veintiuno de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Procede la Sala a resolver el recurso de revisión interpuesto por el procesado ENRIQUE SANCHEZ LOPEZ, en relación con el proceso penal que le fue adelantado ante la Jurisdicción de Aduanas, por el delito de contrabando.

En este negocio le fue impuesta al recurrente, según la sentencia del Tribunal Superior de Aduanas de 2 Julio de 1.962, la pena de tres años de prisión. En primera instancia conoció el Juzgado Superior de Aduanas de Bogotá,

DEMANDA Y RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO.

El doctor JORGE ENRIQUE GUTIERREZ ANZOLA, en su condición de apoderado de SANCHEZ LOPEZ, fundamenta el recurso en la violación del artículo 26 de la Carta, en cuanto 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 cada juicio".

Son del actor las siguientes consideraciones:

1). "La Corte Suprema de Justicia en Sala Plena decretó la inexequibilidad del Decreto 700 (extraordinario) de 1.954, con fecha 23 de septiembre de 1.958, es decir, con anterioridad a la fecha en que se inició el proceso penal aduanero contra SANCHEZ. En consecuencia, para el caso, eran aplicables las normas del Decreto 3134 de 1.952, cuyo artículo 16 dispone: 'Recibida la declaración indagatoria o cumplidos los requisitos de emplazamiento, dentro de las 48 horas siguientes, el funcionario abrirá el proceso a prueba por el término de diez días y decretará la retención de la mercancía, vehículos y demás elementos empleados para la comisión del delito, si no lo hubiere hecho antes'.

"La norma mencionada como las demás del expresado decreto 3134 no tuvieron cumplimiento. Por esta causa el proceso no se abrió a prueba y por tanto quedó automáticamente vulnerado el derecho de defensa del sindicado, pues en cambio, se dió aplicación al decreto No. 188 de 1.952, que no establece tan fundamental requisito. En consecuencia, la informalidad no solamente ritual sino sustancial del derecho de defensa permitiendo con oportunidad pedir y practicar pruebas, afectó fundamentalmente el proceso en cuanto se aplicó una ley desfavorable y no la favorable sobre esta materia.

"La sentencia de inexequibilidad del decreto 700 de 1.954, dictada por la Corte en Sala Plena, con fecha 23 de septiembre de 1.958, dio origen a otro fallo de casación dictado por la Sala Penal, en el cual anuló el proceso por fraude aduanero seguido contra JUAN GALLEGOS CARVAJAL y otros. Dijo entonces la Sala Penal (mayo 26 de 1.962): ¡Como se vio anteriormente al estudiar el primer cargo, la sentencia en que la Corte declaró la inexequibilidad del Decreto 700 de 1.954 si produjo el efecto de revivir o restablecer las disposiciones legales que este decreto había derogado, entre las cuales se encuentra el Decreto 3134 de 1.952, que creó un procedimiento especial para el juzgamiento de los delitos de contrabando y que modificó, por lo tanto, el procedimiento ordinario penal señalado por la Ley 119 de 1.938'.

2). "La apertura a prueba del proceso es requisito fundamental en esta clase de persecuciones administrativas, y de allí que la Corte, en el fallo de casación citado, anulaba la actividad investigativa para que se repusiera el procedimiento.....".

"....

"Al restablecerse el decreto 3134 de 1.952 que, como está expuesto, fue el que debió aplicarse en el proceso contra el señor SANCHEZ, quedó restablecido igualmente el decreto número 2425, de 18 de septiembre de 1.953, reglamentario de aquél.

"Restablecido el decreto extraordinario 3134 de 1.952, ha seguido rigiendo también el decreto reglamentario antes referido, pues, mientras sus disposiciones no sean anuladas expresamente, o mientras no pugnen con los textos constitucionales, integran un cuerpo único con aquél. La potestad reglamentaria es inherente a las funciones del ejecutivo hasta el punto de que no se entenderían éstas si el constituyente no le hubiera conferido la primera.

"Un proceso construido sin cumplir las formas y ritualidades propias del juicio, conforme lo ordena la Constitución, no tiene ni siquiera un valor formal, menos podría tenerlo substancial; de donde se deduce que no hay sentencia legalmente hablando, ni proceso regular y jurídico conforme lo exige la Constitución Nacional. Es decir, se trata de un acto que no tiene existencia jurídica alguna. Cuando el proceso inexistente recobre conforme al artículo 26 de la Carta las formas propias del juicio, podrá producirse entonces una verdadera sentencia. Por lo pronto, tan sólo se busca tutelar y defender la Constitución ya que bajo una apariencia jurídica se está ejecutando una sentencia que no tiene las características de tal.

"En virtud de lo antes expuesto y resultando clarísima la violación del art. 26 de la Constitución Nacional, la H. Corte Suprema de Justicia debe ordenar la revisión que impetro, para que dentro del proceso revisado se cumplan todos los requisitos y exigencias de la Ley".

El señor Procurador 2o. Delegado en lo Penal da la siguiente respuesta:

"Extraordinaria inquietud intelectual ha despertado en este Despacho la importante tesis que sostiene el apoderado de SANCHEZ LOPEZ, tendiente a obtener la revisión del proceso mediante el cual se le condenó a la pena de tres años de prisión, por el ilícito de contrabando. Encuentra sinembargo esta Procuraduría que los importantes argumentos esgrimidos por el connotado demandante se hallan marginados de la posibilidad de ser controvertidos dentro del estrecho circuito jurídico procesal en el cual opera y se mueve el recurso extraordinario de revisión. El valor probatorio y argumental de las razones expuestas por el solicitante del recurso sería muy de tener en cuenta, si se tratara en el caso sub-judice de promover la casación de la sentencia, sobre la base de la presunta existencia de nulidades de tipo supralegal. El acervo jurisprudencial que se transcribió en páginas anteriores es rotundamente demostrativo de que no puede aceptarse como viable la revisión para el presente caso puesto que él escapa y trasgrede a las limitaciones normativas que establece, taxativamente, el art. 571 del C. de P. P.

"Nada novedoso podría agregar este Despacho en lo que concierne a la cuestión suscitada: la H. Corte Suprema de Justicia ha elucidado el punto larga y reiteradamente; la procedencia del recurso de revisión no existe para el caso en estudio.

"Se podría suponer que elude este Despacho la refutación de razonamientos propuestos por el demandante para sostener su tesis: en verdad, ello no es así. Estudiada concienzuda y desprevenidamente esta demanda, es fácil y obvio llegar a la conclusión de que ella se limita a proponer la necesidad de que la Corte conceda la revisión pretendida, sin que refuerce su aliciente con argumentos de estricto peso y valor jurídicos. Es claro que considera loable este Despacho el esfuerzo y celo talentosos del procurador del reo; pero, deplora ciertamente, no estar en acuerdo con su criterio: ni la norma legal permite para el caso la revisión, ni la jurisprudencia dá asidero a que se ordene por la H. Corte la medida de señalar el juzgado que deba efectuarla".

El doctor Gutiérrez Anzola hace la siguiente contrarréplica a lo anotado por el Ministerio Público:

".....El proceso fue tramitado según las prescripciones del Decreto 0700 de 1.954, que para la fecha de iniciación del proceso ya no regía por haber sido declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia que se publicó el 23 de septiembre de 1.958. Las disposiciones que eran aplicables al citado proceso son las del Decreto 3134 de 1.952, que revivió su vigencia al ser declarado inexequible el 0700 del 1.954.

"Sobre este particular la Corte Suprema de Justicia....." concluyó en la forma señalada..... "en fallo de 26 de julio de 1.962, en el proceso contra Juan Gallego Carvajal y otros....", pues en él se dice: "Como se vió anteriormente al estudiar el primer cargo, la sentencia en que la Corte declaró la inexequibilidad del Decreto 0700 de 1.954, sí produjo el efecto de revivir o restablecer las disposiciones legales que este Decreto expresamente había derogado, entre las cuales se encuentra el Decreto 3134 de 1.952, que creó un procedimiento especial para el juzgamiento de los delitos de contrabando y que modificó, por lo tanto, el procedimiento ordinario penal señalado por la Ley 119 de 1.938".

"..... .....

"En el proceso adelantado contra el señor SANCHEZ LOPEZ.....", continúa el actor....., "se observan las mismas irregularidades que la Corte encontró para declarar la nulidad del fallo del Tribunal Superior de Aduanas a que alude la sentencia transcrita. En efecto, las fechas de iniciación del proceso y de su trámite indican que no se dió cumplimiento, como ha debido darse, al Decreto 3134 y que en cambio se aplicó a lo largo del proceso el Decreto 0700 que había sido declarado inexequible por la Corte Suprema. Ello implica una violación flagrante del artículo 26 de la Constitución Nacional, porque no se observaron las formas del juicio, en cuanto se aplicó una Ley que no estaba vigente en materia de procedimiento.

"Entre el 7 de octubre de 1.959 en que se dictó el auto cabeza de proceso y el 8 de septiembre de 1.960 en que se señaló fecha para audiencia, no se encuentra actuación ninguna que corresponda al Decreto 3134; no hubo apertura a pruebas, no se cumplió, en fin, con la Ley de procedimiento.

"Sería aberrante que una sentencia pudiera ser ejecutada si para su pronunciamiento no se respetaron las normas legales sobre procedimiento, si nó se hizo un verdadero proceso legal que es presupuesto necesario para que la declaración jurisdiccional tenga mérito.

"Supongamos que un juez de la República, pongamos por caso un Juez Municipal, condenara a alguien a la pena de muerte por desconocimiento de la prohibición constitucional y que dicha sentencia la confirmara el Juez de Circuito. Sin posibilidad de recurrir esa sentencia en casación, se ejecutoria. Se pide revisión de ese proceso. Podría argüirse válidamente que porque tal causa no está expresamente incluída en las disposiciones del artículo 571 del C. de P. P., no hay lugar a revisión?. No sería monstruoso que por tal formalismo se violara la Carta y le cortaran la cabeza al ajusticiado (sic)?. A ese extremo lleva la opinión del señor Procurador.

"Pero supongamos un ejemplo menos dramático, por si se considerare absurdo el propuesto. Un juez de Circuito conoce de un proceso por delito contra

la propiedad en cuantía de $10.000-no para lo cual no es competente; lo falla en primera instancia y condena. La sentencia, por error del Tribunal, sin darse cuenta del asunto de la cuantía, es confirmada. No hay lugar a la casación o no se interpone oportunamente. Se ejecutoria la sentencia. Podrá ejecutarse ese fallo que fué pronunciado por Juez que no tenía competencia?. En qué queda el principio constitucional: '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 cada juicio'. Valdría como argumento, para ejecutar esa sentencia inexistente jurídicamente hablando, que dentro de las causales del artículo 571 del C. de P. P. no se contempla ese caso?. En qué queda entonces la Constitución?. De qué sirve su prevalencia sobre la Ley (Art. 215 de la C. N.)?.

"Igual cosa acontece en el caso de que la sentencia sea dictada en un proceso en el cual no se observaron las disposiciones procedimentales. Claro, que no se trate de violaciones sin importancia, de ritualidades insignificantes. Supongamos que se siga un proceso conforme al derogado procedimiento del Libro Tercero del Código Judicial, en vez de aplicar la Ley 94 de 1.938. Valdrá la sentencia dictada en ese juicio?. Elemental es que nó. Eso es lo que ocurrió en el caso de SANCHEZ LOPEZ: se juzgó a éste por un sistema procedimental, el del Decreto 700 de 1.954, que estaba suspendido por inexequibilidad con anterioridad a la fecha de iniciación del proceso.

"Si como dice la Corte Suprema de Justicia en el fallo de inexequibilidad del Decreto 700, tan 'importante y trascendental es en el proceso penal aduanero el término probatorio', es obvio que se está en presencia no de cualquier circunstancia o informalidad procesal, sino de la violación completa de la Constitución al aplicarse un procedimiento inexistente.

"Ahora bien: puede considerarse que existe sentencia jurídicamente hablando, si el proceso no se adelantó 'observando la plenitud de las formas propias de cada juicio'?. Podrá en derecho afirmarse que no hay lugar a revisión, sólo porque no se da expresamente una de las causales del artículo 571 del C. de P. P., existiendo como existe probada una violación de la Carta?. Lo que ocurre, en síntesis, en este negocio, es que se está ejecutando una sentencia que es inexigible, porque el proceso en que se dictó, viola la Constitución. Debe por lo tanto revisarse el proceso para que se adelante en legal forma.

"No invoco el artículo 571 del C. de P. P., sino expresamente el artículo 26 de la Carta. La Corte no necesita expresa disposición del Código de Procedimiento para entender del asunto, porque para ello tiene la guarda de la Constitución (art. 214 C. N.). El recurso de casación y el de revisión se explican como recursos extraordinarios en función de la guarda de la Constitución y de la Ley, que en ocasiones son violados por entre los formalismos de los Tribunales y de los procedimientos. Invocar la norma suprema de la Carta es una causa superior no sujeta a las expresas convenciones legales. Entre otras cosas, porque si la ley excluyera a la Constitución como causa de revisión, cuando ha sido violada, habría que aplicar de todos modos la Constitución en virtud del artículo 215 de la misma Carta.

.....

"No es necesario decir en la ley que es nulo lo que va contra la Constitución, porque la misma Constitución lo dice: 'Nadie podrá ser juzgado.....', etc. etc..... No

es una cuestión de hecho, sino de derecho. Por eso se dice que si se dicta sentencia violando la Carta, tal sentencia es jurídicamente inexistente.

"Tampoco dentro de las causales de casación existe en expresa forma establecida como causa, la violación de la Constitución. No obstante la Corte a lo largo de muchos años ha venido aceptando como viable la violación de la Carta, para anular los procesos. Ello ha sido posible sólo a base de reconocimiento del imperio de la Constitución como norma suprema. De igual manera debe ocurrir en materia de revisión. La Corte tiene así la oportunidad de reparar una lesión grave del orden jurídico. Por eso se afirma antes que si en este proceso, el del señor SANCHEZ, hubiese ido a la Corte en casación, ésta lo habría anulado por violación del artículo 26 de la Carta, no porque exista tal causal expresamente indicada en la ley de procedimiento, sino porque es la norma suprema, y a la Corte se le ha conferido la guarda de la Constitución. Eso mismo ocurre en materia de revisión y ésta una excelente oportunidad para declararlo. No vale el hecho de que no haya jurisprudencia sobre el caso, y si la haya, en cambio, en relación con todas las causales del artículo 571 del C. de P. P. El señor Procurador se limitó a transcribir doctrinas que tienen que ver con el artículo en cuestión, pero que no dicen, en ninguna parte, que si una persona fue condenada con violación de la Carta, y con violación grave, no se puede revisar el proceso. Eso jamás lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia. Ni podría decirlo".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Cabe recordar que el recurso de revisión busca salvar errores de hecho, en virtud de los cuales haya sido condenada una persona inocente. Es, pues, una acción tendiente a desvirtuar la presunción de verdad de la cosa juzgada. Esencialmente consiste en un debate probatorio, apoyado en situaciones taxativamente previstas en la ley, en el que se atacan las bases del juicio penal.

Mediante el recurso de casación, en cambio, se impugna la sentencia por violación directa o indirecta de la ley penal.

Es obvio, entonces, que la revisión no puede apoyarse en yerros de orden jurídico, o errores in judicando, y mucho menos en irregularidades de procedimiento que impliquen la nulidad del juicio, porque esta causa de impugnación está indicada como motivo de casación, según el ordinal 4o. del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

En sentencia de 2 de septiembre de 1.957 (G. J. T. LXXXVI), dice la Corte:

"Siendo la cosa juzgada la que se ataca con este recurso...." (el de revisión)..... "no puede él prosperar sino en casos muy extremos, que no deben confundirse con los que se presentan en casación, en donde sí es admisible discutir el cargo desde el punto de vista jurídico, como que allí se plantean problemas relacionados con la aplicación de la ley.

"Los aspectos formales de una sentencia, sus irregularidades o vicios, la indebida aplicación de la ley penal, el error al apreciar las pruebas y aún la injusticia del fallo, por notorio que sea para el reclamante, nada de ello configura las causales de revisión....."

Ahora bien:

Según el artículo 571 del C. de P. P. son motivos de revisión, los siguientes:

"1o. Cuando en virtud de sentencias contradictorias estén cumpliendo condena dos o más personas por un mismo delito que no haya podido ser cometido sino por una o por un número menor de las sentenciadas;

"2o. Cuando alguno esté cumpliendo condena como autor o partícipe de homicidio cometido en persona cuya existencia se compruebe después de la condena;

"3o. Cuando alguno esté cumpliendo condena y se demuestre que es falso algún testimonio, peritazgo, documento o prueba de cualquier otra clase que haya podido determinar el fallo respectivo;

"4o. Cuando la sentencia condenatoria, a juicio de la Corte Suprema, haya sido obtenida por algún documento u otra prueba secreta que no existía en el proceso, y,

"5o. Cuando después de la condenación aparezcan hechos nuevos o se presenten pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado o condenados, o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad".

Ampliar las causales de revisión, taxativamente indicadas en el art. 571 del C. de P. P. (precepto transcrito), es cuestión vedada a la Corte, pues ello compete exclusivamente al legislador.

Y no otra cosa resultaría si la Sala, de acuerdo con la tesis del distinguido demandante, dispusiera la revisión del proceso penal que fue seguido a ENRIQUE SANCHEZ LOPEZ por el delito de contrabando, con fundamento en que se incurrió en nulidad, por no haberse observado "la plenitud de las formas propias....." del juicio, según lo dispone el artículo 26 de la Constitución Nacional.

Es cierto, como lo anota el señor apoderado del recurrente, que "dentro de las causales de casación tampoco existe en expresa forma establecida como causa la violación de la Constitución . ." y que... "no obstante la Corte, a lo largo de muchos años, ha venido aceptando como viable la violación de la Carta, para anular los procesos". Pero no se trata, en tal supuesto, de que mediante la doctrina se haya creado un motivo nuevo de casación, pues el pertinente está previsto en el ordinal 4o. del artículo 567 del C. de P. P., sino apenas de señalar que el desconocimiento de las garantías a que alude el artículo 26 de la Carta acarrea la nulidad del juicio.

De otra parte, como no todos los fallos admiten el recurso de casación (artículos 556 y 557 del C. de P. P.), y, en cambio, dentro de los casos señalados en el artículo 571, antes transcrito, es pertinente el de revisión contra cualquier sentencia proferida en materia penal, si se encuentra ejecutoriada, es obvio que si se atendiera la tesis del demandante se estaría ampliando, al amparo de un inexistente motivo de revisión, el ámbito de la causal cuarta de casación, pues se haría pertinente para todo fallo ejecutoriado en materia penal. Y esta causal de casación, como es sabido, procede cuando "la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad".

Debe tenerse presente que por el carácter de extraordinario de los recursos de casación y revisión, los motivos en que se apoyan son excepcionales. En

cuanto al primero, se repite, solamente procede contra las sentencias de segunda instancia pronunciadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en causas cuyo conocimiento haya correspondido a los Juzgados Superiores (art. 556), o a los Juzgados de Circuito, cuando estos últimos conocen de delitos que tengan señalada una sanción privativa de la libertad personal cuyo máximo sea o exceda de cinco años (art. 557). Así, pues, no todas las sentencias violatorias de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad, aunque ésta se funde en el desconocimiento absoluto del derecho de defensa consagrado en el art. 26 de la Carta, pueden ser invalidadas mediante el recurso de casación. Sinembargo, no dejarán de cumplirse los fallos pasados en autoridad de cosa juzgada, en los que no sea pertinente el recurso de casación, bien resulte que la sentencia se haya pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

Esto es lo que ocurre en el presente caso, ya que la Sala no rechaza la afirmación del demandante sobre violación del artículo 26 de la Constitución Nacional en el juzgamiento del procesado SANCHEZ LOPEZ, como que no se aplicaron las formas propias del juicio; pero ese yerro no podía enmendarlo la Corte, porno ser pertinente, como lo dice en providencia de 22 de enero de 1.963, el recurso de casación, pues se trata de un delito de contrabando cometido en cuantía inferior de la señalada en el artículo 19 del Decreto 188 de 1.958.

En proveído de 13 de marzo de 1.956 (G. J. T. LXXXII, Nos. 2165-2166) expresa la Sala que "con respecto al recurso de revisión debe observarse: a), que las meras deficiencias que se anotan en los procesos no dan por sí lugar a que sean revisados, y, b), que es inconducente referirse a los argumentos expuestos durante el juicio. Lo primero, porque a ello se opone la naturaleza del recurso, que implica la demostración de que existe alguno de los cinco motivos señalados en el artículo 571 y no al simple señalamiento de irregularidades o defectos no comprendidos allí; y lo segundo, porqué el admitir como fundamento válido el que fue tema de examen en el período averiguatorio que precedió al fallo, equivaldría a una prolongación de las instancias".

Asimismo, en fallo de 10 de abril de 1.954, dice la Corte que "el recurso extraordinario de revisión no tiene por objeto revisar sentencias, sino sencillamente ordenar la revisión de procesos que han concluido con sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, cuando a ello conduzca la concurrencia de determinadas circunstancias de hecho, taxativamente previstas en la ley positiva" (G. J. T. LXXVII, No. 2140).

Ha sido, pues, doctrina constante de la Sala la de que las causales de revisión están delimitadas por la ley, en virtud del carácter extraordinario de este recurso.

El doctor GUSTAVO RENDON GAVIRIA, en su "Curso de procedimiento penal colombiano" (Edit. "Temis", 1.962, p. 175 a 176), dice lo que pasa a transcribirse:

El recurso de revisión cabe interponerlo contra las sentencias ejecutoriadas, en los casos que detalla el artículo 571, únicos que pueden alegarse y servir de fundamento al recurso. Pero es conveniente hacer notar que la revisión fuera del límite que resulta de las causales reconocidas por la ley para que el recurso prospere, no está limitada, como la casación, a negocios de especial competencia o de determinadas consecuencias penales. De suerte que desde este punto

de vista es más amplio el recurso de revisión, ya que no importa la naturaleza del juicio, el juez competente, ni la calidad o duración de la pena. La revisión se contrae a sentencias condenatorias únicamente".

La necesidad de mantener la autoridad de la cosa juzgada, con las únicas excepciones previstas en el artículo 571 del C. de P. P., a fin de preservar el orden jurídico que la administración de justicia resguarda a través de sus fallos, explica que sentencias proferidas en procesos viciados de nulidad, en los cuales el yerro no podía corregirse mediante el recurso de casación, -bien porque este no se propuso, o porque propuesto, la demanda no fue presentada o el cargo no se formuló en la forma debida, o, en fin, porque este medio de impugnación no era pertinente-, explica, se repite, que tales fallos deban cumplirse. Se trata, en este caso, es cierto del quebrantamiento de las garantías constitucionales que deben regir el juzgamiento, más no de que una persona inocente esté purgando una pena, de consiguiente, injusta. Por ello en esta última hipótesis y solamente en este supuesto, debe ceder la autoridad de la cosa juzgada para dar paso, mediante la revisión del proceso, a la reparación de esa injusticia. De ahí que las causales previstas en el artículo 571 del C. de P. P. se refieran a esta última situación, de manera exclusiva.

Corresponde, por último, observar que en el supuesto señalado por el señor apoderado del recurrente, la pena de muerte que ordenara un juez de la República, por tratarse de sanción no prevista en la ley y concretamente prohibida por la Carta, no podría ser ejecutada por la autoridad administrativa llamada a cumplirla. Si fuese llevada a cabo tan absurda resolución judicial, se incurriría obviamente en delito.

Lo anotado es suficiente para concluir que el motivo señalado por el demandante no permite ordenar la revisión del proceso de que se ha hecho referencia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema -SALA PENAL- administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador 2o. Delegado en lo Penal, NIEGA LA REVISION del proceso seguido contra el señor ENRIQUE SANCHEZ LOPEZ, por el delito de contrabando.

Dése cumplimiento al tercer inciso del art. 574 del C. de P. P.

Cópiese y Notifíquese. Insértese en la Gaceta Judicial.

Simón Montero Torres. - Samuel Barrientos Restrepo. - Julio Roncallo Acosta. - Humberto Barrera Domínguez. - Gustavo Rendón Gaviria. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Secretario.

SENTENCIA VIOLATORIA DE LA LEY PROCEDIMENTAL POR HABERSE PRONUNCIADO EN UN JUICIO VICIADO DE NULIDAD

Causal 4a. de casación. La Corte reitera su doctrina relativa al alcance del Decreto 1705 de 1.960, en virtud del cual la Policía Nacional recobró su carácter de institución civil y sus miembros y agentes dejaron de estar amparados por el fuero penal castrense.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, veintidós de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación que interpuso el señor Fiscal 3º. del Tribunal Superior Militar contra la sentencia del 16 de agosto del año pasado, por medio de la cual esa Corporación absolvió a los Agentes de la Policía Nacional JOSE LEONIDAS DAZA MOSQUERA y JOSE RUBIAN SANTA MURILLO por los delitos de homicidio en Angel María y Amador de Jesús Muñoz Jiménez.

LOS ANTECEDENTES:

Los Agentes Daza Mosquera y Santa Murillo aparecen acusados en el proceso de haber causado la muerte, por medio de disparos de arma de fuego, a los predichos Muñoz Jiménez, la noche del 19 de septiembre de 1.961, en el Corregimiento de Montebonito, comprensión del Municipio de Marulanda, hechos en orden a los cuales el Comando del Departamento de Policía "Caldas", conforme al procedimiento de Consejo Verbal de Guerra, mediante sentencia del 7 de marzo del año pasado, los absolvió, fallo que el Tribunal Superior Militar confirmó en el suyo del 16 de agosto.

LA DEMANDA:

En la demanda, formulada con arreglo a las exigencias legales, el señor Fiscal recurrente invoca, en el carácter de única, la causal de casación prevista en el ordinal 4o. del artículo 567 del C. de P. Penal, a cuyo amparo sostiene que la sentencia acusada "es violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad", tesis que procede a de-

mostrar trayendo a colación la doctrina de la Corte en torno a los alcances del Decreto 1705 de 1.960, respecto de la supresión del fuero para los miembros de la Policía.

EL MINISTERIO PUBLICO:

El Delegado de la Procuraduría de las Fuerzas Armadas, con criterio de oposición a la tesis de la demanda, se limita a consignar, en breve concepto, "que el hecho de que el Decreto Ley 1705 haya expresado que la Policía Nacional es una Institución de carácter civil", en modo alguno significa que "la justicia castrense" haya dejado de "ser competente para conocer de las infracciones penales que ejecute" su personal.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

a)- La Corte, tanto en sentencias como en autos interlocutorios, se ha venido pronunciando, en torno a la materia en estudio, conforme a la siguiente doctrina:

"Del hecho de que la Constitución Nacional, Título XVI, establezca que la Policía Nacional es un organismo que forma parte de la 'fuerza pública' y que ésta sea, por lo tanto, un cuerpo armado, forzosamente no se puede concluir que sea una institución militar y no un organismo de carácter civil, independiente del Ejército Nacional.

"Por el contrario, teniendo en cuenta el carácter de las funciones que debe cumplir la Policía y la forma como actúa ordinariamente y los medios que emplea para cumplir sus fines, los expositores de Derecho Público no han vacilado en reconocer que ésta tiene un carácter civil.

"Así, por ejemplo, el profesor Alvaro Copete Lizarralde, apoyándose en la autorizada opinión de tratadistas como Otto Mayer, Fleiner, Hans Kelsen y Carl J. Friedrich, expone al respecto lo siguiente:

'El ejército tiene un carácter estrictamente militar, es decir, jerarquizado, en donde la disciplina se debe cumplir rigidamente y las órdenes de los jefes no son discutibles ni discutidas' 'Por su estructura, por su disciplina, por su moral, debe ser una poderosa máquina humana de guerra, compuesta de elementos conscientes, pero dispuestos a renunciar a su criterio individual, si ello es necesario, para seguir el camino que le indiquen jefes valerosos y expertos"'

'La policía, por el contrario, no obstante ser cuerpo armado, es de carácter civil, es decir, que los individuos que la componen, a pesar de estar sometidos a rigurosas disciplinas, por sus labores mismas son personalmente responsables de sus actos. Mientras el ejército no obra nunca por unidades, la policía ordinariamente actúa sin la presencia de los jefes. De allí las diferencias entre las dos instituciones.

'Todos los tratadistas que estudian la noción de policía, están de acuerdo en que la función policiva corresponde a la administración, entendiendo por tal el gobierno en su aspecto civil. Esta noción fundamental es lo que la caracteriza como eminentemente civil.

'Aún los que más difieren en sus alcances y consecuencias, acentúan el carácter administrativo de esta función, que en verdad corresponde primordialmente al gobierno y a sus agentes en todos sus grados.

....

'Creemos haber demostrado una premisa indispensable para afirmar el carácter eminentemente civil de la policía, a saber: La función de policía es inherente a las autoridades administrativas. Por esta razón el Presidente es el jefe supremo de la policía, pero así mismo son jefes de la policía en sus respectivos ramos los ministros, los gobernadores y los alcaldes.

'La atribución 3ª. del artículo 127 del código de régimen político y municipal da a los gobernadores competencia para ''mantener el orden en el departamento y coadyuvar a su mantenimiento en el resto de la República''. Se les inviste, como es obvio, del carácter de jefes de policía dentro del respectivo departamento.

'El artículo 183 establece, por su parte, que el alcalde es jefe superior de policía dentro de su respectivo territorio.

'Si el cuerpo de policía se incorpora a las fuerzas militares, quedaría, como es lógico, dentro de la disciplina militar, sujeta a recibir órdenes solamente de sus respectivos jefes militares. Entonces, para armonizar esta situación con las necesidades administrativas, sería menester convertir a los gobernadores y alcaldes en jefes militares, con el objeto de que pudieran impartir válidamente órdenes a las fuerzas de policía. Esta solución será en extremo improcedente.

'Como es claro que de la función policiva no se puede privar a las autoridades administrativas, porque ella es casi su razón de ser, fluye de manera nítida la inconveniencia, aún más, la imposibilidad de consagrar como norma permanente de la Carta la inclusión del cuerpo de policía en las fuerzas militares'.

''El carácter civil de la Policía, y por lo tanto, la competencia de la justicia ordinaria para juzgar a sus miembros y agentes, no se puso en duda antes de que, al amparo del prolongado régimen del estado de sitio a que estuvo sometido el país, a partir del 9 de noviembre de 1.949, se expidieran los Decretos Legislativos que incorporaron la Policía Nacional al Ejército y dispusieron que de los procesos en curso contra miembros de la Policía debía seguir conociendo la justicia penal castrense.

''Por ésto, cuando se expidió el Decreto 1705 de 1.960, cuyo artículo 40 expresamente le reconoció a la Policía Nacional el carácter de institución civil, que es el que naturalmente le debe corresponder dentro de un régimen de normalidad constitucional, esta Sala estimó lógicamente, como aún lo sigue estimando, que esta disposición tuvo el efecto de desincorporar a la Policía Nacional de las Fuerzas Militares, y que, como consecuencia de este reconocimiento, sus miembros dejaron de seguir amparados por el fuero penal castrense, porque éste, de acuerdo con los términos del artículo 170 de la Constitución Nacional, 'solamente es aplicable a los procesos que se adelanten por delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio'.

''Por ésto, habiendo recobrado la Policía Nacional, en virtud de lo dispuesto en el art. 40 del Decreto 1705 de 1.960, su carácter de institución civil, mal podían sus miembros seguir considerándose como militares para el solo efecto de ampararse con un fuero que constitucionalmente solo puede comprender a los miembros en servicio activo del Ejército Nacional'' (auto junio 28/63).

b), Siguese de lo expuesto que el cargo formulado a la sentencia acusada aparece debidamente comprobado, por cuya razón la causal de casación a cuyo amparo se hace ha de prosperar.

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, INVALIDA la sentencia recurrida y ORDENA que el proceso se remita, por conducto del Tribunal de origen y en razón de competencia, al Juzgado Superior (Repartimiento) del Distrito Judicial de Manizales, donde se repondrá el procedimiento, con el fin de subordinarlo a las normas comunes, a partir del auto de convocatoria del primer Consejo de Guerra.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Insértese en la Gaceta Judicial.

Simón Montero Torres. - Samuel Barrientos Restrepo. - Julio Roncallo Acosta. - Humberto Barrera Domínguez. - Gustavo Rendón Gaviria. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Secretario.

ROBO. ACUSACION CONTRA EL FALLO DEL AD QUEM CON APOYO EN LAS CAUSALES SEGUNDA Y PRIMERA DEL ART. 567 DEL C. DE P. P. JUICIO PENAL RITUADO CONFORME AL DECRETO 0014 de 1.955.

1. Dado que se trata de un juicio penal rituado conforme al Decreto 0014 de 1.955, es claro que puede invocarse la causal segunda de casación. Pero para que este motivo prospere, como reiteradamente lo ha dicho la Corte, el impugnador ineludiblemente ha de demostrar que el sentenciador de segundo grado incurrió en manifiesto error en la apreciación del caudal probatorio atinente al cuerpo del delito o a la responsabilidad del agente, bien por haber atribuído a los elementos de juicio un valor que no tenían, o negado a otros el que sí tenían.

2. En el caso *sub judice* los planteamientos del señor apoderado no conducen a la demostración de ese error de hecho y se reducen a expresar, a manera de alegato de instancia, un criterio muy personal y subjetivo sobre el mérito de las pruebas apreciadas por el fallador para condenar al recurrente. En tales condiciones la Corte no tiene por qué actuar dentro de los marcos procesales de un Tribunal ordinario, función que le es extraña e impropia para los fines y efectos del recurso de casación.

El demandante al tratar de dar fundamento a la causal segunda se refiere sólo a algunos de los medios probatorios ameritados por el *ad quem*, omitiendo un examen integral de ellos, cuya concatenación lógica sirvió precisamente al fallador para la decisión condenatoria. Tal procedimiento no es de recibo cuando de la causal segunda se trata porque la sentencia depende, como es obvio, del análisis y valoración en conjunto de todas las pruebas que se relacionan entre sí.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, veintitrés de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

Procede la Corte - Sala de Casación Penal - a pronunciarse de fondo sobre el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado ALFONSO CASTRO ACOSTA o ALBERTO CASTAÑO, contra la sentencia de veintinueve (29) de octubre de mil novecientos sesenta y dos, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá lo condenó, como responsable del delito de robo, a la pena principal de seis (6) años de presidio y correspondientes sanciones accesorias.

HECHOS:

Aparecen historiados en la sentencia de primer grado en la siguiente forma:

"En las primeras horas de la mañana del 16 de abril de 1.962 el celador Mardoqueo Villamil fue informado de que al edificio 12-44 de la Avda. Caracas de esta ciudad, habian entrado unas personas, por lo cual el señor Villamil asesorado por un agente de la policia, fue a averiguar lo que ocurria; cuando llegaban a la azotea de allí comenzaron a bajar tres ciudadanos a quienes el agente iluminó con su linterna y el señor Villamil comenzó a requizar por orden del policia, pero cuando tal hacía los desconocidos salieron precipitadamente del edificio y al correr por la calle, otro agente los detenía. Al examinar el sitio de donde salieron los sospechosos, se encontraron signos evidentes de que por allí se había llegado hasta los Almacenes "ADLER" situado en la Avda. Caracas 12-48 de donde se sustrajeron 20 máquinas tejedoras y que posteriormente fueron entregadas a su dueño".

El proceso fué rituado conforme a las normas del Decreto 0014 de 1.955.

DEMANDA DE CASACION

El doctor Jaime Peralta Figueroa, obrando como apoderado especial del recurrente, presentó ante la Corte el escrito de demanda que aparece de folios 10 a 21 del cuaderno número 4, escrito que cumple las exigencias legales. Aparte de suministrar una relación de los hechos que motivaron el proceso, en capítulos separados formula la acusación contra el fallo del ad quam con apoyo en las causales segunda y primera del artículo 567 del C. de P. P.,

Causal segunda. Para sostener el impugnador que en la sentencia del Tribunal hubo "errada apreciación o interpretación de los hechos", por haberles "atribuido un valor probatorio que no tienen", o haberles "negado el que sí tienen", intenta un análisis de la declaración indagatoria de su poderdante a efecto de concluir que a los dichos de Castro Acosta debió el fallador darles crédito, de acuerdo con el artículo 255 del C. de P. P., ya que los elementos de prueba que se ameritan contra el procesado no merecen credibilidad.

La alegación, sustancialmente, se reduce a reclamar que se den por ciertos los hechos consignados en la indagatoria, explicativos de la conducta de Castro, de acuerdo con los cuales él no intervino en la comisión del ilícito.

Este aspecto le permite al señor apoderado sentar la siguiente conclusión:

"El análisis detallado que se ha hecho anteriormente, nos lleva a la conclusión meridiana de que a favor de mi defendido obra la presunción de veracidad que consagra el art. 255 del C. de P. Penal, y si ello es así, es evidente que los hechos procesales fueron valorados equivocadamente, en forma manifiesta u ostensible, en la sentencia demandada siendo ellos demostrativos de la inocencia del señor ALFONSO CASTRO ACOSTA. Todos los hechos antes estudiados demuestran aisladamente y en su conjunto armónico y conteste, la plena inocencia de mi defendido. Cada uno de ellos constituye, sin lugar a dudas, un indicio a su favor".

Del mismo modo, es decir, a través de la causal segunda, la demanda acusa el fallo por estimar "interesados, contradictorios, insuficientes y aún ilógicos"

los testimonios de los señores Mardoqueo Villamil, Geremias León y Jesús Antonio Quitian, los que "no constituyen jamás la plena prueba de la responsabilidad penal del señor ALFONSO CASTRO ACOSTA".

Considera el demandante, después de la crítica de dichos medios de prueba que "se hace evidente el error manifiesto en que incurrió el Tribunal al valorar hechos que inciden en la demostración de la irresponsabilidad penal". Estima también que hubo violación ostensible del artículo 224 del C. de P. P. porque tales testimonios "fueron apreciados desconociendo los principios que rigen la sana crítica probatoria". Y porque "de hechos no probados plenamente en el informativo, se dedujeron consecuencias jurídicas" contra el recurrente, se violó también el artículo 223 ibidem.

"En conclusión -expresa el libelo- del anterior análisis del acervo probatorio, se observa que la versión dada por el señor ALFONSO CASTRO ACOSTA, tiene el carácter de una declaración integrada en forma indivisible, toda vez que no hay prueba seria que la controvierta. Tal versión predica palmariamente la inocencia de ALFONSO CASTRO ACOSTA. Como el H. Tribunal incurrió en equivocaciones al valorar la prueba, siendo sus errores evidentes o notorios, es obvio que llegó a otra conclusión diferente a la que conlleva el estudio cuidadoso de la prueba de este informativo, conclusión que 'por basarse en premisas falsas, es igualmente falsa, de toda falsedad'.

Causal primera. La alega el impugnador, como consecuente de la segunda, en razón de que si "los hechos procesales fueron valorados equivocadamente, en forma ostensible, por parte del Tribunal en la sentencia demandada, es lógico que tal apreciación incide en la aplicación indebida de la ley penal".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en cuya opinión el recurso interpuesto debe desecharse, responde así la acusación:

"La indagatoria rendida por Alfonso Castro Acosta, que figura al Fl. 29 del primer cuaderno, contiene los siguientes hechos por él afirmados: que en el momento en que fue capturado se encontraba en la calle 13 con carrera 13; que desconoce, -por completo- la razón de su captura; que se hallaba en el lugar antes dicho porque pensaba tomar un taxi para que lo condujera a su casa.

"Explica que venía de un bar de la calle 14 con la carrera 15 en donde había estado ingiriendo cerveza, sin compañía de ninguna clase. En esta diligencia anota 'que el único delito que he cometido es el de cambiarme de nombre por el honor y honra de mi familia y mis relaciones sociales que son bastantes buenas'.

"De lo anterior se desprende, -acentuando que esta indagatoria fue la única rendida por Castro Acosta-, que su posición fue puramente negativa y que sus explicaciones sobre el caso que se le inculpa y la autoría que en él tuviera fue, exclusivamente, la de presentarse como víctima de una confusión al aprehendérsele por los agentes de la autoridad.

"El art. 255 del C. de P. P. nos dice que 'la cofesión libre y espontanea hecha por el procesado ante el Juez o el funcionario de instrucción y su respectivo secretario, se presume verídica mientras no se presente prueba en contrario, siempre que por otra parte esté plenamente probado el cuerpo del delito'.

"Qué clase de confesión 'sui-generis' encierra la indagatoria rendida por el sindicado Castro Acosta?. Absolutamente ninguna; no puede predicarse de ella -su indagatoria- que reconoció hecho alguno, que le fuera imputado, sino, a la inversa, que expugnó de manera total la sindicación de robo que se le hiciera. Más aún; el único hecho que aceptó y reconoció fue el de haber dado a la justicia un nombre diferente al que lo perteneciera, y las explicaciones que proporciona sobre el particular tienen escaso poder de convicción, para tornarse, en el fondo, un indicio sobre su conducta ilícita.

"Cuanto afirma el señor abogado sobre el particular no tiene atinencia en el caso y las mismas reglas científicas de crítica de la prueba que invoca le son adversas.

"El estatuto de procedimiento penal en sus arts. 295 y 356 refiriéndose a la manera como debe realizarse la investigación de los hechos por parte del funcionario investigador dice: que éste, con igual celo, debe indagar sobre los hechos y circunstancias que establezcan y agraven la responsabilidad del acusado, así como también las que lo eximan de ella o la extingan o atenúen. Además, -ya dentro de la investigación de los autores-, no le es dable al funcionario limitar el derecho del procesado de hacer constar cuanto tenga por conveniente para descargo o explicación de los hechos, y debe verificar con carácter de urgencia las citas que hiciere y las demás diligencias que propusiere para comprobar sus aseveraciones. Esta es la letra de las disposiciones citadas.

"En el caso que se comenta no puede tacharse de carente de celo o diligencia al Juez 20 de Instrucción Criminal en el cumplimiento de sus obligaciones. Por parte del sindicado se ofrecieron, solamente, explicaciones pueriles alrededor de su conducta sobre las cuales no podía gestionar investigativamente para hacerlas más concisas o categóricas. Tampoco le coartó el derecho a producir las aclaraciones que juzgara convenientes, lo cual, necesariamente, habría sido materia de constancia en la diligencia de indagatoria por parte del apoderado que le asistió a la misma.

"Las pruebas que arrojó la investigación, -siendo de destacarse el reconocimiento de Castro- por parte de los agentes y del celador (diligencia de careo) no hacían necesaria la pesquiza del instructor en el sentido de establecer la afirmación ambigua de Castro de haber estado bebiendo, solitariamente, en un bar hasta la hora en que fue capturado, cerca de las tres de la mañana.

"Sobre los fallidos fundamentos que invoca el impugnador mal puede suponerse, -como lo hace-, que se haya desconocido la garantía constitucional de defensa que cobija al sindicado y que establece el art. 26 de la C. N. De paso, debe dejarse claramente sentado, que, injertar extrañamente dentro de la causal 2a. de casación un argumento jurídico que tendría operancia en otra causal distinta, la cuarta, hace que la técnica de la misma demanda que la propone sea defectuosa.

"El aserto de los testimonios de Villamil y de Jeremías León y de Quitian sean contradictorios, interesados y deficientes, no pasa de ser una afirmación sin piso si concienzudamente se estudian estas declaraciones que, en concepto de este Despacho, son claras, categóricas y no contradictorias. Los arts. 370 y 371 del C. de P.P., incluidos dentro del capítulo que hace referencia a la investigación de los autores y partícipes de la infracción, sientan las bases y dan las normas para proceder en la diligencia denominada de reconocimiento. A los fo-

lios 72, 79 y 98 obran las diligencias de careo practicadas entre el sindicado Castro y Quitian Medina, Castro y Jeremias León y Castro y Mardoqueo Villamil. Estas diligencias se tomaron en razón de las permisiones que contrae el art. 376 del C. de P. P. y no fueron, como lo afirma el impugnador, reconocimientos practicados a la luz de los arts. 370 y 371. No sobra agregar que los testigos en el curso de los careos reconocieron enfáticamente a Alfonso Castaño o Alfonso Castro Acosta como la persona a quien tuvieron que capturar la noche de autos.

"La violación de los art. 223 y 224 del C. de P. P. por parte del Tribunal, y en relerencia a los indicios que militan contra Castro, fluyendo de los testimonios de León, Villamil y Quitian, no la encuentra este Despacho. Para esta Procuraduria la Corporación ad-quem obró jurídicamente al dictar sentencia condenatoria contra Castro y no atropelló en forma alguna el art. 203 del C. de P. P.

"Los cargos consolidados dentro de la causal 2ª no obtienen, por tanto, demostración.

"No habiéndose demostrado la causal 2ª, huelga el comentario y la respuesta a la causal 1ª, también invocada".

CONSIDERA LA CORTE:

1o., Dado que se trata de un juicio penal rituado conforme al Decreto 0014 de 1.955, es claro que puede invocarse la causal segunda de casación. Pero para que este motivo prospere, como reiteradamente lo ha dicho la Corte, el impugnador ineludiblemente ha de demostrar que el sentenciador de segundo grado incurrió en manifiesto error en la apreciación del caudal probatorio atinente al cuerpo del delito o a la responsabilidad del agente, bien por haber atribuido a los elementos de juicio un valor que no tenian, o negado a otros el que si tenian.

2o. En el caso sub-judice, los planteamientos del señor apoderado no conducen a la demostración de ese error de hecho y se reducen a expresar, a manera de alegato de instancia, un criterio muy personal y subjetivo sobre el mérito de las pruebas apreciadas por el fallador para condenar al recurrente. En tales condiciones la Corte no tiene por qué actuar dentro de los marcos procesales de un Tribunal ordinario, función que le es extraña e impropia para los fines y efectos del recurso de casación.

3o. El demandante al tratar de dar fundamento a la causal segunda se refiere solo a algunos de los medios probatorios ameritados por el ad-quem, omitiendo un examen integral de ellos, cuya concatenación lógica sirvió precisamente al fallador para la decisión condenatoria. Tal procedimiento no es de recibo cuando de la causal segunda se trata porque la sentencia depende, como es obvio, del análisis y valoración en conjunto de todas las pruebas que se relacionan entre sí.

4o. No estima necesario la Sala ocuparse en detalle de las criticas que el impugnador hace respecto al criterio adoptado por el Tribunal frente a la declaracion indagatoria del acusado, principalmente en cuanto a las explicaciones que allí se dan como coartada, de cuya credibilidad podía fundadamente dudar el fallador. Lo propio puede decirse en relación con los testimonios que el demandante considera contradictorios, sin aportar en este particular la demostración de su aserto.

5o. Sobre el mérito de la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal y sobre la falta de fundamento de la demanda de casación interpuesta, la Corte acoge, por ser jurídico y exacto, el concepto del Ministerio Público, representado por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, y de acuerdo con él desechará el recurso, en los términos del art. 570 del Código de Procedimiento Penal, pues al no prosperar la causal segunda, la primera, que es consecuente de aquélla, tampoco prospera.

DECISION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal- administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el Ministerio Público, DESECHA el recurso extraordinario de casación a que se ha hecho referencia y ORDENA devolver el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese y notifíquese: Insértese en la Gaceta Judicial.

Simón Montero Torres. - Humberto Barrera Domínguez. - Samuel Barrientos Restrepo. - Gustavo Rendón Gaviria. - Julio Roncallo Acosta. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Secretario.

ALCANCE DE LAS NORMAS REGULADORAS DEL FUERO PENAL CASTRENSE. LA CORTE REITERA SU DOCTRINA RELATIVA A QUE EL JUZGAMIENTO DE LOS MIEMBROS DE LA POLICIA NACIONAL -POR DELITOS COMUNES U OFICIALES-, CORRESPONDE A LA JUSTICIA ORDINARIA. SENTENCIA DEL AD QUEM RECAIDA EN JUICIO VICIADO DE NULIDAD.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, veinticuatro de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria).

VISTOS:

Procede la Corte, surtidos los trámites de rigor, a decidir del recurso de casación interpuesto, por el procesado JOSE CENON GUTIERREZ GUEVARA, condenado por el Tribunal Superior Militar, en sentencia de 27 de agosto de 1.963, como responsable del delito de homicidio, a la pena principal de 10 años de presidio y a las correspondientes sanciones accesorias. El fallo recurrido en casación confirmó el de primera instancia, original de Comando del Departamento de Policía de Cundinamarca, de fecha 24 de septiembre de 1.962.

ANTECEDENTES

1o. En cuanto a los hechos que dieron origen a este proceso suficiente es decir que a José de Cenón Gutiérrez Guevara se le atribuye haber causado la muerte de la señora Rosa Bustos de Soto, en la noche del 9 al 10 de julio de 1.956 en un establecimiento ubicado en la población de Utica, con arma cortopunzante. Para entonces el sindicado era Agente de la División de Cundinamarca de la Policía Nacional y la investigación y el juicio se adelantaron conforme a las disposiciones que rigen la Justicia Penal Castrense.

2o. Por auto de 31 de mayo de 1.961, el Juzgado de instancia resolvió en juicio "por los trámites del art. 544 y siguientes del C. de J.P. M. (Dec. 250/58) a José Cenón Gutiérrez Guevara....., agente del Departamento de Policía de Cundinamarca, por el delito de homicidio en la persona de la señora Rosa Bustos de Soto, esto es, por la muerte que le provino de las heridas causadas la noche del nueve (9) de julio de mil novecientos cincuenta y seis (1.956) en la población de Utica".

3o. Convocado el Consejo de Guerra, la cuestión propuesta a los vocales dió como resultado la absolución de Gutiérrez Guevara, lo que determinó la declaratoria de contra-evidencia del veredicto contenida en el auto de 10 de julio de 1.961.

4o. El Tribunal Militar al conocer de la resolución del inferior optó por decretar "la nulidad de lo actuado a partir del juzgamiento" y en consecuencia se convocó a nuevo Consejo, el cual afirmó la responsabilidad del acusado.

5o. Con base en el nuevo veredicto se profirió el fallo condenatorio.

DEMANDA DE CASACION

Como representante del recurrente formuló la demanda de casación ante la Corte el doctor Pedro Acosta Sánchez, en el escrito que obra de folios 7 a 16 del cuaderno número 2.

Aduce como causales de las previstas en el artículo 567 del C. de P. P. las contempladas en los ordinales 2o. y 4o., en su orden. Como a todas luces en juicios con intervención del jurado la causal 2a. es improcedente, salvo cuando se trata de hechos que tienen que ver con circunstancias cuya apreciación compete al juez de derecho, la Sala entrará de lleno a ocuparse del motivo de nulidad argüido con invocación de la otra causal.

Sobre este aspecto de la acusación, el demandante expresa:

"En efecto:

"Se inició este proceso el 10 de julio de 1.956, en averiguación del responsable o responsables de las lesiones sufridas por Rosa Bustos de Soto en la noche comprendida entre el 9 al 10 de julio del citado año; lesiones que, a la postre, le causaron la muerte el 20 de los mismos mes y año.

"Por ese tiempo regía el Decreto 1426 de 1.954 que disponía:

"'1o. Que por Decreto 1814 de 1.953 se incorporaron las Fuerzas de Policía a las Fuerzas Armadas.

"'2o. Que es necesario reglamentar esa incorporación especialmente en lo relativo a la administración de Justicia Penal Militar, decreta:

"'Artículo 1o. De todos los delitos que cometan Miembros de las Fuerzas de Policía en servicio activo conocerá la Juslicia Penal Militar'.

"Con los documentos que obran a folios 29, 30 y 31 se acredita a cabalidad que el señor José Cenón Gutiérrez Guevara por la época en que sucedieron los hechos que se investigaron por estas diligencias era miembro "de las Fuerzas de Policía en servicio activo".

"Ahora bien:

"En providencia de junio 13 de 1.960 la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, con ponencia del Honorable Magistrado doctor Humberto Barrera Domínguez al desatar una colisión de competencias "surgida entre distintas autoridades de la Justicia Penal Militar", analizando el artículo 2o. del decreto 1426 de 1.954, concluyó que la competencia para conocer del proceso que causó la providencia de que vengo hablando, correspondía a la justicia penal ordinaria.

"Dicha jurisprudencia tiene plena vigencia en el caso que nos ocupa, solo con la diferencia de que no se trata de lo preceptuado en el artículo 2o. del

Decreto 1426 de 1.954 sino lo previsto en el artículo 1o. de la misma disposición y en este orden de ideas y siguiendo el criterio de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, tenemos:

"El fuero penal castrense contemplado en el artículo 1o. del Decreto 1426 de 1.954, con respecto a "los delitos que cometan miembros de las fuerzas de policía en servicio activo", en la actualidad dejó de existir, pues el actual Código de Justicia Penal Militar (Decreto 250 de 1.958) excluyó de su jurisdicción a los miembros de las fuerzas de policía es decir que el artículo 1o. del Decreto 1426 de 1.954 "rigió desde el día en que fué expedido, hasta el momento en que comenzó la vigencia del Decreto número 0250 de 1.958 -11 de julio".

"Así las cosas y en desarrollo de lo dispuesto en el citado Código de Justicia Penal Militar (Decreto 250/58) el artículo 619 'dispuso, con respecto a los procesos en curso 'que por razón de este decreto pasen a ser de competencia de otra jurisdicción...', que se remitieran inmediatamente (sic) en el estado en que se encuentren al respectivo Juez o Tribunal". Como no se hizo, mejor como no se cumplió lo ordenado en esta norma, que por ser procedimental es de orden público y por ende de extricto cumplimiento, se violó el numeral 1o. del artículo 198 del C. de P. P., el cual por mandato del artículo 201 de la misma obra se actualiza en el recurso extraordinario de casación al tenor del numeral 4o. del artículo 567 ibídem.

"Por manera que las normas de procedimiento ('que son las que determinan el fuero') consagradas en el actual Código de Justicia Penal Militar 'las cuales son de aplicación inmediata' 'a todos los procesos de competencia de la jurisdicción Militar que están en curso, cualquiera que haya sido la fecha de su iniciación, con arreglo a lo dispuesto por la Ley 153 de 1.887' (art. 619)'. Disposición que también prescribe que 'respecto de los procesos en curso 'que por razón de este decreto pasen a ser de competencia de otra jurisdicción....' que se remitieran inmediatamente en el estado en que se encuentren al respectivo Juez o Tribunal'".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador de las Fuerzas Militares, en su concepto de fondo, se opone a la casación del fallo, tanto con fundamento en la causal 2a., como en la 4a. Respecto de esta última, que es la que interesa examinar, pues la 2a. ya se expresó que era improcedente, el señor representante del Ministerio Público estima que los miembros de la Policía Nacional sí están amparados por el fuero militar y que, respecto de ellos, es aplicable el Decreto Legislativo 250 de 1.958, sin que obste el Decreto 1705 de 1.960.

CONSIDERA LA CORTE:

1o. Ha sido suficientemente explicita esta Corporación sobre el alcance de las normas reguladoras del fuero castrense, lo mismo para definir el trámite que debe darse a los procesos que se adelanten contra los miembros de la Policía Nacional, que en lo tocante a los hechos cuyo juzgamiento compete a los Tribunales Militares, de acuerdo con el Código de la materia y artículo 170 de la Carta.

2o. De igual manera la Corte en distintas providencias ha determinado el alcance del artículo 40 del Decreto 1705 de 1.960 y, precisamente, por el rei-

terado adoctrinamiento en el particular no vé la necesidad de insistir en una cuestión tan clara como la de que el juzgamiento de los Agentes de la Policía por delitos comunes u oficiales es de resorte exclusivo de la jurisdicción ordinaria, máxime cuando la calificación de los procesos ha sido posterior al referido Decreto.

3o. Para abundar en los puntos de vista de la Corporación se inserta aquí lo dicho por ella en auto de 28 de junio de 1.963, reproducido en sentencia de 22 de los corrientes.

"Del hecho de que la Constitución Nacional, Título XVI, establezca que la Policía Nacional es un organismo que forma parte de la 'fuerza pública' y que ésta sea, por lo tanto, un cuerpo armado, forzosamente no se puede concluir que sea una institución militar y no un organismo de carácter civil, independiente del Ejército Nacional.

"Por el contrario, teniendo en cuenta el carácter de las funciones que debe cumplir la Policía y la forma como actúa ordinariamente y los medios que emplea para cumplir sus fines, los expositores de Derecho Público no han vacilado en reconocer que ésta tiene un carácter civil.

"Así por ejemplo, el profesor Alvaro Copete Lizarralde, apoyándose en la autorizada opinión de tratadistas como Otto Mayer, Fleiner, Hans Kelsen y Carl J. Friedich, expone al respecto lo siguiente:

'El Ejército tiene un carácter estrictamente militar, es decir, jerarquizado, en donde la disciplina se debe cumplir rígidamente y las órdenes de los jefes no son discutibles ni discutidas. "'Por su estructura, por su disciplina, por su moral, debe ser una poderosa máquina humana de guerra, compuesta de elementos conscientes, pero dispuestos a renunciar a su criterio individual, si ello es necesario, para seguir el camino que le indiquen jefes valerosos y expertos"'.

'La policía, por el contrario, no obstante ser cuerpo armado, es de carácter civil, es decir, que los individuos que la componen, a pesar de estar sometidos a rigurosas disciplinas, por sus labores mismas son personalmente responsables de sus actos. Mientras el ejército no obra nunca por unidades, la policía ordinariamente actúa sin la presencia de los jefes. De ahí las diferencias entre las dos instituciones.

'Todos los tratadistas que estudian la noción de policía, están de acuerdo en que la función policiva corresponde a la administración, entendiendo por tal el gobierno en su aspecto civil. Esta noción fundamental es lo que la caracteriza como eminentemente civil.

'Aún los que más difieren en sus alcances y consecuencias, acentúan el carácter administrativo de esta función, que en verdad corresponde primordialmente al gobierno y a sus agentes en todos sus grados.

....

'Creemos haber demostrado una premisa indispensable para afirmar el carácter eminentemente civil de la policía, a saber: La función de la policía es inherente a las autoridades administrativas. Por esta razón, el Presidente es el jefe supremo de la policía, pero así mismo son jefes de la policía en sus respectivos ramos los ministros, los gobernadores y los alcaldes.

"La atribución 3ª. del artículo 127 del código de régimen político y municipal dá a los gobernadores competencia para "mantener el orden en el departamento y coadyuvar a su mantenimiento en el resto de la República". Se les enviste, como es obvio, del carácter de jefes de policía dentro del respectivo departamento.

"El artículo 183 establece, por su parte, que el alcalde es jefe superior de policía dentro de su respectivo territorio.

"Si el cuerpo de policía se incorpora a las fuerzas militares, quedaría, como es lógico, dentro de la disciplina militar, sujeta a recibir órdenes solamente de sus respectivos jefes militares. Entonces, para armonizar esta situación con las necesidades administrativas, sería menester convertir a los gobernadores y alcaides en jefes militares, con el objeto de que pudieran impartir válidamente órdenes a las fuerzas de policía. Esta solución sería en extremo improcedente.

"Como es claro que de la función policiva no se puede privar a las autoridades administrativas, porque ella es casi su razón de ser. Huye de de manera olvida la inconveniencia, aún más, la imposibilidad de consagrar como norma permanente de la Carta la inclusión del cuerpo de policía en las fuerzas militares".

"El carácter civil de la policía, y por tanto la competencia de la justicia ordinaria para juzgar a sus miembros y agentes, no se puso en duda antes de que, al amparo del prolongado régimen del estado de sitio a que estuvo sometido el país, a partir del 9 de noviembre de 1.949, se expidieran los Decretos Legislativos que incorporaron la Policía Nacional al Ejército y dispusieron que de los procesos en curso contra miembros de la policía debía seguir conociendo la justicia penal castrense.

"Por esto, cuando se expidió el Decreto 1705 de 1.960, cuyo artículo 40 expresamente le reconoció a la Policía Nacional el carácter de institución civil, que es el que naturalmente le debe corresponder dentro de un régimen de normalidad constitucional, esta Sala estimó lógicamente, como aún lo sigue estimando, que esta disposición tuvo el efecto de desincorporar a la Policía Nacional de las Fuerzas Militares, y que, como consecuencia de este reconocimiento, sus miembros dejaron de seguir amparados por el fuero penal castrense, porque éste, de acuerdo con los términos del artículo 170 de la Constitución Nacional, "solamente es aplicable a los procesos que se adelanten por delitos cometidos por los Militares en servicio activo y en relación con él mismo servicio".

"Por esto, habiendo recobrado la Policía Nacional, en virtud de lo dispuesto en el art. 40 del Decreto 1705 de 1.960, su carácter de institución civil, mal podían sus miembros seguir considerándose como militares para el solo efecto de ampararse con un fuero que constitucionalmente solo puede comprender a los miembros en servicio activo del Ejército Nacional" (auto junio 28/63).

4o. Todo lo anterior quiere decir que el recurso prospera por haber recaído la sentencia del ad quem en un juicio viciado de nulidad, lo que impone reponer la actuación a partir del auto de 17 de octubre de 1.960 (folio 120 del cuaderno principal), por medio del cual se declaró cerrada la investigación, a efecto de que el proceso pase a conocimiento de la justicia ordinaria.

DECISION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema -Sala Penal-, oído el concepto fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

INVALIDA la sentencia recurrida y ORDENA que el proceso se remita, por conducto del Tribunal de origen al Juzgado Superior (repartimiento) del Distrito Judicial de Bogotá, el cual repondrá la actuación, conforme a las normas del procedimiento ordinario a partir del auto de clausura de la investigación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Simón Montero Torres.- Humberto Barrera Domínguez.- Samuel Barrientos Restrepo. Gustavo Rendón Gaviria.- Julio Roncallo Acosta.- Primitivo Vergara Crespo.- Pioquinto León L., Secretario.

COLISION DE COMPETENCIAS. ALCANCE DEL FUERO PENAL CASTRENSE

La Corte reitera la doctrina expuesta en providencia del 27 de julio de 1.961, relacionada con el juzgamiento de miembros de la Policía Nacional por delitos cometidos luego de que dejaron de hacer parte de las Fuerzas Militares. Infracciones penales consumadas antes de la vigencia del Decreto No. 1705 de 1.960.

1. Es obvio que no toda fuerza armada puede ser calificada de militar. Y es claro, igualmente que el Art. 168 de la Constitución Nacional, al reglamentar lo relacionado con la condición "no deliberante" de las Fuerzas Armadas, las comprende a todas; y que el Art. 170 de la misma obra se ocupa de la creación del fuero penal castrense, pero para los militares únicamente.

De lo anterior se desprende, conforme al art. 170 de la Carta, el cual, como se dijo, ha previsto el funcionamiento de Cortes Marciales o de Tribunales Militares únicamente para conocer "de los delitos cometidos por militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio", que el juzgamiento de los Miembros de la Policía Nacional, por infracciones cometidas luego de que dejaron de hacer parte de las Fuerzas Militares, o por delitos llevados a cabo antes, pero en relación con los cuales no se ha hecho convocatoria de Consejo Verbal de Guerra, no corresponde a la justicia penal castrense, sino a la ordinaria.

En este sentido se pronunció esta Sala en la providencia de 27 de julio de 1.961, doctrina que ha reiterado en numerosas resoluciones proferidas a partir de entonces.

2. Se repite que es de lógica elemental que si la Policía Nacional estuvo sometida al fuero penal militar, porque se la incorporó, como cuarto componente, a las Fuerzas Militares, al dejar de hacer parte de éstas, para volver a su antiguo y natural carácter de institución civil (como señala el art. 40 del Decreto No. 1705 de 1.960), también dejó de estar sujeta a la jurisdicción penal castrense, en cuanto al juzgamiento de sus miembros.

3. El precepto constitucional citado (art. 170) es de aplicación preferencial con respecto a las normas legales que resulten incompatibles con él, de acuerdo con lo que manda el art. 215 de la Carta.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, veintisiete de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Ante el Comando del Departamento de Policía del Valle cursa el proceso penal seguido contra EDUARDO DE JESUS SALDARRIAGA y otros, por los delitos de "robo común, hurto militar, hurto común y abuso de confianza".

Los hechos tuvieron ocurrencia en los primeros meses del año de 1.959. Y, si bien el 29 de marzo de 1.960 se profirió resolución de convocatoria del Consejo de Guerra Verbal, el Tribunal Superior Militar, mediante proveído de 9 de septiembre del mismo año declaró la nulidad de lo actuado a partir de dicha resolución.

Ahora bien:

El doctor Carlos E. Camacho. E., en su condición de apoderado del señor EDUARDO DE JESUS SALDARRIAGA BENITEZ, solicitó al citado Comando del Departamento de Policía del Valle el envío del proceso a la justicia ordinaria, por estimar que los sindicados no están sometidos al fuero penal castrense.

Esta petición fue negada y, en consecuencia, vino el asunto a esta Sala para que resuelva sobre la colisión de competencias, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 68 del Código de Procedimiento Penal.

Se fundamenta el proveído que rechaza la petición del señor apoderado de SALDARRIAGA BENITEZ en que la Policía Nacional sigue siendo, sinembargo de lo previsto en el Decreto No. 1705 de 1.960, una fuerza armada; que el artículo 168 de la Constitución Nacional se refiere a la "fuerza armada", para disponer que "no es deliberante"; que las "fuerzas militares" también son fuerzas armadas; que, en consecuencia, cuando el artículo 170 de la Carta alude a los militares para señalar que habrá Cortes Marciales o Tribunales Militares para su juzgamiento, por delitos cometidos "en servicio activo o en relación con el mismo servicio", comprende, asimismo, a las fuerzas de policía, pues éstas y las militares son fuerzas armadas.

Es evidente el sofisma, pues se pretende equiparar la parte con el todo. Es obvio, en efecto, que no toda fuerza armada puede ser calicada de militar. Y es claro, igualmente, que el artículo 168 de la Constitución Nacional reglamenta lo relacionado con la condición "no deliberante" de las fuerzas armadas, en donde quedan comprendidas todas, y que el artículo 170 de la misma obra se ocupa de la creación del fuero penal castrense, para los militares únicamente.

Otra cosa ocurrió cuando las Fuerzas de Policía fueron incorporadas a las Fuerzas Militares, como cuarto componente de estas. Pero el Decreto No. 1705 de 1.960, antes citado, desincorpora a aquéllas de las Fuerzas Militares, pues éstas, ahora, sólo están formadas por el Ejército, la Armada Nacional y la Fuerza Aérea.

De lo anterior se desprende, conforme al artículo 170 de la Carta, el cual, como se dijo, ha previsto el funcionamiento de Cortes Marciales o de Tribunales Militares únicamente para conocer "de los delitos cometidos por militares en servi-

cio activo y en relación con el mismo servicio", que el juzgamiento de los miembros de la Policía Nacional, por infracciones cometidas luego de que dejaron de hacer parte de las Fuerzas Militares, o por delitos llevados a cabo antes pero en relación con los cuales no se ha hecho convocatoria de Consejo Verbal de Guerra, no corresponde a la justicia penal castrense, sino a la ordinaria.

En este sentido se pronunció esta Sala en la providencia de 27 de julio de 1.961, doctrina que ha reiterado en numerosas resoluciones proferidas a partir de entonces.

También se ha expresado en otros proveídos que en cuanto a los delitos cometidos antes de la vigencia del Decreto No. 1705 de 1.960, el fuero penal castrense en el juzgamiento de los miembros de la Policía Nacional se mantiene, si en el proceso correspondiente se ha hecho la convocatoria de Consejo Verbal de Guerra, pues el juez, en tales casos, ha sido ya determinado. No así en los negocios en que dicha resolución no se ha proferido, pues tales procesos se encuentran en estado de sumario.

Se repite que es de lógica elemental que si la Policía Nacional estuvo sometida al fuero penal militar, porque se la incorporó, como cuarto componente, a las Fuerzas Militares, al dejar de hacer parte de éstas, para volver a su antiguo y natural carácter de institución civil (como señala el art. 40 del Decreto No. 1705 de 1.960), también dejó de estar sujeta a la jurisdicción penal castrense, en cuanto al juzgamiento de sus miembros.

El precepto constitucional citado (art. 170), se insiste, únicamente ha previsto la competencia de la justicia penal militar con relación al conocimiento de "los delitos cometidos por militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio". Y este precepto es de aplicación preferencial con respecto a normas legales que resulten incompatibles con la Carta, de acuerdo con lo que manda el artículo 215 de ésta.

Por lo expuesto, la Corte Suprema -SALA PENAL- administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DIRIME la colisión de competencias de que se ha hecho mérito, en el sentido de declarar que el conocimiento del proceso seguido contra EDUARDO DE JESUS SALDARRIAGA BENITEZ y otros, por varios delitos, corresponde a la jurisdicción penal ordinaria y nó a la castrense.

Dése informe de lo resuelto al Comando del Departamento de Policía del Valle (Cali) y ENVIESE el proceso al reparto de los Jueces Superiores de Cali.

Cópiese y Notifíquese. Insértese en la Gaceta Judicial

Simón Montero Torres-. Humberto Barrera Domínguez-. Samuel Barrientos Restrepo.- Gustavo Rendón Gaviria-. Julio Roncallo Acosta-. Primitivo Vergara Crespo.- Pioquinto León L., Secretario.

DELITO DE HOMICIDIO CALIFICADO DE ASESINATO

En tratándose de juicios con intervención del Jurado no es admisible la causal segunda, en orden a debatir los elementos probatorios sobre la responsabilidad del encausado. Diferencia entre veredicto contradictorio y veredicto contraevidente. Causales 2ª., 1ª. y 7ª. de casación penal.

1. La causal segunda de casación, consagrada por la Ley para impugnar las sentencias que indirectamente han quebrantado la ley por error valorativo de los elementos de juicio, es inepta tratándose de causas criminales con intervención del jurado, pues sabido es que en procesos de esta naturaleza la decisión final de las instancias se apoya en el veredicto, cuando éste, de acuerdo con el criterio del Juez y del Tribunal, no contraria la evidencia de los hechos juzgados.

2. No obstante la sutileza de los planteamientos del señor apoderado en torno a la causal séptima de casación, es del todo evidente que un veredicto afirmativo de la responsabilidad, congruente en un todo con los cargos formulados al acusado en el auto de proceder, jamás puede ser un veredicto contradictorio, inclusive por la ausencia de términos o expresiones que se repelan. En el caso de autos se observa una cordinación lógica entre la vocación a juicio, la cuestión propuesta a los Jurados, el veredicto y la sentencia.

Pretender que hay contradicción en el veredicto por que el Jurado sobreestimó los medios probatorios para afirmar la responsabilidad es un razonamiento sofístico, tendiente a confundir lo contraevidente con lo contradictorio, puesto que el demandante al hacer el cargo a la sentencia a través de la causal séptima lo que quiere es que se acepte por la Corte que hubo contradicción en el veredicto por descansar en pruebas no aptas para la condenación, planteamiento que a la vez desplaza el debate, con toda impropiedad, a la causal segunda.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, veintisiete de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

El señor defensor del procesado SEVERO ANTONIO JIMENEZ AGUIRRE (a. "El Pollo") interpuso el recurso extraordinario de casación contra la sentencia proferida el veintiuno (21) de marzo de mil novecientos sesenta y uno por el

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante la cual se condenó al nombrado JIMENEZ AGUIRRE a la pena principal de diez y seis años (16) de presidio y correspondientes sanciones accesorias, como responsable del delito de homicidio, calificado de asesinato.

Del mérito del recurso procede la Sala a resolver.

ANTECEDENTES

1o. El hecho delictuoso que determinó este proceso aparece sintéticamente relatado en la providencia del Tribunal que confirmó el llamamiento a juicio, en estos términos:

"En verdad se desconocen los móviles de este atroz crimen. Pero si está demostrado en los autos que cuando el señor Luis Alfredo Tamayo Arboleda, desprevenidamente, cabalgaba por la calle "Arriba" del corregimiento de Altamira, en las afueras de la población, en el camino que conduce al vecino municipio de Urrao, Severo Antonio Jiménez Aguirre (a. El Pollo), que se hallaba en la cantina de Joaquín Emilio Caro, siendo más o menos las seis de la mañana del citado dos de diciembre, apuró un trago de aguardiente y le tiró la paga al cantinero, para montarse en una mula que tenía allí, saliendo en pos del desventurado labriego que, pocos instantes después, caía vilmente acribillado de dos certeros disparos de revólver que le hizo el prenombrado Jiménez Aguirre, dejando de existir en el acto.

"Esta versión de los acontecimientos que acoge la Sala sin escrúpulos de ninguna naturaleza, se desprende con meridiana claridad de los testimonios rendidos por los señores Diofanor Emilio Caro Alvarez, Joaquín Emilio Caro Correa, Jorge Velásquez Mesa y Rosario Correa Urrego, que si bien es cierto que no sabían el nombre del homicida, lo habían oído mentar por su apodo de "El Pollo", posiblemente muy popular en la región, en donde la violencia política hizo su agosto y no parece haber sido estirpada del todo. 3 vto. 57 y 64 vto. 4 vto. y 59; 5 vto. 58 y 65; 70".

2o. La vocación a juicio, según los términos de la calificación hecha por el Juzgado Primero Superior (auto de 25 de noviembre de 1.959), formuló el cargo al acusado por el delito de homicidio, advirtiéndose en la parte motiva que el hecho "resulta claramente agravado por la circunstancia que contempla el numeral 5o. del artículo 363 del Código Penal, porque es evidente que el occiso Tamayo fue puesto mediante alevosía en condiciones de inferioridad e indefensión por el procesado, pues con la cautela requerida y sin riesgo alguno para él, accionó su revólver contra su víctima en forma sorpresiva".

3o. De acuerdo con la fórmula de procesamiento, en la vista pública de la causa cumplida el siete (7) de octubre de mil novecientos sesenta, al Jurado se le presentó por el Juez del conocimiento, la siguiente cuestión:

"El acusado SEVERO ANTONIO JIMENEZ AGUIRRE (a. El Pollo) es responsable de haber lesionado con proyectiles de arma de fuego a LUIS ALFREDO TAMAYO ARBOLEDA, a consecuencia de lo cual falleció éste, hecho que ejecutó el acusado con propósito de matar y con alevosía que situó a la víctima en condiciones de indefensión e inferioridad, a eso de las seis de la mañana del dos de diciembre de mil novecientos cincuenta y ocho, en el sitio o barrio "Calle-Arriba" de la población de Altamira, fracción del Municipio de Betulia?".

La respuesta del Jurado fue simplemente "Si" (Fl. 140 del Cuad. 1o.).

4o. La sentencia de primer grado acogió el veredicto del Jurado e impuso al responsable la pena de diez y seis (16) años de presidio, como principal, y esa resolución la confirmó el fallo que es materia del recurso de casación (Fls. 141 a 145 y 156 a 163 del cuaderno 1o.).

DEMANDA DE CASACION

La demanda está contenida en el escrito que obra de folios 168 a 189 del mismo cuaderno, y en su forma se ciñe a las exigencias legales.

La acusación contra la sentencia del Tribunal la funda en las casules 1ª, 2ª, y 7ª, de las previstas en el artículo 567 del C. de P. P. "presentando como principal la causal segunda y como subsidiarias la primera y la séptima".

Causal segunda. Su invocación está precedida en la demanda de un estudio crítico de la prueba testimonial recogida en el curso del proceso, aceptada para efectos del llamamiento a juicio y reconocida por el jurado como medio idóneo de convicción para el veredicto condenatorio. En su examen el demandante no sólo expone su personal criterio sino que acude a los conceptos de los más connotados tratadistas en materia de pruebas judiciales, para concluir con el siguiente planteamiento:

"Se dejó atrás demostrado cómo la sentencia fue basada en hechos a los cuales se les dio naturaleza de prueba que no tienen, no sólo por cuanto ellos no fueron producidos legalmente, es decir ciñéndose a las normas precisas que el mandato legal les dá, sino también porque se pone en boca de testigos declaraciones que no dieron. Es el caso de los reconocimientos al sindicado efectuados con violación flagrante del artículo 371 del C. de P. P. y sobre lo cual la misma Corte Suprema de Justicia ha dicho en casación ya citada, que la falta de las solemnidades prescritas vician la diligencia, le quitan la validez que la Ley le dá. Y es de mayor valor que en el caso sub-judice, porque toda la acusación sale de tales reconocimientos, pues los declarantes antes de actuar en ellos no dicen -porque no lo pueden- que el autor de la muerte de Tamayo hubiese sido SEVERO ANTONIO JIMENEZ, sino un sujeto que dizque apodan "El Pollo", y de cuya identificación, como la narran, imposible es sacar algo de valor legal y que se pueda tener en forma legal 'para que el juzgador declare la existencia' del hecho responsabilidad penal para Jiménez.

"Y si a esta diligencia viciada, sin valor legal alguno, se le suma la actuación del Tribunal Superior, cuando al revisar la sentencia dice que Jorge Velásquez y los Caros, se refieren en su declaración al procesado como la misma persona que hizo los disparos, cuando ello no es cierto, la razón para invocar esta causal es de mayor peso, pues es de esencia que tal causal se aplica cuando en la sentencia se atribuye a los hechos un valor probatorio que no tienen. Y, repito, no podemos olvidar que los hechos así estimados en su prueba, son determinantes de la responsabilidad que se ha querido hacer recaer sobre Jiménez. Luego, sobre hechos no probados, se dictó la sentencia condenatoria, es decir cuando no existe la plena prueba y producida legalmente de que el sindicado es responsable de la infracción penal, lo que es una monstruosa injusticia legal que SS. SS. deben reparar".

Causal primera. Al alegarla el impugnador, como consecuente de la segunda, se limita a decir que "el derecho ha sido mal aplicado al desconocer normas sustantivas de interpretacion y valuación de las pruebas, lo mismo que al deducir que no tiene la concurrencia de los elementos indispensables para darla por probada". En su concepto, el fallo "viola tanto la ley adjetiva, al salir de una prueba incompleta, falseada, e ilegal, no plena, como cuando interpreta, con esa misma prueba falsa, los principios de la responsabilidad penal".

Causal séptimo. Entiende el impugnador que la sentencia fué dictada sobre un veredicto evidentemente contradictorio, aspecto sobre el cual hace la siguiente lucubración:

"Aclaro: qué diferencia hay entre un veredicto 'evidentemente contradictorio' y otro 'contrario a la evidencia de los hechos?. Para mí tengo que el primero se refiere a la manifestacion del veredicto mismo, es decir, al fallo en su contenido extrinseco o formal; lo segundo dice relación a la inconformidad de lo expresado por el veredicto, con la prueba existente en el informativo. Pero para los efectos de casación cúal es la diferencia que impide que un veredicto 'contrario a la evidencia de los hechos' como uno 'evidentemente contradictorio', funden la causal séptima, que no busca sino salvaguardiar a la justicia de los yerros naturales en que pueden incurrir el Jurado Popular y los Jueces de instancia?. Porque para mí es mucho más grave para los intereses sociales, cuya protección y tutela están indudablemente encomendados a los administradores de la justicia penal, un veredicto contrario a la evidencia de los hechos, que maltratan los elementos esenciales de la convivencia social, los postulados rudimentarios de la justicia, y que alarma a la sociedad entera, que un veredicto evidentemente contradictorio, ya que éste no peca sino contra la lógica, o si acaso, contra la sindéresis, sin afectar interés social alguno.

"En el primer caso es donde la más alta autoridad Judicial debe atender para enderezar entuertos, que en el último fácilmente es salvable por la mera observación de cualquier empleado subalterno. Y diferente es decir que la soberanía del jurado impide penetrar en su intención, porque el legislador así se la reconoció frente a la instancia en que actúa, pero la casación no es instancia alguna sino un recurso extraordinario, y por ello si es dable pedir que se corrija el error, lo que no traeria una violación a esa soberanía del jurado".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En su respuesta a la demanda de casación el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal estima que el recurso no puede prosperar por ninguna de las causales impetradas.

Anota, con sobrada razón, que tratándose de un juicio con intervención del Jurado, no es admisible la causal segunda, en orden a debatir los elementos probatorios sobre la responsabilidad del encausado, aspecto este que quedó definido en el veredicto en que descansa la sentencia condenatoria.

No siendo admisible dicho planteamiento, por no ajustarse a la técnica del recurso de casación, lógicamente la causal, Primera, alegada como consecuente, tampoco tiene asidero legal, en opinión del colaborador fiscal.

Respecto a la causal séptima ("cuando la sentencia se haya dictado sobre un veredicto evidentemente contradictorio") el Ministerio Público replica al acu-

sador con la cita de conocidas y no modificadas doctrinas de la Corte sobre el particular, en las cuales la Corporación ha fijado su concepto acerca de la diferencia entre veredicto contradictorio y veredicto contraevidente, para concluir "que la causal séptima de casación invocada no tiene la menor cabida en el presente negocio, y debe, por lo tanto no ser aceptada".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1a. Casi resulta superfluo reiterar en este fallo que la causal segunda de casación, consagrada por la ley para impugnar las sentencias que indirectamente han quebrantado la ley por error valorativo de los elementos de juicio, es inepta tratándose de causas criminales con intervención del Jurado, pues sabido es que en procesos de esta naturaleza la decisión final de las instancias se apoya en el veredicto, cuando éste, de acuerdo con el criterio del Juez y del Tribunal, no contraría la evidencia de los hechos juzgados.

2a. Así las cosas, la Sala está relevada de un examen del cargo referido al mérito de la prueba tenida en cuenta por los Jueces de derecho para dictar el auto de proceder, y por los Jueces de conciencia para pronunciar su veredicto, dentro del arbitrio consagrado por el art. 27 de la ley 4a. de 1.943.

3a. Y si no es viable la causal segunda, es obvio que la primera, por lo que antes se anotó, tampoco puede prosperar.

4a. No obstante la sutileza de los planteamientos del señor apoderado en torno a la causal séptima de casación, es del todo evidente que un veredicto afirmativo de la responsabilidad, congruente en un todo con los cargos formulados al acusado en el auto de proceder, jamás puede ser un veredicto contradictorio, inclusive por la ausencia de términos o expresiones que se repelan. En el caso de autos se observa una coordinación lógica entre la vocación a juicio, la cuestión propuesta a los jurados, el veredicto y la sentencia.

Pretender que hay contradicción en el veredicto porque el jurado sobreestimó los medios probatorios para afirmar la responsabilidad es un razonamiento sofístico, tendiente a confundir lo contraevidente con lo contradictorio, puesto que el demandante al hacer el cargo a la sentencia a través de la causal séptima lo que quiere es que se acepte por la Corte que hubo contradicción en el veredicto por descansar en pruebas no aptas para la condenación, planteamiento que a la vez desplaza el debate, con toda impropiedad, a la causal segunda.

Las anteriores breves consideraciones son suficientes para desechar el recurso, conforme a lo ordenado en el artículo 569 del Código de Procedimiento Penal.

DECISION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal- de acuerdo con su colaborador fiscal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DESECHA el recurso de casación a que se ha hecho referencia y ORDENA devolver el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Simón Montero Torres. - Humberto Barrera Domínguez. - Samuel Barrientos Restrepo.- Gustavo Rendón Gaviria. - Julio Roncallo Acosta.- Primitivo Vergara Crespo.- Pioquinto León L., Secretario.

SENTENCIA EN DESACUERDO CON LOS CARGOS FORMULADOS EN EL AUTO DE ENJUICIAMIENTO

Necesaria concatenación de las actuaciones procesales, como son el auto de proceder la cuestión propuesta al Jurado, el veredicto y el fallo. Alcance de la causal tercera de casación en los juicios en que interviene el Jurado.

1. Si bien la Corte en repetidas oportunidades ha fijado su criterio sobre el alcance de la causal tercera de casación en los juicios en que interviene el Jurado y a la vez determinado el alcance de la concordancia de la sentencia con el veredicto, también ha tenido ocasión de poner en claro la armonía que deben ofrecer el auto de vocación a juicio, la cuestión que se propone al Jurado, el veredicto mismo y la sentencia definitiva, con el fin de hacer viable la causal aludida en toda su integridad en esa clase de juicios.

Sobre este particular ha dicho la Corte:

"..... Ahora bien: en el caso *sub judice* no sobra hacer este planteamiento, a efecto de fijar los fundamentos del recurso de casación con aplicación de la *causal tercera*: en los juicios con intervención del Jurado tienen que acoplarse y armonizarse tres actuaciones procesales básicas como son el *enjuiciamiento*, el *veredicto* y la *sentencia*. Esta, en primer término y salvo declaración de contraevidencia, debe acomodarse al veredicto, cuyo texto condiciona la condenación o absolución del acusado. El veredicto, a su turno, no es otra cosa que el pronunciamiento del Jurado sobre la cuestión propuesta, cuestión que debe recoger todos los elementos específicos del cargo aceptados en el enjuiciamiento o, en algunos eventos, acreditados en el plenario de la causa.

"Si el veredicto no se acopla al llamamiento a juicio o si se pronuncia sobre circunstancias constitutivas o específicamente agravantes del ilícito no sometidas a su consideración, la sentencia que el Juez de derecho dicte conformándola a los términos de la decisión del Jurado es una sentencia en desacuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder.

"..... No es propio, como lo ha afirmado la Corte al estudiar la causal tercera de casación que en juicios con intervención del Jurado no pueda presentarse el motivo de impugnación, que surge de la desarmonía de la sentencia con el auto de enjuiciamiento, dado que el Juez de derecho falla con base en el veredicto. Pero esa tesis no es posible mantenerla con un valor absoluto para concluir que solo es dable confrontar la sentencia con la decisión del Jurado puesto que en su desarrollo progresivo la concordancia tiene que mantenerse entre el auto de proceder y la cuestión que se somete a los Jueces de hecho; entre el veredicto de éstos y los cargos formulados, para en última ins-

tancio saber si el fallo es fiel trasunto del proveído enjuiciatorio y del veredicto".

"... Cuando el Jurado afirma una responsabilidad criminal en circunstancias más gravosas que las que se le sometieron a su juicio contraviene el pliego específico de cargos y lo que en tal sentido exprese no obliga al fallador, quien ha de tener por no escrito lo que el Jurado exprese más allá de la cuestión sometida a su examen. Aceptar un pronunciamiento excedido virtualmente coloca en pugna la sentencia con el auto de proceder, e incluso con el mismo veredicto, que sólo es atendible en lo pertinente. Tratar de forzar con el fallo una situación procesal inequívoca, so pretexto de atender y entender un veredicto más allá de su verdadero contenido, autoriza y da fundamento a la causal tercera de casación".

En el caso *sub judice*, la anterior doctrina tiene cabal aplicación y con ella puede concluirse: a) Si el pliego de cargos, no solo en la motivación, -donde era propio y jurídico- sino en la parte resolutiva, abrió el debate respecto de los acusados por el delito de homicidio en complicidad correspectiva, situación procesal que ningún elemento probatorio modificó en el plenario, la decisión final en derecho no podía alterarse, agravándola, la responsabilidad penal del único acusado condenado por los Jueces de conciencia. b) Aunque es cierto, como se desprende de los términos del veredicto, que el Jurado descartó la participación en el delito de los otros dos sindicados, y de manera expresa afirmó que el único autor del hecho lo fue el recurrente, esta determinación en conciencia, ya que es ley del proceso para los absueltos, no afecta el grado de responsabilidad atribuído a Manuel Tiberio Marín en el auto de llamamiento a juicio, aunque parezca repelente hablar de complicidad correlativa después de impartirse absolución a los demás encausados; y c) De esta suerte, en orden a mantener la necesaria concatenación de las actuaciones procesales, como son el llamamiento a juicio, la cuestión propuesta al Jurado, el veredicto y el fallo, en la forma adoctrinada por la Corte, la declaración de responsabilidad, como cuestión de hecho, por el Jurado, debe entenderse como una afirmación simple dentro de los marcos del auto de proceder y de la misma cuestión propuesta con ocasión de la audiencia pública.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, treinta de abril mil de novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

Procede la Corte, surtidos los trámites de rigor, a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el acusado MANUEL TIBERIO MARIN, contra la sentencia proferida el treinta (30) de marzo de mil novecientos sesenta por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, a cuyos términos se referirá este proveído.

ANTECEDENTES

1o. Los hechos que dieron origen a este proceso los sintetiza así la sentencia de primer grado a folios 182 del cuaderno principal:

"En las horas de la noche del día primero de marzo del corriente año, varios ciudadanos de Cocorná, se reunieron en la casa del señor Luis Giraldo con el fin de tratar asuntos políticos, terminada ella se retiraron y llegaron a la fonda de Inés Posada.

"Cuando se encontraban en la fonda llegaron tres individuos de filiación política contraria a la del primer grupo, y se presentó un pequeño incidente que no tuvo consecuencias de gravedad por la intervención de varios ciudadanos; entonces los que venían de la reunión ocuparon sus puestos en un camión contratado con anterioridad, y los otros se fueron separadamente.

"Llegó el camión a la plaza principal de Cocorná y se oyó un grito ofensivo para los ocupantes del automotor, grito que consistió en "viva el partido conservador, abajo manzanillos hijueputas", como era natural vino la reacción del grupo opuesto, y se manifestó con un viva el partido liberal abajo godos hijueputas".

"Estos antecedentes vinieron a constituir la chispa que sirvió para enardecer los ánimos y los dos bandos opuestos políticamente se atacaron en forma recíproca arrojando piedras, pero se formó un tercer grupo compuesto por seis personas y fijaron el teatro de los acontecimientos en la calle del Hospital y allí resultó lesionado gravemente Arturo Cárdenas quien falleció minutos después, a quien le fue reconocida una herida causada con arma punzante (cuchillo) de cinco centímetros de longitud por cinco centímetros de profundidad, de tres centímetros de longitud por delante del lóbulo de la oreja izquierda en sentido oblicuo hacia abajo y atrás, y de una profundidad de cinco centímetros. Hay sección de la glándula parótida, del músculo esternocleido-mastoideo y demás músculos de la región y llega hasta las apófisis laterales del axis y atlas. Hay sección de la yugular izquierda y de la carótida primitiva a nivel del ángulo del maxilar inferior, lado izquierdo..... ..... "Por lo mismo conceptuamos que la muerte fue debida a anemia aguda producida por la sección de estos vasos". (Fl. 11).

"Por la muerte de Cárdenas figuran como sindicados Manuel Tiberio Marín, Pedro Luis Castaño, Julio Ernesto Castaño, Julio Roberto Castaño, Agustín Claver Ribera y Julio Roberto Castaño M.".

2o. Clausurada la investigación y oído el parecer fiscal, el Juzgado Segundo Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante providencia de siete (7) de julio de mil novecientos cincuenta y nueve, calificó el mérito del sumario en estos términos:

"LLAMASE a responder en juicio criminal con la intervención del Jurado a MANUEL TIBERIO MARIN, PEDRO LUIS CASTAÑO y JULIO ERNESTO CASTAÑO, de las condiciones civiles anotadas en la parte motiva, por el delito de HOMICIDIO de que trata el CaPítulo 1o. Título XV, Libro 2o. de nuestro Código Penal vigente, en complicidad correlativa, consistente el cargo en haber lesionado con propósito de matar y con arma corto-punzante (cuchillo), a ARTURO CARDENAS GONZALEZ, a consecuencia de lo cual falleció éste momentos después y hecho ocurrido dentro del área urbana de la población de Cocorná en las primeras horas del amanecer del día dos de marzo del corriente año.

"Sobreséese definitivamente en favor de JULIO ROBERTO CASTAÑO, AGUSTIN CLAVER RIVERA y JULIO ROBERTO CASTAÑO M. por los cargos porque han venido respondiendo".

3o. La anterior resolución no fué apelada y con base en ella, sin que al plenario se trajeran nuevos elementos de juicio, se dió vista pública a la causa en los días once y catorce de septiembre del mismo año. A la consideración de los señores Jueces de Conciencia fueron sometidas las cuestiones atinentes a cada uno de los acusados, en iguales términos para todos ellos. La que hace referencia al recurrente dice:

"El acusado MANUEL TIBERIO MARIN, es responsable de haber lesionado, en complicidad correlativa con Pedro Luis Castaño Castaño y Julio Ernesto Castaño con el propósito de matar y con arma corto-punzante (cuchillo), a ARTURO CARDENAS GONZALEZ, a consecuencia de lo cual falleció éste momentos después, hecho ocurrido dentro del área urbana de la población de Cocorná, en las primeras horas del amanecer del día dos de marzo del corriente año?".

El Jurado en su veredicto afirmó la responsabilidad de Marín "como único autor" (Fl. 209), y se pronunció negativamente con relación a los restantes enjuiciados (Fls. 210 y 211).

4o. El Juzgado del conocimiento, mediante sentencia de 22 de septiembre del año referido, condenó a Manuel Tiberio Marín, por el delito de homicidio, a la pena principal de cuatro (4) años de presidio y sanciones accesorias del caso, interpretando que la responsabilidad de dicho procesado tenía que deducirse de acuerdo con los términos del auto de proceder y en consecuencia aplicó los artículos 362 y 385 del C. P. Los demás encausados recibieron fallo absolutorio (Fls. 220 a 231).

5o. El Tribunal Superior al conocer por apelación del fallo del inferior (sentencia de treinta de marzo de mil novecientos sesenta), lo confirmó con la reforma en cuanto a la penalidad para MANUEL TIBERIO MARIN, quien quedó "condenado, como autor de un delito de homicidio simplemente voluntario (art. 362 del C. P.), a la pena de ocho (8) años de presidio".

DEMANDA DE CASACION

Obrando como apoderado del recurrente, el doctor Gregorio Quiñonez formuló ante la Corte, en escrito que aparece de folios 12 a 19 del cuaderno número 2, la correspondiente demanda de casación, ceñida en un todo a las prescripciones legales.

En ella, después de una relación de los hechos que fueron materia del juicio, el impugnador formula a la sentencia del ad quem dos cargos, el primero con fundamento en la causal tercera señalada en el art. 567 del C. de P. P. y el segundo con base en la causal cuarta de la misma disposición, para concluir con la petición principal de que "se reponga todo lo actuado en el proceso a que me he referido a partir del sorteo de vocales ya que éstos al ejercer su función violaron las garantías constitucionales de mi poderdante", y la subsidiaria de "que se invalide el fallo al tenor del literal a) del art. 570 como consecuencia de las causales primera y tercera que también he propuesto".

Causal tercera. Esta causal, involucrada con la primera, se alega por la falta de consonancia de la sentencia con los cargos formulados en el auto de proceder, si bien se trata de un juicio con intervención del Jurado, en los que de ordinario la discordancia suele presentarse es entre la sentencia y el veredicto.

El acusador para fundamentar el motivo de casación parte del principio de que el auto de proceder, según todos sus términos, circunscribió la responsabilidad del recurrente a un delito de homicidio en complicidad correlativa.

"Si a Manuel Tiberio Marín -expresa la demanda- se le dijo en el auto de proceder (sic) por la aplicación de la complicidad correlativa, que no se podía afirmar en una forma rotunda para él la responsabilidad de una autoría como homicida voluntario, mal puede condenársele como tal porque se dan por existentes sin que estén probados elementos que integran la tipicidad de esa figura delictiva en una forma carente de lógica y tecnicidad jurídica; Marín no podía ser condenado por cargos que no se le habían formulado; su defensa en esta forma no podía ejercerse satisfactoriamente lo que da motivo a otra causal de casación que más adelante trataré".

Para el señor apoderado es evidente "que la sentencia del H. Tribunal de Medellín no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder" y por lo mismo "al aplicar la penalidad prevista en el art. 362 del Código Penal con errónea interpretación se hizo una aplicación indebida de la norma citada lo que permite sin mayores esfuerzos dialécticos sostener que por eso es procedente que en forma subsidiaria presente también como causal de casación la primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal".

Causal cuarta. A través de esta el impugnador pretende que hubo en el juicio una nulidad de tipo supralegal por violación del artículo 26 de la Carta, consistente en la extralimitación del Jurado en los términos del veredicto.

Arguye al respecto:

"Ha sostenido la Corte en casación que las nulidades constitucionales deducidas por lo dispuesto por el Art. 26 de la Constitución Nacional, aunque no se hallen consagradas en los Arts. 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal, deben reconocerse y declararse cuando existan. El defensor de Manuel Tiberio Marín alegó oportunamente nulidad por la mala calificación pero creo que más que todo existe una nulidad de carácter constitucional pues el Jurado al extralimitarse en la apreciación del cargo que en el auto de proceder se formuló estaba actuando en una forma arbitraria y fuera del marco legal. Los señores Jurados conocieron antes de la audiencia, como es natural, el auto de enjuiciamiento donde muy claramente se decía que era imposible afirmar la autoría de los hechos para alguna de las personas llamadas a juicio, sin embargo a pesar de este conocimiento extralimitándose en sus funciones hicieron una afirmación por fuera del marco legal en que debían actuar, por eso, la sentencia de segunda instancia al recoger el veredicto se hace casable ya que recoge una nulidad de carácter constitucional; mal puede en su sentencia el Tribunal condenar con imputación a una circunstancia modificadora de la responsabilidad y de la sanción cuando el enjuiciado Marín no tuvo oportunidad de defenderse de esta particular situación ya que ella no se le atribuyó en el auto de proceder. No es lo mismo defender a una persona a quien se le dice que no existe prueba de su autoría como homicida que si se le sostiene con previsión del art. 385 que probablemente fue el autor. En realidad hay una diferencia esencial entre la imputación del homicidio simplemente voluntario que exige para su estructuración elementos muy conocidos y la imputación del mismo delito con base en la complicidad correlativa, porque en el primer caso la relación de causalidad se halla demostrada plenamente y en el segundo ese nexo de causalidad es apenas probable, ya que

lo que se prolongó según lo ha dicho la Corte con el Art. 385 fue llenar un vacío en la prueba. No es lo mismo el que se llame a juicio a una persona como probable causa de un hecho delictivo que el que se le diga en realidad fue la causa de ese hecho, en el primer caso la defensa se refiere a una mera probalidad en el segundo caso atiende una autoría plena que como es obvio es más gravosa; la defensa 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 allá concede, si fuera facultativo del Jurado ir más allá de los cargos formulados en el auto de proceder toda defensa quedaría al arbitrio del mismo y de nada serviría el pliego de cargos que la justicia formula al procesado para que este se defienda en el auto de llamamiento a juicio".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal en su respuesta a la demanda se opone a la casación del fallo, alegando que no tienen asidero legal las causales invocadas.

El señor Representante del Ministerio Público se refiere en primer término al cargo de nulidad para sostener que es impertinente el planteamiento en este particular, dado que en momento alguno sufrieron mengua los derechos del recurrente en cuanto a su defensa en juicio, ya que, por el contrario, gozó de todas las garantías procesales en el desarrollo de la causa, sin que sea jurídico admitir que el pronunciamiento del Jurado o su interpretación por el sentenciador entrañen violación del artículo 26 de la Constitución Nacional.

La causal tercera la rechaza la Procuraduría Delegada porque el Jurado "al absolver a los Castaños, prescindió de esa ficción legal de la complicidad correlativa y al actuar así no incurrió en desacato alguno de la ley"; entiende el distinguido colaborador que el Jurado simplemente hizo uso de su Soberanía y criterio.

Para afianzar su aserto cita en parte la sentencia proferida por esta Corporación el 15 de marzo de 1.949, según la cual "el problema de la responsabilidad es individual y esto sirve de base para que el Tribunal de conciencia pueda absolver a unos procesados y condenar a otros".

Por último, el Ministerio Público aduce los siguientes argumentos, en orden a descartar la causal tercera:

"El Jurado, al hacer uso de su soberana facultad de interpretar la prueba para dictaminar en conciencia, dió muestras de una más clara visión que la del señor Fiscal que actuó en la audiencia y que pidió la absolución de los sindicados en la forma que atrás se ha dejado relatada, porque sin vacilación dijo quien era el verdadero responsable del homicidio. Resolvió, pues, impartir justicia absolviendo a los Castaños y condenando a Marín.

"Y es que no puede admitirse que los cargos imputados al acusado en el auto de proceder sean inmodificables hasta el extremo de que la sentencia tenga necesariamente que condenar en estricta conformidad con ellos. Absolutamente. Si ello fuera así, carecería de objeto alguno el término probatorio dentro del plenario y ninguna importancia tendría la intervención del jurado en ciertos negocios que son del conocimiento del Juez Superior".

Como la causal primera la invoca el demandante subsidiariamente; o mejor, casi de manera tangencial, los argumentos del impugnador son desechados de plano por el Ministerio Público.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1a. Estudiado el texto de la demanda, aunque en ella se aducen las causales tercera y cuarta como principales, y en cierta forma, sin mayores fundamentos, la primera, como secuencia de la que es motivo primordial de impugnación, aparece claro que el ataque al fallo del *ad quem* deriva de la falta de concordancia entre el auto de proceder y la sentencia.

2a. Es cierto que este importantísimo aspecto de derecho lo examinó a espacio el Tribunal Superior, el que estimó al decidir la causa que de acuerdo con el artículo 480 del Código de Procedimiento Penal, la base del fallo tenía que ser el veredicto y nó, exclusivamente, el pliego de cargos, sin dejar de desconocer la importancia de la providencia de calificación.

Entre otras razones, para condenar al recurrente en la forma prevista por el artículo 362 del C. P., sin admitir la complicidad correlativa en la comisión del homicidio, el Tribunal expresó:

"En los procesos de competencia de los Jueces Superiores en que se requiere la intervención del Jurado, es éste quien define o determina la responsabilidad y no el Juez. Por eso la ley 4a. ordena que se le pregunte si N. N. "ES RESPONSABLE" y faculta a esa entidad para que, si no está de acuerdo con el contenido del cuestionario; agregue otras breves explicaciones.

"En el auto de proceder, el Juez de la causa no define responsabilidades. Apenas se contempla en esa providencia una imputación y se establece si existe o no la prueba idónea para residenciarlo en juicio por que se estima que puede ser responsable como autor o partícipe en el delito investigado. Por consiguiente, es al Jurado a quien le corresponde, como ya se vió, resolver en definitiva sobre la responsabilidad o irresponsabilidad del encausado, bien sea considerándolo como autor o partícipe. Y después, el funcionario de derecho, profiere la sentencia acatando el veredicto o declara contraevidente la decisión de los Jueces Populares si carece de bases probatorias en los autos.

"De todo lo que se ha expuesto se puede concluir lo siguiente: El veredicto del Jurado es demasiado claro. Se rechazó la tesis de la complicidad correlativa, porque las constancias procesales le demostraron que el autor del homicidio fue Manuel Tiberio Marín. Ese delito fue calificado como simplemente voluntario o sea de los que se reprimen conforme a lo estatuido en el artículo 362 del C. P., desde el auto de proceder y afirmada su tipificación con el veredicto, Arbitrariamente o mejor equivocadamente creyó el Juez del conocimiento que el Jurado no podía retirarse de los límites que en relación con las circunstancias en que se cometió el delito, les fijó en la providencia calificadora. Y equivocadamente también procedió al desconocer el veredicto en su significación clara y dictar la sentencia con aplicación de una disposición legal que no era la pertinente, o sea el artículo 385 del C. Penal.

"El Tribunal de conciencia afirmó que Manuel Tiberio Marín había sido quien hirió con propósito de matar y a consecuencia de lo cual falleció, a Ar-

turo Cárdenas. Es decir, reconoció todos los elementos configurantes del delito de homicidio simplemente voluntario, a los cuales se refiere nitidamente el artículo 362 del C. Penal. Y para no dejar duda alguna de que no había procedido mediante las circunstancias de la complicidad correlativa, negó la responsabilidad de los otros procesados y explicó su veredicto con las expresiones "como único autor".

3a. Si bien la Corte en repetidas oportunidades ha fijado su criterio sobre el alcance de la causal tercera de casación en los juicios en que interviene el Jurado y a la vez determinado el alcance de la concordancia de la sentencia con el veredicto, también ha tenido ocasión de poner en claro la armonía que deben ofrecer el auto de vocación a juicio, la cuestión que se propone al Jurado, el veredicto mismo y la sentencia definitiva, con el fin de hacer viable la causal aludida en toda su integridad en esa clase de juicios.

Sobre el particular, en sentencia de diez y siete de abril de mil novecientos sesenta y uno (casación de Marco Antonio Ruiz Cadena. Homicidio), expuso:

"....En los juicios con intervención del jurado, como es de elemental conocimiento, la sentencia del juez de derecho debe descansar en el veredicto, acto mediante el cual la sociedad, representada en los jueces de conciencia, define la responsabilidad del acusado. Pero esta manifestación o pronunciamiento popular tiene que producirse sobre los hechos que son materia de cargo y respecto de los cuales el auto de proceder señala el ámbito y límites del debate en la vista pública de la causa.

"De allí por qué, por mandato del artículo 28 de la ley 4a. de 1.943, que derogó el 498 del C. de P. P., 'El cuestionario que el juez someta al jurado, al principiar la audiencia pública, se formulará así: el acusado N. N. es responsable de los hechos (aquí se determinará el hecho o hechos materia de la causa conforme al auto de proceder, determinando las circunstancias que lo constituyen, sin darles denominación jurídica). Porque el auto de proceder es la demanda contra el procesado, y en la motivación, a más de la 'calificación genérica en el hecho que se imputa', deben consignarse 'las circunstancias conocidas que lo especifiquen,' (C. de P. P. Art. 431). El acusado tiene derecho a saber desde la vocación a juicio cuál es el delito que se le atribuye, pero no únicamente en su género, puesto que si hay circunstancias específicas que lo agraven o le den particular fisonomía frente a la ley penal, como ocurre cuando el homicidio toma la denominación de asesinato por concurrir alguna o algunas de las circunstancias previstas en el artículo 363 del C. P., sobre ellas tiene que hacer mención el llamamiento a juicio, pues de otro modo no podrían controvertirse en el plenario, ni debatirse en la vista pública de la causa. Sería, en síntesis, un proceder desleal con el acusado y una flagrante violación del derecho de defensa. Por ello el C. de P.P. sólo autoriza al juez para en la sentencia, cuando se trata de juicios con intervención del jurado, apreciar y calificar 'las circunstancias de mayor o de menor peligrosidad, cuando no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito', puesto que si de tales se trata están dentro de la órbita de los jueces de hecho.

"....Y están dentro de la órbita del Jurado siempre y cuando las haya consignado el auto de proceder, tratándose de circunstancias que específicamente agraven la infracción imputada. Dicho en otros términos: el jurado no puede rebasar en su gravedad los cargos contenidos en el enjuiciamiento sin exceder su misión juzgadora. Pero sí, por el contrario, atenuarlos o modificarlos en favor del procesado. Así se considere que la calificación hecha en el auto de enjuiciamien-

to es provisional, que no obliga sino en la denominación genérica del delito, para apreciar circunstancias modificadoras agravantes no enunciadas en dicho proveído sería imperativo que se acreditaran o demostraran en el plenario y que de modo concreto se sometieran a la decisión del Jurado.

"Con toda claridad ha dicho en repetidas ocasiones esta Sala:

"'El auto de enjuiciamiento 'constituye el pliego de cargos que se presenta al acusado para que se defienda'. (Cas., 15 abril 1.931, XXXVIII, 532).

"'Es doctrina sentada por la Corte que en la parte motiva del auto de enjuiciamiento deben ser concretados los cargos, con expresión de las circunstancias que le dan gravedad específica mayor al hecho punible. De tal suerte que si en aquella pieza no se le imputan al acusado la premeditación o las cualitativas de asesinato, por ejemplo, no pueden tampoco figurar después ni en el cuestionario para los jueces de hecho ni en la sentencia. Claro es que la condenación no estaría entonces en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, y que no tendría el acusado las garantías fundamentales de su defensa, puesto que imputándosele determinado cargo para responder dentro del juicio habría la imposibilidad moral de defenderse de otro más grave que no se le formuló, y también la imposibilidad legal y constitucional de condenarlo sin haberlo oído y vencido en juicio en lo relativo a ese mismo cargo más grave' (Cas., 29 de noviembre de 1.933, XLI, bis, 162).

"'Los límites del auto de proceder no pueden traspasarse sin quebrantar los principios normativos del procedimiento penal y la garantía consignada en el art. 26 de la Constitución: nadie podrá ser juzgado sino mediante la plenitud de las normas propias de cada juicio' (Cas., 13 agosto 1.940, L. 532).

"'El auto de enjuiciamiento es la base de la sentencia en el juicio penal. Dentro de cada categoría o género de delitos debe ceñirse el sentenciador a la calificación hecha en el auto de proceder. Así, el robo y el hurto tienen casi las mismas notas comunes y una sola que los especifica, a pesar de lo cual el enjuiciado por hurto no podrá ser condenado por robo o viceversa. Aún más: existiendo las circunstancias denominadas modificadoras que dentro de determinada especie de delito crean o constituyen una subespecie, en caso de que el auto de proceder haya afirmado una de aquellas modificaciones favorables al reo, no podrá desecharse en la sentencia. Por ejemplo: si en el enjuiciamiento por homicidio se afirma categóricamente que el delito fue preterintencional (Código de 1.936) o involuntario (Código de 1.890), la sentencia no podría declararlo intencional o simplemente voluntario, ni imponer la sanción correspondiente a esta clase de homicidio. Supóngase que a un sindicado se le haya llamado a juicio por un homicidio simplemente voluntario (o intencional, como lo denomina el nuevo Código), descartando la premeditación; y que el jurado no sólo dé una respuesta afirmativa al cuestionario sino que le agregue expresamente la circunstancia de la premeditación. ¿Podría entonces el juez de derecho condenar al reo por homicidio premeditado? No, porque ese cargo no se le había hecho en el auto de proceder que equivale a la demanda formulada por el poder público en contra del reo; y al penarlo por un cargo más grave del propuesto o planteado en el enjuiciamiento se le condenaría sin oírlo debidamente en juicio'. (Cas., 19 febrero 1.941, LI, 85).

"'El auto de enjuiciamiento debe expresar con toda claridad las inculpaciones que se hagan al procesado y es mejor, cuando el juez considera que mediaron circunstancias de asesinato, decirlo así. De manera que si no habla manifiestamente de la existencia de tales circunstancias, tampoco se puede proponer cuestionario al jurado ni dictar sentencia condenatoria que suponga esas circunstancias. En el caso concreto a que alude el proceso se describieron en el auto de proceder, sin ambigüedad ni atenuaciones, las circunstancias en que fue cometido el crimen. Verdad es que no empleó el vocablo asesinato, pero al relatar las circunstancias en que el crimen se consumó, narración que hace parte integrante y esencial del auto, el juzgado que lo profirió formula implícita pero elocuentemente la inculpación de asesinato'. (Cas., 15 septiembre 1.942, LIV, 173).

"'Del contenido del art. 431 del C. de P. P., y especialmente de lo que estatuye el numeral 3o. se desprende que el juez, al pronunciar el auto de llamamiento a juicio, debe enunciar jurídicamente en la parte motiva el nomen juris que le corresponde a la infracción penal que se imputa al procesado y cuya estructura jurídica se desprenda naturalmente de los hechos que ciertamente han ocurrido. En consecuencia, si se trata de un delito de robo es preciso enunciarlo discriminando con base en las pruebas toda su contextura, fijando sus elementos como son: la apropiación de cosa mueble, ajena, sin consentimiento del dueño y por medio de violencia. No podría en este caso el juez de la instancia llamar a responder en juicio a una persona por el delito de robo si no se ha establecido la existencia de la violencia, pues entonces, el delito se desplazaría hacia otro hecho jurídico diverso: el hurto. Pero, además, no solamente se requiere que se determinen las características circunstancias que lo especifiquen. En efecto, si un homicidio se ha realizado con alguna de las nueve circunstancias expresadas en el art. 363 del C. P., que lo transforman en asesinato, por ejemplo, con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, es preciso hacer mención de esas circunstancias en la providencia enjuiciatoria. De la misma manera, cuando el delito de robo se ha cometido con alguna de las circunstancias previstas por el art. 404 del C. P., por ejemplo, haberse realizado en despoblado, es preciso anotarlo así en el auto de proceder. La razón jurídica de tal actitud es clarísima. Puesto que el auto de proceder, como tantas veces se ha dicho y repetido, es el pliego de cargos que la justicia formula al procesado para que éste se defienda, mal puede entonces en su sentencia el juez condenar con imputación a una circunstancia modificadora de la responsabilidad o de la sanción cuando el enjuiciado no tuvo oportunidad de defenderse de esa particular situación si ella no se le atribuyó en el auto de proceder' (Cas. 5 novbre. 1.947, LXIV, 156).

"'No se puede agravar en la sentencia el homicidio que, de acuerdo con el auto de proceder y el veredicto del jurado, apenas fue intencional.

"'No puede el juez someter al jurado cuestión tan grave como la premeditación, si fue expresamente excluido de los cargos formulados en el auto de proceder, hubiérase aplicado el antiguo o el nuevo estatuto procesal penal, porque el enjuiciamiento es la base de la sentencia, por ser el pliego de cargos que se presenta al sindicado para que inicie su defensa. (Casación de 27 de octubre de 1.941, G. J., tomo LVIII, número 2016, pág. 353.).

"'El auto de proceder, el veredicto y la sentencia, etapas esenciales del juicio criminal, están entre sí vinculadas en una lógica relación de causa a efecto, en forma tal que la sentencia debe acomodarse al veredicto y éste al auto de proceder, a menos que en el período probatorio se modifique la calificación he-

cha en el auto referido. Y es vínculo éste que varias normas crean y protegen en beneficio de los intereses de la justicia y del procesado; así, el juez no puede presentar al jurado sino los hechos y circunstancias que se hayan comprendido en la calificación del sumario, ni el jurado puede dar decisiones que se opongan a la evidencia de los hechos, ni los falladores pueden aceptar veredictos que contengan semejante oposición. Y es tan grave la omisión de tales deberes, que todas las legislaciones crearon este recurso extraordinario de (Casación) con la finalidad de reintegrar al patrimonio del procesado el derecho de que se le privó -el de defenderse oportunamente de los cargos que se le dedujeron en el auto de proceder y no de otros- y que la Constitución garantiza en virtud de la norma, según la cual nadie puede ser juzgado sino mediante las formas propias de cada juicio. (Casación de Jorge Enrique Yepez, de 17 de agosto de 1.945, G. J., Tomo LIX, números 2022 a 2024, página 498",

"....Ahora bien: en el caso sub judice no sobra hacer este planteamiento, a efecto de fijar los fundamentos del recurso de casación con aplicación de la causal tercera: en los juicios con intervención del Jurado tienen que acoplarse y armonizarse tres actuaciones procesales básicas como son el enjuiciamiento, el veredicto y la sentencia. Esta, en primer término y salvo declaración de contraevidencia, debe acomodarse al veredicto, cuyo texto condiciona la condenación o absolución del acusado. El veredicto, a su turno, no es otra cosa que el pronunciamiento del Jurado sobre la cuestión propuesta, cuestión que debe recoger todos los elementos específicos del cargo aceptados en el enjuiciamiento o, en algunos eventos, acreditados en el plenario de la causa.

"Si el veredicto no se acopla al llamamiento a juicio o si se pronuncia sobre circunstancias constitutivas o específicamente agravantes del ilícito no sometidas a su consideración, la sentencia que el juez de derecho dicte conformándola a los términos de la decisión del Jurado es una sentencia en desacuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder.

"....No es propio, como lo ha afirmado la Corte al estudiar la causal tercera de casación que en juicios con intervención del Jurado no pueda presentarse el motivo de impugnación que surge de la desarmonía de la sentencia con el auto de enjuiciamiento, dado que el Juez de derecho falla con base en el veredicto. Pero esa tesis no es posible mantenerla con un valor absoluto para concluir que sólo es dable confrontar la sentencia con la decisión del Jurado puesto que en su desarrollo progresivo la concordancia tiene que mantenerse entre el auto de proceder y la cuestión que se somete a los jueces de hecho; entre el veredicto de éstos y los cargos formulados, para en última instancia saber si el fallo es fiel trasunto del proveído enjuiciatorio y del veredicto.

"....Cuando el Jurado afirma una responsabilidad criminal en circunstancias más gravosas de las que se le sometieron a su juicio contraviene el pliego específico de cargos y lo que en tal sentido exprese no obliga al fallador, quien ha de tener por no escrito lo que el Jurado exprese más allá de la cuestión sometida a su examen. Aceptar un pronunciamiento excedido virtualmente coloca en pugna la sentencia con el auto de proceder, e incluso con el mismo veredicto, que sólo es atendible en lo pertinente. Tratar de forzar con el fallo una situación procesal inequívoca, so pretexto de atender y entender un veredicto más allá de su verdadero contenido, autoriza y da fundamento a la causal tercera de casación".

4a. En el caso sub-judice, la anterior doctrina tiene cabal aplicación y con ella puede concluirse:

a). Si el pliego de cargos, no sólo en la motivación -donde era propio y jurídico- sino en la parte resolutiva, abrió el debate respecto de los acusados por el delito de homicidio en complicidad correspectiva, situación procesal que ningún elemento probatorio modificó en el plenario, la decisión final en derecho no podía alterar, agravándola, la responsabilidad penal del único acusado condenado por los jueces de conciencia.

b) Aunque es cierto, como se desprende de los términos del veredicto, que el Jurado descartó la participación en el delito de los otros dos sindicados, y de manera expresa afirmó que el autor único del hecho lo fué el recurrente, esta determinación en conciencia, que ya es ley del proceso para los absueltos, no afecta el grado de responsabilidad atribuído a Manuel Tiberio Marín en el auto de llamamiento a juicio, aunque parezca repetente hablar de complicidad correlativa después de impartirse absolución a los demás encausados; y

c). De esta suerte, en orden a mantener la necesaria concatenación de las actuaciones procesales, como son el llamamiento a juicio, la cuestión propuesta al Jurado, el veredicto y el fallo, en la forma adoctrinada por la Corte, la declaración de responsabilidad, como cuestión de hecho, por el Jurado, debe entenderse como una afirmación simple dentro de los marcos del auto de proceder y de la misma cuestión propuesta con ocasión de la audiencia pública.

5a. Consecuente con la tesis expuesta la Sala estima que la responsabilidad de acusado Manuel Tiberio Marín debe deducirse de acuerdo con los artículos 362 y 385 del C. P., tal como lo hizo el Juzgado del conocimiento, y en este sentido se casará la sentencia recurrida, dando por demostrada la causal tercera.

6a. En cuanto a la individualización de la pena, teniendo en cuenta que al procesado no se le consideraron en su contra circunstancias de mayor peligrosidad, y en cambio, se le abonaron las que le son favorables, conforme al artículo 38 del mismo estatuto, puede estimarse correcta la hecha por la instancia.

DECISION:

Por 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, INVALIDA parcialmente el fallo recurrido, para en su lugar condenar al procesado Manuel Tiberio Marín, por el cargo a que el juicio se refiere, a la pena principal de CUATRO (4) AÑOS DE PRESIDIO, en vez de OCHO (8). Las sanciones accesorias que entrañen duración quedan reducidas en el mismo término. En lo demás rige la sentencia del Tribunal.

Como el acusado Manuel Tiberio Marín Marín, según consta en el expediente, ha sufrido ya en detención preventiva la pena aquí impuesta, decrétase su libertad incondicional, la cual será comunicada telegráficamente a la Dirección de la Cárcel del Distrito Judicial de Medellín, establecimiento donde se encuentra recluido el acusado. En la comunicación se harán las advertencias de rigor.

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

Simón Montero Torres. (Salvando Voto). -Humberto Barrera Domínguez.- Samuel Barrientos Restrepo. Gustavo Rendón Gaviria.- Julio Roncallo Acosta.- Primitivo Vergara Crespo.- Pioquinto León L., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL H. MAGISTRADO DR. SIMON MONTERO TORRES AL FALLO INMEDIATAMENTE ANTERIOR.

El suscrito se separa, con el debido respeto, del criterio y conclusión, acogidos en el fallo que precede, en orden a las siguientes razones:

a). En la "parte resolutiva" del llamamiento a juicio, con arreglo a lo dispuesto en el Inciso del artículo 431 del C. de P. Penal, el delito se determinará conforme a su denominación genérica, sin señalar "la especie a que pertenezca", ya que de hacerse, "la defensa, 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, quedaría circunscrita, delimitada previamente y sin ámbito" (Sent., 25 agosto 1.947, LXIII, 424).

b). "Los cargos imputados en el auto de proceder son inmodificables en cuanto al género del delito, de suerte que se ha de condenar o absolver según el género, sin que el veredicto (ni la sentencia naturalmente), puedan modificarlo" (Sent., 14 agosto, LXIII, 415).

c). En la "parte motiva" del auto de proceder, de conformidad con lo dispuesto en el ordinal 3o. del predicho texto, "es necesario particularizar" el delito en razón de "las características circunstancias que lo especifiquen", las cuales, si fueran inmodificables, "carecería de objeto el término probatorio de la causa y se crearía una situación de inferioridad para la defensa de los intereses sociales" (Sent., 15 mayo 1.946, LX, 532).

d). En el cuestionario, según lo prescrito en la ley 4a. de 1.943, "debe estar comprendido el hecho materia de la causa conforme al auto de proceder, determinando las circunstancias que lo constituyen, pero sin darle denominación jurídica" (Sents., 31 agosto 1.955, LXXXI, 254; 10 diciembre 1.955, LXXXI, 881).

e). La preterm isión en el cuestionario de aquellas "circunstancias favorables a los intereses del procesado", reconocidas expresamente en el llamamiento a juicio "atenta contra las bases esenciales del proceso, ya que prácticamente conduce a la violación de las garantías constitucionales consagradas en el artículo 26 de la Carta, que determina que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio" (Sents., 16 febrero 1.949, LXV, 444; 17 julio 1.951, LXX, 116).

f). La complicidad correlativa, reconocida en el auto de proceder, exige, en esta suerte, ser incluida en el cuestionario, puesto que de omitirse se incurre en "violación de las garantías constitucionales consagradas en el artículo 26 de la Carta".

g). "La complicidad correlativa en procesos con Jurado, de acuerdo con la doctrina, requiere, además de sus elementos esenciales, que la haya reconocido, el Juez en el auto de proceder y el Jurado en el veredicto (éste en todo caso)", (Sents. 5 julio 1.949, LXVI, 399; 3 septiembre 1.949, LXVI, 657; 11 septiembre 1.951, LXX, 524).

h). "La calificación de la complicidad correlativa, por su contenido y carácter, es privativa del jurado y no de los jueces de derecho, a los cuales sólo compete la de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad" (Sent., 27 febrero 1.957, LXXXIV, 148).

i). La respuesta del Jurado, respecto de la complicidad correlativa, incluida en el cuestionario, precisamente en atención a que se reconoció en el llamamiento a juicio, no podía subordinarse, sin quebrantar los principios rectores de aquella institución, al previo y tácito entendimiento de que si ella no se limitaba a la simple y escueta ratificación del expresado reconocimiento del auto de proceder, tendría que ser desechada.

j). La doctrina que invoca el fallo, en su aplicación al caso de autos, lleva a desconocer la respuesta del tribunal popular, consignada en términos que fijan la responsabilidad del procesado, no en el carácter de cómplice correlativo, sino en las condiciones de autor, sólo porque no se repara en que, como lo ha sostenido, repetido y recabado la Corte, "el fundamento inmediato de la sentencia no es el auto de proceder, sino el veredicto del Jurado" (Sents., 16 febrero 1.949, LXV, 444; 17 julio 1.951, LXX, 116).

k). El fallo viola el artículo 499 del C. de P. Penal, en cuanto que de esta norma se desprende que las circunstancias modificadoras de la responsabilidad son de la privativa competencia del Jurado, el cual, de este modo, si las excluye en su veredicto, como ocurrió en el caso de autos con relación a la complicidad correlativa, obliga al juzgador en derecho a prescindir de ellas al pronunciar la sentencia, la que, bajo ningún pretexto ni excusa, puede elaborarse, en obedecimiento al mandato del artículo 480 de la misma obra, en desacuerdo con la calificación que aquél dé a los hechos, disposición que, al igual que la primera que se indica, resultó también violada.

Fecha: ut supra.

Simón Montero Torres

PROCESO POR HOMICIDIO. EL DERECHO DE DEFENSA Y LA NULIDAD CONSTITUCIONAL.

Mérito de las pruebas aducidas por el impugnador en la estimación jurídica de la responsabilidad del acusado. Error del acusador en la formulación de la demanda. La nulidad constitucional referida a las garantías del proceso, incide de modo particular en el juicio y no en la averiguación sumaria.

Debe la Corte insistir en que la nulidad-supralegal, referida a las garantías fundamentales del proceso, incide de modo particular en el juicio, propiamente dicho, y no en la averiguación sumária. Y si del derecho de defensa se trata, cabe hablar de nulidad constitucional cuando al acusado, arbitrariamente y contra postulados legalmente reconocidos, se le priva de las facultades propias a ese derecho y de las garantías necesarias para ejercerlo en el juicio.

En el caso a estudio no se contemplan esas hipótesis. Lo ocurrido en el desarrollo de la causa no impidió al acusado y a su defensor debatir con toda amplitud los hechos y los presupuestos de la responsabilidad, y ante el Jurado, sin traba alguna, el señor defensor tuvo ocasión de analizar el recaudo probatorio para ilustrarlo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL.- Bogotá, cinco de mayo de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

Procede la Corte a decidir del recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado BRAULIO VALENCIA, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, fechada el 18 de octubre de 1.962, mediante la cual fue condenado, como responsable del delito de homicidio, a la pena principal de ocho (8) años de presidio y accesorias correspondientes.

ANTECEDENTES

1o. Los hechos que dieron origen al proceso los resume la sentencia del ad-quem en estos términos:

"Informan los autos, que en la noche del 24 de diciembre de 1.960, por cuestiones de poca monta, se suscitó una reyerta en la carrera 28 con calle 26 sur

de esta ciudad a eso de las once de la noche del citado dia, en la que tomaron parte varias personas, entre ellas los hermanos Miguel y Jesús Humberto Hurtado Pèrez, en la cual èste último recibió una grave lesión con arma corto-punzante que le produjo la muerte momentos después en el Hospital de la Hortúa, a donde fue conducido de urgencia.

"Por tales hechos el Juzgado del conocimiento al calificar el mérito de la sumaria, en providencia de fecha julio siete de mil novecientos sesenta y uno, llamó a responder en juicio ordinario con intervención del jurado de conciencia al sindicado Braulio Valencia, hijo de Emma Valencia de Plata, soltero, natural de Rio Frío (Valle), vecino de Bogotá, de unos diez y nueve años de edad, zapatero de profesión alfabeto y de buenos antecedentes, por el delito de homicidio perpetrado en la persona de Jesús Humberto Hurtado Pèrez y como ejecutado dentro de las circunstancias de modo, tiempo y lugar conocidos, y sobreseyó definitivamente a favor de Lino Adonal Valencia, determinación ésta que, aun cuando se ordenó su oportuna consulta, no se hizo en la forma ordenada por el artículo 430 de C. de P. P., por cuya razón y por simple economía procesal, se resolverá en providencia separada".

2o. El acusado BRAULIO VALENCIA fuè llamado a responder en juicio, con intervención del Jurado, por el delito de homicidio, en providencia de siete de julio de mil novecientos sesenta y uno, emanada del Juzgado Sexto Superior de este Distrito. De acuerdo con los términos del auto de proceder, compareció en audiencia pùblica los dias dos y tres de agosto de mil novecientos sesenta y dos, oportunidad en que a los Jueces de conciencia les fué sometida la siguiente cuestión:

"El acusado BRAULIO VALENCIA, es responsable SI o NO, de haber causado voluntariamente la muerte a JESUS HUMBERTO HURTADO PEREZ, mediante el empleo de arma corto-punzante (cuchillo), en la noche del veinticuatro (24) de diciembre de mil novecientos sesenta (1.960), en la comprensión de este Distrito Judicial?".

3o. El Jurado respondió: "SI ES RESPONSABLE. PERO EN RIÑA IMPREVISTA PROVOCADA POR EL PROCESADO BRAULIO VALENCIA" (folio 128, cuaderno principal).

4o. El Juzgado del conocimiento en desarrollo del veredicto dictó el fallo condenatorio el diez y ocho de octubre de mil novecientos sesenta y dos, en el cual impuso al procesado la pena mínima que corresponde al homicidio simplemente voluntario, entendiendo que la agregación hecha por el Jurado "aniquila la atenuación contenida en el art. 384 del C. P.", sin que sea dado "tildar tal respuesta de contraevidente".

5o. El Superior confirmó la decisión de la instancia por encontrarla ajustada a derecho, con algunas adiciones en cuanto a las penas accesorias.

DEMANDA DE CASACION

El Doctor Carlos Arturo Gil, quien viene representando al acusado desde la etapa sumarial, formulò, en su calidad de defensor, la demanda de casación, en la cual, después de relacionar los hechos e historiar detalladamente la actuación procesal, impugna la sentencia con apoyo en las causales 4a. y 1a. del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

El motivo de cargo fundado en la causal cuarta, enderezado a demostrar que la sentencia del Tribunal se produjo en un juicio viciado de nulidad supralegal, lo hace consistir el demandante en el hecho de no haberse practicado durante la investigación y, posteriormente, dentro del juicio, algunas pruebas consideradas por el impugnador de especial mérito para la debida estimación jurídica de la responsabilidad del acusado.

Las pruebas a que se refiere la demanda eran los careos entre el procesado y dos de los testigos examinados en el sumario; diligencia de igual naturaleza entre varios de los declarantes que ofrecían contradicciones, y reconstrucción de los hechos, las cuales no pudieron llevarse a cabo por circunstancias que aparecen debidamente consignadas en el expediente.

El resumen de la acusación por este aspecto aparece en el libelo así:

"El Derecho de Defensa del procesado fue desconocido desde la etapa del sumario, y lo fue sobre un derecho que es convertido en petición de pruebas y en la obligatoriedad de su práctica, siendo todas esenciales y conducentes. El fin de dichas pruebas pedidas, ordenadas pero no practicadas, era claro y favorable al sindicado: probar que los hechos no habían ocurrido en forma continua, sino en dos partes; que en la primera parte había ocurrido el incidente entre el procesado y Miguel Hurtado Pérez, hermano del occiso; probar que éste se había retirado y había regresado acompañado por la "Cuadrilla" de que se habla en el proceso; que éstos habían atacado con chapas a Valencia y sus dos amigos, por lo cual aquel con el arma de Pedro Rivera Delgado había tenido que hacer frente para defenderse; probar que mientras Miguel Hurtado se le enfrentaba de frente, otros atacaron por detrás a Valencia y lo tumbaron, por lo cual éste desde el suelo esgrimió el cuchillo hiriendo a Jesús Hurtado, con quien Valencia no había tenido altercado o desafío alguno. Entonces, se aclaraba que Valencia no había sido ni promotor ni provocador de riña respecto de Jesús Humberto Hurtado, el occiso, y que, sólo por el regreso de Miguel Hurtado y sus compañeros a buscar pelea a Valencia y sus dos amigos, se produjeron los hechos.

"Está bien lo que sostiene la doctrina en este caso, si aún se negase que al no practicarse dichas pruebas, fue porque no se consideraron esenciales y conducentes, siéndolo en alto grado.

"Pero entrado el período del juicio, se reincidió en la negativa de ese Derecho de Defensa, ya vulnerado gravemente desde el sumario. Ni el juzgado 8o. Penal Municipal, ni a Inspección 9ª. Distrital de Policía, tuvieron a bien cumplir la comisión en respecto a dicho fuero. La constancia secretarial de la Inspección 9ª. fue una clara burla como lo fueron las dejadas por el Juzgado 4o. de I. Criminal en la etapa del sumario.

"El juzgado 8o. Penal del Municipio sólo se preocupó por efectuar dos careos, y no libró más que una boleta, absteniéndose de agotar los medios de que dispone para hacer cumplir y obedecer las órdenes o decisiones; y como se ha demostrado, no profirió auto alguno ordenando la reconstrucción de los hechos y los demás careos ordenados por el juez comitente.

"Se quedaron sin practicar, pues, pruebas esenciales y más que conducentes a los intereses de la defensa.

"Esta denegación de justicia, por la cual no se cumplió con todos los requisitos del juicio penal, originó la nulidad constitucional, y a través de ella se violó la ley procedimental.

"Fueron violadas particularmente las siguientes disposiciones:

"447 y ss del C. de P. Penal; 457 y ss del mismo, puesto que quedaron afectadas de aplicación inválida, por haberse denegado el derecho de defensa, en la oportunidad en que éste se hizo manifiesto por la petición de práctica de pruebas que no lo fueron por culpa de la misma justicia.

"Responsable de esta causal fue la sentencia de segunda instancia".

La causal primera, alegada como consecuente de la anterior, esta orientada a demostrar que si la sentencia de segundo grado se produjo en un juicio viciado de nulidad, "no se podía dar aplicación al artículo 362 del C. Penal, pues no se puede condenar a quien no ha sido vencido en un juicio cumplido con el lleno de todas las formalidades legales".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El recurso de casación, según conceptúa el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, no puede prosperar porque las causales aducidas no fueron demostración ni son atinentes al caso sub-judice.

Respecto a la pretendida nulidad constitucional, consistente en haberse quebrantado en el proceso el derecho de defensa, el colaborador fiscal rechaza el cargo, no sin detallar antes con toda exactitud las diligencias cumplidas en la actuación (sumario y juicio) en orden a allegar las pruebas solicitadas en la instrucción y en la causa, y poner en evidencia que el recurrente, no obstante el memorial presentado el 19 de enero de 1.962, en el cual manifestó "que para el acto de la audiencia pública me reservo el derecho de solicitar que se practiquen las pruebas que no fueron recibidas en el plenario, para ver si de esta manera se subsana la nulidad existente", se abstuvo de acogerse a los artículos 451 y 473 del C. de P. P..

Dice sobre este particular y para concretar su criterio en torno a la causal cuarta el señor Procurador Delegado:

"Pero ese derecho que el doctor Gil dijo que se reservaba para el momento de la audiencia pública, no fué ejercido por éste, como que durante la celebración del juicio público no insistió en reclamar que se efectuaran las pruebas que en pasadas ocasiones había calificado de trascendentales o decisivas. Se limitó apenas a exponer una serie de razones en pro de su patrocinado, a remarcar la existencia de dos versiones distintas sobre el suceso o hecho en virtud del cual fué encausado Braulio Valencia, y a pedirle al Jurí que respondiera la cuestión o pregunta sometida a su consideración, declarando que Valencia había obrado en legítima defensa, o, en el peor de los casos, en legítima defensa excedida.

"Siendo ésta la realidad de las cosas, viene a resultar improcedente hablar ahora ante la H. Corte (como Tribunal que es de casación y nó de instancia, que como tal no puede declarar contraevidente o injusto un veredicto), que las pruebas que no se practicaron durante el curso del juicio, son decisivas porque de haberse llevado a cabo, habrían influido en el desenlace de la acción.

"Improcedente sí, porque tal razonamiento en definitiva corresponde a una hábil y sutil manera de reclamar contra la apreciación dada a las pruebas del proceso, apelando a la causal cuarta de casación, que no a la segunda, precisamente por estar expresamente adoctrinado por la jurisprudencia nacional, que este último motivo de impugnación no es viable cuando se trata de un asunto en que -como en el presente- la responsabilidad del reo ha sido cuestión decidida soberanamente por los Jueces de conciencia".

En cuanto a la causal primera, el Ministerio Público estima que habiendo sido invocada como consecuente, tampoco puede prosperar.

CONSIDERA LA CORTE:

1o. Ante los planteamientos consignados en la demanda sobre nulidad constitucional del juicio estima la Corte que el acusador incurre en error porque en momento alguno el derecho de defensa del acusado sufrió mengua por la circunstancia de no haberse logrado la práctica de algunas de las pruebas en que tenía interés el representante de VALENCIA. En efecto, como con todo acierto lo observa el distinguido colaborador fiscal, el defensor no insistió en esas pruebas, que pudieron ser cumplidas en el curso de la audiencia pública, ni por falta de ellas el Jurado dejó de apreciar los elementos de convicción contradictorios, para en conciencia proferir su veredicto, ya que en el debate público de la causa las partes examinaron todos los aspectos probatorios y sus puntos de discrepancia.

2o. Debe la Corte insistir en que la nulidad supralegal, referida a las garantías fundamentales del proceso, incide de modo particular en el juicio, propiamente dicho, y no en la averiguación sumaria. Y si del derecho de defensa se trata, cabe hablar de nulidad constitucional cuando al acusado, arbitrariamente y contra postulados legalmente reconocidos, se le priva de las facultades propias a ese derecho y de las garantías necesarias para ejercerlo en el juicio.

En el caso a estudio no se contemplan esas hipótesis. Lo ocurrido en el desarrollo de la causa no impidió al acusado y a su defensor debatir con toda amplitud los hechos y los presupuestos de la responsabilidad, y ante el Jurado, sin traba alguna, el señor defensor tuvo ocasión de analizar el recaudo probatorio para ilustrarlo.

3o. De otra parte, como antes se anotó en esta providencia, el recurrente no insistió en la práctica de las pruebas de que da cuenta en la demanda, no obstante haber anunciado antes del sorteo de jurados que las solicitaría para la audiencia pública.

En tales condiciones, ninguna base apreciable encuentra la Corte para reconocer la nulidad alegada como motivo de casación.

4o. No prosperando el cargo principal, la misma suerte corre el fundado en la causal primera, que se invocó como consecuente.

DECISION:

Por lo expuesto, 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 extraordinario de casación a que se ha hecho mérito y ORDENA devolver el proceso al Tribunal de origen.

Copiese, notifíquese y cúmplase. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Simón Montero Torres. - Humberto Barrera Domínguez. - Samuel Barrientos Restrepo.- Gustavo Rendón Gaviria. - Julio Roncallo Acosta. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Secretario

LA REVISION, TAL COMO LA CONCIBEN LA LEY Y LA DOCTRINA, NO PUEDE APOYARSE EN ERRORES DE ORDEN JURIDICO.

Eficacia coercitiva y preclusiva de la sentencia. Finalidad de los juicios en cuanto a la certeza y la inmutabilidad de los mismos. Para reparar la injusticia contenida en el error judicial se ha creado la revisión. Paralelo entre los recursos extraordinarios de casación y de revisión. Cuándo es posible la revisión de procesos concluidos con sentencia ejecutoriada. Concepto de Manzini sobre la autoridad de la cosa juzgada. La facultad de crear nuevas causales de revisión, compete exclusivamente al legislador. Nulidades de orden constitucional.

1. Mediante el pronunciamiento jurisdiccional que se llama sentencia, el Juez declara el derecho en un caso concreto, poniendo fin a la controversia. Y se entiende que aquella entraña lo justo en un momento dado y en relación con el caso decidido, constituyendo la verdad definida en el proceso.

La necesidad de poner término a las controversias con la decisión judicial hizo que las legislaciones atribuyeran a la sentencia una eficacia coercitiva, que hace imperativo su cumplimiento, y otra preclusiva, que prohibe la repetición del juicio sobre el mismo objeto. Esos atributos encarnan "la autoridad de la 'cosa juzgada", cuyo fundamento, en último análisis, radica en la necesidad de preservar el orden jurídico establecido por las leyes del Estado.

"Si fuera lícito volver a cada momento sobre esa declaración para intentar que se modificara o revocara, -ha dicho Manzini- es evidente que dicha finalidad de los juicios no podría conseguirse, y la incertidumbre reinaría allí donde son necesarias la certeza y la inmutabilidad". ("Tratado de Derecho Procesal Penal", Tomo IV, pág. 513, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1.953).

2. Cuando con posterioridad al proceso, el órgano estatal, a través de los medios que la ley prevé, llega al conocimiento de datos suficientes y eficaces para deducir que la verdad real es otra distinta de la declarada en la sentencia, debe prevalecer el supremo interés de la justicia. Para reparar la injusticia contenida en el error judicial, se ha creado la *revisión*, que la doctrina y los procesalistas modernos, en general, definen como una acción tendiente a desvirtuar la presunción de verdad de la cosa juzgada.

3. Las normas que en nuestro Código de Procedimiento Penal disciplinan o regulan el recurso extraordinario de revisión se inspiran en los principios generales expuestos, y, consecuentemente, como lo ha sostenido la Corte en innumerables oportunidades, tienen la finalidad específica de "tutelar

la inocencia del condenado". Por ello para que dicho recurso prospere, es preciso demostrar que el hecho criminoso no existió, o que, habiendo existido, resulta a la postre que el condenado es inocente o irresponsable, o que la condenación obedeció a pruebas secretas, o que provino de la imposibilidad del caso primero del art. 571 del C. de P. P. (Sentencia de 25 de mayo de 1.943, T. LV, 649).

4. La Corte ha sido constante en su doctrina al trazar el paralelo entre los recursos extraordinarios de revisión y casación:

"La casación se interpone y sostiene contra la sentencia: es una contienda entre ésta y la ley que se dice mal aplicada. El recurso de revisión no tiene por objeto confrontar la sentencia con la ley; en ese recurso el ataque es más a fondo pues no va simplemente contra la sentencia sino contra todo el proceso. En casación se revisa la sentencia para saber si está de acuerdo con la ley y con los hechos; en el recurso de revisión no se trata simplemente de reponer la sentencia sino el proceso mismo". (Sentencia de 12 de noviembre de 1.943, LVI, 462).

"La revisión, como se deduce del estudio de las causales que la fundan, mira a salvar errores de hecho en virtud de los cuales se haya condenado a un inocente, y la casación a errores de derecho". (Sentencia de 29 de enero de 1.945, LVIII, 697).

"El recurso de revisión implica un debate probatorio, así como el de casación es un razonamiento jurídico. En aquél se atacan las bases del juicio penal; en éste se impugna la sentencia, o sea, que en uno la materia *sub-judice* es el proceso mismo, mientras que en el otro la discusión versa sobre la legalidad de la sentencia. Pero resulta mucho más exigente el primero, porque con él se trata de destruir la cosa juzgada". (Revisión de 7 de junio de 1.955, LXXX, 524).

"El recurso extraordinario de revisión se ha establecido por el legislador no con el fin de hacer un análisis jurídico de la sentencia frente a la ley, que es tema propio del recurso de casación, sino con el de comprobar situaciones de hecho que al ser evidenciadas dan lugar a una revisión del proceso"..... ..... "siendo la cosa juzgada la que se ataca con este recurso extraordinario (el de revisión), no puede él prosperar sino en casos muy extremos, que no deben confundirse con los que se presentan en casación, en donde sí es admisible discutir el cargo desde el punto de vista jurídico, como que allí se plantean problemas relacionados con la aplicación de la ley" .... "Los aspectos formales de una sentencia, sus irregularidades o vicios, la indebida aplicación de la ley penal, el error al apreciar las pruebas y aún la injusticia del fallo, por notoria que sea para el reclamante, nada de ello configura las causales de revisión ..." (Sentencia de 2 de septiembre de 1.957, G. J. T. LXXXVI, 197).

"Como cada causal de revisión tiene su prueba específica, si el demandante no la produce, no puede prosperar la revisión que intente". (Revisión 12 de febrero de 1.958, G. J. T. LXXXVII, 195).

5. La revisión de procesos definitivamente concluídos con sentencia ejecutoriada solo es posible cuando a ello conduzca la concurrencia de

determinadas circunstancias de hecho, taxativamente previstas en el art. 571 del Código de Procedimiento Penal.

6. El demandante aspira a que la Corte ordene la revisión del proceso porque en éste "no se observaron las formas propias del juicio en cuanto se aplicó una ley que no estaba vigente cuando se hizo la sindicación", violándose así el art. 26 de la Carta.

Insiste esta Sala en que la revisión, tal como la conciben la ley y la doctrina, no puede apoyarse en errores de orden jurídico, ya conduzcan éstos a la violación de la ley penal sustantiva o a la de aquellas normas que rigen el procedimiento, porque ambos eventos, en su orden, están erigidos en causales de casación por los ordinales 1o. y 4o. del art. 567 del Código de Procedimiento Penal.

Sobre el particular expresaba inequívocamente la Corte en sentencia de 12 de noviembre de 1.943: "...la cuestión de la nulidad del procedimiento, que en el recurso de casación se halla establecido como una de los causales, resulta exótica en el de revisión y no está erigida por la ley como causal de este último recurso".

Este es, por otra parte, el criterio que predomina entre los expositores:

"En la revisión los vicios que pueden dar lugar a la anulación de las sentencia han de ponerse de relieve en relación con situaciones facticia-producidas o conocidas con posterioridad a la resolución que se pretende anular, *mientras que jamás puede producirse por vicios o errores de tipo jurídico*". (Fenech: Derecho Procesal Penal, Vol. II, pág. 560, 2a. ed., 1.952).

"Cuando una sentencia penal ha adquirido la autoridad de cosa juzgada, sus diposiciones deben quedar firmes aunque la sentencia aparezca afectada de errores o irregularidades de forma por violación de normas procesales prescritas bajo pena de nulidad, o de errores de juicio.

"*La autoridad de cosa juzgada se presenta, por tanto, bajo este aspecto, como la suprema sanatoria de toda nulidad en que se haya incurrido en el procedimiento*". (Manzini, ob. cit. pág. 522).

7. Si la Corte ordenara la revisión de un proceso, definitivamente concluido, fundada en que se incurrió en nulidad, por no haberse observado la plenitud de las formas propias del juicio, estaría creando una nueva causal de revisión, arrogándose así una facultad que, de acuerdo con nuestra organización constitucional, corresponde por modo exclusivo al legislador.

8. Es verdad que las nulidades de tipo supralegal por haberse infringido el art. 26 de la Carta, son el fruto de una elaboración doctrinaria, pero su reconocimiento no entraña la creación de una nueva causal de casación, pues la pertinente está prevista en el ord. 4o. del art. 567 del Código de Procedimiento Penal.

Las garantías consagradas en el art 26 de la Constitución tienen cabal eficacia a través de la citada causal de casación, y presuponen, para su efectividad, un proceso todavía abierto, no un proceso definitivamente terminado por sentencia ejecutoriada. La presunción de verdad de la cosa juzgada solo puede quebrantarse, en materia criminal, para proteger la inocencia o

irresponsabilidad del condenado. De lo contrario se desvirtuaría la estabilidad de los fallos judiciales, cuya firmeza es inmanente al orden jurídico.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, quince de mayo de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

En escrito del cuatro de junio de mil novecientos sesenta y tres, el doctor Luis Carlos Pérez pidió a la Corte que, "previos los trámites señalados en los artículos 572 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, decrete la revisión del proceso seguido al señor ALFONSO RODRIGUEZ JIMENEZ, mayor de edad y vecino de este Distrito Especial, como defraudador de la renta nacional de aduanas, y como consecuencia revise también el fallo dictado por el Tribunal Superior de Aduanas, con fecha 1º. de agosto de 1.962, fallo que se encuentra ejecutoriado y en el cual la entidad mencionada condenó al señor Rodríguez Jiménez a la pena principal de tres años de prisión y a las accesorias correspondientes".

El doctor Pérez actuó como apoderado de Rodríguez Jiménez. Agotado el trámite propio del asunto, procede esta Sala a decidir.

CONTENIDO DE LA DEMANDA

Divide el actor su demanda en siete capítulos, cuyo contenido puede enunciarse así:

I. Se formula aquí la petición atrás mencionada.

II. Bajo el título "Fundamentos de Hecho", se enumeran los siguientes:

1º. "El 4 de septiembre de 1.959, el señor Wilson Bohórquez Castillo, capitán del resguardo nacional de aduanas, denunció unas estufas de gas, de procedencia norteamericana, que se anunciaban en el almacén de propiedad del señor Alfonso Rodríguez Jiménez, ubicado en esta ciudad de Bogotá, alegando que esa mercancía era de prohibida importación y que, al ponerse en venta, se indicaba ya su origen indebido".

2º. El 9 de septiembre del mismo año se inició el proceso correspondiente: "La mercancía fue reconocida como de prohibida importación, y por lo mismo, como fraudulenta, el 19 de septiembre (Fl. 16), y los peritos rindieron informe sobre dichas calidades, según se ve al folio 17 de las copias. Posteriormente se dispuso ampliar el dictámen, por auto del 4 de diciembre de 1.959, acto procesal que se cumplió (Fl. 41). Corrido el traslado, el concepto no se objetó y se declaró en firme por auto del 22 de junio de 1.960".

3º. La audiencia, ordenada por auto del 20 de septiembre de 1.960, se cumplió el día 17 de octubre siguiente.

4º. "El sindicado fue sometido a indagatoria el 27 de octubre de 1.959 (Fls. 20 a 31 de las copias), sin que el expediente hubiera seguido la tramitación pro-

pia, pues en lugar de haber abierto a pruebas el asunto dentro de las 48 horas siguientes a la práctica de esta diligencia, como ordena el Decreto 2134 de 1952, vigente entonces y ahora, se avanzó hacia etapas superiores, hasta llegar a la de proferir la decisión de fondo".

5º. Mediante sentencia del 5 de junio de 1.961, dictada por el Juzgado Superior de Aduanas de Bogotá, fue absuelto el procesado.

6º. En fallo del 1º. de agosto de 1.962 el Tribunal Superior de Aduanas revocó la absolución y condenó a Rodríguez Jiménez a tres años de prisión y otras penas accesorias.

7º. "Como el contrabando fue avaluado en suma inferior a los $100.000.00 que autorizan el recurso de casación, el fallo condenatorio se declaró en firme, estado en que se encuentra ahora,....".

III. En este capítulo, intitulado "Fundamentos de Derecho", el actor expresa lo siguiente:

"No se basa esta demanda inicial del recurso en el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, pues no se configura para el caso de autos ninguna de las causales de revisión previstas en dicho estatuto. Invoco apenas los artículos 572 y siguientes, que indican el trámite y las exigencias materias de la acción, además de los resultados de la misma.

"Como fundamento de la revisión contra el proceso, para que éste se rehaga siguiendo las formalidades específicas que deben adoptarse para investigar, enjuiciar y fallar los procesos por fraude aduanero, presento el artículo 26 de la Constitución Nacional, que establece la imposibilidad del juzgamiento no sometido a lo 'plenitud de las formas propias de cada juicio'.

IV y V. Con especial detenimiento se refiere aquí el actor a las normas procesales que debieron aplicarse en el juicio penal aduanero que se adelantó contra su poderdante, y a las que efectivamente rigieron el proceso, todo con la finalidad de demostrar que en el presente caso se está en presencia de una ostensible violación del artículo 26 de la Constitución Nacional.

No obstante la circunstanciada amplitud con que el tema se trata, es posible reducirlo a las siguientes notas esenciales:

Mediante sentencia del 23 de septiembre de 1.958, la Sala Plena de la Corte declaró inexequibles todos los artículos del Decreto Extraordinario número 700 de 1.954, con excepción de aquéllos respecto de los cuales había sustracción de materia, por haber sido derogados o sustituídos por los Decretos 73 y 188 de 1.958. Esa declaración de inexequibilidad produjo el efecto de revivir las disposiciones legales que el Decreto 700 había derogado, entre las cuales se encuentran las del Decreto 3134 de 1.952, que determinan el procedimiento aplicable en los juicios por fraude a la renta nacional de aduanas.

El proceso contra Rodríguez Jiménez se inició después de la referida sentencia de inexequibilidad. A pesar de ello, dicho proceso no se adelantó conforme a los trámites establecidos en el Decreto 3134 de 1.952, sino con arreglo a las normas, ya fenecidas, del Decreto 700 de 1.954.

VI. "Por qué debe ordenarse la revisión con arreglo al artículo 26 de la Carta". Al amparo de este rubro, el demandante comienza por advertir que no

se trata de aplicar en el presente caso el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, "porque no hay sentencia legalmente ejecutoriada, porque no existe proceso que haya dado base a una providencia de esa naturaleza". Se trata simplemente, en su concepto, de aplicar el artículo 26 de la Constitución, y, en apoyo de esa tesis, alega las siguientes razones:

"PRIMERA. El juicio contra don Alfonso Rodríguez Jiménez, como todos los que se tramiten desobedeciendo la ritualidad procesal, tiene una simple existencia material, representa un agregado de documentos sin valor ninguno. Formalmente no hay proceso, como no hay sentencia, aunque ésta tenga las firmas de todos los magistrados, aunque se haya publicado y prescrito su cumplimiento. Si a pesar de la prohibición imperativa enunciada con la frase NADIE PODRA SER JUZGADO SINO OBSERVANDO LA PLENITUD DE LAS FORMAS PROPIAS DE CADA JUICIO, alguien pudo ser juzgado, y más aún, condenado sin observar esa plenitud formal, quiere ello decir que no se puede cumplir ni el juicio ni la sentencia, porque ambos son inconstitucionales.

"SEGUNDA. En estas condiciones, aunque la vista perciba una cosa juzgada desde el punto de vista material, no hay cosa juzgada desde el punto de vista formal, ni mucho menos desde el sustancial. Aquí forma y sustancia se unifican institucionalmente para presentar una entidad propia, opuesta a las entidades procesales arbitrarias o impropias. En otros términos: no existe la suprema preclusión de que hablaba Chiovenda, es decir, no se ha llegado a aquel límite de invulnerabilidad que ampara las decisiones judiciales.

"TERCERA. El derecho de defensa, que es inalienable, destruye una sentencia que sólo representa cosa juzgada en sentido material, pero que en la sustancia normativa carece de todo sustento. El derecho de defensa está por encima de las disposiciones que lo niegan o restrinjan, tanto más por encima de un fallo que no permitió su ejercicio.

"CUARTA. La jurisprudencia de la Corte ha defendido la declaratoria de nulidad de los procesos penales cuando se han tramitado prescindiendo de la plenitud de formas propias, o con prescindencia de las formas que aseguran el derecho de defensa. Esta nulidad, de índole constitucional, y por eso mismo radical o absoluta, no es saneable de ninguna manera, no está, como era obvio, prevista en los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal. Y no podía estarlo porque el legislador no puede partir de la base de que los jueces van a desconocer los mandamientos normativos instituidos en la Carta. Con todo ese desconocimiento u olvido, malicioso o no, se comprueba frecuentemente, lo que ha dado origen a la nulidad supralegal admitida y explicada por la jurisprudencia.

"Pues bien: he aquí un caso relievante de interpretación analógica, que no de analogía. Tampoco el legislador estaba al alcance de ciertos desvaríos judiciales que rematan en fallos no precedidos de procesos regulares. Por eso no incluyó esta suprema arbitrariedad como causal de revisión en el artículo 571 del estatuto de procedimiento. La ley supone que toda sentencia se dicta adecuadamente al caso, previos los requisitos rituales. Pero, como en la nulidad, se presentan situaciones en que no hubo seguimiento de tales requisitos y a pesar de ello sobrevino la condenación. Entonces, hay que abdicar ante esa irregularidad solamente porque el fallo tiene una vida ficticia, prestada por quienes disponen de autoridad para imponerlo?,

"QUINTA. La nulidad que se declara dentro del proceso, difiere, sin embargo, de la inexistencia de los actos procesales, que puede declararse fuera del proceso. Si la nulidad obliga a corregir defectos en la forma como se ha manejado la relación entre el Estado y el infractor, la inexistencia del procedimiento niega toda relación de orden punitivo. Si la primera indica que las pretensiones fueron inadecuadas, la segunda muestra que no hubo pretensiones. Si la primera se equipara a la imperfección, la segunda es igual a una no gestación. Aquella se reconoce en el texto legal. Esta se encuentra latente asistiendo a la totalidad de las intervenciones. La primera, si es relativa, está sujeta a circunstancias de modo y tiempo. La segunda es intemporal y no tiene limitaciones circunstanciales.

"Supóngase que el fallo se pronuncie por juez distinto del que tiene atribución para dictarlo, v. gr., el homicidio que sancione un juez municipal o de circuito. Debe cumplirse la condena, así se encuentre ejecutoriada la providencia que la decrete, debido a errores no advertidos por el superior al ratificarla?. En manera alguna, pues la incompetencia de jurisdicción es insalvable. Y es insalvable porque en sí misma entraña omisión de una forma propia del juicio, cual es la que determina el funcionario competente para adelantarlo y ponerle fin.

"Supóngase que se inicia el proceso para investigar una acción prescrita, o que se inicia oficiosamente en los asuntos que requieren querella, y que, por descuidos muy explicables de la conducta humana, sobrevenga la condenación. En este ejemplo tampoco puede cumplirse el fallo, porque el juez carecía de jurisdicción para conocer del asunto. Si usó jurisdicción que no tenía, se salió de las formas propias del juicio, conforme al artículo 26 de la Carta, y violó por eso este mandato.

"SEXTA. Las causales del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal tienen su fundamento en el artículo 26 de la Constitución. No es injurídico, sino que se va al fondo de derecho, el acto que busca el origen mismo del procedimiento.

"SEPTIMA. En consecuencia, la causal suprema de revisión es el citado artículo 26 de la Carta. Se trata de aplicarlo, porque, aún en el caso de que el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal fue incompatible con aquel, debe aplicarse el precepto constitucional, según el artículo 215 de la misma Carta.

"Además, si algún formalismo jurídico ampara un proceso y una sentencia dictados contra el texto normativo, habría que aplicar el mismo artículo 215, que representa la garantía máxima de obedecimiento de la Constitución, la sanción máxima contra las disposiciones que tiendan a burlarla o que efectivamente la burlen.

"OCTAVA. El juicio, con plenitud de formas, no solo mira al derecho de defensa individual, sino que entraña acatamiento a las disposiciones constitucionales y por lo tanto a la fuente de la sociabilidad y la justicia. El interesado puede renunciar al procedimiento predeterminado para juzgarlo, sin que por ello se sanee jurídicamente la actuación correspondiente.

"NOVENA. Entre los requisitos para dictar sentencia condenatoria figura el de que la prueba sea legalmente producida. La legalidad se refiere, a su vez, a la forma de recepción y al agotamiento ordenado del trámite procesal.

"El cumplimiento de la forma de recepción significa que la prueba no puede ser estimada si no se ha autorizado antes y si para producirla no se han seguido estrictamente los ritos procesales.

"El cumplimiento del orden procesal significa que la prueba debe aducirse sin eliminar etapas ni pretermitir actuaciones.

"Esto es lo que exige el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal, precepto que, a su turno, deriva su autoridad del artículo 26 de la Carta.

"Las pruebas producidas fuera de las formas propias, están contra la Constitución, no pueden ser tenidas en cuenta, no existen.

"Pues bien; si el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal instituye causales de revisión de procesos en los cuales la prueba fue legalmente aportada, cómo no va a prosperar el recurso extraordinario de procesos donde no hubo etapa probatoria, esto es, procesos sin pruebas?.

"DECIMA. El artículo 571 del Código de Procedimiento Penal tutela la inocencia de los condenados. La revisión con fundamento en el artículo 26 de la Carta tutela un bien de más fondo: la justicia, la administración de ésta, su credibilidad para el pueblo. La revisión no implica necesariamente que el nuevo juicio vaya a rematar en fallo absolutorio. Se trata de hacer cumplir, mediante dicho recurso, el artículo 26 de la Carta.

"UNDECIMA. Este artículo 26 se refiere a los actos que se imputen, y en el concepto de actos ingresan las infracciones al Codigo Penal, la violación de las leyes civiles y administrativas, las contravenciones de policía y los hechos que de alguna manera atacan los principios del derecho penal administrativo, rama esta que engloba el derecho penal disciplinario y el derecho penal fiscal. Dentro de este grupo están clasificados los autos (sic) por fraude a la renta nacional de aduanas, es decir, los actos que perjudican la percepción de los tributos por mercancías que se introduzcan al país o que se exporten de él.

"En consecuencia, la garantía constitucional de que todos los actos que promueven los mecanismos jurisdiccionales o de policía, sigan las formas especificadas para su juzgamiento, comprende también el que ahora someto al estudio de la H. Corte".

VII. Se enumera en este último aparte los documentos acompañados a la demanda.

RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

El extenso alegato del Ministerio Público, representado en este caso por el Procurador Primero Delegado en lo Penal, se refiere en primer término a la controversia jurídica, librada en las instancias, para destacar cómo el tema que ahora de nuevo se suscita ante la Corte, a propósito de la revisión impetrada, fue ya ampliamente debatido dentro del ámbito del proceso original. Pertenecen a esa metódica reseña los párrafos siguientes:

"Todo lo anterior, o, mejor, el resumen que se acaba de hacer de los incidentes procesales que se presentaron con motivo de la notificación de la sentencia de segunda instancia condenatoria del señor Alfonso Rodríguez Jiménez, hace ver que lo que es motivo o lo que constituye el fundamento del recurso de

revisión que ahora se tramita, fué ya debatido y resuelto ya ante el Tribunal fallador. No es tema nuevo lo que ahora es planteado en la demanda a que este alegato alude.

"El Tribunal dijo, en síntesis: el fallo del primero de agosto de 1.962, es válido y está ejecutoriado. Ese mismo fallo ejecutoriado no es suceptible del recurso extraordinario de casación, por prohibición expresa del artículo 19 del Decreto 0188 de 1.958.

"La defensa dijo: el fallo carece de validez porque el proceso en que fué pronunciado está afectado de nulidad constitucional. La defensa se opuso principalmente a su cumplimiento, y como no consiguió éxito en tal empeño, interpuso la casación. Negada ésta recurrió de hecho. Concedido este recurso y ventilado ante la H. Corte, ésta, a su turno, no acepió las razones expuestas por el apoderado doctor Luis Carlos Pèrez en su escrito del folio 32 y siguientes del cuaderno 2º., porque consideró, como lo había hecho el ad-quem, que el recurso de casación, de acuerdo con el citado artículo del Decreto 0188 de 1.958, no es viable en asuntos como el presente. Por lo mismo en su auto de febrero 7 del año en curso, resolvió declarar 'bien denegado el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Aduanas, en el proceso contra Alfonso Rodríguez Jiménez, a que se hizo referencia' (Fl. 84, cuad. 2º.)".

Con todo detenimiento examina después el Procurador los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda. A continuación expone las enseñanzas de tratadistas extranjeros y de la jurisprudencia nacional en torno al recurso de revisión, presupuestos en los cuales se apoya para concluir que como el recurrente, de modo enfático, advierte que su pretensión de que se revise el proceso no se funda en ninguna de las causales especificamente señaladas en el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, la petición, por improcedente, debe negarse.

"Porque, en definitiva, -afirma- el señor demandante en su escrito desborda los límites señalados por la ley al reglamentar el recurso de revisión, y en su plausible y meritorio esfuerzo por aliviar la carga de culpabilidad que agobia a su representado, inutilmente intenta crear un nuevo recurso, un medio de impugnación distinto al de la revisión de que dá cuenta el referido Código". Y agrega:

"En efecto: denunciar un quebrantamiento de forma, una nulidad de carácter constitucional con ocasión de la interposición del recurso de revisión, viene a ser cosa sencillamente extemporánea y antitécnica, jurídicamente hablando. E inconsecuente o contradictorio es proponer la revisión de la causa seguida al señor Rodríguez Jiménez cuando de la sentencia condenatoria que al término de ésta ha sido pronunciada, se afirma que no es válida, que es nula, de nulidad constitucional, y que, por lo mismo, no ha causado ejecutoria. Desacertado es también aspirar a que prospere la demanda hecha, si para sustentarla se comienza por alegar que no existe cosa juzgada desde ningún aspecto".

Apoyado en el criterio de Manzini y Jiménez Asenjo, diserta luego sobre la autoridad de la cosa juzgada, destacando su doble validez: Actio iudicati (fuerza positiva, coercitiva); y Exceptio rei iudicatae (fuerza negativa, prohibitiva, preclusiva).

Ponen término al amplio alegato del Ministerio Público los siguientes conceptos, que importa reproducir de manera textual, porque a través de ellos su autor recoge y compendia su pensamiento sobre el tema debatido:

"Examinados desde otro ángulo los planteamientos hechos en la demanda, resulta que la cuestión fundamental que es propuesta, bien puede quedar reducida a inquirir si la H. Corte tiene o no competencia, como Tribunal de revisión, para declarar la existencia de un quebrantamiento de forma, y decretar, por ende, la nulidad de lo actuado, enervando así el cumplimiento de un fallo condenatorio que, como el del ad-quam, está ejecutoriado.

"El interrogante se resuelve así:

"Es competente la H. Corte para conocer y admitir, si fuere el caso, una causal de nulidad derivada de la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, únicamente por la vía o el procedimiento propio del recurso extraordinario de casación. Es lógico que por el indicado trámite procesal, aquella Corporación pueda llegar al reconocimiento de esa clase de quebrantamiento de forma (casación formal), precisamente porque la casación supone que el proceso todavía no ha terminado, puesto que la sentencia con la cual se pretende darle término, aún no ha causado ejecutoria. Entonces, resulta obvio que la H. Corte, como Juez competente y por advertir que existe una causa de nulidad de carácter supra-legal, invalide lo actuado desde que se presentó la causa y ordene la reposición del proceso para que se subsane el defecto.

"Pero si la sentencia que le pone fin al proceso ha causado ejecutoria, ha hecho tránsito a autoridad de cosa juzgada y, por lo mismo, ha adquirido la fuerza ejecutiva y preclusiva propia de la cosa juzgada, es más que obvio, elemental, reconocer que el proceso ha concluido y que el Tribunal de revisión carece de competencia para declarar la existencia de una nulidad constitucional. Ya las etapas del proceso han sido todas cumplidas y la alegación de un supuesto quebrantamiento de forma no podrá atenderse ni aún por la vía del recurso de casación, por no ser tiempo hábil. Tampoco podrá decidir la Corte acerca de ese vicio o defecto del procedimiento adelantado, por el camino de la revisión, porque ninguno de los motivos taxativamente enumerados que dan lugar a ésta tiene nada que ver con nulidades de ninguna clase.

"Por otra parte, vale agregar que ordenar la revisión de un proceso no es lo mismo que disponer que se rehaga. No es propio de la naturaleza o de la esencia de la revisión el rehacimiento de la causa en el sentido de que se proceda a remediar vicios procesales. La orden de revisión se explica cuando se llega por la H. Corte a la conclusión procesal de que el condenado es inocente o de que median graves indicios de su irresponsabilidad. En cambio, la orden de reposición o rehacimiento de un proceso afectado de nulidad, no tiene por motivo la consideración de que existen pruebas que establecen que está libre de culpa el acusado o que inducen a conjeturar la irresponsabilidad de éste, sino que tiene origen en una violación de las garantías procesales.

"De todo lo cual se sigue que la finalidad del recurso extraordinario de revisión no se compadece con la resolución judicial de reponer un proceso nulo.

"Pero hay más: la prueba de que la revisión nada tiene que ver con la reposición de un proceso inválido, está también en el hecho de que cuando se incurre en nulidad que es forzoso subsanar, no resulta incompatible que el Juez o Tribunal que conozca del asunto sea el mismo a quien corresponda atender a la enmienda dispuesta, al paso que al disponer que se revise una causa criminal, si media legalmente la imposibilidad de parte del Juzgado o Tribunal que profirió el fallo condenatorio para revisar la misma causa.

"Por lo demás, rehacer un proceso no es cosa posible de disponer una vez que la sentencia condenatoria que le pone fin, ha quedado en firme. Lo es solamente antes, con lo cual se concluye que el Juez a que se refiere el artículo 200 del C. de P. P. no será nunca la H. Corte cuando actúa como Tribunal de revisión.

"En consecuencia, no es del resorte de la H. Corte, en tratándose de un medio de impugnación como el propuesto, decidir acerca de la existencia de una violación del artículo 26 de la Constitución Nacional".

ALEGATO DEL RECURRENTE

Con oportunidad del traslado previsto en el artículo 574 del Código de Procedimiento Penal, el actor insiste, bajo la forma de una réplica al concepto del Procurador, en sostener la tesis fundamental de la demanda. Sin embargo, del mencionado alegato conviene transcribir los párrafos siguientes, ya que ellos encierran, con toda precisión, el criterio con que el demandante enfoca la cuestión planteada:

"El hecho del cual ha partido la presente acción es bien sencillo, pero sobre él nada se encuentra en la vista del señor Procurador: los funcionarios aduaneros de segunda instancia, en un proceso de contrabando al fisco nacional, aplicaron el Decreto 700 de 1.954, que había sido declarado inexequible por la Corte, dejando de lado el decreto 3134 de 1.952, cuyo artículo 16 indica el trámite a que tenía que seguirse (sic) la actividad investigativa y condenatoria. En estas condiciones, don Alfonso Rodríguez Jiménez, fue conminado a tres años de prisión y a las penas accesorias consiguientes, violando el artículo 26 de la Carta, porque se aplicó una ley que no estaba vigente cuando se hizo la sindicación.

"No es más. Tal es el núcleo y la extensión del problema: un ciudadano condenado en contra del precepto constitucional. Para dar solución al asunto, es imprescindible comenzar por admitir esta verdad que está plenamente probada no sólo a través de las copias con que acompañé la demanda, sino con el expediente original exigido por la Corte al Juzgado Superior de Aduanas. A la Sala Penal se le ha propuesto el caso más clamoroso de inconstitucionalidad, y ese caso aparece rotundo, sin desfiguraciones, con una prueba plena. Los funcionarios aduaneros de segunda instancia crearon un procedimiento a su amaño, revivieron normas muertas, negaron el derecho de defensa, desviaron la ruta trazada seriamente por la ley. De buena o de mala fe, su decisión se produjo siguiendo un ámbito extraordinario, fuera del común, y por eso mismo, aberrante y sin paragón en la historia de las arbitrariedades".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. Mediante el pronunciamiento jurisdiccional que se llama sentencia, el Juez declara el derecho en un caso concreto, poniendo fin a la controversia. Y se entiende que aquella entraña lo justo en un momento dado y en relación con el caso decidido, constituyendo la verdad definida en el proceso.

La necesidad de poner término a las controversias con la decisión judicial hizo que las legislaciones atribuyeran a la sentencia una eficacia coercitiva, que hace imperativo su cumplimiento, y otra preclusiva, que prohibe la repetición

del juicio sobre el mismo objeto. Esos atributos encarnan "la autoridad de la cosa juzgada", cuyo fundamento, en último análisis, radica en la necesidad de preservar el orden jurídico establecido por las leyes del Estado.

"Si fuera lícito volver a cada momento sobre esa declaración para intentar que se modificara o revocara, -ha dicho Manzini- es evidente que dicha finalidad de los juicios no podría conseguirse, y la incertidumbre reinaría allí donde son necesarias la certeza y la inmutabilidad". (Tratado de Derecho Procesal Penal", Tomo IV, pág. 513. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1.953).

2. Sin embargo, cuando con posterioridad al proceso, el órgano estatal, a través de los medios que la ley prevé, llega al conocimiento de datos suficientes y eficaces para deducir que la verdad real es otra distinta de la declarada en la sentencia, debe prevalecer el supremo interés de la justicia. Para reparar la injusticia contenida en el error judicial, se ha creado la revisión, que la doctrina y los procesalistas modernos, en general, definen como una acción tendiente a desvirtuar la presunción de verdad de la cosa juzgada.

3. Las normas que en nuestro Código de Procedimiento Penal disciplinan o regulan el recurso extraordinario de revisión se inspiran en los principios generales expuestos, y, consecuentemente, como lo ha sostenido la Corte en innumerables oportunidades, tienen la finalidad específica de "tutelar la inocencia del condenado". Por ello, para que dicho recurso prospere, es preciso demostrar que el hecho criminoso no existió, o que, habiendo existido, resulta a la postre que el condenado es inocente o irresponsable, o que la condenación obedeció a pruebas secretas, o que previno de la imposibilidad del caso 1º. del artículo 571 del C. de P. P. (Sentencia de 25 de mayo de 1.943, T. LV, 649).

4. La Corte ha sido constante en su doctrina al trazar el paralelo entre los recursos extraordinarios de revisión y casación:

"La casación se interpone y sostiene contra la sentencia; es una contienda entre ésta y la ley que se dice mal aplicada. El recurso de revisión no tiene por objeto confrotar la sentencia con la ley; en ese recurso el ataque es más a fondo, pues no va simplemente contra la sentencia sino contra todo el proceso. En casación se revisa la sentencia para saber si está de acuerdo con la ley y con los hechos; en el recurso de revisión no se trata simplemente de reponer la sentencia sino el proceso mismo". (Sentencia de 12 de noviembre de 1.943, LVI, 462).

"La revisión, como se deduce del estudio de las causales que la fundan, mira a salvar errores de hecho en virtud de los cuales se haya condenado a un inocente, y la casación a errores de derecho". (Sentencia de 29 de enero de 1.945, LVIII, 697).

"El recurso de revisión implica un debate probatorio, así como el de casación es un razonamiento jurídico. En aquél se atacan las bases del juicio penal; en éste se impugna la sentencia, o sea, que en uno la materia sub-judico es el proceso mismo, mientras que en el otro la discusión versa sobre la legalidad de la sentencia. Pero resulta mucho más exigente el primero, porque con él se trata de destruir la cosa juzgada". (Revisión de 7 de junio de 1.955, LXXX, 524).

"El recurso extraordinario de revisión se ha establecido por el legislador no con el fin de hacer un análisis jurídico de la sentencia frente a la ley, que es tema propio del recurso de casación, sino con el de comprobar situaciones de hecho que al ser evidenciadas dan lugar a una revisión del proceso"..... ..... "siendo la

cosa juzgada la que se ataca con este recurso extraordinario, (el de revisión) no puede él prosperar sino en casos muy extremos, que no deben confundirse con los que se presentan en casación, en donde sí es admisible discutir el cargo desde el punto de vista jurídico, como que allí se plantean problemas relacionados con la aplicación de la Ley"..... ..... "Los aspectos formales de una sentencia, sus irregularidades o vicios, la indebida aplicación de la ley penal, el error al apreciar las pruebas y aún la injusticia del fallo, por notoria que sea para el reclamante, nada de ello configura las causales de revisión..... ....." (Sentencia de 2 de septiembre de 1.957, G. J. T. LXXXVI, 197).

"Como cada causal de revisión tiene su prueba específica, si el demandante no la produce, no puede prosperar la revisión que intente". (Revisión, 12 de febrero de 1.958 G. J. T. LXXXVII, 195).

5. La abundante doctrina recordada permite deducir con absoluta claridad, que la revisión de procesos definitivamente concluidos con sentencia ejecutoriada sólo es posible cuando a ello conduzca la concurrencia de determinadas circunstancias de hecho, taxativamente previstas en el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal.

6. Ya se ha visto, sin embargo, que en el presente caso el demandante no se funda en ninguna de las razones o motivos contemplados en la disposición citada. Y con toda lealtad así lo declara. Pero aspira a que la Corte ordene la revisión del proceso porque en éste "no se observaron las normas propias del juicio, en cuanto se aplicó una ley que no estaba vigente cuando se hizo la sindicación", violándose así el artículo 26 de la Carta.

Insiste esta Sala en que la revisión, tal como la conciben la ley y la doctrina, no puede apoyarse en errores de orden jurídico, ya conduzcan éstos a la violación de la ley penal sustantiva o a la de aquellas normas que rigen el procedimiento, porque ambos eventos, en su orden, están erigidos en causales de casación por los ordinales 1o. y 4o. del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Sobre el particular expresaba inequívocamente la Corte en sentencia del 12 de noviembre de 1.943, ya citada: "..... la cuestión de la nulidad del procedimiento, que en el recurso de casación se halla establecido como una de las causales, resulta exótica en el de revisión y no está erigida por la ley como causal de este último recurso".

Este es, por otra parte, el criterio que predomina entre los expositores:

"En la revisión los vicios que pueden dar lugar a la anulación de la sentencia han de ponerse de relieve en relación con situaciones fácticas producidas o conocidas con posterioridad a la resolución que se pretende anular, mientras que jamás puede producirse por vicios o errores de tipo jurídico". (Fenech: Derecho Procesal Pena , Vol. II, pág. 560, 2a, Ed. 1.952).

"Cuando una sentencia penal ha adquirido la autoridad de cosa juzgada, sus disposiciones deben quedar firmes aunque la sentencia aparezca afectada de errores o irregularidades de forma por violación de normas procesales prescritas bajo pena de nulidad, o de errores de juicio.

"La autoridad de cosa juzgada se presenta, por tanto, bajo este aspecto, como la suprema sanatoria de toda nulidad en que se haya incurrido en el procedimiento". (Manzini, op. cit., pág. 522).

7. Si la Corte ordenara la revisión de este proceso, definitivamente concluido, fundada en que, como observa el actor, se incurrió en nulidad, por no haberse observado la plenitud de las formas propias del juicio, estaría creando una nueva causal de revisión, arrogándose así una facultad que, de acuerdo con nuestra organización constitucional, corresponde por modo exclusivo al legislador.

8. Es verdad que las nulidades de tipo supralegal, por haberse infringido el artículo 26 de la Carta, son el fruto de una elaboración doctrinaria, pero su reconocimiento no entraña la creación de una nueva causal de casación, pues la pertinente está prevista en el ordinal 4o. del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

9. Las garantías consagradas en el artículo 26 de la Constitución tienen cabal eficacia a través de la citada causal de casación, y presuponen, para su efectividad, un proceso todavía abierto, no un proceso definitivamente terminado por sentencia ejecutoriada. La presunción de verdad de la cosa juzgada sólo puede quebrantarse, en materia criminal, para proteger la inocencia o irresponsabilidad del condenado. De lo contrario se desvirtuaría la estabilidad de los fallos judiciales, cuya firmeza es inmanente al orden jurídico.

DECISION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal- de acuerdo con el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NIEGA LA REVISION del proceso que se siguió contra el señor Alfonso Rodríguez Jiménez, por el delito de contrabando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente, por conducto del Tribunal Superior de Aduanas, al Juzgado de origen. Insértese en la Gaceta Judicial.

Simón Montero Torres. - Samuel Barrientos Restrepo. - Julio Roncallo Acosta. - Humberto Barrera Domínguez. - Gustavo Rendón Gaviria. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO. PRETENDIDA NULIDAD LEGAL (ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DEL DELITO). INTERPRETACION DEL VEREDICTO.

Motivos de impugnación sin asidero legal. No es propio promover un debate de índole probatorio, a través de la causal 4a., atinente a cuestiones de hecho. Términos del veredicto. Circunstancia específica de atenuación señalada en el art. 28 del C. de P. Los jueces populares deben ser claros al calificar una conducta penal sometida a su juicio.

1. No es propio, a través de la causal 4a., promover un debate probatorio, atinente a cuestiones de hecho, susceptibles de examen en casación solo con base en la causal 2a., no aducida en la demanda y no admisible cuando se trata de juicios con intervención del jurado, como repetida e insistentemente lo ha dicho la Corte.

2. No aparece que la sentencia impugnada esté en desacuerdo con los términos del veredicto del jurado porque la agregación hecha por éste a la afirmación de responsabilidad carece del contenido que corresponde a la circunstancia específica de atenuación señalada en el artículo 28 del C. P. Y carece de ese contenido, no sólo porque el jurado omitió referirse expresamente al *estado de ira*, sustituyéndolo por el de *indignación*, sino porque para nada aludió al motivo determinante de dicho estado, que tendría que ser, para la aplicación del artículo 28, *la provocación grave e injusta*.

3. Aunque los jueces de conciencia no sean requeridos por la ley a usar términos, palabras o expresiones sacramentales, de todos modos las que empleen para calificar una determinada conducta penal sometida a su juicio, deben revelar inequívocamente y con claridad la calificación, que permita al juez de derecho la aplicación específica de normas penales pertinentes.

En el caso que se decide, el mismo jurado ratificó su veredicto expresando que sólo había querido reconocer "una simple ira o cólera", ratificación esta que pone más de bulto que no aceptó la circunstancia de que trata el artículo 28.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, veinte de mayo de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria).

VISTOS:

Procede la Corte a decidir de fondo el recurso extraordinario de casación interpuesto por el acusado SERVULO CAVIEDES ESQUIVEL, contra la senten-

cia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el 14 de agosto de 1.963, mediante la cual se le condenó, como responsable del delito de homicidio, a la pena principal de 8 años de presidio, más las correspondientes accesorias.

ANTECEDENTES

1o. Los hechos que dieron origen a este proceso y que tuvieron cumplimiento en la noche de 16 de noviembre de 1.958, los sintetiza así el fallo recurrido:

"....Un grupo de individuos integrado -entre otros- por Rafael Torres Lozano, Milciades Caviedes Esquivel, y Sèrvulo Caviedes Esquivel, estaban libando licor en la fonda del señor José María Heredia sita a corta distancia de la casa de la familia Sánchez Rivas. Dos trabajadores de Ismael Rivas de nombres Luis Alberto Villarreal y Guillermo Guzmán llegaron a la fonda de Heredia y entre los mencionados trabajadores y Sèrvulo Caviedes, se suscitó un fuerte disgusto matizado de injurias, insultos y desafíos; los prementados Villarreal y Guzmán se fueron para la casa de Ismael Rivas esquivando una posible riña; momentos después y cuando los trabajadores Villarreal y Guzmán se disponían a comer en la cocina de la casa de Rivas, llegó Sèrvulo Caviedes y rastrillando una peinilla se avalanzó contra Villarreal y Guzmán a darles plan; Guzmán logró refugiarse en una de las piezas de la casa; en cambio Villarreal salió corriendo esquivando la persecución de Sèrvulo Caviedes y yendo en la mitad del patio, escuchó unos disparos a consecuencia de los cuales fué herida y resultó muerta la Señora Nohelia Sánchez de Rivas, quien se encontraba en esos momento en la cocina de la casa".

2o. Perfeccionada la investigación, luego de oír el concepto del Ministerio Público y subsanar la nulidad decretada por el Tribunal, el Juzgado Tercero Superior en providencia de 25 de junio de 1.961, dispuso abrir causa criminal "y por los trámites en que interviene el Jurado Popular contra Sèrvulo Caviedes Esquivel ....., en su calidad de único autor material en el delito de homicidio simplemente intencional cometido en la persona de Nohelia Sánchez de Rivas que define y sanciona el Capítulo I, Título XV, Libro II del C. P., llevado al cabo del modo, en el lugar, fecha y hora indicados en la parte motiva de esta providencia y en las circunstancias dichas". (folios 171 a 177 del cuaderno principal).

3o. La mencionada resolución fué confirmada por el ad quem el 4 de abril de 1.962, haciendo notar el Tribunal que el hecho imputado a Caviedes Esquivel ofrece las características de un homicidio simplemente intencional, sin la atenuación prevista en el artículo 28 del C. P.

4o. Con ocasión de la vista pública de la causa, al jurado le fué propuesta la correspondiente cuestión, de acuerdo con los términos del auto de proceder, y el veredicto proferido fué de este tenor: "Sí es responsable, pero en estado de indignación". (folios 236 del cuaderno principal).

5o. En desarrollo del veredicto el juzgado del conocimiento dictó la sentencia de instancia, en la que se impuso al acusado la pena mínima prevista en el artículo 362 del C. P., "ya que en su contra no aparecen comprobadas circunstancias de mayor peligrosidad, en cambio sí las de menor peligrosidad, como son su buena conducta anterior y la embriaguez voluntaria en que se encontraba en el momento de cometer el delito". (folios 249 del cuaderno principal).

6o. La anterior resolución la confirmó el ad quem en el fallo que ahora es materia del recurso de casación.

DEMANDA DE CASACION

Dentro del término legal, el doctor Ernesto Lucena Bonilla, obrando como apoderado de Sérvulo Caviedes, formuló la demanda destinada a sustentar el recurso, en escrito que obra de folios 13 a 23 del cuaderno No. 3.

El libelo, que cumple todas las condiciones formales, aparte de contener una relación de los hechos y la reseña de la actuación procesal, fundamenta la impugnación del fallo en las causales 4a., 3a. y 1a. señaladas en el artículo 567 del C. de P. P., con la advertencia de que la última se invoca subsidiariamente o como consecuente de la 3a.

Causal 4a. "La sentencia dictada y acusada -expresa la demanda- es violatoria de la ley procedimental, porque, se dictó en un juicio viciado de nulidad, consistente, tal nulidad, en que, se incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, causal de que trata el numeral 8o. del artículo 198 de C. de P. P. aplicable a toda clase de juicios penales".

La demostración del cargo la intenta el señor apoderado razonando que a Caviedes se le juzgó "por un delito simplemente intencional, cuando, en rigor, de lo que se trata, es de un HOMICIDIO CULPOSO y nada más".

La apreciación sobre la modalidad de la infracción quiere deducirla el impugnador del contenido de la confesión del acusado y, en consecuencia, de no estar probado en el expediente "EL DOLO POSITIVO O DETERMINADO DEL HOMICIDIO, ni siquiera el DOLO EVENTUAL, ya que, Sérvulo, hizo disparos a 'la loca', sin dirigirlos contra determinada persona, y es un hecho demostrado que la señora Nohelia, estaba en la cocina, y ella seguro salio de allí, al solar, cuando Sérvulo hacia en forma maquinal disparos al aire, o hacia abajo, como él dice, habiendo recibido uno de tales disparos la expresada señora".

Causal 3a. Sostiene el acusador que en el caso de autos la sentencia está en desacuerdo con el veredicto, y abona para explicar su aserto estas consideraciones:

"El jurado al responder el cuestionario propuesto, contestó así: "SI ES RESPONSABLE PERO EN ESTADO DE INDIGNACION" y pedida aclaración, agregó, que "ESE ESTADO DE INDIGNACION LO CONSIDERABAN ELLOS, COMO UNA SIMPLE IRA O COLERA".

"Cuando un jurado popular responde que un agente activo de un delito obró en estado de indignación, y luego aclara, que ese estado significa un estado de IRA O COLERA, es porque, encontró bases ciertas, para deducir ese estado psiquico en la persona actuante en el delito. Y si dijo que era IRA O COLERA son los autos, los que determinan si esa ira o cólera fue justificada y fue intensa.

"Volvemos aquí, a la confesión de Caviedes, hecha en el careo con suhermano Milciades, y allí, él nos afirma, categóricamente, que fuè victima deun ultraje al honor de la madre, ultraje, que es el que siempre provoca en el ofendido, un estado de ira o cólera, que es justo e intenso en todas las ocasiones.

"Considero, que, una calificación como la que hizo el "juris" en este caso, no puede quedar sin efecto legal o jurídico, ya que, la adición, es clara, al afirmar una IRA O COLERA, que según los autos, fue provocada e justa (sic) e intensa, es decir, que aplicando la literalidad del artículo 28 del C. Penal, se trató de una IRA INTENSA CAUSADA POR GRAVE E INJUSTA PROVOCACION, porque, el procesado, en su confesión, que es y tiene que ser indivisible, nos ha dicho, que lo injuriaron en el honor de la madre, y así aparece que esa injuria, causa una IRA INTENSA y que fue causada por grave e injusta provocación de aquellos trabajadores que se refirieron en la tienda y posteriormente a Caviedes en esos términos injuriosos".

"Volviendo al caso de Caviedes, encuentro, precisamente, por lo acabado de exponer, que, la sentencia acusada, no se amolda o no concuerda con el veredicto, porque, la respuesta del jurado, fue reconocer la atenuante de que trata el art. 28 del C. Penal, y el fallador, la desechó y condenó por homicidio simplemente voluntario, desconociendo la atenuante a que tiene derecho el Sr. Caviedes, al regular la pena aplicable"

"Con la citada atenuante, Caviedes tenía derecho a una rebaja, o sea, que en lugar de los OCHO AÑOS a que fue condenado, como homicidio simplemente intencional, tenía y tiene derecho, a que se le reconozca la rebaja del artículo 28 del C. Penal, para que así la pena quede rebajada a TREINTA Y DOS MESES DE PRESIDIO en lugar de aquellos OCHO AÑOS.

"Por ello al violar la sentencia del Tribunal, que confirmó la de primera instancia el artículo 28 del C. P. ese incurrió en la causal 3a. del artículo 567 del C. de P. Penal, porque, se dictó una sentencia en desacuerdo con el veredicto del jurado".

Causal 1o. Como ya se anotó, la violación de la ley penal sustantiva se hace depender del motivo previsto en el ordinal tercero del artículo 567 del C. de P. P., entendiendo el impugnador que se "violó el artículo 28 del C. Penal, al no aplicarlo, ya que el procesado, tenía derecho a esa rebaja, por la atenuante reconocida por el jurado popular al responder al cuestionario". En esta forma, la demanda persigue que la Corte "entre, como consecuencia a reformar el fallo y determinar la pena que en realidad le corresponde a Caviedes, según la respuesta del tribunal del pueblo".

RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

Para oponerse a la invalidación del fallo el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal refuta los planteamientos del demandante en la siguiente forma, siguiendo el orden de las causales alegadas:

Respecto a la pretendida nulidad legal (error en la denominación jurídica del delito) atinadamente observa que nó por tratarse de un delito aberrante (art. 14 del C. P.) la conducta del acusado fué simplemente culposa, pues es un hecho evidente que la acción del agente al disparar el arma iba dirigida contra un tercero, pero obró intencional o voluntariamente.

Así las cosas mal puede hablarse de homicidio a título de culpa, problema este que las instancias examinaron a espacio al calificar de fondo el proceso y al proferir las sentencias de primero y segundo grado.

En cuanto a la causal tercera, el colaborador fiscal arguye que la demanda carece de fundamento apreciable ya que el jurado, a quien las partes ilustraron sobre la circunstancia aminorante del estado de ira causado por grave e injusta provocación, desatendió el pedimento en este particular para consignar en el veredicto, simplemente, que el acusado había obrado en estado de indignación, término que aclararon expresando que lo consideraban como una simple ira o cólera.

Sobre el particular conviene transcribir el concepto de la Procuraduría, en lo pertinente:

"Y no se diga que la respuesta que durante el juicio público dió el jurado, se debió a que las partes no supieron ilustrar el criterio popular.

"No, porque en el curso del debate público, no sólo de parte del defensor del procesado sino de cuenta del Ministerio Público se traía a espacio sobre el problema.

"En efecto, dijo el señor Fiscal:

"'Podría plantearse la ira o el intenso dolor, causado por grave e injusta provocación, pero esta atenuante no tiene ningún respaldo procesal porque el altercado suscitado en la fonda de Heredia entre el encausado y Villarreal ya había pasado cuando se sucedieron los hechos y por consiguiente el encausado no obró en estado de ira o de intenso dolor, causado por grave e injusta provocación. Obró en estado de ira, pero esta únicamente sirve para graduar la pena y no como atenuante de la responsabilidad, ya que la ira sola no conlleva ninguna atenuante'.

"Y expuso el señor abogado defensor:

"'Si existe alguna responsabilidad para Sérvulo Cavieles Esquivel, y en caso de no aceptarse que obró en legítima defensa de su vida o del honor, ésta se encuentra encajada dentro del estado de ira o de intenso dolor, causado por grave e injusta provocación de que fué víctima por parte del trabajador Villarreal..... Para terminar solicitó del jurado que al contestar el cuestionario lo hicieran diciendo:..... y como subsidiaria, que respondieran: 'Sí es responsable, pero en estado de ira e intenso dolor, causado por grave e injusta provocación y en riña imprevista'".

"Siendo ello así, el veredicto, en el cual se habla de un estado de indignación, en vez de la ira de que le habló el Ministerio Público o de la ira o intenso dolor causado por grave e injusta provocación, de que les trató el señor defensor, dió lugar a que el señor Fiscal, con un verdadero celo por que quedara claramente expresado el fallo de hecho, obtuvo que se reanudara el juicio público a fin de que aclararan los jueces de conciencia su veredicto.

"En efecto:

"'El señor Juez reanudó la audiencia y leyó el veredicto. Concluído lo cual, y estando presente el señor Fiscal, solicitó del Jurado que aclarara el veredicto en el sentido de expresar que si ese estado de indignación, lo consideraban ellos como un estado de ira o de intenso dolor causado por grave e injusta provocación, y los señores Miembros del Jurado, respondieron: 'Que ese estado de indignación lo consideraban ellos, como una simple ira o cólera'".

"Así las cosas, la interpretación que el señor demandante le dá al fallo en conciencia, no es de recibo, ya que 'el efecto legal y jurídico' del mismo fallo fue debida y sanamente reconocido y aplicado por los falladores de una y otra instancia. Lo propio ocurrió al proferirse la sentencia de una y otra instancia".

Acorde con el criterio expuesto en torno a la causal 3a, el distinguido colaborador Fiscal estima que no es de recibo la causal 1a., invocada sólo como consecuente de aquella.

CONSIDERA LA CORTE

1o. Para desatar el recurso de casación en el presente caso en forma negativa, bien podría estarse la Corte a las razones expuestas por el Ministerio Público en su concepto de fondo, pues bien claro resulta que los motivos de impugnación alegados por el demandante no tienen asidero legal.

En efecto, el juicio no adolece de vicio constitutivo de nulidad, y menos aparece que las instancias al calificar el proceso hubieran incurrido en error al denominar jurídicamente la infracción.

2o. No es propio, a través de la causal 4a., promover un debate de índole probatorio, ajeno a cuestiones de hecho, susceptibles de examen en casación sólo con base en la causal 2a., no aducida en la demanda y no admisible cuando se trata de juicios con intervención del jurado, como repetida e insistentemente lo ha dicho la Corte.

3o. No aparece que la sentencia impugnada esté en desacuerdo con los términos del veredicto del jurado porque la agregación hecha por éste a la afirmación de responsabilidad carece del contenido que corresponde a la circunstancia específica de atenuación señalada en el artículo 28 del C. P.. Y carece de ese contenido, no solo porque el jurado omitió referirse expresamente al estado de ira, sustituyéndolo por el de indignación, sino porque para nada aludió al motivo determinante de dicho estado, que tendría que ser, para la aplicación del artículo 28, la provocación grave e injusta.

4o. Por lo demás, aunque los jueces de conciencia no sean requeridos por la ley a usar términos, palabras o expresiones sacramentales, de todos modos las que empleen para calificar una determinada conducta penal sometida a su juicio, deben revelar inequívocamente y con claridad la calificación, que permita al juez de derecho la aplicación específica de normas penales pertinentes.

En el caso que se decide, el mismo jurado ratificó su veredicto expresando que sólo había querido reconocer "una simple ira o cólera" (folio 240), ratificación esta que pone más de bulto que no aceptó la circunstancia de que trata el artículo 28.

5o. Lo anterior indica que no pueden prosperar las causales 4a. y 3a. invocadas como principales, como tampoco la 1a., cuyo éxito aparece condicionado a la 3a.

Se procederá, por tanto, de acuerdo con el artículo 569 del C. de P. P. a desechar el recurso interpuesto.

DECISION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema -Sala Penal-, oído el concepto de su colaborador Fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DESECHA el recurso de casación a que se ha hecho mérito y ORDENA devolver el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Insértese en la Gaceta Judicial.

Simón Montero Torres. - Samuel Barrientos Restrepo. - Julio Roncallo Acosta. - Humberto Barrera Domínguez. - Gustavo Rendón Gaviria. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., -Srio.-

HOMICIDIO. INTERPRETACION CORRECTA DEL VEREDICTO.

El auto de proceder, el veredicto y la sentencia forman un todo, en el cual éste no es otra cosa que una consecuencia de aquéllos. Motivos de exención de responsabilidad, de justificación o de atenuación que el Jurado afirma y que el Juez debe aceptar o rechazar. Necesidad de defensa de la vida, del honor o de los bienes. Veredictos que en apariencia son contradictorios. Existencia jurídica del delito en la legislación colombiana. Reconocimiento de la realidad procesal por el Tribunal Popular. No siendo contradictorio el veredicto al Juez de derecho no le queda otro camino que acatarlo. Causales 7a. y 3a. de casación.

1. Para interpretar correctamente un veredicto, debe estarse, no a la respuesta en sí misma considerada, con prescindencia del proceso, sino a aquélla, pero en armonía con las demostraciones hechas dentro del juicio.

El auto de proceder -se ha afirmado- traduce el hecho delictuoso investigado y señala al mismo tiempo las circunstancias que pueden modificar la responsabilidad, en la forma en que deben ser expuestas al Jurado, cuando se trata de juicios con la intervención de éste. El Tribunal de conciencia, a su vez, al dar su respuesta, está en la obligación de acomodarse a la evidencia procesal, para que aquél no aparezca injusto o contraevidente. De no ser así el veredicto no merecerá el acatamiento del Juez de derecho, el que puede hacer uso de la facultad que le confiere el art. 537 del C. de P. P. La sentencia, finalmente, tendrá que acomodarse a las previsiones del auto de proceder, en casos no sometidos al Jurado, o al veredicto, cuando ha actuado el Juez de hecho. De donde se desprende que auto de proceder, veredicto y sentencia forman un todo, en el que ésta no es otra cosa que una consecuencia de aquéllos. Por tal razón se dice que el veredicto no puede estudiarse aisladamente, sino de acuerdo con las demostraciones procesales que el auto vocatorio consagró, y que la sentencia ha de estar en armonía con aquellas premisas.

Solo así será posible determinar exactamente qué fue lo que quiso decir el Jurado, cuándo su apreciación es errónea por oponerse a la evidencia procesal y cuándo el veredicto es contradictorio, pues obrando contra toda lógica, aquel cuerpo negó y afirmó al mismo tiempo la cuestión que fue sometida a su prudente arbitrio.

Es así como el legislador quiere que se acepten por el Juez los motivos de exención de responsabilidad, o de justificación o de atenuación que el Jurado afirme, siempre que ellos tengan algún anclaje o asidero dentro de las páginas del expediente. O en caso contrario, que tales circunstancia

aminorantes, de inimputabilidad o de irresponsabilidad, se desechen, y que el veredicto que las afirma se rechace, por oponerse a la evidencia procesal o por ir claramente contra la justicia que debe presidir las decisiones judiciales.

Siguiendo este criterio, dijo esta Corporación alguna vez, que afirmada por el Jurado la defensa de la vida, en quien dió muerte a un hombre, es al Juez a quien corresponde decir si esa defensa es legal o legítima, esto es, si ella se acomoda a las previsiones del legislador, para que pueda ser aceptada como una causa de justificación positiva del hecho, y si tales previsiones corresponden a la verdad procesal. Esto, porque la ley no habló en ningún momento de defensa *legítima*, y mencionó solamente la necesidad de defensa de la vida, del honor o de los bienes, en el numeral 2o. del art. 25 del C. P.

En el caso de veredictos que, en su apariencia, son contradictorios, debe seguirse la misma regla, pues se sabrá así si el Jurado, en forma por demás torpe, quiso afirmar y negar a la vez un hecho, o si por el contrario, los términos en que redactó su respuesta, son claros en su verdadero entendimiento, como que vierten, al campo externo, una opinión sería sacada de las probanzas y alegaciones reunidas dentro del proceso penal.

Baste pensar que, por lo general, los miembros del Jurado son personas serias y conscientes, capaces de distinguir entre lo bueno y lo malo, conocedores de lo que favorece el orden social y de lo que lo destruye, aunque no tengan la plena capacidad de discernimiento jurídico, que la da, y no siempre, la dedicación al estudio de las leyes y al examen de su contenido espiritual y humano.

2. Es evidente que el hombre, al obrar en defensa de su vida o de su integridad física amenazada, lo hace con plena conciencia de su obrar y con plena previsión del resultado. En otros términos: el que se defiende, conoce el hecho que se ejecuta, prevé los resultados que de él pueden desprenderse, y no obstante, quiere ese hecho y quiere esos resultados. Es decir, en el campo externo, en la apariencia, comete una de aquellas actividades previstas como infracciones de la ley penal. El acto -se ha dicho- tiene la "apariencia del delito pero no la sustancia".

"La condición que da solo apariencia de delito, pero que excluye la sustancia delictiva, consta de dos manifestaciones psíquicas: una negativa, por falta de intención (no haber procedido contra el derecho), y positiva la otra, con intención, pero legítima (haber actuado con arreglo al derecho)".

Se tiene así la exención de responsabilidad, o justificación negativa o causa de inimputabilidad del hecho, porque no se actuó contra derecho, y la justificación propia o positiva porque el agente obró conforme a derecho.

De otro lado, para que el delito tenga existencia jurídica, en la legislación colombiana, es preciso que su autor sea imputable física y psíquicamente, de acuerdo con la normación del art. 11 del Código Penal, esto es, que de él pueda predicarse esa acción como de su causa física y psíquica.

Así, pues, que quien da muerte a otro hombre, con el ánimo o intención homicida comete, al menos, en el campo externo, un homicidio y debe responder de su obrar. En el caso de autos, el reo dió muerte a uno y causó lesiones a

otro y éste con el propósito de cometer ambos delitos. Luego, podía señalársele como autor responsable de homicidio y lesiones. Solo que al explicar su conducta en juicio, demostró que al cometer aquellos hechos, se había visto en la necesidad de defender su vida actual e injustamente amenazada, por quienes a la postre resultaron ofendidos.

Aquella alegada situación de necesidad de defensa correspondía a un ataque a la integridad física, actual e injusto, y la reacción, injusta en apariencia, fue vista como proporcionada subjetivamente a la agresión.

3. Cuando el Jurado que no es técnico en la ciencia del derecho, dijo que el procesado "sí es responsable", afirmó paladinamente la existencia de un hecho -muerte y lesiones- cometido con intención plena, y al agregar "pero en legítima defensa de su vida", señaló la circunstancia justificativa en que aquel hecho, imputable al sindicado, se había cumplido. En estos términos, se reconoció la realidad procesal: la apariencia del delito, pero no la sustancia del mismo.

Y no se diga, en este caso, que el Juri, en su respuesta afirmó la responsabilidad y, al mismo tiempo, la negó, porque en realidad, lo que hizo aquél fue afirmar la imputabilidad psico-física del procesado, como autor de homicidio y lesiones, y señalar luego que, al cumplir su acción, había actuado secundum jus, esto es, en defensa de un derecho que la ley protege.

4. Al aceptar que el veredicto del Tribunal Popular afirmó la imputabilidad psico-física del procesado en la consumación de los hechos delictuosos, e indicó, al mismo tiempo, la justificación de ellos, por haber obrado el agente en defensa de su vida, mal podría decirse que la sentencia absolutoria no está en consonancia con la respuesta del Jurado. Por el contrario, no siendo contradictorio el veredicto, al Juez de derecho no le queda otro camino que acatarlo, como en realidad lo hizo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, doce de junio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Samuel Barrientos Restrepo).

VISTOS:

Contra la sentencia de 11 de septiembre de 1.963, absolutoria de José Orozco o José de la Cruz López y proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta, interpuso casación el señor Fiscal de aquella Corporación.

El recurso fue sustanciado y es el momento de decidir.

HECHOS:

El 29 de mayo de 1.960, en las horas de la tarde, se dedicaron a ingerir bebidas embriagantes, en la casa denominada la "Yaguala", en el corregimiento de "El Salado", en el Municipio de Cúcuta, Tomás Hernández y Gustavo o Cristóbal Ramírez. La venta de licor era atendida por José Orozco o José de la Cruz López.

Hernández y Ramírez, a las seis de la tarde, siguieron hacia la finca en donde trabajaban. En la carretera, se encontraron con Orozco o López. Se desarrolló allí un corto combate, del cual resultó muerto Ramírez y lesionado Hernández.

Adelantó la investigación el Inspector de "El Salado", y posteriormente, correspondió su conocimiento al Juez Tercero Superior de Cúcuta, el que ordenó la detención del sindicado y dictó luego auto de proceder contra Orozco o López apartándose así del concepto de su colaborador Fiscal, que reclamaba un sobreseimiento definitivo.

Revisado el enjuiciamiento por el Tribunal Superior de Cúcuta, fue confirmado.

El juicio siguió su curso. El 8 de marzo de 1.963, se celebró la audiencia pública. Dos cuestiones fueron propuestas al Jurado. La primera sobre la responsabilidad de Orozco o López, por la muerte de Ramírez. La segunda sobre las lesiones causadas por el mismo a Hernández.

El Tribunal popular contestó aquellas preguntas:

"SI ES RESPONSABLE, PERO EN LEGITIMA DEFENSA DE SU VIDA".

Aceptó el juez el veredicto, como absolutorio, y con base en él, dictó sentencia el 18 de marzo de 1.963, la que fue confirmada por el Tribunal el 11 de septiembre del mismo año.

Contra ésta se interpuso el recurso de casación, que ahora se resuelve.

LA DEMANDA:

El señor Fiscal del Tribunal Superior de Cúcuta, en escrito de 18 de febrero de este año, formaliza su demanda de casación, acogiéndose para ello a los términos legales.

Dos causales son invocadas, así:

La séptima de las señaladas en el artículo 567 del C. de P. P., por haberse dictado la sentencia "sobre un veredicto evidentemente contradictorio". En los siguientes términos se sustenta:

"Fácilmente se observa que los veredictos están formados por dos proposiciones: 'Si es responsable' la primera, 'pero en legítima defensa de su vida' la segunda. En la primera se afirma en forma indubitable la responsabilidad del acusado en el homicidio simplemente voluntario en Gustavo o Cristóbal Ramírez y en las lesiones personales en Tomás Hernández; y en la segunda se niega la responsabilidad, se niega lo que se había afirmado ya, porque se reconoce que ejecutó los hechos en legítima defensa de su vida. Esto significa que se está en presencia de extremos opuestos que no pueden coexistir en un solo acto ni concurrir hacia un mismo sujeto.

"Se encuentran los veredictos en pugna con el principio de contradicción, porque sus términos implican la afirmación y la negación de la responsabilidad del procesado José Orozco o José de la Cruz López, destruyéndose mutuamente, no pudiendo sobre ellos recaer sentencia, ya que no existen veredictos en qué basarla.

"No hay duda que los veredictos analizados son claramente contradictorios, porque envuelven afirmación y negación a la vez de la responsabilidad, siendo imposible conciliar sus proposiciones, pues mutuamente se destruyen".

La segunda causal invocada es "la tercera señalada en el Art. 567 del C. de P. P.", "cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o en desacuerdo con el veredicto del jurado".

"Es un hecho incontrovertible -son palabras de la demanda- que el Jurado quiso condenar y expresamente condenó al procesado José Orozco o José de la Cruz López por los delitos de homicidio en Gustavo o Cristóbal Ramírez y lesiones personales en Tomás Hernández, porque en forma clara y expresa consignó en la primera parte de los veredictos que era responsable; pero como juzgará que los hechos se habían cometido en circunstancias diversas a las indicadas en los cuestionarios, así lo expresó al agregar 'pero en legítima defensa de su vida'. Conciliando las dos proposiciones de los veredictos se concluye que el jurado consideró responsable al acusado por haberse excedido en los límites impuestos por la ley para la legítima defensa".

"...Así las cosas el Tribunal al confirmar el fallo del señor Juez del conocimiento incurrió en desacuerdo con los veredictos, porque él absolvió y ellos son condenatorios. Pugna, en consecuencia, el fallo recurrido con el ordenamiento procesal que da al Jurado la facultad de decidir la responsabilidad del acusado".

"No cabe ninguna duda -agrega el señor Fiscal recurrente- que cuando el Jurado afirma la responsabilidad, como en el presente caso, está indicando que el procesado debe sufrir la pena correspondiente a su actividad delictuosa, y estaría en desacuerdo con el veredicto la sentencia absolutoria.

"Si el Jurado, se repite, afirma la responsabilidad del acusado en la primera proposición del veredicto y reconoce una causal de justificación en la segunda proposición, y ellas se pueden conciliar, está desplazando el delito hacia la figura prevista en el artículo 27 del C. P".

Dos peticiones hace el demandante. De acuerdo con la primera, la Corte debe declarar "contradictorios los veredictos emitidos en la presente causa" y devolver el proceso "por conducto del Tribunal Superior de Cúcuta, al Juzgado Tercero Superior, para que se convoque a nuevo Jurado". Y en armonía con la segunda, es el caso de invalidar la sentencia absolutoria proferida y dictar, en su reemplazo, el fallo condenatorio correspondiente.

CONCEPTO DEL SEÑOR PROCURADOR

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, con base en el artículo 3o. del Decreto Nº. 1154 de 1.954, "considera que no hay lugar a su intervención, por lo mismo, se abstiene de ejercitar la facultad de que trata el artículo antes citado".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Causal séptima. "Artículo 567. Hay lugar a casación:

"7º. Cuando la sentencia se haya dictado sobre un veredicto evidentemente contradictorio".

Trátase, por consiguiente, de saber si el veredicto proferido en esta causa es "evidentemente contradictorio", en forma tal que sus términos sean inconciliables entre sí, porque se excluyen o porque el uno afirma lo que el otro niega o viceversa.

El doble veredicto dictado por el Jurado que intervino en el juicio, es de este tenor: "SI ES RESPONSABLE, PERO EN LEGITIMA DEFENSA DE SU VIDA".

Según el señor Fiscal del Tribunal, los términos en que aparece concebida esta respuesta "implican la afirmación y la negación de la responsabilidad del procesado", "siendo imposible conciliar sus proposiciones, pues mutuamentente se destruyen".

Para interpretar correctamente un veredicto, debe estarse, no a la respuesta en sí misma considerada, con prescindencia del proceso, sino a aquélla pero en armonía con las demostraciones hechas dentro del juicio.

El auto de proceder -se ha afirmado- traduce el hecho delictuoso investigado y señala al mismo tiempo las circunstancias que pueden modificar la responsabilidad, en la forma en que deben ser expuestas al Jurado, cuando se trata de juicios con la intervención de éste. El Tribunal de conciencia, a su vez, al dar su respuesta, está en la obligación de acomodarse a la evidencia procesal, para que aquél no aparezca injusto o contraevidente. De no ser así el veredicto no merecerá el acatamiento del juez de derecho, el que puede hacer uso de la facultad que le confiere el artículo 537 del C. de P. P. La sentencia, finalmente, tendrá que acomodarse a las previsiones del auto de proceder, en casos no sometidos al Jurado, o al veredicto, cuando ha actuado el juez de hecho. De donde se desprende que auto de proceder, veredicto y sentencia forman un todo, en el que ésta no es otra cosa que una consecuencia de aquéllos. Por tal razón se dice que el veredicto no puede estudiarse aisladamente, sino de acuerdo con las demostraciones procesales que el auto vocatorio consagró, y que la sentencia ha de estar en armonía con aquellas premisas.

Sólo así será posible determinar exactamente qué fue lo que quiso decir el Jurado, cuándo su apreciación es errónea por oponerse a la evidencia procesal y cuándo el veredicto es contradictorio, pues obrando contra toda lógica, aquel cuerpo negó y afirmó al mismo tiempo la cuestión que fue sometida a su prudente arbitrio.

Es así como el legislador quiere que se acepten por el Juez los motivos de exención de responsabilidad, o de justificación o de atenuación que el Jurado afirme, siempre que ellos tengan algún anclaje o asidero dentro de las páginas del expediente. O en caso contrario, que tales circunstancias aminorantes, de inimputabilidad o de irresponsabilidad, se desechen, y que el veredicto que las afirma se rechace, por oponerse a la evidencia procesal o por ir claramente contra la justicia que debe presidir las decisiones judiciales.

Siguiendo este criterio, dijo esta Corporación alguna vez, que afirmada por el Jurado la defensa de la vida, en quien dió muerte a un hombre, es al Juez a quien corresponde decir si esa defensa es legal o legítima, esto es, si ella se acomoda a las previsiones del legislador, para que pueda ser aceptada como una causa de justificación positiva del hecho, y si tales previsiones corresponden a la verdad procesal. Esto, porque la ley no habló en ningún momento de defensa legítima, y mencionó solamente la necesidad de defensa de la vida, del honor o de los bienes, en el numeral 2o. del artículo 25 del C. P.

En el caso de veredictos que, en su apariencia, son contradictorios, debe seguirse la misma regla, pues se sabrá así si el jurado, en forma por demás torpe, quiso afirmar y negar a la vez un hecho, o si por el contrario, los términos en que redactó su respuesta, son claros en su verdadero entendimiento, como que vierten, al campo externo, una opinión sería sacada de las probanzas y alegaciones reunidas dentro del proceso penal.

Baste pensar que, por lo general, los miembros del Jurado son personas serias y conscientes, capaces de distinguir entre lo bueno y lo malo, conocedores de lo que favorece el orden social y de lo que lo destruye, aunque no tengan la plena capacidad de discernimiento jurídico, que la da, y no siempre, la dedicación al estudio de las leyes y al examen de su contenido espiritual y humano.

Aplicando este criterio al caso controvertido, se tiene:

Los hechos se cumplieron en lugar solitario y en horas de la tarde. No hubo testigos presenciales. El Juez de la primera instancia considera como tal a Hernández, uno de los ofendidos, cuyo dicho merece credibilidad en cuanto señala a la persona de su heridor, pero no en cuanto a las circunstancias en que el hecho se produjo.

El sindicado, Orozco o López, alega, en su indagatoria, haber obrado en defensa de su vida, al actuar contra dos sujetos que se fueron sobre él, con ánimo de eliminarlo, al parecer. Fue así como dió muerte a Ramírez e hirió a Hernández.

Tales los hechos y tales las pruebas que se exhibieron ante el Jurado y que determinaron la doble respuesta de que Orozco o López sí era responsable de haber dado muerte y de haber herido, si bien lo hizo para defender su vida.

Es evidente que, el hombre, al obrar en defensa de su vida o de su integridad física amenazada, lo hace con plena conciencia de su obrar y con plena previsión del resultado. O en otros términos: el que se defiende, conoce el hecho que se ejecuta, prevé los resultados que de él pueden desprenderse, y no obstante, quiere ese hecho y quiere esos resultados. Es decir, en el campo externo, en la apariencia, comete una de aquellas actividades previstas como infracciones de la ley penal. El acto -se ha dicho- tiene la "apariencia del delito pero no la sustancia".

"La condición que da sólo apariencia de delito, pero que excluye la sustancia delictiva, consta de dos manifestaciones psíquicas: una negativa, por falta de intención (no haber procedido contra el derecho), y positiva la otra, con intención, pero legítima (haber actuado con arreglo al derecho)".

Se tiene así la exención de responsabilidad, o justificación negativa o causa de inimputabilidad del hecho, porque no se actuó contra derecho, y la justificación propia o positiva porque el agente obró conforme a derecho.

De otro lado, para que el delito tenga existencia jurídica, en la legislación colombiana, es preciso que su autor sea imputable física y psíquicamente, de acuerdo con la normación del artículo 11 del Código Penal, esto es, que de él pueda predicarse esa acción como de su causa física y psíquica.

Así, pues, que quien da muerte a otro hombre, con el ánimo o intención homicida, comete, al menos, en el campo externo, un homicidio y debe responder de su obrar. Tal lo acontecido aquí: Orozco dió muerte a Ramírez y causó lesio-

nes a Hernández, y ello con el propósito de matar al uno y lesionar al otro. Luego, podía señalársele como autor responsable de homicidio y de lesiones. Sólo que, al explicar su conducta en juicio, demostró que al cometer aquellos hechos, se había visto en la necesidad de defender su vida, actual e injustamente amenazada, por quienes a la postre resultaron ofendidos.

Aquella alegada situación de necesidad de defensa, correspondía a un ataque a la integridad física, actual e injusto, y la reacción, injusta en apariencia, fue vista como proporcionada subjetivamente a la agresión.

De esta suerte, cuando el Jurado que, como se indicó antes, no es técnico en la ciencia del derecho, dijo que Orozco "sí es responsable", afirmó paladinamente la existencia de un hecho -muerte y lesiones- cometido con intención plena, y al agregar "pero en legítima defensa de su vida", señaló la circunstancia justificativa en que aquel hecho, imputable al sindicado, se había cumplido. En estos términos, se reconoció la realidad procesal: la apariencia del delito, pero no la sustancia del mismo.

Y no se diga, en este caso, que el Juri, en su respuesta afirmó la responsabilidad y al mismo tiempo, la negó, porque, en realidad, lo que hizo aquél fue afirmar la imputabilidad psico-física del nombrado Orozco López, como autor de homicidio y lesiones, y señalar luego que, al cumplir su acción, había actuado secundum jus, esto es, en defensa de un derecho que la ley protege.

En los anteriores conceptos, deja explicado la Corte el fundamento que la asiste para aceptar el veredicto, y rechazar la tacha que a él se opone.

Por consiguiente, la sentencia no ha sido pronunciada sobre un veredicto evidentemente contradictorio.

No se ha demostrado la causal 7a. de casación.

Causal tercera. "Artículo 567. Hay lugar a casación:

"3o. Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o en desacuerdo con el veredicto del Jurado".

Pues bien: al aceptar que el veredicto del Tribunal popular afirmó la imputabilidad psico-física de José Orozco o José de la Cruz López, en la muerte de Ramírez y en las lesiones a Hernández, e indicó, al mismo tiempo, la justificación del hecho, por haber obrado el agente en defensa de su vida, mal podría decirse que la sentencia absolutoria no está en consonancia con la respuesta del Jurado. Por el contrario, no siendo contradictorio el veredicto, como se indicó atrás, al Juez de derecho no le queda otro camino que acatarlo, como en realidad lo hizo.

No es admisible, por consiguiente, la causal tercera de casación que se ha alegado.

Por 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 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, a que se ha hecho mérito

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Simón Montero Torres. - Humberto Barrera Domínguez. - Samuel Barrientos Restrepo. - Gustavo Rendón Gaviria. - Julio Roncallo Acosta. - Primitivo Vergara Crespo. - Pio quinto León L., Secretario

RECUSACION EN MATERIA PENAL. HIPOTESIS QUE PUEDEN PRESENTARSE AL RESOLVERLA. MOTIVO A QUE SE REFIERE LA CAUSAL 1a. DEL ART. 73 DEL C. DE P. P. LIBERTAD PROVISIONAL, CUANDO COMPETE A LA CORTE DECRETARLA.

1. En presencia de una recusación propuesta en materia penal contra un Magistrado de Tribunal Superior, puede presentarse una de estas dos hipótesis: a) que aquél acepte como ciertos los hechos en que la recusación se funda; b) que, por el contrario, los rechace. Si lo primero ocurre, lo que en el fondo se configura es un impedimento manifestado a instancia de parte interesada, y entonces corresponde a los restantes Magistrados de la misma Sala declararlo fundado, si están de acuerdo con el recusado, o, en el caso contrario, enviar el negocio a la Corte, para que ésta decida, todo conforme a los arts. 77 y 74 del C. de P. P. Y se dice que en esta primera hipótesis el incidente se resuelve con anuencia de los restantes Magistrados de la Sala respectiva, porque como el citado estatuto no indica quién ha de dirimir el asunto, es preciso aplicar el art. 442 del C. J., en armonía con el 7o. de aquella obra. Pero si acontece lo segundo, vale decir, si el recusado niega fundamento a la causal inhibitoria que se invoca no puede recurrirse a estas dos disposiciones, porque el art. 77 del Código de Procedimiento Penal expresa imperativamente que si aquél "no los aceptare (los hechos en que la recusación se funda) *enviará el proceso al superior*, quien resolverá de plano la cuestión en vista de lo alegado y probado". (Subraya la Sala).

Tal es el criterio que la Corte ha venido sustentando a partir de la providencia de fecha 4 de agosto de 1.958, publicada en el Tomo LXXXVIII, Nos. 2198 a 2201 de la Gaceta Judicial, pág. 749.

2. Constituye motivo de recusación, conforme a la causal 1a del art 73 del C. de P. P., "Tener el Juez, el Magistrado o algún pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, interés en el proceso". Pero ese interés, ya sea de orden moral o material, requiere el requisito indispensable de la actualidad, como inequívocamente surge del infinitivo *tener* con que se inicia la norma transcrita.

3. No procede resolver la solicitud sobre "el beneficio de libertad mediante caución de conformidad con lo dispuesto por el art. 411 del C. de P. P." por las siguientes razones:

a) El proceso ha subido a la Corte, exclusivamente, para dirimir un incidente de recusación, asunto que, por mandato expreso de la ley, se decide de *plano*, lo que indica que la Sala carece de jurisdicción para un pronunciamiento en el particular.

b) La libertad provisional por pena cumplida, autorizada por el art. 411, solo compete a la Corte decretarla cuando conoce del recurso extraordinario de casación o cuando actúa como Tribunal de instancia en forma ordinaria, y en el primer evento esa facultad la ejerce ateniéndose a una sanción concretamente individualizada en el fallo recurrido.

c) En el negocio a estudio, una resolución como la demandada sería ilegítima, pues tratándose de un sumario (estado en que se encuentra el proceso), la estimación hipotética de la pena imponible es asunto privativo de las instancias. Toda intromisión de la Corte en este sentido entrañaría una calificación de los hechos materia del cargo, que le restaría autonomía al Tribunal en su cometido de revisar el auto de enjuiciamiento.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, doce de junio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

El doctor Raúl Arias López, apoderado de la parte civil en el proceso que por falsedad en documentos y estafa se adelanta contra Jerala Kronfly y otros, en memorial de dieciseis de abril último recusó al doctor Demófilo Candela Morlones, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali.

Invoca el recusante la causal 1a. del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, cuya motivación puede sintetizarse en los siguientes términos:

a) "Por propia confesión hecha por el H. Magistrado Ponente doctor Demófilo Candela en este proceso, para ante la H. Corte Suprema de Justicia, como consta de autos, el doctor Demófilo Candela es cuñado del doctor Fabio Humberto Campo, abogado que ha sido apoderado del principal sindicado en este proceso, señor Jerala Kronfly, sindicado quien es al mismo tiempo presunto heredero del testamento que la parte civil ha tachado de falso y que ha dado origen a este proceso";

b) El doctor Fabio Humberto Campo tiene "un interés permanente en los resultados del proceso que se sigue contra el señor Jerala Kronfly y se beneficiará económicamente y en forma considerable, de resultarle favorable al señor Jerala Kronfly un fallo de la justicia penal";

c) Ese interés se patentiza en la escritura pública No. 645 de 5 de abril de 1.956. otorgada en la Notaría Tercera del Circuito de Pereira, en la cual consta un contrato de servicios profesionales entre Jerala Kronfly y otros con los abogados Fabio Humberto Campo, Félix Angel Vallejo y Germán Cruz Perdomo. Y agrega el recusante: "En dicha escritura se estipulan las condiciones en que estos profesionales atenderán la causa del sindicado Jerala Kronfly en el proceso del cual conoce actualmente el doctor Demófilo Candela como Magistrado, así como en el juicio civil que se adelanta relacionado con la sucesion de don Pedro Iza, iniciado con base en el testamento que la Parte Civil ha tachado de falso. Consta en la misma escritura la forma como se cumplirán los honorarios a los profesionales Campo, Vallejo y Cruz Perdomo y la época del pago, que no es otra que la resultante de la terminación del juicio de sucesión con base en el tes-

lamento tachado de falso y que ha dado origen al proceso penal contra el señor Jerala Kronfly y otro. Tiene, pues, el doctor Fabio Humberto Campo, actualmente y para el futuro, un interés patrimonial considerable en que se declare válido el testamento que la Parte Civil ha denunciado como falso, interés que cristalizará en provecho económico en favor del doctor Fabio Humberto Campo en el evento de ser absuelto el sindicado Jerala Kronfly en el proceso en el cual actúa el doctor Demófilo Candela como Magistrado Ponente".

El señor apoderado de la parte civil acompañó al memorial de recusación copia auténtica de la escritura pública número 645 de 5 de abril de 1.956, debidamente registrada.

Mediante providencia del 25 de abril último el doctor Demófilo Candela resolvió no aceptar los hechos en que la recusación se funda, y ordenó enviar el expediente respectivo a la Corte, "para lo de su cargo". Pertenecen a ese proveído, entre otros, los siguientes apartes:

"Es cierto que el doctor Fabio Humberto Campo, quien fuera apoderado del sindicado Jerala Kronfly Iza, suscribió la escritura pública número 645 de 5 de abril de 1.956, otorgada en la Notaría Tercera del Circuito de Pereira y que por medio de ese instrumento público se estipularon tanto los honorarios que cobraría por sus gestiones profesionales como la forma y época del pago respectivo.

"Es cierto, además, que el doctor Fabio Humberto Campo es cuñado del Magistrado Ponente, pues que éste está casado legalmente con la señora Olga Campo, hermana legítima del doctor Fabio Humberto Campo, manifestación que, como consta a la H. Corte Suprema de Justicia, hice en su oportunidad sin que ninguna de las partes lo hubiera siquiera insinuado.

"Es cierto también que tanto el Tribunal Superior de Cali, en Sala Dual integrada por los HH. Magistrados Antonio Moreno Mosquera y Luis Enrique Romero Soto, declaró infundado el impedimento que manifesté desde el 16 de enero de 1.961 cuando el negocio pasó a mi Despacho para resolver el recurso de apelación que se interpuso contra el auto de proceder.

"Es cierto que la H. Corte, en providencia del 11 de febrero del mismo año de 1.961, que aparece a Fl. 2 del Cuaderno 13, confirma la providencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali por medio de la cual declara infundado el impedimento que manifesté, aduciendo que el doctor Fabio Humberto Campo no era apoderado ni defensor de ninguno de los procesados y por lo tanto ni él como profesional; ni yo como su familiar, teníamos interés moral o patrimonial en los resultados finales de la investigación.

Es cierto que posteriormente el señor apoderado de la parte civil, por intermedio del Ministerio de Justicia, promovió un incidente aduciendo que la mora en el fallo podría ser imputable al Magistrado Ponente, y es verdad que la H. Corte Suprema de Justicia, en decisión de 30 de noviembre de 1.963 declaró que la mora no era imputable al Magistrado Ponente.

"Examinada exhaustivamente mi conducta por la H. Corte Suprema de Justicia en esas dos oportunidades, se procedía por la Sala de Decisión al estudio del negocio cuando nuevamente se insiste por el señor apoderado de la parte civil a enervar la acción mediante la recusación.

"Cuando manifesté mi impedimento y la H. Corte Suprema de Justicia lo declaró infundado, confirmando así la providencia del Tribunal, ya el doctor Campo no era apoderado ni defensor del sindicado Jerala Kronfly Iza, porque éste había designado su defensor al doctor Luis Zafra con mucha antelación a mi manifestación.

"Tampoco tenía el doctor Fabio Humberto Campo interés patrimonial 'actualmente y para el futuro' -como ahora lo proclama el señor apoderado de la parte civil- en la declaración que se haga por la justicia en relación con el testamento que la Parte Civil ha denunciado como falso, porque el citado profesional había cedido sin reserva alguna la cuota que le hubiera podido corresponder en el evento del éxito de sus puntos de vista.

"Así lo proclama la escritura pública número 594 de 8 de marzo de 1.960, otorgada en la Notaría Sexta del Circuito de Bogotá y debidamente registrada, en la cual después de referirse sus cláusulas a las otras pactadas en la escritura pública que sirve de fundamento al señor apoderado de la Parte Civil para formular su recusación, dice textualmente:

'TERCERO: Que por medio de este público instrumento el compareciente CAMPO M., traspasas -sic- todos sus derechos, sin reserva de ninguna naturaleza y en las condiciones antes expresadas y consignadas en la escritura seiscientos cuarenta y cinco (645) ya citada, al doctor EDUARDO KRONFLY KRONFLY'.

"Los términos del instrumento público por el cual el doctor Fabio Humberto Campo transfiere todos sus derechos que le correspondan o puedan corresponder, son de meridiana claridad y no dejan al Magistrado Ponente la más leve duda sobre la rectitud de su conducta y sobre las razones que tiene para rechazar la recusación formulada por el señor apoderado de la parte civil, doctor Raúl Arias López, abogado sustituto del doctor Jorge Gutiérrez Anzola, apoderado principal.

.....

"No existe, pues, fundamento para la recusación propuesta por el señor apoderado de la parte civil porque el doctor Fabio Humberto Campo -cuñado del Magistrado Ponente- no es desde hace varios años procurador judicial del sindicado señor Jerala Kronfly, ni de ningún otro de los sindicados, ni tiene interés patrimonial, también desde hace varios años, dependiente de los resultados de la investigación penal que contra el mencionado sindicado y otros se adelanta, ni de ninguna acción civil que se haya intentado o se intente en el futuro".

SE CONSIDERA:

1o. Como el señor apoderado de la parte civil, en escrito del 21 de mayo último, visible a folios 96 y 97 del cuaderno número 13, ha manifestado su inconformidad con respecto al procedimiento adoptado por el Magistrado sustanciador, doctor Demófilo Candela, en el sentido de que éste no debió enviar el negocio directamente a la Corte para la decisión del incidente, importa hacer sobre el particular algunas observaciones.

En presencia de una recusación propuesta en materia penal contra un Magistrado de Tribunal Superior, puede presentarse una de estas dos hipótesis: a) Que aquél acepte como ciertos los hechos en que la recusación se funda; b) Que,

por el contrario, los rechace. Si lo primero ocurre, lo que en el fondo se configura es un impedimento manifestado a instancia de parte interesada, y entonces corresponde a los restantes Magistrados de la misma Sala declararlo fundado, si están de acuerdo con el recusado, o, en el caso contrario, enviar el negocio a la Corte, para que ésta decida, todo conforme a los artículos 77 y 74 del C. de P. P. Y se dice que en esta primera hipótesis el incidente se resuelve con anuencia de los restantes magistrados de la Sala respectiva, porque como el citado estatuto no indica quién ha de dirimir el asunto, es preciso aplicar el artículo 442 del C. J. en armonía con el 7º. de aquella obra. Pero si acontece lo segundo, vale decir, si el recusado niega fundamento a la causal inhibitoria que se invoca, no puede recurrirse a estas dos disposiciones, porque el artículo 77 del Código de Procedimiento Penal expresa imperativamente que si aquél "no los aceptare (los hechos en que la recusación se funda) enviará el proceso al superior, quien resolverá de plano la cuestión en vista de lo alegado y probado". (Subraya la Sala).

Tal es el criterio que la Corte ha venido sustentando a partir de la providencia de fecha 4 de agosto de 1.958, publicada en el Tomo LXXXVIII, números 2198 a 2201 de la Gaceta Judicial, pág. 749.

2o. Ciertamente, constituye motivo de recusación, conforme a la causal 1ª. del artículo 73 del C. de P. P., "Tener el Juez, el Magistrado o algún pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, interés en el proceso". Pero ese interés, ya sea de orden moral o material, requiere el requisito indispensable de la actualidad, como inequívocamente surge del infinitivo tener con que se inicia la norma transcrita.

En el presente caso es indudable que el doctor Fabio Humberto Campo tuvo interés en el desenlace de este proceso, pero esa vinculación pretérita desapareció con la cesión de derechos a que se refiere la escritura número 594 de 8 de marzo de 1.960, instrumento público cuya copia auténtica, debidamente registrada, aparece de folios 82 a 84 del cuaderno número 13 del expediente. En tales circunstancias, como lo sostiene el Magistrado recusado, la recusación propuesta carece de todo fundamento legal y moral.

3o. Aprovechando la llegada de este proceso a la Corte, el doctor Julio Romero Soto, defensor del señor Jerala Kronfly, ha formulado la solicitud de que se le conceda a su poderdante "el beneficio de libertad mediante caución de conformidad con lo dispuesto por el art. 411 del C. de P. P." (Fls. 1 a 6, cd. 14).

No procede resolver la referida solicitud sobre libertad provisional, por las siguientes razones:

a). El proceso de la referencia ha subido a la Corte, exclusivamente, para dirimir un incidente de recusación, asunto que, por mandato expreso de la ley, se decide de plano, lo que indica que la Sala carece de jurisdicción para un pronunciamiento en el particular.

b). La libertad provisional por pena cumplida, autorizada por el artículo 411, solo compete a la Corte decretarla cuando conoce del recurso extraordinario de casación o cuando actúa como Tribunal de instancia en forma ordinaria, y en el primer evento esa facultad la ejerce ateniéndose a una sanción concretamente individualizada en el fallo recurrido.

c). En el negocio a estudio una resolución como la demandada sería ilegítima, pues tratándose de un sumario (estado en que se encuentra el proceso),

la estimación hipotética de la pena imponible es asunto privativo de las instancias. Toda intromisión de la Corte en este sentido entrañaría una calificación de los hechos materia del cargo, que le restaría autonomía al Tribunal en su cometido de revisar el auto de enjuiciamiento.

Por lo expuesto, la Corte Suprema -Sala Penal- administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1o. Es infundada la recusación a que expresamente se refiere la parte motiva de esta providencia;

2o. No hay lugar a proveer sobre la solicitud de libertad provisional del procesado Jerala Kronfly, formulada por su defensor, doctor Julio Romero Soto.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal Superior de Cali. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Simón Montero Torres. - Humberto Barrera Domínguez. - Samuel Barrientos Restrepo.- Gustavo Rendón Gaviria. - Julio Roncallo Acosta.- Primitivo Vergara Crespo.- José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

I

HOMICIDIO COMETIDO EN RIÑA. ANALISIS DE LA PRUEBA TESTIMONIAL.

Tacha a la sentencia del ad-quem con fundamento en que el ilícito se cometió en riña imprevista. Cuándo pueden ser viables la circunstancia prevista en el art. 28 del C. P. y la aminorante del art. 384 de la misma obra. Causales 2a. y 1a. de casación.

Si el juzgador de segunda instancia, al darle credibilidad a las versiones de los testigos, concluyó en que la procesada no cometió el delito dentro de una riña imprevista, ni tampoco en estado de ira causada por grave e injusta provocación, es obvio que no incurrió en error y mucho menos en un yerro protuberante o manifiesto, único que da lugar a que prospere la causal segunda de casación.

De lo aseverado por los deponentes se desprende que la procesada no fue provocada, sino, antes bien, provocó con ultrajes de palabra. En estas condiciones, no puede ser viable la circunstancia atenuante prevista en el art. 28 del C. P., pues ella exige, naturalmente, que el agente del delito haya sido provocado de manera grave e injusta y haber obrado en estado de ira o de intenso dolor. Tampoco la aminorante del art. 384 de la misma obra, porque ésta requiere que la riña sea imprevista para el autor del homicidio o de las lesiones personales, vale decir que resulte casual, que a ella se entre sin querer, sin haber buscado la pelea, sin que aparezca una intervención maliciosa del infractor en la iniciación y desarrollo de la contienda.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, trece de junio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de 28 de agosto de 1.963, por la cual le fué impuesta a SOFIA SANCHEZ DIAZ la pena principal de ocho (8) años de presidio como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Pablo Pérez Criollo.

Conoció en primera instancia, mediante el procedimiento señalado en el decreto No. 0012 de 1.959, el Juzgado 12o de Instrucción Criminal, habiéndole sido señalada a la recurrente una sanción privativa de la libertad de cuatro años de presidio.

HECHOS:

El señor Procurador 1o. Delegado en lo Penal hace la siguiente síntesis de lo ocurrido:

En el barrio de tolerancia de la población de Chaparral (Tolima), sitio borrascoso como todas las zonas o conglomerados de tal naturaleza, comenzó, a eso de las dos de la madrugada del lunes 29 de febrero de 1.960, en la cantina y postíbulo de propiedad de Gerardo o Gerardino Lozano y de su concubina Yolanda Gómez ("La Chata"), una fenomenal trifulca, en la que tomaron parte principal, entre otros, como protagonistas, de un lado, Pedro A. Cedeño Cubillos, quien posteriormente, resultó levemente herido Pablo Pérez Criollo, quien, a la postre, resultó muerto, y Luis Medina Salazar. Del otro lado actuaron, principalmente también, diversas mujeres que hacían parte del postíbulo; entre ellas Ninfa Cuéllar Méndez, autora de la herida inferida a Cedeño Cubillos, Sofía Díaz, ya mencionada, Vitalina Sánchez y Gladys Reyes. La refriega se debió a que a la citada cantina de Lozano llegaron Cedeño Cubillos, Pérez Criollo y Medina Salazar, dueños también de otras cantinas similares dentro del mismo barrio, acompañados de dos mujeres, parece que hermanas entre sí y pertenecientes a otro establecimiento de los contornos, llamadas Virginia Díaz y Saturia N. Esta presencia de competidoras en el lugar, no fué bién vista por las residentes, quienes, comenzaron con Vitalina Sánchez a la cabeza y como promotora, a hostilizar a las recien llegadas mujeres visitantes. Para evitar incidentes Medina Salazar y Virginia abandonaron el lugar y se dirigieron a la inmediata cantina de propiedad de Ester Mendoza. Igual cosa hicieron Cedeño Cubillos y Saturia. Así, pues, en el local de Lozano sólo permaneció Pérez Criollo. Las nombradas Ninfa y Vitalina y a corta distancia Gladys, siguieron a aquellos hasta el vecino establecimiento de la Mendoza y al llegar allí procedieron a provocar la trifulca, en tal forma que Medina Salazar discutió con Ninfa y abofeteó a Gladys y Vitalina, saliéndose para la calle donde continuó la pelea. Tal hecho dió ocasión a que Cedeño Cubillos, que se había retirado por un momento, se les aproximara nuevamente con el ánimo de calmar a los pendencieros, siendo rechazado rudamente por las tres mujeres mencionadas. A su vez, Sofía Sánchez Díaz, quien desde la cantina de Lozano se dió cuenta de la situación, salió de allí armada con un asiento y se mezcló en la riña con el propósito de respaldar a sus compañeras. Fué así como recibió un puntapié u otros golpes de Cedeño Cubillos, momento que aprovechó Ninfa para herirlo con arma punzante en la región glútea. Pero también, del local de Lozano salió al campo de la lucha Pérez Criollo e intervino, más de palabra que de obra, en defensa de su amigo Cedeño Cubillos, debido a lo cual se le enfrentó Sofía en forma que ésta, le asestó, cerca de la tetilla izquierda una puñalada que poco después le produjo la muerte. Sofía huyó hacia el sitio de donde había salido, perseguida por Pérez Criollo quien de paso pudo arrancar un trozo de guadua de una cerca contigua, a fin de golpear a su heridora, pero sin lograr penetrar al local debido a que Yolanda Gómez se lo impidió. Retrocedió y cayó en los espasmos de la agonía. Téngase también en cuenta que en la riña en cuestión intervinieron otros elementos vinculados a los anteriores citados, tales como Carlos Posada, cantinero de Lozano, que defendió a sus compañeras de establecimiento y atacó también a Cedeño Cubillos; y que todos los protagonistas se hallaban en estado de embriaguez más o menos avanzada, especialmente las cuatro mujeres tantas veces nombradas".

DEMANDA DE CASACION Y RESPUESTA
DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor apoderado de la recurrente SOFIA SANCHEZ DIAZ doctor Rómulo Perdomo Medina, invoca las causales segunda y primera de casación, esta última como consecuencia de aquélla.

Los cargos propuestos son los siguientes:

a) Causal segunda:

1o. Que "en la sentencia acusada, por errada apreciación de los hechos, se le desconoció a SOFIA SANCHEZ DIAZ la circunstancia modificadora de su responsabilidad penal, de haber cometido el homicidio durante una riña imprevista para ella".

Anota, como demostración de esta tacha a la sentencia del ad quem, que si bien se reconoce que el ilícito se cometió durante una riña, "por error en la apreciación de los hechos no se reconoce que esa riña fue imprevista....." para la procesada....", como resulta de la indagatoria de ésta y de lo que afirman los declarantes Alberto Medina Salazar (f. 16.v), Jose Jesús Castañeda (f. 40), Ninfa Cuéllar Méndez (f. 31) y Herminda Saavedra (f. 47).

Observa el actor que de "los anteriores testimonios y la indagatoria de la procesada se demuestra plenamente que SOFIA SANCHEZ DIAZ se vió envuelta en una riña imprevista, en virtud de los ataques que contra ella dirigió Pedro Cedeño. Como lo dice el testigo Alberto Medina Salazar, testigo presencial de los hechos y a quien el Tribunal Superior de Ibagué, lo mismo que el Juez 120 de Instrucción Criminal, le dá la más amplia credibilidad, Pablo Pérez Criollo intervino en la riña cuando Cedeño le estaba pegando a SOFIA, y ésta, como reacción a dichos ataques, lo único que hacía era ultrajarlo de palabra. En los autos está demostrado que el occiso intervino en la riña con la creencia que la persona que estaba peleando con CEDEÑO era VITALIA SANCHEZ, mujer que junto con GLADYS REYES la inició y provocó. Esta confusión está plenamente probada en el expediente, y ella explica por qué PABLO PEREZ intervino violentamente contra SOFIA SANCHEZ DIAZ, quien en su indagatoria al referirse a PEREZ dijo: 'Practicamente éramos bien amigos, yo conozco la esposa a quien no le cumplía con sus obligaciones pues tenía otra mujer; conmigo estuvo en actos sexuales en alguna ocasión; una vez me hizo una repisa y me cobró seis pesos y sólo le dí dos pesos'. Respecto a la confusión que sufrió PABLO PEREZ en relación con la persona con quien riño existen éstos entre otros .....", los testimonios de FANNY HERNANDEZ (folio 2), ARMANDO RUIZ (folio 4), PEDRO A. CEDEÑO (folio 8), VIRGINIA DIAZ (folio 16) y ALBERTO MEDINA (folio 130 vuelto)".

Concluye el actor expresando que "Sofía Sánchez Díaz no podía prever que Pablo Pérez Criollo la fuera a confundir con VITALIA SANCHEZ. Con lo antes dicho, queda demostrado que SOFIA no entró de manera voluntaria y con ánimo pugnaz, a la riña que sucedió el veintinueve de febrero de mil novecientos sesenta en la zona de tolerancia de Chaparral, sino que se vió envuelta en ella por la actividad de PEDRO CEDEÑO y que PABLO PEREZ la atacó en esos momentos por una confusión imposible de prever por parte de la procesada. En síntesis la riña entre SOFIA y PABLO se suscitó por un hecho fortuito imposible a todas luces de prever, como fué la confusión entre VITALIA y SOFIA que sufrió PABLO la noche de su muerte."

2o. Que el Tribunal Supetior de Ibagué, al no tomar en cuenta en su integrio..o la confesión de la procesada Sofía Sánchez, sin embargo de resultar corroborada por otras pruebas, le desconoció el estado de ira "provocada por la injusta y grave agresión de que fué víctima por parte de Pedro Cedeño y en la cual...entró a participar Pablo Pérez Criollo, por haberla confundido como se dijo antes con Vitalia. Hasta la saciedad está probado en el expediente que la puñalada que le dió a Pablo fue en reacción a los graves e injustos ataques de que fue víctima".

b). Causal primera:

Dice el demandante que como consecuencia de la errada apreciéin de los hechos, el ad quem dejó de aplicar el precepto contenido en el art. 384 del C. P., o el que trae el art. 28 de la misma obra.

En la respuesta a la demanda, el señor Procurador 1o. Delegado en lo Penal estima que el fallo recurrido no debe ser casado, por cuanto los cargos propuestos por el actor a través de las causales segunda y primera del art. 567 del C. de P. P., no fueron probados.

Concluye, así, el señor Agente del Ministerio Público, luego de un detenido examen de los testimonios citados en la Sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Se toma en cuenta lo siguiente:

I CAUSAL SEGUNDA.

Como observa el señor Procurador 1o. Delegado en lo Penal, el ad quem no incurrió en error manifiesto en la estimación de las pruebas, al negar la pertinencia de las circunstancias de atenuación previstas en los artículos 28 y 384 del Código Penal.

Tanto en el fallo recurrido, como en la demanda de casación, se examinan los testimonios de Jesús Castañeda, Ninfa Cuéllar, Alberto Medina Salazar, Herminia Saavedra y Pedro Antonio Cedeño.

De acuerdo con la versión que dan estos declarantes, si bien se tiene que Jesús Castañeda y Ninfa Cuéllar aseveran que la recurrente Sofía Sánchez Díaz intervino en la riña luego de que Pedro Cedeño "le pegó.....unas patadas" y "sin que aquélla estuviera peleando", bien se desprende que antes del cambio de agresiones de obra, de las cuales resultó lesionado Cedeño y muerto Pablo Pérez Criollo, tanto la Sánchez Díaz, como Gladys Reyes, Vitalina Sánchez y Ninfa Cuéllar ultrajaron de palabra a los nombrados Cedeño y Pérez Criollo con la expresión de "godos hijos de puta".

Dicen, en efecto, los demás testigos:

a). Pedro Antonio Cedeño: "Nos estábamos tomando las cervezas cuando llegó Gladys Reyes y se dirigió hacia la mesa donde se encontraba Luis y Virginia y ahí les dijo unas palabras que no pude darme cuenta qué sería. Seguramente por lo que Gladys les dijo a Luis y Virginia, éste se paró de donde estaba sentado, salió hacia la puerta donde estaba Gladys y le pegó una palmada. Yo al ver eso, salí a ver qué pasaba, con el fin de intervenir, cuando en esos momentos llegaron

Sofía Sánchez, Vitalina Sánchez y Ninfa Cuéllar. Sofía traía un asiento y cuando estuvo cerca de mí, me lo lanzó, el cual recibí en el brazo derecho. Esto me causó rabia y le dije que por qué motivo me pegaba a mí, que solamente buscaba evitar una pelea; entonces me ultrajó de palabras y por eso le pegué unas palmadas.....", (f. 8 y ss).

b). Alberto Medina Salazar: "En esos momentos que se desarrollaban estos hechos, salió Pedro Cedeño de la cantina de Gerardo Lozano y dijo que dejaran esa discusión, que todas las mujeres eran compañeras. Entonces Vitalina Sánchez, Sofía que acababa de hacerse presente ahí afuera, Gladys Reyes y Ninfa Cuéllar le respondieron que no jodiera, godo hijo de puta, parranda de godos. Entonces, Pedro le pegó una patada a Sofía 'La Chapuza'; cuando le pegó la patada a Sofía 'La Chapuza', Ninfa se fué por detrás y le pegó una puñalada a Pedro Cedeño, en las nalgas. En esos momentos salió de la cantina de Yolanda Gómez, la misma de Gerardo Lozano, el finado Pablo Pérez y le dijo a Sofía 'La Chapuza' que no tratara de 'godo' a Pedro, que él no lo era; el único conservador que había allí era él -Pablo-, y enseguida sacó Sofía el cuchillo que tenía en la mano y le mandó la puñalada de revés, pegándosela en el pecho, al lado izquierdo, debajo de la tetilla....." (f. 17 v.).

c). Herminda Saavedra: "Abrí una puerta de la cantina y salí a la calle y me dirigí hacia la cantina de Esther Mendoza y me quedé parada afuera, en toda la esquina, por la puerta donde habían entrado Vitalina y Ninfa, quienes habían entrado allí a pararles el bonche a dos muchachas que habían (sic) con Pedro Cedeño y Luis "Barba Guezha", pero ellos no les pararon bolas. Viendo yo esto, me regresé a mi cantina y me acosté. Habrían pasados unos cinco o diez minutos de haberme acostado, cuando oí otra vez en la calle que Sofía, la que le dicen 'La Chapuza' les decía al finado Pablo Pérez y a Pedro Cedeño que eran unos godos hijueputas. Entonces yo me levanté nuevamente, salí a la puerta a mirar lo que ocurría en la calle, casi al frente de mi cantina. Entonces ví que Pedro Cedeño le dió unas patadas a Sofía 'La Chapuza' y en ese momento, de por detrás, se le acercó Ninfa Cuéllar, con un cuchillo en la mano y le mandó a Cedeño una puñalada, la cual se la pegó en una nalga.....Entonces Ninfa pensó entrar a la cantina de Gerardo, pero él sacó la pata y con ella le dió, prohibiéndole la entrada y se me perdió de vista. Ahí afuera solamente quedaba Sofía 'La Chapuza', enfrentándosele al finado Pablo Pérez y a Pedro Cedeño, al igual que los ultrajaba de godos hijos de puta. Entonces el finado Pablo, al oir eso, le dijo a 'La Chapuza' Sofía que le dijera godo a él, pero nó a Pedro; entonces 'La Chapuza'....le mandó la mano al pecho y le dijo 'quítese usted de ahí, no venga a joder" y ví que con motivo de ese golpe en el pecho le quedó la camisa con un roto pequeño.....", (fs.47 y 47 v.).

Si el juzgador de segunda instancia, al darle credibilidad a las versiones, antes transcritas, concluyó en que la procesada Sofía Sánchez Díaz no cometió el delito dentro de una riña imprevista, ni tampoco en estado de ira causada por grave e injusta provocación, es obvio que no incurrió en error y mucho menos en un yerro protuberante o manifiesto, único que dá lugar a que prospere la causal segunda de casación.

De lo aseverado por Pedeo Antonio Cedeño, Alberto Medina Salazar y Herminda Saavedra, se desprende que Sofía Sánchez Díaz no fue provocada, sino, antes bien, provocó con ultrajes de palabra tanto a Cedeño como a Pérez Criollo.

En estas condiciones, no puede ser viable la circunstancia atenuante prevista en el artículo 28 del Código Penal, pues ella exige, naturalmente, que el agente del delito haya sido provocado de manera grave e injusta y haber obrado en estado de ira o de intenso dolor. Tampoco la aminorante del artículo 384 de la misma obra, porque ésta requiere que la riña sea imprevista para el autor del homicidio o de las lesiones personales, vale decir que resulte casual, que a ella se entre sin querer, sin haber buscado la pelea, sin que aparezca una intervención maliciosa del infractor en la iniciación y desarrollo de la contienda.

No está, pues, probada la causal segunda de casación.

II. CAUSAL PRIMERA.

Al no prosperar la causal segunda de casación, es obvio que la primera tampoco resulta pertinente puesto, que fue apoyada en los resultados de aquella.

No cabe, por tanto, invalidar la sentencia impugnada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema -SALA PENAL-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador lo. Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de que se ha hecho mérito.

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

Simón Montero Torres. - Humberto Barrera Domínguez. - Samuel Barrientos Restrepo. - Gustavo Rendón Gaviria. - Julio Roncallo Acosta. - Primitivo Vergara Crespo. - José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

PROCESO POR FALSIFICACION DE MONEDAS

Error manifiesto del ad quem en la estimación de las pruebas traídas al proceso. El elemento "a sabiendas" a que se refiere el ord. 4o. del art. 214 del C. P. Comprobación del cuerpo del delito. Cuándo se configura la infracción que define el art. 217 del C. P.

1. Siendo el elemento "a sabiendas" una condición subjetiva típica de la conducta que sanciona el ord. 4o. del art. 214 del Código Penal, es obvio que el *ad quem* al señalarlo para reprimir al reo, sin que aquel elemento del cuerpo del delito estuviera comprobado, incurrió en violación de la ley penal por indebida aplicación de la misma.

Recuérdese que el art. 273 del Código de Procedimiento Penal dispone que "cuando la ley penal exija que un hecho, para ser delito, se haya cometido a sabiendas o con alguna otra circunstancia semejante, dicha circunstancia debe aparecer plenamente comprobada para que haya cuerpo de delito". Y téngase en cuenta, asimismo, que el art. 272 de la misma obra indica que "los elementos constitutivos del delito señalados en la respectiva disposición penal, serán la base de la comprobación del cuerpo del delito".

Sin que la conducta humana, de acción u omisión, coincida exhaustivamente con una definición penal, no puede afirmarse la existencia del cuerpo del delito. Y éste, de conformidad con el art. 203 del Código últimamente citado, debe estar comprobado plenamente para que pueda proferirse sentencia condenatoria, a más de que, en iguales condiciones, resulte demostrada la responsabilidad del procesado.

2. No se configura la infracción que define el art. 217 del Código Penal, pues en este precepto se requiere que el agente se haya enterado de la falsedad o de la alteración de la moneda que ponga en circulación, luego de haberla recibido de buena fe.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, dieciseis de junio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, de 14 de septiembre de 1.963, por la

cual, al confirmar la de primera instancia proferida por el Juzgado Superior de la misma ciudad, impone al procesado LEONEL LONDOÑO DAVILA la pena principal de seis años de presidio como responsable del delito de falsificación de monedas.

El señor apoderado del recurrente, doctor Iván López Botero, aduce las causales segunda y primera de casación, esta última como consecuencia de aquella.

HECHOS:

Por estar ceñida a la realidad del informativo y por cuanto, asimismo, es el apoyo tomado en cuenta en la sentencia impugnada para condenar a Londoño Dávila, la Sala acoge la síntesis que de lo ocurrido hace el demandante, a saber:

"Este informe.....", el rendido por el Departamento Administrativo de Seguridad en Neiva el 4 de julio de 1.962....., "relata un hecho que se dice fue presenciado por el Agente 1985 el 30 de junio...." anterior..... "en el bar denominado 'Patio Pelado', cuando el procesado Leonel Londoño Dávila compró un paquete de cigarrillos, marca "Hidalgos", pagando al dueño del establecimiento y denunciante, Víctor Tobar Vanegas, con un billete de diez pesos ($10.oo) que fue rechazado como falso por el vendedor y capturado instantáneamente junto con el comprador y procesado por el agente secreto 1985, quien, ocasionalmente, se encontraba en el establecimiento..... De la misma manera, el comunicado 638 refiere la versión oída a Víctor Tobar Vanegas sobre anteriores actos de circulación o expedición de moneda falsa ocurridos en los diferentes establecimientos de cantina de propiedad de Tobar durante los días anteriores al hecho, y agrega que 'una vez encontrándose en esta repartición, se acercaron las personas ya mencionadas.....' -Sandalio Tobar, Circuncisión Zapata, Julio Tobar y Víctor Tobar-..... 'a reconocer el sujeto, siendo reconocido que era el mismo que le había pagado sus cuentas con billetes falsos'.....".

DEMANDA DE CASACION Y RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO.

El demandante fundamenta los motivos de casación alegados, así:

a). Causal segunda: Dice que "es cierto que el Decreto 1717 de 18 de julio de 1.960 permite la formulación de esos informes que, bajo juramento, rinden los agentes secretos adscritos al Departamento Administrativo de Seguridad, pero el artículo 65 de la disposición citada establece que dichos informes son de la libre apreciación del Juez o fallador. Siendo esto así, mal puede otorgárseles una aceptación probatoria que repugna con todas las normas procesales, que destruye la jerarquía de los medios de prueba y los principios fundamentales de la estimación legal. En el caso de autos, el informe secreto, de antemano viciado de sospecha cuando aparece firmado bajo la gravedad del juramento por el agente 2329, quien no presenció los hechos que refiere como personalmente intervenidos por él, incurriendo en falsedad y perjurio, sólo puede aceptarse en el hecho básico de haber asistido cuando Leonel Londoño Dávila pagaba con un billete de diez pesos el paquete de cigarrillos que le compraba a Víctor Tobar Vanegas. Todos los demás datos del informe están recogidos al azar, de versiones extrañas á carecen de asidero probatorio en otros medios dentro del proceso".

Agrega que aún aceptando "el hecho de que Londoño Dávila trató de pagar con un billete de diez pesos falsos el paquete de cigarrillos que le compraba a Víctor Tobar.....", ello sólo no acredita la existencia del delito de circulación de moneda falsa, puesto que es necesario que se compruebe "el factor 'a sabiendas', que por ministerio del artículo 273 del Código de Procedimiento Penal, debe aparecer plenamente demostrado. El imputado negó en su injurada tener conocimiento de la falsedad del billete decomisado. Rápidamente habló de haberlo recibido, media hora antes, de manos de un vendedor ambulante y pidió se le facilitara localizar e identificar a quien le había entregado dicho billete. Estas afirmaciones del imputado, referidas en el controvertible informe 638, desmienten el elemento 'a sabiendas' y han debido ser sometidas a verificación por parte del agente secreto 1985. El dicho del imputado, afirmando la buena fé con que recibió el billete y con la que lo daba a la circulación, le restan toda fuerza a la presunción de conocimiento de la falsedad que rige para los poseedores de moneda falsa, al tenor del inciso 2º. del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal. No existiendo la plena demostración del elemento 'a sabiendas', constitutivo del delito de falsificación de moneda, hay que reconocer la errónea apreciación hecha por el Tribunal de instancia, sobre los hechos que se tuvieron en cuenta como integrantes de la infracción".

Anota, igualmente, que "el informe sólo ha demostrado la existencia de un billete falso en manos de Leonel Londoño Dávila, cuando hacía uso de él para comprar un paquete de cigarrillos.....", pero que "ese único hecho, sin estar demostrado el elemento a sabiendas y sin que se haya desvirtuado la buena fé invocada por el procesado.....", no comprueba la existencia del delito por el que se le condenó.

Expresa, asimismo, que el referido informe "adolece de vicios fundamentales en lo que hace relación a su legalidad, en cuanto a la recepción, que no fué previamente ordenada, ni ratificado bajo juramento, ante autoridad competente, ni se observaron los ritos procesales a que están sometidos otros medios de prueba, como la inspección ocular, la pericia o el testimonio. Bien podríamos decir que el comunicado de los agentes secretos constituye un principio de prueba, al cual no ha debido otorgársele el mérito incontrovertible e incontrovertido que le atribuyó el fallador en la sentencia de 14 de septiembre de 1.963".

Observa el impugnante, por último, que "avanzando en el examen de los elementos que hacen posible la transformación de las pruebas semiplenas o incompletas en pruebas plenas, debe buscarse la 'coexistencia' o relación necesaria entre las pruebas incompletas y el hecho de que trata de probarse. En el caso sub-judice, veremos cómo el informe 638 de los agentes del servicio secreto y la declaración del denunciante VICTOR TOBAR ofrecen una identidad absoluta, se refieren al mismo hecho y están redactadas bajo las mismas apreciaciones, contribuyendo a que no formen dos pruebas separadamente sino una sola pieza que no ofrece relación con ningún otro hecho acreditado en el proceso. La ausencia de esa coexistencia hace imposible la valoración de esas dos exposiciones para asimilarlas, sumándolas, a una plena prueba. Ni siquiera existe un indicio que sirva para completarlas. El testimonio o declaración del supuesto ofendido VICTOR TOBAR VANEGAS refiere los mismos hechos del informe detectivesco, y además, agrega circunstancias ocurridas con posterioridad al hecho imputado a LEONEL LONDOÑO DAVILA lo que sugiere, con mucha objetividad, la íntima relación existente entre el denunciante y el agente secreto 1985, quien, desde la noche mis-

ma de los hechos materia de investigación aparecen en buena relación personal, lo cual se deduce de la circunstancia de saber VICTOR TOBAR que se trataba de un agente secreto y, lo que es más significativo, conocer el número de identidad, (el 1985) dentro del servicio secreto. Posteriormente, VICTOR TOBAR aparece concurriendo a los calabozos del Departamento Administrativo de Seguridad y llevando a su empleada y cantinera Circuncisión Zapata a una mal llamada diligencia de reconocimiento y que, en el fondo, no fue sino un señalamiento que VICTOR TOBAR le hizo a la Zapata de LEONEL LONDOÑO DAVILA para convertir ese hecho irregular e inadmisible procesalmente en una prueba contra el procesado.

"De todo lo cual se concluye que los elementos probatorios estimados en la sentencia de segundo grado acusada en casación ofrecen mucha fragilidad y solo han podido fundar condenación contra mi representado por una errónea interpretación de los hechos y una errónea apreciación de los medios probatorios, lo cual pone al Tribunal de instancia en una manifiesta violación del artículo 203 del Código de P. Penal que exige plenitud probatoria para el cuerpo del delito y la responsabilidad, lo mismo que la legalidad en la producción de los medios probatorios. Igualmente hay que considerar violados los artículos 205, 206 y 207 ibidem".

b). Causal primera: Manifiesta el señor apoderado del recurrente que el adquem aplicó indebidamente el numeral 4o. del artículo 214 del Código Penal, puesto que ninguna demostración tuvo el elemento "a sabiendas" que dicho precepto exige. Añade que "si en la sentencia acusada se tuvo en cuenta como prueba la llamada confesión del imputado, cuando admite haberle entregado a Victor Tobar Vanegas un billete de diez pesos para el pago de un paquete de cigarrillos 'Hidalgos', la aceptación de este hecho evaluada como confesión por el fallador de instancia ha debido ser aceptada, también, en lo favorable, cuando refiere de quien recibió dicho billete, el tiempo en que lo recibió y la buena fé con que lo hizo y el ánimo resuelto de salir en búsqueda de quien se lo dio para identificarlo y ponerlo en manos de las autoridades. Si las afirmaciones del procesado hechas en su declaración se estimaron como prueba de responsabilidad, el Tribunal ha incurrido en una errónea aplicación de la ley penal, al desestimar la buena fé invocada, cuando concomitantemente nó existe prueba de lo contrario, y haber encuadrado el hecho sub-judice dentro del artículo 217 del Código Penal, única disposición que sería hipotéticamente aplicable".

El señor Procurador 2o. Delegado en lo Penal es de opinión que la sentencia objeto del recurso debe ser invalidada, a fin de que la Sala profiera la que deba reemplazarla.

Dice el señor Agente del Ministerio Público:

"Juzga este Ministerio Público que la instrucción del proceso que se comenta fue simplemente deficiente, y que aún se le negaron por parte de las autoridades oportunidades para su defensa al procesado Londoño. En todo instante éste manifestó que el billete con el cual pagara a Tobar el valor de los cigarrillos le había sido dado por un vendedor ambulante, que si se le proporcionaba la ocasión, estaba dispuesto a identificar. No parece ser simplemente una coartada la propuesta de Londoño para exculparse ante el investigador: estando comprobado que su llegada a Neiva fue el 30 de junio, que no se hospedó en ningún hotel, que llevaba una relativamente exigua cantidad de dinero, es factible

que hubiera necesitado hacer algunas compras elementales, y que para tal efecto hubiera cambiado alguno de los billetes que llevaba.

"El aserto de Londoño de que ignoraba que el billete que entregaba a Tobar fuera falso, permanece en pie: ningún elemento probatorio lo ha desvirtuado. De toda la investigación y proceso solamente emerge el hecho que el mismo Londoño afirmara: haber pagado con el billete a Tobar; pero, el ánimo de hacer circular moneda falsa, la intención de hacerla pasar como legítima, sabiendo que era alterada o falsificada no se hace ostensible, de manera alguna.

"...

"Concretamente opina este Ministerio Público que los cargos formulados a la sentencia con base en la causal segunda, son aptamente demostrados y que, en consecuencia, la H. Corte debe proceder, de acuerdo con el art. 570, aparte a), a invalidar el fallo enjuiciado y dictar el que deba reemplazarlo.

"La causal primera, también invocada por el impugnador como subsidiaria debe admitirse como próspera".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Ciertamente, como lo anota el demandante, el *ad quem* incurrió en manifiesto error en la estimación de los deficientes elementos de juicio traídos al proceso, pues de ellos no se desprende que Leonel Londoño Dávila haya cometido el delito de falsificación de monedas porque fue condenado.

Se tiene, en efecto:

a) Tanto el informe aludido por el demandante y tomado en el fallo impugnado como prueba fundamental del cuerpo del delito y de la responsabilidad del sindicado, así como la declaración rendida por Víctor Tobar Vanegas, no demuestran nada más de lo que el mismo recurrente, Leonel Londoño Dávila, confiesa: Que entregó a aquél un billete de diez pesos, calificado de falso por el Gerente del Banco de la República de Neiva, para pagar una cajetilla de cigarrillos que compró.

Ni de dicho informe, ni de lo que expone Tobar Vanegas y mucho menos de lo que asevera Londoño Dávila, se deduce que entregó ese billete de diez pesos "a sabiendas" de que era falso.

Antes bien: El procesado insistió en que tal billete lo había recibido de un vendedor ambulante hacía cerca de una hora, persona a quien ofreció, si se le daban las facilidades del caso, reconocer y entregar a las autoridades, las que no le fueron concedidas. Tiene razón, por este último aspecto; el señor Procurador 2o. Delegado en lo Penal cuando anota que la averiguación no solamente fue deficiente, sino que impidió la defensa del sindicado.

El testigo Tobar Vanegas, como cuestión que asegura constarle directamente, dice que "el sujeto que ha expresado llamarse Leonel Londoño Dávila... se presentó a comprarme un paquete de 'Hidalgos' y para pagármelo me pasó un billete de diez pesos falso; yo, al recibirlo, noté que era falso y como en ese momento se encontraba ahí el agente secreto No. 1895, lo hice capturar.....".

Lo demás que refiere este declarante, anota haberlo escuchado de sus empleados Circuncisión Zapata, Julio Tobar y Sandalio Tobar, cuyas aseveraciones tienen como base un supuesto reconocimiento del mismo Londoño Dávila, hecho por estos últimos y según el cual es la persona que también les hizo entrega de billetes falsos en días anteriores.

b) En las oficinas del Departamento Administrativo de Seguridad de Neiva, según se dice en el mismo informe de que se ha hecho referencia, los citados Circuncisión Zapata, Julio Tobar y Sandalio Tobar, al serles presentado el señor Londoño Dávila, manifestaron que era la misma persona que en los días 28 y 29 del mismo junio les había entregado, respectivamente, un billete de cien pesos, uno de diez y otro de veinte, todos falsos.

Pero, como observa el señor Agente del Ministerio Público, "tales reconocimientos, procesalmente, no existen, pues se limitaron a la concurrencia de estos personajes a las oficinas del 'DAS', para afirmar ante el agente rendidor del informe y capturante de Londoño, que se trataba del sujeto que les había hecho pagos con moneda falsificada". Y, de otra parte, resulta comprobado, con los testimonios de Roberto Ortiz, Gilberto Grajales, Gustavo Henao y Jesús María Castaño, que el procesado Londoño Dávila no pudo haber sido el individuo que entregó billetes falsos a la Zapata y a Julio y Sandalio Tobar, porque aquél no se encontraba en Neiva en los días 28 y 29 de junio, pues, como lo asevera en la indagatoria y aquellos declarantes -Ortiz, Grajales, Henao y Castaño- concretamente lo ratifican, sólo el día 30 de junio llegó a esa ciudad.

c). En la respuesta de la demanda, refiriéndose el señor Procurador 2o. Delegado en lo Penal "al excesivo valor que el Tribunal le dió a las afirmaciones hechas por los agentes de la seguridad, informe que, ni siquiera, sufrió el trámite de ratificación", dice lo siguiente:

"La actitud de dichos agentes es bastante sospechosa, primeramente por cuanto el distinguido con el número 1985 parecía tener una cierta amistad con el denunciante Víctor Tobar; y, en lo que respecta al otro detective, que aparece identificado con el número 2329, éste rindió el comentado informe, bajo juramento, sin haber sido testigo presencial de los hechos, ni haber intervenido personalmente en ellos. Este Ministerio Público acoge como evidente los hechos que quedan sintetizados, y hace la acotación de que, en realidad, la investigación fue parcialmente adelantada, orientada en su totalidad por el dicho de los agentes, que, como se dijo, no resiste un análisis frío y sereno. Desde sus inicios, al procesado se le increparon situaciones en las que no pudo estar comprometido: el haber hecho circular moneda falsa en diferentes establecimiento de la ciudad de Neiva, aprovechando la realización de fiestas patronales. En su indagatoria manifiesta haber llegado el día 30 de junio, y posteriormente se comprueba mediante los testimonios de varias personas que, evidentemente, ello fué así. Son estas personas las siguientes: Roberto Ortiz, Gilberto Grajales, Gustavo Henao y Jesús María Castaño. Mediante sus testimonios -no rectificados ni destruídos- se evidenció procesalmente que Londoño Dávila no podía encontrarse en la ciudad de Neiva los días 28 y 29 de junio de 1.962, y que, por lo tanto, los cargos que le hicieron Circuncisión Zapata, Sandalio Tobar y otro, de haber entregado en su establecimiento billetes .... falsos, no resisten el menor análisis; puede, además, anotarse que Sandalio Tobar y otro de los acusadores de Londoño no comparecieron ante las autoridades a rendir testimonio, ni a reconocerlo, por cuanto al ser buscados por ellas, no fueron hallados en la ciudad".

Como se dijo, pues, en la sentencia recurrida se cae en el manifiesto error de estimar como probado el elemento "a sabiendas", que el ordinal 4o. del artículo 214 del Código Penal exige.

Está, pues, probada la causal segunda de casación que invoca el demandante

Ahora bien:

Siendo el elemento "a sabiendas" una condición subjetiva típica de la conducta que sanciona el citado ordinal 4o. del artículo 214 del Código Penal, es obvio que el *ad quem*, al señalarlo para reprimir al recurrente Londoño Dávila, sin que aquel elemento del cuerpo del delito estuviera comprobado, incurrió en violación de la ley penal, por indebida aplicación de la misma.

Recuérdese que el artículo 273 del Código de Procedimiento Penal dispone que "cuando la ley penal exija que un hecho, para ser delito, se haya cometido a sabiendas o con alguna otra circunstancia semejante, dicha circunstancia debe aparecer plenamente comprobada para que haya cuerpo de delito". Y téngase en cuenta, asimismo, que el artículo 272 de la misma obra indica que "los elementos constitutivos del delito señalados en la respectiva disposición penal, serán la base de la comprobación del cuerpo del delito".

Sin que la conducta humana, de acción u omisión, coincida exhaustivamente con una definición penal, no puede afirmarse la existencia del cuerpo del delito. Y éste, de conformidad con el artículo 203 del código últimamente citado, debe estar comprobado plenamente para que pueda proferirse sentencia condenatoria, a más de que, en iguales condiciones, resulte demostrada la responsabilidad del procesado.

De otra parte, tampoco se configura la infracción que define el artículo 217, pues en este precepto se requiere, igualmente, que el agente se haya enterado de la falsedad o de la alteración de la moneda que ponga en circulación, luego de haberla recibido de buena fé.

Corresponde, por tanto, invalidar la sentencia impugnada, para absolver, en su lugar, al procesado LEONEL LONDOÑO DAVILA, en favor de quien habrá de ordenarse su libertad inmediata, si no estuviere detenido por otra infracción penal, en proceso diferente.

Por lo expuesto, la Corte Suprema -SALA PENAL-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador 2o. Delegado en lo Penal, INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, de que se ha hecho mérito y en su lugar ABSUELVE al Sindicado LEONEL LONDOÑO DAVILA del delito de falsificación de moneda, por el cual le había sido impuesta la pena de seis años de presidio, más las sanciones accesorias pertinentes.

TELEGRAFICAMENTE ordénese la libertad inmediata e incondicional del nombrado Londoño Dávila, al señor Director de la Cárcel del Distrito Judicial de Neiva, siempre que no exista orden de encarcelación preventiva por otro delito.

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

Simón Montero Torres. - Samuel Barrientos Restrepo. - Julio Roncallo Acosta. - Humberto Barrera Domínguez. - Gustavo Rendón Gaviria. - Primitivo Vergara Crespo. - Amadeo Rey, Srio. Encargado.

DELITOS DE HOMICIDIO (ASESINATOS) COMETIDOS EN COMPLICIDAD CORRELATIVA

Sevicia y alevosía. La indigencia y la falta de ilustración sólo pueden obrar como circunstancias de menor peligrosidad cuando hayan influído en la consumación del delito. Homicidios llamados "ad lasciviam". La sevicia no repugna a la complicidad correlativa, ni ésta a la alevosía. La figura del delito continuado no es procedente en tratándose del homicidio. Circunstancias de mayor y menor peligrosidad. Interpretación y aplicación de los Arts. 36, 37, 38, 39, 363 y 385 del C. P. Causales 2a. y 1a. de casación penal.

1. La sevicia, a más de haber sido reconocida por el Jurado, circunstancia que la hace irrebatible en la esfera de la causal 2a., no repugna a la complicidad correlativa, puesto que nada impide que a una persona se le cause la muerte, dentro de las condiciones que esa figura supone, recurriendo, como en el caso de autos, a esa "crueldad excesiva" que constituye la razón de aquella.

2. La sevicia no pierde su carácter de modalidad que hace que el homicidio tome la denominación de asesinato sólo porque en el veredicto en que se haya acogido también aparezca reconocida la alevosía, ya que una y otra, con arreglo a los ordinales 5o. y 7o. del artículo 363 del C. Penal, tienen asignados esos específicos alcances, y la verdad es que la concurrencia de ambas, como en el caso de autos, en la consumación del delito mismo, reiterado en iguales condiciones, hace necesario su consideración conjunta para la intensificación de la pena, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 36 del Código Penal.

3. La indigencia y la falta de ilustración a que se refieren las dos demandas solo pueden obrar, como circunstancia de menor peligrosidad, cuando hayan influído en la consumación del delito, situación que no se contempla en el presente caso, precisamente porque el más ignaro conoce y sabe que la muerte de un semejante es el más grave y nocivo atentado contra las exigencias de la vida social.

4. Quedó atrás sentado que los delitos en examen no eran políticos ni de inspiración política y ahora cabe agregar, respecto de que "por errada interpretación de los hechos", se acogió en el carácter de circunstancia de mayor peligrosidad, la prevista en el ord. 3o. del art. 37 del C. Penal, que si bien es cierto que en el fallo de primer grado se procedió del modo indicado, también lo es que en el de segunda se prescindió de ella, para en su lugar señalar los delitos como muy graves "*por la falta de motivos*", planteándolos como cometidos al decir de los clásicos, por el "*solo impulso de perversidad*" y, por ende, dentro de los llamados homicidios "*ad lasciviam*".

5. En el examen de la causal segunda se observó que la sevicia "no repugna a la complicidad correlativa", lo que es evidente, ya que nada impide que el homicidio cometido en las condiciones propias de ella se lleve a cabo, como en el caso de autos, en medio de una orgía de sangre y de crueldad, hecho que lo acredita el número de cuchilladas que recibió cada una de las víctimas y, en particular, la circunstancia de que una de ellas exhibió, como algo inaudito, e inexplicable, "seis heridas" causadas "con arma corto-punzante", en sus órganos genitales.

La complicidad correlativa tampoco excluye la alevosía, puesto que nada se opone a que la consumación de un homicidio, en los términos de esa figura, mediante el obrar conjunto de varios sujetos, cada uno en función de actos en sí mismo eficaces para producirlo, guiados por el común propósito de conseguirlo y en condiciones que aunque se sabe que uno de ellos es el autor, resulta imposible identificarlo, también se lleve a cabo "*a traición*", en ataque "*por la espalda*", aprovechando la noche "*en paraje oscuro y solitario*", tomando a la víctima "*desprevenida*" y "*desarmada*", factores que concurrieron en la muerte de las dos víctimas y que como es obvio, integran esa alevosía, la cual significa, en esencia, "cautela para asegurar la comisión de un delito contra la persona, sin riesgos del delincuente".

6. La figura del delito continuado, de acuerdo con la doctrina universalmente aceptada, no es procedente en torno de aquellos eventos criminosos "en los que la acción lesiva tiene por objeto al individuo en su inmediata personalidad", como en el homicidio, donde "la violación del derecho se agota con el acto de la muerte".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, diez y seis de junio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación que interpusieron los procesados LUIS ALBERTO VERGARA CASTRO y JESUS ALCIDES RENDON CAMACHO contra la sentencia del 29 de agosto del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali los condenó, como responsables en complicidad correlativa, de los delitos de homicidio, ambos en la denominación de asesinato, consumados en Joel Cerón y Carlos Rivera, a la pena de "VEINTE (20) AÑOS DE PRESIDIO" y accesorias consiguientes:

HECHOS Y ACTUACION.

La noche del 9 de febrero de 1.958 salieron de la población de Restrepo, en el Departamento del Valle, con el propósito de "asaltar" la casa de Víctor Manuel López, situada en la fracción rural de AGUALINDA, comprensión de aquel Municipio, LUIS ALBERTO VERGARA CASTRO, JESUS ALCIDES RENDON CAMACHO, Azarías Cárdenas Aguirre, Gildardo Augusto Plaza y otros dos individuos cuya identidad no logró establecerse, sujetos que, al tropezar en el camino, ya en los confines de la citada fracción rural, con Joel Cerón y Carlos

Rivera, quienes después de haber estado en el pueblo, "tomando cerveza", regresaban al lugar de su trabajo, en la hacienda "La Suiza", de esos mismos contornos, les dieron muerte, al primero por medio de 17 cuchilladas, y al segundo, de 16, y luégo, como si nada hubiera pasado, continuaron hacia la casa de López, donde éste, en actitud valerosa, supo defenderse y rechazar el "asalto" de que lo hicieron objeto, alcanzando a herir, de un disparo de escopeta, a RENDON CAMACHO.

En razón de estas muertes, entendidas como integrantes del doble delito de homicidio, en la expresa denominación de asesinato, ya que una y otra se consumaron con "ALEVOSIA" y "SEVICIA", el Juzgado 2o. Superior de Cali, conforme a auto del 12 de enero de 1.959, llamó a juicio, en el carácter de "COAUTORES", a los predichos Vergara Castro, Rendón Camacho, Cárdenas Aguirre, juzgado en contumacia, y Plaza, respecto del que, comprobada su muerte, acaecida en actos violentos, con posterioridad a los referidos sucesos, se declaró extinguida la acción penal y, en cambio, sobreseyó, de manera temporal, con relación a los sujetos no identificados, determinaciones que el Tribunal mediante providencia del 21 de julio del mismo año, confirmó sin observación alguna.

El Juzgado elaboró, dentro de los términos y especificaciones de ese auto de proceder, los cuestionarios, en número de dos para cada uno de los tres procesados, y el Jurado respondió a ellos por medio de la frase, acordada como veredicto unánime, "SI ES RESPONSABLE EN COMPLICIDAD CORRELATIVA", veredicto que, acogido, dió lugar a que, en sentencia del 25 de marzo del año pasado, los predichos Vergara Castro, Rendón Camacho y Cárdenas Aguirre fueran condenados a la pena principal de veinticuatro años de presidio, pena que el Tribunal, en fallo del 29 de agosto, redujo a VEINTE.

LAS DEMANDAS:

Los recurrentes, en sus respectivas demandas, presentadas con arreglo a las exigencias legales, invocan varias de las causales de casación previstas en el artículo 567 del C. de P. Penal.

CAUSAL 2a. Con apoyo en esta causal, en la demanda de Vergara Castro, se formulan al fallo acusado los siguientes cargos:

1o. No se tuvieron en cuenta, respecto de la sevicia, que los delitos se consumaron "sin el concurso" de Vergara Castro, ni que, de aceptarse su intervención, "no estando individualizada la responsabilidad" de los procesados y, por ende, sin "saber qué grado de participación" tuvo cada uno de ellos, resulta contrario a cualquier "valoración probatoria" sostener que obró en aquellas condiciones, ni que esa sevicia, ante el hecho de que la alevosía, de cuyo calificadora de los homicidios, aparece en los cuestionarios de primera, sólo cabía "tomarla como circunstancia de mayor peligrosidad".

2o. Tampoco se tuvo en cuenta, en su carácter de circunstancia de menor peligrosidad, la referida en el ordinal 1o. del artículo 38 del C. Penal, respecto de "la buena conducta anterior" de Vergara, a pesar de estar "suficientemente demostrada", ni la del ordinal 2o. del mismo texto, en torno "a haber obrado por motivos nobles y altruistas", los que fueron de índole política, que "es el más sublime y legítimo de los móviles".

3o. En el fallo, "por errónea apreciación", se le dió al ataque a la casa de López "un valor probatorio que no tiene" y, de este modo, sin consideración a hecho alguno distinto, de allí se dedujo, en el objetivo de entender como demostrada la circunstancia de mayor peligrosidad de que trata el ordinal 9o. del artículo 37 del C. Penal, el "acuerdo de voluntades entre los criminales".

4o. No se tuvo en cuenta, para la configuración de la circunstancia de menor peligrosidad a que se refiere el ordinal 3o. del artículo 38 del C. Penal, que Vergara Castro actuó determinado por "el temor" de que los otros sujetos acusados "le hicieran algún daño a sus padres", hecho que "tiene pleno respaldo" en las afirmaciones de su indagatoria.

5o. No se tomó en cuenta, en los fines de la circunstancia de menor peligrosidad a que se contrae el ordinal 11o. del artículo 38 del C. Penal, a pesar de estar debidamente comprobado, que Vergara Castro "carece por completo de ilustración".

En la demanda de Rendón Camacho se formulan al fallo acusado, con fundamento en la misma causal 2ª., los siguientes cargos:

a). Se "desconoció la buena conducta anterior" del procesado, la que está debidamente comprobada y constituye, según el ordinal 1o. del artículo 38 del C. Penal, circunstancia de menor peligrosidad.

b). No se tuvo en cuenta que Rendon Camacho, como aparece demostrado obró determinado por "la pasión política", que es "motivo noble" y configura, por lo tanto, la circunstancia de menor peligrosidad consagrada en el ordinal 2o. del artículo 38 del C. Penal.

c). No se apreció que Rendón Camacho, según aparece de su "libre y expontánea confesión", actuó en estado de embriaguez, hecho que acredita la circunstancia de menor peligrosidad contemplada en el ordinal 5o. del predicho artículo 38 del C. Penal.

d). Rendón Camacho hizo, respecto de los hechos investigados, "libre y expontánea confesión", lo que constituye "una circunstancia de menor peligrosidad", cuya valoración se pretermitió.

e). No se tuvo en cuenta, con relación a Rendón Camacho, la circunstancia de menor peligrosidad de que informa el ordinal 11o. del citado texto, no obstante estar demostrada, ya que aparece que "solamente tuvo mes y medio de estudios elementales".

f). En la sentencia, "por errónea interpretación de los hechos", se apreció, como circunstancia de mayor peligrosidad en contra del procesado, la prevista en el ordinal 3o. del artículo 37 del C. Penal, cuando está demostrado que su obrar obedeció a "la pasión política", que corresponde a "motivos nobles y altruistas".

g). Se tomó, como circunstancia de mayor peligrosidad en contra de Rendón Camacho, la prevista en el ordinal 9o. del artículo 37 del C. Penal, a pesar de que el "expediente prueba" que "los siete criminales" solo tuvieron "una participación instantánea y coincidencial" que excluye el "concierto previo".

RESPUESTA:

I. El aserto en torno a que los delitos se consumaron "sin el concurso" de Vergara Castro se encuentra en oposición con el veredicto del Jurado, que es el fundamento, no discutible a través de la causal 2a., del fallo impugnado.

II. La sevicia, a más de haber sido reconocida por el Jurado, circunstancia que la hace irrebatible en la esfera de la citada causal 2a. no repugna a la complicidad correlativa, puesto que nada impide que a una persona se le cause la muerte, dentro de las condiciones que esa figura supone, recurriendo, como en el caso de autos, a esa "crueldad excesiva" que constituye la razón de aquella.

III. La sevicia no pierde su carácter de modalidad que hace que el homicidio tome la denominación de asesinato sólo porque en el veredicto en que se haya acogido también aparezca reconocida la alevosia, ya que una y otra, con arreglo a los ordinales 5o. y 7o. del artículo 363 del C. Penal, tienen asignados esos específicos alcances, y la verdad es que la concurrencia de ambas, como en el caso de autos, en la consumación del mismo delito, reiterado en iguales condiciones, hace necesario su consideración conjunta para la intensificación de la pena, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 36 del C. Penal.

IV. En el fallo acusado, contra lo que se pretende en las dos demandas, se tuvieron en cuenta los buenos antecedentes de los procesados, ya que sobre el particular allí se dijo, a efecto de reducir, precisamente en consideración a ello, la pena impuesta en la sentencia de primer grado: "no tienen malos antecedentes, es decir, obra en su favor la circunstancia de menor peligrosidad consistente en la buena conducta anterior.

V. Desde luego, no puede ser delito político, ni inspirado en móviles políticos, como se sostiene en las demandas, el bárbaro destrozo de dos jóvenes y modestos campesinos, a quienes ni siquiera se conocía, como que esa era la situación de Cerón y Rivera, respecto de sus victimarios, según resulta de los asertos de los mismos Vergara Castro y Rendón Camacho, sorprendidos a altas horas de la noche, en paraje solitario, y, de esta suerte, en circunstancias que ni siquiera hacían posible una simple identificación física.

VI. El concierto previo de los procesados, con relación a los delitos en examen, indispensable para que puedan configurarse la circunstancia de mayor peligrosidad prevista en el ordinal 9o. del artículo 37 del C. Penal, se estimó acreditado, sin incurrir en ninguna errónea apreciación probatoria, no sólo en consideración al ataque a la casa de López sino, igualmente, a que los acusados salieron de Restrepo, con intención criminosa, en grupo compacto, a que todos ellos, de consuno, al tropezar con Cerón y Rivera, los acometieron, y a que, por último, Rendón Camacho informa de ese concierto, cuando dice que al advertir la presencia de aquellos y oir la voz de uno de los del grupo, la del que portaba "guarniel", que es uno de los no identificados, en el sentido de que había que matarlos, todos obraron de conformidad, y los tomaron a cuchilladas hasta causarles la muerte asección, que, como es obvio, no deja duda en torno a la existencia del expresado acuerdo, el cual puede darse sin la necesidad de un cambio de palabras al respecto, a través de actos simultáneos y conjuntos, enderezados a conseguir el mismo resultado, y surgir con inmediata antelación al delito.

VII. En su indagatoria, Vergara Castro sostuvo ser ajeno a los delitos del proceso, explicando que la noche en que ellos ocurrieron se recogió, a hora relativamente temprana, en casa de su hermano Gonzalo y luego, en ampliación de la misma, ya enterado de que éste lo desmentía y de que Rendón Camacho le formulaba graves cargos, resolvió cambiar de versión para aceptar que viajó con el grupo de homicidas, no sin prevenir que ello había obedecido a la amenaza de Cárdenas, en el sentido de que si no iba "le hacía daño a mis padres", aunque la verdad era que no había participado en los hechos, limitándose a ser un simple testigo de su consumación, versión que, además de rectificar la anterior y descalificarse de ese modo, en cuanto excluye a tal autor de cualquier intervención en torno a las muertes comentadas, choca con el acervo probatorio en que se basó el enjuiciamiento de Vergara y que fué, sin modificación alguna, el mismo que tuvo a su consideración el Jurado para emitir su veredicto y entonces no era posible acoger de ella, en acto que habría resultado arbitrario esa alusión al temor, a efecto de dar cabida, dentro de la sentencia acusada, a la circunstancia de menor peligrosidad de que trata el ordinal 3o. del artículo 38 del C. Penal.

VIII. La indigencia y la falta de ilustración a que se refieren las dos demandas sólo pueden obrar, como circunstancia de menor peligrosidad, cuando hayan influido en la consumación del delito, situación que no se contempla en el presente caso, precisamente por que el más ignaro conoce y sabe que la muerte de un semejante es el más grave y nocivo atentado contra las exigencias de la vida social.

IX. No aparece prueba en torno a que Rendón Camacho hubiera actuado en estado de embriaguez, cuestión de la que ni siquiera habla el expresado sujeto, quien se limita a consignar que el día de los sucesos había bebido cerveza.

X. En torno a Rendon Camacho comenzaron a recaer sospechas desde el propio momento en que se conoció la muerte de Cerón y Rivera, las que, al ofrecerse con el carácter de extrema gravedad, dieron lugar a que la policía lo capturara, lo que quiere decir que en su caso no es dable sostener que se presentó "voluntariamente a las autoridades", condición que, con la de la confesión, es indispensable para que se configure la circunstancia de menor peligrosidad a que se contrae el ordinal 9o. del artículo 38 del C. Penal.

XI. Quedó atrás sentado que los delitos en examen no eran políticos ni de inspiración política y ahora cabe agregar, como respuesta directa al cargo que se formula, dentro de la demanda de Rendón Camacho, respecto de que, "por errada interpretación de lo hechos", se acogió contra éste, en el carácter de circunstancia de mayor peligrosidad, la prevista en el ordinal 3o. del artículo 37 del C. Penal, que si bien es cierto que en el fallo de primer grado se procedió del modo indicado, también lo es que en el de segunda se prescindió de ella, para en su lugar señalar los delitos como muy graves "por la falta de motivos", planteándolos como cometidos, al decir de los clásicos, por el "sólo impulso de perversidad brutal" y, por ende, dentro de los llamados homicidios "ad lasciviam".

CAUSAL 3a. Es en la demanda de Rendón Camacho donde se invoca esta causal, a cuyo amparo se sostiene que el fallo impugnado se dictó en "desacuerdo con el veredicto del Jurado", puesto que la complicidad correlativa que allí se reconoce excluye las "agravantes de asesinato consignadas en los cuestionarios", referidos a SEVICIA y a ALEVOSIA, veredicción que, de esta suerte, quedó "reducida a un homicidio voluntario", acordado conforme a "la atenuante consagrada en el

artículo 385 del C. Penal", por cuya razón era necesario adecuar la sentencia a esta situación, prescindiendo de las modalidades en cuestión.

RESPUESTA:

En el examen de la causal 2ª. se observó que la sevicia "no repugna a la complicidad correlativa", lo que es evidente, ya que nada impide que el homicidio cometido en las condiciones propias de ella se lleve a cabo, como en el caso de Cerón y Rivera, en medio de una orgía de sangre y de crueldad, hecho que lo acredita el número de cuchilladas que recibió cada una de las víctimas y, en particular, la circunstancia de que una de ellas exhibió, como algo inaudito, e inexplicable, "seis heridas", causadas "con arma corto-punzante", en sus órganos genitales.

La complicidad correlativa tampoco excluye la alevosía, puesto que nada se opone a que la consumación de un homicidio, en los términos de esa figura, mediante el obrar conjunto de varios sujetos, cada uno en función de actos en sí mismo eficaces para producirlo, guiados por el común propósito de conseguirlo y en condiciones que aunque se sabe que uno de ellos es el autor, resulta imposible identificarlo, también se lleve a cabo "a traición", en ataque "por la espalda", aprovechando la noche, "en paraje oscuro y solitario", tomando a la víctima "desprevenida" y "desarmada", factores que concurrieron en la muerte de Rivera y Cerón y que, como es obvio, integran esa alevosía, la cual significa, en esencia, "cautela para asegurar la comisión de un delito contra la persona, sin riesgos del delincuente".

CAUSAL 1a. En la demanda de Vergara Castro, al amparo de esta causal, se formulan al fallo acusado los cargos que enseguida se reseñan:

1o. Allí, por "indebida aplicación", se violó el artículo 33 del C. Penal, en fuerza de que las muertes de Cerón y Rivera se consideraron como constitutivas de dos homicidios en concurso, no obstante que ellas, por haber sido "el producto de una sola determinación criminal", apenas podían configurar "un homicidio continuado", circunstancia que, como es racional, hacía inoperante aquella disposición, la cual, sin embargo, se aplicó.

2o. El Tribunal, al hacer "uso de la facultad que al fallador otorga el artículo 36 del C. Penal", sin duda alguna, "se excedió", ya que dejó de "tomar en cuenta los motivos de menor peligrosidad analizados" dentro de la causal 2a., omisión que determinó su "errónea interpretación" y, además, que no se siguiera "la pauta que a los juzgadores de derecho le señala el artículo 39" de la citada obra.

En la demanda de Rendón Camacho, con apoyo en la misma causal 1a., se pretende que en el fallo se violaron los artículos 33, 36, 37, 38, 39, 363 y 385 del C. Penal, tesis para cuya demostración se hacen estos cargos:

a). Las expresadas muertes, en cuanto "ambas, fueron el producto de una sola determinación criminosa", no podían llevar a considerar "dos delitos distintos de homicidio", sino uno sólo en el carácter de continuado, donde no era posible aplicar "la acumulación jurídica prevista en el artículo 33 del C. Penal".

b). Aunque en el fallo se invoca el artículo 36 del mencionado estatuto, la realidad es que no se dice cuales son "los factores indicados" allí "que se encuentren debidamente acreditados" y entonces esa norma resultó violada.

c). El artículo 37 de la misma obra resultó violado en sus ordinales 3º. y 9º.; ya que las circunstancias de mayor peligrosidad a que ellos se refieren "carecen de respaldo procesal".

d). Se violaron los ordinales 1o., 2o., 5o., 9o. y 11o del artículo 38 del C. Penal, en fuerza de que no se tuvieron encuenta, a efecto de reducir la pena, las circunstancias de menor peligrosidad a que ellos se contraen.

e). Se "incurrió en indebida aplicación del artículo 39 del C. Penal" al hacer la graduación de la pena, lo que se debió al hecho de "haber desconocido en la sentencia" las circunstacias de menor peligrosidad que concurren a favor del procesado y a que, en cambio, se le imputaron las de mayor peligrosidad, "previstas en los ordinales 3o. y 9o. del artículo 37" ibídem.

f). El jurado, en "el reconocimiento de la complicidad correlativa", determinó "la negación de las circunstancias de asesinato" y, por lo tanto, no cabía aplicar el artículo 363 del C. Penal,

g). Teniendo en cuenta "la complicidad correlativa" y "la rebaja" que ella implica, así como el hecho de que los dos homicidios, "para los efectos de la pena", estaban "unificados ante el derecho", en razón de ser "producto de una sola determinación criminosa", la sanción, con arreglo al artículo 385 del C. Penal, "interpretada debidamente la ley", no podía ser sino "la de cuatro años de presidio".

RESPUESTA:

I. La figura del delito continuado, de acuerdo con la doctrina universalmente aceptada, no es procedente en torno de aquellos eventos criminosos "en los que la acción lesiva tiene por objeto al individuo en su inmedita personalidad", como en el homicidio, donde la "violación del derecho se agota con el acto de la muerte".

II. En el fallo se tuvieron en cuenta los antecedentes de los procesados, a efecto de configurar a favor de ellos la circunstancia de menor peligrosidad prevista en el órdinal 1o. del artículo 38 del C. Penal.

III. sin duda alguna, dentro de la sentencia acusada, se aplicó en debida forma el artículo 36 de la obra citada, particularmente en cuanto a las circunstancias de mayor y menor peligrosidad, que fueron debidamente apreciadas para luego determinar la pena sin llegar al máximo ni dejarla en el mínimo, habida consideración a lo dispuesto en el artículo 39 del mismo estatuto, el cual recibió adecuada interpretación.

IV. El fallo del Tribunal, que es el que rige y fué impugnado, prescindió de la circunstancia de mayor peligrosidad prevista en el ordinal 3o. del artículo 37 de la obra en cuestión y, en esa suerte, sólo apreció la del ordinal 9o., que aparece plenamente comprobada.

V. Las circunstancias de menor peligrosidad a que se contraen los ordinales 2o., 5o., 9o. y 11o. del artículo 39 del C. Penal no están acreditadas en el proceso y, por lo mismo, no podían considerarse con relación a ninguno de los acusados.

VI. Los homicidios en que incurrieron Vergara y Rendón, teniendo en cuenta las condiciones en que se llevaron a cabo y, en particular, el veredicto del Ju-

rado, toman "la denominación de asesinato", y entonces era necesario aplicar el artículo 363 del C. Penal, en concordancia con el 33 de la misma obra, en razón de que esos delitos debían ser considerados en concurso material.

VII. El veredicto del jurado, en cuanto reconoció la complicidad correlativa, obligaba la aplicación del artículo 385 del C. Penal.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal- acorde con el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DESECHA el recurso de casación de que fué objeto el fallo de que se trata en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Simón Montero Torres.- Humberto Barrera Domínguez. -Samuel Barrientos Restrepo.- Gustavo Rendón Gaviria-. Julio Roncallo Acosta.- Primitivo Vergara Crespo.- Pioquinto León L., Secretario.

DELITO DE ROBO. ERRADA INTERPRETACION O APRECIACION DE LOS HECHOS. INIDONEIDAD DE LOS MEDIOS PROBATORIOS ALLEGADOS AL PROCESO. ANALISIS DE LOS FUNDAMENTOS LEGALES Y JURIDICOS DE LA CAUSAL 2a. CAUSAL 5a.

1. La sola convicción moral que las instancias hayan podido formarse para su decisión condenatoria en cuanto al acusado, no es suficiente de acuerdo con las normas de procedimiento que regulan los presupuestos probatorios, lo que permite concluír, obviamente, que al testimonio se le atribuyó un valor incriminatorio que no tiene, lo que da viabilidad a la causal 2a. de casación

Consecuente con lo anterior la Corte halla fundada la causal 2a. la que al prosperar da lugar a proceder de acuerdo con lo ordenado en el ord. a) del art. 570 del C. de P. P., sustituyendo el fallo condenatorio al recurrente con la decisión absolutoria.

2. En cuanto a la causal 5a. invocada por el apoderado, la Corte no precisa hacer examen alguno de fondo, dado que prospera el cargo principal contra la sentencia, pero observa que carece de fundamento la aludida causal, ya que el fallo en su contenido y motivación no quebranta las normas procesales a que alude el acusador.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, diez y ocho de junio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Gustvo Rendón Gaviria).

VISTOS:

Contra la sentencia proferida en esta causa por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 27 de noviembre de 1.962, que condenó, entre otros, a NESTOR TREJOS MARIN y LUIS ALFONSO GRAJALES VANEGAS, a la pena principal de 8 años de presidio y correspondientes accesorias, como responsables del delito de robo, interpusieron dichos acusados el recurso extraordinario de casación, de cuyo mérito hay lugar a decidir de fondo respecto del segundo, ya que el primero no formuló, por conducto de apoderado, la demanda del caso.

HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

1o. Dieron origen al proceso los hechos expuestos por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal en los siguientes términos:

"Siendo aproximadamente las nueve y media de la noche del sábado 24 de mayo de 1.958, irrumpieron sorpresivamente en el Club nocturno llamado 'La Florida' y situado en las afueras de la ciudad de Medellín, establecimiento de propiedad de la señora Anne María Rasthezel y administrado y dirigido por ella misma, una banda compuesta por siete sujetos aproximadamente. Revólver en mano alguno de ellos, así como con pañuelos que les cubrían la cara, otros de los mismos, amedrantaron a la citada señora, a los empleados del Club y a los clientes que allí se hallaban en esos momentos, los cuales no eran muchos debido a lo avanzado de la hora. Los asaltantes exigieron de los asaltados la entrega de todo lo que llevaban consigo, como dinero, prendas, joyas, etc. etc., y uniendo a la palabra la acción, procedieron a requisar a sus víctimas, hecho lo cual una y otra fueron encerradas en una de las piezas del local. Mientras todo esto ocurría, llegaron al establecimiento el doctor Heli Mejía Gómez, acompañado de una dama, y un chofer de taxi, el señor Jairo Vásquez Vallada, éste con su carro de servicio. Estos entraron a formar parte del grupo asaltado, habiendo por ello corrido la misma suerte. Parte de los asaltantes se dedicaron a vigilar y amenazar a las víctimas, en tanto que otros procedieron a desmantelar con violencia el local, a romper la caja de madera donde se depositaba el valor de las ventas, y a apoderarse de los licores y cigarrillos existentes. Al entrar en las habitaciones ocupadas por la propietaria y sus familiares, se apoderaron de ropas, joyas, una máquina de retratar, una pistola para pintura automática, un revólver de pequeño calibre y de otros elementos o enseres. Todo lo robado lo iban depositado en un automóvil, marca 'Studebaquer', color verde, modelo de 1.952, de cuatro puertas, en el cual habían llegado y en el cual regresaron luego de haber utilizado el aparato telefónico del establecimiento y desinflado las llantas de los carros estacionados en el lugar. Y no está por demás advertir que con el carro en mención (que luego, al ser capturado por la Policía, se descubrió que era robado) se han realizado otros atracos en Medellín, y que en poder de algunos de los sindicados se encontraron diversos objetos de los robados, y que todos y cada uno de los ladrones, aunque capturados en diversos lugares del país, residían en la mentada ciudad en el día del atraco que se deja relatado.

"Por lo que respecta a Luis Alfonso Grajales Vanegas, o Pedro Vicente Morales alias 'frenton' se observa que éste fué capturado en la ciudad de Bogotá, en el momento que pretendía cambiar en uno de los Bancos de la misma una serie de cheques que habían sido hurtados días antes. Esta captura ocurrió el día 12 de septiembre de 1.958 y la primera vez que su nombre aparece en esta investigación, es, según folio 135 del proceso, el 10 de octubre del mismo año, en que el Servicio de Inteligencia Colombiano, Seccional de Antioquia, lo señala como miembro de la banda de maleantes que actuó en este proceso. Así también ese mismo día 10 de octubre empezó a rendir declaración Evelia García de Alvarez, siendo esta prueba pieza principal de convicción no sólo en cuanto respecta a Grajales Vanegas, sino también en lo que dice relación con los demás complicados en el presente negocio".

2o. Cumplida la investigación y surtidos los trámites consignados en el Decreto Legislativo 0014 de 1.955, el Juzgado 4o. Superior del Distrito Judicial de Medellín dictó sentencia con fecha 19 de septiembre de 1.961 (fls. 441 a 477 del cuaderno principal), cuya parte resolutiva, en lo que interesa, dispuso:

"1o.) Se condena a los procesados CARLOS ALBERTO MEJIA CALLEJAS o LUIS ENRIQUE ZAPATA MOLINA (a. El Rolo), NESTOR TREJOS MARIN,

MANUEL JOSE SANCHEZ LANCHEROS O FRANCISCO OTERO JIMENEZ O CARLOS ALFONSO MARTINEZ, y a LUIS ALFONSO GRAJALES VANEGAS O PEDRO VICENTE MORALES, de las notas civiles conocidas, a purgar en el establecimiento carcelario que el Gobierno designe, la pena de SEIS AÑOS de presidio cada uno".

3o. El Tribunal, al conocer por apelación y consulta del fallo de instancia y después de haber ordenado y practicado algunas pruebas, en uso de la atribución contenida en el artículo 63 del Decreto 0014, resolvió:

"CONFIRMA la sentencia precitada, con la reforma de que los condenados en lugar de seis años de presidio a que se refiere el fallo revisado, purgarán ocho (8 años) Con respecto a Oscar Luke Peláez SE DECLARA EXTINGUIDA LA ACCION PENAL, y se ordena el cese de todo procedimiento. Se ordena sacar copia de lo pertinente para investigar lo relativo a EVELIA GARCIA, esto es, para averiguar los posibles delitos en que haya podido incurrir con su actuación en el proceso".

DEMANDA DE CASACION

Como antes se expresó, sólo el recurrente Grajales Vanegas sustentó el recurso por intermedio de apoderado, que lo es el doctor José Domingo Vélez y quien en el extenso y prolijo escrito, que obra de fls. 10 a 55 del cuaderno número dos hace la impugnación de la sentencia del ad quem en debida forma, de acuerdo con los preceptos que regulan la casación en materia penal.

Expresa el demandante, a manera de introducción, que invoca "las causales 2a. y 5a. del art. 567 del C. de P. Penal y en consecuencia dos son los cargos que se formularán adelante, en capítulos separados contra la referida sentencia: 1) Por la sentencia violatoria de la ley, porque por errada interpretación o apreciación de los hechos, en ella se les atribuyó a unos un valor probatorio que no tienen, a otros se les ha negado el que sí tienen y otros no se han tomado en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso; 2) Porque en la sentencia no se expresa clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados".

Antes de plantear y sustentar los motivos de acusación, el señor apoderado, en el capítulo de la demanda que denomina "BREVE RESUMEN DE LOS HECHOS" (fls. 11 a 24), a más de un relato de éstos, rastrea por sobre todos los medios probatorios allegados al proceso a efecto de señalar, con sentido crítico, su valor o significado respecto de Grajales Vanegas, tarea que luego repite al hacer el estudio de la causal segunda de casación.

Los motivos de impugnación se estudiarán en su orden.

Causal segunda. Por tres aspectos enfoca el demandante esta causal, a saber:

"a) Hechos a los cuales se les ha atribuído un valor probatorio que no tienen".

Toca este punto de modo esencial con el mérito que el Tribunal sentenciador atribuyó a la declaración de Evelia García de Alvarez, en la cual, según el demandante, tuvo apoyo la condenación de Grajales, aserto que trata de demostrar citando los párrafos del fallo alusivos a ese testimonio y los pertinentes de la sentencia de primer grado. Analiza posteriormente la personalidad de la testigo y sus

atestaciones a lo largo del proceso para concluir sobre la inidoneidad de la prueba acriminativa de su poderdante.

En razón de la complejidad probatoria del caso y del discriminado estudio que el demandante hace de los autos, la Sala en parte considerativa de este fallo se ocupará a espacio de los fundamentos de la impugnación y de su mérito frente a la causal segunda por el aspecto reseñado.

"b) Hechos a los que se les ha negado el valor probatorio que sí tienen".

Se refiere la demanda a la no estimación en la sentencia recurrida de la indagatoria de Grajales; la ausencia de reconocimientos de este acusado y a las rectificaciones de la testigo Evelia García.

Destaca, por lo que a la indagatoria toca, la prevención con que fué recibida, la arbitrariedad en el desarrollo del sumario y las preguntas capciosas que se le formularon dando el investigador por ciertos hechos no estabecidos para procurar una confesión del acusado. De otra parte, anota el señor apoderado que la negativa de Grajales en cuanto a la participación en el delito la eleva el fallador a indicio de responsabilidad, no sin dar por cierto que Grajales había sido reconocido en fotografías por algunos declarantes.

Insiste el demandante en que el Tribunal erró en materia grave al no apreciar el resultado negativo de la diligencia de reconocimiento del procesado por la testigo García, en rueda de presos, hecho del que dan cuenta los autos y que el *ad quem* desestimó fundado en averiada personalidad moral de la García. Del mismo modo recalca en el no reconocimiento por parte del doctor Ieli Mejía Gómez, el testigo más calificado en el proceso.

Alude, por fin, a "las últimas manifestaciones de Evelia García" que para el Tribunal no merecen credibilidad alguna, hasta el punto de aseverar "quenor ellas ha incurrido en falso testimonio, y no por las primeras", para poner de resente la ilógica y antitécnica evaluación de la prueba, pues si por sus precarias condiciones éticas, por su ignorancia y por sus hábitos viciosos, resulta sería indigna de crédito la testigo, razón hay para desechar sus exposiciones íntegralmente, o mejor, para no atribuirle mérito a la prueba.

Concreta su pensamiento el demandante, así:

"Que Evelia García incurre en contradicciones, es un hecho. Pero eso no implica, en manera alguna, como lo estima erradamente el Tribunal, que en su primera declaración la que tiene valor para condenar a Alfonso Grajales que sean sus últimas manifestaciones las que conllevan el delito de falso testimonio. Existiendo la sospecha de este delito, pero no habiéndose investigado ni fallado al respecto, la única vía posible es DESECHAR el testimonio de Evelia porque no merece credibilidad, es aceptar que en su dicho incriminatorio contra un Alfonso Grajales, 'el trentón', no se dan los requisitos que exigen los artículos 23 y ss. del C. de P. Penal sobre la plena prueba.

"Las dudas que surgen por las contradicciones de Evelia García no pueden ser resueltas contra el acusado Grajales sino a su favor, porque así lo manda la ley en el art. 204 del C. de P. Penal, de acuerdo con el principio 'in dubio pro reo' que desde los tiempos de Trajano marca la pauta de la prudencia y de la equidad en la administración de justicia. Porque en caso de duda es preferible absolver a un responsable que condenar a un inocente.

"Por ello, frente a esa norma legal del art. 204, la sentencia recurrida viola la ley, al estimar o apreciar erradamente las últimas manifestaciones de Evelia García cuando resuelve la duda en contra de Alfonso Grajales y no a favor de éste".

"c) Hechos acreditados en el proceso y que no han sido tomados en cuenta".

"Podrían resumirse estos hechos"-dice el impugnador- en uno solo, que resulta a través de los seiscientos y pico de folios del expediente: que excluida la mención del nombre de Alfonso Grajales por Evelia García y por el As. S. No. 1262 en su informe de fl. 135, es decir, del día en que fué capturada Evelia, NADIE absolutamente lo mencionara con relación a la banda de Mejía Callejas o de Sánchez Lamberos ni con relación a las amistades de Evelia, o con relación al atraco de la Florida, y esto en diligencias que han durado cuatro años largos".

Reseña en este particular el señor apoderado los informes y declaraciones donde se mencionan los integrantes de la banda comprometida en el atraco para demostrar que el nombre de Grajales no figura.

Causal quinta. Se invoca por el demandante arguyendo que la sentencia del Tribunal no está ceñida a las pautas señaladas por el artículo 159 del C. de P. P., cuyo cumplimiento los jueces no pueden eludir porque conforman un mandato legal, cuya inobservancia da lugar, precisamente al recurso de casación.

OPINION DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, opuesto en su concepto a la invalidación del fallo, replica los planteamientos de hecho y de derecho del demandante atinentes a la causal segunda y descarta la quinta por ausencia de motivos valederos.

Como en verdad el peso de la acusación contra la sentencia del Tribunal descansa sobre la causal segunda es a ésta a la que con más empeño se refiere la respuesta de la Procuraduría Delegada. De sus argumentos recoge la Sala, como principales, los siguientes, así no los comparta para la decisión del recurso:

"...Es así como ocurre que de Evelia García de Alvarez habla (el demandante) como si fuese y estuviese comprobado en el expediente, una delincuente de la misma clase de los sujetos de la banda que ella describe y de la cual se la considera una probable encubridora. Es verdad, sí, que contra la misma Evelia se ha pronunciado el fallador en este proceso, como una posible encubridora y, aún, falsan en algunas de sus aseveraciones, pero también lo es que en el resto de su testimonio el juzgador le reconoce al testimonio rendido un valor positivo de sinceridad y convencimiento, tanto que lo acepta como columna principal de la cadena de todos los procesados, incluyendo entre ellos a Grajales Vanegas.

"Y esto es lógico en cuanto al último, pues la testigo en mención no se retractó de las afirmaciones o declaraciones que hizo con relación a Grajales. Que se negara a reconocerlo cuando le fue puesto de presente y luego de haber transcurrido un lapso bastante largo a partir del día de los acontecimientos, no implica retractación de lo por ella afirmado, sino, tal vez, simplemente, una fase de sus actividades de encubridora, ya que bien sabía, para esta época, que la prueba recaudada en contra de Grajales Vanegas era más débil que la existente contra los otros miembros de la banda por ella citados.

"No hay tampoco base para sostener que la testigo sea una viciosa adicta al uso de la marihuana. La carta de la cual se pretende deducir tal condición por las frases que allí aparecen, fue explicada en su primera declaración, donde niega, además en forma enfática y repetida, que ella, personalmente, haga uso de tal clase de estupefaciente. (fl. 143).

"No es evidente que ella confunda a Pablo Emilio Ruiz con Grajales Vanegas, a quienes describe en sus declaraciones (fls. 145 y 146), simplemente porque de aquél diga que es 'Trentón' y de éste afirme que lo apodan 'El Frentón'.

"No se vé, igualmente, cuál pudiera ser el interés de Evelia García de Alvarez para comprometer a Grajales Vanegas como componente de la banda de atracadores y asaltantes, como no hay prueba alguna de que los Agentes del Servicio Secreto tuviesen ese mismo interés o de que hubiesen influenciado a la testigo para que incluyera al mismo reo en la lista por ella descrita.

"Lo que ocurre es que el señor demandante contrapone su propio y personal criterio y sus particulares conclusiones a las propias de los falladores de este complicado proceso.

"Es cierto que el dicho de Evelia García de Alvarez no es un modelo o ejemplo de testimonio, por sus relativas condiciones de posible encubridora; pero ello no quiere decir que haya faltado a la verdad al declarar, y este factor es el que, prevalentemente, se ha tenido en cuenta por el fallador para sacar conclusiones que efectivamente dedujo en contra del acusado recurrente y de los demás comprometidos en el delito juzgado.

"Si negara su valor en lo referente al procesado recurrente acabado de nombrar, habría también que negárselo para los demás comprometidos, lo cual sería ilógico.

"Para el fallador, en este caso, la declaración de Evelia García de Alvarez, único testigo que acusa o señala a Grajales Vanegas, ha tenido el valor que la siguiente doctrina de H. Corte establece para el caso:

".. 'La libre convicción del Juez -dice el procesalista Vannini- no debe entenderse en el modo sentimental de 'una voz' del espíritu que tranquiliza la conciencia del Juez mismo, sino como libre y lógica apreciación de efectivos elementos de prueba, aunque ésta consistiera en la exclusiva pero seria confesión del procesado, en las solas declaraciones del querellante o en la de un solo testigo'....".

"Y es que el testimonio de Evelia García de Alvarez tiene por sí mismo un gran valor que depende de la circunstancia de sus contactos y relaciones con los miembros de la banda que cometió el robo. Tal circunstancia precisamente dió ocasión a que la justicia llegara a esclarecer el delito y descubriera quiénes fueron los autores del asalto al club 'La Florida'.

"Con ello el H. Tribunal y por lo que atañe a Grajales Vanegas, no hizo otra cosa que darle una prudente aplicación a la facultad que al fallador le confiere el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal en el sentido de 'apreciar razonadamente, la credibilidad del testigo teniendo presente las condiciones personales y sociales de quien declara, que, en este caso, eran las precisas y únicas condiciones para haber adquirido la testigo en cuestión un completo conocimiento de los autores de los hechos investigados....".

Por lo que respecta a la causal quinta, el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal estima, en síntesis, que no prospera en el caso sub judice porque la sola omisión en la sentencia de algunas de las fórmulas rituales indicadas en el artículo 159 del C. de P. P., como los "Resultandos" y "Considerandos", no afectan su validez, si por otra parte el fallador, al motivar su decisión, se ha cuidado de expresar los hechos que estima probados y analizado los elementos de juicio aptos para afirmar o negar la responsabilidad del encausado o encausados.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

La gravedad misma del presente negocio, la complejidad de los puntos que deben ser estudiados y examinados como presupuestos de la causal segunda de casación y el difícil problema probatorio planteado a fondo en la demanda, son cuestiones que necesariamente exigen de la Sala un análisis ponderado y extenso de muchos de los aspectos del proceso y de los fundamentos legales y jurídicos de dicha causal.

En el debido orden, precisa considerar:

1o. Fundamentos del fallo recurrido.

La sentencia del Tribunal al concretar la prueba de cargo contra el recurrente y hacer su estimación para condenarlo como coautor del delito de robo, expresa:

"Evelia García vió en su casa el día de los hechos, por ahí a las siete de la noche, es decir, unas dos horas antes de estos, a Luis Alfonso Grajales Vanegas, Trejos y Luke, y observó que con éstos, quienes aparecían de mucho atrás, salió 'El Frentón' a quien en su declaración de octubre de 1.958 dijo que conocía desde antes del atraco, le arrebató un paquetico en que llevaba un poncho, prenda que sirvió de antifaz a uno de los ladrones, según los testigos, o, al menos, uno de ellos. Habla, entonces, cuando aún no había declarado Arturo Zapata del negocio de cheques robados que, con éste, tenía 'El Frentón'. Muy luego de decir que 'Mechas' había estado en su casa el día de los hechos, aclara en el sentido de que quien estuvo en esa oportunidad fué 'El Frentón'. Al decir quiénes intervinieron y mencionar a 'El Frentón', hace memoria y grega de inmediato: '.....que ahora que me acuerdo se llama Alfonso Grajales....'. Le oyó a Mejía, cuando repartía, que 'la parte del Frentón, de Gildardo y de Pablo Ruiz ya se había arreglado'. Da, por último, la filiación de Grajales, a quien le calcula 38 años de edad, y él dijo en la injuriada que tenía 37.

"Arturo Zapata, sujeto de tantos y tan malos antecedentes, quien parece haya sido uno de los que dejaron el carro de Mejía después del robo en Itagüí a que antes se aludió, y a quien también como se vió, refiérese Evelia al hablar de 'El Frentón', contesta, al preguntársele si conoce a Alfonso Grajales, apodado 'El Frentón': "....A ese sí lo conozco, como no", para luego, siempre refiriéndose a 'El Frentón', explicar que las relaciones con él las había tenido cuando le mandaba, por ahí en mil novecientos cincuenta y dos, los vestidos para que se los arreglara, pues que Alfonso tenía una Lavandería en Guayaquil y que viajaron juntos a Bogotá donde se alojaron en casa de un amigo de Grajales, y éste, al preguntársele a fl. 210 si conoce a Arturo Zapata Ruiz, dice que no lo conoce, para más adelante, al insistírse en otra pregunta por el conocimiento de Zapata Ruiz aquí en Medellín, contradecirse al contestar: "....Conozco a un señor Arturo Zapata que iba a

comer al restaurante de vez en cuando no con frecuencia', y para en seguida, al ser interrogado por su amistad con Zapata Ruiz -no Zapata únicamente-, decir que 'con ese señor no he tenido ninguna relación, que iba a comer algunas veces, nada más', lo cual dicho sea desde luego, lleva a la Sala a considerar que está mintiendo, pues se recuerdan sus antecedentes y se atiende a que él confiesa haber sido detenido por unos cheques, dando así credibilidad, no sólo a Evelia García, cuando al hablar por primera vez de 'El Frentón' agrega, como para explicar quién es éste, 'porque según cree él ('El Frentón') trabaja con Arturo Zapata en robar con unos cheques por todas partes' (a fl. 211, in fine, puede verse que rehuyó decir dónde se había encontrado esos cheques), sino también a Arturo Zapata, en lo que dice respecto al conocimiento de Grajales Vanegas como individuo a quien llaman 'El Frentón', y en cuanto al viaje que juntos hicieron a la capital en 1.958, y haberse alojado en una misma casa, pues fué precisamente en Bogotá donde lo cogieron cuando iba a cambiar los cheques (fl. 211).

"Además, a fl. 155 se puede ver quién ha sido Grajales Vanegas, y él mismo lo dice al dar cuenta de sus antecedentes y de su amistad con tahures, en su injurada.

"En una pregunta que a fl. 211 se le hace, afirmase que él había sido reconocido en una de las fotografías del Sic. como el que según testigos presentóse al asalto disfrazado con un poncho, mas, a decir verdad, nada se ha podido encontrar en los autos en tal sentido; a fl. 262 se solicitan sus antecedentes con el apodo de 'El Frentón' y en el respectivo informe dícese que también ha usado el nombre de 'Pedro Vicente Morales'.

"Grajales y su defensor han venido sosteniendo que falta el reconocimiento, y lograda esta prueba por parte de Evelia, no lo reconoció y dijo que el individuo a quien ella se había referido en su declaración como 'El Freton', lo ha visto en la calle. Desde septiembre de 1.960, como puede verse a fl. 407, viene él solicitando que se le reconozca, lo cual acredita las razones que da en su último memorial al respecto. Pero su interés en que se practicara el reconocimiento no convence de su inocencia como él se lo imagina. También Trejos Marín ilusionóse con tal prueba, quizás en la creencia de que como se había cubierto parcialmente el rostro, no se le reconocería y ya se ha podido ver en la nueva declaración del Dr. Heli Mejía la contraproducencia del reconocimiento, pues el destacado penalista supo dar buenas razones sobre la identificación de Trejos.

"Es verdad que ahora Evelia no lo reconoció, pero hay algunas razones para creer que, por amenazas o por cualquier otro motivo, no está diciendo la verdad, y son las siguientes contradicciones en que ambos incurren:

"Había dicho él, en su injurada, ante las afirmaciones que se le hicieron de que Evelia lo conocía, que no la conocía siquiera, pero nó que ella no lo conocía a él, y en el memorial de fl. 409 ya, dejando ver desde luego la posibilidad de que se hubiera comunicado y puesto de acuerdo con ella, declara que ni lo conozco ni él la conoce, y que supo que fue sobornada para que dijera que él había participado en el ilícito (por qué no comprobó ese soborno?). Luego, al mes, escríbele a un amigo para que haga algo aquí en favor suyo y se refiere a Evelia 'la mujer de taximetro'; dando con tales términos a entender -si se atiende al castellano- no sólo que la conoce, sino también que el destinatario de su carta conoce, al menos a 'Taximetro'. A fl. 26, después de decir que no ha participado en asaltos, atracos, ni hurtos, y que hasta ese día, como si fuera poco, no tenía sino una sentencia por el delito de chantaje y la que estaba pagando por esta,

insiste en que no ha tenido relaciones con la García ni tampoco -contra lo que dicen ésta y Zapata, y se encuentra probado- con los hampones que figuran en el expediente. A fl. 534, ya en Medellín, en marzo de este año, solicitó, extra-juicio y, dígase bien, sin dar la dirección de la residencia de Evelia, una declaración, para que ésta diga 'si me conoce y generales de la ley', y para que si 'por conocerlo es, el mismo individuo a que ella se refirió' al deponer en relación con el atraco de La Florida, preguntas a las cuales la testigo dijo, bajo juramento, que lo conocía desde hacía mucho tiempo, y que, por ese conocimiento, podía asegurar que el interrogante 'no es el mismo individuo a quien yo me referí' en el proceso por el robo de que fue víctima el club La Florida, pues que el sujeto a que allí se refirió se lo ha encontrado varias veces en la calle, no sabe dónde vive y la ha amenazado. Qué se puede pensar entonces, si quien procede de tal modo, recibe tal prueba y la envía al juzgado que está conociendo del negocio, después de haber negado no solamente que Evelia lo conocía, sino también conocerla él a ella?. Y no será posible entonces decir que si pudo haber algún motivo especial, que bien pudieron ser las amenazas de que había, mas no de ese ser imaginario que parece ser el que dice haber visto en la calle, sino del que está en la cárcel, e interesada para que salga quien la puede seguir ayudando en sus turbios negocios de marihuana, etc., si ella, muy francamente, después de todo lo que se ha dicho para desmostrar la responsabilidad de Grajales como coautor del ilícito, cuando comparece nuevamente a reconocer a quien tan interesado estaba en que ella lo reconociera, como ahora en su último memorial lo enfatiza, y, haciendo sólo dos meses que había declarado todo lo contrario (fls. 534 y vto.) a solicitud de Luis Alfonso Grajales, contesta: '....No lo conozco, conozco a un Alfonso, que le dicen 'El Frentón' y que está en la calle actualmente y estuvo detenido. No le dicen por el apellido de Grajales,...', respuesta a la pregunta 'que el funcionario, de seguro sorprendido por la contradicción en que acababa de incurrir al decir con la ligereza que en la diligencia se tuvo la precaución de anotar, que en la fila no estaba Luis Alfonso Grajales Vanegas?.

"No sobra agregar aquí (para que se vea que todo confluye a aceptar la primera declaración de Evelia es la que vale, y tiene mucho valor para condenarlo, como también para que se vea la posibilidad de haber incurrido ella en dos delitos de falso testimonio, el 24 de marzo y el 29 de mayo de este año), que Evelia luego de haber dicho en la respuesta antes transcrita que al Alfonso que ella conoce como 'El Frentón': no le dicen por el apellido de Grajales...', y habiendo acabado de reconocer la primera declaración, rendida en 1.958, y con la advertencia del inteligente funcionario de que entonces había dicho que conocía desde hacía mucho tiempo a Luis Alfonso Grajales Vanegas, al ser interrogada por el Luis Alfonso Grajales Vanegas a que allí se refirió, contesta que a un '...Alfonso Grajales...' (no un Alfonso simplemente) que vivía en su casa 'cuando vivió también allí 'el Rolo 'Mejía' y que le decían -véase la clara contradicción- Alfonso Vanegas, Alfonso Grajales, 'El Frentón', y todos esos nombres'.....".

Lo transcrito del fallo del *ad quem* es lo más fundamental y allí se concentran las consideraciones de hecho y de derecho para dar por probada la participación del recurrente en el delito.

En la sentencia de primer grado el Juez de la causa, por su parte, hizo respecto del mismo acusado y de su responsabilidad estas apreciaciones:

"Por su parte, Luis Alfonso González (sic) a quien apodan 'El Frentón', aunque acepta en su indagatoria que estaba en Medellín por el mes de mayo del

año pasado y que solamente se dedicaba a su negocio en un Restaurante, niega toda participación suya en los hechos investigados y afirma que solamente vino a conocer a Carlos Alberto Mejía 'El Roto', en la Cárcel Modelo de Bogotá (fls. 210 y 211).

"Con todo, Evelia García lo señala entre los sujetos que tomaron parte en el ilícito y afirma que unas dos horas antes de los hechos, este sindicado llegó a su casa, conversó con Mejía Callejas y portaba consigo un paquete que ella tuvo oportunidad de observar y vió que allí llevaba un poncho. Esta circunstacia no sobra destacarla ya que uno de los asaltantes, de acuerdo con los testimonios de las personas que presenciaron los hechos y de quienes resultaron como ofendidas, se cubría el rostro con un poncho. Así demostrada la vinculación de Grajales Vanegas con Mejía Callejas de quien no queda la menor duda actuó como jefe de la cuadrilla en aquella noche y teniendo en cuenta la circunstancia anotada frente a la aseveración de a García, obra en contra de tal incriminado, indicio grave de su responsabilidad por los cargos que se le hacen.

"La declaración de Evelia García no es insular en el proceso ya que su dicho está comprobado por otras pruebas que demuestran que ella está diciendo la verdad.

"Así lo que afirma al decir que Carlos Mejía Callejas tomó parte en el asalto está corroborado por el reconocimiento del carro hecho por varios de los testigos; por los reconocimientos en rueda de presos, y por el decomiso de objetos robados en poder del sindicado.

"Lo que dice respecto a Oscar Luque y Néstor Trejos está corroborado por la posesión de objetos robados.

"Lo que afirma respecto a José Sánchez Lancheros está corroborado por la posesión de objetos robados y por las afirmaciones de Carlos Alberto Mejía Callejas.

"Lo que afirma respecto a Luis Alfonso Grajales (a, El Frentón) está corroborado por las afirmaciones de fls. 131 y 133 vto., donde Bertulfo E. Ortiz e Inés Sosa afirman que entre los atracadores del Club La Florida había uno vendado con un poncho. Es muy significativo el hecho de que Luis Alfonso Grajales hubiera ido con un poncho envuelto en papeles al lugar donde se encontraban quienes instantes después iban a cometer el delito; que quiso evitar que Evelia se diera cuenta qué había dentro del paquete; que después hubiera uno en el asalto tapado con un poncho; y que posteriormente Carlos Alberto Mejía Callejas dijera que la parte 'del frentón' ya se arregló.

"La declaración de Evelia García llega a mostrar aún más su carácter de evidencia y certeza cuando a fls. 144 vto. y 145 fte. y vto. describe los objetos que vió en manos de los sindicados, que vienen a ser exactamente algunos de los descritos por los ofendidos".

2o. Análisis de la prueba de cargo.

Ya se ha visto que para los sentenciadores, según lo transcrito, la demostración procesal de que Grajales participó en el delito descanza, primordialmente, en el testimonio de Evelia García, mujer esta que se convirtió en el eje central de la investigación, no solo por su trato y relaciones con algunos de los sindi-

cados, sino por estar en cierta forma ligada a sus actividades ilícitas, aparentemente como encubridora, y ser su residencia antro propicio de antisociales.

Aunque el robo ocurrió en la noche del 24 de mayo de 1.958 y aunque desde el 31 de los mismos, agentes del Servicio de Inteligencia Colombiano establecieron "estrecha vigilancia tendiente a la identificación y localización de elementos que según nuestras informaciones habían participado en la comisión de tal delito y que frecuentaban dicha residencia....", según dice el informe de fls. 4 y vto., referente a la casa de la testigo García, situada en la calle 78 No. 50-B-31 (Medellín), la declarante sólo rindió su primera exposición el 10 de octubre siguiente (fl. 136), en la que se la sometió a un minucioso interrogatorio sobre diversos hechos, cuando ya su esposo -José Enrique Alvarez- también había sido interrogado (fl. 121). Es de anotar, como lo hace el demandante, que en esa misma fecha, por primera vez (fl. 135) aparece en un informe de agentes del Das el nombre de Alfonso Grajales (a. El Frentón) entre "los sujetos que hacen parte en los atracos y acostumbran ir a la citada residencia" (la de la García).

La deponente consignó sus declaraciones en tres diligencias sucesivas. En la primera se refirió, principalmente, a sus antecedentes y relaciones de orden personal con algunos de los procesados; en la segunda hizo el reconocimiento del automóvil utilizado para la comisión del delito, vehículo que se dice era de propiedad del acusado Mejía Callejas, y en la tercera, ya de modo más concreto detalla algunos hechos atinentes al delito y a sus autores, comprometiendo al recurrente.

De lo depuesto por la García interesa transcribir algunos apartes:

"Yo tengo conocimiento de algunas cosas: Lo del asunto de la Florida me pude dar cuenta cuando el estaba empacando una cosa grande y entonces él me dijo 'que a callar, había unas botellas de trago fino ahí y entonces le dije yo a Carlos: 'Carlos por Dios qué es esto?', y entonces él me dijo que 'Cuidadito a callar', 'porque o si no te mato'. Esa noche principió a decir mirá cómo mueren los sapos y entonces le metió un disparo al bombillo; estaban empacando en unas cajas de cartón y ensuchándolas, menos el radio y el trago, el radio y el trago lo vendieron aquí. Un Detective estuvo allá cuando eso y yo me pude dar cuenta que era un detective porque Carlos decía 'Hombre que se dieran cuenta que estuvo aquí un detective viendo esto', refiriéndose a los objetos que estaban empacando y sé que el radio y el trago lo vendieron en Medellín por conducto de un Augusto y que es muy conocido en el Sic. Ese mismo Detective cuando cogieron a Trejos y lo llevaron a la permanencia el fué y lo sacó y Trejos no perdió si no (sic) el revólver y una plata que eran como trescientos pesos. Eso lo supe porque los oí conversando en la pieza por la noche. Ahí llegó Carlos y Luque muy asustados y entonces cogieron el teléfono y localizaron a Augusto y entonces Augusto le avisó al Detective y el Detective vive por la América eso lo supe oyéndolos. Eso fue antes o pocos días antes del atraco a la Florida. Yo vi a CARLOS empacando fué al otro día del atraco a La Florida. El mismo día del atraco a la Florida, llegó a la casa el sujeto que llaman el frentón, según yo vi en la prensa que hasta el hombre usa galas, creo que fué por unos cheques, porque según creo él trabaja con Arturo Zapata en robar con unos cheques por todas partes. Llegó el frentón y llevaba un paquetico en la mano y lo puso en la sala y le dije yo qué es esto y cogí el paquete y ahí mismo me lo arrebató y siempre pude ver que era un poncho. El frentón estuvo por ahí como a las siete de la noche y cuando llegó el frentón

estaba CARLOS, LUQUE, TREJOS en el cuarto de CARLOS. Ellos estaban afanadísimos y salieron, hasta el otro día que llegaron. Yo no me di cuenta a que horas regresarían esa noche, porque uno, según me dijeron se entró por el tejado y le abrió la puerta a los otros y seguramente fué cuando entraron las cosas. Los objetos que empacaron y enzuncharon los despacharon a HERNAN MAYA a Bogotá, yo me di cuenta que los objetos los habían mandado a donde MAYA porque oí a CARLOS que dijo: 'las cositas se las (sic) mandó a Maya a Bogotá'. Yo sospeché que las cosas que estaban empacando eran del atraco a la Florida porque ya JUDITH me había leído la noticia".

"PREGUNTADA: Usted sabe quienes intervinieron en el asalto a la Florida? CONTESTO: CARLOS ALBERTO MEJIA' OSCAR LUQUE, NESTOR TREJOS, 'EL FRENTON' que ahora que me acuerdo se llama ALFONSO GRAJALES, GILDARDO BUSTAMANTE el que llaman 'mechas' el que mataron los del Sic. o sea PABLO RUIZ y no sé de más. PREGUNTADA: Y cómo supo que ellos eran los que habían intervenido en ese asunto? CONTESTO: Yo supe eso porque yo los oí conversando en el cuarto le oí yo a CARLOS que dijo: 'la parte del frentón de Gildardo y de Pablo Ruiz ya se arregló, eso se lo estaba diciendo a LUQUE me parece. También vi como un botellón con una cosa como larga larga, que es como para pintar al duco y por eso fué que tuvieron un disgusto, no supe porqué, pero creo que el disgusto fué porque el muchachón el que murió quería quedarse con eso. Carlos se dió cuenta de que seguramente yo estaba oyendo y fué cuando salió y dijo que viera como morían los sapos y luego hizo un disparo".

"PREGUNTADA: En síntesis nuevamente sírvase decir cuáles fueron los que intervinieron en el asalto a la Florida, de que usted tenga conocimiento? CONTESTO: CARLOS MEJIA CALLEJAS, alias el rolo, NESTOR TREJOS MARIN, OSCAR LUQUE PELAEZ, GILDARDO BUSTAMANTE al que apodan el "Mechas" ARTURO ZAPATA que sé que está detenido, ALFONSO GRAJALES ese que llaman el 'frentón', el que mataron los detectives que es PABLO RUIZ y yo no sé de más". (folios 144, 145 y 148 v).

Al surtirse la segunda instancia, el Tribunal, con base en el artículo 63 del Decreto 0014, ordenó la práctica de algunas pruebas, lo que hizo por providencia de 22 de marzo de 1.962. Aparte de la declaración extrajuicio rendida por la testigo Evelia García (folio 534), ésta fue de nuevo examinada por la Inspección Segunda Departamental General de Policía el 29 de mayo de 1.962, oportunidad en la cual expuso, no sin antes, dentro de la misma diligencia aseverar que el individuo a quien denominó el 'frentón' no estaba en la fila formada para su reconocimiento por la oficina instructora:

"..... PREGUNTADA EN LA OFICINA: Sírvase decir, bajo la gravedad del juramento que acaba de prestar, si conoce usted al señor Luis Alfonso Grajales Vanegas, caso afirmativo, dónde lo conoció, qué relaciones o negocios tiene o ha tenido con el mencionado? CONTESTO: No lo conozco, conozco a un Alfonso, que le dicen el frentón y que está en la calle actualmente y estuvo detenido. No le dicen por el apellido de Grajales. PREGUNTADA. Sírvase decir si usted dió la declaración que se le pone de presente y si la firma que allí aparece y que reza 'Elvia García de A', es la suya, la misma que

usa en todos los actos públicos y privados (se le leyó íntegramente el texto de la declaración aludida, que obra a fl. 534 vto. de este expediente). CONTESTO Esa declaración sí la rendí yo y esa es la firma, la que uso en todos mis actos públicos y privados (se refiere a la declaración rendida ante la Inspección Quinta Mpal. de Pcía. de Medellín el 22 de marzo del presente año.) PREGUNTADA: Usted dice en la mencionada declaración, que se le acaba de leer de nuevo, que conoce personal y directamente a Luis Alfonso Grajales Vanegas, desde hace mucho tiempo. Sírvase decir a cuál Luis Alfonso Grajales Vanegas se refirió?. CONTESTO: A un Alfonso Grajales que vivió en mi casa cuando vivió también allí el Rolo Mejía y que me lo he encontrado en la calle y que me ha amenazado, a él le decían Alfonso Vanegas, Alfonso Grajales, 'El Frentón' y todos esos nombres. PREGUNTADA: Usted dice o dijo en la citada declaración rendida ante la Inspección Quinta que Luis Alfonso Grajales Vanegas, quien pedía esa declaración de usted y a quien usted conoce personal y directamente desde hace mucho tiempo, no es el mismo Alfonso Vanegas (El Frentón) a quien se refirió en las declaraciones que rindió dentro del negocio penal a raíz del robo al Club La Florida. Díganos entonces, cuál es el Luis Alfonso Grajales Vanegas, a quien usted se refirió en las anteriores declaraciones sobre el robo mencionado?. CONTESTO: Es que yo no conozco sino al frentón nada más, el que está en la calle; según una cita que me llevaron a la casa como que hay otro Alfonso Grajales Vanegas detenido pero a éste no lo conozco. PREGUNTADA: Entonces usted no conoce a Luis Alfonso Grajales Vanegas, que según noticias tiene, como lo acaba de decir, está detenido, cómo hace para decir, si no lo conoce, que ese no es el 'Frentón'?. CONTESTO: Es que yo no conozco al que dicen que está detenido. PREGUNTADA: A solicitud de quién rindió usted la declaración en la Inspección Quinta y qué quizo decir cuando declaró que conocía a Luis Alfonso Grajales Vanegas, personalmente y desde hacía mucho tiempo?. CONTESTO: No sé a solicitud de quién, a mí me llamaron allá a rendir esa declaración, me preguntaron por ese Alfonso que yó me he encontrado en la calle".

3o. Si, como se vé, la prueba de cargo contra el recurrente Luis Alfonso Grajales descansa de modo exclusivo sobre el testimonio de la mujer Evelia García, difícilmente podrían darse por probados los hechos aducidos como indicios en contra del acusado. En efecto, no puede darse por cierto, frente al artículo 203 del C. de P. P., que Grajales haya estado en la casa de la testigo el día del atraco; tampoco que haya participado en la comisión del delito y que por dicha participación hubiera recibido parte de los efectos robados.

Más exactamente, con esa sóla testificación contradicha y proveniente de persona que aparece vinculada a la empresa criminal como encubridora, con antecedentes que hacen sospechosa por varios aspectos su deposición, entre ellos ser traficante de marihuana o afecta a este estupefaciente, en manera alguna habría lugar a afirmar que dicho testimonio constituye indicio necesario, dentro de las exigencias impuestas por el artículo 218 del C. de P. P., en armonía con el 223 ibídem. A la postre, más que un indicio contra el acusado, el testimonio de la García funda una sospecha, tal vez un indicio grave, que jamás haría plena prueba conforme a derecho.

4o. En tales circunstancias, la sola convicción moral que las instancias hayan podido formarse para su decisión condenatoria en cuanto el acusado Grajales, no es suficiente de acuerdo con las normas de procedimiento que regulan

os presupuestos probatorios, lo que permite concluir, obviamente, que al susodicho testimonio se le atribuyó un valor incriminatorio que no tiene, lo que dá viabilidad a la causal 2a. de casación.

5o. Consecuente con lo anterior la Corte halla fundada la causal 2a. la que al prosperar dá lugar a proceder de acuerdo con lo ordenado en el ordinal a) del artículo 570 del C. de P. P., sustituyendo el fallo condenatorio al recurrente con la decisión absolutoria.

6o. En cuanto a la causal 5a. invocada también por el señor apoderado la Corte no precisa hacer examen alguno de fondo, dado que prospera el cargo principal contra la sentencia, pero observa que carece de fundamento la aludida causal ya que el fallo en su contenido y motivación no quebranta las normas procesales a que alude el acusador.

7o. Respecto a Néstor Trejos Marín, en cuyo favor no se formuló demanda de casación se declarará desierto el recurso.

DECISION

Por lo expuesto, la Corte Suprema -Sala Penal-, oido el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1o. INVALIDAR la sentencia recurrida en relación con el acusado LUIS ALFONSO GRAJALES VANEGAS, para en su lugar ABSOLVERLO por el delito de robo imputado en este proceso;

2o. Como el procesado Grajales Vanegas está detenido por esta causa, telegráficamente dése orden de libertad al señor Director de la Carcel del Distrito Judicial de Medellín; y

3o. Declárase DESIERTO el recurso de casación interpuesto en este mismo proceso en relación con NESTOR TREJOS MARIN a quien se condena en costas.

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

Simón Montero Torres.- Samuel Barrientos Restrepo.- Julio Roncallo Acosta.- Humberto Barrera Domínguez.- Gustavo Rendón Gaviria.- Primitivo Vergara Crespo.- José Amadeo Rey, Oficial Mayor.

DELITO DE ESTAFA

Proceso rituado conforme a las normas del Decreto 0014 de 1.955. Maniobras engañosas para inducir en error a la victima. Causales 4a., 1a. y 2a. de casación. Supuestos vicios de nulidad procesal de orden constitucional y legal.

1. La nulidad constitucional de que da cuenta el demandante y para cuya sustentación hace expresa cita de los arts. 143 y 26 de la Carta, 92 del C. de P. P. y 64 del Decreto 0014 de 1.955, carece en absoluto de todo fundamento porque en manera alguna el representante del Ministerio Público -no obligado a intervenir en juicios de esta naturaleza- debe, de modo expreso, manifestar su voluntad de no intervenir, la que tácitamente resulta de su abstención, no obstante haber recibido las notificaciones del caso.

2. La nulidad constitucional, que ha sido elaborada por la doctrina en desarrollo del art. 26, mira especialmente a mantener en pleno ejercicio las garantías de la persona humana, su natural derecho de defensa y la legalidad del juicio, procurando evitar que se quebranten normas tutelares del sujeto pasivo de la acción penal.

3. Respecto a la nulidad que se hace consistir en que hubo error en la denominación jurídica de la infracción, la impugnación del fallo es también infundada. En los procesos por delitos contra la propiedad que se tramitan conforme al Decreto 0014, la calificación que a los hechos se dé en el auto de detención es una calificación de orden provisional, como ocurre en el procedimiento ordinario. Los jueces del conocimiento, en primera o segunda instancia, de acuerdo con ese especial trámite, tienen plena autonomía para en la sentencia hacer la calificación definitiva del delito, y no es pertinente hablar de nulidad por error en la denominación jurídica de la infracción, sin mediar auto de proceder, refiriéndola a la sentencia porque todo debate sobre la naturaleza del delito en esta oportunidad y dentro de los límites del Decreto 0014 tendría que apoyarse y alcanzar su demostración solo a través de la causal segunda como principal y primera como consecuente.

4. La indebida aplicación de los ordinales primero y noveno del art. 37 del C. P., cargo que debió apoyar el recurrente en la causal segunda, realmente no tuvo ocurrencia. El citado ordinal primero nada tiene que ver con el art. 3o. del Decreto 0014 de 1.955, pues las normas de éste, tratándose de delitos, tienen aplicación sólo para el trámite a que deben ceñirse los procesos. Y en cuanto al ordinal noveno del citado art. 37, su aplicación fue jurídica, así no hayan resultado condenadas otras personas en el proceso, cuestión ésta que se explica en el fallo recurrido y con las razones que atinadamente trae en su vista el señor representante del Ministerio Público. El

modus operandi en la comisión del ilícito, la treta urdida para llevarlo a cabo, están indicando la complicidad de otras personas distintas al acusado, previamente concertada, para el cabal logro del propósito criminal.

5. La causal segunda invocada tampoco tiene asidero legal y se la formula con los mismos razonamientos aducidos en torno a la causal cuarta, es decir, tratando de demostrar que hubo error en la denominación jurídica del delito. Si el cargo no prospera por motivo de nulidad, mucho menos puede prosperar alegando error del *ad quem* en la apreciación de los hechos de que trata el proceso, pues, para el éxito de la causal segunda habría sido del todo indispensable evidenciar que los elementos de juicio tomados en cuenta por las instancias no establecían el reato sancionado por ellas sino el que afirma el impugnador se cometió por su poderdante, empeño para el cual no aporta consideraciones valederas y atinentes a la naturaleza del motivo invocado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, veintitrés de junio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

Procede la Corte, surtidos los trámites de rigor, a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensa contra la sentencia proferida el 24 de noviembre de 1.962 por el Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual condenó a ARMANDO AMAYA BLANO o BENJAMIN AMAYA BLANCO o PEDRO CASTIBLANCO o PEDRO BLANCO (A. "El Llanero"), como responsable del delito de estafa, a las penas principales de cuarenta meses de prisión y multa de $ 33,33, aparte de las correspondientes sanciones accesorias.

HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

1o.) Dieron origen a este juicio sumario (rituado conforme a las normas del decreto 0014 de 1.955) los hechos que aparecen resumidos en la sentencia de primer grado, proferida por el Juzgado Cuarto Superior de Bogotá, en estos términos:

"El 1o. de marzo de mil novecientos sesenta y dos se presentó en Guateque un sujeto que dejo llamarse Armando Amaya en compañía de otro de nombre Pedro Moreno y manifestaron que estaban buscando en compra unas esmeraldas que el primero deseaba comprar y para el efecto se entrevistaron con Pedro Ruiz Mesa el cual les informó que podría ayudárselas a conseguir en Bogotá; entonces se trasladaron a esta ciudad en donde Ruiz Mesa recibió de Juan Aragón unas en comisión por valor de $40.000.00; Amaya se hizo pasar ante este como hombre de mucho dinero y de mucha honorabilidad; Ruiz lo citó a la Caja Colombiana de Ahorros en donde tenia las piedras en una cajilla y en donde las vió el falso comprador; pero le dijo que debia llevarlas al Hotel Granada, apartamento 406 para que las viera un hermano suyo que era ingeniero y sabia de joyas para que le diera el visto bueno; Ruiz se las llevó, las tomó el hermano y dijo que se las iba a mostrar a su señora, detrás salió Armando y Ruiz

se quedó esperando que volvieran y allí estuviera todavía si no se le informara que habían desaparecido".

2o.) De acuerdo con las modalidades de los hechos reseñados, desde la instrucción, para efectos del auto de detención preventiva, el cargo fué considerado como delito de estafa, modalidad que las instancias mantuvieron al proferir los correspondientes fallos. Esta calificación jurídica es la acertada, dado que el fraude se consumó por parte de sus ejecutores con el empleo de maniobras engañosas que indujeron en error a la víctima.

3o.) El juzgador de primer grado impuso al acusado Amaya, Castiblanco o Blanco la pena privativa de la libertad de cuatro años de prisión, ateniéndose al art. 408 del Código Penal y Decreto 2184 de 1.951, previa consideración de que "no tiene derecho a la aplicación de los mínimos contemplados en la citada disposición penal por ser un sujeto que ha revelado índice de mayor peligrosidad". Con este criterio tuvo en cuenta el juzgado una pena base de tres años, intensificada en uno más, en razón de lo dispuesto en el artículo 410.

4o.) El *ad quem* modificó la penalidad principal en la forma anteriormente expuesta, teniendo en cuenta las mismas disposiciones penales y cargando de manera específica como circunstancias de mayor peligrosidad, las previstas en los ordinales 1o. y 9o. del artículo 37.

DEMANDA DE CASACION

Con poder especialmente conferido para el efecto formuló la correspondiente demanda de casación el doctor Fernando Pardo Quintana, en el escrito que obra de folios 10 a 15 del cuaderno de la Corte, ceñido a las exigencias formales del recurso. Previa la relación de los hechos, se ocupa de la impugnación del fallo del Tribunal alegando las causales cuarta, primera y segunda, de las previstas en el artículo 567 del C. de P. P.

Causal cuarta. Son dos los cargos que se formulan al fallo por supuestos vicios de nulidad en la actuación procesal, el primero de orden constitucional, y el segundo por nulidad legal.

La nulidad constitucional la concreta el impugnador en estos términos:

"El señor Juez 4º. Superior de Bogotá, por auto de 30 de julio de 1.962 (folio 164 primer cuaderno) ordenó correr el traslado del proceso a las partes, para los fines determinados en el art. 63 del Estatuto conocido, por el término de 5 días. Como el Fiscal del juzgado 4º. Superior NO HABIA MANIFESTADO SU VOLUNTAD DE NO INTERVENIR, debió correrle el traslado al Ministerio Público, omisión de entidad en este juicio, que conduce al nacimiento de un vicio de nulidad de orden constitucional por incumplimiento o quebrantamiento de las formalidades propias para el juzgamiento de mi poderdante.

"El Ministerio es una parte en el proceso penal que tiene el privilegio procesal de que los traslados para él no se surten en la Mesa de la Secretaría, lo que implica en consecuencia que se violó el art. 26 de la Constitución Nacional al omitirse el traslado al Ministerio Público que no había manifestado su voluntad de no intervenir en el proceso, violándose los arts. 92 y 95 del C. P. P. que señalan formalidades esenciales en el juzgamiento para el ejercicio de la

acción penal que corresponde al Ministerio Público, y que no fue renunciada, repite, la intervención suya en este proceso".

La nulidad legal la ubica el señor apoderado en la causal octava del artículo 198 del C. de P. P. "error relativo a la denominación jurídica de la infracción", por cuanto, en su opinión, el cargo resultante al acusado es el de abuso de confianza y nó el de estafa. La nulidad se generó en el auto de detención preventiva que "en esta clase de juicios, tiene su equivalencia jurídica y procesal, al enjuiciamiento penal en el procedimiento ordinario, y por esa razón jurídica, hay apertura a pruebas para que el acusado pueda ejercer el derecho de su defensa".

Causal primera. Por dos aspectos entiende el acusador que hubo en la sentencia violación de la ley penal sustantiva, a saber:

1º. Porque se aplicó erradamente el artículo 408 del C. P., que define y sanciona el delito de estafa, en lugar de 412, referido, para iguales efectos, al abuso de confianza. Este planteamiento viene a ser obligada secuencia del cargo de nulidad legal ya enunciada.

2º. "La sentencia recurrida aplicó indebidamente los numerales primero y noveno del art. 37 del C. P.". Este cargo lo expone la demanda en estos términos:

"En el proceso no hay constancia alguna de sentencias condenatorias proferidas contra mi poderdante con anterioridad a este proceso violándose el Art. 3o. del Decreto-ley No. 0014 de 1.955, que es la norma que rige para la agravación penal en esta clase de procesos.

"Dice el numeral 9o. del Art. 37 del C. P. 'El obrar con la complicidad de otro, previamente concertada'. Por este aspecto formulo acusación así: En el proceso no se profirió sentencia condenatoria contra persona alguna por complicidad en el delito que se le imputó a mi mandante. Es más se profirió sentencia absolutoria en favor de Luis Hernando Moreno Morales, que fue confirmada por el fallo recurrido, luego resulta que se aplicó indebidamente el art. 37, numeral 9o. que no era de aplicación por no darse esa situación jurídica en el proceso, conforme las sentencias de primera y segunda instancia. Y aplicó indebidamente el Art. 410 del C. P. ya que para la graduación de la pena debió tenerse el art. 414 ibídem.

"Y como consecuencia, por las razones expuestas, igualmente el fallo recurrido aplicó indebidamente el Art. 39 del C. P.".

Causal segunda. A través de ésta el impugnador se limita a insistir en su planteamiento de que hubo error en la denominación jurídica del ilícito, afirmando que incurrió el sentenciador en "falsa interpretación u apreciación de los hechos investigados", y que "no se le dió el exacto valor jurídico y probatorio como elemento configurativo del delito de abuso de confianza" a esos mismos hechos, ya que "las joyas fueron entregadas por su dueño para su estudio, para su observación, para los fines de una negociación que se frustró porque se adquirió un aprovechamiento ilícito para configurarse el abuso de confianza".

DICTAMEN DEL MINISTERIO PUBLICO

Con generosa extensión el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal examina en su respuesta los cargos hechos por el demandante a la sentencia

recurrida, a efecto de demostrar que la acusación carece de todo fundamento y que, por tanto, el recurso de casación no puede en manera alguna prosperar. En las consideraciones que habrá de hacer la Sala en esta providencia recogerá, por ser jurídicamente apreciables, los principales argumentos de la Procuraduría Delegada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1a. La nulidad constitucional de que dá cuenta el demandante y para cuya sustentación hace expresa cita de los artículos 143 y 26 de la Carta, 92 del C. de P. P. y 64 del Decreto 0014 de 1.955, cárece en absoluto de todo fundamento porque en manera alguna el representante del Ministerio Público -no obligado a intervenir en juicios de esta naturaleza- debe, de modo expreso, manifestar su voluntad de no intervenir, la que tácitamente resulta de su abstención, no obstante haber recibido las notificaciones del caso.

2a. De otra parte, la nulidad constitucional, que ha sido elaborada por la doctrina en desarrollo del artículo 26, mira especialmente a mantener en pleno ejercicio las garantías de la persona humana, su natural derecho de defensa y la legalidad del juicio, procurando evitar que se quebranten normas tutelares del sujeto pasivo de la acción penal. Ninguna hipótesis en este sentido cabría insinuar en el caso sub judice por lo que es motivo de cargo en este punto de la demanda.

3a. Respecto a la nulidad que se hace consistir en que hubo error en la denominación jurídica de la infracción, la impugnación del fallo es también infundada. En los procesos por delitos contra la propiedad que se tramitan conforme al Decreto 0014, la calificación que a los hechos se dé en el auto de detención es una calificación de orden provisional, como ocurre en el procedimiento ordinario. Los jueces del conocimiento, en primera o segunda instancia, de acuerdo con ese especial trámite, tienen plena autonomía para en la sentencia hacer la calificación definitiva del delito, y no es pertinente hablar de nulidad por error en la denominación jurídica de la infracción, sin mediar auto de proceder, refiriéndola a la sentencia porque todo debate sobre la naturaleza del delito en esta oportunidad y dentro de los límites del Decreto 0014, tendría que apoyarse y alcanzar su demostración sólo a través de la causal segunda, como principal, y primera, como consecuente.

Tiene razón el distinguido colaborador Fiscal cuando advierte "que si, según el demandante, se trata en este caso de un error 'conforme los hechos investigados', por 'una errada interpretación de la realidad procesal' y porque 'se dió una equivocada apreciación jurídica a los hechos', la cuestión planteada no podía ser materia de la causal cuarta de casación, sino de la segunda que versa, como bien se sabe, sobre la errada interpretación o apreciación de los hechos".

4a. Respecto de los cargos que tienen que ver con la causal primera, nada hay que considerar en lo que dice a la violación o indebida aplicación de los artículos 408, 410 y 412 del C. P., ya que lo dicho en la demanda para sustentar la impugnación se refiere al mismo planteamiento hecho en torno a la nulidad de tipo legal.

La indebida aplicación de los ordinales primero y noveno del artículo 37 del C. P., cargo que debió apoyar el recurrente en la causal segunda, realmente no tuvo ocurrencia. El citado ordinal primero nada tiene que ver con el artículo 3º.

del Decreto 0014, pues las normas de éste, tratándose de delitos, tienen aplicación sólo para el trámite a que deben ceñirse los procesos. Y en cuanto al ordinal noveno del citado artículo 37, su aplicación fué jurídica, así no hayan resultado condenadas otras personas en el proceso, cuestión esta que se explica en el fallo recurrido y con las razones que atinadamente trae en su vista el señor Representante del Ministerio Público. El modus operandi en la comisión del ilícito, la treta urdida para llevarlo a cabo, están indicando la complicidad de otras personas distintas al acusado, previamente concertada, para el cabal logro del propósito criminal.

Acerca de la invocación de la causal primera por los aspectos señalados, el colaborador fiscal expresa:

"En cuanto al primer punto cabe decir que el demandante pierde de vista lo sostenido por él mismo en su demanda, que, por lo demás es lo legal, esto es, que la aplicación del Decreto Legislativo número 0014 en el presente caso se debe a lo ordenado por el artículo 81 del mismo estatuto, el cual, 'para los delitos contra la propiedad, de que conozca la justicia ordinaria', extiende el procedimiento especial, configurado en el Capítulo Quinto de dicho Decreto, al juzgamiento de los estados de especial peligrosidad.

"Así, pues, que siendo única y exclusivamente aplicable al delito investigado en este caso y por la justicia ordinaria, el procedimiento especial de juzgamiento, no puede tener aplicación alguna el artículo 3º. del mismo Decreto, que considera violado el demandante.

"Se encierra un sofisma en lo que se refiere a la presentación del segundo punto, porque si fué cierto que fué absuelto el procesado Luis Hernando Moreno Morales, que podía ser uno de los cómplices de Amaya Blanco, es evidente que quedaba el otro: aquel que presentó como su hermano ingeniero en la entrevista del Hotel Granada y quien, una vez que tuvo en sus manos las esmeraldas, desapareció con ellas y más detrás el actor principal, Amaya Blanco.

"Pero como éste negó rotundamente, durante todo el curso del proceso, las actuaciones que le fueron imputadas, desde su viaje a Guateque hasta lo manifestado a los detectives que lo capturaron, no hubo forma de capturar a dicho compinche, o de emplazarlo, nombrarle defensor, etc. etc., pues de él no se supo ni siquiera su nombre.

"En todo esto parece que hubo una deficiente investigación, porque no se insistió en la pista del Hotel Granada, a fin de determinar quienes habían sido alojados en el apartamento número 406, el día de los hechos. (ft. 11, cuad. 1o.).

"Así las cosas, bien puede afirmarse que no hubo una errada interpretación de las causales de mayor peligrosidad, ya que no deben confundirse 'los antecedentes de depravación y libertinaje' con la 'mala conducta anterior', definida en la causal segunda de mayor peligrosidad ni con la reincidencia misma, comprobables estas dos últimas con las sentencias condenatorias impuestas al procesado".

5a. La causal segunda, última invocada por el señor apoderado, tampoco tiene asidero legal y se la formula con los mismos razonamientos aducidos en torno a la causal cuarta, es decir, tratando de demostrar que hubo error en la denominación jurídica del delito. Si el cargo no prospera por motivo de nulidad, mucho menos puede prosperar alegando error del ad-quem en la apreciación de los hechos de que trata el proceso, pues, para el éxito de la causal segunda habría sido del todo indispensable evidenciar que los elementos de juicio tomados

en cuenta por las instancias no establecían el reato sancionado por ellas sino el que afirma el impugnador se cometió por su poderdante, empeño para el cual no aporta consideraciones valederas y atinentes a la naturaleza del motivo invocado.

6a. Todo lo anteriormente expuesto lleva a la conclusión de que el recurso no prospera y que procede desecharlo, como lo previene el artículo 569 del C. de P. P.

DECISION:

En consecuencia, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal- de acuerdo con la opinión fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DESECHA el recurso extraordinario de casación a que se ha hecho mérito y ORDENA devolver el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Simón Montero Torres.- Humberto Barrera Domínguez.- Samuel Barrientos Restrepo.- Gustavo Rendón Gaviria.- Julio Roncallo Acosta.- Primitivo Vergara Crespo.- Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO. CAUSALES 3a. y 4a. DE CASACION PENAL

Acusación de la sentencia por no estar en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, por violación de la ley procedimental y por presunta nulidad constitucional. Técnica deficiente de la demanda. Motivos a que se refiere el ord. 3o del art. 567 del C. de P. P. Interpretación del ord. 5o. del art. 363 del Código Penal

"Hay lugar a casación -dice el art. 567 del C. de P. P.: 3a. Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o en desacuerdo con el veredicto del Jurado".

Son dos las situaciones relacionadas en la disposición que se deja transcrita:

1a. Desacuerdo entre la sentencia y los cargos formulados en el auto de proceder; y

2a. Desacuerdo entre la sentencia y el veredicto del Jurado.

Según ello, en juicios ordinarios, en los que no ha existido la intervención del Jurado, es posible, desde luego, alegar el primer motivo para demandar la casación de una sentencia. Pero cuando el proceso se ha ventilado ante los Jueces Superiores y con intervención del Jurado, "no es atinado proponer el primer motivo de la causal tercera del art. 567 del C. de P. P., porque el desacuerdo que pueda existir no es entre la sentencia y el auto de proceder sino entre el veredicto y el mencionado auto", o bien entre la sentencia y el veredicto del Jurado, que es el segundo motivo de la causal tercera.

Los hechos narrados en el auto de proceder y las conclusiones que de ellos se derivan, en juicio ante el Jurado son apreciados por éste, que es, a la postre, el que viene a afirmar la responsabilidad del acusado y a señalar las circunstancias en que el delito se produjo. Si el veredicto se aparta fundamentalmente de las demostraciones procesales y peca así contra la lógica, el Juez puede hacer uso de la facultad que le concede el art. 537 del C. de P. P. En cambio, si es la sentencia la que se aparta del veredicto, contra ella cabe alegar el segundo motivo de impugnación que señala la causal 3a. del art. 567 del mismo estatuto. Y si en el proceso no actuó el Jurado, es lícito, entonces sí, alegar como causal de casación la contradicción entre el auto de proceder y el fallo respectivo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, veinticuatro de junio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Samuel Barrientos Restrepo)

VISTOS:

Contra la sentencia de 12 de septiembre de 1.963, por medio de la cual el Tribunal Superior de Neiva condenó a Luis Antonio Reyes Rodríguez a la pena principal de quince (15) años de presidio y accesorias de rigor, como responsable del delito de homicidio, recurrió en casación el defensor del procesado.

Sustanciado el recurso, es el momento de decidir.

HECHOS:

Conviene, para mejor comprensión de la situación jurídica planteada, hacer la relación de los hechos de que da cuenta este expediente. Estos fueron narrados por el testigo Isaac Silva, en los siguientes términos:

"Estando yo con la señora María Gómez Cedeño, en la casa de Cándida Tole, bajaron por el camino real abajo, Víctor Tafur y Luis Reyes, quienes no pasaron por la puerta del camino, sino que se metieron a una mata de guadua, en el mismo momento subió se a caballo un señor a quien no conocí, y éste traía en el anca del caballo a Eduardo Cubillos, y los mencionados Tafur y Reyes salieron al encuentro de los que digo que iban de a caballo y éstos pararon la bestia y bajaron al señor Eduardo Cubillos del anca de la bestia, pero éste se les escapó y salió corriendo para la planada y como en la mitad de ella, le agarraron por la falda de la camisa, y éste se les escapó por segunda vez, entonces los perseguidores Tafur y Reyes, lo siguieron haciéndole atajo en el camino de ir para la Soledad y allí nuevamente lo cogieron debajo de un higuerón grande, y fue entonces cuando yo oí que le estaban dando machete como quien le estaba dando a una piedra, seguido de esto, yo y la señora María Gómez, oímos una voz que dijo: ¡hay me mató! y fue cuando se silenció todo y no oímos más nada....".

Hechas las investigaciones correspondientes, demostrado el cuerpo objetivo o material del delito y la responsabilidad penal de Luis Antonio Reyes, Víctor Manuel Tafur y Heliodoro Venegas, como autores de los hechos narrados, el señor Juez Superior de Neiva, por auto de 15 de enero de 1.962, llamó a juicio, ante Jurado, a los mencionados individuos.

El Tribunal popular afirmó su responsabilidad, al cumplirse la audiencia pública, el 12 de febrero de 1.963.

Con base en el veredicto, el mismo Juzgado Superior de Neiva dictó la sentencia de 25 de febrero de 1.963, en la que condenó a Luis Antonio Reyes Rodríguez a quince años de presidio y sanciones accesorias de rigor. Este fallo fue confirmado por el Tribunal Superior de la misma ciudad, el 12 de septiembre de 1.963.

DEMANDA DE CASACION

El defensor de Luis Antonio Reyes Rodríguez, en breve escrito, demandó en casación la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Neiva. En aquél,

después de un corto recuento de los antecedentes del juicio penal, pues no existe narración de los hechos, se presentan dos causales de casación contra el fallo, en estos términos:

"Acuso la sentencia recurrida por no estar en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, y ser también violatoria de la ley procedimental por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad. Es decir: aduzco contra la sentencia recurrida las causales tercera y cuarta contempladas en el artículo 567 del C. de P. P.".

Luego, se hace la sustentación de las mencionadas causales, y se termina la demanda con estas palabras:

Dejo en estos términos sustentado el recurso de casación propuesto por mí como defensor de Luis Antonio Reyes en este juicio".

Como en realidad no se señalaron las disposiciones violadas por el Tribunal, tampoco se indicó cuál era la decisión que débia tomar la Corte, frente a la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Neiva.

Fue esto lo que hizo decir al señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, lo siguiente:

"Comenta este Ministerio Público que la demanda que se responde no es propiamente ejemplar en su género: no existe un régimen lógico-jurídico que discrimine y discurra sobre cada uno de los cargos enunciados y que logre, evidentemente, su demostración. Las acusaciones al fallo se formulan con meros asertos axiomáticos sin preocupación por hallarles una vía de justificación acomodada al raciocinio de derecho. No obstante el Despacho responde a los cargos así:

Al 1o. "No hay ambiguedad alguna en la forma como fue llamado Reyes a juicio tal como se desprende de la lectura cuidadosa de los anteriores párrafos; en ningún momento se quizo (sic) contemplar su situación en forma distinta a la que previene el art. 363 del C. P. en su ordinal 5o.".

"Ninguna discrepancia existe entre los cargos formulados y el auto de vocación a juicio y la sentencia".

"El pensamiento del Juzgado al llamar a juicio a Reyes en el sentido de colocar el homicidio que se le incriminaba dentro de la circunstancia de asesinato prevista por el art. 363 del C. P. en su ordinal 5o.," es meridianamente claro".

Como consecuencia de lo anterior pide el señor Procurador que se deseche la causal tercera de casación.

Al 2o. "En lo que refiere a las acusaciones basamentadas en la causal 4a. y que proponen una presunta nulidad supralegal por violación del art. 26 de la Constitución los cargos resultan inanes a través de estas simples consideraciones:

"Demostrado como quedó que la formulación de cargos al procesado en el auto de llamamiento a juicio se extendió a considerar el homicidio que perpetrara en Cubillos Garzón caracterizado por la modalidad de asesinato contenida en el numeral 5o. del art. 363 C. de P., el cuestionario que se propuso al Jurado, y que éste en su momento resolvió, fue absolutamente consonante con los cargos incluídos en el auto de vocación a juicio. No se halla, pues, ninguna vía-

lación a las garantías de defensa que consagra el art. 26 de la Carta. Dentro de este orden de ideas la causal 4a, invocada tampoco puede considerarse como justificada por el demandante".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

A pesar de la insuficiencia de la demanda de casación, la Corte contestará los cargos hechos contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, siguiendo así la insinuación del señor Agente del Ministerio Público.

Causal tercera. "Hay lugar a casación -dice el art. 567 del C. de P. P.-: 3o. Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o en desacuerdo con el veredicto del jurado".

Son dos las situaciones relacionadas en la disposición que se deja trascrita:

1a. Desacuerdo entre la sentencia y los cargos formulados en el auto de proceder; y

2a. Desacuerdo entre la sentencia y el veredicto del Jurado.

Según ello, en juicios ordinarios, en los que no ha existido la intervención del Jurado, es posible, desde luego, alegar el primer motivo para demandar la casación de una sentencia. Pero cuando el proceso se ha ventilado ante los jueces superiores y con intervención del Jurado, "no es alinado proponer el primer motivo de la causal 3a. del art. 557 del C. de P. P., porque el desacuerdo que pueda existir no es entre la sentencia y el auto de proceder sino entre el veredicto y el mencionado auto", o bien entre la sentencia y el veredicto del Jurado, que es el segundo motivo de la causal tercera.

Los hechos narrados en el auto de proceder y las conclusiones que de ellos se derivan, en juicio ante Jurado, son apreciados por éste, que es, a la postre, el que viene a afirmar la responsabilidad del acusado y, a señalar las circunstancias en que el delito se produjo. Si el veredicto se aparta fundamentalmente de las demostraciones procesales y peca así contra la lógica, el Juez puede hacer uso de la facultad que le concede el artículo 537 del C. de P. P. En cambio, si es la sentencia la que se aparta del veredicto, contra ella cabe alegar el segundo motivo de impugnación que señala la causal 3a. del artículo 567 del mismo estatuto. Y si en el proceso no actuó el Jurado, es decir, entonces sí, alegar como causal de casación la contradicción entre el auto de proceder y el fallo respectivo.

Por este aspecto, pues, fue mal planteada la causal 3a. de casación. Fuera de que, en el auto de proceder, se aceptó como circunstancia calificadora del homicidio cometido por Reyes Rodríguez la señalada en el numeral 5o. del artículo 363 del C. P., circunstancia que fue afirmada por el Jurado. Por lo cual la sentencia que acogió esta veredicción, está perfectamente acomodada a los términos legales, y la sanción impuesta corresponde exactamente al delito cometido y a la personalidad del agente.

La Corte ha dicho, en jurisprudencia citada por el señor Procurador Delegado, que "el precepto del ordinal 5o. (del art. 363 del C. P.) es general al considerar una de las modalidades específicas de asesinato puesto que la radica en 'cualquier circunstancia' que traduzca el aprovechamiento de las condiciones de indefensión o inferioridad del ofendido para darle la muerte. Por lo cual la insidia,

la asechanza, la alevosia o el envenenamiento no son sino ejemplos de los modos perversos y desleales como se puede matar a una persona. Y agrega la misma Corte: en síntesis, conforme al precepto mismo, hay asesinato, no solo cuando el delincuente pone a la víctima en incapacidad de defenderse mediante previas maquinaciones o ardides, sino igualmente cuando la sorprende indefensa sin anteladó despliegue de maniobras, y aprovecha esa situación para realizar el homicidio".

No prospera, en consecuencia, la causal 3a. invocada contra el fallo del Tribunal Superior de Neiva.

Causal cuarta. "Hay lugar a casación: 4o. Cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad".

Para sustentar esta causal, se dice en la demanda de casación, lo que sigue:

"Ahora bien: como se dijo al invocar la causal tercera invocada, en el auto de proceder no se le cargó a Luis Antonio Reyes ninguna actividad definida, realizada por él para poner en condiciones de indefensión a Eduardo Cubillos, actividad que constituyera la circunstancia de la asechanza sino antes bien se dijo que no importaba, para considerar que se había valido de condiciones de inferioridad de la víctima, que no hubiera hecho nada para colocarla en tales determinadas circunstancias. Entonces lo que se adujo contra Reyes fue el numeral quinto del artículo 363 del mismo código. Por consiguiente al cambiar el cargo del numeral séptimo del artículo 37 del C. Penal por el cargo más grave y de consecuencias penales mucho más gravosas, se incurrió en violación del artículo 26 de la Carta, que dispone como garantía para el enjuiciado, que se le juzgue observando las formas propias de cada juicio. Garantía ésta que mira al derecho esencial y sustantivo de defensa.

"La sentencia fue dictada en un juicio viciado de nulidad constitucional y por tanto la causal cuarta de casación debe prosperar contra ella por ser violatoria de la ley procedimental, por la razón anotada".

SE RESPONDE:

En el auto de proceder de 15 de enero de 1.962, el señor Juez Superior de Neiva llamó a juicio a Luis Antonio Reyes Rodríguez, por el delito de homicidio. En la parte motiva de la mencionada providencia, se hicieron estas consideraciones:

"Veamos ahora qué norma violaron con su proceder, y en efecto el art. 363 del C. P., dice: 'El homicidio toma la denominación de asesinato y la pena será de quince a veinticuatro años de presidio, si el hecho previsto en el artículo anterior se cometiere. . . 5o. Con cualquier circunstancia que ponga a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, como la insidia, la asechanza, la alevosía, el envenenamiento; . . .'.

"La jurisprudencia ha comentado este numeral del art. 363, así: 'Para que el homicidio tome la denominación de asesinato en el evento previsto en el numeral 5o. del art. 363, no es necesario que a ese estado de indefensión llegue la víctima por actos previamente preparados por el agente activo del delito, porque la indefensión se caracteriza por la carencia de medios o elementos adecuados pa-

ra repeler el ataque, y en este caso, ella no se configura por el engaño de que puede ser objeto la víctima, sino por la cobardía o deslealtad, por falta de sentido moral, o por el poco o ningún riesgo que corre el delincuente a causa de la inferioridad o indefensión en que se encuentre la víctima; y esta la razón para que la ley repute estos hechos como de excepcional gravedad y los reprima como asesinato. Lo esencial en estos casos, es que se sorprenda a la víctima en estado de indefensión y que esa circunstancia sea aprovechada por el delincuente con notable ventaja sobre las condiciones de inferioridad en que se haya colocado al sujeto pasivo del delito (Corte Suprema, sent. marzo 5 de 1.957, tomo LXII, pág. 769)".

"Si hemos aceptado los testimonios de Isaac Silva y María del Carmen Cedeño como pruebas, no queda duda de que los victimarios en el presente caso pusieron a la víctima en condiciones de no poderse defender, sino huyendo, y a pesar de esto fue perseguida. Y también fue cogida la víctima de sorpresa cuando iba en el anca de un caballo con una persona que no se pudo descubrir quién fuera, y se dice que de sorpresa porque los homicidas buscaron la manera de esconderse en una mata de guadua, desviándose del camino por donde iban".

En los términos anteriores, se situó el homicidio, dentro de la previsión del numeral 5o. del artículo 363 del C. P., de donde se ve que se trata aquí de un asesinato, ya que el hecho se cometió "poniendo a la víctima en estado de indefensión mediante asechanza", tal como se preguntó al Jurado.

No existe, pues, ninguna discrepancia entre el auto de proceder y la cuestión sometida al Jurado y afirmada por éste. Ni la hay tampoco entre el veredicto y la Sentencia. Esta, a la postre, vino a ser la consecuencia necesaria de aquellas premisas.

No prospera, por consiguiente, la causal cuarta, ya que al procesado se rodeó de todas las garantías legales y se le dió la oportunidad para destruir los cargos que se le hicieron.

Por lo expuesto, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal- administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el concepto del señor Agente del Ministerio Público, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva a que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Simón Montero Torres.- Samuel Barrientos Restrepo.- Julio Roncallo Acosta.- Humberto Barrera Domínguez.- Gustavo Rendón Gaviria.- Primitivo Vergara Crespo.- Pioquinto León L., Secretario

DELITOS DE HOMICIDIO AGRAVADO Y LESIONES PERSONALES

Ordinales 4o., 2o. y 1o. del art. 567 del C. de P. P. Observaciones sobre la técnica de casación. Tacha de nulidad constitucional. Alcances jurídicos de la inexequibilidad. Cuando la Corte actúa como tribunal de casación hay que demostrarle lo que se sostiene o afirma, porque este recurso extraordinario no es una tercera instancia. No es lo mismo esbozar un cargo que demostrarlo.

1. Para responder a la tacha de nulidad que el actor plantea al amparo de la causal cuarta, importa observar que los hechos delictuosos a que se contrae el proceso ocurrieron el día 20 de julio de mil novecientos cincuenta y nueve, y que los fallos de primera y segunda instancia fueron pronunciados con fecha 7 de abril de 1.960 y 17 de febrero de 1.961, respectivamente.

La Corte -Sala Plena- profirió la sentencia a que alude el demandante el 24 de junio de 1.961 (Diario Oficial No. 30.582). En consecuencia, mal podía el Tribunal dejar de aplicar al caso sub-judice normas del Decreto Legislativo número 12, de 4 de junio de 1.959, vigente al tiempo de proferir su fallo, puesto que sólo posteriormente fueron declaradas inexequibles por la citada sentencia del 24 de julio de 1.961.

Ha sido abundante la doctrina de la Corte con respecto a los alcances jurídicos de la inexequibilidad. Con notable propiedad, por ejemplo, se dijo sobre el particular en fallo de 5 de agosto de 1.955: "La decisión sobre inexequibilidad no es otra cosa que la declaración jurisdiccional de que el acto acusado no puede ejecutarse por vulnerar o menoscabar la norma constitucional de superior jerarquía: 'La decisión de inexequibilidad se proyecta sobre el futuro y no sobre el pasado; en principio, ella no produce los efectos de una declaración de nulidad absoluta, sino los de una derogatoria de la norma acusada" (Corte Plena, junio 30 de 1.955. Citas indicadas allí). Por tanto las consecuencias del fallo de que se trata no trascienden a las actuaciones cumplidas con anterioridad a él ni borran en lo pasado los efectos que la ley declarada inexequible ha producido regularmente mientras estuvo en vigor". (G. J. Tomo LXXX, 266).

De lo anterior fácilmente se concluye que la declaración de inexequibilidad a que se contrae la memorada sentencia del 24 de julio de 1.961 constituye fundamento de la causal de nulidad prevista en el ordinal 1o. del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal (Incompetencia de jurisdicción), sólo cuando con posterioridad a dicho fallo, los Jueces de Instrucción Criminal, en razón de la facultad que les confería el Decreto Legislativo número 12 de 1.959, hayan proferido sentencia en procesos penales. Este

es, por lo demás, el criterio que esta Sala de la Corte ha reiterado sobre el particular en diferentes oportunidades, entre ellas, en fallo del 14 de marzo de 1.962. (Casación de Germán Zapata García).

2. En innumerables ocasiones ha expresado esta Sala que a la Corte, cuando actúa como Tribunal de casación, hay que demostrarle lo que se sostiene o afirma, porque el recurso extraordinario de que aquí se trata no es una tercera instancia, sino, en esencia, una acción enderezada a desvirtuar un fallo que se presume jurídico. Por tanto, cuando el recurrente invoca la causal segunda, tiene la obligación de examinar a fondo la prueba, a fin de establecer que el Tribunal incurrió en un yerro extremo, que lo llevó a dar por demostrado un hecho que no sucedió, o a negar la realidad del que sí acaeció, o a no tomar en cuenta otro que plenamente se halla acreditado en el proceso.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, veinticuatro de junio de mil novecienos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

Mediante fallo del diecisiete de febrero de mil novecientos sesenta, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán condenó, entre otros procesados, a JULIAN GALEANO, ERNESTO PEREZ CERON, MARCELINO TROCHEZ VITONAS y MANUEL ZAPATA RUIZ (a. "Capitán Metralla"). A los dos primeros se les impuso la pena principal de ocho (8) años de presidio; a los dos restantes, en su orden, la de diez (10) y veinticuatro (24) años de igual pena, más las accesorias de rigor para todos y, en especial, a Zapata Ruiz, la de relegación a una colonia agrícola penal, por un tiempo no menor de seis (6) años, como responsables, según el grado y calidad que la misma sentencia determina, de varios delitos de homicidio agravado y lesiones personales perpetrados el día 20 de julio de 1.959, en la Sección de López, Corregimiento de Tacueyó, Distrito de Toribío, Resguardo de Indígenas del mismo nombre.

Contra el fallo aludido interpusieron oportunamente el recurso extraordinario de casación tanto los procesados Galeano, Pérez Cerón, Trochez Vitonás y Zapata Ruiz como el defensor de los tres primeros, recurso que éste sustentó mediante escrito visible de folios 31 a 34 del cuaderno número 4. No ocurrió lo mismo con respecto al procesado Zapata Ruiz, como se desprende del informe secretarial que obra al folio 49 vto. del cuaderno citado.

ANTECEDENTES

La sentencia recurrida narra en los siguientes términos los hechos que dieron lugar a la formación del proceso:

"Refieren los autos que Gonzalo Ramírez (a. Venganza), comandante de una banda de forajidos que sembró la violencia en diversas regiones del norte del Cauca, fraguó el plan del asalto y asesinato de los indios de apellido Yatacué, en la sección de López, Corregimiento de Tacueyó, Distrito de Toribío, con el pretexto de que los indígenas mencionados eran conservadores e integra-

ban una organización al mando de David Velasco. De conformidad con el plan elaborado por Venganza, los procesados Zapata, Arenas y Serna se encaminaron a la casa de Julián Galeano, quien vivía con su familia en la casa de la finca 'La Romelia', liberal y hombre de confianza, según los infractores, y el 19 de julio de 1.959, se les dió allí comida y alojamiento. Los bandoleros le preguntaron a Galeano por las habitaciones de los 'pájaros' que tenía Saulo Medina en su finca del Distrito de Toribío, y por los indígenas de apellidos Yatacué, a quienes no conocían siquiera. Galeano les dió los datos que pedían y señaló las casas de los Yatacué, situadas en la vereda del otro lado, denominada Aguas Blancas. También les indicó la ubicación de la finca de Saulo Medina, y les advirtió que el mayordomo de Medina era un hombre que no le hacía mal a nadie.

"En la mañana del día 20 de julio de 1.959, los bandoleros salieron de la casa de Galeano con el objeto de cumplir sus designios delictuosos. A eso de las diez de la mañana se encontraron los tres forajidos con Ernesto Pérez Cerón, conocido de ellos, y le preguntaron también sobre el paradero de los 'pájaros conservadores' que tenía Saulo Medina y luego le inquirieron por las casas de los indígenas Yatacué. Pérez Cerón les indicó las casas de estos últimos y antes de despedirse le entregó a Metralla más de cuarenta cartuchos de bala 'U' y además les regaló diez pesos que recibió Metralla.

"Prosiguiendo el camino que los llevaría al lugar de sus propósitos criminales, los malcantes cogieron a cuatro indios que estaban en faenas agrícolas, los amarraron y con ellos se dirigieron hacia las casas de los indígenas Yatacué.

"En casa de Patricio Yatacué se habían congregado desde las horas de la mañana del día 20 de julio de 1.959 numerosos indígenas con sus mujeres para entregarse a labores de rocería, en una minga que terminó a eso de las tres de la tarde, hora en que todos regresaron a la casa de Patricio Yatacué para recibir la comida. En eso estaban cuando algunos alcanzaron a divisar a tres individuos desconocidos que avanzaban hacia la casa y en un principio creyeron que se trataba de unos celadores. Pero ya más cerca pudieron percatarse de que estaban armados y de que conducían a varios indígenas amarrados, y por ellos y por las prendas de vestir que llevaban, algunos de los que estaban en la casa comprendieron que se trataba de malhechores, e inmediatamente Celio Yatacué y Marcelino Tróchez emprendieron la huída, pero los desconocidos dispararon sobre ellos y los lesionaron con las armas de fuego; Celio recibió un balazo en la región lumbar y Marcelino otro en el muslo derecho. Entonces Marcelino Tróchez Vitonás admitió a los atemorizados indígenas que no corrieran y que se quedaran porque era peor. Los desconocidos soltaron a los indígenas que traían amarrados al llegar a la casa. Inmediatamente, los asaltantes armados ordenaron salir a quienes se encontraban allí, los hicieron formar y uno a uno les quitaron las peinillas y demás instrumentos de labranza, preguntaron por la filiación política, contestando todos en principio que eran liberales, pero al insistir sobre el mismo tema, Tróchez se identificó como liberal, y después preguntaron por los de apellido Yatacué. Ante el silencio, los malhechores solicitaron a los indígenas sus papeles de identificación, y los carnets liberales y acto seguido les exigieron una contribución dizque para comprar parque. Todos dieron lo que llevaban. Metralla llamó a Marcelino Tróchez Vitonás, quien se había identificado como liberal, y en su compañía se fue hacia el interior, en donde conversaron y dice Metralla:

"'.... Después de que Marcelino Tróchez nos dió los nombres de los indígenas yo me puse a leer la lista y les exigí a los indios que aquellos a quienes nombrara pasaran a un lado a formar en fila y así fue como fueron pasando uno por uno, formando fila, a medida que yo los iba nombrando; antes, cuando nosotros estábamos hablando con Marcelino sobre la lista de los godos, dos de los indígenas salieron corriendo y Marcelino nos dijo esos que van corriendo son godos y entonces "medio beso" (Arenas) y el "Loco" les dispararon y una vez que estuvieron formados en fila los siete indígenas, entonces yo llamé un muchacho indio que estaba en el convite y le dije que los amarrara con un lazo que estaba en el patio; una vez que estuvieron amarrados, entonces yo les dí la orden a los indios que siguieran para arriba, a un monticulo, y medio beso siguió adelante mientras yo iba detrás de la fila india; el Loco mientras tanto se quedó cuidando al resto de indígenas en la casa de Patricio Yatacué; luego que ya estuvieron los siete indios en el montículo de arriba de la casa los colocamos en la misma fila y empezamos a dispararles, medio beso y yo; "Medio Beso" utilizó la carabina cargada con bala "u" y yo usé mi revólver calibre 38 corto; los disparos que mi compañero y yo les hicimos a los indios se los hicimos hacia la cabeza y los indios se iban doblando y gritaban. Una vez que los indios quedaron muertos nos regresamos por un lado de la casa y ya salió a nuestro encuentro el loco y yo le dije que cogiera una bestia; el loco cogió la bestia y salió uno de los indios y nos dió espontáneamente dos bestias más ensilladas, luego salimos con las bestias y paramos en la casa de Marcelino Tróchez, quien nos acompañó hasta la casa de él; entonces Marcelino Tróchez le ordenó a una señora que había allí que nos fibiaran unos huevos; entonces medio beso subió a una casa que queda entre la de Marcelino Tróchez y la de Patricio Yatacué a conseguir un freno que no lo había; luego Marcelino Tróchez nos regaló dos gallinas y nosotros nos despedimos y emprendimos la marcha con dirección a la casa de Julián Galeano y allí llegamos y estaban tres mujeres y dos trabajadores, pues Julián estaba en el pueblo, y nos sirvieron comida pero no nos quisieron dar posada porque de pronto venía la policía y nos agarraban allí y entonces también se comprometían ellos, es decir las mujeres nos dijeron eso; visto que no nos dieron posada nos fuimos a dormir al monte, una vez que nos comimos las gallinas que nos había regalado Marcelino Tróchez y que nos prepararon las mujeres que estaban en la casa de Julián Galeano.... (fls. 153 vlo. y 154)'.

"Las víctimas de los malhechores y que perdieron la vida fueron los indígenas Luis Yatacué, Javier Yatacué, Patricio Yatacué, Evangelista Yatacué Molina, Evaristo Ascué y Carlos Mensa. Resultaron heridos Celio Yatacué y Marcelino Tróchez".

La sentencia de segundo grado modificó la situación de los procesados Galeano, Pérez Cerón y Tróchez Vitonás, quienes en la primera instancia del proceso, rituado conforme a las normas del Decreto Legislativo número 12 de 1.959, fueron condenados por el Juzgado Ciento Sesenta y Siete de Instrucción Criminal, mediante fallo del siete de abril de mil novecientos sesenta, a la pena principal de quince (15) años de presidio cada uno. (fls. 373 a 406 del Cd. lo.).

LA DEMANDA

Fué presentada por el doctor Jorge Hurtado C., a nombre de los procesados Julián Galeano, Ernesto Pérez Cerón y Marcelino Tróchez Vitonás. En ella se

impugna la sentencia recurrida con fundamento en las causales de casación previstas en los ordinales 4o., 2o. y 1o. del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Importa observar de una vez que antes de referirse el actor a los diferentes motivos de impugnación, alude a los hechos materia de la controversia en los siguientes términos:

"Los hechos han sido analizados por el Juzgado 167 de Instrucción Criminal, por el H. Tribunal Superior, desde distintos ángulos; en una forma por el Juzgado de Instrucción Criminal y por la mayoría del Tribunal; y, por la otra el señor Fiscal del Tribunal y el Honorable Magistrado Dr. Julián Delgado Paredes. Me remito a lo allí descrito para evitar un recuento innecesario".

Causal cuarta. La acusación, con apoyo en esta causal, se construye, en esencia, sobre el concepto de que los Jueces de Instrucción Criminal "carecen de los atributos de jurisdicción y competencia para administrar justicia", razón por la cual el proceso quedó afectado de nulidad a partir del momento en que el Juez 167 de Instrucción profirió el fallo de primera instancia. Dice el actor sobre el particular:

"El procedimiento aplicado al presente proceso fue el del Decreto 0012 de 1.959. La H. Corte Suprema declaró inexequibles varios de sus artículos, especialmente el que atribuye a los Jueces de Instrucción Criminal de la República facultad de juzgar, con violación clara de la Constitución y de la ley, ya que dichos funcionarios no pueden considerarse en sentido estricto como de la rama jurisdiccional del poder público y por tanto, carecen de los atributos de jurisdicción y competencia para administrar justicia".

Y fundado en tal razonamiento considera el demandante que la Corte debe devolver "el proceso para que se dicte sentencia por quien legalmente le corresponda, anulado desde la sentencia de primer grado, inclusive".

Causal segunda. Al amparo de dicha causal, cuyo texto transcribe, el impugnador se limita a afirmar que "la sentencia del Tribunal por errada apreciación de los hechos" considera a sus representados "como 'cómplices necesarios', como lo había considerado el inferior", sin "el menor estudio sobre las formas de participación en el delito,..... ..... especialmente del Sr. Julián Galeano". "Cómo puede confundirse -pregunta luego- la acción de un hombre como Julián Galeano vinculado a la tierra, en más de quince años de acción continua, que vivía con su familia del trabajo honrado, como cómplice necesario de los vulgares asesinos que sembraron el terror en esa zona?". Y agrega:

"Se desoyó por completo la voz del Ministerio Público quien -en forma que honra a la justicia- en largo y bien documentado estudio analiza los actos de Galeano, para concluir que: 'Es en realidad pueril decir que esos actos constituyen auxilio o cooperación suficiente. 'De todas maneras se impone una afirmación categórica, Galeano no conocía, pues no hay pruebas para aseverarlo, los designios delictuosos de los tres bandoleros. Entonces precisa descartarlo como cómplice'. A esta voz se sumó la voz honorable del Magistrado Julián Delgado Paredes. En la misma forma se trató por los funcionarios aludidos la situación jurídica de Ernesto Pérez Ceròn y la de Marcelino Tróchez, para poner al último, en el caso típico de 'insuperable coacción ajena', caso enunciado en el ordinal 1o. del art. 23 del C. Penal, como causal de inimputabilidad, en vista de las espe-

cialísimas circunstancias en que le tocó obrar a este sujeto. La falta de un verdadero estudio sobre los hechos y las pruebas que sirvieron de base al fallo del Tribunal, en la sentencia que se revisa, fué la circunstancia que llevó a éste a considerar a mis representados como cómplices necesarios; siendo, por otra parte, elementos constitutivos de la infracción que se pretende juzgar, estimo que el Tribunal violó la causal enunciada".

Concluye el demandante expresando que si la Corte considera fundada esta causal, debe invalidar el fallo acusado y dictar "el que deba reemplazarlo".

Causal primera. Se sustenta así: "El fundamento de esta causal no es otro que una consecuencia de la anterior. Si la situación jurídica bien por mala interpretación de los hechos o de las pruebas se les aplicó una pena que no correspondía a la realidad procesal, vale decir que se violó por parte del Tribunal la causal mencionada. En consecuencia la Corte invalidará el fallo dictando el correspondiente (sic) en justicia".

RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

Al dar respuesta a la demanda, el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal formula importantes observaciones sobre la exigente técnica del recurso extraordinario de casación, conceptos que, en verdad, constituyen un fiel trasunto de lo expuesto sobre la materia por la Corte. Y, confrontando la doctrina con el contenido de la demanda, el distinguido colaborador demuestra que el libelo no se ciñe a las condiciones señaladas en el artículo 531 del C. de P. C., aplicable a la casación penal.

La crítica del Procurador se orienta a destacar la palmaria omisión de los hechos que, en sentir del recurrente, fueron equivocadamente apreciados o interpretados en la sentencia acusada. En torno a tan ostensible deficiencia dice el Representante del Ministerio Público:

"Así las cosas, cabe afirmar que es indudable que el señor abogado recurrente no expresa por cuál de las versiones se decide, cuál acepta o adopta para presentarla a la H. Corte como base de discusión; desde cual 'ángulo' se sitúa al plantear la controversia en torno a la sentencia que acusa y para fundamentar y demostrar o comprobar la crítica o críticas que formula al fallo, especialmente en lo que tiene que ver con la causal segunda de casación.

"Esta falta de resumen de los hechos que puedan ser motivo de la discusión o controversia que se intenta plantear, es tanto más grave cuanto que precisamente entre las causales invocadas figura la segunda. Y el incumplimiento de que se habla no puede pasarse por alto en el presente caso, porque el recurrente sin preámbulo mayor y sin puntualizar previamente cuándo, como y donde ocurrieron los hechos a que se contrae el proceso, procede a señalar los motivos de impugnación (Causales 2a., 1a. y 4a. del art. 567 del C. de P. P.) que, en su parecer, existen para solicitar la invalidación del fallo acusado, con todo lo cual resulta que la H. Corte no se encuentra en condiciones de captar en su integridad el problema o problemas que el Dr. Hurtado C. pretendió en forma poco experta someter a su estudio.

"Fundar el recurso de casación es no sólo aducir razones que tiendan a demostrar que con la sentencia cuyo rompimiento se reclama, se ha incurrido en

un vicio o error al juzgar los hechos de autos o al tramitar el procesamiento (ius indicando vel ius procedendo), sino que igualmente es preciso cumplir con el deber inicialmente señalado por el art. 531 de la ley de procedimiento civil y que estriba en relacionar los hecho objetos de la controversia, para poder con base en ellos darle entidad y pertinencia a las consideraciones de puro derecho que, en opinión del recurrente, justifiquen la invalidación pretendida".

Concluye la Procuraduría Delegada solicitando a la Corte "que declare DESIERTO el recurso de casación en lo que respecta al recurrente Zapata Ruiz y lo DESECHE por lo que hace a los acusados Galeano, Pérez Cerón y Tróchez Vitonás".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Causal cuarta. Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

Para responder a la tacha de nulidad constitucional que el actor plantea al amparo de esta causal importa observar que los hechos delictuosos a que se contrae el proceso ocurrieron el día 20 de julio de mil novecientos cincuenta y nueve, y que los fallos de primera y segunda instancia fueron pronunciados con fechas 7 de abril de 1.960 y 17 de febrero de 1.961, respectivamente.

La Corte -Sala Plena- profirió la sentencia a que alude el demandante el 24 de julio de 1.961 (Diario Oficial No. 30.582). En consecuencia, mal podía el Tribunal dejar de aplicar al caso sub-judice normas del Decreto Legislativo número 12, de 4 de junio de 1.959, vigente al tiempo de proferir su fallo, puesto que sólo posteriormente fueron declaradas inexequibles por la citada sentencia del 24 de julio de 1.961.

Ha sido abundante la doctrina de la Corte con respecto a los alcances jurídicos de la inexequibilidad. Con notable propiedad, por ejemplo, se dijo sobre el particular en fallo de 5 de agosto de 1.955: "La decisión sobre inexequibilidad no es otra cosa que la declaración jurisdiccional de que el acto acusado no puede ejecutarse por vulnerar o menoscabar la norma constitucional de superior jerarquía: 'La decisión de inexequibilidad se proyecta sobre el futuro y no sobre el pasado; en principio, ella no produce los efectos de una declaración de nulidad absoluta, sino los de una derogatoria de la norma acusada". (Corte Plena. Junio 30 de 1.955. Citas indicadas allí). Por tanto las consecuencias del fallo de que se trata no trascienden a las actuaciones cumplidas con anterioridad a él ni borran en lo pasado los efectos que la ley declarada inexequible ha producido regularmente mientras estuvo en vigor". (G. J. Tomo LXXX, 266).

De lo anterior fácilmente se concluye que la declaración de inexequibilidad a que se contrae la memorada sentencia del 24 de julio de 1.961 constituye fundamento de la causal de nulidad prevista en el ordinal 1o. del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal (Incompetencia de jurisdicción), sólo cuando con posterioridad a dicho fallo, los jueces de Instrucción Criminal, en razón de la facultad que les confería el Decreto Legislativo número 12 de 1.959, hayan proferido sentencia en procesos penales. Este es, por lo demás el criterio que esta Sala de la Corte ha reiterado sobre el particular en diferentes oportunidades, entre ellas, en fallo del 14 de marzo de 1.962. (Casación de Germán Zapata García).

No prospera, en consecuencia, el cargo formulado con fundamento en la causal cuarta.

Causal segunda. Errada interpretación o apreciación de los hechos.

En innumerables ocasiones ha expresado esta Sala que a la Corte, cuando actúa como tribunal de casación, hay que demostrarle lo que se sostiene o afirma, porque el recurso extraordinario de que aquí se trata no es una tercera instancia, sino, en esencia, una acción enderezada a desvirtuar un fallo que se presume jurídico. Por tanto, cuando el recurrente invoca la causal segunda, tiene la obligación de examinar a fondo la prueba, a fin de establecer que el Tribunal incurrió en un yerro extremo, que lo llevó a dar por demostrado un hecho que no sucedió, o a negar la realidad del que sí aconteció, o a no tomar en cuenta otro que plenamente se halla acreditado en el proceso.

En el presente caso, como atrás pudo apreciarse, el demandante se limitó a omitir opiniones generales, propias de un alegato de instancia, sin intentar siquiera demostrar cuáles fueron las pruebas que se interpretaron equivocadamente en el fallo recurrido. Y ese vacío -se repite- no lo puede llenar la Corte en casación, porque ello conduciría a destruir las características fundamentales de este recurso extraordinario. No es lo mismo esbozar un cargo que demostrarlo. La acusación ha sido tan deficientemente planteada que, como lo observa el Procurador, ni siquiera brinda a la Corte los presupuestos necesarios para estudiar los temas sugeridos.

Causal primera. No prosperando la causal segunda, la misma suerte está reservada a la causal primera, invocada como consecuente.

DECISION:

Por lo expuesto, 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 extraordinario de que se ha hecho mérito en cuanto concierne a los procesados Julián Galeano, Ernesto Pérez Cerón y Marcolino Tróchez Vitonás, y lo declara DESIERTO en relación con el acusado Manuel Zapata Ruiz (a. "Capitán Metralla"), a quien condena en costas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal Superior de Popayán. Insértese en la Gaceta Judicial.

Simón Montero Torres-. Samuel Barrientos Restrepo-. Julio Roncallo Acosta-. Humberto Barrera Domínguez.- Gustavo Rendón Gaviria-. Primitivo Vergara Crespo.- Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO. LA CORTE REITERA SU DOCTRINA ACERCA DEL ALCANCE DE LA CAUSAL TERCERA DE CASACION PENAL EN LOS JUICIOS EN QUE INTERVIENE EL JURADO. NECESARIA CORRESPONDENCIA ENTRE EL AUTO DE VOCACION A JUICIO, EL VEREDICTO Y LA SENTENCIA.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, treinta de junio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

El señor Fiscal Tercero del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, interpuso recurso extraordinario de casación contra la sentencia proferida por esa Corporación el 26 de marzo de 1.963, mediante la cual se condenó a JOSE DE JESUS LOPEZ MARIN, por el delito de homicidio, a la pena principal de cuatro (4) años de presidio y accesorias pertinentes.

Del mérito del recurso procede la Corte a decidir.

ANTECEDENTES

1o. Los hechos que dieron origen al proceso los resumen la providencia calificadora del Juzgado Cuarto Superior del aludido Distrito, en estos términos:

"En la ciudad de Puerto Berrío, Higinio Martínez Arroyave era propietario de un establecimiento de sastrería, y había contratado a José de Jesús López Marín para que se lo cuidara por las noches. Unos ocho días antes de ocurrir lo hechos que ocasionaron la presente investigación Martínez tuvo un altercado con un extraño y pidió la colaboración de López Marín, pero como éste se negara quedó resentido con él y en el transcurso de los ocho días siguientes se dió a humillarlo y tratarlo de "flojo". A lo anterior cooperaba Olinta Elvira de la Rosa, la querida de Martínez Arroyave. La noche de los hechos se encontraron en el Bar 'Embajador' de Puerto Berrío, Martínez Arroyave y López Marín, y como el primero empezara de nuevo con sus humillaciones y malos tratos, el segundo le decía que no lo humillara en esa forma. A lo anterior se sumó el hecho de que Higinio Martínez le dijo a López Marín que le desocupara la pieza en la Sastrería que ya no lo necesitaba, y como este último era supremamente pobre y, además, manco de un brazo, le decía que no le echara en esa forma. Las humillaciones eran de tal naturaleza que un extraño se llenó de ira y cogiendo una botella se dirigió a Higinio Martínez Arroyave diciéndole que no humillara en esa forma un inválido. En un momento determinado de la discusión se pararon de la mesa y José de Jesús López Marín sacó un pequeño cuchillo y causó una herida a Hi-

ginio Martínez Arroyave, la cual le produjo la muerte en contados instantes. Lo anterior tuvo su ocurrencia entre las once y las doce de la noche del día diez y seis de noviembre de mil novecientos cincuenta y ocho".

2o. En el auto de proceder dictado por el Juez de instancia (fls. 77 a 93) -en la motivación- se hizo expreso reconocimiento de haber obrado el agente del delito, sin propósito de matar y sí con el de ocasionar una lesión personal. De otra parte aceptó el Juzgado la aminorante específica del artículo 28 del C. P.

3o. El Tribunal, al conocer por apelación del vocatorio a juicio, lo confirmó "con la única REFORMA ya anotada en la parte motiva de este proveído, de que el procesado José de Jesús López Marín al cometer el hecho que se le imputa, no obró en las circunstancias del art. 28 del Código Penal, es decir, en estado de ira o intenso dolor, causado por grave e injusta provocación". El carácter ultraintencional del homicidio, en cambio, lo aceptó el ad - quem.

4o. Celebrada la vista pública en la causa, a la cuestión propuesta al Jurado, éste contestó: "Sí, con propósito de matar" (fl. 148), acogiendo en esta forma la petición del señor Fiscal del Juzgado, no obstante que el debate versó sobre la especie delictuosa de que trata el artículo 365 del C. P.

5o. El fallo de primera instancia (12 de noviembre de 1.961) condenó al acusado atendiendo a los términos del veredicto, el que concretó la responsabilidad de López Marín como autor de homicidio común o intencional, de acuerdo con el artículo 362 del C. P., no obstante habérsele llamado a juicio por homicidio ultraintencional.

6o. El Tribunal Superior, por razón de los términos del llamamiento a juicio, modificó la sentencia del inferior para deducir la responsabilidad penal al acusado, con aplicación del artículo 365 del C. P., por estimar que los jueces de hecho no podían sobrepasar con el veredicto la modalidad del cargo especificante debatido.

DEMANDA DE CASACION

El recurrente -Fiscal Tercero del Tribunal- presentó como demanda de casación el escrito que obra de folios 6 a 9 del cuaderno de la Corte y para fundamentar el recurso invoca, previa una síntesis de los hechos y de la actuación procesal, la causal tercera del artículo 567 del C. de P. P., por no estar, en su opinión, la sentencia del ad - quem, de acuerdo con el veredicto del Jurado.

Su argumentación aparece condensada así:

"Es evidente el desacuerdo entre la sentencia del Tribunal Superior de Medellín y el veredicto del Jurado, pues éste con la frase: 'Sí, con propósito de matar', sitúa la responsabilidad del procesado en el campo del Homicidio intencional, en tanto que la sentencia la colocó en el Art. 365, en concordancia con el 362, ibidem.

"La claridad de la cuestión me releva de extender más este escrito, en el cual consigno respetuosamente la demanda de casación contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión en lo Penal, impetrando que, previos los trámites propios de este recurso extraordinario y ajustándolos a lo prescrito por el Art. 570, literal a) del C. de P. P., invalideis el fallo motivo del recurso y dicteis el que deba reemplazarlo".

La demanda del señor Fiscal no fuè ampliada por el señor Procurador Primero Delegado en le Penal, quien se abstuvo de hacer uso de la facultad conferida por el articulo 3o. del Decreto Legislativo 1154 de 1.954.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1a. En el caso sub-judice se plantea con la demanda de casaciòn un problema de orden juridico procesal, ya en varias ocasiones examinado por la Corte y respecto del cual ha tenido oportunidad de fijar con exactitud el alcance de la causal tercera en toda su extension, es decir, cuando el fallo acusado no se acuerda con el llamamiento a juicio o con el veredicto del jurado, y determinar las facultades que la ley otorga a los Jueces de hecho para definir la responsabilidad de un acusado, dentro de los marcos del procesamiento.

2a. En estas circunstancias, para decidir el recurso, la Corte se remite a lo ya expuesto en otras causas semejantes, y en particular a lo que expresò en sentencias de 17 de abril de 1.961 y 30 de abril de 1.964, en su orden:

"..... En los juicios con intervención del jurado, como es de elemental conocimiento, la sentencia del juez de derecho debe descansar en el veredicto, acto mediante el cual la sociedad, representada en los jueces de conciencia, define la responsabilidad del acusado. Pero esta manifestación o pronunciamiento popular tiene que producirse sobre los hechos que son materia de cargo y respecto de los cuales el auto de proceder señala el ámbito y limites del debate en la vista pública de la causa.

"De alli por qué, por mandato del artículo 28 de la ley 4a. de 1.943, que derogó el 498 del C. de P. P., 'El cuestionario que el Juez someta al Jurado, al principiar la audiencia pública, se formulará asi: el acusado N. N. es responsable de los hechos (aqui se determinará el hecho o hechos materia de la causa conforme al auto de proceder, determinando las circunstancias que lo constituyen, sin darles denominación juridica'). Porque el auto de proceder es la demanda contra el procesado, y en la motivación, a más de la 'calificación genérica del hecho que se imputa', deben consignarse 'las circunstancias conocidas que lo especifiquen' (C. de P. P. Art. 431). El acusado tiene derecho a saber desde la vocación a juicio cuál es el delito que se le atribuye, pero no únicamente en su género, puesto que si hay circunstancias especificas que lo agraven o le den particular fisonomía frente a la ley penal, como ocurre cuando el homicidio toma la denominación de asesinato por concurrir alguna o algunas de las circunstancias previstas en el articulo 363 del C. P., sobre ellas tiene que hacer mención el llamamiento a juicio, pues de otro modo no podrian controvertirse en el plenario, ni debatirse en la vista pública de la causa. Seria, en síntesis, un proceder desleal con el acusado y una flagrante violación del derecho de defensa. Por ello el C. de P. P. sólo autoriza al Juez para en la sentencia, cuando se trata de juicios con intervención del Jurado, apreciar y calificar 'las circunstancias de mayor o de menor peligrosidad, cuando no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito', puesto que si de tales se trata están dentro de la órbita de los jueces de hecho.

"..... Y están dentro de la órbita del Jurado siempre y cuando las haya consignado el auto de proceder, tratándose de circunstancias que especificamente agraven la infracción imputada. Dicho en otros términos: el Jurado no puede rebasar en su gravedad los cargos contenidos en el enjuiciamiento sin exceder su

misión juzgadora. Pero si, por el contrario, atenuarlos o modificarlos en favor del procesado. Así se considere que la calificación hecha en el auto de enjuiciamiento es provisional, que no obliga sino en la denominación genérica del delito, para apreciar circunstancias modificadoras agravantes no enunciadas en dicho proveído sería imperativo que se acreditaran o demostraran en el plenario y que de modo concreto se sometieran a la decisión del Jurado". (Casación. Homicidio. Sentencia abril 17 de 1.961. Causa contra Marco Antonio Ruiz Cadena).

".....Ahora bien: en el caso sub-judice no sobra hacer este planteamiento, a efecto de fijar los fundametos del recurso de casación con aplicación de la causal tercera: en los juicios con intervención del Jurado tienen que acoplarse y armonizarse tres actuaciones procesales básicas como son el enjuiciamiento, el veredicto y la sentencia. Esta, en primer término y salvo declaración de contraevidencia, debe acomodarse al veredicto, cuyo texto condiciona la condenación o absolución del acusado. El veredicto, a su turno, no es otra cosa que el pronunciamiento del Jurado sobre la cuestión propuesta, cuestión que debe recoger todos los elementos específicos del cargo aceptados en el enjuiciamiento o, en algunos eventos, acreditados en el plenario de la causa.

"Si el veredicto no se acopla al llamamiento a juicio o si se pronuncia sobre circunstancias constitutivas o específicamente agravantes del ilícito no sometidas a su consideración, la sentencia que el juez de derecho dicte conformándola a los términos de la decisión del Jurado es una sentencia en desacuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder.

"....No es propio, como lo ha afirmado la Corte al estudiar la causal tercera de casación que en juicios con intervención del Jurado no puede presentarse el motivo de impugnación que surge de la desarmonía de la sentencia con el auto de enjuiciamiento, dado que el juez de derecho falla con base en el veredicto. Pero esa tesis no es posible mantenerla con un valor absoluto para concluir que solo es dable confrontar la sentencia con la decisión del Jurado puesto que en su desarrollo progresivo la concordancia tiene que mantenerse entre el auto de proceder y la cuestión que se somete a los jueces de hecho; entre el veredicto de éstos y los cargos formulados, para en última instancia saber si el fallo es fiel trasunto del proveído enjuiciatorio y del veredicto.

"....Cuando el Jurado afirma una responsabilidad criminal en circunstancias más gravosas de las que se le sometieron a su juicio contraviene el pliego específico de cargos y lo que en tal sentido exprese no obliga al fallador, quien ha de tener por no escrito lo que el Jurado exprese más allá de la cuestión sometida a su examen. Aceptar un pronunciamiento excedido virtualmente coloca en pugna la sentencia con el auto de proceder, e incluso con el mismo veredicto, que sólo es atendible en lo pertinente. Tratar de forzar con el fallo una situación procesal inequívoca, so pretexto de atender y entender un veredicto más allá de su verdadero contenido autoriza y da fundamento a la causal tercera de casación".

"....De esta suerte, en orden a mantener la necesaria concatenación de las actuaciones procesales, como son el llamamiento a juicio, la cuestión propuesta al Jurado, el veredicto y el fallo, en la forma adoctrinada por la Corte, la declaración de responsabilidad, como cuestión de hecho, por el Jurado, debe entenderse como una afirmación simple dentro de los marcos del auto de proceder y de la misma cuestión propuesta con ocasión de la audiencia pública".

3ª. En la causa que se examina, de acuerdo con la doctrina que se deja expuesta, no prospera la causal de casación aducida por el representante del Ministerio Público, pues la sentencia del **ad-quem** se ajusta a derecho y es fiel trasunto del debate procesal, tomando como base el llamamiento a juicio, máxime si se considera que durante el plenario en nada se modificó el recaudo probatorio tenido en cuenta para dictar el auto de proceder.

4ª. Se procederá, en consecuencia, de acuerdo con lo ordenado por el art. 569 del C. de P. P.

DECISION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal- administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DESECHA el recurso extraordinario de casación a que se ha hecho mérito y ORDENA devolver el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Simón Montero Torres. - (Salvando Voto) Humberto Barrera Domínguez. - Samuel Barrientos Restrepo. - Gustavo Rendón Gaviria. - Julio Roncallo Acosta. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Secretario

SALVAMENTO DE VOTO DEL H. MAGISTRADO DR. SIMON MONTERO TORRES AL FALLO INMEDIATAMENTE ANTERIOR.

El suscrito se separa, con el debido respeto, del criterio y conclusión, acogidos en el fallo que precede, en orden a las siguientes razones:

a). En la "parte resolutiva" del llamamiento a juicio, con arreglo a lo dispuesto en el inciso del artículo 431 del C. de P. Penal, el delito se determinará conforme a su denominación genérica, sin señalar "la especie a que pertenezca".

b). "Los cargos imputados en el auto de proceder son inmodificables en cuanto al género del delito, de suerte que se ha de condenar o absolver según el género, sin que el veredicto (ni la sentencia naturalmente) puedan modificarlo".

c). En la "parte motiva" del auto de proceder, de conformidad con lo dispuesto en el ordinal 3o. del predicho texto "es necesario particularizar" el delito en razón de "las características circunstancias que lo especifiquen", las cuales, si fueran inmodificables, "carecería de objeto el término probatorio de la causa y se crearía una situación de inferioridad para la defensa de los intereses sociales".

d). En el cuestionario, según lo prescrito en la Ley 4a. de 1.943, "debe estar comprendido el hecho materia de la causa conforme al auto de proceder, determinando las circunstancias que lo constituyen, pero sin darle denominación jurídica".

e). La preterm isión en el cuestionario de "circunstancias favorables a los intereses del procesado", reconocidas en el llamamiento a juicio, "atenta contra las bases esenciales del proceso" y conduce "a la violación de las garantías constitucionales consagradas en el artículo 26 de la Carta".

f). El carácter preterintencional del delito, reconocido en el auto de proceder, exige, en esta suerte, ser incluido en el cuestionario, puesto que de omitirse se incurre en "violación de las garantías constitucionales consagradas en el artículo 26 de la Carta".

g). La respuesta del jurado, respecto del carácter preterintencional del delito, incluido en el cuestionario, en atención a que se reconoció en el llamamiento a juicio, no podía subordinarse, sin quebrantar los principios rectores de aquella institución, al previo y tácito entendimiento de que si ella no se limitaba a la simple ratificación de ese reconocimiento, tendría que ser desechada.

h). La doctrina que invoca el fallo, en su aplicación al caso de autos, lleva a desconocer la respuesta del Tribunal Popular, en fuerza de que no se repara en que, como lo ha sostenido, repetido y recavado la Corte, "el fundamento inmediato de la sentencia no es el auto de proceder sino el veredicto del Jurado".

:). El fallo viola el artículo 499 del C. de P. Penal, en cuanto que de esta norma se desprende que las circunstancias modificadoras de la responsabilidad son de la privativa competencia del Jurado, el cual, de este modo, si las excluye en su veredicto, como ocurrió en el caso de autos con relación a la preterintencionalidad, obliga al juzgador en derecho a prescindir de ellas al pronunciar la sentencia, la que, bajo ningún pretexto ni excusa, puede elaborarse, en obedecimiento al mandato del artículo 480 de la misma obra, en desacuerdo con la calificación que aquél dé a los hechos, disposición que, al igual que la primera que se indica, resultó también violada.

Fecha: ut supra

Simón Montero Torres

BIBLIOTECA

SALA DE CASACION LABORAL

Extractos de Jurisprudencia en materia laboral, a cargo del entonces Relator doctor LUIS IGNACIO SEGURA A.

REMUNERACION DE DESCANSOS LEGALES. TECNICA DE CASACION.

1. Cuando el salario pactado es variable, la determinación en juicio de lo debido al trabajador, por concepto de descansos legales, reposa en el presupuesto de que se acredite el salario de todas las semanas durante el tiempo de servicio. 2. Técnica del recurso de casación referida a la prueba del error de hecho.

Afirma la demanda inicial que el salario convenido por las partes fue una comisión sobre las ventas que realizara el empleado, tipo de asignación variable, como lo anota la sentencia y lo admite el recurrente. Cuando el salario asume esa modalidad, el computable para remunerar el descanso en los días en que es legalmente obligatorio, "es el promedio de lo devengado por el trabajador en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta únicamente los días trabajados", conforme al principio del artículo 176 del C. S. T., respecto de dominicales, y sin descuentos por faltas al trabajo, para la liquidación de los demás días festivos, como lo dispone el artículo 177-2, ibídem.

Presupuesto del derecho en referencia es el de que se acredite por el actor el salario de todas las semanas durante el tiempo de servicios. Para la demostración de ese hecho, la prueba aportada al proceso fue el dictamen pericial. La pericia relacionz mes por mes las comisiones pagadas al trabajador y las causadas durante la vigencia del contrato de trabajo, y, a la vez, el sueldo promedio mensual devengado por el demandante. En opinión del recurrente habría servido ese dato para deducir de él el salario semanal, por lo cual incurrió el fallador en error de hecho por no haberle dado al dictamen el mérito suficiente, con la consecuencia de que, por tal motivo, quebrantó los textos legales que relaciona.

Observa la Sala que hay notoria diferencia entre sueldo promedio mensual y promedio semanal del salario. El primero es tipo de asignación fija y el segundo, en la modalidad de retribución a base de comisión, especie de salario variable. Para tomar el promedio de la remuneración semanal habría que partir de la base de que en todas las semanas aquélla fue uniforme, lo cual colocaría la situación de hecho en plano distinto al del salario variable para colocarla en el campo del salario por unidad de tiempo. Si se opta por señalar cifras distintas en las cuatro semanas del mes hasta integrar la cifra que para la mensualidad indica el peritazgo, el procedimiento se basaría en simples hipótesis, en oposición al contenido de la prueba, o en otros términos, en simples conjeturas.

Ahora bien: en todo proceso contencioso domina el principio de que la decisión debe fundarse en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, si la existencia y verdad de unos y otros aparecen demostrados, de ma-

nera plena y completa según la ley, por alguno de los medios probatorios que ella señala, como lo enseña la norma del artículo 593 del Código Judicial, aplicable al proceso laboral.

De lo expuesto se concluye que fue correcta la estimación que del dictamen pericial hace la sentencia y que, por tanto, no incurrió en los errores de juicio que el cargo le atribuye.

2. No basta en casación singularizar las pruebas mal apreciadas o inestimadas por la sentencia para sostener que ésta incurrió en errores de hecho, sino que es preciso demostrar cuáles fueron ellos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, ocho de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez).

Se decide el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio ordinario laboral promovido por Mario Galvis contra "Encyclopedia Británica Limitada".

-I-

ANTECEDENTES.

Mario Galvis le prestó servicios personales dependientes a la Encyclopedia, según contrato de trabajo consignado por escrito, en el cual se estipuló un período de prueba de dos meses, vencido el cual su duración sería por término indefinido. La empresa le impuso al demandante una jornada de 8 horas al día y 48 a la semana. El salario pactado fue una comisión sobre las ventas, que el patrono debía pagarle al empleado los días viernes de cada semana. La sede de trabajo fue la ciudad de Bogotá, pero el demandante, autorizado por el Gerente de la sociedad, realizó ventas en el Departamento del Huila y en las Intendencias del Meta y Caquetá, sin recibir viáticos de aquélla. La relación de trabajo comenzó a desarrollarse el 19 de septiembre de 1.957 y terminó, por voluntad del empleado, el 18 de mayo de 1.959. A la expiración del contrato la empresa le liquidó y pagó al demandante sus comisiones, excluyendo el valor de los descansos en domingos y demás días festivos, e igualmente los viáticos.

Con fundamento en los hechos expuestos, suplica el actor que la sociedad sea condenada a pagarle: remuneración por descansos en domingos y festivos, reajustes de primas de servicio, cesantía, vacaciones e indemnización moratoria.

En apoyo de las pretensiones cita los art. 127, 130 y concordantes del Código del Trabajo.

La respuesta a la demanda desconoce el derecho invocado en ésta. En cuanto a los hechos, los niega, exigiendo su prueba. Como excepciones perentorias propuso las de pago y cobro de lo no debido.

-II-

LOS FALLOS DE INSTANCIA.

El de primera, dictado por el Juzgado 4o. del Trabajo de Bogotá con fecha 17 de octubre de 1.960, absolvió a la sociedad de todos los cargos, y le impone las costas al demandante.

El de segunda, decisorio del recurso de apelación interpuesto por el actor, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, de fecha 29 de noviembre de 1.960, confirmó el de primer grado, sin costas.

Contra la providencia anterior interpuso la parte vencida el recurso de casación, que le fue concedido. Elevados los autos a esta Superioridad, fue admitido por ella el recurso, que se halla debidamente preparado.

-III-

LA SENTENCIA IMPUGNADA.

Para negar el derecho al pago de los descansos legales, expuso estas razones:

Cuando no se trata de salario fijo, como en los casos de remuneración por tarea, a destajo o por unidad de obra, el salario computable es el promedio de lo devengado por el trabajador en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta solamente los días trabajados, como lo dispone el art. 176 del C.S.T. En atención a que en el presente caso el demandante devengaba un salario variable que se liquidaba y pagaba semanalmente, para que prosperaran las peticiones de la demanda ha debido probarse lo devengado por el actor semana por semana, a efecto de hacer la liquidación y condena correspondientes. El dictamen pericial no aportó este dato indispensable para que las peticiones prosperaran, sino que se limitó a determinar el promedio mensual devengado por el actor, y no en la forma antes expuesta. Y como las súplicas sobre remuneración de los descansos no prosperan, están también destinadas al fracaso las que se basan en ellas, o sea las relativas al reajuste de cesantía, primas de servicio y vacaciones. La anotada deficiencia probatoria impide el éxito de las acciones ejercitadas por el actor.

-IV-

LA DEMANDA DE CASACION.

Formula un solo cargo con fundamento en la causal primera de casación, en el cual acusa violación indirecta de los art. 127, 172, 173, 174, 176, 192, 249 y 306 del C.S.T., a causa de error de hecho manifiesto en los autos.

El Tribunal incurrió en tal error -dice la acusación- al no darle mérito suficiente a la inspección ocular y al dictamen pericial, en donde, por falta de una operación aritmética, fácil de realizar, se obtiene el valor que hubiera podido corresponderle al demandante por descanso en domingos y festivos. El recurrente hace las operaciones del caso y fija cuál es, según ellas, el valor de las obligaciones.

En el aparte que el alegato denomina "Pruebas mal apreciadas", relaciona las que detalla la sentencia de primer grado, que, según afirma el cargo, tuvo en cuenta el Tribunal. Son ellas todas las producidas ante el Juzgado del conocimiento (testimoniales, documentales, las confesiones provocadas de las partes, la de inspección judicial y el dictamen pericial).

En seguida, discurre el acusador así:

A consecuencia del error de hecho en la estimación de las pruebas aportadas al juicio, la sentencia incurrió en violación indirecta de las normas legales antes citadas. A continuación dá a conocer su contenido, y agrega: como el patrono se abstuvo de pagar los salarios en dominicales y festivos, procede, como consecuen-

cia lógica, el reajuste de las vacaciones, la cesantía y primas de servicio, de acuerdo con las normas legales que consagran los correspondientes derechos.

De su lado, sostiene el opositor que en la estimación del dictamen no incurrió la sentencia en el error de hecho de que habla el cargo, porque del peritazgo se corrió traslado sin que el actor hubiera formulado reparo alguno; que no podían los falladores de instancia complementar el dictamen practicando una serie de operaciones aritméticas de la incumbencia del experto, pues de lo contrario la pericia sería innecesaria.

Con referencia a las pruebas que el acusador estima mal apreciadas, el alegato de réplica anota que no demuestra su equivocada valoración, pues se limita a afirmar, sin argumentos, la existencia del error de hecho.

Concluye la exposición con la súplica de que se mantenga la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. Afirma la demanda inicial que el salario convenido por las partes fue una comisión sobre las ventas que realizara el empleado, tipo de asignación variable, como lo anota la sentencia y lo admite el recurrente. Cuando el salario asume esa modalidad, el computable para remunerar el descanso en los días en que es legalmente obligatorio, "es el promedio de lo devengado por el trabajador en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta únicamente los días trabajados", conforme al precepto del art. 176 del C.S.T., respecto de dominicales, y sin descuentos por faltas al trabajo, para la liquidación de los demás días festivos, como lo dispone el art. 177-2 ibidem.

2. Presupuesto del derecho en referencia es el de que se acredite por el actor el salario de todas las semanas durante el tiempo de servicios. Para la demostración de ese hecho, la prueba aportada al proceso fue el dictamen pericial (fls. 86 a 90). La pericia relaciona mes por mes las comisiones pagadas al trabajador y las causadas durante la vigencia del contrato de trabajo, y, a la vez, el sueldo promedio mensual devengado por el demandante. En opinión del recurrente habría servido ese dato para deducir de él el salario semanal, por lo cual incurrió el fallador en error de hecho por no haberle dado al dictamen el mérito suficiente, con la consecuencia de que, por tal motivo, quebrantó los textos legales que relaciona.

3. Observa la Sala que hay notoria diferencia entre sueldo promedio mensual y promedio semanal del salario. El primero es tipo de asignación fija y el segundo, en la modalidad de retribución a base de comisión, especie de salario variable. Para tomar el promedio de la remuneración semanal habría que partir de la base de que en todas las semanas aquélla fue uniforme, lo cual colocaría la situación de hecho en plano distinto al del salario variable para colocarla en el campo del salario por unidad de tiempo. Si se opta por señalar cifras distintas en las cuatro semanas del mes hasta integrar la cifra que para la mensualidad indica el peritazgo, el procedimiento se basaría en simples hipótesis, en oposición al contenido de la prueba, o en otros términos, en simples conjeturas.

Ahora bien: en todo proceso contencioso domina el principio de que la decisión debe fundarse 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 de los medios probatorios que ella señala, como lo enseña la norma del art. 593 del C. J., aplicable al proceso laboral.

De lo expuesto se concluye que fue correcta la estimación que del dictamen pericial hace la sentencia y que, por tanto, no incurrió en los errores de juicio que el cargo le atribuye.

4. La acusación se limita a expresar que el ad-quem apreció con desacierto el material probatorio aportado al juicio, sin acreditar qué hechos demuestra contrarios a la tesis sostenida por aquél. No basta en casación singularizar las pruebas mal apreciadas o inestimadas por la sentencia para sostener que ésta incurrió en errores de hecho, sino demostrar cuales fueron ellos. Por lo demás, observa la Sala que el único elemento de juicio acerca del salario es el de que dá cuenta el dictamen pericial, que se refiere, como se advirtió y lo acepta el impugnador, al promedio del sueldo mensual devengado por el demandante, no al promedio semanal.

No prospera el cargo.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo. - Roberto De Zubiría C. - Luis Fernando Paredes. - José Joaquín Rodríguez. - Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALARIO VARIABLE Y LIQUIDACIÓN DEL DESCANSO EN DOMINGOS Y DIAS FESTIVOS. SALARIO A BASE DE SUELDO Y SALARIO VARIABLE. LA SALA REAFIRMA SUS ANTERIORES DOCTRINAS.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, nueve de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.).

Octavio Valencia Rivas, por medio de apoderado, promovió juicio ordinario contra la Sociedad denominada Sears Roebuck de Bogotá S. A., representada por su gerente, para que, previos los trámites de rigor, fuera condenada a pagarle la remuneración de descanso en domingos y festivos, el salario por trabajo en horas extras, reajuste de cesantía, de primas de servicios y de vacaciones, reajuste de salarios, la indemnización por mora en el pago de las prestaciones sociales demandadas, y por las costas del juicio.

Como fundamentos de hecho, el apoderado del actor dijo que éste prestó sus sevicios a la Sociedad demandada, en el cargo de vendedor, desde el 5 de julio de 1.954 hasta el 25 de octubre de 1.958; que la demandada le pagó al trabajador, a título de salario, el 5o/o de las ventas diarias que efectuara, de acuerdo con liquidación que se hacía semanalmente. Que, por tanto, el salario del trabajador era variable, y que arrojaba aproximadamente, un promedio de $ 26.66 diarios; que el demandante trabajó todos los días ordinarios de la semana, desde las 9½ a. m. hasta las 7½ p. m., con un descanso intermedio de media hora para tomar el almuerzo. Que la empresa al hacer la liquidación semanal para pagarle su salario, no computó el valor de los descansos legales que le correspondían, suma que le adeuda hasta la fecha; que al liquidarle y pagarle el auxilio de cesantía, primas de servicios y vacaciones, tampoco tuvo en cuenta el salario real devengado por el trabajador, pues no incluyó la remuneración de domingos y festivos, ni el valor de las horas extras de trabajo nocturno; que la demandada no le pagó el valor del recargo por el trabajo ejecutado en horas extras nocturnas; que tampoco le ha pagado los salarios y reajustes de prestaciones que reclama en la demanda.

Como fundamentos de derecho invocó los arts. 172 a 177, 160, 168, 249, 253, 306, 189, 65 y concordantes del C.S.T. y el Decreto 118 de 1.957.

La demandada, por medio de apoderado, en la respuesta a la demanda se opone a la prosperidad de las súplicas que formula. En cuanto a los hechos, acepta unos, niega otros y exige la prueba de los demás. Propuso las excepciones perentorias de prescripción y pago.

La relación de primer grado terminó por sentencia del 6 de septiembre de 1.962, proferida por el Juzgado Primero del Trabajo de Bogotá. Por medio

de ella condena a la Sociedad demandada a pagar al demandante la suma de $ 217.20 por concepto de reajuste de prima de servicios; $ 1.193.71 por aumento de salarios (numeral primero); absuelve a la demandada de las demás peticiones de la demanda (numeral segundo) y declara probadas parcialmente las excepciones de pago y prescripción (numeral tercero) y condena a la demandada al pago del 50o/o de las costas.

Ambas partes interpusieron el recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado. El Tribunal Superior de Bogotá, en su Sala Laboral, resolvió el recurso de alzada, mediante fallo de fecha 10 de octubre de 1,961. La sentencia de segundo grado revoca la del Juzgado, y, en su lugar, condena a la demandada a pagar al actor la suma de $ 473.03, por concepto de reajuste de primas de servicio; $ 1.607.46 por dominicales y $ 440.40 por descanso en festivos (literal a- del punto primero). Absuelve a la Sociedad de las demás peticiones formuladas en la demanda (literal b- del mismo punto) y declara probada parcialmente la excepción de prescripcion (literal c- del punto primero). Condena a la demandada a pagar el 70o/o de las costas de primera instancia (numeral segundo). No hace condenación de costas en el recurso (numeral tercero).

El apoderado de la Sociedad demandada interpuso el recurso de casación, que le fue concedido. Admitido y tramitado en debida forma, la Corte procede a decidirlo, teniendo en cuenta la demanda de casación presentada.

No hubo escrito de oposición.

EL RECURSO.

Alcance de la impugnación. Aspira a que la Corte case parcialmente el fallo recurrido "en cuanto condenó a Sears Roebuck de Bogotá S. A. a pagar a Octavio Valencia Rivas varias sumas de dinero por concepto de reajuste de primas de servicios, dominicales y festivos; revoque la sentencia de primera instancia, y absuelva en cambio a la Entidad demandada de todas las peticiones formuladas por el actor".

Con base en la causal primera del artículo 87 del C.S.T., formula dos cargos, que serán examinados en su orden.

Primer cargo.

Acusa violación indirecta de la ley, por aplicación indebida y como consecuencia de evidentes errores de hecho, cometidos por el sentenciador al apreciar equivocadamente unas pruebas y desestimar otras. Señala como normas violadas el art. 176 del C.S.T. por haberlo aplicado indebidamente y los arts. 22, numeral segundo, 57 obligación 4, 127, 132, 133, 172, 173, 174 y 177 del mismo estatuto por haberlos dejado de aplicar.

Como pruebas mal apreciadas señala: el contrato de trabajo (fl. 12) y el dictamen pericial que obra al folio 62.

Como pruebas no apreciadas indica la liquidación de prestaciones sociales que obra al folio 14.

Para demostrar el cargo, dice el acusador, que en el contrato de trabajo firmado entre las partes, se estipuló como remuneración para el trabajador un sueldo mensual correspondiente al 5% de las ventas que realizara personalmente de zapatos para hombre y del 7% en ventas de zapatos para mujer y niños.

Agrega que no hay duda de que conforme al art. 132 del C.S.T., las partes estaban en completa libertad para convenir la forma de remuneración y que es indiscutible que ésta constituye salario, ya que según el art. 127 del mismo estatuto, por tal se entiende no solo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que reciba el trabajador como retribución de sus servicios, como porcentaje sobre ventas, comisiones o participación de utilidades. Además, el art. 22, numeral 2, denomina salario a cualquier forma de remuneración y el 133 llama jornal al salario estipulado por días y sueldo al estipulado por períodos mayores. Por tanto, si el actor tenía asignada una remuneración mensual, no estaba obligado el patrono a pagarle por separado el valor del descanso en domingos y feriados, porque según lo ordenado por el art. 174, numeral 2, en todo sueldo se entiende comprendido el pago de los descansos en esos días.

Manifiesta que según la cláusula tercera del contrato de trabajo las partes convinieron que el patrono anticiparía al trabajador, semanalmente, la suma de $55.00 dentro de la cual quedaban incluidos los descansos legales. Si el contrato de trabajo se hubiera apreciado en debida forma, otra hubiera sido la decisión del Tribunal, puesto que habiéndose estipulado la remuneración del actor por períodos mayores de un día y habiéndosele calificado como sueldo, no ha debido aplicarse al caso el art. 176, sino el 174, numeral 2, en concordancia con las demás disposiciones citadas en el cargo, aunque la remuneración mensual sea variable, pues la ley no prohibe la estipulación de sueldos variables. Cuando el Código establece que en todo sueldo se entiende comprendido el pago de los descansos en días domingos y festivos, no determina si el sueldo ha de ser variable o no, y donde la ley no distingue, no le es permitido distinguir al intérprete, menos aún cuando hay de por medio una disposición clara que deja a voluntad de los contratantes el fijar como sueldo o como jornal el salario que retribuye un servicio personal (art. 133 del C.S.T.).

Que el dictamen pericial que obra al folio 62 también fue deficientemente valorado por el Tribunal, pues el perito solamente constató el tiempo de servicio del actor y dictaminó acerca de los promedios de su salario, por días, semanas, meses, semestres, etc., y con base en dichas cantidades no podría liquidarse el descanso dominical y el de los días festivos que ordenan pagar los art. 173 y 176 del C.S.T., si de otro lado no aparecen los días trabajados en cada semana, y demostrada la obligación del trabajador de prestar sus servicios en todos los días laborables. Como en realidad no se acreditó la verdad de tales circunstancias, la Empresa ha debido ser exonerada de pagar el valor del descanso en los días domingos y festivos.

Respecto al documento en que consta la liquidación de prestaciones sociales firmada por el trabajador y que el recurrente señala como dejada de apreciar por el Tribunal, dice que en él se contiene una declaración sin reservas de la parte demandante, que liberia a la demandada de las obligaciones nacidas del vínculo laboral que existió entre ellos.

Si el Tribunal -concluye la acusación- valora correctamente las pruebas, habría concluido que las partes estipularon un sueldo mensual correspondiente a un porcentaje sobre ventas, garantizado con un anticipo para los casos en que nada vendiera; que la estipulación fue voluntaria, sin lesionar el salario mínimo legal; que la Sociedad cumplió la obligación de pagar al trabajador sus salarios en la forma, lugar y períodos convenidos previamente; que Sears cubrió oportunamente el valor de las prestaciones que correspondían al demandante; y que de la ins-

pección ocular no podía deducirse si el actor trabajó todos los días en cada semana, por lo que no podía recibir aplicación el art. 176.

LA CORTE CONSIDERA:

El contrato de trabajo celebrado entre las partes contendientes en este juicio, y que obra al folio 12 del cuaderno principal, en las cláusulas relativas al salario, dice lo siguiente:

"Segunda. Por los servicios que preste el trabajador, de acuerdo con las cláusulas anteriores, el patrono le reconocerá un sueldo mensual formado así: una comisión del cinco por ciento y siete por ciento sobre las ventas que el trabajador realice personalmente de artículos de las Divisiones arriba mencionadas, dejándose de común acuerdo la siguiente salvedad: el tanto por ciento citado podrá rebajarse hasta el.... cuando se hagan rebajas especiales para acelerar la venta de los artículos de las divisiones referidas, por períodos breves que no podrán pasar en cada ocasión de una semana, debiendo dar de ello el patrono aviso al trabajador. Se aclara que ganará el 5% en ventas de zapatos de hombre y 7% en ventas de zapatos para mujer y de niño".

"Tercera. Los pagos se efectuarán por semanas vencidas; pero como no siempre es posible realizar inmediatamente la liquidación de comisiones, queda establecido que el patrono anticipará al trabajador, a buena cuenta de comisiones semanales, la suma de cincuenta y cinco pesos ($55), entre la cual quedan comprendidos los días de descanso, domingos y días feriados legales, y si al efectuar las liquidaciones semanales ocurre que las comisiones del trabajador no han alcanzado el nivel de los anticipos semanales, tendrá éste que compensarlo con comisiones de semanas subsiguientes en las cuales tal nivel sea sobrepasado".

Afirma el Tribunal en su sentencia que al tenor de las cláusulas contractuales lo convenido por las partes fue una comisión del 5% sobre las ventas realizadas por el trabajador, comisión que podía aumentarse al 7% en el caso de venta de zapatos para mujer y niño. Deduce del contrato que el salario fue variable, y que, por tanto, debe darse aplicación al art. 176 del C.S.T. para determinar la remuneración correspondiente a los descansos en dominicales y días festivos. Agrega que, respecto a la manera como se deben liquidar los dominicales de aquellos trabajadores que no devengan salario fijo, sino variable, el Tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones en que se han debatido casos iguales al actual, por lo que se remite a lo dicho en la sentencia que decidió el juicio de Jaime Castellanos Morris contra la entidad que ahora se demanda.

Por su parte el recurrente no discute que la retribución estipulada entre las partes, sea un tipo de salario variable. Todo su razonamiento está enderezado a establecer su diferencia de criterio con el fallo del ad-quem, respecto al significado que debe atribuirse a la palabra sueldo. Dice que la dicción es genérica, por lo que comprende cualquier estipulación sobre salario, aunque este sea variable, y que no puede limitarse la aplicación de ese concepto, como lo hace el Tribunal, únicamente a la retribución por unidad de tiempo o salario fijo.

Con referencia a las cláusulas contractuales que contienen la estipulación sobre salario, se aprecia que el razonamiento del recurrente se limita a expresar su opinión acerca del significado que ofrecen, sin referirse a lo que sobre ellas expone el Tribunal, y sin indicar y precisar en forma concreta cuál fué el error

de hecho en que incurrió el sentenciador. Así planteada la acusación, es inadmisible, pues no se conforma a las reglas legales que estructuran el recurso extraordinario. Además, debe anotarse que los argumentos que el cargo aduce respecto a la forma como fue convenido el salario entre las partes, no tocan propiamente una cuestión de hecho, sino que se refieren a cuestiones de naturaleza jurídica, que serán examinadas al estudiar el segundo cargo, que presenta el recurrente. Es preciso, pues, rechazar el reparo de que el sentenciador haya apreciado equivocadamente el contrato de trabajo.

El dictamen pericial demuestra que el trabajador prestó sus servicios a la Sociedad demandada desde el 5 de julio de 1.954 hasta el 24 de octubre de 1.958, y que trabajó, dentro de ese período un tiempo continuo de cuatro años, tres meses y veinte días. Esto permite deducir, sin duda alguna, que el trabajador prestó sus servicios durante las jornadas ordinarias de todos los días laborables de cada semana. Es decir, aparecen demostrados extremos contrarios a los que afirma la acusación. Conforme al precepto del art. 176 del C.S.T., es cuestión fundamental que para obtener el salario computable para efectos de la remuneración del descanso dominical, debe establecerse el promedio de lo devengado por el trabajador en la semana inmediatamente anterior. El tribunal al efectuar la liquidación de los dominicales, da por establecido, mediante el dictamen pericial, el monto de lo que el trabajador devengó por semana. Este concepto fundamental de la decisión no lo toca el recurrente; ni siquiera insinúa, por este aspecto, equivocada o errónea estimación de esa prueba por parte del Tribunal, ni menos trata de demostrar el posible error. De esta manera, aún aceptando que no fuese acertado el criterio valorativo de las pruebas, en la forma que señala el cargo, no por ello sería viable la acusación, ya que quedaría como soporte de la sentencia el concepto fundamental que se deja enunciado.

La declaración contenida en la liquidación de prestaciones, que obra al folio 14 del cuaderno principal, hecha por el demandante; en el sentido de haber recibido de la Sociedad demandada todos los salarios, incluso los extraordinarios, como el valor de los descansos legales, declarándola a paz y salvo por tales conceptos, no la libera de las obligaciones que la sentencia reconoce a su cargo, pues el documento no precisa las cantidades entregadas al trabajador destinadas a la cancelación de las deudas que tuvieron su origen en las causas indicadas, requisito indispensable, según la jurisprudencia, para atribuirle valor liberatorio al finiquito. El cargo no prospera.

Segundo cargo.

Lo propone como subsidiario del primero. Acusa la sentencia de violar la ley por interpretación errónea del art. 133 del C.S.T., en relación con los arts. 22, numeral 2; 57, obligación 4; 127, 132, 172, 173, 174, 176 y 177 del mismo estatuto.

Dice el recurrente, que el fallador interpretó erróneamente las normas al sostener que como la remuneración era variable, no operaba el art. 174 sino el 176, el cual señala el salario para el pago del descanso dominical.

En demostración del cargo manifiesta el acusador, que la sentencia contradice el espíritu de la ley porque somete a un molde determinado la estipulación sobre el salario; que el Código del Trabajo no prohibe que la remuneración se fije en atención al tiempo servido y al trabajo realizado, ni que la remuneración se estipule como sueldo, como tampoco impide a las partes estipular como

sueldo un salario variable por cada mes de servicio, pues deja a su voluntad darle el carácter de jornal o de sueldo a las modalidades de la retribución, como lo expresa su art. 133; que por vía de interpretación no pueden derogarse o limitarse las facultades de que las partes gozan al respecto; que si de acuerdo con la norma citada, sueldo es el salario estipulado por periodos mayores de un día, no hay razón para interpretarla en un sentido que perjudique al patrono, porque fuera de que la disposición contiene clara facultad dada a los contratantes para acordar el salario como sueldo o jornal, hay otras normas del Código que la refuerzan, como las contenidas en los arts. 22-2, 132, 127, 174-2 y 57-4; que los arts. 173 y 176 de la misma obra, conexos y complementarios entre sí, solo se aplican cuando se estipula el salario por días, es decir un jornal, bien sea fijo o variable que a esa conclusión se llega también, si se relacionan los dos textos citados con el art. 174, inciso 1; que la errónea convicción del Tribunal sobre el alcance de las normas relacionadas, provocó la condena al pago de la deuda por los descansos legales y reajuste de primas de servicios.

SE CONSIDERA:

Al estudiar el primer cargo, se vió que en el análisis que la sentencia hace de las cláusulas relativas al salario, se dice que el convenido por las partes fue variable y que, en tal virtud, en el caso de autos, debe tenerse en cuenta el artículo 176 del C.S.T., respecto a la manera como debe liquidarse el valor de los descansos legales.

La Corte estima acertado el juicio del Tribunal. Al efecto, acerca de la cuestión jurídica que plantea el cargo, esta Sala ya tuvo oportunidad, en asunto igual al presente, de exponer las razones en que apoya su criterio. Ellas están consignadas en el fallo que decidió el recurso de casación interpuesto contra la sentencia que en segunda instancia definió el juicio seguido por Fabio Duque contra "Sears Roebuck S. A.", de fecha 30 de enero de 1.964. En esa oportunidad, se expuso lo que a continuación se transcribe:

"6. No pugna la tesis del Tribunal, como lo afirma el cargo, con el precepto legal que faculta a las partes para estipular libremente el salario, (art. 132 del C.S.T.). Debe éste interpretarse tomando en cuenta el tipo de remuneración pactado y su régimen legal. Si escogen el salario por unidad de tiempo denominado sueldo, para remunerar los descansos en domingos y festivos la regla aplicable es la del art. 174-2; si optan por el salario variable, opera la doctrina del art. 176. Como antes se ha visto, se trata de dos categorías jurídicas distintas, cada una de las cuales debe ser gobernada por las respectivas normas legales.

"7. Que las partes tengan facultad para estipular el salario, no conduce a la conclusión de que si escogen el variable pero dándole la denominación de "sueldo" o "jornal", deba respetarse su voluntad, como lo pretende el recurrente. La libertad contractual acerca del punto en examen, no autoriza a los contratantes para alterar la esencia de las instituciones jurídicas, pues en el derecho del trabajo domina el principio de que sus normas reguladoras son de orden público en cuanto procuran la protección del asalariado, esto es, de naturaleza imperativa. Por tanto, los pactos no tienen la calidad que quieran darle los contratantes, sino la que realmente les corresponda.

"8. La libertad para estipular el salario no sólo tiene las restricciones de que trata el art. 132, sino otras de especial importancia, entre las cuales cabe des-

tacar la de que no producen efecto las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del asalariado en relación con lo que disponga la ley laboral, de conformidad con lo preceptuado en el art. 43.

"Ahora bien: el art. 172 del C.S.T. establece el principio de que todo trabajador tiene derecho al descanso dominical remunerado, con una duración mínima de 24 horas; el art. 177 ibidem le concede el mismo derecho en los días festivos que relaciona.

"Distingue el mismo estatuto, para el efecto de la remuneración de los descansos referidos, entre el salario a base de sueldo y el variable. El primero, como se deduce de su definición legal (art. 133) está sometido a la unidad de tiempo; su pago debe hacerse, cuando se trata de sueldos, por periodos que no excedan de un mes, en moneda legal (art. 134, inciso 1). En esa modalidad salarial el pago del sueldo incluye el de los descansos legales (art. 174, inciso 2).

"El segundo salario variable no es fijo en su cuantía. La unidad de tiempo no sirve para conocer su valor, aunque para liquidarlo se haya fijado por las partes un determinado lapso, pues su importe no depende de que éste transcurra, sino del esfuerzo y capacidades del empleado. Para la remuneración de dominicales y festivos, el legislador se limita a señalar el procedimiento que debe seguirse, expresando que está representada en el promedio de lo devengado por el empleado en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta únicamente los días trabajados, si de dominicales se trata (art. 176) y sin descuentos por faltas al trabajo para el pago del descanso en los demás días festivos (art. 177, inciso 2).

"No hay equivalencia entre el salario por unidad de tiempo y el variable, en sus diversas modalidades, como se explicó anteriormente. Por lo tanto, la norma establecida para el pago de los descansos en el primero, no es aplicable para su cancelación en el segundo. Debe descartarse, por consiguiente, el argumento o paralogismo de analogía.

"No se trata, pues, de que no habiendo establecido el legislador para el pago de los descansos legales, cuando el salario sea variable, la misma regla del art. 174-2, lo haya sustraído por ese sólo hecho del imperio de esa norma, sino de situaciones jurídicas distintas en cuanto a las modalidades de retribución de los servicios del asalariado, con diferente régimen legal. Así lo confirma la circunstancia de que de manera expresa señala para la remuneración variable cual es el salario computable para cancelar la deuda proveniente de los mencionados descansos, lo cual demuestra que no la estimó solucionada con el pago de la retribución.

"No es exacto, como lo asevera el acusador, que el art. 176 del Código solo se aplica a "los salarios variables estipulados por días". Observa la Sala que esa modalidad salarial no es tipo de retribución variable sino fija, como claramente se deduce de lo dispuesto por el art. 133, en relación con el 134, inciso 1 del estatuto laboral. De otro lado, el primero de los indicados textos legales no se refiere a salarios fijos sino variables, sin consideración al periodo que regule su pago.

"El nombrado art. 174 contempla dos especies de salario fijo: jornal y sueldo. Para efectos del pago de los descansos legales, el del sueldo los incluye, pero no los comprende la retribución a jornal. Todo lo cual quiere decir que el criterio para decidir si el pago del salario conlleva el de los descansos, no es propiamente el hecho de que el estipulado sea fijo, sino el de que el pactado lo

sea a base de sueldo. Por consiguiente, cualquiera otra especie de remuneración, fija o variable, deja por fuera la deuda por descansos en domingos y otros días festivos.

"Según lo expuesto, si es un derecho del trabajador con salario variable la remuneración de los descansos legales, se desmejora su situación jurídica si se le somete al régimen del empleado a sueldo o por unidad de tiempo, como bien lo observa el tallador, sin réplica del recurrente.

"La situación jurídica no cambia si el salario que se pacta combina el fijo con el variable (sueldo mensual y porcentaje sobre ventas, por ejemplo). En vista de que el segundo hace parte del primero (art. 127) la cuantía cierta de la remuneración no podría conocerse sino a través de la ejecución del contrato, aunque para liquidarla se señala determinado período de tiempo (semanas, quincenas o meses).

"Por último, en el supuesto de que la cuestión debatida se considere dudosa, habría que acudir al mandato del art. 21 del C.S.T., el cual ordena que en tal hipótesis debe prevalecer en la aplicación de las normas, la más favorable al trabajador".

Con apoyo en la doctrina expuesta, que la Sala reafirma, se desecha la acusación en examen.

A 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 recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en su Sala Laboral, de fecha 10 de octubre de 1.961. Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo.- Roberto De Zubiría C.- Luis Fernando Paredes A.- José Joaquín Rodríguez.- Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REMUNERACION DE LOS DESCANSOS DOMINICALES Y FESTIVOS. SALARIO FIJO Y SALARIO VARIABLE.

Diferente régimen legal para determinar lo debido por descansos legales según que se haya pactado sueldo u otra forma distinta de pago. Cómputo de los descansos cuando la remuneración del trabajo no es fija sino variable. Reafirma la Sala sus doctrinas sobre estas materias.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, nueve de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.).

Fernando Abondano F., promovió juicio ordinario contra la Sociedad Anónima denominada "Sears Roebuck de Colombia" para que con audiencia de su representante y previos los trámites de rigor, fuera condenada al pago del reajuste de la cesantía y primas de servicios, remuneración de los descansos legales y de trabajo en horas extras, e indemnización por mora.

En sus fundamentos de hecho, se afirma en la demanda que Fernando Abondano F. trabajó, en Bogotá, como vendedor al servicio de la demandada, desde el 26 de julio 1.954 hasta el 15 de febrero de 1.959; que el salario convenido por las partes fue el 5% sobre el valor de las ventas que efectuara el trabajador, suma que semanalmente se le liquidaba y pagaba; que en caso de que no realizara ninguna venta, el patrono le hacía anticipos para descontárselos del valor del porcentaje que le correspondiera en la semana inmediatamente posterior; que el salario devengado fue siempre variable; que laboró en cada semana más de cuarenta y ocho horas; que en el pago que la Sociedad le hizo al empleado del auxilio de cesantía y primas de servicios, no incluyó el valor de la remuneración correspondiente a domingos y festivos, deuda que no le ha cancelado, como tampoco el valor de las horas extras trabajadas; que el trabajador prestó sus servicios a la Sociedad todos los días laborables de las semanas.

En derecho, las pretensiones se apoyan en los arts. 22, 23, 24, 47, 127, 132, 161, 168, 172, 173, 174, 176, 177, 249, 253, 306 y 65 del C.S.T.; art. 2o. del Decreto 243 de 1.951; artículos 593 y ss. del C. J.; y los arts. 2, 5, 20, 25, 36, 42, 55, 74 y concordantes, del C. P. L.

La respuesta a la demanda se opone a la prosperidad de la acción. En cuanto a los hechos, negó la mayor parte de ellos, aceptó el tercero y, de los otros, dijo atenerse a lo que se demuestre en el juicio. Como excepciones perentorias propuso las de pago, compensación y prescripción.

Decidió el litigio en primera instancia el Juez Séptimo Laboral del Círculo de Bogotá, mediante sentencia de fecha 6 de octubre de 1.961. La providencia condena a la Sociedad a pagar al demandante las sumas de $5.777.65 por concepto de dominicales; $1.947.59, por concepto de festivos; $509.00 por reajuste de cesantía; $725.90 por concepto de reajuste de primas de servicios (literales a-, b-, c- y d- del Punto Primero); absuelve a la sociedad de los demás cargos de la demanda (Punto Tercero); condena a la misma al pago del 70% de las costas (Numeral Cuarto); y declara probada la excepción de prescripción, por el tiempo anterior al 31 de marzo de 1.957. (Numeral Primero).

El apoderado de la Sociedad interpuso el recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado. El Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, por sentencia de fecha 26 de octubre de 1.961, resolvió el recurso de apelación, confirmando en todas sus partes el fallo apelado. La misma providencia condenó en costas de la instancia a la parte apelante.

La parte vencida interpuso el recurso de casación, que le fue concedido. Admitido aquí, por la Sala y debidamente preparado se pasa a decidir, teniendo en cuenta la demanda presentada y el correspondiente escrito de réplica.

LA DEMANDA DE CASACION.

Aspira a que la Corte case totalmente la sentencia del Tribunal, revoque la del Juzgado y absuelva a la parte demandada de todos los cargos formulados en la demanda inicial. Invoca la causal primera de casación, y con fundamento en ella formula dos cargos.

Primer cargo.

Acusa la sentencia de violar el art. 133 del C.S.T., en relación con los arts. 22, numeral 2; 57, obligación 4; 127, 132, 172, 173, 174, 176 y 177 del mismo estatuto, por errónea interpretación.

En desarrollo del cargo, dice el recurrente que la sentencia contradice el espíritu de la ley porque somete a un molde determinado la estipulación sobre el salario; que el Código del Trabajo no prohibe que el salario sea en atención al tiempo servido y al trabajo realizado, y que la remuneración se estipule como sueldo, como tampoco impide a las partes estipular como sueldo una remuneración variable por cada mes de servicio, pues deja a su voluntad darle el carácter de jornal o de sueldo a las modalidades de la retribución, como lo expresa su artículo 133; que por vía de interpretación no pueden derogarse o limitarse las facultades de que las partes gozan al respecto; que si de acuerdo con la norma citada sueldo es el salario estipulado por períodos mayores de un día, no hay razón para interpretarla en un sentido que perjudique al patrono, porque fuera de que la disposición contiene clara facultad dada a los contratantes para acordar el salario como sueldo o jornal, hay otras normas del Código que la refuerzan, como las contenidas en los arts. 22-2, 132, 127, 174-2, 57-4; que los arts. 173 y 176 de la misma obra, conexos y complementarios, solo se aplican cuando se estipula el salario por días, fijo o variable; queja esta conclusión se llega también si se relacionan los dos textos citados con el art. 174, inciso 1o; que la errónea convicción del Tribunal sobre el alcance de las normas relacionadas, provocó la condena al pago de la deuda por los descansos legales, reajuste de cesantía y primas de servicio.

Segundo cargo.

Lo presenta como subsidiario del primero. Acusa como violados, por aplicación indebida, los arts. 173 y 177 del C.S.T. a consecuencia de ostensibles errores de hecho al apreciar equivocadamente algunas pruebas y desestimar otras.

Consisten los errores, en dar por demostrados, sin estarlo, que el actor se obligó a laborar todos los días de la semana, y que su remuneración dependía solamente del resultado obtenido por él y no constituía sueldo.

Como pruebas mal estimadas por la sentencia, cita el contrato de trabajo (fl. 27), la inspección ocular (fls. 44 y 45) y la liquidación de prestaciones sociales (fl. 2).

Sostiene el recurrente que, según aparece del contrato, las partes estipularon, a título de salario, un sueldo mensual correspondiente a un determinado porcentaje sobre las ventas que realizara personalmente el trabajador, para lo cual hicieron uso de la facultad que les otorga el art. 122 del C.S.T.; que, según el art. 127 ibidem, la referida remuneración constituye salario, aparte de que, conforme al art. 22-2 de la misma obra, salario es cualquier forma de remuneración, que el art. 133 del mismo código llama jornal si se estipula por días y sueldo cuando se pacta por períodos mayores; que si el actor tenía asignada una remuneración mensual, el patrono no estaba en la obligación de pagarle por separado los descansos legales, porque los comprende el artículo 174 numeral 2 del estatuto laboral; que, además, como lo dice la cláusula tercera del contrato el pago anticipado de la suma de $76.15 semanales, incluía el de los descansos legales.

En cuanto a la inspección ocular, alega el recurrente que con base en las sumas pagadas al actor, a buena cuenta de comisiones, de que da cuenta la inspección, no podía liquidarse el descanso dominical que ordena pagar el art. 173 en relación con el 176 del C.S.T., porque de ella no aparecen los días trabajados en cada semana, ni demuestra la obligación del trabajador de prestar sus servicios en todos los días laborables de la indicada unidad de tiempo, por lo cual la empresa ha debido ser liberada del pago de la deuda, por el expresado concepto.

Respecto al documento en que consta la liquidación de prestaciones sociales que obra al folio 2, que aparece firmado por el trabajador, dice que en él se declara sin reservas por el actor, que recibió de la sociedad no solo las prestaciones sociales sino los sueldos cuando se produjeron. Que esta prueba contradice la declaración del Tribunal de que la remuneración de Abondano no constituía sueldo.

Como prueba no apreciada, señala la confesión provocada del demandante, especialmente las respuestas dadas a las preguntas tercera, cuarta y quinta, en donde afirma ser cierto que por el trabajo que le tocaba desarrollar, mes por mes, Sears convino en pagarle una remuneración correspondiente al 5% sobre las ventas que haya efectuado; que la Sociedad no le exigía la venta de una determinada cantidad de artículos sino que atendiera cumplidamente su respectiva sección; que la jornada de trabajo diario se cumplía durante el tiempo en que el almacén permanecía abierto al público, de lo que concluye que la remuneración del demandante fue acordada teniendo en cuenta el tiempo de servicios.

Luego agrega: Si el juzgador de segunda instancia hubiera apreciado y valorado en su verdadero significado las pruebas mencionadas en el cargo, habría

concluído que entre las partes se pactó un sueldo correspondiente a un porcentaje sobre las ventas efectuadas por el trabajador, garantizado por una remuneración fija para los casos en que nada vendiera; que el salario se estipuló voluntariamente, sin lesionar el mínimo legal; que la Sociedad cumplió su obligación de pagar a Abondano la remuneración dentro de los periodos convenidos; y que, de la inspección ocular, no podía deducirse cuáles fueron los días trabajados por el demandante en cada una de las semanas, por lo que no podían aplicarse los artículos que se señalan como violados.

REPLICA DE LA OPOSICION.

Se acoge, para refutar el primer cargo, a las razones expuestas por el Tribunal Superior de Bogotá, en juicio similar al presente, y en el cual se controvertía el mismo problema jurídico que se debate en este negocio. Transcribe, en lo pertinente, apartes de la sentencia a que se refiere, sin precisar la fecha del fallo, ni las partes del juicio.

Con relación al segundo cargo, dice que las pruebas de que hace mérito el acusador no demuestran los errores que alega. Refiriéndose al contrato de trabajo, dice que no fue mal apreciada la cláusula relativa al salario, porque lo pactado en ella no fue un sueldo sino una remuneración variable; que tampoco fue mal apreciada la diligencia de inspección ocular, pues ella demuestra no solo la obligación del demandante de trabajar los días laborables de la semana, sino la prestación real del servicio, a excepción de los domingos y festivos. Que la no apreciación de la confesión del demandante ninguna incidencia tiene sobre la resolución del problema debatido, porque en el juicio aparece plenamente comprobado que aquél devengó salario variable.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

El contrato de trabajo (fl. 15) dice en su cláusula segunda, que las partes han convenido en retribuir los servicios del trabajador pagándole un sueldo mensual equivalente a un 4% sobre las ventas. La cláusula tercera estipula que los pagos se harían por semanas vencidas, anticipándole el patrono al trabajador, a buena cuenta de comisiones semanales la suma $76.15, dentro de la cual quedarían comprendidos los días de descanso (domingos y feriados), con la advertencia de que si al efectuar las liquidaciones no alcanzaba al nivel de los anticipos, el empleado debería pagar la diferencia con el valor de las comisiones devengadas en las semanas subsiguientes "en las cuales tal nivel sea sobrepasado".

En el análisis que la sentencia hace de las cláusulas relativas del salario, dice que el convenido por las partes fue variable y que, en tal virtud, en el caso de autos no puede tener aplicación el inciso segundo del art. 174 del C.S.T., sino el 176 de la misma obra. Dice que cuando el art. 133 denomina jornal al salario estipulado por días y sueldo al estipulado por períodos mayores, se está refiriendo al salario estipulado por unidad de tiempo y no en sus otras modalidades, entre las cuales se encuentra la de comisiones sobre ventas, en cuyo caso cualquiera que sea el período de pago, el salario no debe calificarse como sueldo.

Acerca de la cuestión jurídica que plantea el primer cargo, esta Sala de la Corte, en asunto igual al presente, expuso lo que a continuación se transcribe:

"6. No pugna la tesis del Tribunal, como lo afirma el cargo, con el precepto legal que faculta a las partes para estipular libremente el salario, (art. 132 del C.S.T). Debe éste interpretarse tomando en cuenta el tipo de remuneración pactado y su régimen legal. Si escogen el salario por unidad de tiempo denominado sueldo, para remunerar los descansos en domingos y festivos la regla aplicable es la del art. 174-2; si optan por el salario variable, opera la doctrina del art. 176. Como antes se ha visto, se trata de dos categorías jurídicas distintas, cada una de las cuales debe ser gobernada por las respectivas normas legales.

"7. Que las partes tengan facultad para estipular el salario, no conduce a la conclusión de que si escogen el variable pero dándole la denominación de 'sueldo' o 'jornal', debe respetarse su voluntad, como lo pretende el recurrente. La libertad contractual acerca del punto en examen, no autoriza a los contratantes para alterar la esencia de las instituciones jurídicas, pues en el derecho del trabajo domina el principio de que sus normas reguladoras son de orden público en cuanto procuran la protección de asalariado, esto es, de naturaleza imperativa. Por tanto, los pactos no tienen la calidad que quieran darle los contratantes, sino la que realmente les corresponda.

"8. La libertad para estipular el salario no sólo tiene las restricciones de que trata el art. 132, sino otras de especial importancia, entre las cuales cabe destacar la de que no producen efecto las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del asalariado en relación con lo que disponga la ley laboral, de conformidad con lo preceptuado en el art. 43.

"Ahora bien: el art. 172 del C.S.T. establece el principio de que todo trabajador tiene derecho al descanso dominical remunerado, con una duración mínima de 24 horas; el art. 177 ibidem le concede el mismo derecho en los días festivos que relaciona.

"Distingue el mismo estatuto, para el efecto de la remuneración de los descansos referidos, entre el salario a base de sueldo y el variable. El primero, como se deduce de su definición legal (art. 133) está sometido a la unidad de tiempo; su pago debe hacerse, cuando se trata de sueldos, por períodos que no excedan de un mes, en moneda legal (art. 134, inciso 1). En esa modalidad salarial el pago del sueldo incluye el de los descansos legales (art. 174, inciso 2).

"El segundo -salario variable- no es fijo en su cuantía. La unidad de tiempo no sirve para conocer su valor, aunque para liquidarlo se haya fijado por las partes un determinado lapso, pues su importe no depende de que éste transcurra, sino del esfuerzo y capacidades del empleado. Para la remuneración de dominicales y festivos, el legislador se limita a señalar el procedimiento que debe seguirse, expresando que está representada en el promedio de lo devengado por el empleado en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta únicamente los días trabajados, si de dominicales se trata (art. 176) y sin descuentos por faltas al trabajo para el pago del descanso en los demás días festivos (art. 177, inciso 2).

"No hay equivalencia entre el salario por unidad de tiempo y el variable, en sus diversas modalidades, como se explicó anteriormente. Por lo tanto, la norma establecida para el pago de los descansos en el primero, no es aplicable para su cancelación en el segundo. Debe descartarse, por consiguiente, el argumento a pari o de analogía.

"No se trata, pues, de que no habiendo establecido el legislador para el pago de los descansos legales, cuando el salario sea variable, la misma regla del art. 174-2, lo haya sustraído por ese sólo hecho del imperio de esa norma, sino de situaciones jurídicas distintas en cuanto a las modalidades de retribución de los servicios del asalariado, con diferente régimen legal. Así lo confirma la circunstancia de que de manera expresa señala para la remuneración variable cuál es el salario computable para cancelar la deuda proveniente de los mencionados descansos, lo cual demuestra que no la estimó solucionada con el pago de la retribución.

"No es exacto, como lo asevera el acusador, que el art. 176 del Código solo se aplica a 'los salarios variables estipulados por días'. Observa la Sala que esa modalidad salarial no es tipo de retribución variable sino fija, como claramente se deduce de lo dispuesto por el art. 133, en relación con el 134, inciso 1- del estatuto laboral. De otro lado, el primero de los indicados textos legales no se refiere a salarios fijos sino variables, sin consideración al período que regule su pago.

"El nombrado art. 174 contempla dos aspectos de salario fijo: jornal y sueldo. Para efectos del pago de los descansos legales, el del sueldo los incluye, pero no los comprende la retribución a jornal. Todo lo cual quiere decir que el criterio para decidir si el pago del salario conlleva el de los descansos, no es propiamente el hecho de que el estipulado sea fijo, sino el de que el pactado lo sea a base de sueldo. Por consiguiente, cualquiera otra especie de remuneración, fija o variable, deja por fuera la deuda por descansos en domingos y otros días festivos.

"Según lo expuesto, si es un derecho del trabajador con salario variable la remuneración de los descansos legales, se desmejora su situación jurídica si se le somete al régimen del empleado a sueldo o por unidad de tiempo, como bien lo observa el fallador, sin réplica del recurrente.

"La situación jurídica no cambia si el salario que se pacta combina el fijo con el variable (sueldo mensual y porcentaje sobre ventas, por ejemplo). En vista de que el segundo hace parte del primero (art. 127) la cuantía cierta de la remuneración no podría conocerse sino a través de la ejecución del contrato, aunque para liquidarla se señale determinado período de tiempo (semanas, quincenas o meses).

"Por último, en el supuesto de que la cuestión debatida se considere dudosa, habría que acudir al mandato del art. 21 del C.S.T., el cual ordena que en tal hipótesis debe prevalecer en la aplicación de las normas, la más favorable al trabajador".

Con apoyo en la doctrina expuesta, que la Sala reafirma, se desecha la acusación en examen.

Con relación al segundo cargo, observa la Sala:

No estimó la sentencia con desacierto el contrato de trabajo en las cláusulas relativas al salario, pues lo que ellas demuestran no es el hecho de que lo convenido por las partes hubiera sido un sueldo mensual, sino una remuneración variable. Se dijo en el estudio del primer cargo que es inexacto llamar sueldo a la comisión, y a lo allí expuesto se remite la Corte.

La inspección ocular demuestra que durante el tiempo del contrato fue continuo el trabajo del demandante y el pago semanal de las comisiones devenga-

das, mas nó el de los descansos legales, es decir, hechos contrarios a los que afirma la acusación.

La declaración contenida en el documento sobre liquidación de prestaciones, que obra al folio 2 del cuaderno principal, hecha por el demandante, en el sentido de haber recibido de la Sociedad demandada todos los salarios, incluso los extraordinarios, como el valor de los descansos legales, declarándola a paz y salvo por tales conceptos, no la libera de las obligaciones que la sentencia reconoce a su cargo, pues el documento no precisa las cantidades entregadas al trabajador destinadas a la cancelación de las deudas que tuvieron su origen en las causas indicadas, requisito indispensable, según la jurisprudencia, para atribuirle valor liberatorio al finiquito. Además, debe anotarse para rechazar la glosa que se examina, que parte de una hipótesis inexacta, la de que el salario pactado lo fue a base de un sueldo mensual, lo cual no es cierto, pues a la asignación estipulada fue la de comisión sobre ventas, que constituye salario variable como se expresó al estudiar ese punto.

Respecto a la prueba de confesión no apreciada, el recurrente sostiene que si el Tribunal hubiese tenido en cuenta la respuesta dada por el trabajador a la tercera pregunta del pliego de posiciones, lo mismo que las respuestas a las preguntas 4a. y 5a., habría llegado a la conclusión de que la remuneración acordada para el demandante, tuvo en cuenta el factor tiempo de servicio. Observa la Sala que la significación que la sentencia le asigna al convenio sobre salario, para lo cual tuvo en cuenta el contrato escrito celebrado entre las partes, es la de que lo estipulado fue una remuneración a base de porcentaje. Esto mismo es lo que acepta el demandante al absolver posiciones, y dar respuesta a la pregunta tercera. Por tanto, si este hecho se acredita por el propio contrato, ninguna consecuencia puede tener la circunstancia de que el fallador no hubiera estimado la confesión del demandante. La circunstancia de haber aceptado éste un horario determinado en la prestación del servicio, tampoco conduce a demostrar que el salario dependía no solo del trabajo ejecutado por él sino del tiempo que debía emplear en el almacén. Por lo demás, no es el horario factor determinante del salario a comisión, sino el rendimiento del trabajador.

El cargo no prospera.

A 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 recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha 26 de octubre de 1.961.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo. - Roberto De Zubiría C. - Luis Fernando Paredes A. - José Joaquín Rodríguez. - Vicente Mejía Osorio, Secretario.

DESCANSOS DOMINICALES Y FESTIVOS. COMO SE LIQUIDAN CUANDO EL SALARIO ES VARIABLE. EL SUELDO COMO TIPO DE REMUNERACION FIJA. REAJUSTE DE CESANTIA Y PRIMAS DE SERVICIO. INDEMNIZACION MORATORIA. REITERACION DE DOCTRINAS DE LA SALA.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, trece de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.).

Oscar Bolero, por medio de apoderado, promovió juicio contra la Sociedad denominada Sears Roebuck de Colombia S. A., para que, previos los trámites de rigor, fuera condenada al pago de las sumas que le adeuda por concepto del reajuste de cesantía y primas de servicios, remuneración de los descansos legales y de trabajos en horas extras, indemnización por mora y costas del juicio.

Dijo su apoderado, en los hechos de la demanda, que Bolero prestó sus servicios a la Sociedad, como vendedor, desde el 6 de abril de 1.955 hasta el 22 de noviembre de 1.959, fecha en que se retiró, por renuncia que le fue aceptada; que el salario convenido por las partes fue el 5% sobre el valor de las ventas que efectuara semanalmente el trabajador; que la Sociedad le liquidó y pagó cada semana el valor del porcentaje que le correspondía como remuneración y cuando en alguna semana no efectuaba ventas, le anticipaba una suma para descontársela del valor que le correspondiera en la semana inmediatamente posterior; que el salario devengado fue variable; que al liquidarle y pagarle la Sociedad el auxilio de cesantía y las primas de servicios, no incluyó el valor correspondiente a la remuneración en domingos y festivos, deuda que no le ha cancelado, como tampoco el valor de las horas extras trabajadas; que durante la vigencia del contrato, Oscar Bolero se obligó a trabajar todos los días laborables de la semana, y si en algunas no lo hizo, se debió a la disposición de la Empresa.

En derecho, las pretensiones se fundan en los arts. 22, 23, 24, 47, 132 161, 172, 173, 176, 177, 249, 306, y 65 del C.S.T.; art. 2o. del Decreto 243 de 1.951; art. 593 y siguientes del C. J.; art. 2, 5, 20, 25, 36, 42, 55, 74 y concordantes del C. P. L.

La respuesta a la demanda acepta la vinculación contractual y que el trabajador no laboró en dominicales y festivos; niega los hechos 7, 8 y 9; respecto a los hechos 2, 4, 5 y 6, dijo que debían ser demostrados y que se atenía a lo que resultara probado en el juicio. Se opuso a las peticiones de la demanda y propuso las excepciones perentorias de inexistencia de la obligación y prescripción.

La relación de primer grado terminó por sentencia de fecha 20 de abril de 1.961, proferida por el Juez Tercero del Trabajo de Bogotá. Por medio de

ella, condena a la Sociedad a pagar al demandante (ordinal primero) lo siguiente: a) $5.246.28 por dominicales; b) $1.471.76 por concepto de festivos; c) $613.53 por reajuste de prima; y, d) $767.02 por reajuste de cesantía. Absuelve a la Sociedad de los demás cargos formulados en su contra (numeral 2), y la condena a pagar el 60% de costas (numeral 3).

El Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, por sentencia de fecha 12 de mayo de 1.961, resolvió el recurso de alzada interpuesto por ambas partes contra el fallo del juzgado a quo. La resolución de segundo grado, (numeral 1) modifica el punto primero del fallo apelado, en el sentido de condenar a la Sociedad a pagar al demandante lo siguiente: a) $5 370.89 por remuneración de dominicales; b) $1.603.96 por concepto de festivos; c) $779.23 por reajuste de primas de servicio; d) $1.092.95 por reajuste de cesantía. Declara parcialmente probada la excepción de prescripción (numeral 2). Confirma los numerales 2 y 3 de la sentencia apelada (numeral 3). No condena en costas en la instancia.

Ambas partes interpusieron el recurso de casación, que les fue concedido. Tramitado aquí en debida forma, se pasa a decidir.

EL RECURSO DE LA PARTE DEMANDADA

Alcance de la impugnación. Aspira a que la Corte case parcialmente la sentencia recurrida en cuanto condena a la Sociedad al pago de la remuneración de descansos en domingos y feriados, reajuste de cesantía y primas de servicio, revoque la de primer grado y, en su lugar, absuelva al patrono de todos los cargos de la demanda inicial.

Con fundamento en la causal primera de casación, formula dos cargos que serán examinados en su orden.

Primer cargo.

Acusa la sentencia de violar el art. 133 del C.S.T., en relación con los arts. 22, numeral 2; 57, obligación 4; 127, 132, 172, 173, 174, 176 y 177 del mismo estatuto, por errónea interpretación.

En desarrollo del cargo, dice el recurrente que la sentencia contradice el espíritu de la ley porque somete a un molde determinado la estipulación sobre salario; que el Código del Trabajo no prohibe que el salario sea en atención al tiempo servido y al trabajo realizado, y que la remuneración se estipule como sueldo, como tampoco impide a las partes estipular como sueldo una remuneración variable por cada mes de servicio, pues deja a su voluntad darle el carácter de jornal o de sueldo a las modalidades de la retribución, como lo expresa su art. 133; que por vía de interpretación no pueden derogarse o limitarse las facultades de que las partes gozan al respecto; que si de acuerdo con la norma citada, sueldo es el salario estipulado por períodos mayores de un día, no hay razón para interpretarla en un sentido que perjudique al patrono, porque fuera de que la disposición contiene clara facultad dada a los contratantes para acordar el salario como sueldo o jornal, hay otras normas del Código que la refuerzan, como las contenidas en los arts. 22-2, 132, 127, 174-2, 57-4; que los arts. 173 y 176 de la misma obra, conexos y complementarios, solo se aplican cuando se estipula el salario por días, fijo o variable; que a esta conclusión se llega también si se relacionan los dos textos citados con el art. 174, inciso 1o.; que la errónea convicción del

Tribunal sobre el alcance de las normas relacionadas, provocó la condena al pago de la deuda por los descansos legales, reajuste de cesantía y primas de servicios.

Segundo cargo.

Lo presenta como subsidiario del primero. Acusa como violados, de manera indirecta y por aplicación indebida, los arts. 22-2; 57, obligación 4; 127, 132, 133, 172, 173, 174, 176-6, 177 del C.S.T. a consecuencia de ostensibles errores de hecho al apreciar equivocadamente algunas pruebas y desestimar otras.

Consisten los errores, en dar por demostrado, sin estarlo, que el actor se obligó a laborar todos los días de la semana, y que su remuneración dependía solamente del resultado obtenido por él y no constituía sueldo.

Como pruebas mal estimadas por la sentencia, cita el contrato de trabajo (fl. 20), la inspección ocular (fls. 44 a 53) y la liquidación de prestaciones sociales (fl. 2).

Sostiene el recurrente que, según aparece del contrato, las partes estipularon, a título de salario, un sueldo mensual correspondiente al 5% sobre las ventas que realizara personalmente el trabajador, para lo cual hicieron uso de la facultad que les otorga el art. 132 del C.S.T.; que, según el art. 127 ibídem, la referida remuneración constituye salario, aparte de que, conforme al art. 22-2 de la misma obra, salario es cualquier forma de remuneración, que el art. 133 del mismo Código llama jornal si se estipula por días y sueldo cuando se pacta por períodos mayores; que si el actor tenía asignada una remuneración mensual, el patrono no estaba en la obligación de pagarle por separado los descansos legales, porque los comprende el artículo 174 numeral 2 del estatuto laboral; que, además, como lo dice la cláusula tercera del contrato, el pago anticipado de la suma de $ 76.15 semanales, incluía el de los descansos legales.

En cuanto a la inspección ocular, alega el recurrente que con base en las sumas pagadas al actor, a buena cuenta de comisiones, de que dá cuenta la inspección, no podía liquidarse el descanso dominical que ordena pagar el art. 173 en relación con el 176 del C.S.T., porque de ella no aparecen los días trabajados en cada semana, ni demuestra la obligación del trabajador de prestar sus servicios en todos los días laborables de la indicada unidad de tiempo, por lo cual la empresa ha debido ser liberada del pago de la deuda, por el expresado concepto.

Como pruebas no apreciadas, indica: El documento en que consta la liquidación de prestaciones sociales que obra al folio 2, que aparece firmado por el trabajador, dice que en él se declara sin reservas por el actor, que recibió de la Sociedad no solo las prestaciones sociales sino los sueldos cuando se produjeron. Que esta prueba contradice la declaración del Tribunal de que la remuneración de Botero no constituía sueldo.

La confesión provocada del demandante, especialmente las respuestas dadas a las preguntas tercera y cuarta, en donde afirma ser cierto que Sears convino con él en pagarle una remuneración correspondiente al 5% sobre las ventas que efectuara, por el trabajo que le tocaba desarrollar mes por mes; que la Sociedad no le exigía la venta de una determinada cantidad de artículos sino que atendiera cumplidamente su respectiva sección.

Luego agrega: Si el juzgador de segunda instancia hubiera apreciado y valorado en su verdadero significado las pruebas mencionadas en el cargo, habría concluido que entre las partes se pactó un sueldo correspondiente a un porcentaje sobre las ventas efectuadas por el trabajador, garantizado por una remuneración fija para los casos en que nada vendiera; que el salario se estipuló voluntariamente, sin rebasar el mínimo legal; que la Sociedad cumplió su obligación de pagar a Botero la remuneración dentro de los períodos convenidos; y que, de la inspección ocular, no podía deducirse cuáles fueron los días trabajados por el demandante en cada una de las semanas, por lo que no podían aplicarse los arts. que se señalan como violados.

REPLICA DE LA OPOSICION.

Se acoge, para refutar el primer cargo, a las razones expuestas por el Tribunal Superior de Bogotá, en juicio similar al presente, y en el cual se controvertía el mismo problema jurídico que se debate en este negocio. Trascribe, en lo pertinente, apartes de la sentencia a que se refiere, que afirma fue proferida dentro del juicio promovido por Antonio de la Hoz contra la misma sociedad demandada.

Con relación al segundo cargo, dice que las pruebas de que hace mérito el acusador no demuestran los errores que alega. Refiriéndose al contrato de trabajo, dice que no fue mal apreciada la cláusula relativa al salario, porque lo pactado en ella no fue un sueldo sino una remuneración variable; que tampoco fue mal apreciada la diligencia de inspección ocular, pues ella demuestra no solo la obligación del demandante de trabajar los días laborables de la semana, sino la prestación real del servicio, a excepción de los domingos y festivos.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

El contrato de trabajo (fl. 20) dice en su cláusula segunda, que las partes han convenido en retribuir los servicios del trabajador pagándole un sueldo mensual equivalente a un 5% sobre las ventas. La cláusula tercera estipula que los pagos se harían por semanas vencidas, anticipándole el patrono al trabajador, a buena cuenta de comisiones semanales la suma de $76.15, dentro de la cual quedarían comprendidos los días de descanso (domingos y feriados), con la advertencia de que si al efectuar las liquidaciones no alcanzaba al nivel de los anticipos, el empleado debería pagar la diferencia con el valor de las comisiones devengadas en las semanas subsiguientes "en las cuales tal nivel sea sobrepasado".

En el análisis que la sentencia hace de las cláusulas relativas del salario, dice que el convenido por las partes fue variable y que, en tal virtud, en el caso de autos no puede tener aplicación el inciso segundo del art. 174 del C.S.T., sino el 176 de la misma obra, y agrega que sobre la forma como deben retribuirse los dominicales de los empleados que no reciben salario fijo sino variable, el Tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones, y se remite por tanto, a la providencia del 24 de noviembre de 1.960 proferida en el juicio seguido por Jaime Castellanos Morris contra la misma sociedad que es parte en la presente controversia.

Acerca de la cuestión jurídica que plantea el primer cargo, esta Sala de la Corte, en asunto igual al presente, expuso lo que a continuación se transcribe:

"6. No palma la tesis del Tribunal, como lo afirma el cargo, con el precepto legal que faculta a las partes para estipular libremente el salario, (art. 132 del C.S.T.). Debe éste interpretarse tomando en cuenta el tipo de remuneración pactado y su régimen legal. Si escogen el salario por unidad de tiempo denominado sueldo, para remunerar los descansos en domingos y festivos la regla aplicable es la del art 174-2; si optan por el salario variable, opera la doctrina del art. 176. Como antes se ha visto, se trata de dos categorías jurídicas distintas, cada una de las cuales debe ser gobernada por las respectivas normas legales.

"7. Que las partes tengan facultad para estipular el salario, no conduce a la conclusión de que si escogen el variable pero dándole la denominación de 'sueldo' o 'jornal', debe respetarse su voluntad, como lo pretende el recurrente. La libertad contractual acerca del punto en examen, no autoriza a los contratantes para alterar la esencia de las instituciones jurídicas, pues en el derecho del trabajo domina el principio de que sus normas reguladoras son de orden público en cuanto procuran la protección de asalariado, esto es, de naturaleza imperativa. Por tanto, los pactos no tienen la calidad que quieran darle los contratantes, sino la que realmente les corresponda.

"8. La libertad para estipular el salario no sólo tiene las restricciones de que trata el art. 132, sino otras de especial importancia, entre las cuales cabe destacar la de que no producen efectos las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del asalariado en relación con lo que disponga la ley laboral, de conformidad con lo preceptuado en el art. 43.

"Ahora bien: el art. 172 del C.S.T. establece el principio de que todo trabajador tiene derecho al descanso dominical remunerado, con una duración mínima de 24 horas; el art. 177 ibidem le concede el mismo derecho en los días festivos que relaciona.

"Distingue el mismo estatuto, para el efecto de la remuneración de los descansos referidos, entre el salario a base de sueldo y el variable. El primero, como se deduce de su definición legal (art. 133) está sometido a la unidad de tiempo; su pago debe hacerse, cuando se trata de sueldos, por períodos que no excedan de un mes, en moneda legal (art. 132, inciso 1). En esa modalidad salarial el pago del sueldo incluye el de los descansos legales (art. 174, inciso 2).

"El segundo -salario variable- no es fijo en su cuantía. La unidad de tiempo no sirve para conocer su valor, aunque para liquidarlo se haya fijado por las partes un determinado lapso, pues su importe no depende de que éste transcurra, sino del esfuerzo y capacidades del empleado. Para la remuneración de dominicales y festivos, el legislador se limita a señalar el procedimiento que debe seguirse, expresando que está representada en el promedio de lo devengado por el empleado en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta únicamente los días trabajados, si de dominicales se trata (art 176) y sin descuentos por faltas al trabajo para el pago del descanso en los demás días festivos (art. 177, inciso 2).

"No hay equivalencia entre el salario por unidad de tiempo y el variable, en sus diversas modalidades, como se explicó anteriormente. Por lo tanto, la norma establecida para el pago de los descansos en el primero, no es aplicable para su cancelación en el segundo. Debe descartarse, por consiguiente, el argumento a pari o de analogía.

"No se trata, pues, de que no habiendo establecido el legislador para e pago de los descansos legales, cuando el salario sea variable, la misma regla de art. 174-2, lo haya sustraído por ese sólo hecho del imperio de esa norma, sino de situaciones jurídicas distintas en cuanto a las modalidades de retribución de los servicios del asalariado, con diferente régimen legal. Así lo confirma la circunstancia de que de manera expresa señala para la remuneración variable cuá es el salario computable para cancelar la deuda proveniente de los mencionados descansos, lo cual demuestra que no la estimó solucionada con el pago de la retribución.

"No es exacto, como lo asevera el acusador, que el art. 176 del Código solo se aplica a 'los salarios variables estipulados por días'. Observa la Sala que esa modalidad salarial no es tipo de retribución variable sino fija, como claramente se deduce de lo dispuesto por el art. 133, en relación con el 134, inciso 1- del estatuto laboral. De otro lado, el primero de los indicados textos legales no se refiere a salarios fijos sino variables, sin consideración al período que regule su pago.

"El nombrado art. 174 contempla dos especies de salario fijo: jornal y sueldo. Para efectos del pago de los descansos legales, el del sueldo los incluye, pero no los comprende la retribución a jornal. Todo lo cual quiere decir que el criterio para decidir si el pago del salario conlleva el de los descansos, no es propiamente el hecho de que el estipulado sea fijo, sino el de que el pactado lo sea a base de sueldo. Por consiguiente, cualquiera otra especie de remuneración, fija o variable, deja por fuera la deuda por descansos en domingos y otros días festivos.

"Según lo expuesto, si es un derecho del trabajador con salario variable la remuneración de los descansos legales, se desmejora su situación jurídica si se le somete al régimen del empleado a sueldo o por unidad de tiempo, como bien lo observa el fallador, sin réplica del recurrente.

"La situación jurídica no cambia si el salario que se pacta combina el fijo con el variable (sueldo mensual y porcentaje sobre ventas, por ejemplo). En vista de que el segundo hace parte del primero (art. 127) la cuantía cierta de la remuneración no podría conocerse sino a través de la ejecución del contrato, aunque para liquidarla se señale determinado período de tiempo (semanas, quincenas o meses).

"Por último, en el supuesto de que la cuestión debatida se considere dudosa, habría que acudir al mandato del art. 21 del C.S.T., el cual ordena que en tal hipótesis debe prevalecer en la aplicación de las normas, la más favorable al trabajador". (Sentencia de 30 de enero de 1.964. Juicio seguido por Fabio Duque contra "Sears Roebuck S. A.").

Con apoyo en la doctrina expuesta, que la Sala reafirma, se desecha la acusación en examen.

Con relación al segundo cargo, observa la Sala:

No estimó la sentencia con desacierto el contrato de trabajo en las cláusulas relativas al salario, pues lo que ellas demuestran no es el hecho de que lo convenido por las partes hubiera sido un sueldo mensual, sino una remuneración variable. Se dijo en el estudio del primer cargo que es inexacto llamar sueldo a la comisión, y a lo allí expuesto se remite la Corte.

La inspección ocular demuestra que durante el tiempo del contrato fue continuo el trabajo del demandante y el pago semanal de las comisiones devengadas, mas nó el de los descansos legales, es decir, hechos contrarios a los que afirma la acusación.

La declaración contenida en el documento sobre liquidación de prestaciones, que obra al folio 12 del cuaderno principal, hecha por el demandante, en el sentido de haber recibido de la Sociedad demandada todos los salarios, incluso los extraordinarios, como el valor de los descansos legales, declarándola a paz y salvo por tales conceptos, no la libera de las obligaciones que la sentencia reconoce a su cargo, pues el documento no precisa las cantidades entregadas al trabajador destinadas a la cancelación de las deudas que tuvieron su origen en las causas indicadas, requisito indispensable, según la jurisprudencia, para atribuirle valor liberatorio al finiquito.

Respecto a la prueba de confesión no apreciada, el recurrente sostiene que si el Tribunal hubiese tenido en cuenta la respuesta dada por el trabajador a las preguntas tercera y cuarta del pliego de posiciones, habría llegado a la conclusión de que la remuneración acordada para el demandante, tuvo en cuenta el factor tiempo de servicio. Observa la sala que la significación que la sentencia le asigna al convenio sobre salario, para lo cual tuvo en cuenta el contrato escrito celebrado entre las partes, es la de que lo estipulado fue una remuneración a base de porcentaje. Esto mismo es lo que acepta el demandante al absolver posiciones, y dar respuesta a la pregunta tercera. Por tanto, si este hecho se acredita por el propio contrato, ninguna consecuencia puede tener la circunstancia de que el fallador no hubiera estimado la confesión del demandante. No prospera el cargo.

EL RECURSO DE LA PARTE DEMANDANTE.

Alcance de la impugnación. Aspira a que se case parcialmente el fallo del ad-quem, para que convertida la Corte en Tribunal de instancia se modifique la sentencia del Juzgado y se condene a la demandada a pagar al demandante el valor de la indemnización moratoria prevista en el art. 65 del C.S.T., equivalente a la suma de $36.33 diarios, por cada día de retardo, a partir del 23 de noviembre de 1.959 y hasta cuando se cancelen los salarios y prestaciones debidas.

Con base en la causal 1a. prevista en el art. 87 del Código de Procedimiento Laboral, formula un solo cargo.

Acusa la sentencia de violar, por vía indirecta, los numerales 1o. y 2o. del art. 65 del C.S.T., que dejó de aplicar, debiendo hacerlo, en concordancia con el art. 1624 del Código Civil, a causa de evidentes errores de hecho al estimar unas pruebas y desestimar otras.

Pruebas mal apreciadas.

Señala como erróneamente apreciado el contrato de trabajo, en su cláusula segunda, documento visible al folio 6 del expediente.

Para sustentar el cargo, por este primer aspecto, dice el recurrente que el Tribunal consideró que la Sociedad demandada no obró de mala fe al no incluir en la liquidación de cesantía y primas el valor del descanso dominical, en atención a

la forma como se redactó la cláusula segunda del contrato, por lo cual no consideró procedente imponer la sanción por mora, confirmando en esto la decisión del a-quo.

Se debe observar -agrega- que el fallo proferido por el Tribunal admite que es ambigua la cláusula contractual que contiene la estipulación sobre salario, como quiera que ofrece más de una interpretación, pues denomina sueldo mensual lo que en realidad es salario variable semanal. Pues bien, frente a la ambigüedad de esa estipulación contractual, debió aplicarse lo dispuesto en el inciso segundo del art. 1624 del Código Civil, interpretando la cláusula contra la parte demandada, que la redactó, pues, el contrato escrito de trabajo fué elaborado por la Sociedad; se trata de un ejemplar mimeografeado, que después llenó con el nombre de la empresa, denominación del cargo, etc., sin haber dado explicación sobre el alcance de lo que llaman "sueldo mensual", siendo así que la remuneración no se pactó por unidad de tiempo o salario fijo, sino por porcentaje o salario variable. A causa del error en la apreciación de la prueba, se dejó de aplicar el art. 65 del C.S.T., significando ausencia de mala fe donde realmente la hay. Si se procede conforme a lo dispuesto por la norma del Código Civil ya citada, habría tenido que deducir renuencia en el patrono y mala fe de su parte, al no pagar la remuneración correspondiente a descanso dominical y feriado, y al no haber incluido en la liquidación de cesantía y prima de servicios, el valor correspondiente a esos descansos.

Pruebas no apreciadas.

Dice que el Tribunal omitió apreciar, por lo que se refiere a la petición de salarios caídos, la confesión del representante de la Empresa, contenida en posiciones y la diligencia de Inspección Ocular.

Al respecto, expresa el recurrente que en la confesión provocada, el representante de la Empresa aceptó que el salario devengado por el demandante siempre fue variable. Agrega, que la diligencia de inspección ocular demuestra esa peculiaridad de la remuneración lo mismo que no se le pagó al trabajador suma alguna por descansos en dominicales y festivos. De esas pruebas se concluye en forma evidente que el salario devengado por el demandante fue siempre variable, equivalente a un porcentaje de las ventas que efectuara semanalmente; remuneración que no podía considerarse como sueldo, por no tratarse de un salario estipulado por unidad de tiempo. Que el Tribunal, por no haber tenido en cuenta esas pruebas, interpretó equivocadamente una cláusula ambigua del contrato, redactada por la parte demandada, llegando a consecuencias liberatorias donde debió encontrar renuencia patronal. Que en el caso de autos aparece acreditado plenamente que la sociedad demandada no pagó al trabajador ni sus prestaciones completas ni la remuneración por descanso en días domingos y festivos.

La parte opositora sostiene que la cláusula segunda del contrato de trabajo no es ambigua ni el sentenciador la tuvo por tal. Que en ella se habla específicamente del sueldo mensual y que éste fue el entendimiento del sentenciador al apreciarla. Que el artículo 1624 del Código Civil contiene una regla probatoria que no obliga en materia laboral, porque los jueces de esta jurisdicción no están sujetos a tarifa legal ninguna. Que la sentencia no viola las normas acusadas, porque no está demostrado que lo que el acusador llama ambiguo haya sido redactado por la Sociedad, ni que la supuesta ambigüedad provenga de una falta de explicación que ella haya debido dar; porque de la inspección ocular y de la

confesión del representante de la compañía, no se deriva ningún derecho en favor del actor, ya que con tales pruebas solo se acreditó que la remuneración era variable, que la Sociedad pagó ciertas sumas semanalmente, primas y vacaciones, pero no el hecho de que el patrono hubiera dejado de pagar salarios represtaciones sociales al terminar el contrato. De manera quee si la omisión no y sulta comprobada, mal podía recibir aplicación el art. 65. Y como la petición de condena por salarios caídos se derivo de la falta de pago de dominicales y festivos, y la condena por ese concepto se produjo como consecuencia de la interpretación de varias normas del Código, la decision sobre salarios caídos en nada podia ser influida por la inspección ocular ni por las demás pruebas que cita el recurrente.

SE CONSIDERA:

1. No aplicó la sentencia el art. 65 del C.S.T., por estas razones: "No procede la indemnización por mora porque cada la forma como se redactó la cláusula segunda del contrato no puede afirmarse que la parte demandada obró de mala le al no incluir en la liquidación de cesantía y primas el valor del descanso dominical, debiéndose confirmar, por tanto, lo resuelto por el inferior".

Esta Sala, por sentencia de fecha 31 de enero del presente año, al decidir una situación semejante a la contemplada en el caso que se examina, expresó lo siguiente, que estima aplicable para resolver el presente negocio:

"Puede admitirse que el patrono redactó la cláusula que la sentencia estima confusa, como lo sostiene el acusador. Sobre esta base conviene dilucidar si la sola ambigüedad de la cláusula autoriza para concluir que el patrono obró de mala fe, esto es, con el deliberado propósito de burlar los derechos del empleado. Una afirmación categórica en tal sentido no puede hacerse. Descubrir la intención de los contratantes es cuestión distinta de la de saber cual es la voluntad declarada. La que emerge del contrato entre las partes, relativa al salario, examinada a la luz de la razón, no lleva con necesidad lógica a la conclusión de que además de su ilegalidad, constituye prueba evidente de que al redactarla, el patrono obró de mala fe. Así lo estima la Sala en atención a que la ley del trabajo (art. 132) autoriza a las partes para convenir libremente el salario en sus diversas modalidades. Las partes, en uso de esa libertad, creyeron que podían ajustar el salario en la forma pactada. Ahora, si la cláusula, examinada frente a otros preceptos legales, resulta opuesta a ellos, desprovista de fuerza vinculante entre las partes, capaz de obligar al trabajador, esa situación apenas plantea un problema de interpretación, susceptible de error pero no inductivo de una conducta contraria a la buena fe, merecedora de sanción.

"Es cierto que en posiciones el representante de la sociedad admitió el hecho de que el salario convenido fue variable, e igualmente que así resulta de la inspección ocular, como lo afirma el recurrente. Todo ello sirve para corroborar las anteriores observaciones de la Sala, pues el patrono tuvo la creencia de que esa forma de retribución incluía el pago de los descansos en domingos y demás días festivos. Para pensarlo así se fundó en la consideración que puede estimarse errónea pero no fraudulenta, de que si el salario se estipulaba por periodos mayores de días aunque sea variable, recibe la denominación de sueldo,

tomando en cuenta lo dispuesto por el art. 133 del C.S.T. Para el patrono no era, pues, cierta, la deuda proveniente de los descansos legales; al contrario, consideró haberla cancelado al hacer el pago de las comisiones. Por tal motivo, al consignar lo que estimó deber a la demandante, se abstuvo de solucionar la obligación por el concepto expresado". (Juicio de Emma Esperanza Rocha de Padilla contra Sears Roebuck S. A.).

Debe tenerse en cuenta, además, que la jurisprudencia reiterada de esta Sala de la Corte ha dicho que si el patrono discute con razones valederas la existencia de una obligación emanada del contrato laboral, puede ser eximido de la condena a la indemnización moratoria de que trata el art. 65 del Código del Trabajo, situación que es, precisamente, la que se confronta en el caso de autos.

No es exacto que la sentencia se hubiera abstenido de estimar la inspección ocular, pues de ella hace mérito para decir que el salario convenido fue variable, que es lo que la prueba demuestra en la opinión del recurrente. Si este mismo hecho es lo que acredita la confesión provocada del representante de la sociedad en las posiciones que absolvió y que obran a folios 30 a 33 del cuaderno principal, como lo afirma la acusación, ninguna consecuencia puede tener la circunstancia de que el fallador no la hubiera estimado. Por lo demás, fundamento de la sentencia no es el de que la remuneración convenida por los contratantes no hubiera sido variable, pues se ha visto que le da esa calificación, sino el que se transcribió anteriormente. El razonamiento del Tribunal lo que da a entender es que la confusa redacción de las cláusulas del contrato relativas al salario, hicieron creer al patrono, de buena fé, que el pago de la comisión incluía el de los descansos legales, aspecto que anteriormente se dejó analizado.

Por otra parte, no se advierte error evidente de hecho en la actividad probatoria del sentenciador pues, por lo que respecta a la cuestión debatida en el juicio, la decisión comprende, en el fondo, un problema de interpretación de normas. Y, si se considera que la cuestión discutida es esencialmente de hecho, el error de esta clase, si lo hubo, no aparece en forma manifiesta y ostensible, que es la condición requerida por la ley para que sea capaz de desquiciar la sentencia.

El cargo no prospera.

Por las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, con fecha 12 de mayo de 1.961.

Sin costas en el recurso.

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

Luis Alberto Bravo.- Luis Fernando Paredes A.- Roberto De Zubiría C.- José Joaquín Rodríguez.- Vicente Mejía Osorio, Secretario.

TECNICA DE CASACION. INDEMNIZACION MORATORIA Y LUCRO Y CESANTE. INTERPRETACION DE LA DEMANDA. EL JUEZ DE INSTANCIA Y LA ESTIMACION DE LA PRUEBA. VIOLACION DEL CONTRATO DE TRABAJO POR PARTE DEL PATRONO.

Sin la cita de los cánones legales con influencia en la decisión, como lo exige la preceptiva técnica del recurso extraordinario, la acusación es inestimable. La consignación de que habla el artículo 65 del C. S. T. debe hacerse al terminar el contrato, no dentro del término de que dispone el patrono para contestar la demanda. La violación directa de la ley sustantiva y la indebida aplicación de la misma. La condena a título de perjuicios por lucro cesante (art. 64 C.S.T.), no es incompatible con la condena por concepto de indemnización moratoria (art. 65). La demanda es susceptible de interpretación. Técnica de casación referida a la violación de la ley por error de hecho. Facultades del fallador de instancia en la estimación de los elementos de juicio.

1. Alega el cargo violación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y de los preceptos del Código Civil relativos al pago, porque no obstante haberse cancelado las prestaciones por cesantía y primas de servicio hasta el valor de la consignación, condenó al patrono a satisfacerlas en su integridad, señalando como causa de la infracción error de hecho por inestimación de las pruebas que demuestran el depósito.

Observa la Sala: Del artículo 65, el cargo se refiere a la regla de su inciso 2o., la cual faculta al patrono para consignar lo que confiesa deber al empleado por salarios o prestaciones sociales si al expirar el contrato no hay acuerdo entre las partes sobre su monto o el trabajador se niega a recibir. Para que haya lugar a la operancia del precepto se requiere la preexistencia de deudas al tiempo de la desvinculación contractual por los conceptos que se dejan indicados. En el caso de autos, esas deudas eran la cesantía y primas de servicio, que la sentencia reconoce a cargo del patrono, con aplicación de las normas legales que consagran el derecho a las dos prestaciones. Según lo expuesto la proposición jurídica resulta incompleta, porque en la resolución de derecho inciden no sólo el artículo 65-2 del C. S. T. sino también preceptos de derecho material que consagran dichas prestaciones, cuya violación no acusa el recurrente. Sin la cita de los cánones legales con influencia en la decisión, como lo exige la preceptiva técnica del recurso extraordinario, el cargo es inestimable, de acuerdo con jurisprudencia de la Corporación. Ello no impide, sin embargo, que al tiempo de la ejecución de la sentencia pueda tomarse en cuenta por las partes el hecho cierto del pago por consignación, con fundamento en razones de equidad, ya que consta en autos que a petición del apoderado del actor el Juzgado ordenó la entrega al solicitante de la suma consignada y que esta disposición tuvo cumplimiento. No prospera el cargo.

2. En relación con el segundo cargo que se hace a la sentencia, sobre violación directa del artículo 65-1, observa la Sala que el contrato de trabajo terminó el 25 de abril del 1.960 y sólo el 7 de junio de ese año consignó el patrono el valor de las prestaciones sociales que confesaba deber al demandante. La consignación, conforme al precepto, debe hacerse al terminar el contrato, no dentro del término de que dispone el patrono para contestar la demanda, como lo afirma el acusador.

Era pues, el caso de aplicar la norma legal en cita. Si hubo infracción de ella, se habría producido, no por haber sido recibida, sin ser el caso, sino por su indebida aplicación, de modo directo, ya que la sentencia no toma en cuenta, para aplicar la sanción la fecha en que el contrato expiró (25 de abril de 1.960), que fue la inicial de la mora, sino una posterior, la de notificación de la demanda (30 de mayo del mismo año), restringiendo los efectos de la disposición. Según lo expuesto, no viola el fallo el canon legal citado por el motivo que el cargo aduce.

3. Es verdad que del 30 de mayo al 7 de junio de 1.960 la sentencia acusada contiene una doble condena al pago de salarios, así: la primera a título de perjuicios por lucro cesante, con aplicación del artículo 64 del C.S.T. y la segunda, por concepto de indemnización moratoria, con base en el artículo 65 ibídem. Por tal motivo, el cargo acusa violación directa del 64.

En concepto de la Sala, no es fundado el reparo. Las dos normas pueden recibir aplicación, porque la causa jurídica de cada una es distinta. La del 64 se refiere al perjuicio compensatorio, por incumplimiento del contrato, y es un derecho del cual pueden usar ambas partes. La del 65 consagra un derecho en favor del trabajador únicamente, y se basa en la mora en el pago de deudas a su favor, expirado el contrato. No prospera el cargo.

4. La tesis del fallo acusado se halla de acuerdo con la doctrina recibida por la jurisprudencia, según la cual la demanda es susceptible de interpretación, de la misma manera que el contrato, debiendo fijarse su sentido y alcance examinándola en su integridad, es decir, relacionando el *petitum* con la *causa petendi*.

5. La ley del recurso extraordinario exige, cuando se alega violación de ley por error de hecho, que se indiquen las pruebas mal estimadas o dejadas de apreciar, de las cuales aparezca la existencia del error. Sin tal requisito, que para el acusador constituye una carga, no es aceptable la impugnación.

6. En la estimación de los elementos de juicio el fallador está facultado para asignarles el mérito que en su concepto les corresponda, según su íntimo convencimiento, conforme a las reglas de la sana crítica.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, catorce de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez).

Se decide el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio ordinario laboral promovido por Germán Ospina L. contra Lázaro Gómez Jiménez.

-I-

ANTECEDENTES.

Germán Ospina prestó servicios personales a Lázaro Gómez, según contrato de trabajo consignado por escrito, suscrito en Ibagué, habiéndose obligado el empleado a ejercer la función de Pianista en el Club Fantasio de la ciudad de Medellín. El horario convenido fue el de seis horas diarias y de treinta y ocho a la semana, y como remuneración por los servicios la suma de $1.000.oo mensuales. Como término de duración del contrato se pactó el de un año. Para su ejecución, Ospina se trasladó de Ibagué a Medellín. La relación de trabajo se inició el 25 de septiembre de 1.958 y terminó el 25 de abril de 1.960. Durante su curso, el demandado le cambió al actor su función por la de administrador del Club, debiendo continuar con la de pianista. Laboró aquél todos los días de la semana, incluyendo domingos y festivos, sin recibir descanso compensatorio, y en jornadas de seis de la tarde a seis o siete de la mañana del día siguiente, horario que se extendió los sábados hasta las nueve a. m., a pesar de haberse estipulado una jornada inferior. Gómez Jiménez dio en arrendamiento el Club Fantasio, terminando por este motivo el contrato de trabajo con el demandante. Cuando el Club se reabrió bajo la dirección del arrendatario del demandado, Ospina estuvo dispuesto a reanudar el trabajo, lo que no pudo conseguir por haber sido sustituido en el cargo. Al cobrarle al demandado las prestaciones sociales y salarios retenidos, aquel lo envió al doctor Eugenio Prieto Mesa, quien le hizo una liquidación inconsulta de las obligaciones a su favor. Se le debe por sueldos la suma de $ 634,33 y las primas y vacaciones causadas, e igualmente los cinco meses que faltaban para el vencimiento del término estipulado en el contrato.

-II-

LA LITIS.

Con base en los hechos expuestos, suplica Ospina que por sentencia el demandado sea condenado a pagarle: salarios insolutos, cesantía, primas de servicio, vacaciones, dominicales y festivos, horas extras, recargo por trabajo en jornada nocturna, subsidio de transporte, indemnización por violación del contrato de trabajo en su duración presuntiva, e indemnización moratoria.

La respuesta a la demanda aceptó unos hechos y negó otros, expresando que el contrato de trabajo fue desconocido por el demandante.

-III-

LA CONTRADEMANDA

Fue promovida por Gómez Jiménez contra Ospina. Solicita en ella la declaración de que éste incumplió el contrato de trabajo en forma injustificada, por lo cual está obligado a indemnizarle el tiempo faltante para el cumplimiento del término estipulado y los perjuicios emanados de la infracción contractual.

El libelo relaciona los hechos que sustentan las contrapretensiones del demandado.

La respuesta a la demanda de mutua petición niega los hechos en que se apoya y se opone a su prosperidad.

-IV-

LOS FALLOS DE INSTANCIA

El de primer grado, de fecha 8 de agosto de 1.960, proferido por el Juzgado Tercero del Trabajo de Medellín, decidió la doble controversia en estos términos:

Demanda principal. Condena a Gómez Jiménez a pagar a Ospina, lo siguiente: $622.21 por cesantía; $494.94 por primas de servicios; $4.533.28 por violación del contrato; $634.33 por salarios insolutos, y $1.433.19 a título de indemnización moratoria. Absuelve al demandado de los demás cargos.

Demanda de reconvención. Absuelve al actor de las peticiones que contiene.

El de segundo grado, decisorio del recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la providencia del inferior, dictado por el Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral, el 4 de octubre de 1.960, resolvió la alzada en esta forma:

1o. Demanda principal. Condena a Gómez Jiménez a pagar a Ospina lo siguiente: $291.90 por primas de servicios; $583.31 por cesantía; $4.538.28 como indemnización de perjuicios por lucro cesante, por ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo; y $266.64 por concepto de indemnización moratoria. Absuelve al demandado de los demás cargos.

2o. Demanda de reconvención. Acoge lo resuelto por el fallo de primer grado.

En estos términos -concluye el fallo- queda confirmada, reformada y revocada la sentencia de primera instancia.

Contra la decisión del ad quem interpuso el demandado el recurso de casación, que le fue concedido. Fue admitido aquí por la Sala y rituado en legal forma.

-V-

LA DEMANDA DE CASACION.

Aspira a que la Corte infirme la sentencia del Tribunal y, en su lugar, absuelva al demandado de todos los cargos de la demanda inicial.

No expresa el motivo de casación a que se acoge, pero de la impugnación se deduce que invoca la causal primera. Formula tres cargos, que se examinan a continuación.

Primer cargo.

Acusa violación del art. 65 del C.S.T. y de los arts. 1625-1, 1626, 1627 y 1634 del C. C., de modo indirecto, por falta de apreciación de una prueba.

Sostiene el recurrente que el demandado consignó, para el pago de prestaciones sociales (fl. 13) la suma de $728.00, entregada por el juzgado al apoderado del actor (fl. 16 v.), que el Tribunal condena a aquél al pago de $291.90 por primas de servicio y a la de $583.31 por cesantía, sin descuento del valor

de la consignación, como ha debido hacerlo; que desconoció el pago parcial, por falta de apreciación de las pruebas relacionadas, siendo así que el depósito de lo debido equivale al pago, según se desprende de las normas legales cuya violación acusa.

Segundo cargo.

Violación directa de los arts. 64 y 65 del C.S.T.

En cuanto a la infracción del primero, dice la acusación: en autos aparece probado que el demandado liquidó las prestaciones sociales del actor, sin que haya elemento de juicio que demuestre su rechazo, que sólo con la demanda se ha puesto de presente y que el demandado ha venido a saber al serle notificado el auto admisorio de aquella. Lo que sanciona el art. 65 es el no pago oportuno de las prestaciones, la mala fe del patrono, que en el presente caso no existe, porque Gómez consignó lo que debía dentro del término de que disponía para contestar la demanda.

Respecto a la violación del art. 64, expone el cargo: la sentencia considera que el demandado debe al actor los salarios causados entre el 25 de abril y el 25 de septiembre de 1.959, por rompimiento ilegal del contrato. Ese lapso incluye los días 30 de mayo a 7 de junio, luego el demandado ha sido condenado al pago de doble salario en esos días.

Tercer cargo.

Violación del art. 64 del C.S.T. por errores de hecho que aparecen de manifiesto en los autos.

Dice el cargo que la sentencia, para aplicar la disposición legal, se apoya en las declaraciones de Fanny Botero, Eugenio Prieto Mesa y Aldemar Betancur, que no reúnen los requisitos exigidos por el Código Judicial para su apreciación, pues al recibirlas no fueron observados los arts. 687 y 690 de ese Código, que deben cumplirse aunque el Juez del Trabajo no esté sujeto a la tarifa legal en la estimación de las pruebas.

Agrega el impugnante: la demanda reclama indemnización de perjuicios por violación del contrato en su duración presuntiva, y el Tribunal desconoció esa confesión, porque condena al pago de los salarios por el tiempo que faltaba (cinco meses) para el vencimiento del término estipulado en la convención laboral, para lo cual se basa en la afirmación contenida en el hecho décimo tercero de la demanda, debiendo prevalecer sobre ella lo solicitado en su parte petitoria. El concepto del fallo -dice la acusación- desconoció los arts. 606 y 607 del C. J.

Aduce además el recurrente estos argumentos:

Dá por demostrado el Tribunal la ruptura del contrato por el demandado, conclusión a que llega por no haber apreciado las pruebas del proceso, las cuales demuestran lo contrario. En efecto: con la demanda fue presentada la liquidación de prestaciones sociales (fl. lo.) hecha por el Dr. Eugenio Prieto; su hecho 10o. afirma que cuando Ospina le reclamó al demandado el pago de aquéllas, éste le dijo que se entendiera con el nombrado doctor Prieto, aseveración que Prieto desvirtúa en su declaración. En ella dice que Ospina estuvo en su oficina para que como abogado de Gómez Jiménez le liquidara las prestaciones preguntándole el declarante los motivos que tuviera para exigirla, a lo cual contestó el deman-

dante que el Club Fantasio iba a ser arrendado y que el arrendatario designaría un administrador para el centro. "Yo le dije -concluye el testigo- que Lázaro no me había dicho a mí".

Otro error del fallo, por falta de apreciación de unas pruebas, consistió en desconocer la existencia de un contrato entre las partes, posterior al aducido al juicio, reconociendo el Tribunal que sufrió modificaciones, subsistiendo el primero en cuanto al jornal y a su duración. Pero ocurre que no existe constancia del sueldo devengado por Ospina cuando dejó sus funciones de pianista para asumir las de administrador del Club. Aunque el Tribunal dice que continuó devengando la suma de $1.000.00, aparece demostrado que ejercía las funciones de administrador, que se modificó el horario de trabajo y que antes de que el Club fuera arrendado se presentó a reclamar la liquidación de sus prestaciones.

Como fecha de terminación del contrato la sentencia señala la del de 26 de abril de 1.960, para lo cual se basa en la que aparece en la liquidación de prestaciones y en la declaración de Aldemar Betancur. Esta no dá base para tal deducción, pues en ella dice que después de la reforma vió a Ospina en el Club, sin que exista prueba de cuando se hizo la reforma. Respecto a la liquidación, fue pedida ésta por el actor diciendo que el Club sería arrendado. Incide la sentencia en error de hecho manifiesto al deducir de las dos pruebas la fecha de terminación del contrato. A lo sumo podría considerarse como tal, la de notificación de la demanda. No se puede afirmar que existió día cierto sobre la ocurrencia del hecho. El Dr. Prieto en su testimonio dice que el Club cambió de dueño más o menos el 7 de mayo; informa la testigo Fanny Botero que "hace más o menos tres meses que Ospina dejó de trabajar en el establecimiento"; y el testigo Betancur manifiesta que ignora si el Fantasio se arrendó antes o después de su reforma.

No tuvo en cuenta la sentencia las declaraciones de renta que obran en el juicio, según las cuales el dueño del Club era la sociedad "Bar Fantasio Ltda." y no el demandado. Si las toma en consideración, habría tenido que reconocer que el anterior contrato había sido reemplazado por otro con persona distinta.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. En cuanto a la acusación del primer cargo, se observa:

Las deudas que al expirar el contrato estimó deberle el patrono al trabajador eran únicamente la cesantía y primas de servicio, según aparece de la liquidación corriente al folio 1o. Para cancelarlas aquél consignó ante el Juzgado del conocimiento, con fecha 7 de julio de 1.960 la suma de $728.00 (fl.13). A petición del apoderado del actor el Juzgado ordenó la entrega al solicitante de la suma consignada, disposición que tuvo cumplimiento (fl. 16 v.).

Alega el cargo violación del art. 65 del C.S.T. y de los preceptos del Código Civil relativos al pago, porque no obstante haberse cancelado las prestaciones por cesantía y primas de servicio hasta el valor de la consignación, condenó al patrono a satisfacerlas en su integridad, señalando como causa de la infracción error de hecho por inestimación de las pruebas que demuestran el depósito.

Observa la Sala: del art. 65, el cargo se refiere a la regla de su inciso 2o., la cual faculta al patrono para consignar lo que confiese deber al empleado por salarios o prestaciones sociales si al expirar el contrato no hay acuerdo entre

las partes sobre su monto o el trabajador se niega a recibir. Para que haya lugar a la operancia del precepto se requiere la preexistencia de deudas al tiempo de la desvinculación contractual por los conceptos que se dejan indicados. En el caso de autos, esas deudas eran la cesantía y primas de servicio, que la sentencia reconoce a cargo del patrono, con aplicación de las normas legales que consagran el derecho a las dos prestaciones. Según lo expuesto la proposición jurídica resulta incompleta, porque en la resolución de derecho incide no sólo el artículo 65-2 del C.S.T. sino también preceptos de derecho material que consagran dichas prestaciones, cuya violación no acusa el recurrente. Sin la cita de los cánones legales con influencia en la decisión, como lo exige la preceptiva técnica del recurso extraordinario, el cargo es inestimable, de acuerdo con jurisprudencia de la Corporación. Ello no impide sinembargo, que al tiempo de la ejecución de la sentencia pueda tomarse en cuenta por las partes el hecho cierto del pago por consignación con fundamento en razones de equidad. No prospera el cargo.

4. Alega el recurrente en el segundo cargo violación directa de los arts. 64 y 65-1 del C.S.T.

En relación con el quebranto del art. 65, observa la Sala que, según el ad-quem, el contrato de trabajo terminó el 25 de abril de 1.960 y solo el 7 de junio de ese año consignó el patrono el valor de las prestaciones sociales que confesaba deber al demandante. La consignación, conforme al precepto, debe hacerse al terminar el contrato, no dentro del término de que dispone el patrono para contestar la demanda, como lo afirma el acusador.

5. Era pues, el caso de aplicar la norma legal en cita. Si hubo infracción de ella, se habría producido, no por haber sido recibida, sin ser el caso, sino por su indebida aplicación, de modo directo, ya que la sentencia no toma en cuenta, para aplicar la sanción la fecha en que el contrato expiró (25 de abril de 1.960), que fue la inicial de la mora, sino una posterior, la de notificación de la demanda (30 de mayo del mismo año), restringiendo los efectos de la disposición. Según lo expuesto, no viola el fallo el canon legal citado por el motivo que el cargo aduce.

6. Es verdad que del 30 de mayo al 7 de junio de 1.960 la sentencia contiene una doble condena al pago de salarios, así: la primera a título de perjuicios por lucro cesante, con aplicación del art. 64, y la segunda, por concepto de indemnización moratoria, con base en el art. 65. Por tal motivo el cargo acusa violación directa del 64.

En concepto de la Sala, no es fundado el reparo. Las dos normas pueden recibir aplicación, porque la causa jurídica de cada una es distinta. La del 64 se refiere al perjuicio compensatorio, por incumplimiento del contrato, y es un derecho del cual pueden usar ambas partes. La del 65 consagra un derecho en favor del trabajador únicamente, y se basa en la mora en el pago de deudas a su favor, expirado el contrato. No prospera el cargo.

7. El tercer cargo acusa violación del art. 64 del C.S.T., de modo indirecto, a través de errores de hecho.

Se refiere a estos puntos:

a) La demanda inicial, en su parte petitoria, suplica la condena de perjuicios por lucro cesante, a causa de la ruptura del contrato de trabajo "en su

duración presuntiva", y el fallo del ad-quem condena el pago de esos perjuicios por el tiempo que faltaba para el vencimiento del término estipulado en el contrato consignado por escrito.

b) El contrato escrito fue sustituido por otro, por cambio de funciones, ignorándose cuál fue el sueldo del segundo contrato, a pesar de lo cual el Tribunal lo dá por terminado y toma como salario para liquidar las obligaciones reclamadas el de $1.000.00 asignado al primer contrato.

c) Como fecha de terminación del contrato aceptado por el Tribunal señala éste la del 26 de abril de 1.950, hecho que las pruebas del juicio no demuestran.

d) Patrono del demandante, según las declaraciones de renta, era la sociedad limitada "Bar Fantasio", desde la fecha en que éste fue arrendado por el demandado. Sinembargo, la sentencia estima que fue éste el empleador, condenándolo al pago de las obligaciones objeto del pleito.

8. Sobre el extremo a que se refiere el literal a), dice el fallo acusado:

"En la parte petitoria del libelo, ordinal f), el demandante solicitó la indemnización por violación del contrato de trabajo en su duración presuntiva, y el Juzgado reconoció la indemnización de perjuicios por el mismo concepto, pero calculándola sobre un plazo pactado, no presuntivo. Bien podía hacerlo el fallador de primera instancia, no sólo dentro de la potestad que le confiere el art. 50 del C.P.L., sino aun sin necesidad de apelar a ese precepto, dentro de la facultad de que goza el juez de interpretar el libelo, estableciendo la correspondiente coherencia entre sus partes, pues en el hecho décimo-tercero de la demanda aparece claro que por la violación del contrato escrito firmado por las partes lo que se pretende es que 'el demandado está en la obligación de pagar los cinco meses que faltan para cumplirse tal término', es decir, que la indemnización de perjuicios debía corresponder al plazo pactado y no al presuntivo como se dijo en la parte petitoria, y el juez bien podía salvar el lapsus en que incurrió en la última, tomando en cuenta lo que se propuso el demandante según la relación de los hechos básicos del libelo".

9. La Sala observa que de haber incurrido el sentenciador en error de hecho, se habría producido por errónea interpretación de la demanda inicial, y lo que el recurrente alega no es un yerro de tal clase en el análisis que hace el Tribunal del indicado acto procesal. Por lo demás, la Sala encuentra acertado el concepto de aquél sobre la cuestión que el cargo plantea, ajustado al contenido del libelo de instancia, del cual se desprende, tomado en su conjunto, cual es su verdadero significado en cuanto a la pretensión sobre condena al pago de perjuicios por lucro cesante. La tesis del fallador se halla de acuerdo con la doctrina recibida por la jurisprudencia, según la cual la demanda es susceptible de interpretación, de la misma manera que el contrato, debiendo fijarse su sentido y alcance examinándola en su integridad, es decir, relacionando el petitum con la causa petendi. Analizada con ese criterio, surge con claridad que la pretensión del actor es la de que el demandado está obligado al pago de perjuicios por ruptura ilegal del contrato, representados en los salarios causados durante el tiempo que faltaba para el vencimiento del plazo estipulado en el contrato de trabajo consignado por escrito, no durante el tiempo faltante del plazo presuntivo, como lo entiende el acusador.

10. Con relación al punto de que trata el literal b), la sentencia hace estas consideraciones:

Por razón del contrato de arrendamiento del Club Fantasio, celebrado por el demandado con los señores Jaime Botero y Félix Toro, los trabajadores de la empresa ocupados entonces continuaron laborando con los arrendatarios, salvo el demandante, pues aquéllos designaron un nuevo administrador, como lo acredita la declaración de la testigo Fanny Botero. El cambio de empresario del Club dió lugar a una sustitución patronal en relación con los trabajadores que continuaron prestando sus servicios a los arrendatarios, a excepción de Ospina, porque los nuevos empresarios, desde el comienzo de la gestión, designaron otro administrador. Si el actor hubiera laborado cualquier tiempo bajo la dependencia de Botero y Toro hasta su despido por éstos, el contrato habría terminado por acción de los mismos, quienes se hallarían obligados al pago de los perjuicios correspondientes. Pero en el caso de autos, la cesación de Ospina en sus funciones ocurrió antes de que entraran en actividad los arrendatarios, sin que con ellos hubiera laborado el demandante. La respuesta al libelo está indicando que la conclusión del contrato laboral ocurrió cuando todavía estaba vigente el vínculo entre el demandado y el actor, y si el presunto incumplimiento que Gómez le achaca a Ospina ocurrió, aquél consideró entonces subsistente la relación de trabajo entre los litigantes.

Alega el demandado que Ospina violó el contrato laboral porque terminadas sus labores en el Club, le dijo que continuara los servicios con él, pero Gómez nó le daba mas ocupación en el Club ni le proporcionaba otra labor acorde con los compromisos entre ellos. La contradicción indica que lo que hubo fue una violación del contrato de trabajo por obra del demandado, porque éste dice que arrendó el establecimiento y se proponía utilizar de nuevo los servicios de Ospina en otra empresa. Lo cual quiere decir que el actor no iba a tener trabajo bajo los nuevos empresarios, y que la terminación del vínculo ocurrió hallándose Ospina bajo la subordinación de Gómez. Este sostiene que se proponía utilizar los servicios de Ospina, insistiendo ante él para que continuara ejecutando el contrato, pues lo estaba violando. Pero no aparece infracción del vínculo por parte de Ospina, pues para ello habría sido necesario que se negara a cumplir el contrato que le encomendara el demandado, y no uno cualquiera sino el que se ajustara a las funciones de administrador y pianista que venía desarrollándo en la empresa anterior. Y de ello no hay constancia y ni siquiera ha expresado el demandado cuál fue el trabajo que se negó a realizar Ospina, pues la negativa no podía existir sobre la ocupación artística que el demandado afirma trató de conseguir en una emisora, porque se trataba de simple intento de aquél, que no cristalizó en ofrecimiento concreto. Si al respecto hubo algo real, habría podido Ospina negarse a ejecutar cualquier trabajo distinto al contratado, aparte de que la labor en la emisora establecía vinculación con otro patrono. El empleador debe proporcionar trabajo al empleado y si no lo hace ni le paga el salario, lo coloca en situación de despido.

Aunque las nuevas funciones de administrador, agregadas a las de pianista significaron una novación objetiva sobre el contrato de trabajo escrito, no por ello se modificó el plazo de un año convenido por las partes. Distinta podría ser la situación si Ospina hubiera dejado de ser pianista para convertirse en administrador, porque podría pensarse que el plazo de un año acordado teniendo en cuenta el oficio de pianista, le interesaba al patrono por ese lapso, pero que cam-

biado el oficio, no resultaba lógico deducir que el patrono requería sus servicios como administrador, por el tiempo convenido para el desempeño de la otra función. Pero si Ospina siguió como pianista y a la vez como administrador, el plazo del contrato debía ser el mismo, el de un año, por que subsistía la labor inicial, que fue la tenida en cuenta por acuerdo entre las partes. Además, el demandado ha alegado, en cuanto a la petición de doble remuneración por trabajo en domingos y festivos, que no procede porque en el contrato se pactó que dentro del sueldo estipulado quedaba comprendida la doble remuneración en dichos días. De lo cual se desprende que existiendo contrato escrito no le es dable al patrono alegar la operancia de unas cláusulas, como las relativas al salario y al descanso remunerado en días de fiesta, y negar la vigencia de otras, como la del plazo, pues la situación de las partes en relación con la validez y eficacia actual de unas y otras es la misma, sin que sea viable la fragmentación de las cláusulas de un contrato, que resulta casuística.

11. La anterior exposición del Tribunal, se basa en estas pruebas: las declaraciones del Dr. Eugenio Prieto Mesa y Fanny Botero y la confesión espontánea del demandado contenida en la respuesta a la demanda.

De esas pruebas, el cargo dice que para aplicar el art. 64 la sentencia se funda en las declaraciones rendidas por los dos testigos y Aldemar Betancur, en cuya recepción no se cumplieron los requisitos de forma previstos en los arts. 687 y 690 del C. J. Sobre este reparo la Sala observa que las ha examinado y no encuentra demostrada la glosa que alega la impugnación. Por lo demás, se trata de una alegación de instancia, sin influencia en casación, aparte de que, aun demostrada la inobservancia de los preceptos, por ser de orden procedimental, ninguna incidencia tendría en la decisión de derecho. Hace mérito la acusación de apartes de la declaración de Prieto, sin deducir de ella ninguna consecuencia. Parece dar a entender que el actor le pidió al testigo, como abogado del demandado, la liquidación de las prestaciones sociales antes del arrendamiento del Club a los señores Botero y Toro. Acerca de este punto, contiene el fallo un análisis detenido de la ocurrencia del hecho, respecto del cual el cargo guarda silencio. Basta esta observación para concluir que los fundamentos del fallo sobre el particular, que la acusación no desquicia, impiden su quiebra.

12. No cita el recurrente cuáles son las pruebas inapreciadas por la sentencia demostrativas de un segundo contrato entre las partes, por medio del cual quedó sustituido el consignado por escrito, obrante al folio 2 del expediente. La ley del recurso extraordinario exige, cuando se alega violación de ley por error de hecho, que se indiquen las pruebas mal estimadas o dejadas de apreciar, de las cuales aparezca la existencia del error. Sin tal requisito, que para el acusador constituye una carga, no es aceptable la impugnación.

De otro lado, aun prescindiendo de la anotada informalidad, la tesis de la sentencia es la de que durante la ejecución del contrato escrito, en el cual la función asignada al trabajador fue la de pianista, se le agregó otra, la de administrador del Club, subsistiendo sus demás estipulaciones, entre otras, el plazo y la remuneración. En otros términos, que el nombrado contrato fué modificado. Funda esa conclusión en el análisis que hace de la declaración de Fanny Botero y, de manera especial, en la confesión espontánea del demandado. En las mismas pruebas se basa para sostener la infracción del contrato por parte de Gómez Jiménez, y para la consiguiente condena al pago de perjuicios por lucro cesante. Nada dice

el acusador para combatir las apreciaciones de la sentencia sobre los extremos de la litis que se dejan enunciados, motivo suficiente para el rechazo de los aspectos de la acusación en estudio.

13. Con referencia al punto de que trata el literal c), dice la sentencia:

Incumplido el contrato por el demandado, en forma unilateral e ilegal, el patrono debe indemnizar al trabajador los perjuicios por lucro cesante, conforme a lo dispuesto por el art. 64 del C.S.T. Como en el caso de autos se pactó el término de un año como duración del contrato, equivalen los perjuicios de acuerdo con la citada norma, a los salarios del período que faltaba para el vencimiento del plazo, a partir de la fecha de la desvinculación. El plazo empezó el 25 de septiembre de 1.959 y el actor estuvo trabajando hasta fines de abril de 1.960, según el testigo Aldemar Betancur, en fecha que puede fijarse en la del 25 del mismo mes, pues al día siguiente, 26, finalizado el contrato, se hizo la liquidación de las prestaciones sociales entre Ospina y el Dr. Prieto, obrante al folio 1o.

14. Afirma la acusación que la sentencia apreció mal las pruebas relacionadas, porque no demuestran la fecha en que el contrato terminó. En alegación de instancia dice que la incertidumbre sobre el hecho resulta de los testimonios de Prieto, Fanny Bolero y Aldemar Betancur.

15. Solo es procedente el examen del reparo en cuanto a las pruebas de que se vale el ad quem para fijar el 25 de septiempre como fecha de expiración del contrato de trabajo.

Obra en autos (fl. 1o.) la liquidación de prestaciones sociales del actor, con fecha 26 de abril de 1.960, hecha por el Dr. Eugenio Prieto Mesa. En su declaración (fls. 19 y 20) reconoce éste la autenticidad del documento. Acerca del retiro del actor del cargo que desempeñaba en el Club Fantasio, dice el testigo que el demandante estuvo en su oficina para que como abogado del demandado le hiciera la liquidación, dando como motivo de la petición el de que el establecimiento iba a ser arrendado, citándolo el declarante para la semana siguiente, volviendo a la oficina en compañía del demandado. Le entregó la liquidación, con la cual no estuvo conforme. Al responder repreguntas del mandatario judicial de Ospina, dice que ha sido apoderado de Lázaro Gómez en algunos negocios, y que fue aquél y no éste quien le pidió practicar la liquidación, que hizo ad referendum. Con relación a la fecha en que Ospina se retiró del establecimiento, manifiesta que no la recuerda con precisión, agregando que tuvo lugar más o menos el 7 de mayo de 1.960.

Aldemar Betancur en su declaración, rendida el 11 de Julio de 1.960 (fls. 21 y 22) dice, sobre la fecha de expiración del contrato, lo siguiente: hace unos tres meses más o menos, que Lázaro Cómez le manifestó al testigo y a Julio García, que él no había retirado del trabajo a Ospina y que estaba resuelto a pagarle hasta el último centavo, siempre que siguiera trabajando con él.

16. No niega el cargo el hecho consistente en que Eugenio Prieto hubiera efectuado la liquidación de las prestaciones sociales del demandante el 25 de abril de 1.960, limitándose a expresar que lo hizo a petición del actor. Que el acto lo ejecutó a nombre del demandado, no puede remitirse a duda, pues en la declaración dice su autor que para tal fin estuvieron en su oficina los litigantes. No es atendible la afirmación que hace el declarante de que Ospina se retiró del cargo más o menos el 7 de mayo del año dicho, pues si efectuó la liquidación de

sus prestaciones el 25 de abril, era porque para esa fecha se había operado la desvinculación laboral.

Como fecha de la conclusión del contrato señala el testigo Betancur la del 11 de abril, aproximadamente.

De las dos pruebas dedujo el Tribunal que el hecho en examen había tenido ocurrencia el 25 de abril del año precitado. En la estimación de los elementos de juicio el fallador está facultado para asignarles el mérito que a su juicio les corresponda, según su íntimo convencimiento, conforme a las reglas de la sana crítica. Dan base los que se han citado para la conclusión a que llega el fallador. En consecuencia, no incurrió éste en el error de hecho que el cargo le atribuye.

17. En lo que se refiere al punto d), expone la sentencia:

"El contrato de trabajo entre las partes terminó porque el señor Lázaro Gómez, quien venía explotando el Club Fantasio como empresario, lo arrendó a los señores Jaime Botero y Félix Toro, quienes siguieron de su cuenta la explotación. Dice el demandado en la respuesta al hecho octavo del libelo que este acto lo ejecutó como administrador de la sociedad "Fantasio Limitada", con la cual el demandante no tenía ninguna vinculación laboral. El establecimiento podía pertenecer a la nombrada sociedad y si ésta en realidad explotaba el negocio, hecho que se ignora en el juicio, con ella se formó el contrato de trabajo del demandante, aunque no por esto el señor Lázaro Gómez estaría exento de pagar los derecho laborales del demandante, pues debe responder solidariamente con ella de las obligaciones causadas, pues si era intermediario no declaró su calidad".

17. (sic) No es hecho demostrado en el proceso el de que el contrato consignado por escrito hubiera sido reemplazado por otro al tiempo en que por virtud de cambio de empresario del Club Fantasio, se operó una sustitución patronal, ni tampoco el de que por obra de tal fenómeno, el demandante continuó laborando con el patrono sustituto. Lo que sostiene el Tribunal es que el contrato escrito fue modificado antes del arrendamiento del Club y que al pasar éste a los arrendatarios, concluyó la relación de trabajo con el demandante. No modificó esa situación de hecho la declaración de renta de la sociedad limitada denominada "Club Fantasio", ni constituye prueba adecuada para acreditar la relación de trabajo. Su inestimación por la sentencia no habría llevado a la conclusión de que fue la sociedad, desde que entró a explotar el negocio, el patrono del demandante, como lo sostiene el recurrente. De otro lado, no ataca éste los fundamentos del fallo antes transcrito, los cuales se apoyan en el art. 35 del C.S.T. Carece, pues, de fundamento este aspecto de la acusación.

No prospera el cargo.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo.- Luis Fernando Paredes.- Roberto De Zubiría C.- José Joaquín Rodríguez.- Vicente Mejía Osorio, Secretario.

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALARIO FIJO Y SALARIO VARIABLE. EL SUELDO COMO TIPO DE REMUNERACION FIJA. LIQUIDACION DEL DESCANSO LEGAL CUANDO EL SALARIO ES VARIABLE. REITERACION DE DOCTRINAS DE LA SALA.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, dieciséis de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.).

Clímaco Conde Herrera, por medio de apoderado, promovió juicio ordinario contra la sociedad denominada Sears Roebuck del Caribe, S. A., representada por su Gerente, para que por sentencia fuera condenada al pago del valor de los descansos remunerados en domingos y días festivos, y por el reajuste de cesantía, vacaciones y prima de servicios y por las costas del juicio.

Dijo su apoderado en los hechos de la demanda, que Conde trabajó para Sears Roebuck, como vendedor, desde el 24 de septiembre de 1.956, hasta el 4 de julio de 1.959, en forma ininterrumpida; que devengó un salario variable, en forma de comisión equivalente al 5% del valor de las ventas realizadas por el trabajador; que semanalmente se le liquidaba y pagaba el monto de las comisiones devengadas, teniendo en cuenta el total de las ventas realizadas en los días laborables; que la empresa no le ha pagado el valor del descanso correspondiente a 145 domingos y a 47 días feriados. Agrega varias consideraciones de derecho y dice al respecto, que de acuerdo con la forma de retribución pactada el salario devengado por el trabajador no era un sueldo, para los efectos de los arts. 133 y 174 del C.S.T.; que siendo su salario variable, conforme a lo previsto en el art. 176 del mismo estatuto, no podía considerarse incorporado en la retribución que ordinariamente se le pagaba en forma de comisión, el valor correspondiente a los descansos legales.

Como fundamentos de derecho invocó en su favor los arts. 172 a 178 del C.S.T.; arts. 1o. y 2o. del Decreto Ley 118 de 1.957.

La respuesta a la demanda acepta la vinculación laboral y las comisiones pactadas como retribución de los servicios, advirtiendo que se trataba de sueldo mensual y que en él quedaba incluido el valor de los dominicales y festivos, según lo estipulado en la cláusula segunda del contrato; acepta que el valor de las comisiones se liquidaba semanalmente, que su monto era variable y dependía de la actividad del trabajador, pero que no es cierto que la Compañía no le pagara a éste el valor de sus descansos obligatorios, porque ese pago iba comprendido en el sueldo que recibía cada semana; aceptó el hecho 5o. y negó el 6o. y el 7o. En cuanto a las súplicas, manifiesta que no son pertinentes las normas legales en

que se fundan y pide se absuelva a la demandada de los cargos que se le formulan en el libelo. Propuso las excepciones perentorias de pago y de transacción.

Decidió el litigio, en primera instancia, el Juzgado Segundo del Trabajo de Barranquilla, mediante sentencia, de fecha 30 de julio de 1.960, por ella se condena a la Sociedad demandada a pagar al señor Clímaco Conde Herrera la suma de $ 5.983.68, por los siguientes conceptos: Por domingos y feriados $5.508.68; por reajuste de cesantía $475.00. No condenó en costas.

El apoderado de la Sociedad interpuso el recurso de apelación, que fue decidido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en sentencia de fecha 18 de abril de 1.961, confirmatoria, en todas sus partes, del fallo apelado. Salvó su voto el Conjuez doctor Alvaro García Solano.

La parte demandada interpuso el recurso de casación contra el fallo de segundo grado, que le fue concedido. Aquí fue sometido al trámite de rigor, y como se halla debidamente preparado, la Sala pasa a decidirlo. No hubo escrito de réplica.

EL RECURSO

Alcance de la impugnación.

Aspira a que la Corte case íntegramente la sentencia recurrida, revoque la del Juzgado Segundo del Trabajo de Barranquilla, obrando al efecto como Tribunal de Instancia, y absuelva a la demandada de todos los cargos formulados en la demanda.

Con base en la casual 1a. del art. 87 del C.P.L., formula dos cargos, que se examinan a continuación.

Primer cargo.

Violación del art. 133, en relación con los arts. 22, numeral 2; 57 obligación 4; 127, 132, 134, 172, 173, 174, 176, 177 del C.S.T., por errónea interpretación.

En su demostración, arguye el recurrente:

Sostiene el Tribunal que sólo se puede hablar de jornales y de sueldos cuando ellos resultan necesariamente del transcurso del tiempo. Esa tesis no interpreta debidamente el espíritu de la ley laboral y se opone a lo estatuido en el art. 133, según el cual las partes tienen libertad para pactar la remuneración como sueldo o como jornal; que esa facultad de "estipular" solamente la tienen los contratantes, y que una vez que han hecho uso de ella no le es dable al juzgador anularla, pues por vía de interpretación no pueden ser derogadas o limitadas las facultades que la ley ha concedido a las partes. El art. 133 contiene una definición genérica dentro de la cual debe quedar incluida cualquier estipulación de salario. Si el legislador hubiera querido que el precepto sólo se aplicase a salarios fijos, convenidos por unidad de tiempo, así lo habría declarado. No existiendo norma especial que lo exprese, ha debido el fallador tomar la definición como aparece en la disposición y atenerse a su sentido obvio para decidir la cuestión planteada, porque no cabe hacer distinciones ni interpretaciones distintas de una norma tan simple y clara en su contenido, menos cuando se encuentra reforzada por otra sobre la misma materia, como las de los arts. 22, numeral 2, 127, 132 del CST.; que si a ella se agrega la del art. 174-2, no se va

el motivo por el cual se delina una situación englobada en tales normas en forma que las desvirtúe.

Agrega que los arts. 173 y 176 operan de manera conexa, se complementan entre sí, porque ambos se refieren a la remuneración del descanso dominical y se aplican al salario estipulado por días, bien sea fijo o variable; que relacionando esas normas con las del art. 174-1, se ve que los tres mencionan las condiciones y formas de pago del descanso dominical para los trabajadores cuya remuneración ha sido acordada como jornal; que el convencimiento erróneo sobre el alcance de las disposiciones acusadas, provocó la condena de dominicales y festivos y el reajuste de cesantía, con base en lo que la Empresa le pagó al actor semana por semana a cuenta de comisiones; que si las disposiciones se interpretan en su verdadero sentido, el Tribunal habría tenido que revocar la decisión del Juzgado.

Segundo cargo.

Lo propone como subsidiario del primero y acusa como violados los mismos preceptos legales que éste cita, por aplicación indebida, a causa de errores de hecho evidentes al apreciar equivocadamente unas pruebas.

Indica como pruebas mal apreciadas el contrato de trabajo (fl. 6); la inspección ocular (fls. 66 a 72) y el documento de folio 7 sobre liquidación de prestaciones sociales.

Expone el recurrente:

El salario que el contrato estipula fue un sueldo mensual correspondiente al 5% de las ventas efectuadas personalmente por el actor durante el correspondiente mes. Se dijo allí que en ese sueldo se entiende comprendida la remuneración de los descansos legales.

No se puede negar que patrono y trabajador estaban en plena libertad para convenir tal salario, como lo autoriza el art. 132 del Código; no hay duda de que la remuneración pactada es salario, ya que la comisión sobre ventas tiene ese carácter según el art. 127; el art. 22-2 llama salario a cualquier forma de remuneración, y el 133 denomina jornal el salario estipulado por días y sueldo el pactado por períodos mayores. Por tanto, el problema queda definido teniendo en cuenta lo convenido por las partes y lo establecido en la ley; si Conde tenía asignada una remuneración mensual, el patrono no estaba obligado a pagarle por separado el valor del descanso en domingos y feriados, ya que, según lo dispone el art. 164-2, en todo sueldo se entiende comprendido el pago por tal concepto.

La inspección ocular sólo constató las sumas que Sears pagó a Conde a cuenta de comisiones, durante las semanas transcurridas entre el 1o. de enero de 1.957 y el 5 de julio de 1.959, y con base en ella no puede liquidarse el descanso dominical que ordena pagar el art. 173, en relación con el 176, si de otro lado no aparecen los días trabajados en cada semana, y demostrada la obligación del empleado de prestar sus servicios en todos los días laborables de la semana; como en realidad no se acreditó la verdad de tales circunstancias la Empresa ha debido ser exonerada de pagar el valor de los descansos legales.

Respecto a la liquidación de prestaciones suscrita por el actor y en que éste se declara a paz y salvo con la demandada, dice que tal documento fue mal estima-

do por el ad-quem, porque en el se contiene una declaración sin reservas de la parte demandante, que liberta a la demandada de las obligaciones nacidas por razón del contrato que existió entre ellas.

Si el Tribunal, dice la acusación, valora correctamente las pruebas, habría concluido que las partes estipularon un sueldo correspondiente a un porcentaje sobre ventas que efectuara el trabajador; que la estipulación fue voluntaria, sin lesionar el salario mínimo legal; que la Sociedad cumplió la obligación de pagar al trabajador sus salarios en la forma, lugar y períodos convenidos; y que, de la inspección ocular no podía deducirse cuáles fueron los días trabajados por Clímaco Conde en cada una de las semanas, por lo que no podía recibir aplicación el art. 176.

LA CORTE CONSIDERA:

El contrato de trabajo (f. 6) dice en su cláusula segunda que las partes han convenido en retribuir los servicios del trabajador pagándole un sueldo mensual equivalente a un cinco por ciento sobre las ventas efectivas realizadas personalmente por el empleado durante el correspondiente mes, dentro del cual se entiende comprendida la remuneración por los días de descanso (domingos y feriados), con la advertencia de que la Compañía podrá hacer anticipos al empleado, a buena cuenta del sueldo pactado.

Afirma el Tribunal que como al tenor de la cláusula contractual el salario del trabajador era variable, no puede tenerse en cuenta el art. 174 del C.S.T. sino el 176 de la misma obra, agregando que ese es el criterio jurisprudencial seguido por varios Tribunales del país.

El acusador no discute que la remuneración pactada haya sido variable; su punto de vista es el de que las partes, en uso de la libertad contractual, están facultadas para estipular como sueldo una remuneración variable. Sostiene también que el salario en forma de comisión (porcentaje fijo sobre las ventas) estructura el tipo de salario que la ley llama sueldo.

Acerca de la cuestión jurídica que plantea el primer cargo, esta Sala de la Corte, en asunto igual al presente, expuso lo que a continuación se transcribe:

"6. No pugna la tesis del Tribunal, como lo afirma el cargo, con el precepto legal que faculta a las partes para estipular libremente el salario, (art. 132 del C.S.T.). Debe éste interpretarse tomando en cuenta el tipo de remuneración pactado y su régimen legal. Si escogen el salario por unidad de tiempo denominado sueldo, para remunerar los descansos en domingos y festivos la regla aplicable es la del art. 174-2; si optan por el salario variable, opera la doctrina del art. 176. Como antes se ha visto, se trata de dos categorías jurídicas distintas, cada una de las cuales debe ser gobernada por las respectivas normas legales.

"7. Que las partes tengan facultad para estipular el salario, no conduce a la conclusión de que si escogen el variable pero dándole la denominación de 'sueldo' o 'jornal', debe respetarse su voluntad, como lo pretende el recurrente. La libertad contractual acerca del punto en examen, no autoriza a los contratantes para alterar la esencia de las instituciones jurídicas, pues en el derecho del trabajo domina el principio de que sus normas reguladores son de orden público en

cuanto procuran la protección de asalariado, esto es, de naturaleza imperativa. Por tanto, los pactos no tienen la calidad que quieran darle los contratantes, sino la que realmente les corresponda.

"8. La libertad para estipular el salario no sólo tiene las restricciones de que trata el art. 132, sino otras de especial importancia, entre las cuales cabe destacar la de que no producen efecto las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del asalariado en relación con lo que disponga la ley laboral, de conformidad con lo preceptuado en el art. 43.

"Ahora bien: el art. 172 del C.S.T. establece el principio de que todo trabajador tiene derecho al descanso dominical remunerado, con una duración mínima de 24 horas; el art. 177 ibidem le concede el mismo derecho en los días festivos que relaciona.

"Distingue el mismo estatuto, para el efecto de la remuneración de los descansos referidos, entre el salario a base de sueldo y el variable. El primero, como se deduce de su definición legal (art. 133) está sometido a la unidad de tiempo; su pago debe hacerse, cuando se trata de sueldos, por periodos que no excedan de un mes, en moneda legal (art. 134, inciso 1-). En esa modalidad salarial el pago del sueldo incluye el de los descansos legales (art. 174, inciso 2).

"El segundo -salario variable- no es fijo en su cuantía. La unidad de tiempo no sirve para conocer su valor, aunque para liquidarlo se haya fijado por las partes un determinado lapso, pues su importe no depende de que éste transcurra, sino del esfuerzo y capacidades del empleado. Para la remuneración de dominicales y festivos, el legislador se limita a señalar el procedimiento que debe seguirse, expresando que está representada en el promedio de lo devengado por el empleado en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta únicamente los días trabajados, si de dominicales se trata (art. 176) y sin descuentos por faltas al trabajo para el pago del descanso en los demás días festivos (art. 177, inciso 2).

"No hay equivalencia entre el salario por unidad de tiempo y el variable, en sus diversas modalidades, como se explicó anteriormente. Por lo tanto, la norma establecida para el pago de los descansos en el primero, no es aplicable para su cancelación en el segundo. Debe descartarse, por consiguiente, el argumento a pari o de analogía.

"No se trata, pues, de que no habiendo establecido el legislador para el pago de los descansos legales, cuando el salario sea variable, la misma regla del art. 174-2, lo haya sustraído por ese solo hecho del imperio de esa norma, sino de situaciones jurídicas distintas en cuanto a las modalidades de retribución de los servicios del asalariado, con diferente régimen legal. Así lo confirma la circunstancia de que de manera expresa señala para la remuneración variable cuál es el salario computable para cancelar la deuda proveniente de los mencionados descansos, lo cual demuestra que no la estimó solucionada con el pago de la retribución.

"No es exacto, como lo asevera el acusador, que el art. 176 del Código sólo se aplica a "los salarios variables estipulados por días". Observa la Sala que esa modalidad salarial no es tipo de retribución variable sino fija, como claramente se deduce de lo dispuesto por el art. 133, en relación con el 134, inciso 1 del estatuto laboral. De otro lado, el primero de los indicados textos legales no se refiere a salarios fijos sino variables, sin consideración al periodo que regule su pago.

"El nombrado art. 174 contempla dos especies de salario fijo: jornal y sueldo. Para efectos del pago de los descansos legales, el del sueldo los incluye, pero no los comprende la retribución a jornal. Todo lo cual quiere decir que el criterio para decidir si el pago del salario conlleva el de los descansos, no es propiamente el hecho de que el estipulado sea fijo, sino el de que el pactado lo sea a base de sueldo. Por consiguiente, cualquiera otra especie de remuneración, fija o variable, deja por fuera la deuda por descansos en domingos y otros días festivos.

"Según lo expuesto, si es un derecho del trabajador con salario variable la remuneración de los descansos legales, se desmejora su situación jurídica si se le somete al régimen del empleado a sueldo o por unidad de tiempo, como bien lo observa el fallador, sin réplica del recurrente.

"La situación jurídica no cambia si el salario que se pacta combina el fijo con el variable (sueldo mensual y porcentaje sobre ventas, por ejemplo). En vista de que el segundo hace parte del primero (art. 127) la cuantía cierta de la remuneración no podría conocerse sino a través de la ejecución del contrato, aunque para liquidarla se señale determinado período de tiempo (semanas, quincenas o meses).

"Por último, en el supuesto de que la cuestión debatida se considere dudosa, habría que acudir al mandato del art. 21 de C.S.T., el cual ordena que en tal hipótesis debe prevalecer en la aplicación de las normas, la más favorable al trabajador". (Sentencia de 30 de enero de 1.964. Juicio seguido por Fabio Duque contra "Sears Roebuck S. A.").

Con apoyo en la doctrina expuesta, que la Sala reafirma, se desecha la acusación en examen. Respecto a las acusaciones del segundo cargo, la Sala observa:

El reparo de que la sentencia estimó equivocadamente el contrato de trabajo porque el salario convenido -porcentaje sobre ventas- fue un sueldo mensual, carece de fundamento. Se dijo en el estudio del primer cargo que es inexacto llamar sueldo a la comisón, y a lo allí expuesto se remite la Corte.

La inspección ocular (fls. 66 a 72) hace una relación del trabajo del demandante, semana por semana, con indicación, en la mayor parte de los casos, de las horas trabajadas y del valor de la respectiva comisión, desde el mes de septiembre de 1.956 hasta julio de 1.959. Lo que la prueba demuestra es que el trabajador prestó servicios continuos durante la vigencia del contrato y el pago semanal de las comisiones devengadas, más nó el de los descansos legales, es decir, hechos contrarios a los que afirma la acusación.

La declaración contenida en la liquidación de prestaciones, que obra al folio 7 del cuaderno principal, hecha por el demandante, en el sentido de haber recibido de la Sociedad demandada todos los salarios, incluso los extraordinarios, como el valor de los descansos legales, declarándola a paz y salvo por tales conceptos, no la libera de las obligaciones que la sentencia reconoce a su cargo, pues el documento no precisa las cantidades entregadas al trabajador destinadas a la cancelación de las deudas que tuvieron su origen en las causas indicadas, requisito indispensable, según la jurisprudencia, para atribuirle valor liberatorio al finiquito. El cargo no prospera.

A mèrito 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 recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla—Sala Laboral, de fecha 18 de abril de 1.961.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo. - Antonio del Castillo, Conjuez. - Luis Fernando Paredes A - Ignacio Reyes Posada, Conjuez. - Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SANCION MORATORIA Y EXONERACION DE LA MISMA. CESANTIA DESTINADA A COMPRA DE INMUEBLES. TERMINACION UNILATERAL E ILEGAL DEL CONTRATO. COMPUTO DEL PLAZO PRESUNTIVO.

1. Cuándo es aplicable la sanción moratoria y cuándo el patrono queda exonerado de la misma. 2. Condiciones para que sea válido el pago de la cesantía destinada a compra de inmuebles.

1. Alega la parte demandada que si no hizo el pago de las prestaciones oportunamente, sino con un apreciable retardo, ello se debió a las evasivas del demandante, pues prometía pasar por el cheque respectivo sin haberlo hecho efectivamente, ya que se ocultaba o mandaba negar para no recibir el valor de las prestaciones ofrecidas por el patrono.

Pero cabe advertir que si el demandante apeló a tales subterfugios, que no eran otra cosa que una negativa a recibir, el C.S.T. en su artículo 65 indica el camino a seguir, o sea el pago por consignación ante el Juez del Trabajo. Como en el caso de autos el pago de las prestaciones sociales, etc., ocurrió con retardo de 10 meses, 20 días, la sociedad se hizo acreedora a la sanción de que trata la referida norma.

La mora en la solución de deudas por salarios o prestaciones, no se evita demostrando el patrono que estuvo dispuesto a cancelarlas y con la amenaza de consignar su importe, ante las excusas del acreedor en recibir la suma ofrecida por el deudor. Al respecto la tesis del fallador, que el cargo no desquicia, es la de que cuando el trabajador rehusa recibir lo que el patrono le ofrece, éste cumple sus obligaciones consignando lo que confiese deberle ante la autoridad que indica el artículo 65, inciso 2o., del C.S.T., en la oportunidad allí señalada, esto es, al expirar el vínculo laboral. Es el medio de impedir la mora y purgar sus efectos. La renuencia del acreedor en recibir lo que se le debe, no justifica la demora del deudor en hacer la consignación dentro del plazo que al efecto prescribe el citado mandato legal.

La tesis de la jurisprudencia sobre la aplicación de la norma legal en cita, es la de que cuando el patrono niega el contrato de trabajo u obligaciones que tengan esa fuente, de buena fe, y por tal motivo se abstiene de pagar o de consignar lo que el trabajador le reclama, y allega al juicio pruebas atendibles que justifiquen su actitud, puede ser exonerado de la sanción que establece el precepto.

2. Para la validez del pago de cesantías parciales, no exige el artículo 256 del C.S.T., cuando su objeto es la adquisición de inmuebles, el otorgamiento de la escritura pública que para actos jurídicos de esa clase establece

el artículo 1857 del C. C. Respecto de la compra de lotes, la resolución 206 de 1.951, emanada del Ministerio de Trabajo, en su artículo 2o., numeral 1o., reglamentario del 256, sólo exige el lleno de estas condiciones: Promesa de venta reconocida ante notario y certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados sobre la propiedad y libertad del bien. Por lo demás, es el funcionario administrativo encargado de autorizar la liquidación parcial del auxilio, el que debe velar, por el fiel cumplimiento de las formalidades que sean del caso, de modo que cuando existe la correspondiente resolución en sentido favorable a la realización del acto, debe presumirse que fueron debidamente satisfechas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, diecisiete de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez).

Se decide el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario laboral promovido por Jaime Cuenca Lara contra la sociedad de responsabilidad limitada denominada "Leonidas Lara e Hijos".

- I -

ANTECEDENTES.

Jaime Cuenca Lara le prestó servicios personales dependientes a "Leonidas Lara e Hijos", sociedad colectiva de comercio, según contrato de trabajo consignado por escrito, de fecha 27 de noviembre de 1.951. La nombrada sociedad se transformó en compañía de responsabilidad limitada, con la misma razón social de la que la antecedió, según escritura pública No. 7213 de octubre de 1.954, pasada en la Notaría Segunda de Bogotá. El demandante continuó al servicio del nuevo ente social en las mismas condiciones de trabajo que venía cumpliendo con el anterior. El 1o. de julio de 1.951, se firmó nuevo contrato de trabajo entre "Leonidas Lara e Hijos Ltda." (sic) y Jaime Cuenca Lara, conforme al cual éste desempeñó la función de vendedor de maquinaria agrícola e industrial y máquinas-herramientas. El sueldo convenido fue el de $300.oo fijos y un porcentaje sobre ventas, habiendo devengado durante la vigencia de la relación laboral un promedio mensual de $1.800.oo. Por carta de fecha 10 de febrero de 1.956, firmada por un representante de la Empresa, se comunicó al trabajador que la sociedad cancelaba la cláusula contractual sobre asignación fija. El 16 de julio del año en mención se firmó nuevo contrato de trabajo entre las partes, según el cual el demandante pasaba, sin solución de continuidad, al cargo de encargado de la agencia de la sociedad en Manizales. El salario convenido fue un porcentaje sobre las ventas, garantizando al empleado un mínimo mensual, por comisiones, de $1.500.oo. Durante la vigencia del contrato el sueldo promedio devengado por el trabajador fue la cantidad de $1.800.oo. Por carta del jefe de la sección de personal de la sociedad para el empleado, del 10 de diciembre de 1.956, éste fué relevado del cargo de agente en Manizales, ordenándole la entrega de las oficinas al señor Víctor López, acto que debía ser presenciado por el señor Luis Eduardo Espinosa, comisionado al efecto, según nota del Auditor de la empresa del 7 de diciembre del año mencionado. En la carta del 10 de diciembre la empresa le ofrecía a Cuenca Lara el cargo de vendedor de la sociedad en Bogotá. En cumplimiento de las

órdenes emanadas del patrono, el trabajador hizo entrega de la agencia de Manizales al designado en su reemplazo, el 19 de diciembre del año expresado: El relevo intempestivo del demandante como agente de la sociedad en Manizales, constituyo terminación unilateral e injusta del contrato de trabajador. Cuando la sociedad dió por terminado el vínculo, faltaban 5 meses, 22 días, para el vencimiento de la primera prórroga legal del término presuntivo. La sociedad no ha pagado al actor el auxilio de cesantía, las primas de servicio, las vacaciones e indemnizaciones legales.

Con fundamento en los hechos relacionados, el demandante suplica que se hagan en contra de la sociedad estas declaraciones y condenas: que se declare resuelto el contrato de trabajo a causa de su violación por el patrono consistente en la terminación unilateral e injusta del mismo, ocurrida el 19 de diciembre de 1.956; que, en consecuencia, se condene al patrono a pagar al trabajador la suma de $10.320.oo por lucro cesante, a título de indemnización de perjuicios; que se haga la declaración de que la sociedad violó el contrato de trabajo por haberlo cancelado unilateralmente según carta del 10 de febrero de 1.956, desconociendo la cláusula que reconocía al empleado la suma de $300.oo mensuales como asignación fija, y que se declare asimismo que la compañía causó con tal violación graves perjuicios al demandante; que como consecuencia de la declaración precedente, se condene a la compañía a pagar a Cuenca Lara la cantidad de $1.800.oo como indemnización de perjuicios por lucro cesante. Solicita además que se condene a la empresa a pagar al demandante lo siguiente: por cesantía $ 11.446.oo; por primas de servicio $10.200.oo; por vacaciones causadas y no disfrutadas $5.100.oo; por salarios insolutos $1.800.oo; y por concepto de indemnización moratoria la suma de $1.800.oo mensuales, desde el 19 de diciembre de 1.956 hasta la fecha en que el patrono cancele al trabajador las sumas que la demanda reclama.

En derecho se acoge al actor a los arts. 22, 45, 64, 65 y concordantes del Código del Trabajo.

La respuesta a la demanda se opone a la prosperidad de las declaraciones y condenas que solicita. En cuanto a los hechos, negó unos y aceptó otros, exigiendo la prueba de los que rechaza. En la primera audiencia de trámite el personero de la sociedad propuso las excepciones de prescripción e inexistencia de las obligaciones demandadas.

- II -

LOS FALLOS DE INSTANCIA.

El de primera, de fecha 20 de mayo de 1.960, decidió la litis en estos términos:

Declara que la sociedad rompió unilateralmente y en forma ilegal el contrato de trabajo celebrado con el demandante, el 19 de diciembre de 1.956 (ordinal primero); declara prescritas las acciones a que se refieren las peticiones tercera y cuarta del libelo de demanda (ordinal segundo); condena a la compañía a pagar a Cuenca Lara, lo siguiente: a) $7.750.oo por lucro cesante; b) $3.750.oo por vacaciones; c) $1.600.oo por salarios insolutos; y d) $50.oo diarios, a título de indemnización moratoria, a partir del 20 de diciembre de 1.956, hasta cuando el patrono cancele las obligaciones antes relacionadas (ordinal tercero); declara pro-

bada la excepción de pago en cuanto al auxilio de cesantía y primas de servicio (ordinal cuarto); y por último, condena a la sociedad en un 80% de las costas (ordinal quinto).

El de segunda instancia, decisorio del recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la providencia del inferior, dictado por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha 16 de diciembre de 1.960, dispone:

1o. Se confirman los ordinales primero, segundo y cuarto de la parte resolutiva de la sentencia apelada.

2o. Se modifica el tercero en el sentido de condenar a la sociedad a pagar a Cuenca Lara, las siguientes cantidades:

a) La suma de $8.819.05, por lucro cesante.

d) (sic) La suma de $17.861.65, por indemnización moratoria.

Y se revocan los apartes b) y c) de este ordinal y se absuelve a la sociedad por vacaciones y salarios insolutos.

3o. Se modifica el ordinal quinto del fallo apelado en el sentido de condenar a la compañía al pago del 50% de las costas del juicio.

Sin costas en la segunda instancia.

Contra la anterior providencia interpusieron las partes el recurso de casación, que les fué concedido. Fué admitido aquí por la Sala y rituado en legal forma.

-III-

EL RECURSO DE LA PARTE DEMANDADA.

Aspira a que se case la sentencia acusada en los literales a) y d) de su numeral segundo (condenas por lucro cesante e indemnización moratoria), el numeral tercero y el primero en cuanto confirma el ordinal primero del fallo del a quo,-y que la Corte, en decisión de instancia, revoque lo dispuesto por dicha providencia en los ordinales primero, tercero y quinto. Pide en subsidio que la condena por lucro cesante se limite a los salarios por el término de 27 días, que era el tiempo que faltaba para el vencimiento del plazo presuntivo del contrato de trabajo, en atención a que la última convención laboral empezó el 16 de julio de 1.956.

Se acoge a la causal primera de casación, y con base en ella formula dos cargos, que se examinan a continuación.

Primer cargo.

Violación de los arts. 64 y 65 del C.S.T., de modo indirecto, a causa de errores manifiestos de hecho, en razón de haber apreciado la sentencia indebidamente o no haber estimado en su integridad unas pruebas.

Alega el cargo, con referencia al art. 65, que el fallador lo aplicó indebidamente por haber incurrido en el error de hecho consistente en no haber dado por establecido la buena fe de la sociedad en cuanto se abstuvo de consignar el valor de las prestaciones del actor.

Para demostrar el error, afirma el recurrente que de las declaraciones de Eduardo Barrero, Jorge Chaves y Alvaro Melgarejo (fls. 109 a 117 y 119 a 127), se deduce que cuando el demandante manifestó a la compañía su deseo de retirarse, aquélla liquidó las prestaciones sociales, poniendo a su disposición el valor correspondiente, y que el acreedor, por un tiempo más o menos largo y en repetidas ocasiones hizo saber al empleado de la empresa encargado de entregarle el cheque que no se hiciera la consignación. Por tanto, la dilación de Cuenca en el recibo del cheque se debió a su voluntad, como lo aseverá el testigo Barrero con estas palabras: "Después de estas llamadas fueron muchas las conversaciones telefónicas que sostuve con Cuenca Lara y en una de ellas le advertí que no tenía otro remedio que el de consignar a pesar de que ya era muy tarde para ello el cheque por sus prestaciones. Cuenca me solicitó en forma clara que no consignara porque se acercaría, como me lo había ofrecido tantas veces, a recibir sus prestaciones".

Dice el impugnador que la sentencia no apreció las declaraciones en toda su integridad, refiriéndose a ellas en forma vaga en la parte motiva de su resolución; que sirve esa prueba para establecer la buena fe de la sociedad en cuanto a la circunstancia de no haber consignado el valor de las prestaciones del demandante, y si este fué el proceder del patrono, es apenas natural que no se hubiera estructurado el elemento mala fe, cuya existencia debe aparecer en la conducta patronal para que pueda aplicarse la sanción por mora.

Con relación al quebranto del art. 64, el error de hecho que el cargo acusa consistió en dar por establecido, sin estarlo, que el contrato de trabajo fue roto de manera unilateral e ilegal por la sociedad. Incidió en ese error la sentencia por no haber apreciado en su integridad las declaraciones antes citadas, en las cuales los testigos manifiestan con claridad que fue el actor quien se retiró de la empresa. Agrega el impugnador que contribuyó a configurar el error en referencia, la indebida apreciación que hace el Tribunal de las pruebas documentales, porque de ellas no se deduce el despido del trabajador, sino el deseo de mantener su vinculación con el patrono, como surge de la lectura de la carta corriente al folio 37.

Segundo cargo.

Violación indirecta del art. 64 del C.S.T., por aplicación indebida, proveniente de error de hecho manifiesto. Se aduce en subsidio del anterior.

Consistió el error en dar por demostrado, sin estarlo, que faltaban 5 meses, 8 días, para completar un plazo presuntivo del contrato laboral el 19 de diciembre de 1.956, siendo así que el tiempo faltante era de 27 días.

En sustentación del cargo dice el impugnador que la sentencia incurrió en el error denunciado por inestimación de la prueba documental obrante a folios 28 a 34, que dá cuenta del último contrato de trabajo entre las partes, de fecha 16 de julio de 1.956; que contados los seis meses del plazo presuntivo desde tal fecha, se llega a la conclusión de que vencía el 15 de enero de 1.957, es decir, 27 días después de la terminación del vínculo contractual.

El opositor demandante, refuta los cargos así:

En cuanto al primero manifiesta que no existe el error de hecho que alega por indebida apreciación de la prueba testimonial a que se refiere. Afir-

ma que lo que los testimonios demuestran es que la sociedad liquidó las prestaciones de Cuenca Lara varios meses después de terminado el contrato, y que no obstante la renuencia del trabajador en recibir el valor de las deudas, el patrono no hizo la consignación prevista en el art. 65. No es razonable suponer que el Jefe y el Sub-Jefe de personal de la sociedad emplearan más de once meses rogándole al trabajador que recibiera lo que se le debía, cuando reconocen que lo amenazaron con hacer la consignación, que no efectuaron. Para la entrega del cheque, exigían los testigos, como condición, que el actor renunciara a la indemnización moratoria. Además, si lo que ocurrió fue que el trabajador no quiso recibir el cheque, ya éste estaba perjudicado, pues debe ser presentado al Banco para su pago, conforme al art. 187 del C. de Co., dentro de los 30 días siguientes, so pena de que el girador quede libre por el perjuicio derivado de la mora. Si se aceptan los testimonios en cuanto dicen que rogaron al actor para que recibiera el cheque, contestando éste con evasivas, no quedaba otro camino que el indicado por el Tribunal, esto es, el de que el patrono hiciera la consignación que ordena el art. 65.

En cuanto a la mala apreciación de la carta del folio 37 alega el opositor:

Su lectura demuestra que mediante ella el patrono despedía al trabajador, pues según su texto lo destituía del cargo de agente en Manizales invitándolo a que regresara a Bogotá al desempeño de otro empleo, cambiando unilateralmente el contrato en cuanto al lugar de trabajo y a la función. De otro lado, los testigos Barrero, Chaves y Melgarejo informan que el cargo que ejercía el demandante en Manizales era de mayor categoría que el de vendedor que se le ofrecía en Bogotá, prueba suficiente para acreditar el despido. No resulta, pues, demostrado el error de hecho que el cargo alega, ni, de consiguiente, la infracción del art. 64.

Con relación al segundo cargo, el opositor dice que el fallo sí apreció los documentos de que hace mérito, motivo suficiente para su rechazo. Además, la prueba no demuestra el error de hecho que alega el recurrente, por estas razones:

En el último contrato se dejó testimonio de que el trabajador venía prestando sus servicios a la empresa desde el 27 de noviembre de 1.951, advirtiendo que los nuevos factores de remuneración convenidos comenzarían a regir desde el 16 de julio de 1.956. Es decir, no hubo novación, sino simple prórroga del contrato inicial, con la única modificación del salario. La fecha de iniciación de los servicios continuaba siendo la del 27 de noviembre de 1.951, que debía servir, en todos los casos, para deducir la duración presuntiva del contrato y sus prórrogas, por tratarse de relaciones de trabajo con término indefinido. En consecuencia, no existe el error de hecho que se le imputa a la sentencia ni quebranto del art. 64.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Indemnización moratoria.

Sobre este extremo de la litis, dice el Tribunal: A folios 74 y 98 figuran el original y copia del documento suscrito por el demandante, en el que manifiesta haber recibido la cantidad de $9.433.80. el día 11 de octubre de 1.957, por concepto de primas de servicio, cesantía y salarios.

Se ha alegado por la parte demandada que si no hizo el pago de las prestaciones oportunamente, se debió a evasivas del demandante, pues prometía pasar

por el cheque respectivo sin haberlo hecho efectivamente, y a que se ocultaba o mandaba negar para no recibir el valor de las prestaciones ofrecido por el patrono. Adujo éste al juicio, para demostrar el hecho, varios testimonios.

Pero cabe advertir que si el demandante apeló a tales subterfugios, que no eran otra cosa que una negativa a recibir, el art. 65 del C. S. del T. indica el camino a seguir, o sea el pago por consignación ante el Juez del Trabajo. Como el contrato laboral terminó el 19 de diciembre de 1.956 y el pago de las prestaciones sociales, etc., ocurrió con retardo de 10 meses 20 días, la sociedad se hizo acreedora a la sanción de que habla el art. 65.

2. De la renuencia de Cuenca Lara en recibir el pago de las deudas a su favor, dan cuenta las declaraciones rendidas en el juicio por los testigos Eduardo Barrero, Jorge Chaves y Alvaro Melgarejo. Es un hecho que la sentencia halla establecido con los testimonios, luego no puede hablarse, como lo sostiene el recurrente, que por no haber estimado esa prueba en su integridad, incurrió en el error de hecho que le imputa.

3. La mora en la solución de deudas por salarios o prestaciones sociales, no se evita demostrando el patrono que estuvo dispuesto a cancelarlas y con la amenaza de consignar su importe, como lo afirma el testigo Barrero, ante las excusas del acreedor en recibir la suma ofrecida por el deudor. Al respecto, la tesis del fallador, que el cargo no desquicia, es la de que cuando el trabajador rehusa recibir lo que el patrono le ofrece, éste cumple sus obligaciones consignando lo que confiese deberle ante la autoridad que indica el art. 65, inciso 2o. de C.S.T., en la oportunidad allí señalada, esto es, al expirar el vínculo laboral. Es el medio de impedir la mora y purgar sus efectos. La renuencia del acreedor en recibir lo que se le debe, no justifica la demora del deudor en hacer la consignación dentro del plazo que al efecto prescribe el citado mandato legal.

4. La tesis de la jurisprudencia sobre la aplicación de la norma legal en cita, es la de que cuando el patrono niega el contrato de trabajo u obligaciones que tengan esa fuente, de buena fe, y por tal motivo se abstiene de pagar o de consignar lo que el trabajador le reclama, y allega al juicio pruebas atendibles que justifiquen su actitud, puede ser exonerado de la sanción que establece el precepto. Son bien conocidos los fundamentos de la tesis, por lo cual no hay necesidad de exponerlos aquí. En el asunto litigioso no se contempla esa situación de hecho, pues, por una parte, el contrato de trabajo es extremo probado en el juicio, admitido por el patrono, ni discute éste la existencia de obligaciones derivadas de esa causa jurídica, con excepción únicamente de las que estimó prescritas o canceladas, y, por la otra, procedió a consignar, aunque fuera de tiempo, el valor de las obligaciones que confesó deber al demandante. Según lo expuesto, la posición de la parte demandada en el juicio excluye toda consideración sobre su buena fe, fenómeno sin incidencia en el caso debatido, y, por consiguiente, extraño a la doctrina jurisprudencial de que se ha hecho mérito.

Perjuicios por lucro cesante.

5. Para el Tribunal el patrono dió por terminado el último contrato de trabajo entre las partes, sin base legal, con desconocimiento de sus estipulaciones, por la cual lo condena al pago de perjuicios compensatorios, equivalentes a los salarios por el tiempo que faltaba para el vencimiento del plazo presuntivo (cinco meses, ocho días), con aplicación del art. 64 del C.S.T.

6. El cargo afirma que el fallador incurrió en error de hecho y violación de la citada norma, consistente en que el contrato no terminó por voluntad de la empresa, sino por retiro del empleado, como lo demuestran las declaraciones de Barrero, Chaves y Melgarejo, que la sentencia no estimó en su integridad, e igualmente los documentos contenidos en el juicio, entre los cuales sólo identifica el del folio 37.

7. Deduce el sentenciador que quien violó el contrato fue el patrono, de los documentos de folios 36 a 38 y 41 y de la declaración de Melgarejo, entre otras pruebas. Los documentos acreditan que la empresa le ordenó al trabajador la entrega de la Agencia de Manizales a Víctor López, designado en su reemplazo, acto que tuvo cumplimiento, y además, que le ofrecía el cargo de vendedor en Bogotá, según lo acredita la carta obrante al folio 37, suscrita por Melgarejo en su carácter de jefe de personal de la sociedad. Este empleado en su declaración (fl. 123) dice -como lo anota la sentencia- que el cargo de agente en Manizales es más importante que el de vendedor en Bogotá, y que una vez entregada por el actor la agencia de Manizales a su sucesor, aquél dejo de prestar sus servicios a la compañía. "Lo anterior -continúa el Tribunal- pone de presente que el contrato fue roto de manera unilateral e ilegal por parte de la demandada, sin que ésta se ciñera para darlo por terminado a lo estipulado en el contrato escrito que existía entre las partes y sin que se le hubiera notificado al actor la causa justificativa del despido".

8. Es verdad que los tres declarantes afirman que el contrato terminó por retiro del empleado, pero también resulta de ellas que el hecho se produjo después de haber entregado aquél la agencia de Manizales a la persona nombrada por el patrono en su reemplazo, de acuerdo con la orden contenida en la carta del folio 37.

Además, fundan también la decisión impugnada, el contrato de trabajo que a la fecha de la comunicación del folio 37 (10 de diciembre de 1.956) regía las relaciones laborales entre los litigantes, que según aquélla fue violado por el patrono. Ese contrato, de fecha 16 de julio de 1.956, estipula (cláusula primera) que la sede de trabajo sería la ciudad de Manizales, y como función del empleado, la de encargado de la agencia de la sociedad en dicha ciudad. Al disponer la empresa que el actor entregara la agencia en Manizales a Víctor Lopez, sin aducir motivo alguno, infringía lo pactado en la referida cláusula y quebrantaba lo que al respecto previene el art. 66 del C.S.T., como lo observa con acierto el Tribunal, sin réplica del recurrente. Su silencio al respecto y el hecho de no haber acusado violación de la citada norma legal, dejan en pié esta base de la sentencia, razón suficiente para mantenerla.

La oferta de un cargo en Bogotá, que el trabajador no aceptó, en reemplazo del que ejercía en Manizales, no justifica la conducta patronal. El ofrecimiento no podía tener el mérito de dejar sin efecto la infracción del vínculo laboral existente en cuanto a sede de trabajo y naturaleza de la función, aún en el supuesto de que el nuevo empleo resultara más ventajoso para el demandante.

9. El segundo cargo acusa también violación del art. 64 del C.S.T., por aspecto distinto del que se deja examinado. Lo que el acusador discute no es la violación, sin causa legal, del vínculo contractual, sino la extensión del término que faltaba para el vencimiento del plazo presuntivo, que en su concepto sólo fue de 27 días y no de cinco meses ocho días, como lo sostiene el fallador.

10. Pretende el recurrente que se tome como fecha inicial, para el cómputo del término del plazo presuntivo (seis meses) la del último contrato (16 de julio de 1.956) y no la inicial del primer contrato (27 de noviembre de 1.951). Al respecto la Sala observa: el contrato de 1.956 (fl. 89) en su cláusula novena, estipula: "Se deja constancia de que el trabajador viene prestando sus servicios a la empresa desde el 27 de noviembre de 1.951, pero los nuevos factores de remuneración que se han convenido y que en este contrato constan, solamente comienzan a regir desde el 16 de julio de 1.956".

La cláusula transcrita demuestra con toda claridad, que la fecha inicial de los servicios se mantuvo inalterable, como lo anota con acierto el opositor demandante. No puede sostenerse entonces, que para efectos de la condena por lucro cesante, fija como fecha en que la relación de trabajo comenzó, la de la última convención laboral, contra la voluntad expresa de los contratantes. La resolución acusada se ajusta, pues, a hechos debidamente acreditados en el proceso y a la norma legal que los regula.

Por todo lo expuesto, no prosperan los cargos.

-IV-

EL RECURSO DE LA PARTE DEMANDANTE

Persigue la quiebra parcial de la sentencia del ad-quem, en cuanto por el numeral 1o. de su parte resolutiva confirmó el ordinal cuarto de la de primer grado, y en cuanto el literal d), numeral 2o. modificó el mismo literal, ordinal 3o. de la decisión del a-quo, restringiendo la condena por salarios caídos a la suma de $17.861.65, para que, en fallo de instancia, revoque la Corte el ordinal cuarto de la providencia de primer grado y, en su lugar, condene a la sociedad al pago de $3.077.64, por auxilio de cesantía, y a la suma de $55.80 diarios, a partir del 20 de diciembre de 1.956, hasta que el patrono cancele la suma anterior.

Aduce la causal primera de casación, y con fundamento en ella formula un solo cargo. En él acusa la sentencia recurrida por violación de los arts. 768, 1760 y 1857 del C.C., por falta de aplicación, y los arts. 65, 254, 256 y 249 del C.S.T., por aplicación indebida.

A las infracciones de los textos legales llegó el Tribunal a consecuencia de errores de hecho y de derecho por la errónea apreciación de unas pruebas.

Relaciona el cargo como pruebas mal apreciadas los documentos de folios 74 a 79, 94 y 184 a 189 del expediente.

Afirma el acusador que de las pruebas citadas la sentencia deduce que a Cuenca Lara se le liquidó y pagó un auxilio de cesantía parcial en 1.955, con el lleno de los requisitos legales, pero que los elementos de juicio sólo acreditan estos hechos:

Que el demandante solicitó al patrono en 1.955 la liquidación parcial de su cesantía para la adquisición de un lote, pidiendo el patrono autorización para tal fin a la respectiva Inspección Seccional del Trabajo; que esta oficina autorizó la liquidación parcial del auxilio hasta por la suma de $3.077.64, disponiendo que se pagara a Hernando Rodríguez; que el patrono liquidó el auxilio en la cuantía indicada; que como se deduce de la carta del folio 186 y de la fotocopia del che-

que visible al folio 189, el pago no se hizo a Rodriguez sino a Cuenca Lara; y por último, que la sociedad descontó en la liquidación final de la cesantía, la suma de $3.077.64.

Según el análisis que de las pruebas hace el acusador, apenas comprueban que hubo autorización oficial para la liquidación y pago del auxilio de cesantía con destino a la adquisición de un bien raíz, pero no la entrega del valor del auxilio a Rodriguez sino a Cuenca Lara, y, además, que no hay prueba de la adquisición del inmueble.

Los errores de hecho:

Los concreta el recurrente, así:

1. Haber dado por demostrado, sin estarlo, que se liquidó y pagó legalmente el auxilio de cesantía al demandante en 1.955, cuando el pago y solicitud no aparecen acreditados.

2. No haber dado por demostrado, estándolo: a) que el pago de la cesantía parcial se hizo a Cuenca Lara directamente y no a Hernando Rodriguez como lo había ordenado la autorización del Inspector del Trabajo; b) que la liquidación y cancelación de la cesantía parcial se solicitó por el actor y fue autorizada por la Oficina de Trabajo para la adquisición de un bien raíz; c) que del valor de la cesantía definitiva, dedujo el patrono la suma de $3.077.64 como pagada a título de liquidación parcial, sin haber acreditado el pago lícito de la misma; y d) que la sociedad adeuda al demandante la suma antes mencionada como saldo del auxilio de cesantía.

Consistió el error de derecho en haberse admitido como prueba de la adquisición de un inmueble, medio distinto de la escritura pública, lo cual conduce al indicado error de juicio y al consiguiente quebranto de los arts. 1857 y 1760 del C.C., y 87 del C.P.L.

Concluye la acusación con este razonamiento:

Como consecuencia de los errores de hecho y de derecho en que la sentencia incurrió, dió por demostrado el pago lícito de la suma de $3.077.64, por cesantía parcial, violando en consecuencia, los arts. 249, 254, y 256 del C.S.T., por aplicación indebida, pues sin tales errores habría concluido que el pago fue ilícito y que el patrono estaba obligado a cancelar nuevamente la referida suma de dinero. Sin los anotados yerros, el fallo habría encontrado que la sociedad dedujo del valor de las prestaciones pagadas al demandante el 11 de octubre de 1.957, el valor de la cesantía parcial, incidiendo en error de derecho, por ignorancia de la ley y consiguiente infracción del art. 768 del C. C. Y, por lo mismo, no habría aplicado el art. 65 del C.S.T. en el sentido de limitar la condena por indemnización moratoria al 11 de octubre de 1.957, sino que habría aplicado dicha norma pero condenando al patrono al pago de $55.80 diarios a partir del 20 de diciembre de 1.956 hasta cuando hubiera cancelado el saldo insoluto por auxilio de cesantía.

En la réplica al cargo, el opositor demandado aduce estos argumentos:

A solicitud de la sociedad, el Inspector Seccional del Trabajo autorizó la liquidación del auxilio de cesantía del demandante con destino a la compra de un lote por parte de éste a Hernando Rodriguez, según resolución de septiembre de 1.955 (fl. 185), fijando su importe en la suma de $3.077.64. De esta cantidad dis-

pudo entregar al vendedor Rodríguez la de $2.200.oo, declarando que quedaba en poder de la empresa, en favor del trabajador, el saldo de $877.64. Demuestra el documento del folio 186, que cita el cargo como erróneamente apreciado por el fallador, emanado del Banco Francés e Italiano, que la empresa giró un cheque por $2.200.oo a favor de Hernando Rodríguez, endosado por éste y pagado a su beneficiario. La liquidación definitiva de la cesantía (fl. 74) imputa a cargo del trabajador la suma de $3.077.64, pero de ella le descuenta la de $877.64, es decir, sólo deduce la de $2.200.oo, valor de la cesantía parcial pagada por cuenta del demandante al vendedor del lote. No es, pues, exacto, que el patrono deba por cesantía la suma equivalente a la parcial a que se refiere la autorización emanada de la oficina de trabajo.

Se vale el recurrente del documento del folio 189 para demostrar que el auxilio fue pagado a Cuenca Lara y no a Hernando Rodríguez. Se trata de un cheque de febrero de 1.957, terminado ya el contrato de trabajo, girado por el patrono a cargo del Banco de Bogotá, a favor del empleado, por el valor de las prestaciones sociales.

De lo expuesto concluye, que no ha incurrido el Tribunal en los errores de hecho que acusa el recurrente, ni en consiguiente violación del art. 65 del C.S.T.

En cuanto al error de derecho, alega el apoderado de la parte opositora: no existe ese error, porque el art. 256 del C.S.T. y las resoluciones 206 y 291 de 1.951 que lo reglamentan, no exigen como requisito de validez del pago de la cesantía parcial, el otorgamiento de la escritura pública en que conste la enajenación del lote para la cual fue destinada, en favor del trabajador, como lo sostiene el recurrente. Se funda la tesis de éste en jurisprudencia del Tribunal Supremo, de marzo de 1.951, basada en la ley 6a. de 1.945 (art. 13, parágrafo 3o.) y el decreto reglamentario 3424 de 1.946, que hoy no rigen, pues esa legislación fue suspendida y sustituida por el actual Código del Trabajo (art. 491).

SE CONSIDERA:

1. Son fundadas las razones que aduce el opositor en contra de las que sustentan el cargo por error de hecho en la estimación de las pruebas que relaciona. Lo que aquél plantea, en síntesis, es que no recibió el vendedor del lote, Hernando Rodríguez, el valor de la cesantía parcial en cuantía de $3.077.64, sino el propio demandante, por lo cual se le debe a éste esa suma debiendo considerarse sin validez legal su recibo por el trabajador. De allí saca la conclusión de que quedó insoluta la deuda por cesantía parcial, por lo cual es el caso de aplicar la sanción por mora, no hasta la fecha en que el patrono consignó las deudas a su cargo por prestaciones sociales (11 de octubre de 1.957) como lo dispone la sentencia, sino hasta que cancele la deuda por el indicado concepto. Del error de hecho que alega, deduce violación de las normas legales que regulan el derecho a la cesantía y su liquidación parcial, como del precepto que establece la sanción por mora.

2. La sentencia estimó cubierta legalmente la deuda por la prestación de que se trata, acogiendo lo que al respecto expone la parte motiva de la sentencia de primer grado en estos términos:

"En la demanda se reclama el valor correspondiente al auxilio de cesantía. A efecto de entrar a liquidarlo ha de tenerse en cuenta el salario expresado en la documental del folio 74, o sea, el de $1.674.53, lo cual dá un total de $8.479.63. Sin embargo, se observa de los documentos de folios 75 a 77 que el actor recibió una liquidación parcial de cesantía con el lleno de los requisitos legales por la suma de $3.077.64, lo cual quiere decir que al demandante se le adeudaría tan sólo por el concepto aludido la suma de $5.401.99, pero se observa que esta cantidad fue pagada al actor el 11 de octubre de 1.957, según se desprende de la documental del folio 74, por lo que habrá de declararse probada la excepción perentoria de pago, en relación al pedimento que se viene examinando".

3. En relación con los documentos de folios 74 a 77 de que se vale el ad-quem para sostener que la cesantía fue pagada íntegramente y en legal forma, apreciados con desacierto, según el acusador, observa la Sala:

4. Se ha visto que la acusación no discute el hecho de haberse autorizado por el Inspector del Trabajo la liquidación parcial del auxilio de cesantía en 1.955 hasta por la suma de $3.077.64, y como es eso lo que acredita el documento de folio 76, mal puede afirmarse que la sentencia haya incurrido en error de hecho en su estimación. El del folio 78 prueba que fue Cuenca Lara quien pidió al Inspector la liquidación del auxilio, de manera que tampoco es de recibo el error de la misma especie por haber dicho la sentencia (afirmación inexacta) que no fue aquel quien hizo la solicitud, circunstancia, por lo demás, sin ninguna trascendencia.

Demuestra el documento del folio 77 que el actor le pidió al patrono la liquidación parcial de la censantía, y nada dice la sentencia contrario a su contenido.

5. Queda por esclarecer si es una verdad procesal, como lo sostiene el fallador, el hecho de haber recibido el demandante, por cesantía parcial, la suma que fué autorizada por el Inspector del Trabajo.

Según el recibo de folio 75, de fecha 19 de septiembre de 1.955, declara el demandante bajo su firma que ha recibido de la sociedad, a título de cesantía parcial, autorizada por el Inspector del Trabajo, la suma de $3.077.64. Allí se expresa, como consta en la resolución dictada por dicho funcionario (f. 76), lo siguiente: "Como el empleado solo necesita la suma de $2.200.oo, el resto, o sea la suma de $877.64, queda abonada para una futura liquidación. "Del abono dá cuenta el comprobante del folio 79.

El pago a Hernando Rodríguez, vendedor del lote para cuya compra fue autorizada la liquidación parcial del auxilio, aparece del documento obrante al folio 186, de fecha 6 de agosto de 1.956, emanado del Banco Francés e Italiano, según el cual la compañía giró a favor del nombrado Rodríguez un cheque por $2.200.oo, endosado por éste y otro endoso con firma ilegible, pagado por el Banco al beneficiario. Las pruebas en referencia establecen la realidad del pago por la suma expresada. Respecto del saldo ($877.64), su recibo por el demandante es hecho que demuestra el documento del folio 74. Allí se le descuenta el valor de la cesantía parcial en su totalidad, por una parte, pero por la otra, se le abona la diferencia entre su importe y lo recibido por Rodríguez. No resulta, pues, demostrado que no se hubiera hecho legalmente la cancelación de la cesantía parcial.

6. No acredita el documento del folio 189, como lo sostiene el acusador, que la cesantía de que se trata fue cubierta a Cuenca y no a Rodríguez. Lo que esa prueba demuestra, según su contenido, es que con fecha 27 de febrero de 1.957 la sociedad giró un cheque por la suma de $9.433.80 en favor del demandante, con posterioridad a la expiración del contrato. Esa cantidad es igual al valor de las deudas laborales que el patrono reconocía deber al trabajador derivadas del contrato de trabajo ya extinguido, igual a la que consignó para ese fin el 11 de octubre de 1.957. Es lógico que si el contrato había expirado, no era el caso de hacer liquidación y pago de cesantías parciales.

Carecen por tanto de fundamento los errores de hecho que el cargo alega.

7. En cuanto al error de derecho, son atendibles las razones que para computarlo expone el mandatario de la parte opositora demandada. En efecto, para la validez del pago de cesantías parciales, no exige el art. 256 del C.S.T., cuando su objeto es la adquisición de inmuebles, el otorgamiento de la escritura pública que para actos jurídicos de esa clase establece el art. 1857 del C. C. Respecto de la compra de lotes, la resolución 206 de 1.951, (art. 2o. numeral 1o.) emanada del Ministerio del Trabajo, reglamentario del art. 256 solo exige el lleno de estas condiciones: promesa de venta reconocida ante notario y certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados sobre la propiedad y libertad del bien. Por lo demás, es el funcionario administrativo encargado de autorizar la liquidación parcial del auxilio, el que debe velar por el fiel cumplimiento de las formalidades que sean del caso, de modo que cuando expide la correspondiente resolución en sentido favorable a la realización del acto, debe presumirse que fueron debidamente satisfechas.

No prospera el cargo.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Sin costas en el recurso.

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

Luis Alberto Bravo. - Roberto De Zubiría. - Luis Fernando Paredes. - José Joaquín Rodríguez. - Vicente Mejía Osorio, Secretario.

HOMOLOGACION PARCIAL DE UN LAUDO ARBITRAL. FACULTADES Y LIMITACIONES DE LOS ARBITROS. NUEVA DOCTRINA DE LA SALA SOBRE EL EFECTO RETROSPECTIVO DE LOS LAUDOS ARBITRALES.

1. El laudo arbitral debe conformarse, entre otras cosas, al Pliego de Peticiones. 2 No ofrece reparo el laudo por cuanto establece indemnizaciones a favor de los trabajadores despedidos en virtud de la cláusula de reserva o del plazo presuntivo. 3. El artículo séptimo, aparte de que excede lo pedido, coarta de manera inaceptable la libertad contractual de las partes en cuanto fija por anticipado el término de vigencia de las futuras convenciones. 4. Si las partes que celebran una convención colectiva pueden libremente determinar que sus estipulaciones entren en vigencia desde fecha anterior a su firma, sin invadir desde luego el ámbito temporal de la convención anterior, lógicamente debe deducirse que el laudo arbitral, al que se le aplica por extensión el régimen de aquélla, también puede hacerlo. Razones de diversa naturaleza que refuerzan este nuevo criterio de la Sala.

1. La convención colectiva comprende la regulación de las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia, conforme a la definición legal. El vocablo "condiciones" es amplio, por lo que no puede restringirse al aumento de salarios, que si bien es el factor principal, no es único, ya que puede extenderse, como lo enseña la experiencia, a reivindicaciones más extensas. La resolución en tal sentido excede lo pedido. Admás, como lo observa el recurrente, coarta la libertad futura de las partes, que bien pueden, en uso de la libertad contractual, acordar que la vigencia del acto jurídico sea anterior a la fecha de expiración del que le antecedió. Lo que en el fondo pretende la petición del pliego y acoge el laudo, aunque rebasando sus límites, es un pacto sobre el derecho de disposición futura, fenómeno distinto al de creación de prestaciones futuras, lo cual se sale del campo del derecho de obligaciones, pues las que emanan de esa fuente tienen por objeto dar, hacer o no hacer, dentro del cual no aparece hallar acomodo el que es materia de examen.

2. Ciertamente el Tribunal Supremo del Trabajo, primero, y luego esta Sala de la Corte, han estimado en casos análogos que las disposiciones de las convenciones colectivas y los laudos arbitrales sólo pueden regir hacia el futuro. Mas un nuevo examen de la cuestión la lleva a adoptar ahora un nuevo criterio, que se atempera mejor a los dictados de la equidad y al espíritu de coordinación económica y equilibrio social en que deben fundarse y desarrollarse las relaciones entre patronos y trabajadores, conforme a los principios que consagran los artículos 1o. y 19 del C. S. T.

En este orden de ideas, la Sala observa lo siguiente:

I-. La circunstancia de que el artículo 467 del C. S. T., al definir la Convención Colectiva, le señale como finalidad la de fijar "las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia", no debe interpretarse rigurosamente en el sentido de que las estipulaciones convencionales sólo han de obrar en el futuro, puesto que es obvio que las partes, al poner término al conflicto, mediante la firma de una convención colectiva, tienen la facultad de asignar a ésta una vigencia que fije como punto de partida una fecha anterior a la en que se suscribe el acuerdo, considerando el momento en que hayan surgido los motivos determinantes del conflicto. Tal facultad de proyectar los ordenamientos convencionales hacia el pasado, no ha sido desconocida hasta ahora por la jurisprudencia ni la doctrina, y no cabe rechazarla, ya que simplemente es el efecto de la expresión de la voluntad de los sujetos de la convención, que, en el caso del trabajador, sólo estaría limitada por la irrenunciabilidad de los derechos y prerrogativas que le conceden las leyes, de acuerdo con el artículo 14 del Código Sustantivo del Trabajo.

II-. Los patronos y trabajadores de una empresa que no sea de servicio público, disponen de la mencionada facultad dentro de las tres etapas del conflicto colectivo -arreglo directo, conciliación y huelga-, y los vinculados a una que sí tenga ese carácter, en las dos primeras. Así, pues, trátese o no de un servicio público, a las partes que celebran la convención les compete determinar libremente que sus estipulaciones entren en vigencia desde fecha anterior a la de su firma.

III-. De la misma manera, la nueva convención puede proyectar sus efectos sobre el lapso de prórroga automática de la anterior, pues esta prórroga, de duración indefinida y destinada a regular las relaciones entre las partes, mientras se llega a un acuerdo, tiene carácter provisional, ya que dentro de ella se están negociando nuevas condiciones de trabajo, por virtud de un conflicto colectivo en curso, iniciado con pliego de peticiones, que supone la extinción de la vigencia normal de la convención anterior. Por tanto, las medidas que tomen en cuenta retrospectivamente el referido lapso de prórroga automática, no implican violación de situaciones jurídicas consolidadas o consumadas, como serían las que se gobernaron a su tiempo por las normas de la convención que va a ser sustituída.

IV-. La completa igualdad de posibilidades que las partes tienen en las dos primeras etapas del conflicto colectivo, para celebrar la convención, determinando el día inicial y el plazo de su vigencia, ya sea que se trate o no de empresas de servicio público, significa que la definición del artículo 467 del C.S.T. y la norma relativa a la prórroga automática, no impiden que las condiciones laborales acordadas en la nueva convención, entren a regir desde fecha pretérita, naturalmente sin invadir la vigencia del anterior, acordada expresamente por las partes

V-. En la tercera etapa, cuando sin resultado positivo total se han cumplido las dos primeras, el conflicto colectivo en empresas que no sean de servicio público, como es sabido, desemboca en la huelga, instrumento de presión que la ley concede a los trabajadores y que éstos utilizan para obtener condiciones ventajosas en la convención colectiva. Pero si el conflicto se ha suscitado entre patronos y trabajadores de un servicio público, pasa entonces al arbitramento obligatorio, lo cual tiende a evitar las consecuencias

sociales de la huelga, que indudablemente el constituyente ha estimado más graves en esta esfera que en la de actividades de otra índole.

Ahora bien: Si los trabajadores de una empresa que no está calificada como servicio público, puede inducir al patrono en el período de huelga al acuerdo de una convención colectiva de trabajo, que tendría los mismos alcances de las que se celebran en las dos primeras etapas, porque al respecto la ley no ha impuesto restricciones, no hay razón valedera para sostener que el laudo proferido en arbitramento obligatorio tenga un campo de acción más reducido, con las solas limitaciones que le son propias en virtud del artículo 458 del C.S.T., tanto menos si se considera que el artículo 461 de la misma obra equipara el laudo a la convención colectiva, en cuanto a las condiciones de trabajo, condiciones que son el objeto fundamental así de la una como del otro. Esto es que si la convención puede reflejar hacia atrás sus efectos sin invadir desde luego el ámbito temporal de la convención anterior, el laudo arbitral, al que se le aplica por extensión el régimen de aquélla, lógicamente también puede hacerlo. Sería arbitrario restringir hacia el futuro la vigencia de las disposiciones de los laudos arbitrales, con base en una norma legal que se refiere específicamente a las convenciones colectivas y que, como se ha visto, no impide que éstas, en lo que atañe a relaciones ya existentes, tenga efectos retrospectivos.

VI-. No hay de donde inferir que la ley haya querido colocar a los trabajadores de los servicios públicos en condiciones de inferioridad frente al empeño de conquistar mejores condiciones de trabajo; y si los ha privado del derecho de huelga, ha sido simplemente con el fin de evitar los perjuicios que en algunos casos quizás sobrevendrían a la comunidad con el uso de tal medio de presión por esos trabajadores. En consecuencia, es forzoso admitir que el laudo arbitral, sin perjuicio de la limitación de que trata el artículo 458 del C.S.T., puede otorgarles a ellos las mismas ventajas o condiciones que con la convención colectiva, así sea lograda por la vía extrema de la huelga, pueden alcanzar los trabajadores no vinculados a un servicio público, o que aun a aquéllos mismos les es dado conseguir cuando la convención se firma en las dos primeras etapas del conflicto colectivo

VII-. Sobra anotar que en el caso del arbitramento voluntario, sustituyendo los árbitros más directamente a las partes, puede llegar el laudo, sin violar facultades legales, o normas constitucionales, o situaciones jurídicas consumadas, a señalar las mismas condiciones que una convención colectiva de trabajo.

VIII-. Es obvio que toda carga económica nueva, derivada de las condiciones de trabajo fijadas por convención o laudo, implica una obligación que el patrono no tenía antes. Pero cuando para determinarla cuantitativamente se toma como punto de referencia un hecho anterior, apenas se le está dando un efecto retrospectivo, que no afecta derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas bajo el imperio de la convención o laudo preexistentes.

IX-. Desde el momento en que una convención colectiva o laudo vigente se denuncia y se inicia el proceso de las negociaciones colectivas, hay en potencia un cambio de las condiciones económicas establecidas en la convención o en el laudo denunciado, presumiblemente hacia un mejoramiento de las

mismas para los trabajadores, que consignan sus aspiraciones en el pliego de peticiones, siempre en escala ascendente, y, por tanto, es de suponerse que una empresa, por poco previsivos que sean sus administradores, ha de calcular una carga adicional posible a partir del vencimiento de la convención o el laudo.

X. La experiencia de los últimos años demuestra que por regla general las convenciones colectivas en nuestro país, principalmente en lo relativo a salarios, señala una fecha de vigencia anterior a la firma de las mismas. Lo propio ocurre con las leyes y decretos sobre el reajuste de salarios. Así, por ejemplo, la Ley 1a. del 1o.de febrero de 1.963, dijo en su artículo 1o.: "Con retroactividad al 1o. de enero de 1.963, el Gobierno procederá a decretar un reajuste de sueldos y salarios, tanto en el personal civil de la administración pública como en el de los establecimientos públicos descentralizados y en el del sector privado. . .". Y a continuación dispone aumento de salarios.

XI. En lo que hace a las facultades de los árbitros, la jurisprudencia ha admitido reiteradamente que éstos, tratándose de los aspectos económicos, deciden en equidad. De esta naturaleza económica participan los aumentos de salario, naturaleza que no pierden por la simple circunstancia de que al determinarlos se tomen en cuenta factores pretéritos en cuanto a la fecha del laudo, pero posteriores al planteamiento del conflicto.

XII. En el caso que se examina, los árbitros profirieron el laudo siete meses después de iniciado el conflicto colectivo, como se anotó atrás, y por ello es equitativa su decisión de compensar en lo posible, durante ese lapso, las condiciones económicas de los trabajadores, que ya se vieron afectadas por los factores desfavorables cuya superación se buscó con el pliego de peticiones.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, veintiuno de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Roberto De Zubiría C.).

El 15 de noviembre de 1.962, el secretario de la Unión de Trabajadores del Atlántico (Utral), depositó ante la Inspección Nacional del Trabajo del mismo Departamento, un pliego de peticiones que, el Sindicato de Trabajadores de la Cooperativa Industrial Lechera de Colombia "Ciledco", presentaba a la consideración de dicha Empresa, por intermedio de la Inspección del Trabajo.

El pliego en cuestión, constante de 33 peticiones, fue recibido por la Cooperativa el 21 del mismo mes de noviembre y, surtida su notificación, se entablaron las conversaciones de arreglo directo, según los documentos acompañados como anexos al expediente del fallo arbitral, el 13 de diciembre siguiente.

Durante la etapa de arreglo directo, las partes llegaron a acuerdo respecto de las cláusulas 7a., 17a., 20a., 22a., 23a., 26a., 27a., 28a., 29a., 30.a, y 31a., como fácilmente se deduce del Acta de fecha 16 de enero de 1.963, según la cual, pasan a conciliación los siguientes puntos del pliego petitorio: 1o., 2o., 3o., 4o., 5o., 6o., 8o., 9o., 10o., 11o., 12o., 13o., 14o., 15o., 16o., 18o., 19o., 21o., 24o., 25o., y 32o.

En desarrollo de la etapa de conciliación, iniciada el 1o. de febrero de dicho año, sólo fueron satisfactoriamente resueltas dos cláusulas, o sean, la 3a y la 13a.

Por considerar fracasados los intentos conciliatorios, los comisionados, en acta número 4 del dia 13 de febrero, resolvieron someter el diferendo al arbitramento obligatorio.

Fue asi como el Ministerio del Trabajo, mediante la Resolución No. 00383 de marzo 4 de 1.963, constituyó el Tribunal Especial de Arbitramento, encargado de dirimir el conflicto, por haberse presentado éste en empresa catalogada por la Ley como de servicio público. Al efecto designó como árbitro, en representación del Gobierno, al doctor Diego de la Peña y reconoció al señor Vicente Caicedo M. y al doctor Roberto Guido Levy Ripoll como árbitros de los trabajadores y de la Empresa, respectivamente.

El Tribunal se instaló formalmente el dia 1o. de junio de 1.963, ante el señor Inspector Nacional del Trabajo del Atlántico e inició sus deliberaciones el 3 del mismo mes. Como considerara insuficiente el término fijado por la ley para proferir su decisión, solicitó y obtuvo una prórroga de 10 días más, concedida por el Ministerio del Trabajo en Resolución que lleva el No. 01166, de fecha 18 de junio del citado año.

Oidas que fueron las partes por el Tribunal Arbitral y estudiados por él, según reza el fallo, todos los informes y datos que le fueron suministrados, procedió, el 26 de junio del año pasado, a dictar la decisión correspondiente. En la misma fecha, los representantes de la Cooperativa Industrial Lechera de Colombia "Ciledco" y del Sindicato de la misma, se notificaron del laudo.

En escrito de fecha 27 del mismo mes de junio, el señor Octavio de la Hoz Cohen, manifiesta que interpone el recurso de homologación a nombre de la Cooperativa. Es de anotar que el referido escrito no tiene fecha de presentación.

Mediante resolución de 28 de junio de 1.963, el Tribunal concede el recurso interpuesto y dispone el envio del expediente original a esta Sala, por conducto de la Inspección Nacional del Trabajo del Atlántico.

El expediente se recibió en la Secretaría de la Sala el 8 de julio del mismo año, en 3 legajos y fue repartido el 10 del mismo mes al Magistrado doctor Alejandor Córdoba Medina quien se declaró impedido para conocer, habiendo pasado a conocimiento del suscrito Magistrado ponente el 25 del citado mes de julio.

No cumplió la Inspección del Trabajo del Atlántico con lo prescrito en el art. 143 del C. de P. L., ya que no sólo no envió original el laudo arbitral a esta Superioridad, sino que retuvo, sin explicación, la mayoría de los antecedentes del conflicto y, por ello, desde el día siguiente al en que pasó el expediente a conocimiento del sustanciador, se le reclamaron aquèl y éstos en forma insistente, como puede verse a folios 12, 18 y 65, lo mismo que por comunicación telefónica habida entre el Inspector de Barranquilla y el Secretario de esta Sala.

El 2 de octubre de 1.963, se recibieron algunos de los documentos solicitados, pues no lo fueron todos, y varios de los que se remitieron son copias sin ninguna autenticación. Por ello, hubo que seguir insistiendo ante el Inspector de Barranquilla, hasta lograr el envio del pliego de peticiones el 19 de noviembre siguiente.

Las partes consituyeron oportunamente apoderado y, en su favor, éstos han actuado ante la Sala, así: El representante del sindicato, presentó el 23 de agosto de 1.963, un escrito en el que solicita se decrete la regularidad del fallo

arbitral. El apoderado de la Cooperativa, el 16 de septiembre del citado año, allegó al memorial sustentatorio del recurso de homologación, y en él pide que se declare inexequible en su integridad el laudo recurrido, ya que éste violenta los textos legales y constitucionales que señala en su impugnación. En nuevo escrito, presentado el 15 de octubre del mismo año, el procurador judicial del Sindicato, se opone a la prosperidad del recurso impetrado por la Cooperativa.

Llegado el momento de dictar la providencia correspondiente, procede a ello la Sala, previas las siguientes consideraciones:

Primera cuestión. *(Falta de motivación del laudo).*

La primera cuestión que plantea el escrito en que el apoderado de la Cooperativa sustenta el recurso de homologación, con diversos argumentos de orden constitucional, doctrinario y legal, es la falta de motivación del laudo.

SE CONSIDERA:

La sentencia arbitral que examina la Sala consta de los siguientes capítulos o partes: en primer lugar, se transcriben todas las cláusulas del pliego de peticiones presentado por el Sindicato de Trabajadores a la Cooperativa; en segundo término, se efectúa un relato de lo ocurrido en las etapas de arreglo directo y de conciliación. En cuanto al arbitraje se dice lo siguiente:

"ARBITRAMENTO. No habiendo sido factible el arreglo entre las partes, ni en las conversaciones directas, ni en la etapa conciliatoria, el Ministerio del Trabajo, al tenor de las disposiciones legales en vigencia sobre la materia, constituyó este Tribunal Especial de Arbitramento obligatorio, por Resolución No. 00383, de marzo 4 de 1.963. El Tribunal se instaló, ante el Inspector Jefe de la Inspección Seccional del Trabajo local (Encargado), doctor Jairo Danilo Devis Pereira, el día primero (1o.) de junio de 1.963 y se encuentra constituido por el doctor Diego de la Peña, nombrado por el Ministerio del Trabajo; por el señor Vicente Caicedo, nombrado por el Sindicato, y por el doctor Roberto Guido Levy Ripoll, designado por la Empresa. Como consta en el acta de instalación respectiva, el Tribunal designó como secretario a Roberto Gerlein E.

"En el curso de sus reuniones el Tribunal adelantó concienzudamente el estudio del Pliego de Peticiones sometido a su consideración, procurando en todo momento que las determinaciones del fallo tendiesen a una justa equidad, consultora de los intereses, tanto del SINDICATO, como de la EMPRESA. Las iniciativas y sugerencias de los representantes de las partes fueron analizadas con el mayor detenimiento y el examen pormenorizado de todos los factores, ya económicos o ya sociales que tuviesen la más mínima relación con ellas fue motivo de cuidadosa atención.

"En su afán de procurarse los mayores y mejores elementos de juicio, el Tribunal obtuvo de la EMPRESA y del SINDICATO todos los informes y datos posibles, procediendo luego a escuchar a los representantes de una y otra parte. El estudio del pliego, determinó, ante la extensión de las peticiones y su naturaleza, la prórroga, por diez (10) días, del término fijado en el Código Sustantivo del Trabajo.

"Constancia de la tarea desarrollada por el Tribunal queda en las Actas de las sesiones correspondientes y en mérito de las consideraciones que anteceden,

como de todos los Acuerdos aprobados por los árbitros en su estudio del pliego de peticiones, el Tribunal de Arbitramento, convocado por el Ministerio del Trabajo, en su Resolusión No. 00383 de 4 de marzo de 1.963, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, resuelve:". Viene en seguida la decisión.

OBSERVA LA SALA:

Como aparece de los pasajes de la decisión arbitral transcritos anteriormente, contiene ella, aunque en breve síntesis, las razones en que se funda, relativas a las peticiones del pliego en su totalidad, expresando además, que en las deliberaciones del Tribunal, aquéllas fueron analizadas detenidamente, remitiéndose a lo que consta en las actas correspondientes.

No puede, pues, sostenerse que el laudo carezca en absoluto de motivación. No prospera el cargo.

Por razones de método, las cuestiones segunda, quinta y séptima se estudiarán al final.

Tercera cuestión. (*Suma anual no pedida para la Caja de Asistencia del Sindicato*).

El recurrente propone esta acusación así:

"Acuso el artículo 4o. de la parte resolutiva del laudo de ser violatorio del artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo en relación con los textos 432, 437 y 452 de la misma obra y 143 del Código Procesal del Trabajo".

Y añade:

"El ordenamiento arbitral que impugno es del siguiente tenor: "ARTICULO CUARTO. LA COOPERATIVA INDUSTRIAL LECHERA DE COLOMBIA LTDA. "CILEDCO", entregará, cada año, a la Caja de Asistencia Social del Sindicato de sus trabajadores, la suma de TRES MIL PESOS MONEDA LEGAL ($3.000.oo m/l.)".

"Conforme al precepto primeramente mencionado, los árbitros deben decidir sobre los puntos respecto de los cuales no se haya producido acuerdo entre las partes; y según el último de los dichos textos, el Tribunal de Arbitramento no puede extralimitar el objeto para el cual se le convocó. Cualquiera que sea el carácter de las peticiones de los trabajadores, económicas, jurídicas o mixtas, el Tribunal de Arbitramento tiene como base y como límite de sus atribuciones el pliego que presenta aquéllas, cuyo contenido constituye, según está ampliamente dilucidado por la doctrina y por la jurisprudencia de esa H. Sala, el petitum de sus demandas.

"Ahora bien: en parte alguna del pliego de peticiones presentado por los trabajadores a la consideración de "Ciledco", aparece aspiración alguna de ellos para que se auxilie a la Caja de Asistencia Social del Sindicato con ningún dinero".

SE CONSIDERA:

Ciertamente en ninguna parte del Pliego de Peticiones aparece solicitada la suma a que se refiere la decisión adoptada por el Tribunal en esta tercera

cuestión que plantea el recurrente. Y por la falta de motivación del laudo no se sabe a qué razones obedeció esta determinación arbitral.

En vista de que la acusación es justificada, la Sala no homologará este punto de la sentencia arbitral.

Cuarta cuestión. (*Aumento especial de salarios a un empleado*).

La acusación es de este tenor:

"El artículo undécimo de la parte resolutiva del laudo viola los textos 458 del C.S.T. y 153 del C.P.T. en relación con los textos 432 y 452 de aquel estatuto, imponiéndose por ello su declaración de inexequibilidad.

"Por el ordenamiento arbitral indicado se aumenta el salario del Jefe de la Sección de Fabricación de queso en la cantidad de un peso con ochenta y cinco centavo ($1.85) sobre el salario básico diario que devengue y sin perjuicio del aumento general decretado por el artículo 9o. del mismo laudo. Por tratarse de violación semejante a la acusada en el cargo anterior la presento en este lugar, pues ocurre que el pliego de peticiones nada contiene sobre aumentos personales o singulares de sueldos, para casos individuales. La sola lectura de esa pieza así lo ostenta y ninguna consideración autorizaba a los arbitradores a decretar aumentos a determinados trabajadores en forma personal o individual. Debo agregar que en una de las actas de las deliberaciones del Tribunal (fl. 7 del cuaderno 3) aparece que el árbitro de los trabajadores fue quien consideró que el aumento para el señor Roque Macías en suma de $ 1.60, debía quedar consignado como obligación de la Empresa. Los árbitros restantes manifestaron que por tratarse de una cuestión particular ello no era objeto propio del laudo. Sin embargo, posteriormente fue incluída, en cantidad de $1.85. Al hacerlo así, se separaron abiertamente del petitum, extralimitaron sus funciones y violaron los textos legales en que fundamento esta acusación".

SE CONSIDERA:

Para resolver este punto, a la Sala le basta considerar que se trata de una materia no solicitada en el Pliego de Peticiones. Y como es sabido, que el laudo arbitral debe conformase, entre otras cosas, a dicho pliego, que equivale al petitum de las demandas corrientes, ostensiblemente surge que el fallo de los árbitros excedió la órbita de lo solicitado por los trabajadores. Hubo, pues, extralimitación de funciones, por lo cual este punto no es exequible.

Sexta cuestion. (*Salario igual para trabajo desigual*).

Esta acusación textualmente dice:

"En el artículo octavo de la parte resolutiva del laudo, el Tribunal ordenó: "La Cooperativa Industrial Lechera de Colombia Ltda. "Ciledco", establecerá igual salario básico para todos sus choferes y ayudantes de los mismos. En consecuencia nivelará, por lo alto, dicho salario en relación con los choferes y ayudantes que presten sus servicios en las carreteras o en la ciudad". Este ordenamiento arbitral es violatorio del artículo 143 del C.S.T. y solicito por ello se le declare inexequible.

"La falta de motivación de que adolece todo el laudo, y que ya acusé como violatoria de los textos reseñados en la primera cuestión, no permite conocer, respecto de este punto, las razones que hubiesen tenido los arbitradores para

disponer que la Cooperativa debe establecer un salario básico igual "para todos sus choferes y ayudantes de los mismos".

"Con todo, en alguna de las actas del cuaderno tercero se encuentra que uno de los árbitros "después de analizar las diferencias entre una y otra clase de choferes", manifestó que los de la ciudad estaban sometidos a un trabajo verdaderamente agobiador, razón ante la cual "el Tribunal aceptó nivelar por lo alto el salario básico de los choferes". Aunque este procedimiento de que se valió el Tribunal -el de remitir a las actas para el conocimiento de sus juicios- es notoriamente inconstitucional, si se acudiese a él para indagar los motivos del laudo en este punto, se encontraría que lo único cierto es que en el trabajo de los distintos choferes existen diferencias. Por otra parte, en las actas correspondientes a las etapas de arreglo directo y de conciliación aparece que en la empresa existen choferes y ayudantes de ellos, y que en esos grupos de trabajadores unos prestan sus servicios en la recolección de la leche y otros se ocupan del reparto de ella. Los que trabajan en este último oficio, los choferes de reparto, devengan, además de su sueldo básico una comisión sobre las ventas, lo que obviamente significa que no sólo manejan el vehículo sino que efectúan labor de venta, reciben dinero, rinden cuentas y demás operaciones anejas a este desempeño, que no ejecutan los de recolección y que justifica la existencia de la comisión.

"Ahora bien, es absurdo que se dé un mismo tratamiento retributivo a los choferes y a sus ayudantes. Si lo que el laudo en este punto quiere expresar es que tanto los unos como los otros devenguen el mismo salario, ese ordenamiento violaría el principio de a trabajo igual salario igual y su corolario de que a trabajo desigual y a trabajo mayor y más calificado no debe corresponder la misma remuneración. Los ayudantes, pues, no deben devengar el mismo salario básico que los choferes y el ordenamiento arbitral que así lo pretenda desconoce el principio mencionado y el texto legal que lo consagra en nuestra legislación positiva.

"Por otra parte, y en lo que se relaciona con los choferes de recolección y los de reparto, es asimismo notorio que teniendo éstos funciones de venta, recepción de dineros correspondientes a ella, rendición de cuentas y responsabilidad por estos actos que no ejecutan los primeros, lógicamente no debe remunerárseles con el mismo salario que a aquéllos. Y por ello hay actualmente sistemas distintos de retribución. Al disponer el laudo, en consecuencia, que se establezca un salario básico igual para todos, y que se nivele por lo alto el salario de todos los choferes, está desconociendo las distintas modalidades de los oficios y quebrantando el precepto legal que destaco, por cuanto si a trabajo igual debe corresponder salario igual, cuando el trabajo no es igual sino que hay uno más calificado, con mayores y con más responsabilidad, éste no puede merecer el mismo tratamiento que el trabajo menor, de menos funciones y responsabilidad. Y no es legal nivelarlo en la base con aquél, con desconocimiento de las distintas funciones y del sistema actual para que la mayor labor resulte debidamente retribuída; ni en la práctica resultará justo para los trabajadores, ni equitativo para la empresa pagar comisión adicional sobre un básico igual para todos los choferes. El ordenamiento del laudo se ostenta por todo ello violatorio de la ley y debe declararse inexequible, como respetuosamente lo solicito".

SE CONSIDERA:

Este punto de la acusación es de los que tiene su explicación, aunque deficiente, en las Actas de las reuniones celebradas por el Tribunal, correspondien-

tes a los días 3 y 5 de junio de 1.963. Lo que de ellas se desprende es que lo resuelto por el Tribunal debe entenderse así: de un lado, el salario básico de los choferes será igual, es decir, para los trabajadores que desempeñan dicho oficio; y, por otra parte, que los salarios básicos de los ayudantes, entre sí, sin confundirlos con el de los choferes, también será igual, es decir, igual entre los ayudantes. De esta manera quedan separados los salarios básicos de los choferes y ayudantes. Entendida así la decisión arbitral no se presentan las infracciones legales planteadas por la entidad recurrente; máxime cuando el fallo recurrido se refiere exclusivamente al "salario básico"; por tanto, el punto podrá ser homologado y, en consecuencia, se desecha la acusación.

Segunda cuestión. (*Cláusula de reserva y expiración del plazo presuntivo*)

De esta acusación se destacan los siguientes pasajes esenciales:

"El artículo segundo de la parte resolutiva del laudo materia del presente recurso viola los textos 458, 47, 48, 49 y 61, literales a) y g) del Código Sustantivo del Trabajo.

"El ordenamiento citado del laudo es del siguiente tenor: "ARTICULO SEGUNDO LA COOPERATIVA INDUSTRIAL LECHERA DE COLOMBIA LTDA. "CILEDCO", pagará a sus trabajadores en caso de ser retirados por uso de la cláusula de reserva o por expiración del contrato presuntivo de trabajo, las siguientes indemnizaciones: A) a los que hubieren cumplido un (1) año de servicio, cuarenta y cinco (45) días de salario; B) a los que hubieren cumplido hasta tres (3) años de servicio, cincuenta (50) días de salario; C) a los que hubieren cumplido hasta cinco años de servicio, sesenta (60) días de salario; D) a los que hubieren cumplido más de cinco (5) años de servicio, noventa (90) días de salario".

A continuación, el recurrente transcribe los arts. 48 y 61 del C.S.T.

Luego continúa:

"Ahora bien: como el laudo establece un régimen de indemnizaciones para el uso de la cláusula de reserva y para la terminación del contrato individual de trabajo por expiración de su plazo presuntivo, debo referirme separadamente a cada una de estas figuras, lo que, por otra parte, conviene mejor a la claridad de mi acusación.

"Cláusula de reserva. La falta de motivación de la sentencia, que acusé en el cargo anterior, impide conocer los razonamientos que hubiesen conducido al Tribunal de Arbitraje a la implantación del régimen que impugno. Las actas a que el laudo se remite tampoco contienen esas razones ni arrojan luz sobre el particular. Lo único que en ellas se encuentra es que los árbitros, sin expresar razón alguna, resolvieron mantener en principio la cláusula de reserva pero estableciendo un sistema indemnizatorio, nada de todo lo cual fue pedido así en el pliego de los trabajadores, lo que por sí solo infringe el artículo 458 C.S.T. Con todo, al interpretar la cláusula arbitral -así sea sin conocimiento de sus motivos, que nunca sabremos- cabe entender que el Tribunal quiso significar una de dos cosas: la primera, que cuando la Cooperativa haga uso de la cláusula de reserva para retirar a sus trabajadores, esto es, cuando preavise con antelación no inferior a 45 días, la terminación de algún contrato individual de duración indeterminada, en el que haya pactado por escrito aquella facultad, o cuando pague los salarios correspondientes a ese lapso, debe indemnizar, además, a su trabajador,

con cuarenta y cinco días de salario si éste hubiese cumplido ya un año de servicio, o con cincuenta días de salario, si el trabajador hubiese cumplido tres años de servicio, o con sesenta días de salario, al que hubiese cumplido hasta cinco años de servicios, o con noventa días de salario, al que hubiese cumplido más de cinco años de servicios; y la segunda, que la obligación de avisar con 45 días de anticipación o de pagar en dinero el salario correspondiente a ese tiempo, se reemplaza por la indemnización que corresponda, según la graduación indicada. Trátese del pago de una suma adicional, conforme al primer supuesto, o de un régimen sustitutivo del establecido por el artículo 48 del C.S.T., según el otro entendimiento posible, lo cierto es que el Tribunal consagró un sistema distinto del que ordena el legislador, y violatorio del derecho a hacer uso de la cláusula de reserva en los términos que la legislación positiva consagra. Para concluir que es distinto, basta leer la cláusula arbitral; para saber que infringe el precepto citado sólo se necesita entender que los árbitros han instituido unas indemnizaciones que el legislador no tiene establecidas".

En cuanto al plazo presuntivo, el acusador ataca la decisión arbitral diciendo que en parte alguna ha ordenado la ley que cuando el contrato de trabajo termina legalmente una de las partes deba indemnizar a la otra, ya que de acuerdo con aquélla es un derecho de los contratantes quedar desvinculados al concluir el término pactado o presunto de la contratación, salvo pacto en contrario, y al disponer que no sea así viola el laudo los textos legales citados anteriormente.

SE CONSIDERA:

Dice la cláusula segunda del pliego petitorio: "Cicolco suprimirá de sus contratos la cláusula de reserva y éstos se entenderán firmados por el término de un año. En caso de despido de un trabajador con más de dos (2) años de servicio, sin falta grave, será indemnizado con quince (15) días de salario por cada año de servicio".

a). Cláusula de reserva.

No la suprime el laudo, como el propio recurrente lo admite. Se limita a establecer un régimen especial de indemnización en favor del trabajador para el evento en que la utilice el patrono. La institución de ese régimen es lo que el cargo considera violatorio de los preceptos legales relativos a la cláusula, porque en su concepto se trata de una estructuración legal, extraña a las facultades de los árbitros, y no de cuestión simplemente económica, aparte de que la indemnización se establece en favor del trabajador y no del patrono, no obstante que la cláusula, conforme al estatuto laboral, es un derecho otorgado a ambas partes. A todo lo cual observa la Sala que las normas del Código del ramo sobre la materia son imperativas en cuanto el árbitro no puede suprimir la cláusula, y de índole económica sus efectos, carácter que ostenta el fallo arbitral cuando decreta indemnizaciones. Que el sistema adoptado por el laudo beneficie únicamente al trabajador, se explica por la circunstancia de que es la clase asalariada la que en la contratación colectiva persigue reivindicaciones económicas y la afectada, en la mayoría de los casos, por el uso de la cláusula de reserva.

b). Plazo presuntivo.

El segundo aparte de la petición del pliego, solicita, para el caso de despido del trabajador que no haya incurrido en falta grave, determinada indemni-

zación, tomando en cuenta el tiempo servido. También aquí, como en el caso anterior, no hay supresión del plazo presuntivo, sino, como lo sostiene el recurrente, regulación de sus efectos en el campo económico. Lo dicho a propósito de la cláusula es aplicable al plazo legal de que se trata.

Aunque la solicitud del pliego sólo pide indemnización para el caso de despido del empleado, sin falta grave, lo cierto es que la terminación del vínculo laboral por el advenimiento del plazo presuntivo o por obra de la cláusula, conducen al mismo resultado, esto es, el desempleo. Tal situación, en uno y otro caso, conduce al malestar social. Así debió entenderlo el fallo arbitral al interpretar en su integridad la petición en examen. Al decretar indemnizaciones en los dos eventos, quiso moderar los efectos de la medida, sin que la determinación al respecto exceda el límite de sus atribuciones. Por lo expuesto, el cargo no prospera.

Quinta cuestión. (*Vigencia de convenciones futuras*).

Dice la acusación:

"En el artículo séptimo de la parte resolutiva del laudo el Tribunal dispuso que "toda convención colectiva que se firme, en lo sucesivo, entre la Cooperativa Industrial Lechera de Colombia Ltda. "Ciledco" y sus trabajadores comenzará a regir al día siguiente del término de vigencia de la convención colectiva inmediatamente anterior". Al disponer ésto los árbitros olvidaron que la convención colectiva es, según el artículo 467 del C.S.T., la que se celebra entre los sujetos de derecho que ese texto indica, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia, que, en tal virtud, la convención colectiva y el laudo que en su lugar se profiera tienen una duración reglada por el legislador en los textos 478 y 479 del C.S.T.; que como en toda convención, las partes tienen derecho, al suscribirlas, en el futuro, de pactar la fecha inicial de sus ordenamientos, y que no se puede desde un laudo suprimir ni limitar ni condicionar ni regular la voluntad contractual futura de las partes contratantes. Por todo lo anterior resulta que los árbitros, al ordenar que en lo sucesivo toda convención que se suscriba comience a regir al día siguiente del término de la anterior, coartaron ilícitamente la voluntad futura de las partes, que bien pueden, directamente entre ellas, con oportunidad de la discusión de cualquier pliego, disponer cosa distinta a la que quieren imponerles desde ahora; regularon materia que no es de su incumbencia y violaron los textos 467, 468, 478, 179 y 458 del Código Sustantivo del Trabajo. Así lo acuso, con solicitud respetuosa de que se declare inexequible este ordenamiento del laudo".

SE CONSIDERA:

Solicita la cláusula 18a. del pliego:

"Para lo sucesivo todo aumento que se pacte será retroactivo al vencimiento del plazo acordado por las partes, empresa y sindicato, en los convenios colectivos de trabajo".

La resolución del laudo, que el cargo transcribe, no se ajusta al pedimento, pues dispone que toda la convención y no simplemente los aumentos, comenzará a regir el día siguiente del término de vigencia de la convención anterior.

La convención colectiva comprende la regulación de las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia, conforme a la definición le-

gal. El vocablo "condiciones" es amplio, por lo que no puede restringirse al aumento de salarios, que si bien es el factor principal, no es único, ya que puede extenderse, como lo enseña la experiencia, a reivindicaciones más extensas. La resolución en tal sentido excede lo pedido. Además, como lo observa el recurrente, coarta la libertad futura de las partes, que bien pueden, en uso de la libertad contractual, acordar que la vigencia del acto jurídico sea anterior a la fecha de expiración del que le antecedió. Lo que en el fondo pretende la petición del pliego y acoge el laudo, aunque rebasando sus límites, es un pacto sobre el derecho de disposición futura, fenómeno distinto al de creación de prestaciones futuras, lo cual se sale del campo del derecho de obligaciones, pues las que emanan de esa fuente tienen por objeto dar, hacer o no hacer, dentro del cual no parece hallar acomodo lo que es materia de examen. Por lo expuesto, no es exequible lo resuelto por el Tribunal Arbitral.

Séptimo cuestión. (*Retroactividad del laudo*)

Sostiene el impugnador que el laudo, en el artículo décimo sexto de su parte resolutiva, viola los textos 458, 461, 467 y 479, inciso 2 del Código Sustantivo del Trabajo, el 16 de la misma obra y el 30 de la Constitución Nacional, en cuanto habiendo sido proferido el 26 de junio de 1.963, fija la vigencia de las regulaciones arbitrales en 15 meses, contados a partir del primero de enero del mismo año.

Anota que "textual y lógicamente la Convención Colectiva, en el laudo que estatuye por ella, tiene como finalidad regular las relaciones futuras, no las cumplidas con anterioridad, las cuales estuvieron sometidas a reglas de derecho que produjeron sus efectos respecto de dichas situaciones anteriores"; que "es esta la concepción que corresponde a nuestro orden jurídico, basado en esta materia en el artículo 30 de la Constitución Nacional, que protege los derechos impidiendo que se desconozcan o vulneren por leyes o normas posteriores"; que la legislación común estructura ese orden jurídico mediante los artículos 27, 19 y 20 de la ley 153 de 1.887; que ello ha encontrado registro expreso en el artículo 16 del Código del Trabajo, sobre efecto inmediato e irretroactividad de las regulaciones laborales; que, de otra parte, "La legislación especial consagra un régimen de vigencia para las convenciones colectivas -y el laudo tiene tal carácter según el precepto 461 citado- régimen conforme al cual si dentro de los 60 días anteriores a su expiración no se manifiesta voluntad de darla por terminada, se prorroga por períodos sucesivos de seis meses (art. 478 C.S.T.); y si se la denuncia válidamente conforme al artículo 479 de la misma obra, la convención continúa vigente hasta tanto se firme una nueva".

En apoyo de su tesis, cita algunas sentencias del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo y de esta Sala de la Corte que, en su concepto, constituyen jurisprudencia constante, sólida y verdadera.

El opositor arguye que lo concerniente a vigencia de la convención (en este caso, el laudo), fue solicitado expresamente en las cláusulas diez y siete y diez ocho del pliego de peticiones; que si se pretende equiparar el laudo arbitral a la convención, siendo posible que en ésta se señale como fecha inicial de la vigencia la del vencimiento del plazo fijado para la anterior convención, lo mismo puede hacerse en el laudo; que en materia laboral, en lo relativo a los llamados derechos adquiridos, hay una excepción según la cual una disposición, acuerdo, convención o laudo arbitral pueden aplicarse antes de su expedición, figura ésta

que la Corte, en sentencia del año de 1.937, denominó "retrospectividad", de necesaria aplicación por el aspecto económico, para compensar la anormalidad económica, la desvalorización de la moneda y la creciente espiral del costo de la vida.

SE CONSIDERA:

Sobre este punto, la ponencia propuso que la decisión arbitral debía declararse inexequible, acogiendo los argumentos del recurrente, fundados principalmente en la doctrina recibida por esta Sala de la Corte en fallo del 18 de diciembre de 1.962 y en el proferido por el antiguo Tribunal Supremo en el de 25 de junio de 1.949. Al discutirse y votarse el proyecto del ponente, se produjo empate, pues dos de los cuatro Magistrados no compartieron su opinión. Para dirimir la diferencia fue sorteado un conjuez, y reanudado el estudio con participación de éste, obtuvo mayoría la tesis opuesta al proyecto, que va a exponerse a continuación:

El punto diez y siete del pliego de peticiones presentado el 15 de noviembre de 1.962, dice:

"Los aumentos que se pacten en la presente Convención empezarán a regir desde el 3 de diciembre del año en curso".

El laudo, proferido el 26 de junio de 1.963, más de siete meses después de iniciado el conflicto, dispuso en su artículo décimo sexto: "El presente laudo arbitral tendrá una vigencia de quince (15) meses, contados a partir del día primero (1o.) de enero de mil novecientos sesenta y tres (1.963)".

Ciertamente el Tribunal Supremo del Trabajo, primero, y luego esta Sala de la Corte, han estimado en casos análogos que las disposiciones de las convenciones colectivas y los laudos arbitrales sólo pueden regir hacia el futuro. Mas un nuevo examen de la cuestión la lleva a adoptar ahora un nuevo criterio, que se atempera mejor a los dictados de la equidad y al espíritu de coordinación económica y equilibrio social en que deben fundarse y desarrollarse las relaciones entre patronos y trabajadores, conforme a los principios que consagran los artículos 1o. y 19 del C.S.T.

En este orden de ideas, la Sala observa lo siguiente:

I. La circunstancia de que el artículo 467 del C.S.T., al definir la Convención Colectiva, le señale como finalidad la de fijar "las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia", no debe interpretarse rigurosamente en el sentido de que las estipulaciones convencionales sólo han de obrar en el futuro, puesto que es obvio que las partes, al poner término al conflicto, mediante la firma de una convención colectiva, tienen la facultad de asignar a ésta una vigencia que fije como punto de partida una fecha anterior a la en que se suscribe el acuerdo, considerando el momento en que hayan surgido los motivos determinantes del conflicto. Tal facultad de proyectar los ordenamientos convencionales hacia el pasado, no ha sido desconocida hasta ahora por la jurisprudencia ni la doctrina, y no cabe rechazarla, ya que simplemente es el efecto de la expresión de la voluntad de los sujetos de la convención, que, en el caso del trabajador, sólo estaría limitada por la irrenunciabilidad de los derechos y prerrogativas que le conceden las leyes, de acuerdo con el artículo 14 del C.S.T.

II. Los patronos y trabajadores de una empresa que no sea de servicio público, disponen de la mencionada facultad dentro de las tres etapas del conflic-

to colectivo -arreglo directo, conciliación y huelga-, y los vinculados a una que sí tenga ese carácter, en las dos primeras. Así, pues, trátese o nó de un servicio público, a las partes que celebran la convención les compete determinar libremente que sus estipulaciones entren en vigencia desde fecha anterior a la de su firma.

III. De la misma manera, la nueva convención puede proyectar sus efectos sobre el lapso de prórroga automática de la anterior, pues esta prórroga, de duración indefinida y destinada a regular las relaciones entre las partes, mientras se llega a un acuerdo, tiene carácter provisional, ya que dentro de ella se están negociando nuevas condiciones de trabajo, por virtud de un conflicto colectivo en curso, iniciado con pliego de peticiones, que supone la extinción de la vigencia normal de la convención anterior. Por tanto, las medidas que tomen en cuenta retrospectivamente el referido lapso de prórroga automática, no implica violación de situaciones jurídicas consolidadas o consumadas, como serían las que se gobernaron a su tiempo por las normas de la convención que va a ser sustituida.

IV. La completa igualdad de posibilidades que las partes tienen en las dos primeras etapas del conflicto colectivo, para celebrar la convención, determinando el día inicial y el plazo de su vigencia, ya sea que se trate o no de empresas de servicio público, significa que la definición del artículo 467 del C.S.T. y la norma relativa a la prórroga automática, no impiden que las condiciones laborales acordadas en la nueva convención, entren a regir desde fecha pretérita, naturalmente sin invadir la vigencia de la anterior, acordada expresamente por las partes.

V. En la tercera etapa, cuando sin resultado positivo total se han cumplido las dos primeras, el conflicto colectivo en empresas que no sean de servicio público, como es sabido desemboca en la huelga, instrumento de presión que la ley concede a los trabajadores y que éstos utilizan para obtener condiciones ventajosas en la convención colectiva. Pero si el conflicto se ha suscitado entre patronos y trabajadores de un servicio público, pasa entonces al arbitramento obligatorio, lo cual tiende a evitar las consecuencias sociales de la huelga, que indudablemente el constituyente ha estimado más graves en esta esfera que en la de actividades de otra índole.

Ahora bien: si los trabajadores de una empresa que no esté calificada como servicio público, pueden inducir al patrono en el período de huelga al acuerdo de una convención colectiva de trabajo, que tendría los mismos alcances de las que se celebran en las dos primeras etapas, porque al respecto la ley no ha impuesto restricciones, no hay razón valedera para sostener que el laudo proferido en arbitramento obligatorio tenga un campo de acción más reducido, con las solas limitaciones que le son propias en virtud del artículo 458 del C.S.T., tanto menos si se considera que el 461 de la misma obra equipara el laudo a la convención colectiva, en cuanto a las condiciones de trabajo, condiciones que son objeto fundamental así de la una como del otro. Esto es, que si la convención puede reflejar hacia atrás sus efectos sin invadir desde luego el ámbito temporal de la convención anterior, el laudo arbitral, al que se le aplica por extensión el régimen de aquélla, lógicamente también puede hacerlo. Sería arbitrario restringir hacia el futuro la vigencia de las disposiciones de los laudos arbitrales, con base en una norma legal que se refiere específicamente a las convenciones colectivas y que, como se ha visto, no impide que éstas, en en lo que atañe a relaciones ya existentes, tenga efectos retrospectivos.

VI. No hay de donde inferir que la ley haya querido colocar a los trabajadores de los servicios públicos en condiciones de inferioridad frente al empeño de conquistar mejores condiciones de trabajo; y si los ha privado del derecho de huelga, ha sido simplemente con el fin de evitar los perjuicios que en algunos casos quizás sobrevendrían a la comunidad con el uso de tal medio de presión por esos trabajadores. En consecuencia, es forzoso admitir que el laudo arbitral, sin perjuicio de la limitación de que trata el artículo 458 del C.S.T., puede otorgarles a ellos las misma ventajas o condiciones que con la convención colectiva, así sea lograda por la vía extrema de la huelga, pueden alcanzar los trabajadores no vinculados a un servicio público, o que aún a aquellos mismos les es dado conseguir cuando la convención se firma en las dos primeras etapas del conflicto colectivo.

VII. Sobra anotar que en el caso del arbitramento voluntario, sustituyendo los árbitros más directamente a las partes, puede llegar el laudo, sin violar facultades legales o normas constitucionales o situaciones jurídicas consumadas, a señalar las mismas condiciones que una convención colectiva de trabajo.

VIII. Es obvio que toda carga económica nueva, derivada de las condiciones de trabajo fijadas por convención o laudo, implica una obligación que el patrono no tenía antes. Pero cuando para determinarla cuantitativamente se toma como punto de referencia un hecho anterior, apenas se le está dando un efecto retrospectivo, que no afecta derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas bajo el imperio de la convención o del laudo preexistentes.

IX. Desde el momento en que una convención colectiva o laudo vigente se denuncia y se inicia el proceso de las negociaciones colectivas, hay en potencia un cambio de las condiciones económicas establecidas en la convención o en el laudo denunciado, presumiblemente hacia un mejoramiento de las mismas para los trabajadores, que consignan sus aspiraciones en el pliego de peticiones, siempre en escala ascendente, y, por tanto, es de suponerse que una empresa, por poco previsivos que sean sus administradores, ha de calcular una carga adicional posible a partir del vencimiento de la convención o el laudo.

X. La experiencia de los últimos años demuestra que por regla general las convenciones colectivas en nuestro país, principalmente en lo relativo a salarios, señalan una fecha de vigencia anterior a la firma de las mismas. Lo propio ocurre con las leyes y decretos sobre el reajuste de salarios. Así, por ejemplo, la ley 1a. del 1o. de febrero de 1.963, dijo en su artículo primero: "Con retroactividad al 1o. de enero de 1.963, el Gobierno procederá a decretar un reajuste de sueldos y salarios, tanto en el personal civil de la administración pública como en el de los establecimientos públicos descentralizados y en el del sector privado.....". Y a continuación dispone aumento de salarios.

XI. En lo que hace a las facultades de los árbitros, la jurisprudencia ha admitido reiteradamente que éstos, tratándose de los aspectos económicos, deciden en equidad. De esta naturaleza económica participan los aumentos de salario, naturaleza que no pierden por la simple circunstancia de que al determinarlos se tomen en cuenta factores pretéritos en cuanto a la fecha del laudo, pero posteriores al planteamiento del conflicto.

XII. En el caso que se examina, los árbitros profirieron el laudo siete meses después de iniciado el conflicto colectivo, como se anotó atrás, y por ello es equitativa su decisión de compensar en lo posible, durante ese lapso, las condi-

ciones económicas de los trabajadores, que ya se vieron afectadas por los factores desfavorables cuya superación se buscó con el pliego de peticiones.

Las razones expuestas llevan a la conclusión de que el artículo décimo sexto del laudo acusado, de fecha 26 de junio de 1.963, en cuanto dispone que éste tendrá una vigencia de quince meses, contados a partir del 1o. de enero del mismo año, y dado el hecho de que la petición respectiva se presentó el 15 de noviembre de 1.962, no es contrario, en lo tocante a las decisiones de orden económico, como es la relativa al aumento de salarios, a las normas constitucionales y legales que el recurrente estima infringidas.

En consecuencia, se le declarará exequible.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

Primero. Son inexequibles las disposiciones del fallo arbitral contenidas en los artículos cuarto, séptimo y undécimo.

Segundo. Se homologa el mismo fallo en sus demás disposiciones.

Copia de esta providencia y del fallo arbitral se remitirán al Ministerio del Trabajo.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

Luis Alberto Bravo.- Roberto De Zubiría C. -Salvando voto- Luis Fernando Paredes A.- José Joaquín Rodríguez, Salvando voto-. Crótatas Londoño, Conjuez.- Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS DOCTORES ROBERTO DE ZUBIRIA C. Y JOSE JOAQUIN RODRIGUEZ.

Sostienen los Magistrados disidentes que si bien las partes pueden acordar en convención colectiva que la vigencia de la misma empiece antes de su firma, los árbitros no gozan de facultades suficientes para hacer una declaración semejante.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL.

En cuanto a la fecha en que el laudo debe entrar a regir (1o. de enero de 1.963), disentimos de la tesis adoptada en la sentencia. En nuestra opinión, como fecha de vigencia del fallo arbitral ha debido acogerse la de su expedición (27 de junio de 1.963), sin perjuicio de extenderla, por razones obvias, a la de su notificación. La que fija la resolución de la Sala contraría preceptos de la Constitución y de la Ley. Es lo que se propone demostrar el voto disidente.

Para ello nada más oportuno que reproducir, como lo hacía la ponencia, los argumentos consignados en el fallo de esta Sala de la Corte del 18 de diciembre de 1.962, decisorio del recurso de homologación contra el laudo que definió el conflicto colectivo planteado a varios establecimientos bancarios por las correspondientes asociaciones sindicales, interpuesto por uno de aquéllos, el Royal Bank of Canadá.

El fallo, tras la cita y contenido de los arts. 478 y 479-2 del C.S.T., transcribe estos apartes de la sentencia del 27 de enero de 1.961:

"Las facultades del árbitro dependen de la naturaleza del conflicto: si éste es de índole económica, aquéllas son las propias del arbitrador o amigable componedor, semejantes a las del conciliador; si el conflicto es de tipo jurídico, las facultades del árbitro son las que corresponden normalmente al Juez ordinario. Si el conflicto es mixto, el juez particular será un árbitro arbitrador.

"Juzga éste (el arbitrador) el hecho litigioso según su conciencia; aquél (el árbitro) de conformidad con la ley. El arbitrador sustituye a las partes en la formación del contrato que ellas no pudieron concluir; adopta la fórmula más conveniente para la solución de los intereses en contraste, de acuerdo con los dictados de su sentimiento natural de equidad, pudiendo rechazar o acoger las peticiones del pliego en todo o parte, o transigir las pretensiones opuestas. El árbitro hace, no lo que las partes no pudieron realizar, sino lo que la ley manda que haga. Las distinciones que preceden han llevado a la doctrina a sostener que el fallo del arbitrador es constitutivo y de declaración el que pronuncia el árbitro, pues su función, como la del Juez ordinario, es decir el derecho".

Continúa el fallo antes citado:

"La intención clara del art. 479-2 del Código es la de no dejar las relaciones obrero-patronales sin reglamento alguno durante el período que corra desde la fecha de la expiración de la convención o laudo anterior hasta la creación del nuevo acto (convención o laudo) que lo sustituya. Cuando no se denuncia la convención vigente, el art. 478 del Código somete su duración al plazo presuntivo de seis meses; hecho el denuncio, el art. 479 ibidem gobierna el mismo fenómeno disponiendo que continúe en vigor la convención anterior.

"Para la Sala la petición de que el nuevo acto que debe reemplazar al precedente rija desde la fecha de la expiración de éste entraña en el fondo una acción de declaración, esto es, una cuestión de derecho, extraña a las facultades del arbitrador. Objeto de una declaración de tal especie es de ordinario toda una relación jurídica, pero según los autores puede abarcar, también una de sus modalidades, como la relativa a su duración.

"De otro lado, objeto de la convención colectiva y por ende del laudo, es fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia, de acuerdo con lo previsto en el art. 467 del Código. Se ve claro que cualquiera de estos actos se destinan a regir las condiciones de trabajo que surjan con posterioridad a su expedición, luego el reglamento que acuerde no puede tener efectos hacia el pasado. Huelga advertir que las partes, en la convención, pueden convenir que la vigencia empiece antes de su firma. Les está permitido una estipulación retroactiva en uso de la libertad contractual, pero de este poder no goza el árbitro, pues una declaración en tal sentido no cabe dentro de sus facultades.

"El hecho de que la convención colectiva de condiciones de trabajo disponga para el futuro es lo que ha llevado a la doctrina a sostener que el laudo se asemeja a la sentencia constitutiva, pues el régimen que él establece surge de sus disposiciones.

"La casación del trabajo ha tenido oportunidad de estudiar lo concerniente a la retroactividad de los fallos arbitrales llegando a la conclusión de que sus ordenamientos rigen para el futuro, no hacia el pasado. En fallo del 25 de junio de 1.949 (G. del T., tomo 4o., pág. 602 y ss.) dijo el Tribunal Supremo:

"El laudo arbitral tiene un carácter notorio de reglamentación nueva, de estatuto que reforma las relaciones anteriores, de norma reguladora de una situación distinta de la que precisamente aspira a modificar el pliego petitorio. Desde este punto de vista señala y constituye un nuevo estado para las partes y sin perder sus calidades peculiares, es una sentencia constitutiva de nuevos derechos y obligaciones. Mal puede entonces volver hacia lo pasado para producir efectos sobre situaciones jurídicas que quedaron lícita y difinitivamente concluídas. Su campo de aplicación es precisamente un nuevo estado de casos, o como lo explica la doctrina, los árbitros estatuyen equitativamente una nueva relación jurídica, que rige las relaciones entre las partes para lo futuro (Ernesto Krotoschin, Instituciones de Derecho del Trabajo, t. II, p. 161). Y si bien este mismo autor, después de señalar la anterior norma general, admite la posibilidad de determinar ciertos efectos retroactivos, la subordina a la misma medida en que las leyes en general pueden establecer tales efectos.

"'En síntesis -expone el fallo- los árbitros están revestidos de libertad discrecional para decidir el conflicto sometido a su estudio; pero tal libertad tiene

sus límites en la Constitución y en las Leyes. Y en tratándose del régimen de salarios, no puede modificarlo con efecto retroactivo, porque su misión consiste en establecer una nueva reglamentación, que reemplaza a la anterior lícitamente concertada. Sus ordenamientos, sobre esta materia, deben mirar al futuro, que es su ámbito propio de validez temporal. Mas si no lo indicasen expresamente, o si el indicado fuese declarado inexequible al revisarse la regularidad del laudo, sus cláusulas homologadas sólo entrarán en vigor a partir de la fecha de la notificación de la decisión arbitral. Así lo exigen el art. 30 de la Constitución Nacional; el espíritu general de nuestra legislación que protege la seguridad de las relaciones jurídicas; la doctrina y los principios procesales, que aun aplicados sin desconocimiento de la materia especial, obligan a calificar los laudos como sentencias sui generis, pero en todo caso sentencias constitutivas que no pueden producir efectos en el pretérito'".

La sentencia de diciembre de 1.962, comenta así los pasajes antes insertos:

"Es importante anotar que el fallo en referencia fue proferido bajo el imperio de la legislación anterior al actual Código del Trabajo, vigente desde 1.951. El punto relativo a la prórroga de la convención colectiva o del laudo arbitral no lo contempla aquélla, como sí lo hace el Código en las normas que se citaron anteriormente. Por tanto, si la tesis del fallo en mención sobre irretroactividad del laudo fue deducida, por vía de doctrina, de preceptos de la Ley Fundamental y del espíritu general de la legislación, frente a la ley en vigor cobra todavía más fuerza, ya que ésta (art. 479-2 del C.S.T.) establece, de modo imperativo, que el régimen de condiciones de trabajo vigente se prolongue hasta la firma de una nueva convención, o, en su caso, del laudo arbitral".

La sentencia de la Sala, sin rectificar, como era su deber, en sus fundamentos esenciales, la doctrina que se deja expuesta, sienta una nueva, opuesta a la contenida en las providencias de que se ha hecho mérito. A ella nos referimos a continuación, examinando las razones que la sustentan en el mismo orden en que el fallo las presenta.

I. Que los sujetos de la convención colectiva estén facultados para proyectar sus ordenamientos hacia el pasado, no fue argumento de la ponencia para sostener que por ese motivo el laudo es retroactivo y, por tanto, inexequible. En este punto, la sentencia se encarga de desvirtuar la afirmación, pues anota que la jurisprudencia no ha negado la licitud de estipulaciones retroactivas de origen contractual. Si ello es así, el razonamiento es inconducente. Nuestra opinión sobre el particular es la consignada en el fallo de diciembre de 1.962, que dejamos reproducido en lo pertinente. Para mayor claridad volvemos a transcribir el siguiente paso: "Huelga advertir que las partes pueden convenir que la vigencia (se refiere a la convención) empiece antes de su firma. Les está permitido una estipulación retroactiva en uso de la libertad contractual, pero de este poder no goza el árbitro, pues una declaración en tal sentido no cabe dentro de sus facultades".

Tesis igual a la del punto I, repite la sentencia en los puntos II, III y IV. En ellos afirma que las partes tienen facultad para acordar en la convención colectiva que sus estipulaciones comiencen a regir desde fecha anterior a su firma. La insistencia en el mismo argumento no autoriza para atribuirle la fuerza de convicción que en él pretende ver la Sala.

El punto V se refiere al caso en que el conflicto colectivo en empresas que no sean de servicio público fracase en las dos primeras etapas y se solucione por

las partes durante el período de huelga, y al evento en que se suscite el conflicto en los servicios públicos, en los cuales el único arreglo posible es el laudo en arbitraje obligatorio.

En síntesis, sostiene la sentencia, que si la convención colectiva puede producir efectos hacia el pasado, el laudo, que tiene el mismo valor en cuanto a las condiciones de trabajo, conforme a la ley, está facultado para estatuir en igual forma.

Funda la observación en las normas de los artículos 467 y 461 del C. S. T. El primero define la convención colectiva, expresando que su objeto es "fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia". El segundo, dice que "el fallo arbitral pone fin al conflicto y tiene el carácter de convención colectiva en cuanto a las condiciones de trabajo" (inciso 2).

De los dos ordenamientos el fallo hace una doble interpretación frente a la misma situación de hecho. Aplica al laudo en su integridad, el art. 461; lo sustrae del imperio del 467, para decir que, si conforme a su texto, los efectos de la convención colectiva miran al futuro y no al pasado, su aplicación debe concretarse a ese acto jurídico y no al laudo. Si puede éste regir las condiciones de trabajo antes de su expedición, en opinión de la sentencia.

No vemos ninguna lógica en el razonamiento. Más aún, toda la argumentación del fallo queda sin piso con la exégesis que hace de los dos preceptos, porque si mediante convención colectiva las partes pueden disponer hacia el pasado -como lo afirma la decisión- la observación de que no debe aplicarse al laudo el principio consagrado en el art. 467, resulta inaceptable, ya que, conforme a él, el régimen que aquélla establezca en cuanto a las condiciones de trabajo, deberá regir hacia el futuro.

Hemos dicho que la convención colectiva, obra de la voluntad de las partes, puede estatuir hacia el pasado, no obstante la definición que de ella trae la ley, en atención a que los contratantes, en uso del derecho de disposición y con aplicación del principio de la libertad contractual, pueden convenirlo así.

También hemos sostenido que del mismo derecho no gozan los árbitros, porque no es su voluntad la que impera con extensión igual a la de los sujetos del conflicto, sino la ley, de acuerdo con lo preceptuado en el art. 458 del C. S. T. Esta previsión legal está indicando con toda claridad que el laudo debe decidir sobre los puntos respecto de los cuales no se haya producido acuerdo entre las partes en las dos primeras etapas del conflicto. Luego su esfera de acción no es igual a la de las partes, porque no va a definir el diferendo como habrían podido solucionarlo los sujetos del conflicto, sino, en equidad, según su conciencia, si es de índole económica, con sujeción al petitum, y dentro del marco trazado por el citado canon legal, si lo que define son cuestiones jurídicas, no sin advertir que la decisión sobre intereses simples tampoco puede lesionar normas imperativas de superior jerarquía. Sobre el punto nos remitimos a la doctrina contenida en el fallo arbitral del 27 de enero de 1.961 (G. J. T. XCIV, págs. 723 y ss).

V. Sostiene la sentencia en este punto que el laudo del conflicto colectivo en empresas de servicio público debe otorgarles a los trabajadores de empresas de otra índole, los mismos beneficios que éstos logran obtener cuando durante el período de huelga y como consecuencia de este instrumento de coacción, celebran una convención colectiva para ponerle término a aquélla. En otros términos,

que el laudo del arbitraje obligatorio debe procurarle a los asalariados las mismas ventajas que mediante la huelga consiguen los vinculados a empresas que no son de servicio público.

Observamos que el argumento no tiene base en qué apoyarse. Tendría fuerza si previamente se demuestra que las conquistas obtenidas en convenciones colectivas celebradas para ponerle término a una huelga, son superiores a las que, sin tal sistema de presión, conciertan los trabajadores de empresas de servicio público. Los simples supuestos no sirven para edificar sobre ellos ningún razonamiento aceptable.

VI. La afirmación que hace la sentencia en este punto carece de toda consistencia. El fallo del 27 de noviembre de 1.961 sienta el principio de que el arbitrador sustituye a las partes en la formación del contrato que no pudieron ellas concluir, pero no para adoptar las disposiciones que hubieran podido pactar los contratantes, sino para acogerlas en todo o parte, rechazarlas, o transigir las pretensiones opuestas. Si en el arbitraje voluntario, se puede establecer el mismo régimen que las partes hubieran podido estipular, no quiere ello decir que la resolución deba ser siempre en igual sentido. Si los árbitros gozan de facultad para no acoger en su totalidad las pretensiones del pliego petitorio, para reducirlas, y aún para negarlas, el argumento en examen pierde toda eficacia.

VII. Los puntos VIII y IX desarrollan la misma idea. No negamos que la empresa frente a un conflicto colectivo adopte las previsiones de que habla la sentencia. Se trata de un hecho incierto, que puede ocurrir o nó. La sentencia parte de la base de que, en todos los casos, la convención colectiva o en su defecto el laudo en arbitraje obligatorio, impondrá a la empresa nuevas cargas económicas, lo cual no es cierto. Es obvio que si la capacidad financiera de aquélla no las soporta, se abstendrá de hacerlo. En tal evento, ninguna alteración sufrirá la situación anterior. Por fuerza de las circunstancias al nuevo acto jurídico se verá obligado a mantener el mismo régimen de condiciones de trabajo imperante.

En cuanto al punto X, no es valedero el argumento de que las convenciones colectivas, de ordinario, señalan una fecha de vigencia anterior a su firma. Hemos dado las razones para demostrar que, si así sucede, tiene su fundamento en el principio de la libertad contractual.

La observación de que la ley 1a. de 1.963, como tantas otras, ordenen reajustes de salarios con retroactividad, no sólo en favor de empleados oficiales sino particulares, no es argumento de recibo. Por mandato constitucional, el Estado debe procurar al trabajo humano la debida protección. En desarrollo de ese principio, puede el legislador imponerle cargas a la empresa privada, en favor de los trabajadores, en la forma que estime conveniente. Empero ello no demuestra que la facultad del Estado a través de la ley, norma de conducta impuesta a los asociados en sus relaciones jurídicas, con carácter general e impersonal, sea igual a la que tienen los particulares, que sólo miran sus propios intereses.

En relación con la tesis que la sentencia sostiene en los puntos XI y XII, observamos lo siguiente:

En cuanto a los aumentos de salarios, estima la Sala que la decisión es justa, ya que compensa en lo posible los perjuicios que sin ella sufrirían los trabajadores en el período transcurrido entre la promoción del conflicto y la expedi-

ción del fallo. Se trata en su concepto de una resolución de naturaleza económica, que al árbitro le está permitido tomar en equidad, conforme a la jurisprudencia.

Impresiona el argumento, pero su fuerza es más aparente que real. No compartimos la opinión de la Sala porque en nuestro concepto, vulnera claras normas de derecho positivo. En efecto: dispone el art. 479-2 del C.S.T., que denunciada oportunamente la convención colectiva, continúa ésta vigor en hasta que se firme la que debe reemplazarla. Todo el complejo de las relaciones económicas gobernadas por la convención y sus repercusiones en el campo jurídico, caen bajo el imperio del precepto. No es, pues, el caso de apelar a la doctrina recibida por la jurisprudencia, de acuerdo con la cual, en las cuestiones de intereses simples el árbitro está facultado para decidir en equidad, y, en consecuencia, puede retrotraer los efectos de la decisión a época anterior a la que marca la disposición, aunque se la denomine simplemente retrospectiva, como lo afirma el fallo, y no retroactiva. Debe observarse que la norma no es simplemente dispositiva en forma tal que permita una resolución contraria a su contenido, sino imperativa y, por ende, de rigurosa observancia. Por obra del precepto, que manda regir la convención denunciada conforme al régimen en ella establecido, las obligaciones nacidas durante su vigencia dieron lugar a situaciones que el art. 16 de la obra citada considera definidas y consumadas. Si el fallo arbitral las aumenta, pierden esa cualidad, convirtiéndose en provisionales. La seguridad jurídica, que es el pensamiento en que se inspira la previsión legal mencionada, se desquicia. Su consecuencia es la lesión de derechos adquiridos, que a una amparan la regla legal que se comenta y el art. 30 de la Constitución Nacional. Una valla infranqueable a decisiones de tal naturaleza impone el art. 458 del Código del ramo, pues según su texto el laudo no puede resolver el conflicto en oposición a mandatos del constituyente o del legislador. Si el art. 479-2 resulta inconveniente, ello no autoriza para desconocerlo, ya que no es misión de la justicia arbitral, como no lo sería de la jurisdicción estatal, la enmienda de la ley, atribución exclusiva de quien tiene el encargo de expedirla, según conocidos principios de derecho público, sancionados por la Carta Política.

Dejamos así consignada nuestra modesta opinión sobre el tema analizado, no sin dejar testimonio del respeto que nos merece la tesis acogida en la sentencia que, a diferencia de la nuestra, cuenta en su apoyo con la reconocida autoridad científica de sus autores.

Bogotá, D. E., veintiuno de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

Roberto De Zubiría C.- José Joaquín Rodríguez.- Vicente Mejía Osorio, Secretario.

TECNICA DE CASACION. CARGA DE LA PRUEBA. RECLAMACION DE DIVERSAS PRESTACIONES E INDEMNIZACIONES.

1. En casación sólo influyen los preceptos legales que crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas. 2. No basta, en casación, que la sentencia acusada se haya equivocado en la apreciación de medios probatorios, sino que a consecuencia de tal operación incida en errores de hecho o de derecho. No es de recibo en casación alegar en un solo cargo, en relación con las mismas disposiciones legales, la errónea interpretación de la ley y su violación indirecta por errónea estimación de pruebas. 3. En el supuesto de que trata el artículo 267 del C.S.T., incumbe al empleado probar el despido sin justa causa. 4. La violación de un canon legal por errónea interpretación, es motivo extraño al análisis probatorio.

1. El primer cargo acusa violación directa del artículo 127 del C. S.T. El recurrente arguye que la sentencia acusada sostiene que no se debe salario en especie, porque el que recibió en dinero el trabajador fue justo y equilibrado, y además, que dentro del sueldo que devengó fue incluída la retribución en especie.

SE CONSIDERA:

El artículo 127 del C.S.T. define el salario y señala los diversos elementos que lo integran. No consagra en concreto, ningún derecho en favor del trabajador, y es bien sabido que en casación sólo influyen los preceptos que crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas. Otra es la norma legal que impone al patrono la obligación de pagar el salario pactado, cualquiera que sea la forma convenida por los contratantes. De lo expuesto se sigue que la proposición jurídica resulta incompleta, pues en la decisión de derecho incide no sólo el artículo 127 sino el que impone al patrono la obligación de satisfacer la remuneración por los servicios del empleado, respecto del cual, el cargo guarda silencio. Sin el lleno de tal requisito el reparo no es atendible.

2. El cargo acusa violación de las normas legales que relaciona por errónea interpretación, esto es, de modo directo, y a la vez, por su infracción indirecta, derivada de la errónea estimación de pruebas. La Sala observa al respecto que no constituye vicio de la sentencia capaz de conducir a su quiebra la circunstancia de que se equivoque en la apreciación de medios probatorios, sino que a consecuencia de tal operación incida en errores de hecho o de derecho. Además, prescindiendo de la anotada informalidad, no es de recibo en casación alegar en un solo cargo, en relación con las mismas dispo-

siciones legales, los dos motivos mencionados, pues sus fundamentos no sólo son distintos sino inconfundibles, ya que se presenta la errónea interpretación de la norma cuando se toma en cuenta únicamente su contenido sin vinculación alguna con los medios probatorios, en tanto que el quebranto indirecto de la misma se da a través de la valoración que de ellos haya hecho o dejado de hacer la resolución impugnada, en oposición a lo que de tales medios resulta demostrado.

3. El concepto de que cuando el trabajador ha trabajado por más de quince años, corresponde al patrono la demostración del despido, y si aquél alega que fue injustificado, incumbe al empleador probar lo contrario, no se atempera al contenido del artículo 267 del C.S.T. señalado por el recurrente, pues de sus términos se deduce que incumbe al empleado acreditar el despido sin justa causa, debiendo considerarse como tal cualquiera de las previstas en los artículos 62 y 63 del mismo código, y en su caso, las contempladas por las partes en los actos jurídicos a que se refieren dichos preceptos en los numerales correspondientes.

4. Los demás argumentos del acusador se salen de la órbita de violación del canon legal por errónea interpretación. Se encaminan a demostrar que está acreditado en autos el tiempo de servicios en extensión superior a quince años, extremo que la sentencia acepta, y que el contrato expiró, según afirmación del patrono, por haberse constituído una nueva sociedad que debía encargarse de la explotación del negocio. Este último aspecto lo estudia la sentencia, llegando a la conclusión, con base en la declaración de uno de los testigos, que el contrato terminó por retiro voluntario del empleado. Se trata, como se ve, de una cuestión de hecho, extraña al motivo de casación alegado, el cual no permite el análisis de pruebas y su estimación por el fallador a intento de investigar si la norma legal fue entedida correctamente o con desacierto. El error de juicio en la valoración de las pruebas, como el que pueda presentarse por su inestimación, da lugar a motivo de casación distinto.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, treinta de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez).

Se decide el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en el juicio ordinario laboral promovido por Antonio José Valencia contra Bernardo Mejía Marulanda.

-I-

FUNDAMENTOS DE HECHO.

Valencia entró al servicio de cocina del establecimiento denominado Gran Hotel el 22 de julio de 1.939, y laboró después en la misma empresa desde el 20 de diciembre de 1.942, bajo la dependencia de Mejía Marulanda, quien adquirió por compra el Hotel, hasta el 20 de diciembre de 1.958, habiendo desempeñado, desde el 7 de agosto de 1.957 el cargo de maestro principal. El 23 de diciembre de aquel año el administrador del Hotel liquidó sus prestaciones por

tres años y medio de servicios, sin incluir el preaviso legal y los salarios que faltaban para el vencimiento del plazo presuntivo del contrato de trabajo. Por el primer concepto el actor tiene derecho al reconocimiento de la suma de $984.oo, teniendo en cuenta el salario en dinero y el valor de la alimentación ($200.oo mensuales), o la suma de $1.312.oo, valor del sueldo por el tiempo que faltaba (2 meses) para la expiración del plazo presuntivo. Tiene también derecho a los perjuicios por daño emergente y lucro cesante, por haber sido despedido sin justa causa, los cuales ascienden a la suma de $10.000.oo, y a una pensión de jubilación equivalente al 75o/o de la ordinaria, cuando cumple cincuenta años de edad, en cuantía de $492.oo, en atención a que laboró al servicio de la empresa por más de quince años. Adquirió el derecho a la pensión especial porque fue despedido por el patrono en forma unilateral y de manera intempestiva y con el fin de impedir que cumpliera la edad reglamentaria y el consiguiente derecho a la pensión común u ordinaria. Deben reajustarse la cesantía, primas y vacaciones, "conforme a una liquidación real sobre la capacidad del trabajador y su labor".

- II -

LA LITIS.

Con base en los hechos expuestos suplica el demandante que por sentencia se haga la declaración de que entre las partes existió un contrato de trabajo. Con base en ella pide que se condene al demandado a pagarle lo siguiente: la suma de $984.oo por preaviso, o la de $1.312.oo, valor de los salarios por el tiempo que faltaba "para completar el contrato presuntivo de trabajo"; $10.000.oo por daño emergente y lucro cesante, derivados de su despido intempestivo: $492.oo a título de jubilación especial; $350.oo por reajuste de alimentación.

La respuesta a la demanda acepta el vínculo de trabajo pero sólo a partir de 1.947 hasta el 30 de noviembre de 1.958, advirtiendo que los servicios no fueron continuos y que el contrato terminó por retiro del empleado. Manifiesta que a éste le fueron cubiertas sus prestaciones. Niega los demás hechos, diciendo respecto de algunos de ellos que son simples apreciaciones del demandante. Propuso las excepciones de pago y carencia de acción.

- III -

LOS FALLOS DE INSTANCIA.

El de primer grado, proferido por el Juzgado del Trabajo de Pereira, absuelve al demandado de todos los cargos, sin costas.

El de segundo, dictado por el Tribunal Superior de Manizales, Sala Laboral, confirmó el del Juzgado a quo. No contiene condena en costas.

La parte vencida interpuso el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal, que le fue concedido. Aquí fue admitido por la Sala y sometido al trámite de rigor.

- IV -

LA DEMANDA DE CASACION.

Persigue la "revocación de la sentencia de segundo grado" en cuanto desconoció las obligaciones del patrono, cuyo reconocimiento solicita la demanda inicial, debiendo tomarse en cuenta para su liquidación el salario en especie.

Formula cuatro cargos con base en la causal primera de casación.

Primer cargo.

Violación directa del art. 127 del C.S.T.

Para demostrarlo, arguye el recurrente:

Sostiene la sentencia que no se debe salario en especie, porque el que recibió en dinero el trabajador fue justo y equilibrado, y además, que dentro del sueldo que devengó fue incluida la retribución en especie.

En el aparte que lleva por título "Análisis de la prueba", dice: Se demostró pericialmente que el empleado ganaba un salario en dinero de $456.oo, y que su valor, incluída la alimentación, ascendió a la cantidad de $656.oo. El patrono confiesa, en la respuesta a la demanda, que le suministraba al empleado la alimentación, por lo cual no se requería otra prueba para demostrar el salario en especie. La primera es suficiente "para la demostración del cargo en la violación directa de la ley por parte del sentenciador de segundo grado".

SE CONSIDERA:

El art. 127 del C.S.T. define el salario y señala los diversos elementos que lo integran. No consagra, en concreto, ningún derecho en favor del trabajador, y es bien sabido que en casación sólo influyen los preceptos que crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas. Otra es la norma legal que impone al patrono la obligación de pagar el salario pactado, cualquiera que sea la forma convenida por los contratantes. De lo expuesto se sigue que la proposición jurídica resulta incompleta, pues en la decisión de derecho incide no sólo el art. 127 sino el que impone al patrono la obligación de satisfacer la remuneración por los servicios del empleado, respecto del cual el cargo guarda silencio. Sin el lleno de tal requisito el reparo no es atendible.

No prospera el cargo.

Segundo cargo.

Violación de los art. 22, 23, 24, 25, 37, 63, 129, 249 y 306 del C.S.T., por mala aplicación y por su falta de apreciación, "habiendo cometido el error por apreciación errónea de las pruebas".

En desarrollo del cargo dice el recurrente que no obstante haber aceptado la sentencia el contrato de trabajo, lo desestimó, porque tuvo en cuenta como prueba de las deudas laborales, la liquidación que de ellas hizo el patrono, la cual no incluyó el salario en especie; que por tal motivo incurrió en interpretación errónea de la ley, o violación indirecta de la misma". Agrega que el ad-quem no quiso tener en cuenta la inspección ocular, no obstante hallarse probado el tiempo de servicio y el salario; que por no haberle dado su verdadero sentido al contrato laboral, violó las normas legales relacionadas; que el demandante se hizo acreedor a las prestaciones sociales que reclama, ajustadas al salario real, con imputación del devengado en especie, que la referida liquidación omitió. Por esto es factible, concluye el cargo, que éste prospere, ya que el fallo no supo definir en su integridad el contrato de trabajo y los derechos a él inherentes, aceptando "que en los salarios se encontraban justipreciados los reajustes pedidos, y, asimismo, en las prestaciones recibidas".

SE CONSIDERA:

El razonamiento da a entender que la sentencia incurrió en error de hecho por no haber condenado al reajuste de las prestaciones sociales, con imputación del salario en especie, que el patrono omitió al efectuar la liquidación de aquéllas. A lo cual observa la Sala, que, para tal fin, presupuesto indispensable era el de haberse demostrado previamente la cuantía del salario en dinero como el correspondiente a la asignación en especie, e igualmente, el hecho de haber cubierto el patrono únicamente el importe de la retribución en dinero. Sobre tales extremos no hay prueba en el proceso, como lo anota la sentencia. Nada dice el recurrente para destruir este fundamento de la decisión.

De otro lado, el cargo acusa violación de las normas legales que relaciona por errónea interpretación, esto es, de modo directo, y la vez, por su infracción indirecta, derivada de la errónea estimación de pruebas. La Sala observa al respecto que no constituye vicio de la sentencia capaz de conducir a su quiebra la circunstancia de que se equivoque en la apreciación de medios probatorios, sino que a consecuencia de tal operación incida en errores de hecho o de derecho. Además, prescindiendo de la anotada informalidad, no es de recibo en casación alegar en un solo cargo, en relación con las mismas disposiciones legales, los dos motivos mencionados, pues sus fundamentos no sólo son distintos sino inconfundibles, ya que se presenta la errónea interpretación de la norma cuando se toma en cuenta únicamente su contenido sin vinculación alguna con los medios probatorios, en tanto que el quebranto indirecto de la misma se da a través de la valoración que de ellos haya hecho o dejado de hacer la resolución impugnada, en oposición a lo que de tales medios resulta demostrado.

Basta lo expuesto para el rechazo del cargo.

Tercer cargo.

Violación del art. 267 del C.S.T. por errónea interpretación.

Para demostrarlo dice el recurrente:

La inspección ocular demuestra que el actor prestó servicios de 1.943 a 1.958, en lapso superior a 15 años, y además que fue suspendido por el patrono en sus labores; prueban las declaraciones de Francisco Buitrago y Marco Antonio Bueno que el tiempo servido comprendió el período de 1.939 a 1.942. En este último año el demandado adquirió el establecimiento del dueño anterior, tomando a su cargo las prestaciones de los trabajadores vinculados al antiguo patrono. En diciembre de 1.958 Mejía Marulanda retiró del servicio al demandante, alegando la constitución de una nueva sociedad a cuyo cargo quedó la explotación del Hotel, pero como no demostró ese hecho, debe concluirse que el retiro fue obligado y, en consecuencia, que el trabajador adquirió el derecho a la pensión especial de jubilación que a su favor consagra el art. 267. Cuando el trabajador ha laborado por más de 15 años, corresponde al patrono la demostración del despido, y si aquél alega que fue injustificado, incumbe al empleador probar lo contrario.

Se estudia el cargo:

Nada sostiene la sentencia contrario al recto entendimiento del art. 267, por lo cual el reparo de que lo violó por errónea interpretación, carece de fundamento.

El concepto de que corresponde al patrono probar el despido del trabajador si ocurre después de 15 años de servicios, y a éste lo contrario si alega que fue injustificado, no se atempera al contenido de la norma, pues se deduce de sus términos que incumbe al empleado acreditar el despido sin justa causa, debiendo considerarse como tal cualquiera de las previstas en los art. 62 y 63 del C.S.T., y en su caso, las contempladas por las partes en los actos jurídicos a que se refieren dichos preceptos en los numerales correspondientes.

Los demás argumentos del acusador se salen de la órbita de violación del canon legal por errónea interpretación. Se encaminan a demostrar que está acreditado en autos el tiempo de servicios en extensión superior a 15 años, extremo que la sentencia acepta, y que el contrato expiró, según afirmación del patrono, por haberse constituído una nueva sociedad que debía encargarse de la explotación del negocio. Este último aspecto lo estudia la sentencia, llegando a la conclusión, con base en la declaración de uno de los testigos, que el contrato terminó por retiro voluntario del empleado. Se trata, como se ve, de una cuestión de hecho, extraña, como se anotó, al motivo de casación alegado, el cual no permite el análisis de pruebas y su estimación por el fallador a intento de investigar si la norma legal fue entendida correctamente o con desacierto. El error de juicio en la valoración de las pruebas, como el que pueda presentarse por su inestimación, dá lugar a motivo de casación distinto. Aunque el cargo no adoleciera del defecto de orden técnico que se deja anotado, habría que rechazarlo, pues quedaría en pié la afirmación del fallador en el sentido de que la desvinculación contractual la motivó, no el despido del trabajador, con justa causa o sin ella, sino su retiro voluntario. No prospera el cargo.

Cuarto cargo.

Violación del art. 64 del C.S.T., por haber desestimado el fallador la prueba aportada al juicio sobre ruptura ilegal del contrato por parte del patrono.

Dice el recurrente, al sustentar el cargo: es indudable que el patrono, al despedir al trabajador sin justa causa, después de 18 años de servicio, hechos acreditados en el proceso, está obligado al pago de la pensión especial de jubilación. Para impedirle la adquisición de este derecho, optó por hacer figurar una presunta sociedad para justificar el despido, pero como no lo demostró "estamos ante la violación unilateral del contrato de trabajo, y con ello la demostración irrebatible para desconocer al trabajador el derecho a la jubilación especial consagrado en la norma violada".

SE CONSIDERA:

No indica el acusador el concepto de violación del art. 64, como es de rigor en el recurso extraordinario. Da a entender que se produjo a través de errores de hecho al desestimar unas pruebas, que no singulariza, como era su deber, de acuerdo con la ley orgánica de tal recurso. Por lo demás, se trata de una simple alegación de instancia, pues el recurrente se limita a expresar que según las pruebas aportadas al juicio, son hechos probados el de que el demandante laboró por más de 15 años al servicio de la empresa, y que el contrato de trabajo terminó sin justa causa, dando por acreditado lo que ha debido demostrar.

El cargo no prospera.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo. - Roberto De Zubiría C. - Luis Fernando Paredes A. - José Joaquín Rodríguez. - Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RECURSO DE HOMOLOGACION. INCONSONANCIA ENTRE LA SUPLICA Y LA DECISION. FACULTADES DEL ARBITRO. RECLAMACION CONTRA VARIAS DISPOSICIONES DEL LAUDO SOBRE AUMENTO DE SALARIOS, ESTABILIDAD DEL EMPLEO, CALIDAD DE LA ALIMENTACION, REMUNERACION DE DIAS FESTIVOS Y ESTABLECIMIENTO DE CIERTAS PRIMAS ESPECIALES.

1. Falta de consonancia entre lo resuelto y lo pedido. Cuando se presenta inconformidad entre la decisión del laudo y la pretensión del pliego, la inconsonancia basta para declararla inexequible. Que el árbitro tenga potestad en materias de índole económica para decidir discrecionalmemte, no significa que pueda hacerlo fuera de los términos del *petitum*. 2. Examen del artículo 143 del Código de Procedimiento Laboral. Su alcance no es de limitar las facultades del árbitro al extremo de privarlo de toda iniciativa en la resolución justa del conflicto si encuentra asidero en peticiones expresas contenidas en las demandas del sindicato.

1. Clara voluntad del legislador expresada en el artículo 143 del C. P. L, es la de que la resolución arbitral se conforme al objeto para el cual fue convocado el Tribunal de Arbitramento, es decir, que aquélla estudie y defina las cuestiones que no fueron materia de acuerdo en las dos primeras etapas del conflicto, todo lo cual quiere decir que cuando se presenta inconformidad entre la decisión del laudo y la pretensión del pliego de peticiones, basta la inconsonancia para considerarla inexequible.

Según lo expuesto, no hay para qué investigar si el laudo, en la resolución que se examina, vulnera la ley al instituir un régimen de prestaciones económicas que no contemplan las normas reguladoras de la cláusula de reserva y del plazo presuntivo, como lo sostiene el recurrente, o si lo ordenado por el fallo arbitral entra en la órbita de sus facultades, dada su índole económica, como lo afirma el opositor. Que el árbitro tenga potestad para decidir discrecionalmente, no significa que pueda hacerlo fuera de los términos del *petitum*, pues su función juzgadora no puede salirse del marco trazado en aquél, a vista de lo dispuesto por el artículo 143 del estatuto procesal antes citado.

En defensa de la resolución acusada, hace mérito el opositor de un fallo de esta Sala de fecha 21 de abril del corriente año, por el cual resolvió el recurso de homologación contra el laudo que definió el conflicto colectivo entre el Sindicato de Trabajadores de una Cooperativa Lechera (Sidelco) y la Empresa respectiva, y al efecto transcribe el análisis que tal providencia hace en torno a la cláusula de reserva.

La Sala observa que no es igual la situación de hecho contemplada en la sentencia de que se trata con la que ahora tiene a su consideración. En aquélla el pliego petitorio contenía la súplica de que "en caso de despido de un trabajador con más de dos años de servicio, sin falta grave, será indemnizado con 15 días de salario por cada año de servicio", además de la supresión de la cláusula de reserva, y la de que los contratos de trabajo se entenderían firmados por el término de un año. No accedió el laudo a la eliminación de la cláusula ni a la exigencia de que la duración de los contratos debía ser la fijada en la solicitud, pero como ésta pedía a la vez indemnizaciones, según el tiempo de servicio, fundado en ella accedió a las prestaciones de orden patrimonial. Llegó a tal conclusión con base en el *petitum*, hipótesis distinta de la que presenta el caso de autos. En éste se pide lisa y llanamente la supresión tanto de la cláusula de reserva como del plazo presuntivo, sin sustituir uno u otro fenómeno de terminación del contrato de trabajo con la estabilidad relativa en el empleo de que habla el fallo arbitral, esto es, sin pretender en reemplazo de aquélla indemnización alguna.

2 La resolución con exceso o por defecto es lo que condena el estatuto procesal del trabajo en su artículo 143, pero no se deduce de los términos de la disposición que su alcance sea el de limitar las facultades del árbitro al extremo de privarlo de toda iniciativa en la resolución justa del conflicto si encuentra asidero en peticiones expresas contenidas en las demandas del Sindicato, como ha ocurrido en el caso de autos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, cinco de mayo de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez).

-I-

ANTECEDENTES.

El Sindicato de Trabajadores de la Clínica de Marly presentó a su consideración, el 30 de octubre de 1.963, un pliego de peticiones, aprobado por la asamblea de la entidad sindical, con destino a la celebración de una convención colectiva de trabajo.

Planteado así el conflicto, se surtieron las etapas de arreglo directo y conciliación. En la primera las partes llegaron a un acuerdo respecto de algunas de las solicitudes del pliego; fue clausurada la subsiguiente de conciliación sin ningún resultado. En tal virtud, el Ministerio del Trabajo, por medio de la resolución número 00170 del 14 de febrero de 1.964, convocó un Tribunal Especial de Arbitramento para el estudio y decisión de las cuestiones pendientes, en atención a que conforme a la ley la actividad que desarrolla la Clínica es de las que ella califica como de servicio público. El mismo Ministerio, mediante la resolución número 00221 del 24 de los mismos mes y año, integró el Tribunal en esta forma: por el Gobierno, doctor Alejandro Córdoba Medina, por la Empresa, doctor Arturo Aparicio Jaramillo, y por los trabajadores, señor Alvaro Ramírez Pinilla.

El 18 de marzo del año en curso, posesionados los árbitros, se instaló el Tribunal en Bogotá, y el 31 del mismo mes pronunció por unanimidad el laudo decisorio del conflicto colectivo.

Contra el fallo arbitral la Empresa interpuso el recurso de homologación que le fue concedido. Surtida su notificación, el laudo con sus antecedentes fue entregado a la Secretaria de la Sala, para la decisión del recurso. A ello procede la Corte con vista en el alegato que lo sustenta y el de oposición, presentados por los apoderados de la Empresa y el Sindicato.

Ante todo conviene tener presente que en arreglo directo las partes llegaron a un acuerdo sobre los puntos Tercero, Sexto, Décimo-Tercero, Décimo-Quinto y Décimo-Séptimo del pliego petitorio. También se produjo acuerdo en forma parcial acerca de las súplicas contenidas en el punto Quinto, literal a), el Séptimo, literales a) y c), el Décimo-Segundo, primera parte y el Décimo-Cuarto en su parte final. Las demás súplicas pasaron a la consideración del Tribunal Arbitral.

-II-

LA DEMANDA DE HOMOLOGACIÓN.

El alegato que sustenta el recurso impugna algunas de las decisiones del laudo, que serán examinadas en el orden en que las presenta el recurrente.

Primer cargo.

Acusa la resolución recaída al punto Primero del Pliego (aumento de salario), en cuanto a su literal A).

Sostiene el acusador que el laudo es inexequible por que excede lo pedido por el Sindicato. Para demostrarlo afirma que éste solicita para los trabajadores que devenguen un sueldo de $420.oo un aumento del 40% hasta la suma de $500.oo, y que el laudo accede a la petición disponiendo que el aumento sea de $100.oo, lo cual eleva el salario a $520.oo mensuales.

En la réplica al cargo el apoderado del Sindicato le dá interpretación distinta de la que el recurrente le atribuye a la solicitud del pliego. Estima desacertada la presentada por éste, porque para su debida inteligencia la súplica que se examina debe relacionarse con las restantes del punto Primero. En su opinión lo que quiso pedir el Sindicato, como lo entendió el laudo, fue un aumento del 40% para salarios entre $420.oo y $500.oo mensuales, aserto que abona la consideración de que no es posible que la asociación sindical nada hubiera pedido para trabajadores con salarios entre $420.01 y $499.99.

SE CONSIDERA:

Solicita el punto Primero del pliego un aumento de salarios, en diversa proporción, en la forma que detallan sus literales a) a e). Dice la del literal a): "Para trabajadores que deben tener salario mínimo de $420.oo según la ley 1a. de 1.963, un aumento del 40% en sus actuales salarios diarios hasta la suma de $500.oo";

Reza la del literal b):

"Para trabajadores que devenguen salarios comprendidos entre $501.oo a $600.oo, un aumento del 30% sobre sus actuales salarios".

La escala del literal c) pide un aumento del 20% para salarios entre $601.oo a $700.oo; la del literal d) un alza del 15% para asignaciones entre

$701.oo y $800.oo; y la última, literal e), un aumento para retribuciones entre $801 oo y $900.oo.

El laudo resolvió las peticiones, así:

"1o. AUMENTO DE SALARIOS. A partir del primero de abril de mil novecientos sesenta y cuatro, la Clínica de Marly aumentará en cien pesos ($100.oo) mensuales, el salario de cada uno de sus trabajadores que actualmente no devenguen más de ochocientos pesos ($800.oo) por mes. A partir de la misma fecha, la Clínica aumentará en un diez por ciento (10%) de la remuneración total recibida en especie y en dinero, el salario de sus trabajadores que actualmente devenguen más de ochocientos pesos ($800.oo) y no más de novecientos ($900.oo) por mes. Estos aumentos deben ser pagados íntegramente en dinero".

La parte motiva del fallo explica la resolución en estos términos:

"La solicitud fue formulada a base de porcentajes sobre los salarios inferiores a $900.oo mensuales, pero el Tribunal atendiendo a que dichos aumentos en forma porcentual pueden variar el escalafón que resulta de los salarios asignados a los trabajadores en los distintos oficios, y a que durante la etapa de conciliación se discutieron fórmulas sobre aumentos concretos para determinados trabajadores, estimó más equitativo elevar los salarios en una cantidad fija mensual, que conserva las diferencias ya establecidas para los distintos empleos y que beneficia a todos los trabajadores con aumentos proporcionalmente mayores para los salarios bajos y relativamente menores para los más altos.

"Sobre tales bases el Tribunal encontró justo un aumento en dinero de $100.oo mensuales para cada uno de los trabajadores, pero habiéndose contraído el literal e) del Punto Primero del Pliego de Peticiones a un aumento del 10% del salario para los trabajadores que devenguen entre $801.oo y $900.oo, fué necesario limitar a dicha solicitud el aumento para los expresados trabajadores, porque legalmente el Tribunal no puede exceder las peticiones presentadas".

La Sala observa: entiende el acusador que lo pedido en la primera escala del Punto Primero, es un aumento para trabajadores que deben disfrutar del salario mínimo legal de $420.oo sin que el alza exceda de $500.oo. Se presta la redacción de la solicitud para darle esa significación. No es ella sinembargo la que cabe asignarle. Para su correcta inteligencia, debe relacionarse la escala de aumentos del literal a) con las demás contenidas en el punto mencionado, como lo anota con acierto el apoderado del Sindicato.

Habla la súplica de salarios actuales inferiores al mínimo legal de $420.oo hasta $500 oo. La segunda cifra no marca el límite hasta el cual puede extenderse el aumento; se refiere a los trabajadores con asignaciones hasta dicho guarismo. La escala siguiente (literal b-) parte de salarios entre $501.oo y $600.oo, lo cual está indicando claramente que la precedente hace relación a los trabajadores con salarios hasta de $500.oo. La primera escala, rectamente entendida, pretende un aumento del 40% para trabajadores con salarios hasta de $500.oo, de manera que comprende tanto a los que deben disfrutar del salario mínimo legal de $420.oo como los que tengan una asignación superior a dicha cifra sin sobrepasar la de $500.oo. Así fué interpretado el pedimento por el laudo.

Fijado en los términos anteriores el sentido de la petición, no resulta excesivo el ordenamiento del fallo que la decide. Si se toma en cuenta el salario mínimo

legal ($420.oo) el aumento de $100.oo mensuales que el laudo decreta resulta inferior al 40% a que se contrae la solicitud en examen.

Basta lo dicho para el rechazo de la acusación.

Segundo cargo.

Afirma que la resolución contenida en el Parágrafo del Punto Primero del Laudo en cuanto dispone que la Clínica no desmejorará la calidad de la alimentación que suministra a sus empleados, viola el art. 143 del C.P.L., porque lo pedido por el Sindicato en el punto mencionado fue únicamente que no se modificara el valor de la prestación en especie, sin exigir que se mantuviera su calidad.

Dice el impugnador que la Clínica no desmejorará la calidad de los alimentos, pero que en defensa de la ley violada impugna la decisión del árbitro para que la Corte la declare inexequible.

El apoderado de la parte opositora sostiene que el laudo no incurrió en exceso de poder, porque a petición, de modo implícito, aspira a que la Clínica no solo congele el precio de la alimentación, sino la conservación de su calidad. Que si el fallo arbitral nada hubiese estatuido al respecto, la Clínica habría quedado en libertad de desmejorar la calidad de los alimentos, evento en que se elevaría su precio y los salarios desminuirían en su poder adquisitivo.

SE CONSIDERA:

Dice la petición del Pliego en el parágrafo del Punto Primero: "La Clínica de Mariy congelará los precios de alimentación que suministra a sus trabajadores a partir de la fecha".

Dispone la correspondiente resolución del laudo en el parágrafo del numeral 1o.:

"Durante la vigencia del presente Laudo la Clínica no elevará el valor de la alimentación que suministra a sus trabajadores, ni desmejorará la calidad de ella".

Motivan la decisión estas consideraciones:

"Dentro del mismo pedimento estudiado, el Sindicato solicitó la congelación de los precios de la alimentación suministrada por la Clínica a algunos de sus trabajadores. Como la elevación de los precios asignados a dicha alimentación o la desmejora en la calidad de lo suministrado, incide directamente en el salario real y afecta los medios de subsistencia de los trabajadores, el Tribunal estimó justo el que se mantuvieran las condiciones existentes respecto a precio y calidad, para lo cual dispuso que durante la vigencia del laudo no se hicieran modificaciones en tales aspectos".

La Sala comparte la opinión expuesta por el apoderado del Sindicato. En efecto, no encuentra que el laudo al congelar el precio de la alimentación, ordenando a la vez que no se desmejore su calidad, haya decidido mas allá de lo solicitado en el pliego de peticiones. La declaración en tal sentido interpreta la verdadera intención de la súplica, pues no basta la congelación del precio de la prestación en especie, sino también que se mantenga en forma igual a la existente en la época en que se suscitó el conflicto. Es obvio que, sin alterar el precio,

la empresa habría podido suministrar una alimentación inferior en cantidad y calidad a la que venía proporcionando a su personal, con evidente menoscabo de su salud y disminución del salario real. El entendimiento que el fallo le da a la súplica es atribución que cabe dentro de sus facultades y se conforma, a juicio de la Sala, a su genuina intención y espíritu. Por lo demás, no ataca el recurrente la justicia de la decisión sino la circunstancia de que, literalmente, no es igual a la respectiva solicitud. Como se ve, lo que censura no es el fondo sino la forma, y es el respeto a ella en donde descubre la necesidad del amparo jurisdiccional. No es atendible el reparo, porque, no hay quebranto de la ley que la Corte deba corregir o decisión con exceso de lo pedido.

Tercer cargo.

Ataca el ordenamiento del numeral 2o. de la resolución del laudo por quebranto de los arts. 47, 48, 49 y 458 del C.S.T. y 143 del C.P.L.

Para sustentarlo dice el acusador que esta Sala de la Corte ha sentado la doctrina de que las normas legales sobre plazo presuntivo del contrato de trabajo establecen facultades, y las afinentes a la cláusula de reserva, derechos y facultades en favor de patrono y trabajador; que si las partes pueden renunciar a derechos y facultades legales, un fallo arbitral no puede desconocerlos ni estorbar su ejercicio. Con fundamento en tales premisas, dice el recurrente que el pliego en el punto Segundo solicitó que la Clínica se obligara a no dar por terminados los contratos de trabajo con su personal sino cuando sobreviniera una de las justas causas previstas en los arts. 62 y 63 del C.S.T., y a no hacer uso de la cláusula de reserva ni dar por concluídos los contratos al vencimiento del plazo presuntivo; que no habiéndose producido acuerdo entre las partes sobre la petición en examen, el laudo no podía disponer que la empresa quedara privada de los derechos y facultades que la ley le otorga ni hacer más gravosa para ella la expiración del vínculo, como lo estatuye el laudo al ordenar que cuando el Patrono resuelva dar por terminado el contrato por causas distintas de las que contemplan las normas citadas, deberá pagar a los trabajadores determinadas indemnizaciones; que el laudo es contrario a la ley porque establece un preaviso de 45 días de salarios para el caso de que el vínculo concluya por vencimiento del plazo pactado o presuntivo, requisito que no contemplan los preceptos de la ley cuando la relación laboral cesa por tales motivos. En cuanto el laudo impone a la empresa una indemnización tarifada según el tiempo servido por el trabajador cuando aquella utilice la cláusula de reserva, es ilegal, porque modifica el art. 48, para lo cual no está facultado el árbitro. Además, concluye el cargo, de acuerdo con la citada norma, el patrono puede escoger entre el preaviso en tiempo o su pago en dinero. No entiende así la norma el Tribunal, pues ordena que la indemnización de 45 días de salario se pague de todas maneras, aunque el patrono opte por el preaviso en tiempo.

El apoderado de la parte opositora se opone a la prosperidad del cargo, que considera infundado, por estas razones:

Lo que pretende la súplica segunda del pliego es la estabilidad relativa en el empleo, pretensión que no es contraria a la ley, como lo admitió la Corte en fallo del 27 de enero de 1.961, del cual destaca este párrafo. "Si fuera cierto, como lo sostiene el apoderado de los Bancos del grupo A, que el laudo, al suprimir el plazo presuntivo y la cláusula de reserva desconoce el

derecho de propiedad que la Constitución garantiza, no podría la ley instituir el régimen de estabilidad en el empleo, concepto inadmisible".

Agrega a continuación: No varió el laudo el sistema legal vigente acerca de los términos de duración de los contratos de trabajo ni suprimió la cláusula de reserva y el plazo presuntivo. Se limitó a establecer un sistema menos riguroso de estabilidad en el empleo, que puede conseguirse, en mayor o menor grado, con medidas de índole económica como las establecidas por el fallo arbitral, por lo cual no proveyó éste fuera de lo pedido, ni afectó derechos ni facultades legales, como el cargo lo afirma. El artículo 458 del C.S.T. se refiere al derecho o a la facultad en sí mismos considerados, a su esencia, que es lo que el laudo no puede desconocer. Con la tesis del recurrente el fallo no podría superar los mínimos legales, contra lo que ordena la propia ley. Además, respecto de cuestiones económicas, como la contenida en la decisión acusada, no existe otra valla que la equidad, como lo sostiene la jurisprudencia. Anota que la Corte en fallo del 21 abril del corriente año ha sentado la doctrina de que no es extraña a la facultad de los árbitros la institución de un régimen indemnizatorio en favor del trabajador en los casos en que el contrato termine por vencimiento del plazo presuntivo por obra de la cláusula de reserva utilizada por el patrono.

SE CONSIDERA:

Suplica el punto Segundo del Pliego de Peticiones:

"Los contratos de la Clínica de Marly con sus trabajadores serán a término indefinido. La Clínica sólo podrá darlos por terminados cuando el trabajador incurra en alguna de las causales previstas en los arts. 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo. En consecuencia la Clínica de Marly no hará uso de la cláusula ni del vencimiento del plazo presuntivo para la terminación de los contratos".

La petición fue resuelta por el laudo en esta forma:

"2o. ESTABILIDAD. Cuando la Clínica de Marly dé por terminado un contrato de trabajo fuera de los casos a que se refieren los arts. 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo, o le ponga fin por uso de la cláusula de reserva, por vencimiento del plazo pactado o presuntivo o por otro motivo no considerado como justa causa en las normas citadas, pagará al trabajador una indemnización formada por cuarenta y cinco (45) días de salario, más quince (15) días de remuneración por cada semestre trabajado. Esta indemnización cubre el preaviso de que trata el art. 48 del Código Sustantivo del Trabajo. En ningún caso la indemnización será superior a doscientos cincuenta (250) días de salario".

De las razones que para fundar la dicisión expone el laudo en su parte motiva, se destacan las siguientes:

"Considera el Tribunal que la estabilidad absoluta pedida por los trabajadores, bajo las formas de contrato a término indefinido y no uso de la cláusula de reserva, ni terminación por vencimiento del plazo, no es aconsejable en las relaciones laborales de los trabajadores con la Clínica de Marly, porque dada la naturaleza de los servicios prestados en dicha entidad, es necesaria para evitar graves riesgos, una mayor agilidad para que el patrono ponga fin unilateralmente a contratos de trabajo con servidores que sin cometer faltas graves lleguen a

incurrir en descuidos leves que puedan representar perjuicios para la misma entidad y para los pacientes allí atendidos.

"Pero ante la necesidad de dar protección a los trabajadores y de evitar los perjuicios que éstos puedan sufrir por terminación injustificada de su contrato, el Tribunal accedió a imponer un gravamen económico a la Clínica para que en los casos de terminación unilateral por parte del patrono sin justa causa determinada por la ley, los trabajadores puedan remediar en parte las lesiones sufridas a causa de ese rompimiento del vínculo".

Pretende la súplica del pliego -como lo anota el Tribunal- la estabilidad absoluta en el empleo, y por tal motivo estimó que no era del caso acogerla, pero con el laudable propósito de neutralizar siquiera en parte sus efectos, resolvió sustituirla por una estabilidad relativa, a base de indemnizaciones. La Sala observa que el cambio habría sido procedente si la petición que el laudo tomó en reemplazo de la que desecha hubiera llenado la misma finalidad perseguida por ésta, hipótesis en que la jurisprudencia ha sostenido que el fallo arbitral, al adoptar ese procedimiento, no extralimita sus poderes. No es esa la situación que ofrece el caso de autos. En efecto: si lo pedido por la asociación sindical fue la supresión de la cláusula de reserva y del plazo presuntivo en los contratos de trabajo de duración indeterminada, pretensión radical del pliego, y lo resuelto en sustitución es que cuando el vínculo termine por tales causas el patrono está obligado a pagar al empleado determinadas indemnizaciones, solicitud que el pliego no contiene, resulta claro que no hay consonancia entre la súplica y la resolución. Si lo primero es lo absoluto y lo segundo lo relativo, a juicio del sentenciador, es manifiesta la incongruencia, porque entre los dos conceptos no hay conciliación posible sino evidente incompatibilidad.

Clara voluntad del legislador expresada en el art. 143 del C. P. L. es la de que la resolución arbitral se conforme al objeto para el cual fué convocado el Tribunal de Arbitramento, es decir, que aquélla estudie y defina las cuestiones que no fueron materia de acuerdo en las dos primeras etapas del conflicto, todo lo cual quiere decir que cuando se presenta inconformidad entre la decisión del laudo y la pretensión del pliego de peticiones, basta la inconsonancia para considerarla inexequible.

Según lo expuesto, no hay para qué investigar si el laudo, en la resolución que se examina, vulnera la ley al instituir un régimen de prestaciones económicas que no contemplan las normas reguladoras de la cláusula de reserva y del plazo presuntivo, como lo sostiene el recurrente, o si lo ordenado por el fallo arbitral entra en la órbita de sus facultades, dada su índole económica, como lo afirma el opositor. Que el árbitro tenga potestad para decidir discrecionalmente, no significa que pueda hacerlo fuera de los términos del petitum, pues su función juzgadora no puede salirse del marco trazado en aquél, a vista de lo dispuesto por el art. 143 del estatuto procesal antes citado.

En defensa de la resolución acusada, hace mérito el opositor de un fallo de esta Sala de fecha 21 de abril del corriente año, por el cual resolvió el recurso de homologación contra el laudo que definió el conflicto colectivo entre el Sindicato de Trabajadores de una Cooperativa Lechera (Sileco) y la Empresa respectiva. Transcribe de la providencia el análisis que hace de la cláusula de reserva, contenido en estos apartes:

"No suprime el laudo la cláusula de reserva, como el propio recurrente lo admite. Se limita a establecer un régimen especial de indemnización en favor del trabajador para el evento en que la utilice el patrono. La institución de ese régimen es lo que el cargo considera violatorio de los preceptos relativos a la cláusula de reserva, porque en su concepto se trata de una estructuración legal, extraña a las facultades de los árbitros, y no de cuestión simplemente económica, aparte de que la indemnización se establece en favor del trabajador y no del patrono, no obstante que la cláusula, conforme al estatuto laboral, es un derecho otorgado a ambas partes. A todo lo cual observa la Sala que las normas del Código del ramo sobre la materia son imperativas en cuanto el árbitro no puede suprimir la cláusula, y de índole económica sus efectos, carácter que ostenta el fallo arbitral cuando decreta indemnizaciones. Que el sistema adoptado por el laudo beneficie únicamente al trabajador, se explica por la circunstancia de que es la clase asalariada la que en la contratación colectiva persigue reivindicaciones económicas y la afectada, en la mayoría de los casos, por el uso de la cláusula de reserva".

Razones en esencia iguales a las anteriores expone la sentencia para estimar que tampoco es ilegal ni excesiva la indemnización cuando el fallo arbitral la decreta en el caso de que el contrato termine por expiración del plazo presuntivo.

La Sala observa que no es igual la situación de hecho contemplada en la sentencia de que se trata con la que ahora tiene a su consideración. En aquélla el pliego petitorio contenía la súplica de que "en caso de despido de un trabajador con más de dos años de servicio, sin falta grave, será indemnizado con 15 días de salario por cada año de servicio", además de la supresión de la cláusula de reserva, y la de que los contratos de trabajo se entenderían firmados por el término de un año. No accedió el laudo a la eliminación de la cláusula ni a la exigencia de que la duración de los contratos debía ser la fijada en la solicitud, pero como ésta pedía a la vez indemnizaciones, según el tiempo de servicio, fundado en ella accedió a las prestaciones de orden patrimonial. Llegó a tal conclusión con base en el petitum, hipótesis distinta de la que presenta el caso de autos. En éste se pide lisa y llanamente la supresión tanto de la cláusula de reserva como del plazo presuntivo, sin sustituir uno u otro fenómeno de terminación del contrato de trabajo con la estabilidad relativa en el empleo de que habla el fallo arbitral, esto es, sin pretender en reemplazo de aquélla indemnización alguna.

El cargo prospera y, por tanto, se procederá de acuerdo con lo que solicita.

Cuarto cargo

Acusa violación de los arts. 179 y 458 del C.T.S., y 143 del C.P.L., en cuanto a la resolución contenida en el numeral 46. de la parte resolutiva del laudo, cuya inexequibilidad solicita.

Alega el impugnador que la súplica que resuelve el fallo arbitral persigue que se reconozca a los trabajadores remuneración extraordinaria por trabajo suplementario en domingos y festivos, de acuerdo con lo prescrito en el art. 179 del Código; que confrontada la norma con el ordenamiento del laudo, no se ajusta a su contenido, pues dispone un sistema de remuneración por trabajo en tales días que no aparece consagrado en el Código.

Dice el personero de la parte opositora en su alegato de réplica, que la decisión arbitral es clara y no se presta para darle el significado que le atribuye

el recurrente, y agrega: la súplica solicita pago doble del trabajo en domingos y festivos, además del consagrado en la ley, o sea, un salario triple. Así lo decreta el fallador, por lo cual no pudo decidir en exceso de lo pedido, ni afectar derecho alguno otorgado por la ley a la empresa; que esté previsto en el Código Laboral superar los derechos mínimos que conceda a los trabajadores, por una parte, y por la otra, que siendo de índole económica, el árbitro no tiene otros límites que la equidad. Concluye, en consecuencia, que no viola el laudo el art. 458 del C.S.T.

SE CONSIDERA:

El punto Cuarto del pliego (Dominicales y Feriados) es del tenor siguiente:

"La Clínica de Marly pagará salario doble al personal de sus trabajadores cuando laboren en días domingos o feriados a más del dominical o festivo correspondiente de acuerdo con lo estipulado en el numeral d) del artículo 179 del Código Sustantivo del Trabajo".

El laudo decidió el pedimento en esta forma:

"4o. DOMINICALES Y FERIADOS. La Clínica de Marly pagará el trabajo dominical y en días festivos, así: si el trabajador que labora en domingos o festivos disfruta del descanso compensatorio, recibirá a más de su sueldo, el salario sencillo correspondiente a los domingos y festivos que labore; y si no disfruta del descanso compensatorio, recibirá además de su sueldo, una suma equivalente al doble de su salario sencillo por cada domingo o festivo laborado".

No tiene la súplica el sentido que le asigna el recurrente. No se limita, como éste la entiende, a que se conceda a los trabajadores que laboran en días de descanso obligatorio, el derecho que les otorga el art. 179 del C.S.T. Con tal inteligencia sobraría la petición, ya que si la prestación que se pretende la sanciona el precepto, sería redundante exigir su cumplimiento en la convención colectiva, y, en su caso, solicitar que el laudo ordene satisfacerla. Lo que aspira todo pliego de peticiones es la mejora de las condiciones de trabajo existentes, esto es, a que rebasen el límite establecido en la ley, como lo apunta con acierto la parte opositora. La pretensión del Sindicato es la de que el trabajo en domingos y demás días feriados tenga una remuneración superior a la establecida en la citada norma legal, y así lo dispone el Tribunal, con sujeción al pedimento. No es, pues, atendible el reparo del recurrente, por las razones antes expuestas.

El cargo no prospera.

Quinto cargo:

Tacha de inexequible lo dispuesto por el laudo en el literal E), numeral 5o. de su decisión, porque viola el art. 458 del C.S.T. y el 143 del C.P.L.

Sostiene el recurrente que la prima que el laudo decreta no fue solicitada en el pliego petitorio, como lo anota en su parte motiva; que la ordena con base en una sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de abril de 1.949, en su concepto equivocada, aparte de que el caso juzgado en dicha providencia es distinto del que ahora se debate. Explica las dos hipótesis para demostrar la diferencia que las separa, y concluye diciendo que de bulto aparece la extralimitación del Tribunal y la ilegalidad del procedimiento.

El procurador de la parte opositora estima infundada la acusación. Para confutar sus fundamentos, dice que la sentencia a que se refiere el laudo sostiene que el árbitro ante una petición sobre aumento de salario puede negarla y ordenar en cambio el de sus accesorios, ya que al disponerlo así cumple la finalidad perseguida con el aumento, doctrina que no puede estimarse equivocada. Expone además: el Sindicato pidió aumento de Salarios con efecto desde el 30 de octubre de 1.963, y el laudo, para no darle retroactividad, sólo lo concedió a partir del 1o. de abril de 1.964. La prima que decreta está destinada a remediar, en parte, la pérdida que significa para los empleados el rechazo del alza de salarios por el tiempo comprendido entre las dos fechas.

La conversión de una prestación por otra la censura el acusador, porque en su concepto extralimita los poderes del árbitro.

Del cambio de un beneficio económico por otro habla el laudo. Tal procedimiento -dice éste en el estudio de la peticion adoptado en sentencia de casación de abril de 1.949, entra en las facultades del árbitro, sin que la decisión al respecto pueda calificarse de excesiva, y de él se vale para la resolución de la cuestión a que el cargo se refiere.

La Sala observa: En el asunto litigioso el aumento de salario fue pedido por el Sindicato a partir del 30 de octubre de 1.963, pero el Tribunal lo decreta desde el 1o. de abril de 1.964, esto es, desde el día siguiente al de la expedición del laudo, pues de otra manera, anota, habría obrado con retroactividad, para lo cual estimó que no estaba facultado. Pero con el fin de compensar en parte la pérdida del aumento en el periodo comprendido entre las dos fechas, optó por decretrar una prima especial. Para proceder así se vale de una petición del pliego, contenida en el punto Quinto, literal b), bajo la denominación de prima de navidad, equivalente a 25 días de salario en el año, que acoge, reduciéndola a cinco días. En el fondo la decisión aumenta esta prima, con nombre distinto, referida a la pretensión relativa al aumento de salario. Como se ve, ni siquiera se trata de cambio de un beneficio económico por otro, sino de ampliación del concedido con base en la súplica sobre concesión de una prima de navidad, sin que su traslado a otra del pliego le haga perder su verdadera significación. Así las cosas, no puede hablarse con propiedad, ni de cambio de una prestación por otra ni de decisión fuera de los términos de lo solicitado en el petitum.

La resolución con exceso o por defecto es lo que condena el estatuto procesal del trabajo en su art. 143, pero no se deduce de los términos de la disposición que su alcance sea el de limitar las facultades del árbitro al extremo de privarlo de toda iniciativa en la solución justa del conflicto si encuentra asidero en peticiones expresas contenidas en las demandas del Sindicato, como ha ocurrido en el caso de autos. Habría podido el Tribunal aumentar la prima de navidad al examinar la petición que la formula en una suma equivalente al alza que presenta la especial que decreta en la resolución acusada. Ninguna censura habría podido aducirse si así procede. No se alcanza la razón para reprocharle que hubiera tomado la misma medida a propósito de la súplica sobre aumento de salario, pues en uno y otro caso actúa dentro de la órbita de sus facultades, ya que la decisión en ambos es de índole económica. Que se apoya en pretensiones del pliego es un hecho que no puede remitirse a duda, como ha quedado demostrado.

No prospera la acusación.

La Sala ha examinado las demás resoluciones del laudo no acusadas por el recurrente, y no encuentra reparos que formularles en cuanto a su regularidad ni vicios que lesionen normas convencionales vigentes o preceptos de la ley o de la Constitución.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1o. Es inexequible el fallo arbitral en la decisión contenida en el numeral 2o. de su parte resolutiva.

2o. Se homologa el laudo en sus demás disposiciones.

Copia de esta providencia y del fallo arbitral se remitirán al Ministerio del Trabajo.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

Luis Alberto Bravo.- Luis Fernando Paredes.- Roberto De Zubiría C.- José Joaquín Rodríguez.- Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LIQUIDACION DE LO DEBIDO POR DESCANSOS LEGALES CUANDO EL SALARIO ES VARIABLE. RECARGO POR TRABAJO NOCTURNO. PRIMAS DE SERVICIO. SANCION MORATORIA. TECNICA DEL RECURSO DE CASACION.

1. La violación directa y la violación indirecta de la ley. Indebida confusión de distintos conceptos de violación legal. 2. Equivocada manera de atacar en casación un juicio de contenido eminentemente jurídico. 3. Cuál es la base para computar la remuneración de los descansos dominicales cuando el salario es variable. Examen del artículo 176 del C.S.T. 4. Remuneración del descanso en los días de fiesta, según el artículo 177 del C.S.T.

1. Con relación al segundo cargo, estima la Sala que tiene razón el opositor al observar que el recurrente incurre en graves deficiencias de orden técnico en su formulación. En efecto, además de señalar como violada por distintos conceptos una misma norma (aplicación indebida del artículo 176 del C.S.T. a causa de errores de hecho, e interpretación errónea de ese mismo artículo), acusa también violación directa de las demás disposiciones que señala como infringidas, a causa de errores de hecho en la actividad probatoria del sentenciador. La violación directa de la ley, por el concepto indicado, no se vincula a errores de hecho, pues aquella se produce cuando el supuesto o hipótesis que la norma contempla no se discute o aparece acreditado en el proceso, a pesar de lo cual el fallo se abstiene de aplicarle. Cuando median errores en la valoración de las pruebas o por su inestimación, el quebranto de la ley se produce de modo indirecto. Lo anterior sería suficiente para el rechazo del cargo.

2. Según la demanda inicial el salario convenido por las partes fue una comisión sobre las ventas realizadas por el empleado, lo que constituye un tipo de asignación variable, tal como lo anota la sentencia acusada y lo admite el recurrente. Cuando el salario asume esa modalidad, el computable para remunerar el descanso en los días en que es legalmente obligatorio, es el que se determina conforme a lo establecido en el artículo 176 del C.S.T. Cuestión fundamental conforme a esta norma, es que para obtener el salario computable para efectos de la indicada remuneración, debe establecerse "el promedio de lo devengado por el trabajador en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta únicamente los días trabajados" según reza el aludido precepto, respecto, de dominicales, y sin descuentos por faltas al trabajo, para la liquidación de los demás días festivos, como dispone el artículo 177-2 de la misma obra.

Conforme a lo que se deja dicho, cuando el salario devengado por el trabajador corresponde al que la ley distingue como un tipo de asignación variable, presupuesto del derecho a obtener la remuneración por los descansos lega-

les, es el de que se acredite por el actor el salario de todas las semanas durante el tiempo de servicios.

Precisa dejar claramente establecido que hay notoria diferencia entre sueldo promedio mensual y promedio semanal del salario. El primero es tipo de asignación fija y el segundo, en la modalidad de retribución a base de comisión, corresponde a la especie de salario variable. Como recientemente dijo esta Sala de la Corte, al definir un caso semejante al de autos, y en que se plantea la misma tesis del recurrente, para tomar el promedio de la remuneración semanal habría que partir de la base de que todas las semanas aquélla fue uniforme, lo cual colocaría la situación de hecho en plano distinto al del salario variable, para situarla en el campo del salario por unidad de tiempo.

3. Tampoco aparece el error de hecho por la decisión absolutoria de la demandada respecto al pago de los días de fiesta de carácter civil o religioso que determine al artículo 177 del C.S.T., pues, según preceptúa el ordinal segundo de esta disposición, la remuneración correspondiente al descanso en los días expresados se liquidará como para el descanso dominical, pero sin que haya lugar a descuento alguno por faltas al trabajo. Si lo devengado por el trabajador fué un salario de tipo variable, liquidado con base en una comisión porcentual sobre las ventas realizadas por el mismo, la norma aplicable para obtener el salario computable para la remuneración de los descansos legales en dichos días, es la misma que sirve para computar el valor de la remuneración por el descanso dominical contenida en el artículo 176 del C.S.T., por tratarse de salario variable. Cuando el salario asume esa modalidad, el computable para remunerar el descanso en los días en que es legalmente obligatorio, es el promedio de lo devengado por el trabajador en la semana inmediatamente anterior.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, seis de mayo de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.).

Julio Alberto Molina, por medio de apoderado, demandó a la Sociedad "Sears Roebuck de Colombia S.A.", para que, previos los trámites de un juicio ordinario de trabajo, se la condenase al pago de lo siguiente: $11.184.00 por concepto de dominicales, $3.802.56 por días festivos, $4.224.96 por recargo de trabajo nocturno, la indemnización moratoria, el reajuste de cesantía y primas de servicios, el pago del aumento del salario a partir del 1o. de julio de 1.957 y las costas del juicio, en caso de oposición.

Fundamentó su acción en los hechos que se sintetizan:

Que mediante contrato escrito de trabajo, prestó sus servicios a la Sociedad demandada, como vendedor, desde el 5 de mayo de 1.955 hasta el 11 de noviembre de 1.958; que por sus servicios la Empresa le reconoció inicialmente y de acuerdo con el primer contrato un sueldo fijo de $213.02 mensuales, y $11.08 correspondiente al 35% de trabajo nocturno por 36 horas mensuales; además el 1% sobre el valor de las ventas; que a partir del 5 de septiembre de 1.955 y hasta la terminación del contrato, devengó como comisión el 5% del valor de las ventas que efectuaba diariamente; que durante todo el tiempo de servicio recibió como remuneración la cantidad de $ 81.337.80; que el promedio del salario diario devengado durante los tres últimos años fue

el de $74.56, el promedio de cada hora fue de $9.32 y por tanto el 35% de recargo fue de $3.26; que el salario se le pagaba semanalmente, pero que cuando no efectuaba operaciones durante la semana, la Empresa le prestaba una suma que se la descontaba de pago posterior; que el horario de trabajo era de 9 1/2 a.m. a 7 p.m. con excepción de los sábados que laboraba hasta las 7 1/2 p.m.; que la Empresa no le ha pagado el valor de los descansos en dominicales y festivos, ni el 35% del recargo por el trabajo efectuado en jornada nocturna, ni el ajuste del auxilio de cesantía y primas de servicios, al tenor de las anteriores peticiones.

En derecho invocó los artículos 249, 253, 306, 47, 172, 173, 176, 177, 178, 65 y concordantes del C. S. del T.

La Sociedad demandada no dió respuesta al libelo.

La controversia fue desatada por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, por sentencia de 11 de mayo de 1.960 por la cual condena a la demandada a pagar al actor: $11.633.40 por dominicales y festivos, $2.028.70 como remuneración por el recargo del trabajo nocturno, $1.315.10 por reajuste de primas de servicios, $64.63 diarios a partir del 12 de noviembre de 1.958 y hasta cuando se verifique el pago de los salarios y prestaciones, como indemnización moratoria. Declaró probada la excepción de prescripión en relación con los descansos obligatorios por el tiempo comprendido entre el 5 de mayo de 1.955 y el 5 de marzo de 1.956, y respecto del reajuste de la prima de servicios correspondiente al segundo semestre de 1.955. Declaró no probada la excepción de inexistencia de la obligación, condenó en el 80% de las cosas y absolvió en lo demás.

La parte vencida apeló de la anterior sentencia. Definio el recurso el Tribunal Superior de Bogotá -Sala Laboral- por fallo de 22 de julio de 1.960 el cual revoca la sentencia apelada y en su lugar absuelve a la Sociedad demandada de los cargos contra ella formulados. Condena al actor a pagar las costas del juicio y se abstiene de condenar en costas en la instancia.

Corresponde a la Corte decidir el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra el fallo del Tribunal, el que concedido oportunamente, fue admitido y se ha tramitado legalmente. El opositor presentó escrito de réplica a la demanda de casación.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION.

Persigue la casación total del fallo de segunda instancia, y la confirmación del dictado por el a quo.

No señala el acusador la causal de casación en la que basa el recurso pero del estudio de los cargos se deduce que se trata de la 1a., consagrada en el artículo 87 del C. de P. L.

Primer cargo.

Acusa la sentencia de ser violatoria por infracción directa de los artículos 306 y 65 del C.S. del T.

En su desarrollo dice el recurrente que en la sentencia no se dió aplicación al artículo 306 del C.S.T. Agrega que en la infracción directa de la citada dis-

sición se incurrió, no obstante su claridad, y con independencia de los errores de hecho o de derecho del fallador, porque no aplicó la norma estando demostrados nítidamente los hechos.

Manifiesta que en el juicio se demostró y así lo acepta el Tribunal, que el actor trabajó desde el 5 de mayo de 1.955 hasta el 11 de noviembre de 1.958; que en el dictamen pericial se estableció, también, que devengó un promedio diario de salario de $64.63; el salario devengado en cada año y las sumas pagadas por concepto de primas de servicios. Que el Tribunal no analiza esta última petición, ni las pruebas, y, en cambio, absuelve a la Empresa de todos los cargos materia del libelo. Con apoyo en los anteriores argumentos, el acusador considera claramente demostrada la infracción directa de la disposición contenida en el artículo 306 citado.

Afirma que también se violó, por infracción directa, el artículo 65 del C.S.T., pues está demostrado que a Molina no se le pagaron las sumas que le correspondían por prestaciones y salarios y, sin embargo, el Tribunal le negó el derecho de ser indemnizado.

Segundo cargo

Acusa la sentencia de violar los artículos 173, 176, 177, 168, 306 y 65 del C.S.T., a causa de error de hecho en que incurrió el Tribunal en la apreciación de la prueba.

El recurrente, luego de dar a conocer el texto de las tres primeras normas que señala como violadas, dice que el Tribunal para fundamentar su desacuerdo con el sistema adoptado por el juez a-quo al deducir el valor de las condenas que produjo, estimó que "la liquidación debe hacerse tomando el promedio de la semana anterior, teniendo solamente en cuenta los días trabajados". Que esta conclusión es consecuencia de los errores en que incurrió al apreciar el dictamen pericial que obra en los autos.

Que el referido error consiste en no dar por establecido mediante esa prueba, el salario devengado en cada semana por el trabajador "ya que en el peritazgo, se establece lo devengado en cada año del calendario y por lo tanto lo devengado en cada semana del mismo, ya que se sabe cuantas semanas trabajó Molina, en cada año y en relación con el último año de servicio se establece lo devengado semanalmente". Agrega que el error consiste, además, "en no ver, que es lo mismo, el promedio general en todas las semanas del año, que el independiente en cada una de ellas, ya que la función del fallador, consiste en condenar a las sumas que corresponden legalmente y si se suman las partidas correspondientes a cada semana, se encuentra que la suma total es la misma". Por este aspecto, añade, quedó establecido "que se cometió un error de hecho, que este error está de manifiesto en los autos, y que tal error incidió en la absolución correspondiente a descansos en domingos y fiestas y por tanto se violó los artículos 173, 176 y 177 del C.S.T., por interpretación errada del artículo 176".

Dice luego, que "existe otra violación de los mismos artículos, también por error de hecho en la apreciación de la prueba, por no habérsele dado el valor real de la misma y por no haberse apreciado". Refiere también este error a la apreciación del dictamen pericial, en cuanto la sentencia expresa que de acuerdo con dicha prueba "el demandante dejaba de trabajar semanalmente más o menos

un día". Arguye que el perito rectifica el concepto anterior, en cuanto consigna más adelante y en el mismo dictamen que en la semana no existía un día libre, como había expresado antes, sino medio día, ya fuera la tarde o la mañana. Que esa falta al trabajo ocurría por voluntad del patrono y no del trabajador, quien, por otra parte, de ordinario laboraba una jornada mayor de 48 horas semanales. Que si se revisa el dictamen en relación con el tiempo trabajado, en ninguna parte se encuentra constancia de no trabajar el demandante un día en cada semana. Además, para liquidar la remuneración por el descanso legal en días de fiesta civil y religiosa, no pueden hacerse descuentos por faltas al trabajo, conforme a lo establecido por el artículo 177 del C.S.T. Que respecto al pago del descanso en domingos, si el artículo 176 preceptúa que solo se deben tomar en cuenta los días trabajados, es, precisamente, porque no es necesario trabajar todos los días, pues respecto a la remuneración por tarea o por comisión, "poco importa el tiempo durante el cual se desarrolla el trabajo, sino el valor del mismo trabajo".

Manifiesta que el error de hecho condujo al Tribunal a la violación del artículo 168 del C.S.T. "con infracción directa del mismo", por cuanto lo aplicó, a causa de interpretar equivocadamente el dictamen pericial y dejar de apreciar parte de él, lo que lo llevó a concluir "que no existía la prueba suficiente para poder condenar por remuneración del recargo de trabajo nocturno". Dice que, en relación con este punto, son valederas las razones antes expuestas al atacar la decisión que absuelve a la demandada del pago de los descansos en domingos y festivos. Que, además, en el dictamen pericial se estableció el valor del salario diurno, el del recargo nocturno, y las horas nocturnas trabajadas, lo que desvirtúa la afirmación del Tribunal de que el actor no trabajó un día en cada semana. Que demostrado el número de horas nocturnas trabajadas, no es necesario averiguar a que semanas corresponden, "ya que establecido el promedio general de salario, este promedio incide sobre el recargo nocturno en vista de que para liquidar recargos de salarios, cuando estos son variables, se debe tomar el promedio de ellos, que es lo mismo que tomar el de cada día, liquidar cada día el recargo y luego sumar los recargos, el resultado final es el mismo". Concluye éste segundo aspecto de la acusación, así: "De esta manera la errónea interpretación de la prueba y su falta de apreciación por el error de hecho conlleva violación de la norma sustantiva, por infracción directa de la misma y como consecuencia el desconocimiento de un claro derecho consagrado a favor de Molina".

Agrega que la violación del artículo 306 del C.S.T. se produjo "por error de hecho en la apreciación de la prueba y por falta de apreciación de la misma", lo que condujo al fallador a absolver a la demandada de pagar el valor de la prima de servicios y a "infringir directamente la ley". Que con el dictamen pericial se demuestra lo devengado en cada año del calendario y lo pagado por prima en cada semestre, y que, por tanto, el Tribunal debió confirmar la decisión del Juez-a-quo respecto al pago de las primas de servicios.

Concluye el cargo diciendo que la "apreciación equivocada de la prueba y su falta de apreciación, por errores de hecho, dio como resultado la violación del artículo 65 del C.S.T., infracción directa, resultante del hecho de no apreciación y errónea apreciación del dictamen pericial, lo que indujo al fallador, por los errores de hecho mencionados, a absolver en relación con la petición de indemnización por mora en el pago de salarios y prestaciones, lo que ha debido hacer, al fallar

las demás peticiones del libelo de demanda en forma afirmativa, ya que están por otra parte configurados los requisitos mencionados por el artículo 65".

Tercer cargo

Acusa la sentencia de violación indirecta de la ley por error de hecho "consistente en la equivocada apreciación de la prueba y en la falta de apreciación de la misma". Dice que se violaron, indirectamente, los artículos 173, 176, 177, 168, 302 y 65 del C.S.T.

Manifiesta que el error de hecho consiste:

"a) Por errónea interpretación de la prueba. Por cuanto al considerar la prueba de peritazgo se le dió por el fallador un sentido completamente distinto a la evidencia de los hechos probados por el mismo. Lo cual se hizo por considerar que era necesario demostrar el valor independiente de la remuneración en cada día de la semana, y no el total, como se hizo, para efecto de liquidación en dominicales, festivos y trabajo nocturno y por concepto de reajuste de salarios caídos y primas de servicio; por considerar que no está demostrado el salario cuando lo está, el devengado por semestres de calendario, y cuando está plenamente establecido en el dictamen pericial; por considerar que el demandante dejó de trabajar todas las semanas un día, cuando la evidencia real del hecho es el contrario, porque así lo dice el perito, y así se desprende del estudio de la relación de trabajo ejecutado por Molina, como se ve claramente en el informe pormenorizado efectuado por el perito".

"b) Por falta de apreciación de la prueba, por cuanto, el perito manifiesta que lo dicho en relación con la falta de un día, lo corrige a renglón seguido diciendo que no es falta, sino medio "día libre" que dá la empresa, lo cual coordinándolo con relación del trabajo en cada semana se demuestra que sí trabajó, inclusive más de 48 horas semanales, pero claro está, dentro del horario que le fijó la empresa".

Añade, que el Tribunal tampoco apreció el dictamen pericial en relación con el salario anual y semestral devengado, teniendo en cuenta los años de calendario y los pagos hechos por concepto de primas para condenar a su reajuste, elementos que están claramente determinados y probados con el referido dictamen.

Termina el cargo diciendo que los errores de hecho "en la apreciación de la prueba o su falta de apreciación", violaron indirectamente los preceptos legales que señala, y llevaron al fallador a producir una sentencia absolutoria de la demandada, con desconocimiento de los derechos del demandante.

El opositor, por su parte, manifiesta que ninguno de los cargos formulados reúne, siquiera aproximadamente, los requisitos mínimos que exige la técnica de este recurso extraodinario. Al efecto, expresa que la violación de los textos legales que el recurrente señala en el primer cargo, solo habría podido ocurrir a través de errores evidentes de hecho o de derecho, es decir, en forma indirecta. En relación con el segundo, dice que repugna a la técnica el que, en un solo cargo, se proponga violación de unos mismos textos legales por más de un concepto, como lo hace el recurrente, por infracción directa e interpretación errónea. Que, además, ni la infracción directa ni la interpretación errónea de la ley sustantiva se producen a través de errores de apreciación probatoria. Con relación al tercer cargo dice que el recurrente se limita a enfrentar su propio criterio al del senten-

ciador, acerca de la probanza que singulariza, sin hacer demostración alguna al respecto del error que atribuye al ad-quem.

Concluye el alegato de réplica diciendo que para la decisión del recurso poco importa que se hubiesen cometido o no los errores que el recurrente atribuye al Tribunal. Que, como ha tenido oportunidad de expresarlo en varios casos, similares, lo que acontece, en verdad, es que el entendimiento que le sirve de fundamento a la sentencia acusada, es injurídico. Reproduce los argumentos presentados al sustentar la demanda de casación dentro del juicio de Miguel Alandete V. contra Sears Roebuck del Caribe S. A., en que atribuye al sentenciador la interpretación errónea y consecuente violación del artículo 133 del C.S.T., en relación con el 127, 132, 172, 173, 174, 176 y 177, del mismo estatuto, para concluir que la interpretación correcta del precepto es la de que el salario a comisión, aunque variable, es un sueldo, y que, en consecuencia, para resolver el caso sub-judice debe aplicarse el inciso segundo del artículo 174 del C.S.T. y no el 176 de la misma obra.

LA SALA CONSIDERA:

Por el primer cargo se busca anular la sentencia por estimar el recurrente que ella infringe directamente los artículos 306 y 65 del C.S.T., en cuanto el Tribunal no condenó a la demandada a efectuar el reajuste de lo pagado por prima de servicios y a la indemnización moratoria por no haberse cancelado oportunamente al trabajador el valor total de la prestación.

El demandante en el libelo inicial pide se condene a la demandada, entre otras cosas, a pagarle el reajuste de lo recibido por concepto de prima de servicios, teniendo en cuenta para ello, el valor de la remuneración que le corresponde por los descansos legales (dominicales y festivos) y la remuneración del recargo por trabajo nocturno, extremos estos que constituyen también, peticiones de la demanda. De allí, que en el punto tercero del Capítulo de su demanda que intitula "Omisiones", exprese que la Empresa al efectuar la liquidación de cesantía, primas de servicio y vacaciones "no tuvo en cuenta el valor del trabajo nocturno ni lo devengado en domingos y días de fiesta".

De los referidos planteamientos de la demanda resulta que el actor acepta que la Sociedad le liquidó y pagó sumas de dinero por prima de servicios. Lo que discute y reclama, es que no le pagó todo lo que le debía por ese concepto, en razón de que al efectuar las liquidaciones respectivas, no tuvo en cuenta el valor de la remuneración que le correspondía por descansos legales y trabajo nocturno que, según afirma, tampoco le pagó la Empresa.

Ahora bien: el Tribunal con apoyo en las razones que la sentencia aduce, revocó la proferida por el Juez a-quo y absolvió a la Sociedad de los cargos formulados por el actor, tendientes a obtener se la condenase a pagarle la remuneración por los descansos legales y por recargo en trabajo nocturno. De esta suerte y como consecuencia de tal decisión, tenía que absolver también, como lo hizo, de la petición sobre reajuste de lo pagado al trabajador por primas de servicios, puesto que el rechazo de los valores reclamados por remuneración de los descansos legales y de trabajo nocturno, implicaba la inexistencia de los factores o elementos que debían tenerse en cuenta para poder efectuar el reajuste de lo que se le hubiese pagado por concepto de primas de servicios. El recurrente podría tener razón si el Tribunal hubiese proferido condena contra la Sociedad

por los extremos principales de la demanda a que antes se ha hecho referencia y si, en tal evento, no hubiese decretado el reajuste pedido, puesto que la remuneración por descanso en dominicales y festivos, constituye parte integrante del salario según lo dispuesto por el artículo 127 del C.S.T. y debe tenerse en cuenta e imputarse al valor de la retribución recibida por el trabajador, para efectos de liquidar y pagar el importe de la prima de servicios, entre otras prestaciones. Pero, como se ha visto, la situación que se contempla en la sentencia acusada es la contraria a la aquí supuesta, y por tanto, la decisión absolutoria de reajustar lo pagado por primas de servicios, fue una consecuencia de la que no reconoció al demandante el derecho a la remuneración por los descansos legales y por el recargo de trabajo nocturno. Así, no resulta infringida la disposición contenida en el artículo 306 del C.S.T., ni tampoco la violación del artículo 65 de la misma obra, que sólo habría podido tener aplicación para el caso en que hubiese condenado a la demandada al pago de las prestaciones reclamadas por el trabajador. Se rechaza el cargo.

Con relación al segundo cargo, estima la Sala que tiene razón el opositor al observar que el recurrente incurre en graves deficiencias de orden técnico en su formulación. En efecto, el recurrente además de señalar como violada por distintos conceptos una misma norma (aplicación indebida del art. 176 del C.S.T. a causa de errores de hecho, e interpretación errónea de ese mismo artículo), acusa también violación directa de las demás disposiciones que señala como infringidas, a causa de errores de hecho en la actividad probatoria del sentenciador. La violación directa de la ley, por el concepto indicado, no se vincula a errores de hecho, pues aquella se produce cuando el supuesto o hipótesis que la norma contempla no se discute o aparece acreditado en el proceso, a pesar de lo cual el fallo se abstiene de aplicarla. Cuando median errores en la valoración de las pruebas o por su inestimación, el quebranto de la ley se produce de modo indirecto. Lo anterior, sería suficiente para el rechazo del cargo. Sin embargo, la Sala procediendo con amplitud examina la acusación, respecto a los errores de hecho que se atribuyen al sentenciador.

El demandante, para pedir la condena de la Sociedad al pago de la remuneración por descansos legales, lo hace con apoyo en el hecho de que lo devengado durante el tiempo en que le prestó sus servicios, fue un salario variable, liquidado con base en una comisión equivalente al 5% sobre el valor de las ventas efectuadas por el trabajador, salario que se liquidaba semanalmente. De esta suerte, estimó que la Empresa al efectuar los pagos semanales según las ventas efectuadas, no le cancelaba el valor de los descansos en domingos y días de fiesta.

El Tribunal, con base en las pruebas consistentes en el dictamen pericial del folio 33 y en las declaraciones de los testigos Héctor Villegas López y Alfonso Lozano Sánchez (folios 15 a 17), dio por establecidos, en el proceso, la relación de trabajo dependiente entre el demandante y la demandada, el tiempo de la duración de los servicios y un salario variable como retribución de los mismos; también, las horas ordinarias trabajadas, las horas nocturnas y las horas laboradas en jornadas diurnas y nocturnas en días domingos. Acepta, igualmente, que el dictamen pericial "señala como promedio devengado en cada semana la suma de $726.28, como promedio en cada semestre la suma de $14.762.66, como promedio devengado en el último año la suma de $37.766.70, y como promedio general diario de salario durante todo el tiempo, la suma de $64.63".

El sentenciador, refiriéndose luego a la súplica sobre pago de la remuneración por descanso en días domingos y festivos, dice que tratándose de un sa-

lario variable, como era el devengado por el trabajador, el monto de la remuneración debe determinarse conforme a lo previsto por el artículo 176 del C.S.T., es decir, liquidando su valor semana por semana con base en el promedio de lo devengado en la semana inmediatamente anterior, y no con base en el promedio general del salario diario devengado durante todo el tiempo de la prestación de servicios, como equivocadamente procedió el Juez a-quo. Luego de algunas consideraciones secundarias encaminadas a dar mayor fuerza a su razonamiento, reafirma los anteriores conceptos, expresando lo siguiente:

a) Para liquidar el salario computable que deba tenerse en cuenta para la remuneración del descanso en domingos y festivos, cuando el salario es variable, debe tomarse el promedio de lo devengado por el trabajador en la semana inmediatamente anterior, y no un promedio general de lo devengado en todo el tiempo de servicios;

b) En el juicio no hay prueba de las sumas devengadas en cada semana por el trabajador, lo que hace imposible determinar el valor de la retribución de cada uno de los dominicales respectivos. Ante la falta de ésta prueba, agrega, no puede hacerse la condenación respectiva, por lo cual debe absolverse a la demandada de los cargos por pago de dominicales y días festivos.

De lo anterior resulta que el primer fundamento de la sentencia está referido a la recta interpretación del artículo 176 del C.S.T., que se considera como la norma aplicable para la decisión de las súplicas referentes a la remuneración de los descansos legales. Se expresa allí un juicio de contenido eminentemente jurídico, con prescindencia de toda cuestión de hecho y, en consecuencia, su ataque no puede ser posible por la vía adoptada por el recurrente.

En efecto, antes se observó que según la demanda inicial el salario convenido por las partes fue una comisión sobre las ventas realizadas por el empleado, lo que constituye un tipo de asignación variable, tal como lo anota la sentencia y lo admite el recurrente. Cuando el salario asume esa modalidad, el computable para remunerar el descanso en los días en que es legalmente obligatorio, es el que se determina conforme a lo establecido por el artículo 176 del C.S.T. Cuestión fundamental conforme a esta norma, es que para obtener el salario computable para efectos de la indicada remuneración, debe establecerse "el promedio de lo devengado por el trabajador en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta únicamente los días trabajados" según reza el aludido precepto, respecto de dominicales, y sin descuentos por faltas al trabajo, para la liquidación de los demás días festivos, como dispone el artículo 177-2 de la misma obra. Por lo demás, la interpretación que el Tribunal hace de la norma citada, es la que corresponde al significado y contenido de la misma, se atempera a lo expresado por la jurisprudencia de la Corte, y por tanto, no ofrece ningún reparo.

Conforme a lo que se deja dicho, cuando el salario devengado por el trabajador corresponde al que la ley distingue como tipo de asignación variable, presupuesto del derecho a obtener la remuneración por los descansos legales, es el de que se acredite por el actor el salario de todas las semanas durante el tiempo de servicios. En el caso de autos, para la demostración de ese hecho, la prueba aducida al proceso fue el dictamen pericial que obra de folios 33 a 37. La pericia, si bien relaciona mes por mes y semana por semana las horas trabajadas por el demandante durante todo el tiempo comprendido entre el 5 de mayo de 1.955 y el 10 de noviembre de 1.958, no hace lo mismo respecto a los salarios

devengados por el trabajador en dicho periodo En este punto, el perito se limita a consignar datos globales para de allí sacar los promedios correspondientes a todo el tiempo de servicios y al último año de los mismos. Al efecto, expresa lo siguiente:

"a). El promedio devengado en cada semana laboral fue de $726.28.

"b). El promedio devengado en cada semestre de calendario fue de $11.762.66.

"c). Promedio devengado en el último año de servicio $37.766.70.

"d). Promedio general de salarios diario durante todo el tiempo: $64.63.

"Fuera de esto se hizo el promedio anual, mensual, semanal y diario, en el último año que corresponde en su orden así: $37.766.70, $3.147.20, $726.28, $103.75".

En opinión del recurrente, habrían servido esos datos para deducir de ellos el salario semanal, puesto que "es lo mismo el promedio general en todas las semanas del año, que el independiente en cada una de ellas". De ello concluye que el falladorincurrió en error de hecho por no haberle dado al dictamen el mérito suficiente y por no encontrar probado lo que sí está demostrado. Estima, por esto, que el sentenciador dejó de apreciar esa prueba.

En primer término, observa la Sala, que el Tribunal sí tuvo en cuenta el dictamen pericial que el recurrente señala como dejado de apreciar. Para desvirtuar el acierto del impugnador, es suficiente remitirse al texto del fallo, antes transcrito en lo pertinente, del cual aparece el análisis y valoración de dicha prueba. Precisamente, si el sentenciador concluye su juicio valorativo expresando que mediante el dictamen pericial no resulta demostrado el promedio del salario devengado en cada semana por el trabajador, es porque sí tuvo en cuenta esa prueba.

Por otra parte, precisa dejar claramente establecido que hay notoria diferencia entre sueldo promedio mensual y promedio semanal del salario. El primero es tipo de asignación fija y el segundo, en la modalidad de retribución a base de comisión, corresponde a la especie de salario variable. Como recientemente dijo esta Sala de la Corte, al definir un caso semejante al de autos, y en que se plantea la misma tesis del recurrente, para tomar el promedio de la remuneración semanal habría que partir de la base de que en todas las semanas aquella fué uniforme, lo cual colocaría la situación de hecho en plano distinto al del salario variable, para situarla en el campo del salario por unidad de tiempo.

El Tribunal no incurrió en los errores de hecho que le atribuye el cargo, pues en ninguna parte del dictamen pericial aparece cuál fue el promedio devengado por el actor durante cada una de las semanas comprendidas en el período en el que prestó sus servicios a la demandada. Por tanto, fue correcta la apreciación de esa prueba por el Tribunal.

Tampoco aparece el error de hecho por la decisión absolutoria de la demandada respecto al pago de los días de fiesta de carácter civil o religioso que determina el artículo 177 del C.S.T., pues, según preceptúa el ordinal segundo de esta disposición, la remuneración correspondiente al descanso en los días expresados se liquidará como para el descanso dominical, pero sin que haya lugar a descuento alguno por faltas al trabajo. Si lo devengado por el trabajador fué un

salario de tipo variable, liquidado con base en una comisión porcentual sobre las ventas realizadas por el mismo, la norma aplicable para obtener el salario computable para la remuneración de los descansos legales en dichos días, es la misma que sirve para computar el valor de la remuneración por el descanso dominical contenida en el artículo 176 del C.S.T., por tratarse de salario variable. Cuando el salario asume esa modalidad, el computable para remunerar el descanso en los días en que es legalmente obligatorio, es el promedio de lo devengado por el trabajador en la semana inmediatamente anterior, según se dijo antes. De esta suerte, las razones aducidas para rechazar la acusación por el supuesto error de hecho referente a la decisión recaída a la súplica sobre remuneración de los descansos en días domingos, son valederas y aplicables para rechazar también este otro aspecto de la acusación, que se examina.

Respecto a la petición sobre remuneración del recargo por trabajo nocturno, dijo el sentenciador:

"El mismo sistema que en el fallo apelado se siguió para liquidar la retribución de dominicales y festivos se aplicó al cálculo del recargo en la remuneración del trabajo nocturno.

"Las mismas observaciones que acaba de hacer el Tribunal son aplicables a este concepto, máxime que como la retribución del trabajador era un 5o/o sobre las ventas, el recargo correspondiente debe operar sobre ese porcentaje, para afectar únicamente lo percibido en esas horas nocturnas.

"Además, es obvio que lo percibido en semanas en que no hubo trabajo nocturno, no puede afectar la retribución que corresponda a los eventos en que sí lo hubo. Resulta por eso improcedente el cálculo de esta retribución con base en el promedio del total recibido por el trabajador en todo el tiempo de servicios.

"De acudirse a un promedio en este evento, debería tomarse el del día, o máxime el de la semana en que tal trabajo ocurrió, ya que los pagos se hacían semanalmente al trabajador.

"Ante la deficiencia de la prueba que ya se anotó, no resulta procedente condenar a la demandada, por lo cual deberá revocarse lo resuelto por el Juez a-quo, para en su lugar absolverla".

Para demostrar el supuesto error del Tribunal en cuanto dice en el fallo que no existe en el juicio la prueba de las sumas devengadas en cada semana por el trabajador, a fin de determinar la retribución que le corresponda por recargo en trabajo nocturno, el recurrente reproduce los mismos argumentos de que se sirvió para atacar lo resuelto respecto a la remuneración por descansos legales. La Sala estima que el razonamiento del Tribunal se atempera a las disposiciones legales que regulan la materia y que la exigencia de la prueba de los salarios devengados en cada una de las semanas en que el trabajador laboró durante horas de la jornada nocturna, era indispensable para poder determinar el valor de los recargos por el trabajo nocturno, máxime si se tiene en cuenta que el demandante devengó siempre un salario variable. No aparece el error de hecho que el acusador le atribuye al sentenciador.

Por lo que respecta a la supuesta violación del artículo 306 del C. S. T., se observa: al analizar el primer cargo se dejó claramente establecido que el demandante, en el libelo inicial, pidió el reajuste de lo pagado por la Empresa por concep-

to de prima de servicios, con base en el nuevo cómputo que se hiciera del salario, teniendo en cuenta para su liquidación, la remuneración que le correspondía por concepto de descansos legales y trabajo nocturno. Ya se ha visto que el fallo fue absolutorio respecto de estos extremos de la demanda que constituían la base para poder decretar el reajuste de las primas de servicios. Sin esos elementos, la consecuencia no podía ser otra que la de absolver, como lo hizo el Tribunal. Por tanto, no aparece la violación del artículo 306 del C.S.T., ni de las demás normas que en el se indican. El cargo no prospera.

Con relación al tercer cargo, el recurrente invoca el mismo concepto de violación de la ley expresado en el cargo que se acaba de examinar, señala las mismas normas como infringidas a consecuencia de unos mismos errores de hecho en que incurrió el Tribunal, a causa de no haber apreciado correctamente la prueba del dictamen pericial que obra en el juicio. En vista de ello, la Sala estima suficientes para su rechazo, las razones que sirvieron para desestimar el segundo cargo. Por tanto no prospera la acusación.

Respecto a la tesis que el opositor expone en el alegato de réplica a la demanda de casación, en torno a lo que deben entenderse por salario fijo y salario variable y a la interpretación del artículo 133 del C.S.T., en relación con los artículos 174 y 176 ibidem, la Sala estima equivocada dicha tesis y para refutarla se remite a lo dicho en la sentencia de casación de fecha 30 de enero de 1.964, proferida en el juicio promovido por Fabio Duque contra Sears Roebuck S. A.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida en este juicio por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha 22 de julio de 1.960.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo.- Roberto De Zubiría C.- Luis Fernando Paredes A.- José Joaquín Rodríguez.- Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Extractos de Jurisprudencia de esta Sala a cargo del entonces Relator doctor LUIS IGNACIO SEGURA A.

BIBLIOTECA

PROPIEDAD PRIVADA DEL SUBSUELO PETROLIFERO

Prosperan varias de las acciones acumuladas. Elementos requeridos para el éxito de esta clase de acciones. Condiciones para que pueda alegarse con fortuna la justa prescripción. Estudio de los elementos probatorios allegados al proceso.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE NEGOCIOS GENERALES. Bogotá, diez de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau).

El Ministerio de Minas y Petróleos aceptó la propuesta que para explorar y explotar petróleo de propiedad nacional en un extenso globo ubicado en el Departamento del Tolima, había formulado la sociedad "Compañía de Petróleo Centauro", propuesta que quedó registrada bajo el No. 526, y que fue objeto de dos sucesivos traspasos.

Dentro del pertinente término legal se presentaron varias oposiciones por parte de diversos grupos de personas y respecto a determinados predios, que, según afirman dichas personas, les pertenecen en propiedad, se encuentran superpuestos al polígono de la propuesta en referencia y salieron del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de Octubre de 1.873, razón por la cual piden que se excluya de dicha propuesta el petróleo que se encuentre en el subsuelo de sus tierras.

Desechadas algunas de esas oposiciones, el Ministerio, de conformidad con el inciso 4o. del artículo 34 del Código de Petróleos, remitió a esta Sala de la Corte todo lo actuado con relación a las oposiciones aceptadas, a efecto de que se "resuelva definitivamente si es del Estado o de propiedad privada el petróleo que se encuentre en los terrenos materia de las mencionadas oposiciones".

Como bien es sabido, para que prosperen acciones de oposición como las presentadas en este proceso se requiere, a tenor del art. 5o. del C. de Petróleos, que el terreno sea de propiedad actual del opositor; que haya salido legalmente del patrimonio nacional antes del 28 de Octubre de 1.873 y no se haya reintegrado a éste, y, además, que se encuentre superpuesto al área de la propuesta de exploración y explotación aceptada por el Gobierno. Por lo tanto, la no comprobación de uno solo de estos requisitos, hará fracasar la acción.

Con relación a las demandas de oposición que se presentaron respecto a la propuesta No. 526 y que son objeto de este proceso, se verá que en unos casos aparecen comprobados tales requisitos y en otros no. Se pasa al estudio de cada una de ellas.

A). DEMANDA PRESENTADA POR JOSE DE JESUS PULECIO LEIVA, ALFONSO PULECIO LEIVA, EVANGELINA PULECIO DE LEIVA, EVANGELINA PULECIO DE GALVEZ, JORGE LOZANO ARCINIEGAS y EMMA LOZANO DE MELENDRO.

En el libelo vinculan sus pretensiones a diversos predios, en la forma como a continuación se expone:

EVANGELINA PULECIO DE GALVEZ, a los siguientes:

1. Un lote de 23 hectáreas y 6.920 metros cuadrados que hizo parte de la hacienda "La Esmeralda", marcado en el plano de la partición con el número 1, comprendido dentro de los siguientes linderos: "Partiendo de la puerta que está sobre las cércas divisorias con Luis Rincón, hoy de los Quimbayas, y por donde pasa la carretera que conduce del Guamo a Rincón Santo, y donde se colocará un mojón en su borde izquierdo, se sigue hacia el Este por el borde izquierdo de la zona de la mencionada carretera, zona que será de 10 metros de ancho, hasta enfrentar con un mojón lindero de los lotes números 3 y 4 adjudicados a Alfonso Pulecio y herederos de Angelina P. de Lozano y Jorge Lozano; este mojón dista del anterior en línea recta 560 metros y azimut de 278 grados; se continúa luego por el borde izquierdo de la mencionada carretera hasta otro mojón lindero del lote número 2 adjudicado al Dr. José de Jesús Pulecio; este mojón dista del anterior en línea recta 200 metros y azimut de 93 grados; de este mojón volviendo a la izquierda, y en colindancia con el lote número 2 ya nombrado, se continúa a buscar las cercas existentes y por éstas se sigue en línea recta hasta llegar al río Luisa donde se colocará un mojón que dista del anterior 455 metros y azimut de 353 grados 15 minutos; de este mojón se sigue por el río Luisa, aguas arriba, hasta encontrar las cercas colindantes con el señor Luis Rincón, hoy de los Quimbayas, donde se colocará un mojón que dista del anterior en línea recta 678 metros y azimut de 267 grados treinta minutos; de este mojón y volviendo a la izquierda se continúa por las cercas medianeras de la misma colindante hasta llegar al mojón colocado cerca de la puerta, primer lindero y punto de partida. Este mojón dista del anterior en línea recta 320 metros y azimut de 184 grados".

2. Un lote que hizo parte de la hacienda "La Esmeralda", marcado en el plano de la partición con el número 5, constante de 82 hectáreas 6.674 metros cuadrados, formado por los potreros "EL AZUCENO" y "EL HOBO", determinado así: "Partiendo de un mojón que se colocará en la orilla izquierda de la quebrada del Emayá lindero del lote número 6 adjudicado al Dr. Alfonso Pulecio Leiva, se continúa por las cercas existentes con sus entradas y salidas en colindancia con el mencionado lote número 6 hasta su terminación en el camellón que hoy conduce del Guamo al paso del Emayá, donde se colocará un mojón en su borde izquierdo, que dista del anterior en línea recta 900 metros y azimut de 12 grados 10 minutos; de este mojón se vuelve a la izquierda y se continúa por las cercas existentes, colindando con el lote número 4 adjudicado a los herederos de Angelina Pulecio de Lozano y Jorge Lozano, hasta otro mojón que se colocará donde empiezan hoy las cercas divisorias del potrero de la laguna de abajo y del potrero de la laguna de arriba y que dista del anterior en línea recta 1.390 metros y azimut de 299 grados 45 minutos; de este mojón y continuando por las cercas divisorias existentes del potrero de la laguna de arriba marcado en el plano con el número 3 y adjudicado al señor Alfonso Pulecio Leiva, hasta llegar a otro mojón que se colocará a la izquierda de la puerta del callejón y sobre la colindan-

cia con los ejidos del municipio del Guamo y que dista del anterior en línea recta 616 metros y azimut de 284 grados 25 minutos; de este mojón y volviendo a la izquierda en colindancia con los mismos ejidos hasta otro mojón que se colocará a una distancia del anterior en línea recta de 254 metros y azimut de 187 grados 45 minutos; de este mojón y volviendo a la izquierda y en colindancia con los Barón se sigue por las cercas existentes hasta un mojón que se colocará en el nacimiento de la laguna de Juana Lozano, distante del anterior en línea recta 382 metros y azimut de 91 grados 10 minutos; de este mojón se sigue por las cercas existentes que parten la mencionada laguna por la mitad y en colindancia con los mismos Barón y Jose Joaquín Lopera hasta llegar a la rabiza de la misma laguna donde se colocará un mojón que dista del anterior en línea recta 1.060 metros y azimut de 116 grados; de este mojón y volviendo a la derecha se continúa en línea recta por las cercas existentes y en colindancia con José Joaquín Lopera, Federico Bocanegra, Valderrama, hijos de Justino Barreto y comunidad de Guzmán hasta llegar a un caucho de hoja menudita que dista del anterior mojón 956 metros y azimut de 192 grados 40 minutos; del caucho mencionado se sigue por las cercas existentes hasta encontrar la quebrada Emayá donde se colocará un mojón en su margen izquierda y que dista del anterior en línea recta 112 metros y rumbo de 132 grados 50 minutos; de este mojón se sigue por la quebrada aguas abajo hasta encontrar el primer mojón primer lindero y punto de partida. Este mojón dista del anterior en línea recta 442 metros y azimut de 87 grados 35 minutos".

ALFONSO PULECIO LEIVA, a los siguientes, que hicieron parte de la hacienda "La Esmeralda":

1. Un lote de 40 hectáreas, 1.120 metros cuadrados, marcado en el plano de la Partición con el número 3, alinderado así: "Partiendo de la puerta que está sobre las cercas divisorias con Quimbayo y por donde pasa la carretera que conduce del Guamo a Rincón Santo y donde se colocará un mojón en su borde izquierdo, mojón común al lote número 1 adjudicado a la señora Eva Pulecio de Gálvez, zona de carretera de por medio, que será de 10 metros de ancho, se sigue por las cercas divisorias con terrenos de Luis Rincón, Pedro Suárez, Evarista Prada y ejidos del Municipio del Guamo, hasta llegar a otro mojón que se colocará inmediato a la puerta del camino que conduce del Guamo al paso de la boca de Emayá y común al lote número 5 adjudicado a la señora Eva Pulecio de Gálvez y que dista del anterior en línea recta 636 metros y azimut de 191 grados; de este mojón y volviendo a la izquirda y en colindancia con el lote número 5 adjudicado a la señora Eva Pulecio de Gálvez hasta llegar a otro mojón que se colocará donde empiezan las cercas divisorias de los potreros de la laguna de arriba y potreros de la laguna de abajo y que dista del anterior 616 metros y azimut de 284 grados 25 minutos; de este mojón y volviendo a la izquierda y en colindancia con el lote número 4 adjudicado a herederos de Angelina Pulecio de Lozano y Jorge Lozano, se continúa por las cercas que dividen los mencionados potreros en línea recta, pasando por entre las dos albercas que sirven para el bebedero del ganado hasta llegar al borde derecho de la zona de la carretera que del Guamo conduce a Rincón Santo, donde se colocará un mojón cerca a una ceiba, y que dista del anterior 697 metros y azimut de 6 grados 20 minutos; de este mojón y volviendo a la izquierda se sigue por todo el límite derecho de la zona de la mencionada carretera hasta enfrentarse con el primer mojón, primer lindero y punto de partida. Este mojón dista del anterior en línea recta 360 metros y azimut de 278 grados".

2. Un lote de 189 hectáreas 824 metros cuadrados, marcado en el plano de la partición con el número 6, delimitado de la siguiente manera: "Partiendo de un mojón que se colocará en la orilla izquierda de la quebrada de Emayá y sobre las cercas que dividen los potreros del Hobo y del Peñón y que sirve de lindero con el lote número 5, adjudicado a Eva Pulecio de Gálvez, se sigue por la quebrada aguas abajo hasta encontrar un mojón colocado sobre su margen izquierda y marcado con un escorpión en el sitio de Mi Cumpleaños y abajo del Salto y que es lindero con tierras de Teresa Calvo y cerca del camino de la Sierra, mojón que dista del anterior en línea recta 1.900 metros y azimut de 128 grados 30 minutos; de este mojón y volviendo a la izquierda se continúa en línea recta por las cercas divisorias con Teresa Calvo y José J. Calvo hasta un mojón que se colocará sobre el borde derecho de la carretera que conduce del Guamo a Rincón Santo y que dista del anterior 2.764 metros y azimut de 351 grados 10 minutos; de este mojón y volviendo a la izquierda se sigue por el borde derecho de la carretera anteriormente nombrada hasta donde se desprende de ésta la que va al paso del Emayá, donde se colocará un mojón que dista del anterior 478 metros y azimut de 279 grados 20 minutos lindando zona de carretera de por medio con el lote número 4 adjudicado a herederos de Angelina Pulecio de Lozano y Jorge Lozano; de este mojón y volviendo a la izquierda se continúa por el borde izquierdo de la zona de la carretera que conduce al paso del Emayá, ya nombrado, zona que tendrá 10 metros de ancho, hasta un mojón que dista del anterior en línea recta 518 metros y azimut de 149 grados 20 minutos, colindando carretera de por medio con el mismo lote número 4 adjudicado a las nombradas anteriormente; de este mojón y atravesando la carretera se sigue en línea recta con azimut de 64 grados 15 minutos hasta llegar a un mojón que se colocará sobre las cercas existentes del potrero nuevo y que dista del anterior 295 metros; de este mojón y volviendo a la izquierda se sigue por las cercas existentes del potrero nuevo, colindando con el mismo lote número 4 hasta su terminación en el borde izquierdo del camino que conduce del Guamo a la boca del Emayá, donde se colocará un mojón que dista del anterior en línea recta 410 metros y azimut de 199 grados 40 minutos; de este mojón se vuelve a la derecha y se continúa por las cercas existentes hasta otro mojón, lindero del lote número 4 ya nombrado y del lote número 5 adjudicado a Evangelina P. de Gálvez, distante del anterior 346 metros y azimut de 294 grados; de este mojón y volviendo a la izquierda se continúa por las cercas existentes con todas sus entradas y salidas, colindando con el lote número 5 ya nombrado, hasta llegar al primer mojón, primer lindero y punto de partida. Este mojón dista del anterior en línea recta 900 metros y azimut de 12 grados 10 minutos".

JOSE DE JESUS PULECIO LEIVA, al siguiente, que hizo parte de la misma hacienda "La Esmeralda": un lote de 63 hectáreas, 9.144 metros cuadrados, marcado en el plano de la partición con el número 2, comprendido dentro de los siguientes linderos: "Desde un mojón colocado sobre el borde izquierdo de la zona de la carretera que conduce del Guamo a Rincón Santo, lindero común con el lote número 1 adjudicado a la señora Eva Pulecio de Gálvez, se sigue por toda la margen izquierda de la zona de la carretera mencionada, que será de 10 metros de ancho, hacia el Este hasta encontrar un mojón que se colocará a una distancia del anterior en línea recta de 1.137 metros y azimut de 111 grados 30 minutos, colindando carretera de por medio con el lote número 4 adjudicado a los herederos de la señora Angelina Pulecio de Lozano y Jorge Lozano; de este mojón y volviendo a la izquierda se continúa en línea recta hasta encontrar las cercas del río viejo en la colindancia con Huertas, donde se colocará un mojón que dista del anterior 248 metros y azimut de 184 grados colindando con

el lote número 4 adjudicado a los ya mencionados; de este mojón y siguiendo las cercas divisorias con Huertas por el cauce antiguo del río Luisa hasta llegar a un mojón que se colocará en frente de la desembocadura en río Viejo de la acequia que viene de la laguna de la Esmeralda, distante del anterior en línea recta 333 metros y azimut de 286 grados 30 minutos; de este mojón y siguiendo las cercas divisorias con Huertas hasta llegar a otro mojón que se colocará en la orilla derecha del río Luisa, y que dista del anterior en línea recta 392 metros y azimut de 27 grados 15 minutos; de este mojón y por el río Luisa aguas arriba hasta encontrar otro mojón que se colocará en la línea divisoria del lote número 1 adjudicado a la señora Eva Pulecio de Gálvez y que dista del anterior en línea recta 1.048 metros y azimut de 281 grados; de este mojón y volviendo a la izquierda se continúa por las cercas existentes hasta su terminación y continuando en línea recta hasta encontrar el primer mojón punto de partida, colindando con el lote número 1. Este mojón dista del anterior 455 metros y azimut de 353 grados 15 minutos".

EMMA LOZANO PULECIO DE MELENDRO Y JORGE LOZANO ARCINIEGAS, conjuntamente, al siguiente lote, que hizo parte de la hacienda "La Esmeralda", de 207 hectáreas, 9.987 metros cuadrados, marcado en el plano de la partición con el número 4, y alinderado como sigue: Desde un mojón que se colocará vecino a una ceiba sobre el borde derecho de la zona de la carretera, zona que será de 10 metros de ancho, que conduce del Guamo a Rincón Santo, y lindero del lote número 3 adjudicado al Dr. Alfonso Pulecio Leyva, se sigue hacia el Sur a buscar las cercas que dividen los potreros de la laguna de arriba con el potrero de la laguna de abajo, se continúa por estas cercas en línea recta, colindando con el lote número 3 adjudicado al Dr. Alfonso Pulecio Leyva, hasta su terminación en el borde izquierdo del camino que conduce del Guamo a la boca del Emayá donde se colocará un mojón que dista del anterior en línea recta 697 metros y azimut de 6 grados 20 minutos; de este mojón y volviendo a la izquierda se continúa por las cercas existentes del mencionado camino hasta otro mojón colocado en la colindancia del lote número 5 y del lote número 6 adjudicado respectivamente a la señora Evangelina Pulecio de Gálvez y al Dr. Alfonso Pulecio Leyva y que dista del anterior en línea recta 1.390 metros y azimut de 299 grados 35 minutos; de este mojón y en colindancia con el lote número 6 se sigue por las cercas existentes hasta otro mojón que se colocará a una distancia en línea recta del anterior de 346 metros y azimut de 294 grados; de este mojón volviendo a la izquierda se continúa por las cercas existentes del potrero hasta un mojón que dista del anterior en línea recta 410 metros y azimut de 199 grados 40 minutos; de este mojón y volviendo a la derecha sigue con azimut de 64 grados 15 minutos hasta encontrar el borde derecho de la carretera que desprendiéndose de la que va del Guamo a Rincón Santo va hasta la boca del Emayá en el río Saldaña, en frente del mojón que se colocará sobre el borde izquierdo y distante del anterior 295 metros. En todo este trayecto colinda con el lote número 6 adjudicado al Dr. Alfonso Pulecio; K- Se sigue luego por el borde derecho de la mencionada carretera hasta enfrentar con el mojón colocado en el punto donde se desprende la supradicha carretera, distante del anterior 518 metros y azimut de 149 grados 20 minutos; de este punto y atravesando la carretera, se vuelve a la derecha por el borde izquierdo de la que conduce a Rincón Santo hasta encontrar la cerca divisoria con terrenos de José J. Calvo y enfrentar al mojón colocado sobre su borde derecho; este mojón dista del anterior 478 metros y azimut de 279 grados 20 minutos; de este mojón y volviendo a la izquierda se continúa por las cercas divisoria con José J. Calvo hasta

un mojón colocado en la orilla del río Luisa sobre una seña alta y marcada con un escorpión, arriba del paso del camino público que del Espinal conduce a Purificación, y que dista del anterior 660 metros y azimut de 351 grados 10 minutos; de este mojón se sigue por el río Luisa aguas arriba hasta encontrar la boca del río Viejo y en donde empiezan las cercas divisorias con Huertas, donde se colocará un mojón que dista del anterior en línea recta 595 metros y azimut de 282 grados 25 minutos; de este mojón y siguiendo las cercas divisorias con Huertas por el cauce viejo del río Luisa hasta otro mojón que se colocará en la colindancia con el lote número 2 adjudicado al Dr. José de J. Pulecio y que dista del anterior en línea recta 350 metros y azimut de 187 grados 5 minutos; de este mojón se continúa en línea recta y con el azimut de 184 grados hasta encontrar el borde izquierdo de la carretera que conduce del Guamo a Rincón Santo donde se colocará un mojón que dista del anterior 248 metros lindando con el lote número 2; de este mojón y atravesando la carretera se continúa por su borde derecho hasta enfrentar con el mojón que se colocará en la colindancia del lote número 2 y el lote número 1 adjudicados a la señora Eva Pulecio de Gálvez que dista del anterior en línea recta 1.137 metros y azimut de 111 grados 30 minutos; de este punto y colindando carretera de por medio con el lote número 1, se sigue por el mismo borde derecho hasta llegar al primer mojón, punto de partida. Este mojón dista del anterior en línea recta 200 metros y azimut de 93 grados".

Y también a este otro predio: un lote de terreno matriculado con el nombre de "El Alivio", demarcado por los siguientes linderos: "Partiendo del mojón clavado al pie de la cerca lindero del globo de "Las Garzas" en el punto que se llamó El 73, se sigue en dirección S. 36º 00', colindando con el lote número 2, hasta llegar al mojón clavado en la margen izquierda en el punto que se llamó "La Curva"; de aquí se sigue en dirección N. 29º 30' E., colindando con el lote número 21 de Francisco Ospina, hasta llegar al mojón clavado en el camino real; luego se sigue hacia el Noroeste, por el camino real y colindando con el mismo Ospina, hasta llegar al mojón clavado en la margen izquierda de la quebrada Emayá en el punto que se llamó El 92; luego se continúa por Emayá aguas arriba hasta llegar al mojón de piedra en el punto llamado "Felipe"; de aquí se sigue hacia el Noroeste, por la cerca lindero de "Las Garzas" y de la hacienda "Luisa", hasta llegar al mojón clavado en el punto que se llamó El 6 distante 1.300 metros del anterior; de aquí se vuelve en dirección S. 78º 00' E. colindando con el lote número 4 "Lote de Gastos" hasta llegar al mojón clavado al pie de la cerca lindero que se llamó de "Mono", distante unos 878 metros del anterior; de aquí se vuelve hacia S. O. por la cerca lindero, atravesando la zanja de "Mono", hasta llegar a un mojón de palo clavado en la esquina de esta cerca la que tiene dirección S. 40º00' E.; siguiendo por esta última hasta llegar al mojón El 73 que se tomó como punto de partida y distante unos 952 metros del anterior".

JORGE LOZANO ARCINIEGAS (solo), al terreno denominado "El Recuerdo", demarcado así: "Desde una piedra clavada en la margen derecha de la quebrada de El Emayá en el punto denominado Salto del Infierno; de aquí, lindando con terrenos de San José, línea recta a una piedra clavada en la falda de una loma, a la izquierda de la desembocadura de la zanja de La Raizosa en el río Saldaña; aguas abajo de este río hasta la desembocadura de la quebrada de El Emayá y ésta aguas arriba, hasta el primer lindero citado".

Para acreditar su calidad de actuales propietarios de los terrenos antes indicados los opositores presentaron certificados del señor Registrador de Instru-

mentos Públicos y Privados del Circuito del Guamo y escrituras públicas, documentos de los cuales surge inequivocamente tal calidad.

La salida del patrimonio nacional de los inmuebles la vinculan los opositores al remate de bienes desamortizados que tuvo lugar el 15 de Noviembre de 1.872, en el que se abjudicó la hacienda "Luisa", de la que hacen parte todos sus predios, a Santiago Figueroa, quien la cedió inmediatamente a Isaac Montejo y Hermógenes Valdiri, de todo lo cual da cuenta la escritura 2307 de 7 de Diciembre de 1.872 de la Notaría Segunda de Bogotá, registrada en la Oficina de Registro del Guamo el 23 de Diciembre de 1.872.

En la inspección ocular practicada por el Tribunal de Ibagué por comisión de esta Sala se identificaron los predios "La Esmeralda", "El Alivio" y "El Recuerdo", asi como la antigua hacienda "Luisa", y se concluyó que los referidos predios están comprendidos dentro de los linderos de ésta.

Los peritos, por su parte, identificaron por sus linderos los lotes pertenecientes a Evangelina Pulecio de Gálvez, Alfonso Pulecio Leiva, José de Jesús Pulecio Leiva, Emma Lozano Pulecio de Melendro y Jorge Lozano Arciniegas, que en el libelo se afirma que integraron la hacienda "La Esmeralda" antes de su división material, de que da cuenta la escritura No. 87 de 14 de Abril de 1.943, de la Notaría del Guamo, allegada a los autos. Asi mismo corroboran que "La Esmeralda", "El Alivio" y "El Recuerdo", están comprendidos dentro de la alinderación de la antigua hacienda Luisa. Finalmente, concluyen que el área de la propuesta 526 se superpone a los referidos predios.

Se encuentran, pues, satisfechos los fundamentos de hecho de las oposiciones que se estudian, por lo que deben prosperar.

B). DEMANDA DE ELIAS QUIMBAYO, CON RELACION A LA FINCA "UKRANIA". Los linderos de ésta se expresan en el libelo así: "Partiendo del mojón de madera clavado al pie de la cerca lindero entre "Las Garzas" y la hacienda "De Luisa", en el punto que se llamó "El 9", se sigue por dicha cerca, hacia el N. O. hasta llegar al mojón clavado en la margen derecha del río "Luisa" en el punto llamado "Bayo Chincha" distante del anterior unos dos mil cuatrocientos cuarenta y dos metros; luego se sigue por el río, aguas abajo, hasta llegar al mojón clavado al pie de la cerca linderos del globo que se parte, distante, en recta trescientos ochenta y dos metros del anterior, después se continúa por la cerca lindero; hacia el suroeste hasta llegar al mojón de madera clavado a ochocientos noventa y dos metros del anterior; luego se vuelve al suroeste por la cerca lindero, hasta llegar al mojón de madera clavado en el punto que se llamará "El 35", distante ciento noventa metros del anterior; luego se vuelve en dirección S. dos grados, cincuenta minutos E., colindando con el Número 6 de Luis A. Lozano, hasta llegar al mojón clavado en el punto que se llamó "El Medio"; de aquí se continúa en dirección S. 0°. 0' S., colindando con el número ocho de Rufino Calderón, hasta llegar al mojón clavado en el carreteable "Guamo-Rincón Santo", a 100. mtrs del anterior y en el punto que se llamará "El Igua"; después se continúa por el carreteable, hacia "Rincón Santo", colindando con los lotes Nos. ocho y nueve de Rufino Calderón y Miguel Rodríguez, hasta llegar al mojón de madera clavado en el lado sur del carreteable en el punto que se llamará "El Regalo" distante quinientos ochenta y ocho metros del ante-

rior; y luego se vuelve en dirección S., catorce grados treinta y dos minutos O., colindando con el número doce de Juan Bautista Guzmán y Damiana de Guzmán, hasta llegar al mojón clavado a cuatrocientos treinta y seis metros del anterior y en punto que se llamará "La Vara"; luego se continúa en dirección S. sesenta y ocho grados veinte minutos E., colindando con los lotes números: doce, trece, catorce, quince, diez y seis, y diez y siete hasta llegar al mojón de madera clavado al pie de la cerca lindero del globo a setecientos tres metros del anterior y en el punto que se llamará "El sesenta y cuatro"; después se continúa hacia el S. O. por el cerco lindero, hasta llegar al mojón de madera clavado en el sitio que se llamará "El sesenta y cinco", distante doscientos sesenta y cuatro metros del anterior; y de aquí se vuelve en línea recta, hasta llegar al mojón de! "Nueve" tomado como punto de partida". LOTE NUMERO 4. "Partiendo del mojón de madera clavado al pie de la cerca lindero de "Las Garzas" y la "Hacienda de Luisa", en el punto que se llamó "El 6", se sigue por la cerca dicha hacia el noroeste, hasta llegar al mojón clavado al pie de ella en el punto que se llamará "El 9", distante cuatrocientos cincuenta metros del anterior (450); de aquí se vuelve en dirección S. setenta y seis grados veintinueve minutos (76o. 29), colindando con el número cinco (No. 5) del Dr. Elías Quimbayo P., hasta llegar al mojón de madera clavado al pie de la cerca lindero en el punto que se llamó "El Sesenta y cinco" distante unos mil ciento cincuenta y nueve (1.159 m.) metros del anterior; luego se continúa por la cerca lindero, hacia el S. O., hasta llegar al mojón de madera clavado al pie de ella en el punto que se llamó "De Mono" distante trescientos noventa y nueve metros (399 m) del anterior; y de aquí se vuelve en dirección N. setenta y ocho grados cero minutos O. (78o O.O) colindando con el número tres (3) del Dr. Jorge Lozano hasta llegar al mojón "El 6" tomado como punto de partida. Los linderos especiales de la mitad del lote No. 4 antes alinderado y que en virtud de la precitada escritura me correspondió, son los siguientes: "Por el costado oriental, con propiedades de Flórez y de Preciados; por el occidental, con los cercos divisorios de la "Hacienda de Luisa"; por el sur, con lote que por este instrumento corresponde al Dr. Jorge Lozano Arciniegas; y por el norte, con el lote No. 5 adjudicado en el juicio divisorio de "Las Garzas" al compareciente Dr. Quimbayo Prada".

Como anota el señor Procurador Delegado no se practicó inspección ocular para localizar la hacienda "Ukrania". Dice el doctor Quimbaya que como esta hacienda es una desmembración del predio "Luisa", el cual, como ya se vió al estudiar la oposición anterior, salió del patrimonio nacional antes de 1.873, y resultó comprendido dentro de los linderos de la propuesta 526, sobraba una nueva inspección para llegar a las mismas conclusiones, ya que de las numerosas escrituras que presentó resulta acreditado tal hecho. Sinembargo es lo cierto que el solo examen de esos títulos no produce el convencimiento pléno de que efectivamente el predio "Ukrania", en su totalidad, fue parte de la antigua hacienda "Luisa" de que se habló en la anterior oposición. Bastará anotar a este respecto que en la escritura de partición 619 de 1.910, de la Notaría de "El Guamo" se encuentran involucrados "tres lotes más" del llamado Luisa y que a Nicolasa Pulecio de Arciniegas se le adjudicaron tierras en el "Portugal", que parece era uno de esos "tres más". Aquí, pues, por lo menos, se rompe la vinculación directa con la hacienda "Luisa", y aunque en documentos posteriores se alude a ella, ya resulta difícil precisar que los diversos actos de transferencias, algunos "inter mortem" versen sobre las mismas porciones de la hacienda "Luisa", hasta llegar a la transferencia que hizo propietario de la finca "Ukrania" al doctor Quimbayo.

En realidad, es bien difícil, en términos generales, que la sola lectura de documentos contentivos de tansferencias de dominio entre particulares produzca la plena prueba de que un predio actual hace parte de otro, especialmente cuando, como en el caso de autos, se trata de una larga serie de transferencias, a veces paralelas, entre cuyos extremos median muchos años. De todas maneras, en el caso presente, como ya se dijo, la lectura de los diversos títulos no produce esa plena convicción.

Además -como anota el señor Procurador Delegado-, la inspección ocular era indispensable en el presente caso para identificar sobre el terreno el predio "Ukrania", ya que sin una tal identificación sería imposible hacer una declaración sobre su exclusión del área de la propuesta, si fuere el caso. La Corte en repetidas ocasiones, al detallar las diversas etapas probatorias de los fundamentos fácticos de estas acciones de oposición ha destacado entre ellas la consistente en la determinación precisa del terreno sobre cuyo subsuelo petrolífero versa la demanda. Debiendo producir el fallo favorable que impetra el demandante una nítida separación entre el petróleo particular y el del Estado, es obvio que el Juzgador tiene que estar plenamente enterado de la realidad geográfica sobre la cual va a recaer su decisión, realidad que, por otra parte, importa también conocer con toda precisión a la Nación. De aquí que se haya hablado frecuentemente de la identificación del terreno como de un fundamento especial, y que el art. 36 del C. de Petróleos, en lo que concierne a la actuación ministerial que contempla, lo considere expresamente como un tal requisito autónomo.

Por consiguiente, y en acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado, se impone el rechazo de esta oposición, sin necesidad de entrar en otras dilucidaciones.

C). DEMANDA DE MIGUEL ORTIZ, RAFAEL ORIZ ARIAS, EUSTACIO ORTIZ ARIAS y JOAQUIN MOLINA.

En el libelo vinculan sus pretensiones a varios predios, como a continuación se expone:

MIGUEL ORTIZ, RAFAEL ORTIZ y EUSTACIO ORTIZ, al siguiente:

Un globo de terreno denominado "NORMANDIA", segregado de la antigua hacienda de El Tigre, con una cabida aproximada de 421 hectáreas 6.381 metros cuadrados, ubicado en el Municipio de Purificación, Departamento del Tolima, alindado así: "Partiendo del río Saldaña y en la colindancia con la hacienda de Santa Inés de propiedad de Leandro Guzmán, hoy de sus herederos, se continúa por sus cercas divisorias y en dirección S. E. hasta encontrar el borde de la vega de Chicora; de este punto se sigue por dicho borde al Noroeste y con la misma colindancia hasta un punto colocado a los 180 metros del anterior; de aquí se vuelve a la derecha al S. E. continuando por las cercas divisorias con Santa Inés hasta un mojón colocado a 1.890 metros del anterior y que sirve de lindero al lote de Jacinto Zabala; de este mojón y siguiendo la misma dirección que se trae y colindando con el lote del mencionado Zabala hasta otro mojón colocado a los 1.070 metros del anterior; de este mojón y volviendo a la izquierda en ángulo recto y en colindancia con lotes de Pilar Avila y Leandro Guzmán hasta otro mojón colocado a los 909 metros del anterior; de este mojón y volviendo a la izquierda en dirección aproximada Norte hasta otro mojón lindero de la hacienda de San Agustín de propiedad del señor Joaquín Molina y distante del anterior 270 metros; de este mojón y volviendo a la izquierda hacia el N. W. se conti-

núa por las cercas divisorias con el mencionado Molina hasta un punto colocado en el borde oriental de la vega de Chicora; se sigue luego por este borde al Sudeste hasta un punto colocado normalmente a los 629 metros de la línea anterior; de aquí vuelve al N. W. y con la misma colindancia hasta el río Saldaña; de este punto se sigue río Saldaña aguas arriba hasta el primer lindero o punto de partida".

JOAQUIN MOLINA, es dueño del globo de terreno denominado SAN AGUSTIN, con una superficie de 451 hectáreas, alinderado de la siguiente manera: "A partir del punto en donde la línea divisoria de los lotes de los señores Alberto, Isabel y Germán Ramírez, hoy "Normandía", de propiedad de Miguel Ortiz, y el lote que se trata, toca el río Saldaña, se sigue esta línea al S. E. hasta encontrar el borde de la vega Chicora, lindando con los mismos anteriores, hoy "Normandía" propiedad de Miguel Ortiz, y con el de la señora Martina Posada de Ramírez, hoy también "Normandía" de propiedad del anterior Miguel Ortiz; de este punto siguiendo dicho borde al N. E. hasta un punto colocado normalmente a los seiscientos veintinueve (629) metros de la línea anterior; de aquí vuelve al S. E. paralelamente a la línea que dividía los lotes de Martina P. de Ramírez y Antonia Posada, hoy "Normandía" y "Santa Inés" respectivamente hasta recorrer una longitud de tres mil ciento ochenta (3.180) metros lindando en estas dos últimas líneas con el lote de la señora Martina Posada de Ramírez, hoy "Normandía" de propiedad del mismo Ortiz; luego sigue al Norte con azimut magnético de trescientos cincuenta y siete grados diez minutos (357o 10') en una longitud de tres mil doscientos noventa y cuatro metros (3.194 m.) hasta llegar al río Saldaña en su margen derecha donde se colocó un mojón marcado con el número uno (1) y colocado un poco abajo de la boca de la quebrada de el Gusano en el río Saldaña y paso del camino público que conduce de Purificación al Guamo, llamado "Paso del Gusano", lindando por esta parte a la derecha con los lotes seis (6), cuatro (4) y nueve (9) respectivamente. De este mojón se sigue por el río Saldaña, aguas arriba, hasta encontrar el borde oriental de la Vega de Chicora; se sigue luego al Nor-Oeste por este borde y el de la vega de El Gusano hasta encontrar el río Saldaña, (hoy se ha cambiado el curso del río y la vega del Gusano ha quedado en la margen izquierda del río, como una isla, pero se sigue en posesión de Joaquín Molina). Por esta causa los linderos van hoy hasta un brazuelo que limita por el Norte la isla del Gusano y que era el cauce principal antiguo de este río. Luego se continúa por este brazuelo aguas arriba hasta encontrar el primer punto de partida y primer lindero en la divisoria de este lote que se demarca y hacienda de "Normandía".

El mismo JOAQUIN MOLINA, al subsuelo de las siguientes fincas:

a) Un lote denominado La Vega, alinderado así: "Partiendo de un mojón situado en la margen derecha del río Saldaña marcado en el plano con el número nueve (9), sigue esta margen del río con rumbo N. cuarenta y cinco grados E. (45° E.) hasta encontrar la cerca de alambre que le sirve de lindero con la hacienda de "El Cairo"; se sigue esta cerca en línea recta, con rumbo S. sesenta y seis grados E. (S. 66° E.) hasta encontrar en el punto marcado en el plano con el número once (11), en el cual esta cerca es cortada por otra cuyo rumbo es S. veintitrés grados W (S.23o W) y que determina el lindero por el Oriente, con la hacienda "San Francisco", sigue esta cerca en línea recta hasta dar al punto marcado en el plano con el número doce (12) en el cual vuelve a la derecha con rumbo N. setenta y cuatro grados W (N. 74° W), siguiendo una cerca de alambre en línea recta que determina el lindero con terrenos de Bárbara Arias,

hoy Joaquín Molina, por el sur. En el punto marcado con el número trece (13), cruza esta cerca a la derecha con rumbo N. sesenta y tres grados W. (N 63° W.) determinado el lindero con terrenos de Natividad Andrade y con el lote número cinco (5) por el Sur, hasta dar al mojón marcado con el número 15; en este punto cruza a la izquierda y sigue en línea recta hasta dar con rumbo S. treinta y seis grados W. (36° W.) al mojón marcado con el número diez y seis (16). En este punto cruza a la izquierda, en línea recta de rumbo N. S. hasta encontrar en la orilla de la Laguna Grande, al mojón marcado con el número diez y seis A (16 A). La prolongación de esta línea encuentra dentro de la laguna una línea recta de rumbo E.W. determinada por un árbol aislado que se encuentra en la parte oriental de la laguna y por los mojones números diez y siete A. (17 A.) y diez y ocho (18). Esta línea recta que parte de la laguna determina por el Sur el lindero con el lote número seis (6) y va hasta la cerca de alambre que determina el lindero con la hacienda de "San Agustín" de Joaquín Molina; va hasta el mojón número dos (2) en el cual vuelve a la derecha con rumbo S. ochenta y cuatro grados E. (S. 84° E.) hasta encontrar el mojón número cinco A (5 A) colindando por el Norte con los lotes números uno (1), dos (2) y nueve (9). En el mojón número cinco A (5 A) vuelve a la izquierda en línea recta con rumbo N. nueve grados treinta minutos (W.N. 9° 30' W.) hasta encontrar el mojón número nueve (9) sobre el río Saldaña punto de partida".

b) Un lote denominado La Laguna, alinderado así: "A partir del mojón colocado en el Pajal de la laguna de "El Abanico", se sale hacia el N. E. con azimut de veintiún grados cincuenta y ocho minutos (21° 58') y una distancia de ciento diez y seis metros cincuenta centímetros (116,50) a encontrar un mojón colocado en la orilla de la misma laguna; de aquí al N. E. con azimut de treinta y tres grados, cincuenta y tres minutos (33° 53') y una distancia de mil treinta y cinco (1.035) metros lindando con Natividad Andrade, a encontrar un mojón en la cerca del mangón de San Antonio; de aquí se sigue la cerca del mangón de San Antonio hacia el E. hasta encontrar el lote de Lucas Osorio hoy de Miguel Ortiz a una distancia de setecientos ochenta y seis (786) metros medidos por la cerca; de esta esquina se continúa por la cerca de Lucas Osorio, hoy Miguel Ortiz hacia el S.E. en una distancia de ciento cuarenta y seis metros, setenta y cinco centímetros (146.79 mts.) a encontrar un mojón; de éste se vuelve hacia el O.S.O. con azimut de doscientos cuarenta y ocho grados veintisiete minutos (248° 27') lindando con el lote negociado con los González, a encontrar un mojón a una distancia de mil trescientos cincuenta y seis metros, cuarenta centímetros (1.356,40 mts.) colocado al oriente del tambre de la laguna de "El Abanico"; de aquí, se sigue hacia el S.O. con azimut de doscientos dos grados treinta y dos minutos (202° 32') y una distancia de ciento treinta y seis metros treinta centímetros (136,30 mts.) a encontrar un mojón en el Chontal de la laguna y de aquí, hacia el N.O. con azimut de trescientos grados diez minutos (300° 10') y una distancia de ciento veintún metros, setenta centímetros (121,70 mts.) a encontrar el mojón de partida lindando con terrenos hoy de Leandro Guzmán, distinguido este lote con el número seis (6)".

c) Un lote llamado El Abanico, alinderado así: "Del mojón señalado en el plano con el número catorce (14), línea recta lindando a la derecha con el lote marcado con el número cuatro (4) y con rumbo N. (N. 66° W.) hasta el mojón indicado en el plano con el número quince (15); de este punto, volviendo a la izquierda siga con rumbo S. treinta y seis grados W. (S. 36° W.) hasta el mojón número diez y seis (16) del plano; y de este punto siguiendo una línea N. S. has-

ta interceptar la línea diez y ocho, cuarenta y tres (18-43), en el punto señalado en el plano con el número diez y siete (17), situado en la Laguna Grande, en todas estas líneas linda a la derecha con el lote número cuatro (4). Del punto diez y siete (17) sigue con rumbo W.E. hasta dar a un mojón señalado en el plano con el número cuarenta y tres (43), lindando a la derecha con el lote número seis (6) hoy de propiedad de Leandro Guzmán; de este punto línea recta con rumbo N. cuarenta y un grados E. (41°. E.) hasta dar a un mojón situado en la Laguna de "El Abanico", indicado en el plano con el número cuarenta y dos (42), lindando a la derecha con el mismo lote número seis (6); de este punto línea recta con rumbo N. cincuenta y dos W. (N. 52 W.) hasta encontrar el mojón marcado con el número cuarenta y cuatro (44) y lindando a la derecha con terrenos de Natividad Andrade; del mojón cuarenta y cuatro (44) línea recta con rumbo N. trece grados (N. 13°. E.) hasta encontrar el mojón número catorce punto de partida".

Según los opositores estas fincas hicieron parte de la antigua hacienda denominada "El Tigre", la cual, dividida en 12 lotes, fue objeto de diversos remates, como bien de manos muertas, entre el año de 1.869 y 1.872 inclusive, según se desprende de las siguientes escrituras: 768 de 30 Abril de 1.872 de la Notaría 2a. de Bogotá, (lote No. 1); 2.157 de 22 de Diciembre de 1.870 de la Notaría 2a. de este mismo Circuito (lotes 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9); 862 de 25 de mayo de 1.870 de la misma Notaría (lotes 10, 11 y 12); 343 y 344 de 26 de Febrero de 1.872 (pago de deudas por los remates de algunos lotes). La mitad de toda la hacienda fue objeto de una venta el 31 de Marzo de 1.873, según consta en la escritura 626 de 1.873, de la Notaría 2a. de Bogotá, en la cual figuran los linderos generales de la hacienda y aparecen citadas las escrituras que hablan de los remates.

Con relación al predio "Normandía", aparece indicado al principio de la demanda de oposición que pertenece a Miguel Ortiz, Rafael Ortiz y Eustacio Ortiz; pero al precisarse la manera como fue adquirido resulta afirmado que le fue adjudicado a los dos últimos en la sucesión de Rufina Arias de Ortiz, como hijos legítimos de ésta, y que Miguel Ortiz, cónyuge supérstite, lo había adquirido durante la existencia de la sociedad conyugal por compras a Martina Posada de Ramírez, Alberto, Isabel y Germán Ramírez Posada, de donde resulta que sólo los expresados Rafael Ortiz y Eustacio Ortiz son considerados como propietarios actuales. Ahora bien, los títulos de estos dos, hijuelas hechas a su favor en la aludida sucesión de Rufina Arias de Ortiz y que constan en la escritura 341 de 28 de Noviembre de 1.944, de la Notaría de Purificación, no contienen las alinderaciones señaladas en la demanda al aludido predio "Normandía".

Este predio aparece descrito en el libelo como ya se transcribió, y se dice que tenía una cabida de 421 hs., y el predio "Normandía" adjudicado por mitades a Rafael y Eustacio Ortiz, está descrito en las hijuelas de éstos así: "... un lote de terreno de llano conocido con el nombre de "Normandía", segregado de la Hacienda de El Tigre, de la jurisdicción de este municipio (de Purificación) constante de ciento noventa y una hectáreas, cinco mil trescientos diez y siete metros cuadrados (191 Hs. 5.317 m2.) adquirido por el cónyuge sobreviviente, señor Miguel Ortiz B., por compra que de él hizo, según instrumento público número 1131 de 10 de Agosto de 1.928, otorgado por Oliverio Ramírez y su esposa en la Notaría 3a. del Circuito de Bogotá. Este lote está delimitado por los siguientes linderos: "Partiendo de la esquina suroeste del cerco de alambre de este lote, se sigue hacia el Noroeste por dicho cerco hasta un mojón distante del punto anterior 462 metros, lindando con la Hacienda de El Tigre, de propiedad

de la señora Ulpiana Angel de Posada; de aquí recto hacia el Noroeste, hasta otro mojón puesto en la margen derecha de la quebrada del Cucharo y que dista del anterior 2.630 metros; de aquí recto al Occidente, atravesando dicha quebrada hasta otro mojón puesto en el cerco que divide el lote de la sabána del de vega (sic.), se sigue hacia el Sur, por este cerco hasta el otro mojón puesto en el cerco y que queda a cien metros antes de llegar a la esquina del alambre que divide este lote con el de Santa Inés que fué del señor Antonio Posada; de este mojón recto al noroeste 151·25' centecmales, hasta otro mojón puesto en el cerco que divide la vega de Martina P. de Ramirez de la de los hijos de ésta, lindando en todo este trayecto con la porción de "Normandía" que se reserva la señora Posada de Ramirez, se sigue al Suroeste por el limite de la vega de los señores Alberto, Isabel y Germán Ramirez Posada, hasta dar con el cerco que divide el lote de "Normandía" con el de Santa Inés, y de aquí al suroeste por dicho cerco, hasta el punto de partida".

Como puede apreciarse, uno es el lote "Normandía" atribuido en la demanda a los hermanos Rafael y Eustacio Ortiz y cuyo subsuelo petrolífero se pide sea excluido de la propuesta 526, y otro bien distinto el que por partes iguales y con el mismo nombre de "Normandía" les fue adjudicado a los citados hermanos Ortiz en el sucesorio de Rufina Arias de Ortiz. Lo que equivale a decir que aquéllos no han acreditado ser propietarios del predio al cual han vinculado sus pretensiones en el libelo, lo que constituye uno de los fundamentos esenciales de acciones como la incoada, lo cual es suficiente para desestimarla. Consiguientemente hay que rechazar las pretensiones de Rafael y Eustacio Ortiz con relación al subsuelo del predio "Normandía" que aparece descrito en la demanda de oposición.

En cuanto al predio SAN AGUSTIN de 451 hectáreas según el libelo, cuyos hidrocarburos reclama Joaquín Molina como propietario actual, éste no ha acreditado plenamente dicha calidad. En la demanda aparece señalado como título actual de tal predio la escritura 802 de 9 de Mayo de 1.934, de la Notaría 3ª. de Bogotá, y efectivamente en dicho instrumento consta la venta que a Joaquín Molina hizo, entre otras, Mercedes Posada de Venegas de 319 hectáreas 1.763 metros cuadrados, de parte de un predio llamado San Agustín, parte que guarda alguna semejanza con el predio San Agustín descrito en la demanda, pero cuyos linderos no coinciden en todo con los de éste. En efecto: los linderos del predio vendido por Mercedes Posada de Venegas son como sigue: "a partir del punto en donde la línea divisoria de los lotes de los menores Alberto, Isabel y Germán Ramirez y el lote de que se trata toca el río Saldaña, se sigue esta línea al Sur Oeste hasta encontrar el borde de la vega de Chicora lindando con el lote de los menores Alberto, Isabel y Germán Ramirez y con el de la señora Martina Posada de Ramirez; de este punto siguiendo dicho borde al Norte hasta un punto colocado normalmente a los seiscientos veintinueve metros (629 metros) de la línea anterior; de aquí vuelve al Sur Oeste paralelamente a la primera línea descrita hasta recorrer una longitud de tres mil ciento ochenta metros (3.180 mts.), lindando en estas tres últimas líneas con el lote de la señora Martina Posada de Ramirez, luego sigue al Norte, con rumbo magnético total de trescientos cincuenta y siete grados (357o) diez minutos (10,) en una longitud de mil cuatrocientos cuarenta y nueve (1.449) metros, lindando con el lote de la señora Ulpiana Angel de Posada, de este punto sigue al Nordeste paralelamente a la línea trasanterior hasta encontrar el borde de las vegas de Chicora; de aquí sigue al Nordeste por este borde y el de la vega del Gusano hasta encontrar el río Saldaña, lindando con

el lote de los menores María, Alfonso, Alvaro y Beatriz Vanegas Posada, sigue luego por el río Saldaña aguas arriba hasta el punto de partida".

Comparada esta alinderación con la que del predio San Agustín se da en la demanda y que se transcribió, puede observarse cómo los dos predios no coinciden, aunque presentan alguna similitud. Acaso la discrepancia se debe a que el señalado en la demanda es un predio de 451 hectáreas, y el descrito en la escritura consta tan sólo de 319 y 1.763 metros cuadrados. Es el segundo parte del primero?. Podría ser, pero no se ha establecido en los autos, y sería imposile reconocer propiedad sobre ese predio menor, cuya identificación no se hizo. El predio identificado por los peritos que intervinieron en la inspección ocular fue el descrito en la demanda, no el que aparece en la escritura 802 antes mencionada. Se deberá la discrepancia entre los dos predios a la circunstancia, anotada en la demanda, al describirse el predio San Agustín, de que el cauce del río Saldaña cambió?. Puede aceptarse como posibilidad, pero nada se estableció en el proceso sobre su realización efectiva.

En la misma escritura 802 de 1.934 también compra Joaquín Molina a María Venegas de Bieri, Beatriz, Alfonso y Alvaro Venegas Posada una extensión de tierra que según se afirma en el documento, integra, junto con la de que antes se habló, la hacienda de San Agustín. Es una extensión de 128 hectáreas 5.819 metros cuadrados, y linda así: "Desde el punto en donde la línea que divide este lote con el de la señora Ulpiana Angel de Posada encuentra el río Saldaña, punto que queda un poco abajo de la boca de la quebrada Gusano, se sigue esta línea al Sur con rumbo magnético total de ciento sesenta y siete grados diez minutos hasta recorrer una distancia de mil ochocientos cuarenta y cinco metros (1.845 mts.), lindando con el lote de la señora Ulpiana Angel de Posada; de aquí se sigue al Nordeste paralelamente a la línea divisoria en el llano entre los lotes de la señora Mercedes Posada de Venegas y Martina Posada de Ramírez hasta encontrar el borde oriental de las vegas de Chicora; luego se sigue al Nordeste por este borde y el de la vega del Gusano hasta encontrar el río Saldaña, lindando con el lote de la señora Mercedes Posada de Venegas; de este punto por el río Saldaña aguas abajo a dar al punto de partida".

Aunque en esta alinderación aparecen mencionados accidentes geográficos que se encuentran en la descripción que en la demanda se da del globo San Agustín, no coinciden tampoco con los de éste. Finalmente no se comprobó que las dos porciones en referencia integraran realmente, en todo o en parte, el predio "San Agustín" descrito en el libelo.

En consecuencia, como el opositor concretó sus pretensiones en la demanda al globo que describió en la misma, y no se ha comprobado plenamente que el título que presentó para acreditar su calidad de propietario actual (la citada escritura 802 de 1.934 de la Notaría 3a. de Bogotá) corresponda realmente a ese globo, en todo o en parte, es claro que no ha acreditado dicha calidad, que, como ya se dijo, es uno de los fundamentos esenciales de acciones como la que se estudia, por la cual su no comprobación, por sí sola, conduce a una sentencia absolutoria.

Por lo que hace a los tres predios distinguidos en la demanda con las letras a), b) y c) llamandos "La Vega", "La Laguna" y "El Abanico" cuyo subsuelo se reservó Joaquín Molina al venderlos a Juan de Dios Giraldo, según se afirma en el libelo, hay que anotar que ciertamente en tal venta, que consta en la escritura 253 de 18 de Mayo de 1.942, de la Notaría de Girardot, figura la siguiente declaración

del vendedor Molina; "SEPTIMO. Que el subsuelo de la finca materia de esta venta, en lo relativo a hidrocarburos, lo ha dado en opción a la Compañía RICHMOND PETROLEUM COMPANY de los Estados Unidos de Norte América, por escritura pública número setecientos diez y seis (716) de fecha once (11) de Noviembre de mil novecientos treinta y siete (1.937), de esta misma Notaría, por el término de quince (15) años, derechos de opción que el vendedor se reserva en su totalidad por el término de quince (15) años contados desde la fecha de la escritura mencionada antes".

Pero no es menos cierto que como se desconoce el objeto preciso delaludido contrato de opción celebrado con la RICHMOND así como el texto del mismo, y como, de otra parte, es evidente que la cláusula transcrita no contiene una inequívoca reserva de dominio del subsuelo, es claro que no puede afirmarse que en realidad de verdad el vendedor Molina se reservó el dominio de dicho subsuelo petrolífero. Finalmente debe anotarse que el término de quince años durante el cual debía regir el contrato de opción, está vencido con exceso, ya que debía contarse a partir del año de 1.937.

En consecuencia, ningún derecho tiene actualmente el opositor Molina sobre los hidrocarburos que puedan encontrarse en los tres lotes de que se viene hablando, por lo que mal podía pedir su exclusión del área de la propuesta.

Se rechaza, pues, la oposición de Joaquín Molina.

D). DEMANDA DE MARIA FRANCISCA RIVAS DE MEDINA, JUAN BAUTISTA NEIRA, MARIA CAYCEDO V. DE LEYVA, FRANCISCO LEYVA, ALICIA LEYVA DE CAYCEDO, CLARA LEYVA è ISABEL LEYVA.

En la demanda vinculan sus pretensiones de la siguiente manera:

MARIA FRANCISCA RIVAS DE MEDINA, se dice propietaria de los predios denominados "El Baurá" y de un derecho proindiviso sobre los terrenos denominados "La Comunidad", así como de un pequeño lote de terreno sin nombre, alinderado en el punto "C" de la demanda.

JUAN BAUTISTA NEIRA, se dice dueño del predio denominado "Mangón de Saldaña" y "Mangón de Cucharo".

MARIA CAYCEDO V. DE LEYVA, FRANCISCO LEYVA, ALICIA LEYVA DE CAYCEDO, CLARA LEYVA è ISABEL LEYVA, se dicen propietarios del terreno denominado "Hato de Chenche".

Los linderos que en la demanda se dan a tales predios, son los siguientes:

"EL BAURA": "Partiendo de un mojón de piedra que se marcará con la letra Q y que se colocará al pie del madrino de la puerta llamada de los Limones, situada sobre la cerca que divide El Tigre de Saldaña, con dirección azimutal de S. 36 grados 85 centésimos hasta recorrer una longitud de 3.427 metros en línea recta, punto donde se colocará un mojón marcado con la letra P; de aquí, volviendo hacia el Oriente en línea recta con dirección azimutal de S. 99 grados 84 milésimas en una longitud de 1.677 metros 50 centímetros se llega al punto donde actualmente corta la quebrada del Guásimo la cerca que divide los mangones llamados del Baurá y Guásimo, en donde se colocará un mojón marcado con la letra I; de este mojón se sigue en línea recta al punto donde actualmente desemboca la quebrada del Guásimo en el río Chenche, desembocadura situada a 715

metros del mojón anterior, y con dirección azimutal de S. 82 grados 66 minutos E., en este punto se colocará un mojón marcado con la letra R; de este punto Chenche aguas abajo hasta su desembocadura en el río Magdalena, Magdalena abajo hasta la desembocadura de la quebrada de Guarapo en el mismo río, comprendiendo por este lado las islas que hace el río Magdalena entre las dos desembocaduras mencionadas; de la boca del Guarapo por la cerca que separa esta tierra de la hacienda del Tigre, hasta encontrar el mojón Q punto de partida".

"LA COMUNIDAD": "Partiendo del mojón que está situado a dos cuadras del hato de Buenavista, en dirección de Occidente a Oriente, a encontrar el primer mojón de la línea que separa las haciendas de Saldaña y El Guayabo y que está situado a 2.145 metros del primero y se marcará con la letra N.; de aquí, volviendo hacia la izquierda con dirección azimutal de N. 42 grados 388 milésimos E, en una longitud de 4.255 metros 51 centímetros a encontrar el camino público que va del Guamo a Coyaima, en donde se pondrá un mojón marcado con la letra B; de aquí volviendo hacia la izquierda con dirección azimutal de N. 64 grados 446 milésimos en una longitud de 5.405 metros 40 centímetros se llega al vértice de un ángulo notable de la dirección general del río Doyare, en donde se colocará un mojón marcado con la letra A; de aquí, Doyare aguas arriba hasta el frente del cerro llamado de Amacá; de este punto, mirando hacia el Oriente, hasta el mojón situado a dos cuadras del Hato de Buenavista, punto de partida".

"MANGON DE SALDAÑA Y MANGON DE CUCHARO": "Partiendo de la puerta de Los Limones en el lindero con El Tigre en línea recta hacia el Sudoeste siguiendo la cerca divisoria entre Baurá y Saldaña hasta el punto en donde se encuentra el mojón que sirve de lindero a Saldaña, Baurá y Chenche, y por esa misma línea hasta encontrar la cerca que viene de la puerta de Vásquez, de este punto hacia el Occidente, por toda la cerca que hoy deslinda el Mangón de Cucharo de las tierras de la sucesión hasta el ángulo que forma la misma al sur del pantano de La Palmita; de este ángulo recto sigue hacia el Norte por toda la cerca de los comunes de este mismo Mangón hasta encontrar en la Laguna Herradura la cerca del Mangón de Saldaña; de este punto volviendo por el borde de los corrales de la misma hacienda, y continuando por la cerca de la manga de abajo, hasta encontrar el río Saldaña, río Saldaña aguas abajo hasta la desembocadura de la quebrada La Herradura en el mismo río y de aquí volviendo hacia el Oriente por toda la línea divisoria entre la hacienda de Saldaña y la antigua hacienda de El Tigre hasta llegar a la puerta de Los Limones, punto de partida".

"HATO DE CHENCHE": "Partiendo del mojón marcado con la letra R. situada en el río Chenche, en línea recta de 715 metros de longitud y con dirección azimutal de Norte 82 grados 65 centésimos se llega al mojón marcado con la letra I. situado en el punto donde actualmente corta la quebrada de El Guásimo la cerca que divide los mangones de Baurá y Guásimo, desde este punto siguiendo hacia el Occidente, en línea recta, con dirección azimutal de Norte 99 grados 184 milésimos O. en una longitud de 1.677 metros 50 centímetros se llega a un mojón marcado con la letra F; de aquí siguiendo en línea recta de 4.250 metros 90 centímetros con dirección azimutal de Sur 36 grados 85 centésimos O. se llega al punto donde se encuentran hoy las cercas del mangón de Chenche con las del potrero de Chicalá y en donde se colocará un mojón marcado con la letra E; de este punto continuando en línea recta y en la misma dirección en una longitud de 1.111 metros se llega al punto donde se colocará un mojón marcado con la letra G; de aquí volviendo en ángulo recto con dirección azimutal de S. 63 grados 15 centésimos E. y una longitud de 1.711 metros hasta encontrar un punto en la línea de cercas

que unen el Palo Madroño con el punto llamado El Desemboque en el río Chenche y donde se pondrá un mojón marcado con la letra H; siguiendo luego por las cercas anteriores hasta el punto llamado El Desemboque en el río Chenche a una distancia de 682 metros; de aquí siguiendo Chenche abajo hasta el mojón marcado con la letra R en la desembocadura de la quebrada del Guásimo en el río Chenche, punto de donde se partió".

El pequeño lote de terreno, sin nombre, indicado en el punto "C" de la demanda, tiene los siguientes linderos: "Por el Norte y Oriente, carretera de por medio que conduce del Corregimiento de Saldaña al Municipio de Purificación, linda con propiedades de la señora María Francisca Rivas de Medina, o sea con el Mangón de Minas y Cucharo; por el Sur, con terrenos de Guillermo Cardozo Cuenca y de sus hermanos de la finca denominada La María, y por el Occidente, con terreno de Climaco Olivero, hoy de su sucesión".

Afirman los opositores que el petróleo y demás hidrocarburos que se encuentren en el subsuelo de sus respectivas fincas son de su propiedad, "por haber salido aquellas fincas del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de Octubre de de 1.873, como partes que fueron de la antigua hacienda "Saldaña", tanto por títulos emanados del Estado como por justa prescripción originada en la posesión inmemorial de esos terrenos acompañada de su explotación económica".

Tales títulos son once mercedes concedidas a diversas personas por competentes autoridades entre los años de 1.611 y 1.621. Pero no puede aceptarse que en virtud de dichas mercedes salió del patrimonio de la corona española la hacienda "Saldaña", de la cual hicieron parte los actuales predios de los opositores, por la sencilla razón de que no aparece establecido que los terrenos a que se refieren las mercedes son los mismos que integraron la citada hacienda.

En la inspección ocular que practicó el Tribunal de Ibagué por comisión de la Sala, se identificaron los diversos predios de los opositores así como la antigua hacienda "Saldaña", y se comprobó además que aquellos están comprendidos dentro de los linderos de ésta, tal como aparecen en la escritura de 5 de Diciembre de 1.846. Pero ningún intento se hizo en dicha diligencia para relacionar dicha hacienda con las once mercedes invocadas por los demandantes y que fueron concedidas a diversas personas en el siglo XVII. Esa labor quedó exclusivamente a cargo de los peritos, quienes al respecto manifestaron:

"Vistos los documentos que contienen las antiguas mercedes y que figuran en el cuaderno 4. de la demanda, la antigua hacienda "Saldaña" y por lo tanto las fincas actuales materia de la oposición tienen líneas o linderos comunes perfectamente identificables con los terrenos mercedados, tales como el río Saldaña, el río Magdalena, el río Chenche y la quebrada de Doyare".

Como le surgiera duda sobre el sentido de la anterior conclusión de los peritos, pues puede entenderse que querían significar o que los terrenos mercedados tenían los mismos linderos que la finca "Saldaña", o que tan sólo algunos de esos linderos eran iguales, o comunes, la Sala pidió a los peritos que aclararan su concepto, con advertencia de que debían mencionar las mercedes que les hubieran servido de base a sus conclusiones, "así como todos los fundamentos de éstas, en detalle". Los peritos manifestaron:

"En atención a la solicitud de fecha veintisiete de Enero de mil novecientos sesenta (f. 56 del cuaderno No. 17) sobre explicación o aclaración del concepto

emitido bajo la letra e) del dictamen pericial que rendimos como peritos en el juicio ordinario seguido por JOSE DE JESUS PULECIO Y OTROS contra la Nación, decimos: Conforme al croquis presentado junto con el dictamen pericial mencionado y el cual se elaboró con base en: a) los títulos de propiedad de los terrenos materia de la diligencia y b) la inspección ocular practicada en los mencionados lotes. Estos dos considerandos: a) y b) son los elementos de juicio o fundamentos que respaldan nuestras conclusiones.

"Conforme al mencionado croquis los lotes denominados "BAURA", "MINAS Y CUCHARO", "HATO DE CHECHE", "LOTE PEQUEÑO" y "COMUNIDAD" están ubicados dentro de los linderos de la hacienda "SALDAÑA".

"Los documentos correspondientes a las mercedes que sirvieron de base para el concepto pericial, se encuentran en el cuaderno 4. Debemos advertir que dicho cuaderno tenía el número 4 cuando se practicó la inspección ocular y cuando rendimos nuestro informe. El perito Amorocho pudo comprobar que la numeración de los cuadernos ha sido cambiada".

"El concepto rendido por nosotros y el croquis presentado para claridad de dicho concepto corresponden a lo que nos fué solicitado por los doctores CARLOS GAMEZ MACIAS y FRANCISCO BARON, en memorial presentado por ellos como apoderados de los señores MARIA TERESA CAICEDO v. DE LEYVA, FRANCISCO LEYVA, ALICIA LEYVA DE CAICEDO e ISABEL LEIVA, el primero de los abogados nombrados y de los señores MARIA FRANCISCO LEIVA DE MEDINA, JOSE MEDINA Y JUAN BAUTISTA NEIRA, el segundo de los abogados mencionados, presentación que tuvo lugar el diez y siete de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco".

Ahora bien, lo que estaba dudoso no era si los predios de los demandantes quedaban comprendidos o no dentro de los linderos de la antigua hacienda Saldaña, sino si esta hacienda correspondía a las tierras a que se refirieron las once mercedes presentadas por aquéllos como títulos que la sacaron del patrimonio estatal; pero sobre esto, como puede apreciarse, nada dijeron los peritos en la aclaración, subsistiendo, por tanto, la duda que planteó su primer dictamen; el cual, por lo demás, carece de debida fundamentación, ya que no puede aceptarse como tal la afirmación escueta de "vistos los documentos que contienen las antiguas mercedes". Baste considerar que eran once documentos, como se ha dicho, por lo cual era bien difícil que su sola lectura produjera el convencimiento inmediato de la coincidencia entre las tierras por ellos contempladas y las de la hacienda Saldaña. Es bien significativo a este respecto que los peritos no hubieran localizado en el croquis que elaboraron ninguna de las aludidas mercedes, en las que, por cierto, más que linderos precisos, se hacen indicaciones generales sobre su ubicación cercana a determinados ríos u otros accidentes geográficos.

Por lo expuesto, no puede aceptarse que los predios de los demandantes, comprendidos dentro de la hacienda "Saldaña", salieron del patrimonio estatal en virtud de las once mercedes invocadas por ellos.

Se pasa ahora a estudiar el otro fenómeno jurídico también invocado por los demandantes: la prescripción o posesión inmemorial acompañada de la explotación económica.

A este respecto los demandantes han alegado que en 1.704 y en diversas ocasiones posteriores a todo lo largo del siglo XVIII la finca "Saldaña" fue ob-

jeto de censos, los cuales a su juicio, comprueban explotación económica. Ahora bien: la expresada finca sólo fue identificada según los linderos que tenía en 1.846 cuando la compró FRANCISCO CAYCEDO JURADO a JUANA JURADO DE CAYCEDO, y no como era cuando fue objeto, con anterioridad a dicha fecha, de los diversos actos presentados como prueba de posesión. Y como, de otro lado, la finca se fue constituyendo en buena parte por sucesivas agregaciones de parcelas de linderos imprecisos, y, como, según resulta del expediente, antes de la citada transferencia de 1.846, la finca aparece sin linderos en los distintos documentos que a ella se refieren, es de todo punto imposible aceptar que los diversos actos de posesión que pudieran verse en esos documentos privados presentados por los opositores, se ejercieron sobre la totalidad de la hacienda, tal como existe hoy día.

Por otra parte, -y es de capital importancia- cabe anotar que, cualquiera que haya sido el verdadero contenido de la institución de la prescripción de los baldíos en la época colonial y comienzos de la República, es lo cierto que el art. 5o. de la Ley de 11 o 13 de Octubre de 1.821, como ha expresado la Sala en diversas providencias, le introdujo una trascendental modificación, al exigir a los presuntos prescribientes que debían sacar los títulos dentro del término de un año, so pena de perder las tierras. Pero no se ha comprobado, ni siquiera afirmado, que quienes por ese entonces poseían la hacienda "Saldaña" hubieran cumplido con dicha obligación. Obligación cuya realización no fue excusada en tiempo alguno posterior por el legislador, sino, a lo sumo, prorrogado por el Art. 9o. del Decreto de 2 de Mayo de 1.843. Pero tampoco hay prueba ni afirmación de un aprovechamiento de tal prórroga.

El apoderado de los demandantes señala, no en la demanda sino en el alegato de conclusión, que en 1.844 la hacienda "Saldaña" fue objeto de posesión por particulares, según revela la diligencia de inventarios y avalúos de los bienes del General Domingo Caycedo. Pero es obvio que no podría admitirse que la prescripción, interrumpida por el incumplimiento del requisito exigido por el Art. 5º. de la ley de 11 o 13 de Octubre de 1.821, de que ya se habló, se hubiera consumado posteriormente, bastando para afirmar ésto la anotación de que no se han señalado ni comprobado otros actos de posesión material que hubieran podido consumar una usucapión que se hubiera vuelto a iniciar.

En realidad de verdad, la aludida diligencia de inventario y avalúos tan sólo puede establecer que el día 19 de Febrero de 1.844, en que tuvo lugar, había determinado número de semovientes en las diversas secciones de la hacienda que en la misma diligencia se nombran, pero nada puede concluirse de allí sobre si esa ocupación que indudablemente constituía un acto de posesión material, comprendía la totalidad de la hacienda, o siquiera la totalidad de cada una de las aludidas secciones. Por lo demás, no conociéndose el área de la hacienda ni la de sus secciones internas, se hace imposible cualquier intento de cálculo sobre las áreas realmente ocupadas, de suerte que sólo podría afirmarse que ese día 19 de Febrero de 1.844 se ejercieron actos de posesión material sobre alguna porción de la hacienda, sin que sea posible precisar sobre cuál. Resulta, pues, que el documento de 1.844 no revela un acto de posesión sobre la totalidad de la finca, ni por otra parte, como ya se dijo, establece la consumación de una nueva usucapión, ya que esa posesión, aunque se admitiera en gracia a la discusión que fue ejercida sobre toda la hacienda, quedaría como un acto aislado, y el fenómeno de la usucapión supone, como es obvio, una posesión continua durante un cierto tiempo.

Las anteriores consideraciones son suficientes para rechazar la alegación sobre consumación de la prescripción frente al Estado antes de 1.873 sobre la hacienda "Salcaña". Por consiguiente, se rechaza también la oposición que se estudia.

E). DEMANDA DE PATRICIO QUIMBAYO CON RELACION A LAS FINCAS DENOMINADAS "BUENOS AIRES" y "EL AMPARO".

Los linderos de dichas fincas, son los siguientes:

"BUENOS AIRES": "Por el sur, con el camino público que de esta ciudad conduce a Rincón Santo; por el oriente, con terrenos de la mortuoria del señor Julio Varón; por el norte, en parte con terrenos de la mortuoria del mismo señor Varón y con terrenos de la Compañía Colombiana de Tabaco en esta ciudad; y por el occidente, con la zona del Ferrocarril donde está edificada la estación del Guamo y herederos del finado Ramón Teodoro Tello y con terrenos del común de este municipio". Está situada en terrenos que pertenecieron a los Ejidos del municipio de El Guamo (Tolima) y tiene una cabida aproximada de 4 hectáreas".

"EL AMPARO", denominada antes "Manga del Estado": "De un lindero que hay cerca de un caucho grande a la orilla del río Luisa; colindancia con terrenos de la sucesión del señor Julio Varón; de aquí, occidente a oriente, siguiendo las aguas abajo, hasta encontrar con un mojón de piedra cerca a unos árboles caracolíes, en la colindancia de los terrenos de la hacienda "La Esmeralda", hoy de los herederos del señor José Hilario Pulecio; de aquí en dirección al sur, por las cercas de toda la colindancia con la misma hacienda de "La Esmeralda", hasta encontrar el camino real que del Guamo conduce a la fracción de Rincón Santo; de aquí tomando la dirección de oriente a occidente por dicho camino hasta encontrar un mojón en la colindancia con la sucesión del señor Julio Varón; de aquí en la dirección norte por las cercas actuales y siguiendo la misma colindancia, hasta dar al río Luisa, primer lindero citado".

Con relación a la finca "Buenos Aires", como bien anota el señor Procurador Delegado, no aparece título alguno emanado del Estado, pues la escritura Nº 54 de 5 de Marzo de 1.872, que es el título más antiguo presentado por el opositor, no fue otorgada sino por un particular, el señor Luis García, por lo cual, mal podría considerarse como que hubiera podido operar la salida del patrimonio estatal de la aludida finca "Buenos Aires".

Respecto a la finca "El Amparo", como también anota el señor Procurador, en la inspección ocular que se practicó no se llegó a identificar este inmueble, ni por ende a comprobar que es el mismo a que se contrae la escritura Nº. 50 de 2 de Marzo de 1.872, de la Notaría de El Guamo, en la que aparece la legalización del remate de un terreno denominado "Manga del Estado", en jurisdicción del Municipio de El Guamo, a favor del señor Luis García.

Las deficiencias anotadas son suficientes para que tampoco pueda prosperar esta oposición.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema -Sala de Negocios Generales-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Declárase de propiedad de los opositores Evangelina Pulecio de Gálvez, Alfonso Pulecio Leiva, José de Jesús Pulecio Leiva, Emma Lozano Pulecio de Melendre y Jorge Lozano Arciniegas, el petróleo que se encuentre en el subsuelo de los predios de propiedad de dichos señores que describieron en su demanda de oposición y cuyos linderos fueron transcritos en la sección A. de la presente sentencia, y por consiguiente se ordena su exclusión del área de la propuesta 526, que fue formulada al Gobierno por la "Compañía de Petróleos Centauro" para explotar y explorar petróleo de propiedad nacional.

Declárase infundadas las demás oposiciones, estudiadas en las secciones B. C. D. y E. de la presente sentencia, y por consiguiente se absuelve a la Nación de los cargos formulados en las respectivas demandas.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase la actuación al Ministerio de Minas y Petróleos.

Efrén Osejo Peña. - Ramiro Araújo Grau. - Carlos Peláez Trujillo. - Luis Carlos Zambrano. - Jorge García Merlano, Secretario.

OCUPACION DE HECHO O EXPROPIACION INDIRECTA.

Acción de dominio y de restitución de un predio ocupado por la Nación para trabajos públicos. Subsidiaria de pago del valor del inmueble junto con los intereses respectivos. Elementos de la acción y su prueba.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE NEGOCIOS GENERALES. Bogotá, catorce de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña).

El apoderado de Miryam Garcés de Collins, Amparo Garcés de Castro y Elisa Garcés de Tamayo demandó, ante el Tribunal Superior de Bogotá al Estado, para que, previa la tramitación del correspondiente juicio ordinario, en la sentencia definitiva se hicieran, en síntesis, las siguientes declaraciones y condenas:

"Primera. Que pertenece en común a las citadas actoras un predio, sito en la ciudad de Cali, con una cabida de 14.170 metros cuadrados, en la prolongación de la Avenida Primera y comprendido dentro de las..... ....linderos que indica y describe en este aparte del libelo.

Segunda. Que, como consecuencia, se condene al Estado a restituir a las demandantes "el predio cuya situación, cabida, linderos especiales y destinación se especificaron en la súplica precedente", con sus frutos naturales y civiles no sólo los percibidos sino los que hubieran podido percibir con mediana inteligencia desde la fecha de la ocupación.

Tercera: En subsidio, si no pudiera decretarse la restitución del predio por estar destinado a un servicio público, se condene al Estado a pagarles a las actoras "el precio o valor comercial del predio cuya situación, cabida, linderos, y destinación se determinaron en la súplica primera del presente libelo, incluyendo el precio o valor de las mejoras respectivas. La cuantía de lo uno y de las otras será el que resulte de justa tasación de peritos designados en forma legal, ya sea dentro de este juicio, o con posterioridad al mismo si la condena se hace en abstracto.

Cuarta. Si se hiciera la declaración subsidiaria, debe condenarse al Estado a pagar los intereses legales, a título de frutos, desde el 20 de noviembre de 1.952 hasta el día del pago efectivo.

El apoderado de la parte actora, en 21 apartes, expuso los hechos en que funda la acción o acciones ejercitadas, los cuales pueden resumirse así:

En el 1o. se dice que el predio cuya restitución se demanda está comprendido dentro de otro mayor, con una cabida de 224.972.60 M2, según consta en

la partición y plano contenidos en la escritura pública No. 1064 de 5 de septiembre de 1.951 de la Notaría 4a. de Cali, cuyas lindes transcribe en este hecho de la demanda.

Según el hecho 2o., en la división material de la Hacienda de San Luis de Cali se adjudicó, en común, a las demandantes el lote B-2 como aparece en la citada escritura No. 1064 de 5 de septiembre de 1.951, ratificada posteriomente por Amparo Garcés de Castro.

El citado inmueble se adjudicó a las demandantes en la sucesión de su abuela Mercedes Valencia de Garcés y en representación de su padre Luis Garcés Valencia, según consta en las hijuelas registradas en la oficina de Cali, cuyos números, folios y partidas cita el apoderado en este hecho, juntamente con la escritura No. 2530 de 20 de agosto de 1.949 de la Notaría 1a. de Cali que contiene la protocolización del juicio de sucesión antes mencionado.

De acuerdo con el 3o., Mercedes Valencia de Garcés adquirió el inmueble antes mencionado por adjudicación en el juicio de sucesión de su padre el general Fortunato Garcés Patiño, como dan testimonio los instrumentos enumerados en este hecho.

En el 4o. dice textualmente: "El predio cuya restitución se pide es distinto del lote que la familia Garcés Valencia permutó a la Nación Colombiana con destino a la carretera Cali-Palmira por medio de la escritura pública No. 3259 de 26 de octubre de 1.949 de la Notaría Primera de Cali, registrada en la Oficina de Registro de Cali el 8 de noviembre de 1.949 en el Libro Primero -Folios 72 a 74- Partidas 3662 a 3666 y a folios 13 y 14 Partidas 695 a 698 de su duplicado, el cual lote objeto de aquella permuta mide 600 metros de longitud por 42 de anchura, está situado en otra dirección distinta del lote B-2 de propiedad de mis mandantes, y debidamente singularizado en el plano de partición material de la Hacienda San Luis, protocolizado por la escritura No. 1064 de 5 de septiembre de 1.951 de la Notaría Cuarta de Cali, debidamente registrada". (fl. 33 C. No. 1o.).

En los hechos 5o. 6o., 7o., 8o., y 9o. se refiere a la posesión material en que se hallaban las demandantes de la zona objeto del presente litigio, que la Nación ocupó el 20 de noviembre de 1.952 con los trabajos de la ampliación de la carretera Cali-Palmira, ejecutados por conducto de la firma contratista "Raymond Concrete Pile Co. Of. South América", la cual una vez terminada y pavimentada, la Nación la dió "al servicio público de transporte y de vía de comunicación el predio objeto de este litigio" y la ha continuado conservando con fondos del erario nacional, cobrando peajes, prestando los servicios de vigilancia, etc., etc.

El 10 dice: "El predio cuya restitución se ha pedido es el mismo cuyo dominio y posesión inscrita radica en cabeza de mis mandantes, según el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Cali, y las escrituras públicas que me permito acompañar a esta demanda; es el mismo cuya posesión material ejerce la Nación Colombiana; y es el mismo que está destinado a un servicio público de transporte automotor para unir a importantes ciudades de la República". (fl 34 vto. ib.).

En el hecho 11 alude al decreto No. 0116 de 1.951 que incluyó dentro del plan vial "la carretera directa Palmira-Cali"; en el 12 cita el decreto 0701 de 1.952 "originario del Ministerio de Obras Públicas", por medio del cual se declararon de utilidad pública las zonas necesarias para la construcción y ampliación de las carreteras del mencionado plan vial.

Según el 13º. el decreto 0701 de 1.952 ordenó adquirir las zonas necesarias por acuerdo con los propietarios, o bien mediante el correspondiente juicio de expropiación; pero el Gobierno, apartándose de lo allí dispuesto, autorizó a la compañía contratista para proceder a ocupar de hecho las parcelas necesarias para la ampliación, incluyendo la de las demandantes.

Después de citar en el hecho 14 la fecha y número del D. O. en el cual se publicó el contrato de construcción de la carretera, por administración delegada, en los siguientes dice:

"15). Mis mandantes no han enajenado, ni tienen prometido el fundo cuya restitución se ha pedido en este libelo y por consiguiente se encuentra vigente el registro de su título, inscrito en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Cali, con fecha 17 de octubre de 1.951 en el Libro Primero -Tomo 69- Folios 38 a 43, partida 11.150.

"16). Los registros anteriores al de las escrituras públicas número 1064 de 5 de septiembre de 1.951 de la Notaría Cuarta de Cali; número 2530 de 20 de agosto de 1.949 de la Notaría Primera de Cali, por medio de las cuales consta que mis poderdantes adquirieron el dominio del predio objeto de la presente acción, se han cancelado conforme al artículo 789 del C. C. desde 30 años hacia atrás, hasta llegar al último registro, que es el mencionado en el hecho inmediatamente anterior, por lo cual éste está vigente.

"17). Mis poderdantes adquirieron el dominio del predio objeto de la presente acción por el modo descrito en esta demanda, y de la persona quien era la verdadera dueña, o sea de doña Mercedes Valencia de Garcés; ésta a su turno lo adquirió de quien era dueño absoluto de aquella hacienda de San Luis, esto es, del General don Fortunato Garcés Patiño.

"18). Mis mandantes están privadas actualmente de la posesión material del predio cuya restitución se ha solicitado por cuanto esa posesión la tiene la Nación Colombiana, adquirida tal posesión, en la forma, términos, y demás circunstancias expuestas en esta demanda.

"19) Afirmo expresamente que la Nación Colombiana es poseedora de mala fé, para los efectos de las prestaciones a que haya lugar.

"20). Las señoras Myriam Garcés de Collins, Amparo Garcés de Castro, y Elisa Garcés de Tamayo, me han conferido poder especial para ejercer a su nombre esta acción ordinaria". (fls. 35 vto. a 36 fb.).

Como disposiciones aplicables citó todos los artículos del C. C. que se relacionan con la propiedad y la posesión y, además, los arts. 946, 949, 950, 952, 955, 954, 961, 963, 964, 966, 969, 962 del mismo Código, para terminar con las disposiciones del C. J. sobre competencia y procedimiento de los juicios ordinarios.

En las últimas 16 páginas de la demanda citó o copió varias doctrinas de la Corte, en especial de la Sala de Negocios Generales, sobre el fenómeno de la ocupación de hecho o expropiación indirecta.

En representación de la Nación le correspondió al Fiscal 3o. del Tribunal Superior de Bogotá contestar la demanda; y para llenar su cometido manifestó que no le constaba ninguno de los 18 primeros hechos y respecto del 19 dijo "Lo niego totalmente".

Luego agregó: "En nombre de la entidad que represento, niego el derecho y fundamento de la demanda anterior, así como las bases en que ella se sustenta.

"Hago presente en caso de que se condene a la Nación al pago de cualquier suma, debe tenerse en cuenta para deducir en su oportunidad, cualquier cantidad de dinero que se haya reconocido o podido reconocer a las demandantes por las causas o motivos de esta demanda y que se haya pagado por entidades oficiales.

"Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, solicito atentamente del H. Tribunal se nieguen las peticiones de la demanda, y se absuelva a la Nación". (fl. 50 ib.).

Agotada la primera instancia, el Tribunal dictó la sentencia de fecha 27 de agosto de 1.963, en la cual, en el primer párrafo de la parte resolutiva declara que es de propiedad de las demandantes el lote de terreno que el apoderado especifica por sus linderos y cabida, en la primera petición de la demanda.

Hecha esta declaración, el fallo continúa así:

"Segundo. Por hallarse el mencionado inmueble destinado a un servicio público, no procede la orden de restitución a sus dueños. Subsidiariamente, condénase a la Nación -República de Colombia- como prestataria del servicio con el cual ocupa o posee el mencionado inmueble, a pagar a las demandantes Myriam Garcés de Collins, Amparo Garcés de Castro y Elisa Garcés de Tamayo, dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria del auto aprobatorio de la respectiva regulación, simultáneamente con la firma de la escritura de enajenación que estas deben otorgarle, el valor de dicho inmueble, en la época en que aquélla lo ocupó (noviembre de 1.952); juntamente con los intereses legales (6% anual) de la suma en que se estime ese valor, en el tiempo transcurrido desde entonces, hasta el día del pago.

"Tercero. El justiprecio del inmueble se efectuará pericialmente, por el trámite incidental establecido para la ejecución de las resoluciones, teniendo en cuenta lo dicho en la parte motiva de esta providencia". (fl. 71 ib.).

La memorada sentencia se halla a la revisión de esta Sala de la Corte por apelación interpuesta y concedida a las partes, en auto de fecha 17 de septiembre del año pasado.

Con el fin de resolver el recurso de alzada se hacen las siguientes consideraciones:

Como el actor condicionó la restitución del lote a que no estuviere incorporado a un servicio público, hecho ahora consumado, no puede prosperar la petición principal, sino la subsidiaria de indemnización de los perjuicios ocasionados; sin embargo, también en este caso deben probarse todos los elementos que estructuran la acción de dominio según el art. 946 del C. C.

1o. Propiedad. De acuerdo con los títulos presentados en tiempo hábil, Mercedes Valencia de Garcés adquirió la Hacienda San Luis de Cali por adju-

dicación en el juicio de sucesión del General Fortunato Garcés Patiño, según consta en la hijuela que se registró el 12 de agosto de 1.922 en el Libro número primero y el 21 de agosto de 1.948 en el de Causas Mortuorias.

A los herederos de Mercedes Valencia de Garcés se les adjudicó la hacienda San Luis con una cabida de 500 plazas, como consta en las hijuelas registradas en los Libros Primero y de Causas Mortuorias el 30 de julio de 1.949, en las que se llevó a efecto la partición del citado predio en forma puramente aritmética, habiéndoles correspondido a las actoras 55.555.50 acciones.

Posteriormente, mediante la escritura No. 1064 de 5 de septiembre de 1.951 de la Notaría 4a. de Cali, se llevó a efecto la partición material de la Hacienda San Luis, en la cual se adjudicó a las demandantes un lote de 224.972.60 metros cuadrados, por las lindes descritas por el apoderado en la demanda.

Mediante la escritura No. 759 de 16 de junio de 1.952, Amparo Garcés de Castro ratificó la anterior división material del aludido predio, para cumplir con la obligación allí pactada, esto es, la ratificación en cuanto cumpliera la mayor edad la dicha interesada.

Según la certificación expedida por el Registrador de Cali, el registro de la partición material llevada a efecto entre los herederos de Mercedes Valencia de Garcés se halla vigente, "pues no ha sido cancelada por ninguno de los medios que indica el artículo 789 del C. C."; y en cuanto a la parcela adjudicada a las actoras, "se halla libre de embargos, demandas, de hipotecas, arrendamientos por escritura pública, anticresis, patrimonio de familia, movilización, condiciones resolutorias expresas, otras limitaciones de dominio, previo el exámen de los libros primero y segundo, sus duplicados, el de causas mortuorias, de anotación de hipotecas, de autos de embargos, de demanda, en un período de treinta (30) años". (fl. 54 vto. C. No. 2o.), según palabras textuales del certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Cali.

2o. Determinación. Demostrada la propiedad de la respectiva parcela, mediante los títulos exhibidos en un período mayor de treinta años, correspondía a las actoras establecer la identidad de los inmuebles, para lo cual se llevó a efecto una inspección ocular por comisión impartida al juez 4o. civil del circuito de Cali, en la cual, con la asistencia de peritos, se identificó plenamente el predio nominado Hacienda San Luis, luego la parcela adjudicada a las demandantes con una cabida de 224.972.60 M2 y por último la zona ocupada por la Nación con la ampliación de la carretera Palmira-Cali, con un área de 14.170 M2, pues en la dicha acta se lee: "El suscrito juez hace constar que el lote especificado al principio de esta diligencia, o sea el de una extensión de 14.170 metros cuadrados, es el mismo a que se refiere la súplica primera del libelo de demanda; es el mismo que queda comprendido dentro del lote B-2, en que fue dividida la Hacienda San Luis, según la escritura 1064 de 5 de septiembre de 1.951, pasada en la Notaría Cuarta de Cali; y, también es el mismo que queda dentro de la Hacienda de San Luis determinada en esta diligencia. Igualmente se constató que el lote B-2, es el mismo de que trata el certificado de propiedad y libertad presentado por el Dr. César Castro Perdomo. Asimismo se constató que el lote de los 14.170 metros de extensión, es el mismo lote cuya posesión material tiene actualmente la Nación Colombiana, y el cual lote objeto de esta diligencia está destinado al servicio público de vía de comunicación entre Cali y Palmira y otras ciudades del país". (fl. 60 ib.).

3o. Ocupación de hecho. La expropiación u ocupación de hecho está demostrada, entre otros documentos, con la certificación del Departamento Administrativo de Carreteras de fecha 21 de abril de 1.960, con el visto bueno del Ministro de Obras Públicas, según el cual: "Según Decreto Legislativo número 0116 de enero 19 de 1.951 se fijó el plan de obras en las Carreteras Nacionales para los años 1.951 a 1.954, y en él quedó comprendido los trabajos de reconstrucción, construcción y pavimentación de la carretera Cali-Palmira. Según Decreto Ejecutivo No. 801 de marzo 13 de 1.952, fueron declaradas de utilidad pública las zonas requeridas para la construcción a una anchura de cien metros, de la carretera Cali-Palmira. En el plano adjunto está marcado el lote B como de propiedad de las señoras Elisa Garcés de Tamayo, Myriam Garcés de Collins y Amparo Garcés de Castro, con una superficie de 14.170 metros cuadrados. Copia de este plano reposa en esta Interventoria.

"No existe constancia en los archivos de esta Interventoria de que se hubiera adelantado el respectivo juicio de expropiación del mencionado lote. No se encontró tampoco constancia de haber pagado indemnización alguna por dichos lotes.

"Se contesta con el aparte primero de esta comunicación.

"El Gobierno Nacional adelantó por contrato de Administración Delegada con la Compañía Raymond Concrete Pile, la construcción y pavimentación de la Carretera directa Cali-Palmira, cuya conservación actualmente es efectuada por la Junta de Peaje del Departamento del Valle, de acuerdo con las disposiciones vigentes sobre la materia". (fl. 45 ib.).

Además, con numerosos testimonios se ha probado la posesión material de las actoras en el momento de la ocupación de la zona por la compañía contratista, para la ampliación de la carretera en el sector Palmira-Cali.

4o. Estimación de la zona. Demostrada la propiedad, la identidad, la ocupación y el área de la respectiva zona, queda por determinar el precio o valor que la Nación debe indemnizar a los antiguos propietarios. Con este fin la parte actora solicitó el concepto de peritos, quienes, en lo sustancial, se expresan así:

"La ubicación del lote objeto del avalúo es bastante buena porque está sobre la prolongación de la Avenida 1a. de Cali y sobre las futuras calles 67 a 71 de la misma ciudad. El centro de Cali está a diez minutos en automóvil. A unos 800 metros de distancia hacia Cali, estando una persona sobre el lote indicado, están las instalaciones de establecimientos industriales de primer órden tales como la Fruco Colombiana, Industria de Colgate Palmolive, Fabrica de Pastás La Muñeca, varias industrias molineras de trigo, y algunas otras fábricas de no menor importancia. El lote, como se pudo constatar en la diligencia de inspección ocular, está bien situado para montar una fábrica o una industria dentro del sector de Cali destinado oficialmente al establecimiento de industrias. Pasando el río Cauca, a unos 1.000 metros de distancia del lote objeto del avalúo existe una parcelación en que el precio del terreno fluctúa de $5.00 a $6.00 el metro cuadrado. La Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca ha comprado lotes de terreno en los alrededores del que es objeto del avalúo, aproximadamente a razón de $5.00 el metro cuadrado, sobre todo en las orillas del río Cauca para adelantar la construcción de los carrillones que están defendiendo aquellas tierras de cualquier posible inundación y con el fin de hacer perfectamente urbanizables todas esa tierras cercanas a Cali, dentro de las cuales queda comprendido el lote de terreno objeto de este avalúo. Una vez terminadas aquellas obras de la C. V. C.

es indudable que el lote objeto del dictamen tendrá un precio mucho mayor del que actualmente vamos a darle, pues como el avalúo hay que hacerlo hoy y no para el futuro cuando ya estén terminadas aquellas obras, solamente tendremos en cuenta para fijarlo: la topografía dicha, la situación respecto a Cali y a las fábricas vecinas; y las transacciones realizadas recientemente, en los últimos meses sobre lotes ubicados en aquella zona". (fls. 66 a 66 vto. ib.).

Por estos motivos, los peritos estiman en seis pesos el valor del metro cuadrado del lote ocupado por la Nación; de manera que el precio total lo fijan en la cantidad de $85.020.oo, que el tribunal en la sentencia apelada, no aceptó porque consideró, con toda razón, que la estimación no se debía referir al momento de la diligencia sino a la época en que la zona fue ocupada o destinada a la ampliación de la carretera en el sector Palmira-Cali.

Por otra parte, como el apoderado solicita el pago de los intereses legales a partir de la fecha de la ocupación, en compensación de los frutos dejados de percibir por los demandantes, la estimación de la zona incorporada a la carretera debe referirse a la misma época y no a una posterior.

En consecuencia, como no es admisible el avalúo practicado por los peritos, la indemnización debe fijarse en la forma prevista en el art. 553 del C. J.

Para la determinación del valor de la indemnización se tendrá en cuenta factores como la estimación dada a la Hacienda San Luis en la partición aritmética de que fué objeto en el acto contenido en la escritura pública No. 2530 del 20 de agosto de 1.949 (fl. 22 C. No. 2o.); también se presentarán los respectivos certificados sobre avalúo catastral del expresado lote B-2 en cada uno de los años de 1.951 a 1.954 y las operaciones comerciales realizadas en zonas aledañas en época coetáneas a la ocupación de hecho con la ampliación de la carrretera.

En mèrito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, confirma la sentencia de fecha 27 de agosto de 1.963 proferida por el Tribunal Superior de Bogotá.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuèlvase.

Efrén Osejo Peña.- Romiro Arújo Grau.- Carlos Peláez Trujillo.- Luis Carlos Zambrano.- Jorge García M., Secretario.

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACCIONES DERIVADAS DE LA OCUPACION DE PREDIOS PRIVADOS POR TRABAJOS DE OBRAS PUBLICAS. PRESCRIPCION. ELEMENTOS DE LA ACCION. AVALUO DEL DAÑO.

1 La caducidad del plazo de que trata el artículo 263 del C.C.A. si no se ejercita la acción dentro de los dos años de verificada la ocupación, no es aplicable en estos juicios que se adelantan ante la justicia ordinaria. 2- Condiciones axiológicas de esta clase de acciones. 3. El resarcimiento no puede comprender la valorización que la obra o servicio público ocasiona.

1. El artículo 263 del Código Contencioso Administrativo que establece la *caducidad* del plazo -que no la prescripción de la acción- si al cabo de dos años de la ocupación no se ha presentado la demanda, no es aplicable en estos juicios que se adelantan ante la justicia ordinaria: y puesto que la prescripción se rige por las normas comunes del Código Civil, no se ha consumado en este caso, y la excepción, consiguientemente, no puede prosperar.

2. La doctrina ha señalado las siguientes condiciones axiológicas a la acción incoada: a) Dominio en el demandante; b) Ocupación de hecho por el demandado: c) Carácter permanente de esta ocupación; d) Un trabajo público como causa de ella; y e) Un daño ocasionado por la misma ocupación. Para que se entienda que hay trabajo público se requiere, además, que se ejecute por una entidad administrativa con fines de utilidad pública o de interés social. "Son estos -ha dicho esta Sala- los presupuestos que tipifican las acciones procedentes de trabajos públicos, mediante la sustitución del elemento subjetivo propio de las reglamentadas en el Código Civil -la culpa como motivo determinante de la responsabilidad, en la indemnizatoria- por el elemento objetivo de la *ocupación* o el *daño*. (G. J. XCIII, 782).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE NEGOCIOS GENERALES. Bogotá, catorce de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo).

En grado de consulta subió a esta Corte el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el veintiocho de junio de mil novecientos sesenta y dós, proferido en el juicio ordinario incoado contra la Nación por la Sociedad que gira bajo la razón social "Gutiérrez Hermanos & Cía. Ltda.", con domicilio en la ciudad de Cali, la cual, por medio de apoderado, pidió las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERA. Pertenece en dominio pleno y absoluto a la sociedad "GUTIERREZ HERMANOS Y CIA. LIMITADA" domiciliada en Cali, un fundo rural si-

tuado en jurisdicción del Municipio de Cali, sobre la carretera directa Cali-Palmira, y singularizado tal inmueble con una cabida aproximada de veintiún mil trescientos setenta metros cuadrados (21.370 mts.) dentro de los siguientes linderos especiales:

"NORTE: En una longitud aproximada de ochocientos metros lineales (800) con el lote (F-2) en que fué dividida materialmente la hacienda de San Luis de Cali por escritura pública 1064 de 5 de septiembre de 1.951 de la Notaría Cuarta de Cali; SUR, en una longitud aproximada (sic) de ochocientos siete metros con veinticinco centímetros (807,25) con la zona cedida por la familia Garcés Valencia a la Nación Colombiana mediante escritura pública 3259 de 26 de octubre de 1.949 de la Notaría Primera de Cali; ORIENTE, en una longitud aproximada (sic) de cuarenta metros, camino al medio, con el lote (E"-2) del plano de división material de la hacienda San Luis de Cali, ya citada; y OCCIDENTE, con la Hacienda "La Flora" de Adolfo Bueno, faja esta de terreno destinada actualmente al servicio de vía de comunicación entre Cali y Palmira, con la carretera conocida con el nombre de Recta Cali-Palmira, y que atraviesa de Occidente a Oriente, yendo de Cali hacia Palmira, el costado sur del lote (F-2) en que fué dividida la hacienda San Luis de Cali, de propiedad de la misma sociedad demandante, según el plano de división material que se protocolizó por medio de la escritura pública No. 1064 de 5 de septiembre de 1.951 de la Notaría 4a. de Cali. Los linderos generales del referido lote (F-2) de la hacienda de San Luis de Cali se especifican en el hecho 1o. de este libelo.

"SEGUNDA. Como consecuencia de la anterior declaración de dominio, CONDENASE A LA NACION COLOMBIANA, ó lo que es lo mismo al ESTADO, a restituir 6 días después de ejecutoriada esta sentencia, en favor de la Sociedad "GUTIERREZ HERMANOS & CIA. LTDA." de Cali, el predio cuya situación, cabida, linderos especiales y destinación se especificaron en la súplica precedente.

"TERCERA. En subsidio de la condena anterior, si no fuere posible la restitución material solicitada por encontrarse el predio objeto de la reivindicación destinado a un servicio público del Estado, como es el de vía de comunicación entre Cali y Palmira, circunstancia que deberá apreciarse por ese H. Tribunal, o si se demostrare dentro del juicio el interés público o social de aquella obra, o si el Gobierno Nacional insiste en conservar la posesión de dicha carretera, CONDENASE A LA NACION COLOMBIANA, o lo que es lo mismo al ESTADO, a pagarle a la sociedad "GUTIERREZ HERMANOS & CIA. LTDA." domiciliada en Cali, el precio o valor comercial del predio cuya situación, cabida, linderos y destinación se determinaron en la súplica 1a. del presente libelo, incluyendo el precio o valor de las mejoras respectivas. La cuantía de lo uno y de las otras será el que resulte de justa lasación de peritos designados en forma legal, ya sea dentro de este juicio, o con posterioridad al mismo si la condena se hace en abastacto (sic).

"CUARTA. La Nación Colombiana o lo que es lo mismo el Estado, pagará a la Sociedad "GUTIERREZ HERMANOS & CIA. LTDA." domiciliada en Cali, 6 días después de ejecutoriada esta sentencia, el valor de los frutos naturales o civiles del inmueble cuya situación, cabida, linderos especiales y destinación, se especificaron en la súplica 1a. de este libelo, y no sólo los percibidos, sino los que sus dueños hubieran podido percibir con mediana inteligencia y cuidado, a justa tasación de peritos designados en forma legal, desde el día 20 de noviembre de 1.952, fecha en que comenzó la posesión de la Nación en el fundo objeto de este juicio, hasta el momento de la entrega del referido inmueble o el pago

subsidiario de su precio o valor, incluyendo el valor de los intereses legales de la suma de dinero a que ascienda la condena que se haga si prospera la súplica 3a. de este libelo, desde el día 20 de noviembre de 1.952 hasta el día en que el pago en dinero efectivo se verifique en favor de mi mandante.

"QUINTA. Inscríbase la sentencia en el Libro Primero de Registro de la correspondiente Oficina de Cali, inmediatamente que aquella quede ejecutoriada.

"SEXTA. Es entendido, al prosperar la súplica 3a. de este libelo, que para el pago de la condena respectiva, mi mandante está dispuesto a otorgar en favor de la Nación Colombiana, el correspondiente instrumento público sobre transferencia del dominio del fundo objeto de este juicio, simultáneamente a la realización de dicho pago".

Son hechos en los cuales la parte actora funda las anteriores pretensiones, los siguientes:

"1o.). Mi mandante es dueña y poseedora inscrita, del predio cuya restitución se solicita, por quedar comprendido éste dentro de otro de mayor extensión, de su propiedad, con una cabida de 189.149.18 metros cuadrados, distinguido con la letra (F-2) en el plano de partición de la hacienda de San Luis, en jurisdicción del municipio de Cali, plano que se protocolizó junto con la escritura de división material de aquella hacienda, la que está distinguida con el número 1064 de 5 de septiembre de 1.951 de la Notaría Cuarta de Cali. Los linderos especiales del referido lote (F-2) del cual la Nación ocupó 21.370 metros cuadrados para la ruta Cali-Palmira son los siguientes: Por el NORTE, con la hacienda "La Flora" de Adolfo Bueno; por el SUR, en longitud de 807.25 metros con la zona cedida a la carretera; Recta Cali-Palmira; por el ORIENTE, en longitud de 490 metros, camino al medio, con lote de Alvaro Garcés Valencia, distinguido con la letra (E"-2) en el plano de división material de la hacienda de San Luis de Cali; y por el OCCIDENTE, con hacienda "LA FLORA" de Adolfo Bueno". A su turno los linderos generales de la hacienda de San Luis de Cali, cuya partición se hizo como ha quedado anotado en este mismo hecho, son: Por el NORTE, cerca de alambre de por medio, con el camino público o Carretera que de Cali conduce al Paso del Comercio; por el SUR, cerca de alambre de por medio, con finca o predio que pertenece a los herederos de Abraham Domínguez; por el ORIENTE, el río Cauca; y por el OCCIDENTE, en parte con terrenos de los mismos herederos de Abraham Domínguez y de la extinguida sociedad Hormaza Hermanos".

"2o.). Mi poderdante adquirió el dominio y posesión del predio objeto de la presente acción; por adquisición de mayor extensión de terreno, esto es, por haber permutado con don Manuel José Garcés Valencia la totalidad del lote (F-2) ya mencionado en el hecho primero de este libelo, del cual se posesionó la Nación en la zona cuya situación, cabida, linderos y destinación se especificaron en la súplica primera de esta demanda, y la tradición correspondiente es como sigue:

"a). Por medio de la escritura pública número 1801 de 1.955 (mayo 21) de la Notaría Primera de Cali, registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Cali, el 30 de mayo de 1.955 en el Libro Primero, Tomo 108 páginas 425 a 426, Partida 4243, la sociedad "Gutiérrez Hermanos & Cía. Limitada" de Cali adquirió a título de permuta de Don Manuel José Garcés Valencia

el referido lote (F-2) de la Hacienda de San Luis de Cali, con una cabida de 189.149.18 metros cuadrados.

"b). Posteriormente y mediante la escritura pública número 2228 de 1.959 (abril 30) de la Notaría Primera de Cali, registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Público y Privados de Cali, el 14 de mayo de 1.959 en el libro Primero -Tomo 144- Páginas 437 a 438, Partida 2047, el señor Manuel José Garcés Valencia aclaró, adicionó y ratificó la escritura en que consta la permuta ya citada, en el sentido de que en la enajenación que allí consta quedan comprendidos todos los derechos y acciones que correspondan, o puedan corresponder a dicho exponente Manuel José Garcés Valencia sobre la zona de 21.370 metros cuadrados, ocupados por la Nación Colombiana con motivo de la construcción del trabajo público conocido con el nombre de carretera directa Cali-Palmira dentro del lapso a que en ese mismo instrumento se refiere.

"2o. Por su parte, don Manuel José Garcés Valencia, adquirió el dominio y posesión sobre el lote (F-2) en que fue dividida materialmente la hacienda San Luis de Cali, por adjudicación que se le hizo en la partición mencionada, según consta en la escritura pública número 1064 de 1.951 (septiembre 5) de la Notaría Cuarta de Cali, la cual se halla registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Cali, con fecha 17 de octubre de 1.951 en el Libro Primero -Tomo 69- Folios 38 a 43, Partida 11.130/61.

"3o. La precedente división material fue ratificada por doña Amparo Garcés de Castro, quien en la época del otorgamiento del instrumento público respectivo era menor de edad, por medio de la escritura pública No. 759 de 16 de junio de 1.952 de la Notaría Cuarta de Cali, la que se halla registrada en la Oficina de Registro de Cali con fecha primero de julio de 1.952 en el libro Primero -Tomo 74- Partidas 7112 a 7115, Folios 482 y 483.

"4o. Por otra parte don Manuel José Garcés Valencia, adquirió el derecho de participar en la división material ya referida, por virtud de la adjudicación que se le hizo, en común y proindiviso, de una cuota parte de la Hacienda San Luis de Cali, en la mortuoria de su madre Doña Mercedes Valencia de Garcés. Su hijuela correspondiente fue Registrada en la Oficina de Registro de Cali el 30 de julio de 1.949, Folios 518 y ss. Partida 629 del Libro de Causas Mortuorias y en el Libro Primero, Partidas 2531 a 2539, Folios 584 a 586. La sentencia aprobatoria de la partición fue Registrada al folio 516, Partida 530 del Libro de Causas Mortuorias. El juicio de sucesión de Doña Mercedes Valencia de Garcés se protocolizó por medio de la escritura pública No. 2530 de 20 de agosto de 1.949 de la Notaría Primera de Cali, la que fue registrada en la Oficina de Registro de Cali el 24 de agosto del mismo año -Folio 1229- Partida 2148 del Libro Segundo, Tomo 44.

"5o. A su turno doña MERCEDES VALENCIA DE GARCES, adquirió el dominio de la Hacienda de San Luis de Cali, por adjudicación que se le hizo en la mortuoria de su esposo el General don Fortunato Garcés Patiño. Su hijuela fue registrada en la Oficina de Registro de Cali el 12 de agosto de 1.922, Folios 622 y 623, Partida 586 del Libro Primero y el 21 de agosto de 1.948, folios 259 Partida 615 del Libro de Causas Mortuorias. La cuenta de partición se aprobó por sentencia del Juzgado Primero del Circuito de Cali el 5 de agosto de 1.922, registrada al folio 67, Partida 123 del Libro de Causas Mortuorias.

El juicio de Sucesión se protocolizó según consta en la Escritura Pública No. 526 de 1o. de septiembre de 1.923 de la Notaría Tercera de Cali, registrada el 7 de septiembre de 1.923 a folios 420-421, Partida 66 del Libro Segundo.

"6o. El predio cuya restitución se pide es distinto del lote que la familia Garcés Valencia permutó a la Nación Colombiana con destino a la carretera Cali-Palmira por medio de la escritura pública No. 3259 de 26 de octubre de 1.959 de la Notaría Primera de Cali, registrada en la Oficina de Registro de Cali el 8 de Noviembre de 1.949 en el Libro Primero -Folios 72 a 74- Partidas 3662 a 3666 y a los folios 13 y 14-Partidas 695 a 698 de su duplicado, el cual lote objeto de aquella permuta mide 600 metros de longitud por 42 de anchura, aunque está colindando con el lote F-2 de propiedad de mi mandante, y debidamente singularizado en el plano de partición material de la Hacienda de San Luis, protocolizado por la escritura No. 1064 de 5 de septiembre de 1.951 de la Notaría Cuarta de Cali, debidamente registrada.

"7o. Don Manuel José Garcés Valencia siempre fué respetado en sus derechos de dominio y posesión sobre la zona objeto de este juicio; su posesión material fué ejercida en forma pacífica y tranquila, y a la que ejerció mi mandante se unió la que ejercieron sus antecesores en el dominio.

"8o. Sin embargo, ocurrió que el día 20 de noviembre de 1.952 la Nación Colombiana, por intermedio de su contratista por administración delegada la sociedad RAYMOND CONCRETE PILE CO. OF SOUTH AMERICA" de Estados Unidos y la denominada "CONTRATISTAS Y CONSTRUCTORES LIMITADA" de Colombia, al adelantar los trabajos de la construcción de la carretera nacional conocida con el nombre de Recta Cali-Palmira, y al avanzar la obra pública hacia los predios de propiedad hoy de mi mandante, conocidos con el nombre de lote F-2 de la Hacienda San Luis de Cali, comenzó a invadir dentro de dicho fundo una zona, que es la misma especificada en la súplica primera de esta demanda, ó lo que es lo mismo con ocasión de aquel trabajo público, y para destinarla a la carretera, la Nación Colombiana se posesionó del predio objeto de este juicio, despojando al señor Manuel José Garcés Valencia del mismo; se procedió a cercar la zona respectiva; entraron las maquinarias pesadas de propiedad del Gobierno Nacional tales como Buldozeres, tractores, palas mecánicas y otras semejantes, a derribar todo cuanto encontraron a su paso; se fue haciendo la banca central de la carretera, para lo cual se sacaron inmensas cantidades de tierra de cada uno de los dos lados de la banca central que se iba formando.

"9o. En la época del despojo mencionado existían dentro del predio objeto de la presente acción valiosas mejoras consistentes en pastos de pará aptos para apacentar ganados; sin embargo don Manuel José Garcés Valencia fué desposeído de dichas mejoras.

"10o. Posteriormente la Nación Colombiana continuó adelantando la carretera directa Cali-Palmira dentro del referido lote F-2 de la Hacienda San Luis de Cali; más tarde el Gobierno Nacional dió al servicio público esa vía de comunicación; algún tiempo después la Nación con sus propios fondos públicos proveyó a la pavimentación de dicha carretera; y actualmente la Nación mantiene destinada al servicio público de transporte y de vía de comunicación el predio objeto de este juicio.

"11o. En la fecha, la Nación Colombiana está en posesión material de la zona cuya restitución se solicita en este libelo y entre otros actos posesorios

ejerce los siguientes: a) Atiende a la conservación de la carretera en aquel sector; b) Ejerce permanente vigilancia sobre el predio a fin de que nadie invada parte alguna de la carretera; c) Cuida de que por aquella carretera se cumplan las normas legales sobre transporte; d) La tiene incorporada a su red de carreteras troncales; e) Cobra impuestos de peaje a los vehículos automotores por el hecho de atravesar esa vía pública, ya sea de Cali hacia Palmira, ora de Palmira hacia Cali; f) Tiene apropiadas cuantiosas sumas de dinero en el Presupuesto Nacional para atender a los gastos de conservación de dicha carretera y en general ejerce sobre aquel predio casi todas las atribuciones de dueño y señor sin limitación alguna.

"12o. El predio cuya restitución se ha pedido es el mismo cuyo dominio y posesión inscrita radica en cabeza de mi mandante, según el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Cali, y las escrituras públicas que me permito acompañar a esta demanda; es el mismo cuya posesión material ejerce la Nación Colombiana; y es el mismo que está destinado a un servicio público de transporte automotor para unir a importantes ciudades de la República.

"13o. El Gobierno Nacional ordenó destinar la zona objeto de este juicio para la vía pública mencionada, por medio del Decreto Legislativo número 0116 de 1.951 (enero 19) en que se dispuso fijar el PLAN VIAL de las carreteras nacionales en los años de 1.951 a 1954, y dentro de la TRONCAL OCCIDENTAL allí prevista se dispuso construir la carretera directa Cali-Palmira (Diario Oficial No. 27.521 Página 386).

"14o Más tarde por medio del Decreto Ejecutivo número 0701 de 1.952 (marzo 13) originario del Ministerio de Obras Públicas se declararon de utilidad pública las zonas necesarias para aquella carretera y consecuencialmente dentro de tal declaratoria quedó comprendido el predio que es objeto de la presente acción.

"15o. Según el Decreto 0701 de 1.952 el Gobierno dispuso perentoriamente que debería procederse a celebrar los contratos necesarios con los propietarios de zonas requeridas para la carretera Cali-Palmira, y que se adelantarían los arreglos indispensables para tal fin, pero que si todo aquello no era posible entonces deberían adelantarse las expropiaciones correspondientes. Sin embargo, el mismo Gobierno que había previsto proceder en aquel caso por las vías legales, se apartó de sus propios ordenamientos, y autorizó a la Compañía contratista delegataria de aquella vía para entrar a la fuerza en los predios que necesitaba para la obra, entre los cuales se encontró el predio que ahora es de mi mandante. Además, el Gobierno al dictar aquellos decretos sobre la carretera Cali-Palmira, era sabedor de que el Sr. Manuel José Garcés Valencia era el dueño de la zona que necesitaba para dicha carretera, pues la había declarado de utilidad pública, y había previsto hacer los arreglos indispensables para su adquisición. No obstante estas circunstancias, se posesionó materialmente en la forma indicada en otra parte de este libelo del predio cuya restitución se solicita, y despojó a su dueño del mismo. Entonces como el Gobierno Nacional tenía en sus manos todos los poderes para proceder en este caso conforme a la Constitución y a las leyes, y no lo hizo, y a sabiendas de que la declaratoria de utilidad pública no la facultaba para invadir propiedad privada de mi mandante, se posesionó a la fuerza del citado predio, su posesión material es de mala fé, y por consiguiente le deben ser aplicables las normas civiles sobre poseedores de mala fé.

"16o. La Nación construyó por administración delegada la carretera Cali-Palmira con la RAYMOND CONCRETE PILE CO. OF SOUTH AMERICA de

Estados Unidos, y CONTRATISTAS & CONTRUCTORES (sic) LTDA". de Colombia, según contrato publicado en el Diario Oficial número 27.821 -Página 360- y al hacerlo así obró facultado por el artículo 15 de la ley 88 de 1.931 y el artículo 1o. de la ley 175 de 1.938.

"17. Mi mandante no ha enajenado ni tiene prometido el fundo cuya restitución se ha pedido en este libelo y por consiguiente se encuentra vigente el registro de su título inscrito en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Cali, con fecha 30 de mayo de 1.955 en el Libro Primero, Tomo 108, Folios 425 a 426,-Partida 4243 y el de su ratificación en la misma oficina con fecha mayo 14 de 1.959 en el Libro Primero -Tomo 144- Páginas 437/438, Partida 2047.

"18. Los registros anteriores al de las escrituras públicas número 1801 de 21 de mayo de 1.955 de la Notaría Primera de Cali y número 2228 de 30 abril de 1.959 de la misma Notaría por medio de las cuales consta que mi poderdante adquirió el dominio del predio objeto de la presente acción, se han cancelado conforme al artículo 789 del C. C. desde 30 años hacia atrás, hasta llegar al último registro, que es el mencionado en el hecho inmediatamente anterior, por lo que éste está vigente.

"19. Mi poderdante adquirió el dominio del predio objeto de la presente acción por el modo descrito en esta demanda, y de la persona quien era la verdadera dueña, o sea de don Manuel José Garcés Valencia; éste a su turno lo adquirió de quien era dueño absoluto de aquella Hacienda de San Luis, esto es, de doña Mercedes Valencia de Garcés; a su turno doña Mercedes Valencia de Garcés adquirió de igual modo el dominio, de su esposo el General Fortunato Garcés Patiño, pues todos estos tenían el dominio pleno y absoluto del inmueble.

"20. Mi mandante está privado actualmente de la posesión material del predio cuya resitución se ha solicitado por cuanto esa posesión la tiene la Nación Colombiana, adquirida tal posesión, en la forma, términos y demás circunstancias expuestas en esta demanda.

"21. Afirmo expresamente que la Nación Colombiana es poseedora de mala fé, para los efectos de las prestaciones a que haya lugar.

"22.) La sociedad "Gutiérrez Hermanos & Cía. Limitada" de Cali me ha conferido poder especial para ejercer a su nombre esta acción ordinaria.

"23. El inmueble cuya reivindicación se pide vale más de $100.000.oo".

La demanda fue admitida, y de ella se dio traslado al señor fiscal del Tribunal, en representación de la Nación, quien la contestó oponiéndose a la acción y poniendo en duda los hechos que la sustentan, salvo el relativo a la posesión en que el demandado se encuentra de la zona ocupada, el cual lo acepta. Propuso las excepciones de ilegitimidad de la personería adjetiva de la parte actora y de prescripción.

Agotado el trámite de primera instancia, ésta concluyó con la sentencia ya mencionada, del siguiente tenor:

"PRIMERO. DECLARASE que pertenece en dominio a la sociedad "GUTIERREZ HERMANOS Y CIA LTDA. Domiciliada en Cali, un fundo rural situado en jurisdicción del Municipio de Cali, sobre la carretera directa Cali-Palmira, singularizado tal inmueble con una cabida aproximada de VEINTIUN MIL TRESCIENTOS

SETENTA METROS CUADRADOS (21.370 mts. 2) dentro de los siguientes linderos especiales: NORTE, en una longitud aproximada de ochocientos metros (800) lineales con el lote "F-2" en que fue dividida materialmente la Hacienda de San Luis de Cali por escritura pública No. 1064 del 5 de septiembre de 1.951 de la Notaría 4a. de Cali; SUR, en una longitud aproximada de OCHOCIENTOS SIETE METROS CON VEINTICINCO CENTIMETROS (807,25 mts.) con la zona cedida por la familia Cercés Valencia a la Nación colombiana mediante escritura Publica No. 3259 de 26 de octubre de 1.949 de la Notaría 1a. de Cali; ORIENTE, en una longitud aproximada de veintinueve (29) metros, camino al medio, con el lote E "2 del plano de división material de la Hacienda San Luis de Cali; y OCCIDENTE, con la Hacienda "La Flora" de propiedad del señor Adolfo Bueno.

"SEGUNDO. Como consecuencia de la anterior declaració (sic) CONDENASE a la Nación Colombiana, o lo que es lo mismo al Estado, a pagarle a la Sociedad "GUTIERREZ HERMANOS Y CIA. LTDA.", domiciliada en Cali, la cantidad de DOSCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS CUARENTA PESOS ($256.440,oo) m/cte. como valor del predio cuya situación, cabida, linderos y destinación se determinaron en la anterior resolución:

"TERCERO. CONDENASE igualmente a la Nación Colombiana a pagar a la Sociedad "GUTIERREZ HERMANOS Y CIA. LTDA.", seis días después de ejecutoriada esta sentencia, el valor de los intereses legales de la suma de dinero antes determinada, a partir del dia 1o. de diciembre de 1.952, hasta que se verifique el pago.

"CUARTO. ORDENASE la inscripción de esta sentencia en el Libro primero de Registro de la correspondiente Oficina de Cali, inmediatamente quede ejecutoriado el fallo.

"QUINTO. La Sociedad "GUTIERREZ HERMANOS Y CIA. LTDA.", con domicilio en Cali, queda en la obligación de otorgar en favor de la Nación Colombiana, el correspondiente instrumento Público sobre transferencia del dominio del fundo objeto de este proceso, simultáneamente a la realización del pago".

El señor fiscal del Tribunal propone, en la contestación de la demanda, la excepción dilatoria -por tanto de previo pronunciamiento-, pero que pudiera dar lugar a la nulidad de lo actuado por ilegitimidad de la personería adjetiva de la parte demandante. Sin embargo, en los autos aparece el poder, legalmente constituído por los señores Roberto Gutiérrez A. y Carlos Gutiérrez A. en nombre de la sociedad "Gutiérrez Hermanos & Cia. Ltda.", con que el apoderado de ésta inició y adelantó el juicio, y la certificación de la Cámara de Comercio de Cali que acredita la existencia de la mencionada compañía y la personería de los socios nombrados para representarla. No hay lugar, consiguientemente, a la aludida nulidad, ya que se encuentra suficientemente acreditada la legitimación procesal del demandante.

Por lo que hace a la excepción de prescripción, alegada por el señor agente del ministerio público con fundamento en "haber expirado el término de que disponía la parte actora para ejercitar la acción de perjuicios", se observa que conforme a lo decidido por esta Sala en sentencia de veinticuatro de noviembre de mil novecientos cincuenta y nueve (G. J. XCI, 1278 ss.), el artículo 263 del Código Contencioso Administrativo que establece la caducidad del plazo -que no la prescripción de la acción- si al cabo de dos años de la ocupación no se ha presentado la demanda, no es aplicable en estos juicios que se adelantan ante la

justicia ordinaria; y puesto que la prescripción se rige por las normas comunes del Código Civil, no se ha consumado en este caso, y la excepción, consiguientemente, no puede prosperar.

Tampoco hay lugar a la nulidad que invoca el señor procurador delegado en lo civil, con fundamento en el carácter interlocutorio del auto que decreta pruebas, porque la Sala, en numerosas decisiones, tiene admitido que la mencionada providencia es de substanciación, aunque otra cosa piensa el magistrado ponente.

La doctrina ha señalado las siguientes condiciones axiológicas a la acción incoada: a) Dominio en el demandante; b) Ocupación de hecho por el demandado; c) Carácter permanente de esta ocupación; d) Un trabajo público como causa de ella; y e) Un daño ocasionado por la misma ocupación. Para que se entienda que hay trabajo público se requiere, además, que se ejecute por una entidad administrativa con fines de utilidad pública o de interés social. "Son éstos -ha dicho esta Sala- los presupuestos que tipifican las acciones procedentes de trabajos públicos, mediante la substitución del elemento subjetivo propio de las reglamentadas en el Código Civil -la culpa como motivo determinante de la responsabilidad, en la indemnizatoria- por el elemento objetivo de la ocupación o el daño" (G. J. XCII, 782).

Nada hay que observar a la sentencia de primer grado en cuanto da por probados aquellos presupuestos, pues que:

A) Está suficientemente acreditada la propiedad actual de la sociedad demandante, así como su legitimación en la causa. El lote F2 alinderado en la demanda, en efecto, al cual pertenece la zona en litigio, fué adquirido por Gutiérrez Hermanos & Cía. Ltda., en permuta con Manuel José Garcés Valencia, concluída por medio de la escritura pública número 1801 de 21 de mayo de 1.955, de la notaría primera de Cali, ratificada en la número 2228 de 30 de abril de 1959, de la misma notaría, y aclarada en ese instrumento en el sentido de que "en la enajenación que consta allí quedan comprendidos todos los derechos y acciones que correspondan, o puedan corresponder al exponente sobre la zona de 21.370 metros cuadrados, ocupados por la Nación Colombiana con motivo de la construcción del trabajo público (sic) conocido con el nombre de carretera directa Cali-Palmira en el lapso comprendido entre el 5 de septiembre de 1.951 y el 21 de mayo de 1.955". A esta manifestación la llama el señor agente del ministerio público en su alegato de primera instancia "cesión de derechos (...) que no fue insinuada judicialmente, ni se pagaron los derechos fiscales que debieron pagarse", por lo cual "no es una cesión que haya tenido validez legal ni sobre la cual pueda prosperar una condenación contra el Estado Colombiano"; cuando en realidad se trata de una aclaración que podría considerarse aún innecesaria, porque la adquisición del predio, sin reserva alguna por parte del enajenante, transfería al adquirente acción suficiente para reclamar cualquier zona que de él formara parte y que se hallase en poder de terceros, o su precio en vez de la restitución del inmueble. Es obvio que quien adquiere un inmueble del cual no está en posesión el dueño que lo enajena, tiene las acciones que a éste correspondería contra el poseedor o detentador.

Manuel José Garcés Valencia, por su parte, halló el inmueble en cuestión en la sucesión de su madre, la señora Mercedes Valencia de Garcés, protocolizada por escritura pública número 2530 de 20 de agosto de 1.949, de la notaría

primera de Cali, habiéndole sido adjudicado en la partición material de la hacienda San Luis efectuada en escritura pública número 1064 de 5 de septiembre de 1.951. de la notaría cuarta del nombrado circuito. La mencionada causante lo hubo por adjudicación que de él se le hizo, en mayor extensión, o sea, de la aludida finca San Luis, en la sucesión de su esposo el señor Fortunato Garcés, protocolizada por instrumento público número 526 de 1o. de septiembre de 1.922, de la notaría segunda de Cali.

Es de advertir que la división material de la hacienda San Luis fue ratificada por las señoras Susana Garcés de Alvarez, quien no concurrió al otorgamiento de la escritura 1064 de 1.951, y Amparo Garcés de Castro, que lo hizo siendo menor de edad, lo que efectuaron por medio de las escrituras 958 de 15 de marzo de 1.952, de la notaría primera de Cali, la primera, y 759 de 16 de junio del mismo año, de la notaría cuarta de aquel circuito, la segunda.

Todos los anteriores instrumentos aparecen legalmente registrados, y en los autos obra el certificado del Registro público que los complementa.

B) Los demás extremos o condiciones de la acción aparecen demostrados como lo expresa la sentencia de primer grado, cuyos conceptos acoge la Sala porque los halla ceñidos a la verdad procesal, y porque al través del examen que de la prueba hace el tribunal a-quo se destaca que la zona en litigio fue ocupada por la Nación con la carretera Cali-Palmira, sin que se llegase a un acuerdo previo con el propietario ni se observaren los requisitos que la ley prescribe para la expropiación, no obstante haber dispuesto hacerlo por decreto 0701 de 1.952 del Gobierno Nacional; lo que quiere decir, que la mencionada zona fue objeto de una vía de hecho de la administración pública nacional, consistente en su ocupación con una obra pública de carácter permanente. Dice así el Tribunal:

"En el año de 1.952 y mediante Decreto 701 el Ejecutivo declaró de utilidad pública las zonas que se requieren para la construcción, a una anchura de cien (100) metros, de la carretera que unirá las ciudades de Cali y Palmira, de acuerdo con los planos que apruebe el Ministerio de Obras Públicas. Y el artículo 2o. del mentado decreto dispuso que 'El Ministerio de Obras Públicas celebrará los contratos necesarios para la adquisición de dichas zonas, y en caso de que no sea posible llegar a un arreglo con el respectivo interesado, procederá a la expropiación de acuerdo con las normas sobre la materia'.

"Ni el Ministerio de Obras ni los contratistas, hicieron uso de la facultad otorgada por el Art. 2o. del D. 701 de 1,952, y pretermitiendo el juicio correspondiente, ampliaron la zona permutada por medio de la escritura 3256 de 1.949 de la Notaría 1a. de Cali que tenía 42 metros de ancho, a los cien metros que establecía el Decreto 701. De esta circunstancia dan cuenta el testimonio del Sr. Fortunato Garcés Valencia, quien no tiene ningún impedimento para declarar en este proceso, la certificación del Secretario General del Ministerio de Obras Públicas, la inspección ocular y el peritazgo.

"La certificación del Secretario General del Ministerio de Obras, expresa que 'en plano existente en dicha Interventoría (la Troncal de Occidente) figura un lote marcado con la letra "F" como propiedad del señor Manel M. (sic) Garcés con una área de 21.370 m2, no existiendo en dicha Interventoría constancia alguna sobre su propiedad actual'. La misma certificación explica que este lote

fue declarado de utilidad pública como zona requerida para la construcción a una anchura de 100 mtrs. de la carretera Cali-Palmira y que esa Interventoría impartió las órdenes de iniciar la construcción de la vía 'por los predios de propiedad del señor Garcés'.

"Con la prueba de Inspección ocular se establece que le lote de 21.370 M2. contiguo al lote de la Sociedad demandante y que hacia parte integrante de él de conformidad con los títulos estudiados, está incorporado a la zona de la carretera y 'destinado al servicio público', 'o lo que es lo mismo en poder de la Nación.

"Y los señores peritos manifestaron (sic) que 'es un hecho innegable que la Nación Colombiana tiene la posesión material de la zona o lote de terreno materia de este juicio, lo cual se manifiesta en forma palmaria, por existir actualmente trabajos de ampliación de la vía en ese tramo, por existir también huellas de haber sido utilizada para extraer material de relleno para la vía y por hacer parte de la zona de la carretera denominada 'Cali-Palmira', carretera sobre la cual es también innegable que la Nación, por transitar por ella, cobra impuesto de peaje a través de sus dependencias'.

"El conjunto de las pruebas, sumado a la manifestación hecha por el representante de la Nación, según la cual 'es cierto que la Nación Colombiana posee materialmente la carretera denominada Recta Cali-Palmira, y es obvio que ejercita sobre la zona por ésta ocupada, los derechos inherentes a las vías públicas', establecen de modo pleno la segunda condición o presupuesto de la acción relativo a la posesión u ocupación permanente de la propiedad por parte de la Nación demandada.

"La Inspección ocular, el peritazgo, la declaración del Sr. Fortunato Garcéos V. los títulos escriturarios y la certificación del Secretario General del Ministerio concurren fehacientemente al establecimiento de la identidad del lote a que se refiere la primera petición y el hecho 1o. de la demanda y cuya área es de 21.370 metros 2.

"En la Inspección ocular se dejó constancio 'Que la zona materia de la restitución cuyas dimensiones, longitudes y linderos se especificaron en el cuerpo de esta diligencia y en la súplica primera de la demanda, coincide perfectamente con la ocupada por la Nación con la expresada carretera directa Cali-Palmira'.

"De la misma diligencia pertenece la conducente observación que se trascribe: 'Que la faja de terreno de que se trata se halla ubicada dentro del lote F-2 del plano de división de los terrenos de la Hacienda San Luis que obra en el expediente, precisamente en el sitio en donde se inicia la carretera directa Cali-Palmira, en el paso del Puente del Comercio, cuya extensión superficiaria aproximada es de 21.370 metros cuadrados, y comprendida por los siguientes linderos especiales: Norte, en longitud de 800 mts. lineales con el lote F-2 en que fue dividida materialmente la Hacienda San Luis; Sur, en una longitud aproximada de 807 mts. con 25 cms. con la zona cedida por la familia Garcés Valencia a la Nación Colombiana, según escritura publica No. 3259 de octubre 26 de 1.949 de la Notaría 1a. de Cali; Oriente, en longitud aproximada de 29 mts. camino al medio, con el lote E-2 del plano de división material de la hacienda San Luis; y occidente, con la hacienda La Flora de Adolfo Bueno'.

"Los peritos dictaminaron: 'En el acto de la diligencia de inspección ocular se recorrió la zona de terreno cuya singularización y linderos aparecen en la súplica primera del libelo de demanda, o sea la porción de terrenos siguiente: un lote de 21.370 metros cuadrados de cabida, ubicado en este Municipio, en el trámo que va del lote de terreno distinguido con la letra "E 2" del plano de división de la hacienda 'San Luis', que obra a folio 41 del cuaderno principal, de propiedad del Sr. Alvaro Garcés Valencia, al cruce con la antigua carretera al paso del Comercio, cuyos linderos y dimensiones son las siguientes: Norte, en una longitud aproximada de 800 metros lineales con el resto del lote "F-2" en que fue dividida materialmente la hacienda San Luis cuya respectiva escritura de división aparece a folios 15 a 20 del cuaderno 1o. y que lleva el No. 1064 de fecha 5 de septiembre de 1.951, de la Notaría 4a. de este Circuito; Sur, en una longitud de 807 metros con 25 centímetros, con la zona de terreno cedida por la familia Garcés Valencia a la Nación Colombiana, por medio de la escritura pública No. 3259 de 26 de octubre de 1.949, de la Notaría 1a. de este circuito y cuya copia respectiva aparece a folios 8 14 del mismo cuaderno 1o. Oriente, en una longitud de 29 metros (no de 40 como se dice en el libelo de demanda, tal como lo dejamos ya explicado), caminos al medio con el lote de terreno distinguido con la letra "E 2" de que antes se habló; y occidente, con la propiedad denominada hacienda "La Flora" que pertenece al Sr. Adolfo Bueno.

"De la confrontación, sobre el terreno, de esta zona con la singularizada en la súplica primera del libelo de demanda, se saca la conclusión de que se trata de una misma porción de terreno, pues son iguales sus linderos, su ubicación y dimensiones longitudinales, con la aclaración que hemos dado en lo referente a la extensión longitudinal del lindero oriental'

'Los peritos fundamentaron la anterior conclusión con la siguiente consideración de orden técnico: 'De donde es lógico inferir que la Nación Colombiana está ocupando una zona de terreno de los predios adyacentes a lado y lado de la carretera, en el tramo antes mencionado, pues si los señores Garcés Valencia solamente cedieron una porción de terreno con destino a la carretera, de longitud de 600 metros por 42 de ancho, según ya se dijo, y el tramo de la carretera en este lugar tiene un ancho de 100 metros, es obvio que a lado y lado de ella se está ocupando una porción o zona de terreno equivalente a 29 metros de ancho, en una longitud de 800 metros, más o menos'

"El mérito suficiente que forman las anteriores pruebas, se cimenta aún, más con el certificado expedido por el Secretario General del Ministerio de Obras Públicas, en el cual se admite expresamente que la Nación, en desarrollo del Decreto 701 de 1.952 que fijó la anchura de la carretera en 100 metros, diez por el lote marcado con la letra "F 2 del plano existente en la Interventoría que tiene un área de 21.370 mts-2 y como propietario figura el Sr. Manuel M. (sic) Garcés".

Habiendo condicionado la parte actora la acción principal a la no destinación del predio a un servicio público, bien está que sea la accesoria la que prospere, puesto que es la demanda la que señala la pauta al fallador y es manifiesta la voluntad del demandante de obtener sólo el resarcimiento de daños en el caso de que el inmueble de que fue despojado tenga la destinación expresada.

Al hacer la valoración del perjuicio dicen los peritos que actuaron en la primera instancia, en dictamen que acoge la sentencia de primer grado: "Hemos

solicitado a la Urbanización Industrial de los señores Bueno Madrid el valor del metro cuadrado de los terrenos que forman esa urbanización, la cual se encuentra ubicada en el costado occidental del lote F-2. El valor del metro cuadrado que esa Urbanización tiene fijado para sus operaciones de compraventa, fluctúa entre los $ 25 y los $ 35, según su localización. Así mismo solicitamos cotizaciones sobre el valor del metro cuadrado en la parcelación rural existente en terrenos que quedan ubicados a la margen derecha del río Cauca, hacia el lado norte de la recta Cali Palmira, parcelación que carece de toda clase de servicios públicos y que no tiene ni la demanda ni el porvenir de las tierras situadas hacia la margen izquierda del río Cauca, es decir, hacia el centro de la ciudad. Los precios del metro cuadrado se cotizan allí entre $ 12 y $ 18 según su localización. Dadas las circunstancias que anteceden, incluyendo la importancia comercial de la zona, su cercanía a empresas industriales, nuestra experiencia en esta materia, operaciones comerciales que recientemente se han llevado a cabo en ese sector, y todos los demás factores que ordinariamente se tienen en cuenta en estos casos, es nuestro dictamen estimar en la suma de $ 12 moneda corriente el metro cuadrado de la zona de terreno sobre la cual se nos pide el avalúo, o sea la del litigio. Como igualmente se nos solicita el valor total de esa porción de terreno, en la suma de $ 256.440 moneda corriente, estimamos el precio o valor total de la zona que ocupa la Nación en el predio de la parte demandante en este litigio. Para hacer la anterior estimación tuvimos también en cuenta las obras de desecación que actualmente adelanta la C. V. C. en terrenos inmediatamente aledaños y las cuales ponen a cubierto de inundaciones el terreno de la referida zona".

Claramente se expresa en este dictamen que para el avalúo los peritos tuvieron en cuenta factores que, como los precios ahora corrientes para inmuebles aledaños al que es objeto del litigio, y por tanto, a la carretera, los de operaciones de compraventa recientes sobre lotes situados en la misma zona, la importancia comercial de ésta en el momento de la peritación, y otros similares, son idóneos para determinar el precio actual del predio, incluida la valorización causada por la vía pública expresada, cuando ha sido doctrina de la Corte que el resarcimiento no puede comprender la valorización que la obra o servicio público ocasiona, pues que de lo contrario el damnificado no sólo percibiría el monto del daño que sufriera sino que vendría a derivar un provecho adicional, motivado por la misma causa a que atribuye el perjuicio, lo que implicaría un enriquecimiento injusto.

Se desprende, así pues, del informe de los peritos, que en el presente caso la valorización del predio en litigio y de la zona aledaña proviene de un complejo de causas, entre las cuales se cuenta la obra de rectificación y ensanche de la carretera Cali-Palmira, y que esa valorización fue incluida en el cómputo que del precio hicieron los peritos, sin que, por otra parte, la hubiesen calculado por separado en forma de poder deducirla del estimativo total; y como de la petición cuarta in fine del libelo resulta que el actor pretende intereses moratorios desde el día de la ocupación, debe interpretarse que es el precio entonces, y no ahora, el demandado por el actor, ya que si fuera el actual es claro que no habría lugar a exigir intereses sobre ese precio desde época en que el inmueble no lo había alcanzado todavía; por lo cual no puede acogerse el dictamen pericial que comprende la valorización ulterior a la ocupación, pues que ello conduciría a un fallo ultra petita. Por eso habrá de reformarse la sentencia de primera instancia, a fin de que la cuantía de la indemnización sea señalada como lo indica el artículo 553 del Código Judicial. Para hacerlo se fijará el precio

del inmueble el día de la ocupación, excluyendo del respectivo cálculo la valorización que la obra pública hubiera podido ocasionar, y se dispondrá el pago de intereses legales sobre ese precio en sustitución de los frutos demandados como lo disponen los artículos 739 y 1617 del Código Civil.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, confirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el veintiocho de junio de mil novecientos sesenta y dos, con la siguiente modificación a su ordinal segundo, que quedará así: Condénase a la Nación Colombiana a pagarle a la sociedad Gutiérrez Hermanos & Cía. Ltda., domiciliada en Cali, a título de indemnización de perjuicios, los que por el procedimiento indicado en el artículo 553 del Código Judical se demuestre que le fueron causados con la ocupación permanente, con un sector de la carretera Cali Palmira, de la zona de terreno descrita en la demanda, debiendo tenerse en cuenta para hacer la estimación del perjuicio lo indicado en la parte motiva in fine de este fallo.

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

Efrén Osejo Peña. - Ramiro Araújo Grau. - Carlos Peláez Trujillo. - Luis Carlos Zambrano. - Jorge García Merlano, Secretario.

PRUEBAS ACOMPAÑADAS A LA DEMANDA. PERDIDA DE MERCANCIAS EN LAS ADUANAS. COMPETENCIA DE LA JUSTICIA ORDINARIA.

1. No Pueden dejar de estimarse las pruebas acompañadas a la demanda. 2. Responsabilidad objetiva de la Nación por pérdida o deterioro de mercancías almacenadas en bodegas oficiales.

El artículo 2o. del Decreto 630 de 1.942, sustitutivo del artículo 55 del Código de Aduanas, consagra una responsabilidad objetiva en el caso que ella contempla, o sea, que la Nación incurre en ella, con prescindencia de toda idea de culpa, con el solo hecho del extravió o pérdida o del deterioro de la mercancía que se encuentra bajo su custodia.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE NEGOCIOS GENERALES. Bogotá, quince de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo).

En virtud de denuncia presentada por agentes del resguardo de aduanas, se inició una investigación por contrabando contra el comerciante señor Carlos Rivas R., en el comando de ese cuerpo adscrito a la Aduana Interior de Bogotá. En el auto en que se dispuso iniciar la referida investigación, se ordenó retener mercancías de varia índole, por valor de diez y siete mil trescientos noventa y nueve pesos con cincuenta y nueve centavos, según avalúo practicado durante las diligencias sumarias, por lo cual fueron retiradas de los almacenes del señor Rivas y depositadas en el almacén de ventas y remates de la Dirección Nacional de Aduanas. El señor Rivas fue absuelto, sin embargo, por el Tribunal Supremo de Aduanas, en sentencia de diez y ocho de noviembre de mil novecientos cincuenta y siete, en la que se ordenó la devolución de las mercaderías aprehendidas y retenidas por las autoridades aduaneras, conforme a inventario que obra en el proceso; no obstante lo cual, al señor Rivas le fueron devueltas solamente por valor de catorce mil ochocientos ochenta y cuatro pesos con ocho centavos, habiéndosele dejado de entregar otras por valor de dos mil quinientos quince pesos con cincuenta y un centavos, de las cuales se dice que debieron extraviarse o ser saqueadas mientras permanecieron en las dependencias del resguardo.

Estos hechos dieron lugar a que el señor Rivas, quien es mayor de edad y vecino de Bogotá, demandara ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por medio de apoderado, a la Nación, para que contra ella y con audiencia del respectivo agente del ministerio público se pronunciase sentencia de condena por la suma de dos mil quinientos quince pesos con cincuenta y un centavos, y los intereses legales de dicha cantidad desde el día en que se dispuso

la devolución de las mercancías, que la Nación debería pagar al demandante por concepto de resarcimiento de perjuicios.

De la demanda se dio traslado, una vez admitida, al señor fiscal del Tribunal Superior, quien la contestó oponiéndose a la acción incoada, solicitando la absolución de la Nación y manifestando no constarle los hechos relatados por el actor.

El juicio terminó en primera instancia con la sentencia proferida el diez y seis de agosto de mil novecientos sesenta y uno, cuya parte resolutiva es del siguiente tenor:

"Primero. Condénase a la Nación Colombiana, representada en este juicio por el señor fiscal 1o. de la corporación, a pagar al señor Carlos Rivas Romero la suma de dos mil quinientos quince pesos con cincuenta y un centavos ($2.515.51) moneda corriente, como capital, valor de las mercancías que dejaron de entregarse a dicho señor por el Almacén de ventas y remates de la Dirección Nacional de Aduanas, y los intereses legales de dicha suma desde el día veintisiete de noviembre de mil novecientos cincuenta y siete, hasta la fecha de este fallo".

Contra esta providencia interpuso el señor fiscal primero del Tribunal a quo el recurso de apelación que se procede a decidir.

En los autos aparece debidamente establecido: que por denuncia formulada ante el comando del resguardo de la Aduana Interior de Bogotá por el agente Persival Gutiérrez, tal entidad inició diligencias sumarias en averiguación del delito de fraude o contrabando en que hubiera podido incurrir el señor Carlos Rivas Romero, entre ellas la retención y el depósito en el almacén de ventas y remates de la Dirección General de Aduanas de las respectivas mercaderías; que de éstas se hizo el correspondiente inventario y que fueron avaluadas por peritos designados por el expresado comando en la suma de diez y siete mil trescientos noventa y nueve pesos con cincuenta y nueve centavos; que el juzgado de aduanas de Bogotá, en sentencia de veinticinco de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco, condenó al demandante como responsable del delito de fraude a la renta de aduanas y declaró artículos de contrabando los retenidos y depositados en el almacén de ventas y remates de la Dirección de Aduanas, salvo los a que se refiere el punto tercero de la sentencia; que el Tribunal Supremo de Aduanas, en fallo de diez y ocho de noviembre de mil novecientos cincuenta y siete, revocó el de primera instancia, y en su lugar absolvió al sindicado Rivas Romero y dispuso la devolución de las mercancías inventariadas en el proceso; que en obedecimiento de la aludida sentencia, al señor Rivas le fueron devueltas en los días 3 y 5 de diciembre de 1.957, por el almacén de ventas y remates, con la asistencia de un delegado de la Contraloría General de la República, mercancías por valor de catorce mil ochocientos ochenta y cuatro pesos con ocho centavos. Siendo de observar que las que el juzgado de aduanas declaró nacionalizadas conforme a las prescripciones vigentes, y dispuso entregar en consecuencia, figuran entre las devueltas en los días referidos.

Estos hechos se hallan suficientemente acreditados con las copias de las providencias del comando del resguardo de la Aduana Interior de Bogotá en que se dispuso iniciar las diligencias sumarias y retener y depositar las mercancías, así como reconocerlas y avaluarlas; con la de inventario y avalúo practicados por los peritos Héctor Mujica y José A. Guzmán el 2 de marzo de 1.955; con la sentencias de primero y segundo grado proferidas, en su orden, por el juez de aduanas de Bogotá y el Tribunal Supremo de Aduanas en las fechas arriba indicadas; y con

las de las actas números 44 y 45 de 3 y 5 de diciembre de 1.957 en las cuales consta la entrega que el jefe del almacén y ventas hizo al actor de mercancías por valor de catorce mil ochocientos ochenta y cuatro pesos con ocho centavos, es decir, por cuantía inferior en dos mil quinientos quince pesos con cincuenta y un centavos al valor de avalúo. Dadas esta diferencia, y la circunstancia de que las mercancías legalmente nacionalizadas según el fallo de primer grado no lo fueron con anterioridad a las diligencias de entrega de 3 y 5 de diciembre, puesto que aparecen devueltas en las fechas últimamente indicadas, no cabe duda de que la Nación dejó de entregarlas a Rivas Romero no obstante lo dispuesto en el fallo de primera instancia.

Los documentos a que alude fueron acompañados a la demanda, en copias debidamente expedidas por las oficinas donde reposan los respectivos originales. Por eso, a tenor de lo prescrito en el numeral primero del artículo 597 del Código Judicial, no pueden dejar de estimarse por el fallador, como parece pretenderlo el señor fiscal del Tribunal cuando, como único argumento en favor de la no responsabilidad del Estado y con olvido del precepto expreso que acaba de citarse, alega que los hechos fundamentales de la demanda no fueron en forma alguna acreditados porque durante el período probatorio la parte actora no produjo la prueba correspondiente. No la adujo durante ese término, pero lo hizo con el libelo como lo autoriza expresamente la norma mencionada.

Pues bien: el artículo 2o. del decreto 630 de 1.942, sustitutivo del artículo 55 del Código de Aduanas, dispone que "salvo pérdidas o daños por fuerza mayor, evaporación, deterioro natural, empaque defectuoso, o de suyo inadecuado por su poca consistencia o mala confección, para la seguridad del contenido, el Gobierno responderá a los dueños de la mercancía por toda pérdida o entrega equivocada, o daño de la mercancía almacenada en bodegas oficiales, desde la fecha de su recibo hasta la de su retiro en forma legal o su abandono voluntario, o hasta cuando se le considere legalmente abandonada por haberse cumplido el término legal de almacenaje". Esta norma consagra una responsabilidad objetiva en el caso que ella contempla, o sea, que la Nación incurre en ella, con prescindencia de toda idea de culpa, con el sólo hecho del extravío o pérdida o del deterioro de la mercancía que se encuentra bajo su custodia; y como en este caso se halla comprobada esa pérdida, porque el almacén de ventas dejó de entregarle al interesado parte de las mercancías depositadas en dicho almacén, y el opositor no ha establecido la existencia de ninguna de las causales eximentes de responsabilidad consagradas en la disposición transcrita, es procedente confirmar el fallo que se revisa, hallándose, como se halla, por otra parte, debidamente acreditada la legitimación activa en la causa y siendo la justicia ordinaria la competente para conocer del negocio a tenor de lo establecido en el parágrafo 2o. del artículo 4o. del decreto 188 de 1.958, según lo definió esta Sala en sentencia de 15 de diciembre de 1.960 (G. J. XCIV, 448 ss.).

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, confirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el diez y seis de agosto de mil novecientos sesenta y uno

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

Efrén Osejo Peña. - Ramiro Araújo Grau. - Carlos Peláez Trujillo. - Luis Carlos Zambrano. - Jorge García Merlano, Secretario.

PETROLEOS

Requisitos necesarios para la prosperidad de esta clase de acciones. En el caso de autos no aparece plenamente establecido que el predio haya salido del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1.873.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE NEGOCIOS GENERALES. Bogotá, veinte de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau).

El apoderado que constituyeron Helena Vinagre viuda de Ramírez, María Vinagre viuda de Uribe y Guillermo Palacio Rudas, las dos primeras en propio nombre y el último como representante legal de sus menores hijos Guillermo y Fernando Palacio Ramírez, todos vecinos de Bogotá, presentó demanda contra la Nación ante esta Sala para que, previo los trámites de un juicio civil ordinario de única instancia, se hicieran las siguientes declaraciones:

"PRIMERA. Que el globo de terreno, de propiedad de mis representados, descrito y alindado en el hecho primero de esta demanda, salió del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1.873, en virtud de varios títulos emanados de la Nación y ésta no lo ha recuperado hasta la fecha".

"SEGUNDA. Que tanto el suelo como el subsuelo del inmueble denominado "EL NARANJITO", del Municipio de Guachetá, Departamento de Cundinamarca, descrito y determinado en el primer hecho de esta demanda y de manera especial el petróleo, gases, hidrocarburos y demás minerales o substancias que se hallen en el subsuelo del referido inmueble, son de propiedad de mis representados señoras HELENA VINAGRE VIUDA DE RAMIREZ, MARIA VINAGRE VIUDA DE URIBE, GUILLERMO PALACIO RAMIREZ Y FERNANDO PALACIO RAMIREZ".

"TERCERA. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, el suelo y subsuelo del premencionado inmueble y de manera especial el petróleo, gases y demás hidrocarburos y substancias que se encuentren en dicho subsuelo pueden explotarse como propiedad privada de mis representados y su exploración y explotación no pueden adelantarse por la Texas Petroleum Company solicitante, de dichas explotación y exploración, de acuerdo con la propuesta número 936 (Fúquene) (de la cual se hablará más adelante) ni tampoco por persona natural o jurídica distinta de mis representados, señoras HELENA VINAGRE VIUDA DE RAMIREZ, MARIA VINAGRE VIUDA DE URIBE, GUILLERMO PALACIO RAMIREZ Y FERNANDO PALACIO RAMIREZ".

"CUARTA. Que en el supuesto de que ya hubiese celebrado la Nación con la Texas Petroleum Company o con otra persona natural o jurídica, contrato de exploración y explotación del petróleo, gases y demás hidrocarburos que se encuentren en el subsuelo del mencionado globo de terreno, como si fuesen de propiedad nacional, por hallarse dentro del perímetro de la propuesta 936 (Fúquene) dicho contrato debe declararse terminado en lo referente al subsuelo petrolífero del globo de terreno objeto de esta demanda, conforme lo ordena el inciso tercero del Artículo 2o. del Decreto Extraordinario número 3050 de 1.956".

Como fundamentos de hecho expuse los siguientes:

"PRIMERO: Mis poderdantes HELENA VINAGRE VIUDA DE RAMIREZ, MARIA VINAGRE VIUDA DE URIBE, GUILLERMO PALACIO RAMIREZ Y FERNANDO PALACIO RAMIREZ son actualmente propietarios inscritos y poseedores del predio rural denominado "EL NARANJITO", ubicado en jurisdicción de Guachetá, Departamento de Cundinamarca, alindado así: "al oeste el río Ubaté, partiendo desde la alameda que lo separa de terrenos de la sucesión de Lucio Barrero S., río abajo a encontrar el Vallado que parte de la Punta de la Peña, lindando con terrenos de Guatanquy; por el norte el mismo Río y Vallado hasta la Punta de la Peña; de aquí en dirección de sesenta y nueve grados (69°) y quince minutos (15') al noroeste hasta la cima de la Peña, donde hay un mojón con la letra A, de aquí a la esquina noroeste de la casa de Simón Moreno, hasta llegar al filo de la serranía que separan las aguas que van al vallado de Gacha, donde hay un mojón con la letra B; al sur desde la Paila trescientos cincuenta y tres metros (353 mts.) de la cúspide de esta, del mojón B, en dirección ciento cincuenta y siete grados (157°) al noroeste, hasta encontrar otro mojón con la letra C, hacia la base sur del Cerro del Santuario, lindando con terrenos incluidos en la hijuela de José Francisco Acevedo, de la sucesión del señor Antonio Vinagre. Desde el último mojón bajando en línea recta a la zanja que va a la parte de Gacha, hasta encontrar una cerca de piedra, lindando con el resguardo de Gacha y terrenos de los herederos de Lucio Barrero S.; por el sur siguiendo por la cerca hacia el oeste hasta la alameda primer lindero".

"SEGUNDO: La tradición del dominio del inmueble descrito en el hecho anterior, cuyo suelo y subsuelo es de propiedad de mis poderdantes, mediante una cadena comprobada de títulos se remonta, desde mis poderdantes hasta las personas que los adquirieron antes del día 28 de octubre de 1.873, en virtud de títulos emanados del Estado y de la prescripción adquisitiva".

"TERCERO: El Ministerio de Minas y Petróleos, por medio de la Resolución número 1208, del 20 de octubre de 1.958, (Diario Oficial No. 29.881, de febrero 19 de 1.959) admitió la propuesta que le hiciera la Texas Petroleum Company, para contratar la exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional, propuesta registrada bajo el número 936 y que abarca un globo de terreno de 49.998 hectáreas, ubicado en jurisdicción de los Municipios de Simijaca, Susa, Fúquene, Guachetá, Lenguazaque y Ubaté del Departamento de Cundinamarca y Ráquira, Tinjacá, Sutamarchán y Chiquinquirá, en el Departamento de Boyacá, globo comprendido dentro de los siguientes linderos:(...aquí ellos)".

"CUARTO: Los terrenos de que trata el hecho primero de esta demanda salieron legalmente del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1.873, en virtud de numerosos actos jurídicos, que son la causa legal del derecho de mis mandantes sobre el subsuelo del citado predio, ya que constituyen títulos

originarios emanados del Estado y pruebas de explotación económica de tales terrenos con muchos años de antelación a la reserva del subsuelo por parte del Estado".

"QUINTO. El inmueble, determinado por sus linderos en el hecho primero de esta demanda, está clara e indudablemente comprendido dentro del área de la propuesta número 936 (Fúquene) que hiciera al Gobierno Nacional la Texas Petroleum Company".

"SEXTO. El inmueble denominado "El NARANJITO" descrito y alindado en el hecho primero de esta demanda, cuyo suelo y subsuelo pertenecen a mis poderdantes HELENA VINAGRE VIUDA DE RAMÍREZ, MARIA VINAGRE VIUDA DE URIBE Y LOS menores GUILLERMO PALACIO RAMIREZ Y FERNANDO PALACIO RAMIREZ está también claramente determinado en los títulos de adquisición y es determinable sobre el terreno".

Respecto a fundamentos de derecho expresó:

"En derecho fundo esta demanda en los artículos 5, 34, 36 y concordantes del Decreto 1056 de 1.953 (Código de Petróleos) 2o. del Decretro Extraordinario No. 3050 de 1.956 y demás disposiciones concordantes de las Leyes 37 de 1.931, 160 de 1.936, 18 de 1.952 y sus decretos reglamentarios; en las legislaciones colonial española, Código de Indias y Reales Cédulas sobre la materia, así como en las Leyes de 11 de octubre de 1.821, 70 de 1.866 y Código Fiscal de 1.873, artículos 669, 673 y concordantes del Código Civil, 1o. de la Ley 50 de 1.936, 734, siguientes y concordantes del Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones legales y reglamentarias pertinentes.

Se trata, pues, de una acción tendiente a excluir del área de una propuesta para explorar y explotar petróleo de la Nación aceptada por el Gobierno, el predio "El Naranjito", por ser de propiedad actual de los demandantes y haber salido del dominio del Estado con anterioridad al 28 de Octubre de 1.873. Su fundamento jurídico es el art. 5o. del Código de Petróleos.

Como observa el señor Procurador Delegado, para la prosperidad de la acción no bastaría la comprobación de la propiedad actual de los demandantes sobre el predio, ni que éste se encuentra dentro de los linderos de la propuesta, sino que es indispensable también la verificación de que el predio en referencia corresponde al indicado en los documentos aducidos para comprobar su salida del patrimonio nacional en la forma antes indicada, esto es, con anterioridad al 28 de Octubre de 1.873.

Pero este fundamento esencial no aparece plenamente establecido.

En la inspección ocular ningún intento se hizo por relacionar el predio "El Naranjito" con las tierras a que se refieren algunas mercedes concedidas en la época colonial, aducidas por lo actores. En dicha diligencia se identificó el predio, se comprobó que está en posesión de determinadas personas y se localizó el mojón astronómico de "Lenguazaque", punto de referencia de la propuesta 936. Pero nada más se hizo. Son los peritos que intervinieron en la "vista de ojos" quienes entraron a estudiar la posibilidad de que el expresado predio "El Naranjito" estuviera comprendido dentro de las tierras sobre que versaron las aludidas; pero sus conclusiones no son satisfactorias

La parte pertinente del dictamen pericial es del siguiente tenor:

"...Hemos estudiado toda la titulación, incluyendo los documentos provenientes del Archivo Nacional, en cumplimiento del pedimento aceptado por la Corte Suprema de Justicia (cuaderno 1o., pág. 4). Al referirnos a ellos lo haremos diciendo, Documentos del Archivo Nacional. El título más antiguo que se encuentra en el expediente es la adjudicación que con fecha 28 de Junio de 1.613 hizo Don JUAN DE BORJA al Capitán D. BERNARDINO DE LASERNA MOJICA. Allí (Cuaderno 2, pág. 35 y reverso) se leé: "Por cuanto vos el capitán D. Bernardino de Laserna Mojica, vecino de la ciudad de Tunja me hiciste relación que en las sobras de las estancias de Guacheté que tenéis y poseéis os podía hacer merced de dos estancias, una de pan y otra de ganado mayor, en lo llano donde sembráis y en las sombras de una estancia de ganado que tenéis, que la tierra se llama Gacha y Nemengua".

"Este primer título nos sitúa en una región conocida cuyos nombres han subsistido a pesar del paso del tiempo: GUACHETA, GACHA, NEMENGUA, pero NO NOS PERMITE A LOS PERITOS HACER NINGUNA ALINDERACION. Posteriormente (cuaderno 2, pág. 31, vuelto) Bernardino de Laserna Mojica se refiere al título de la Merced anterior, cuando dice: 'En dos títulos en que me hizo merced de ellas el Presidente Don Juan de Borja, Caballero de la Orden de Santiago y Capitán general de este Reino, su data, el uno a dos de julio del año pasado de 1.610, y el otro, su data en Santafé a 28 de junio del año pasado de 1.613'. Indudablemente, se trata de la misma Merced, PERO ESTE DATO TAMPOCO NOS PERMITE A LOS PERITOS ALINDERARLA. No pudimos encontrar en nuestro estudio ninguna otra referencia a esta merced que la ligue con los demás títulos. Solamente en Documentos del Archivo Nacional (pág. 13) se encuentra una pequeña mención, cuando se dice: 'Testimonio de los títulos que se hallan a continuación de la permuta que hicieron los indios de Guachetá con don Bernardino Serna constante en autos que siguieron en esta Real Audiencia por el Maestro Don MARCOS NEIRA con José Sánchez del Quijo". Al estudiar los documentos del Archivo Nacional (pág. 4 vuelto y siguientes) aparece un largo pleito que se inicia el 3 de Junio de 1.783 y en el cual intervienen, don Cayetano Ricaurte, los vecinos de Fúquene, Don ANTONIO NEIRA y Don José Manuel Rojas sobre merced de tierras contiguas a la Laguna de Fúquene, Pantanos de Ticho y Gacha. Allí figuran diligencias de reconocimiento, tanteo y avalúo, auto de deslinde, reconocimiento de los pantanos de Ticha y de la Isla, Vista de Ojo de los Pantanos de Ticha hasta donde desemboca el Pantano de Gacha", del cerro del Cuvio hasta el paso del Neuque", medida y avalúo del primer pantano de Ticha y concepto del Fiscal (pág. 11, reverso) por medio del cual se le adjudican a ANTONIO DE NEIRA 3 estancias, una de ganado menor y dos de mayor en el Pantano de Ticha. Esto se hace con fecha 28 de Abril de 1.787. Durante este litigio se citan una gran cantidad de nombres en los linderos: El cerro que llaman Ramada, Nemoga, laguna de Fúquene, Cerro Cuvio, Negua Cerro donde llaman Pueblo Viejo, la Chucua, Susa, Simijaca, Peña de la Tagua, Potrero de Ticha, Pantano de Gacha y La Isla, Laguna de Cucunubá, etc. etc. La mayoría de estos nombres subsisten hoy día y los hemos señalado en el croquis que acompaña nuestro dictamen sobre las Cartas del Instituto Geográfico, con lápiz rojo. Como puede apreciarse mirando las cartas geográficas que acompañan el dictámen, estos puntos abarcan una gran extensión. Y es lógico, pues durante la diligencia de reconocimiento, tanteo y avalúo (Documentos del Archivo Nacional, págs. 4 y 5), se tantearon 4 estancias. La estancia, según los datos sobre medidas agrarias en la época

colonial, del libro del Dr. Luis E. Páez Courval, era de dos clases, grande y pequeña. La primera equivalía a 1.664 hectáreas, con 6.400 metros cuadrados, pues era de 6.000 pasos en cuadro y cada paso valía 68 centímetros. De manera que 4 estancias, en esa época, abarcaban una cabina de algo más de 6.600 hectáreas. Y es de suponer que las estancias mencionadas eran de las grandes no solo por ser de ganado mayor, sino, principalmente por lo distante de los puntos de los linderos.

"SIN EMBARGO, PESE A TANTAS REFERENCIAS TOPOGRAFICAS, LOS PERITOS NO PUDIMOS LOCALIZAR UNA ALINDERACION CERRADA en las cartas del Instituto Geográfico, que acompañan este dictamen, por varias razones: Hay puntos básicos para una alinderación, que han desaparecido, v. gr. "El cerro del Cuvio", no hay medidas, ni rumbos que orienten una dirección y finalmente hay varios nombres repetidos: La Ramada, Pueblo Viejo, Nemoga. Por este motivo, nos hemos limitado a señalar en la Carta del Instituto Geografico, en lápiz rojo, como ya dijimos, los puntos arcifinios más notables. A pesar de lo que acabamos de decir, PARECE claro que desde la época del tanta veces citado litigio los terrenos situados en esa región comenzaron a ser propiedad particular y que si se tienen en cuenta algunos de los puntos arcifinios mencionados, se puede ver en el mapa del Instituto Geográfico que la región de Tiche donde hoy se encuentra la finca "El Naranjito" DEBIA FORMAR PARTE DE LAS MERCEDES QUE FIGURAN EN EL MENCIONADO PLEITO. Evidentemente, por el Sur hay puntos como la Ramada y los Pantanos de Gacha, por el Occidente está Nemoga, por el Oriente Pueblo Viejo y por el Norte la laguna de Fúquene. SIN EMBARGO, NO LO PODEMOS AFIRMAR ROTUNDAMENTE pues para esto sería necesario que hubiéramos podido localizar una alinderación cerrada, dentro de la cual hubiera estado comprendida la finca materia de la demanda".

"Decíamos arriba que a Don ANTONIO NEIRA se le adjudicaron 3 estancias en el Pantano de Tiche, el 28 de Abril de 1.787. Al seguir estudiando la titulación se encuentra, (Cuaderno 2, pág. 30) la donación que hace Doña Catalina de Castro y Bolaños a Don Antonio de Neira y Cabrejo" el derecho que tiene a las tierras de Rabanal Tiche", en el año de 1.788. Siguen, por tanto, figurando las mismas tierras. Posteriormente figura (cuaderno 2, pág. 27) el subarriendo que hacen en el año de 1.812 don José Acevedo Gómez y su esposa Catalina Sánchez de Tejada de las Haciendas de Rabanal Tiche, páramo de Gachanece a Rudecindo Valbuena".

"El documento que en seguida se encuentra (cuaderno 2, pág. 20) tiene fecha 12 de febrero de 1.886. En él Ricardo Vinagre Neira vende a Alejandro Salcedo los derechos hereditarios que le corresponden en la mortuoria de su madre legítima María Neira de Vinagre. El primero de septiembre de 1.886 (cuaderno 2, pág. 22) ya se menciona específicamente "El Naranjito", finca materia de la demanda. Allí Alejandro Salcedo vende a Juan Francisco Pardo "una parte del terreno denominado EL NARANJITO, situado en jurisdicción del Municipio de Guachetá, comprendido dentro de los siguientes linderos" Los linderos que en seguida se mencionan en dicha venta son prácticamente los actuales. Ya, con este título los peritos pudimos localizar sobre la carta del Instituto Geográfico la finca "El Naranjito". De ahí en adelante figuran en el cuaderno 1 del expediente una serie de títulos recientes, a nuestro parecer correctos, hasta llegar a los actuales propietarios".

"Resumiendo: nuestra contestación a la segunda parte de esta pregunta, "desde cuanto tiempo atrás", es la siguiente: podemos afirmar con entera seguridad, que desde el año de 1.888, cuando ya figura una alinderación de la finca materia de la demanda, que se pudo localizar y precisar. Y podemos decir también, consecuentes con los razonamientos que arriba hicimos, que muy probablemente las tierras donde hoy se encuentra "El Naranjito", eran de propiedad particular desde el año de 1.783, cuando se inició el pleito al cual hemos hecho referencia tantas veces". (Los subrayados en mayúsculas son de la Sala).

Como puede apreciarse, no pudieron los peritos precisar sin la menor duda que "El Naranjito" hizo parte de las tierras a que se refirieron los documentos que examinaron. Como textualmente afirman, no pudieron "localizar una alinderación cerrada", y lo más que hacen es formular algunas hipótesis.

En cuanto a la ampliación del dictamen ordenada a solicitud del apoderado de la parte actora, tampoco brilla en ella la plena certidumbre, como resulta de su lectura.

Reza lo pertinente de dicha ampliación:

"El abogado de la parte demandante transcribe una parte de nuestro dictamen en la cual decimos "que la región de Ticha donde hoy se encuentra la finca "El Naranjito", debía formar parte de las mercedes que figuran en el mencionado pleito. Evidentemente por el Sur hay puntos como La Ramada y los Pantanos de Gacha, por el Occidente está Nemoga, por el Oriente Pueblo Viejo y por el Norte la Laguna de Fúquene. Sinembargo no lo podemos afirmar rotundamente pues para esto sería necesario que hubiéramos podido localizar una alinderación cerrada, dentro de la cual hubiera estado comprendida la finca materia de la demanda". Hasta aquí la parte de nuestro dictamen transcrita por el abogado, quien luego agrega: "si conforme a lo expuesto por los peritos en lo que se deja transcrito aparecen linderos claros y determinados por los 4 puntos cardinales que comprenden la antigua finca y mayor extensión de acuerdo con los títulos que estudiaron y obran en el expediente, deben explicar claramente que la finca "El Naranjito" sí está comprendida dentro de la mayor extensión a que aluden aquellos títulos antiguos".

"Contestamos: No es que aparezcan linderos claros y precisos, como dice la parte demandante, lo que aparece claro y preciso son puntos de los linderos, lo cual no es lo mismo. Si hubiéramos tenido los linderos, los hubiéramos localizado hasta donde hubiere sido posible, pero lo que teníamos y localizamos eran solamente puntos de la alinderación. Vamos a aclarar aún más esta parte de nuestro dictamen con un ejemplo. Supongamos que al estudiar una alinderación en Bogotá, se hubieran encontrado puntos de tal alinderación, como los siguientes: por el Norte, Usaquén; por el Oriente, Monserrate; por el Sur, San Cristóbal y por el Occidente, Fontibón. Cualquier persona en sana lógica podría decir que el sector que abarca, por ejemplo, la Plaza de Bolívar, Las Nieves, San Diego, Las Cruces y la Sabana, está comprendido dentro de los 4 puntos arriba mencionados. Para un ingeniero, sería necesario conocer el perímetro que encierran los 4 puntos y poderlo trazar exactamente. En otras palabras conocer cómo se va de Usaquén a Monserrate de allí a San Cristobal; de este a Fontibón y de Fontibón a Usaquén, es decir conocer la dirección o la longitud de las líneas que encierran o constituyen ese perímetro. En este caso, trazado el perímetro, sí puede un ingeniero, matemáticamente, decir que una figura geométrica cabe dentro de otra".

"Pese a lo que acabamos de decir, podemos, sinembargo, agregar una razón más, a nuestra creencia de que "la región de Tícha, donde hoy se encuentra El Naranjito, debía formar parte de las mercedes que figuran en el mencionado plcito". Y esta razón es la siguiente: Como decimos en nuestro dictamen (pág. 2, reverso), "se tantearon 4 estancias", lo cual indica que abarcaban una extensión sumamente grande: 6.600 hectáreas; y, lo que es más importante, las estancias eran de 6.000 pasos en cuadro, es decir cuadradas, lo cual implica que no se usaban alinderaciones de forma irregular que dejaran por fuera algunas extensiones de terreno. Con estas consideraciones se refuerza nuestra creencia de una manera notabilísima, para considerar que "El Naranjito" estaba comprendido dentro de la merced adjudicada a Don Antonio de Neira en el año de 1.787. Solamente que como ingenieros, hubiéramos querido poder localizar el perímetro de la Merced, para estar en capacidad de afirmarlo técnicamente, sin siquiera la sombra de una duda".

La afirmación final de la ampliación es harto elocuente y dispensa de mayores comentarios. En ella afirman lisa y llanamente los peritos que no pueden hacer afirmaciones exentas de la menor duda. No pudo, pues, establecerse en forma indubitable que el predio de los actores salió del patrimonio nacional en virtud de las mercedes de tierras aducidas por ellos.

En cuanto a la prescripción, también alegada en la demanda como modo por el cual se produjo la apropiación particular de "El Naranjito" en fecha anterior al 28 de Octubre de 1.783, cabe anotar, en primer lugar, que no se identificaron las tierras sobre las cuales se habrían ejecutado los actos de explotación económica de que, a juicio de los demandantes, dan cuenta algunos documentos corridos entre particulares que examinaron los peritos. Y en segundo lugar, y es lo más importante, que, como ha tenido oportunidad de afirmar la Sala en varias ocasiones anteriores, cualquiera que haya sido el contenido preciso de la institución de la prescripción de los baldíos durante la Colonia y primeros años de la República, ella sufrió un cambio sustancial por obra del art. 5o. de la Ley de 11 o 13 de Octubre de 1.821, que obligó a los presuntos prescribientes de tierras a sacar los títulos dentro del término de un año, so pena de que las perdieran. Ahora bien, los alegados actos de explotación económica ocurrieron, al decir de los actores, durante el siglo XVIII, y no se ha comprobado, ni siquiera afirmado, que para la época de la vigencia de la referida ley de Octubre de 1.821 los entonces poseedores de "El Naranjito" hubieran cumplido con el mandato de su art. 5o., de la sacada de los títulos, ni de la prórroga que en cuanto a dicho cumplimiento pudiera verse en el art. 9o. del Decreto 2 de Mayo de 1.843.

No puede, pues, reconocerse tampoco que en virtud de la prescripción "El Naranjito" salió del patrimonio nacional antes de 1.873.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema -Sala de Negocios Generales-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

Declárase infundada la oposición formulada por los demandantes Helena Vinagre V. de Ramírez, María Vinagre Viuda de Uribe y Guillermo Palacio Rudas a la propuesta número 936 con relación al subsuelo del predio "El Naranjito", y en consecuencia se absuelve a la Nación de los cargos de la demanda.

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

Efrén Osejo Peña. - Ramiro Araújo Grau. - Carlos Peláez Trujillo. - Luis Carlos Zambrano. - Jorge García Merlano, Secretario.

REGIMEN DE LA PROPIEDAD MINERA. COMO SE PRUEBA LA PROPIEDAD PARTICULAR DE LAS MINAS. REAFIRMA LA SALA LAS NUEVAS CONCLUSIONES A QUE HA LLEGADO EN ESTAS MATERIAS. CRITICA DEL TESTIMONIO.

1. El sistema de la accesión del subsuelo en el derecho minero. 2. Condiciones para que las informaciones coincidentes de dos o más testigos tengan valor de plena prueba. 3. Es indispensable acreditar que la mina fue conocida con anterioridad a la reserva nacional.

1. Ha entendido la Corte que la norma que establece el sistema de la *accesión*, no da al dueño del suelo el derecho de propiedad sobre el subsuelo minero, sino simplemente el de apropiarse de las minas que se descubran en dicho subsuelo.

2. Pecan los testimonios contra lo preceptuado en el artículo 697 del Código Judicial que exige la enunciación de las circunstancias subjetivas, o sea, relativas a la forma, tiempo y lugar en que el deponente tuvo conocimiento del hecho, como objetivas, esto es, atinentes a las en que él se cumplió, para que las informaciones coincidentes de dos o más testigos tengan valor de plena prueba.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE NEGOCIOS GENERALES. Bogotá, veintidós de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo).

Con fundamento en lo prescrito en el artículo 5o. de la ley 85 de 1.945, la señora Rosa María Montoya v. de Mejía mayor de edad y vecina de Manizales, demandó, por medio de apoderado, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, para que, con audiencia del respectivo agente del ministerio público, se hiciesen contra la parte demandada las siguientes declaraciones:

"Primero. Que a causa de la transferencia de dominio y posesión ejecutada por la República de la Nueva Granada, o Estado COLOMBIANO, a favor de la sociedad denominada "GONZALES SALAZAR I COMPAÑIA", de todos los derechos y acciones que a la República le pudieran corresponder, en el mes de junio de 1.853, sobre propiedad y posesión, de los terrenos de Salamina, Neira y Manizales, por los linderos generales señalados bajo los numerales 1.- y 6.-, que doy por reproducidos aquí, de conformidad con la contratación ajustada entre las dos partes nombradas, en cumplimiento del Decreto Legislativo -Ley- de 22 de abril de 1.853, con fecha ocho de junio de idéntico año, aprobado por el excelentísimo ciudadano Presidente de la República de Nueva Granada, el subsi-

guiente diez y ocho (18) del propio mes de junio de 1.853, anterior al 28 de octubre de 1.873, salió del patrimonio del ESTADO COLOMBIANO, y se radicó en cabeza de la nombrada SOCIEDAD, particular, tanto el suelo, como las sustancias contenidas en el subsuelo, comprendidos dentro de los linderos generales, determinados por su situación y linderos, bajo el numeral 10. del presente libelo demandador, que también doy por reproducidos, y encierran, demarcan y puntualizan el lote rural matriculado "EL MANZANILLO" sito en jurisdicción municipal de Aranzazu, en la actualidad; en 1.853, perteneciente a Salamina, provincia de "Córdova" (Antioquia), hoy Departamento de Caldas, por cuanto los linderos de este fundo rural, están dentro de los linderos generales señalados bajo los numerales 1.- y 6.-, que indican el mayor globo de tierra transferido por el ESTADO COLOMBIANO, en propiedad y posesión, a la sociedad "GONZALEZ SALAZAR y COMPAÑIA", varias veces descritos y copiados en la actual demanda, e individualizados ambos.

"Segundo. Que, como consecuencia de la declaración PRIMERA, son de propiedad privada, de la señora ROSA MARIA MONTOYA VIUDA DE MEJIA, el suelo enmarcado dentro de los linderos trazados bajo el numeral 10. de la parte expositiva del libelo, reproducidos bajo la declaración PRIMERA, y los yacimientos de cinabrio, mercurio o azogue, y demás sustancias incorporadas a sus vetas, o corridos, que existen, o puedan existir, dentro del sólido formado por el globo de terreno, que se deja descrito, y alindado, como del dominio y posesión de la demandante.

"Tercero. Que, en la totalidad o parcialidad, que exista, o llegue a existir superposición, yuxtaposición, cobijamiento, interferencia, intersección de superficies de la figura geométrica, o zona, concedida en contrato y entregada, por la Nación Colombiana, a la Sociedad Ordinaria de Minas, denominada "Consorcio Minero Colombiano", con respecto al globo de tierra rural, denominado y matriculado "EL MANZANILLO", descrito y alinderado, de dominio y posesión de mi instituyente, nombrada, muchas veces, el convenio sobre exploración y explotación ajustado el 14 de junio de 1.958 No. 960, s. e. u. o., entregado el 25 de septiembre postrero, por la Nación, al Consorcio, de que da cuenta el Acta de entrega, ya relacionada y de que da cuenta el Diario Oficial No. 28287 de 4 de septiembre de 1.953 -s. e. u. o.-, o el ejemplar que acompaño, por todo lo cual quedan excluidos del contrato, y entrega consiguiente, las sustancias de cinabrio, mercurio, o azogue, y próximas o afines incorporadas a las vetas, o corridos de estas sustancias, y las participaciones que se lleguen a causar durante el trámite de este juicio, con respecto a la zona o sólido de la demandante, a ella le serán reconocidas y satisfechas en efectivo, o, en su defecto, que la demandante, es dueña y poseedora regular del lote de tierra matriculado "El Manzanillo", por los linderos señalados y de los yacimientos de cinabrio, mercurio, o azogue existentes dentro del demarcado globo, y su extensión y profundidad, no pueden ser incluidos dentro del contrato de exploración y explotación de sustancias de esta naturaleza y especie: cinabrio, mercurio, o azogue, celebrado por la Nación y el "Consorcio Minero Colombiano", y debe, por lo tanto, excluirse de la zona contratada, respetando de esta suerte, los derechos de la demandante, a quien le serán pagadas las participaciones que lleguen a causarse, en el tiempo mediante del trámite del presente juicio.

"En subsidio, de las anteriores declaraciones, demando las siguientes:

"A) Que los terrenos denominados "El Manzanillo", jurisdicción de Aranzazu, actual Departamento de Caldas, en esta demanda determinados, son del dominio y posesión regular de mi comitente, por su situación y linderos, conjuntamente, con los yacimientos de cinabrio, mercurio, o azogue, contenidos en su correspondiente subsuelo, por cuanto salieron del patrimonio nacional antes del 28 de octubre de 1.873, en virtud de título originario del Estado, expedido en junio de 1.853, a favor de la sociedad particular, que giraba bajo la razón social de "GONZALEZ SALAZAR Y COMPAÑIA", con fundamento el Decreto Legislativo de abril del mismo año.

"B) Que, como consecuencia de la declaración precedente, dicha extensión de terreno no puede ser incluída dentro del contrato de exploración y explotación, celebrado por la Nación con el 'Consorcio Minero Colombiano', de yacimientos de cinabrio, mercurio' o azogue, y debe, por lo tanto, ser excluída de la zona contratada, para respetar los derechos de la actora, a quien se satisfarán las participaciones que se lleguen acausar, durante el trámite de este juicio.

"Que, como Primera subsidiaria, para el caso remoto de no hacer las declaraciones impetradas como principales, ni como subsidiarias simples, se demanda hacer las que a continuación puntualizo:

"a) Que los predeterminados terrenos de 'El Manzanillo, señalados por su situación y linderos, conjuntamente, con los yacimientos de cinabrio, azogue, o mercurio, son de propiedad de mi poderdante, por cuanto salieron del dominio de la Nación, a virtud de justo título expedido por ella, en junuo (sic) de 1.953 y por justa prescripción, por explotación económica constante y regular, en mucho anterior al expresado año, hasta el punto de poderse calificar de inmemorial

"b Que, por consiguiente, el subsuelo de esos terrenos, en cuanto contiene sustancias de cinabrio, mercurio o azogue, y similares, es de propiedad y posesión regular, de mi instituyente, muchas veces en este libelo nombrada, y por consiguiente, la Nación, no puede contratar, como si fuese de propiedad nacional -con dominio eminente o radical- el cinabrio, mercurio, o azogue y demás sustancias similares o afines, que se halle en el subsuelo de los expresados terrenos con la Sociedad Ordinaria de Minas, llamada "Consorcio Minero Colombiano", según las propuestas Nos. 611 y 960, y contrato celebrado en fecha antes precisada, y entrega hecha el 25 de septiembre último, cuya superficiefcubre los terrenos de la demandante, por cuanto tales sustancias son de dominio privado, y posesión privada, también suyos, y las participaciones que se causen durante el recorrido del actual juicio, han de serle reconocidas y solucionadas por pago efectivo a mi citada apoderante".

Los hechos de los cuales la actora entiende derivar su derecho a ejercitar la acción pueden compendiarse así:

La sociedad denominada González Salazar & Cía. ejercía, con anterioridad al año de 1.853, actos de dominio y posesión sobre los terrenos de Salamina (lo que es hoy Aranzazu), Neira y Manizales, por los siguientes linderos: "Desde el punto en donde desemboca el río Poso en el río Cauca, Cauca arriba hasta la confluencia del río Chinchiná; Chinchiná arriba hasta sus nacimientos en el río llamados Lagunetas, en el Páramo del Ruiz; de aquí por todo el filo de la cordillera en dirección norte, hasta los nacimientos del río San Lorenzo; San Lorenzo abajo hasta su confluencia con el río Poso; Poso abajo hasta su entrada en el Cauca, que es su primer lindero". Al advenimiento de la colonización antioqueña, estos

terrenos fueron invadidos y ocupados por inmigrantes procedentes del sur de Antioquia, como ocurrió con otros también amparados por "títulos incontrovertibles" de propiedad particular, lo que causó conflictivas situaciones de orden social. Esto dio lugar a que, en relación con los terrenos de propiedad de González Salazar & Cía., el Congreso Nacional expidiera la ley de 22 de abril de 1.853, cuyo artículo 1o dispuso: "Se faculta al Poder Ejecutivo para que pueda transigir con González Salazar & Cía. la cuestión pendiente sobre propiedad, posesión y deslinde de los terrenos de Salamina, Neira y Manizales de la provincia de Córdova. Se le faculta igualmente para que pueda disponer, en favor de los pobladores de los expresados distritos, de los terrenos que correspondan a la República, después de celebrada la transacción con dicha compañía, o su apoderado, o con las personas que se crean con derecho a ellas". En desarrollo de la ley transcrita, el secretario de Estado doctor José María Plata, en representación de la Nación, y el señor Jorge Gutiérrez de Lara, como miembro y apoderado de la sociedad González Salazar & Cía., celebraron el contrato de 8 de junio de 1.853, en el cual se convino que el Gobierno "cede y transfiere a la sociedad González Salazar & Cía. todos los derechos y acciones que en la actualidad puedan corresponderle sobre la propiedad y la posesión de los terrenos de Salamina, Neira y Manizales", y que la sociedad ratificaría, por su parte, "todas las concesiones y ventajas que ellos o sus predecesores en el dominio, propiedad y posesión de los terrenos mencionados hubieren otorgado a favor de pobladores y poblaciones que se hayan establecido dentro de los límites expresados en el artículo primero", y que, además, daría "la cabida de diez fanegadas de tierra, gratuitas, a cada habitante establecido con casa, o labranza, y diez mil fanegadas de terrenos a cada una de las poblaciones fundadas, a la sazón, colocadas a disponibilidad de los cabildos respectivos". Dentro de los linderos generales del globo mencionado, arriba descritos, le fue adjudicado a la señora Rosa María Montoya v. de Mejía un fundo rural denominado El Manzanillo, en jurisdicción del municipio de Aranzazu, antes de Salamina, adjudicación que se le hizo en el juicio sucesorio de la señora María Teresa Salazar v. de Montoya, quien a su vez lo hubo en la sucesión de su esposo don Fermín Montoya, el cual se halla comprendido dentro de los siguientes linderos particulares: "De una cañada, lindero con Matías Giraldo, de aquí cañada arriba hasta donde se encuentra un volcán, siguiendo el volcán al borde de la manga, por el borde de la manga hasta donde se encuentra una chamba: chamba arriba hasta el alto del Manzanillo de el doce (sic) del camino viejo; camino abajo hasta el frente de una chamba lindero con Julio Hincapié, al lado derecho de el camino, chamba abajo a una cañada, cañada abajo hasta el lindero con Julián Alvarez, de aquí volteando para arriba lindero con el mismo hasta el camino, siguiendo el camino abajo hasta el frente de otra chamba lindero con el mismo, siguiendo hacia la derecha para abajo hasta una cañada; cañada abajo lindero con Julián Hincapié, hasta encontrar lindero con Rafael Gómez, de aquí a una cañada que queda a la izquierda, lindero con Jesús Vila; de aquí cañada arriba al camino hasta una chamba, lindero con Obdulio Duque, siguiendo este para abajo hasta una cañada, cañada abajo hasta el frente de una chamba, lindero con Juan Bautista Arias, siguiendo éste una puerta de trancas; de aquí por el borde de un rastrojo, volteando a la derecha, hasta el lindero con Antonio Granada, siguiendo el lindero con éste de travesía, hasta volver a encontrar el lindero con Matías Giraldo y siguiendo éste hasta una cañada, su primer lindero". Fermín Montoya, por su parte, adquirió este inmueble, de Buenaventura Arias, por escritura pública número 583 de 29 de octubre de 1.897, de la notaría de Salamina; Buenaventura Arias de Manuel José Ospina, por escritura número 200 de 14 de septiembre de 1.895, de la mencionada notaría; Manuel

José Ospina por adjudicación en la sucesión de Ramón María Ospina; Ramón María Ospina de Francisco Cardona, por escritura número 20 de 20 de marzo de 1.859, de la misma notaría. El 14 de junio de 1.958 el ministerio de minas y petroleos suscribió con el Consorcio Minero Colombiano el contrato número 960 para la exploración y explotación de los minerales o yacimientos de mercurio o azogue que se encuentren en un globo de tierra de dos mil cuatrocientas hectáreas, comprendido dentro de los linderos descritos en la demanda, y ubicado dentro del globo general que fue cedido a González Salazar & Cía., el cual comprende, a su vez, el lote o fundo de propiedad de la demandante. En desarrollo de ese contrato, el 25 de septiembre de 1.958, y en cumplimiento de la resolución número 931 de 28 de agosto del año que acaba de expresarse, se hizo entrega al Consorcio Minero Colombiano de la zona objeto del contrato, sin oir ninguna oposición, con lo cual se consumó un despojo de tierras que desde 1.853 son de propiedad particular, y que desde la fecha indicada han sido objeto, además, de explotación económica ininterrumpida tanto en el suelo como en el subsuelo.

En derecho, la acción se funda en lo dispuesto en las leyes de 11 de octubre de 1.821, 30 de mayo de 1.843, 22 de abril de 1.853, 70 de 1.876, 38 de 1.887, 85 de 1.945, y en los códigos fiscal de 1.873 y de minas nacional y del Estado Soberano de Antioquia.

De la demanda se dio traslado al señor fiscal del Tribunal Superior de Manizales, quien la contestó manifestando, simplemente, no constarle los hechos y oponiéndose a la acción.

Recibido el negocio a pruebas en la primera instancia, la parte actora produjo las que aparecen en el cuaderno 2o. a más de las que habían sido acompañadas a la demanda. La opositora no las solicitó.

Concluyó la primera instancia con la sentencia de fecha cinco de abril de mil novecientos sesenta y uno, en la cual el tribunal de primer grado falla:

PRIMERA. Que como consecuencia del contrato celebrado entre el Gobierno Nacional y la Sociedad González Salazar y Compañía, con fecha 8 de junio de 1.853, en desarrollo de la Ley de 22 de abril del mismo año, dictada por el Congreso de la Nueva Granada, el Estado Colombiano se desprendió de la propiedad y posesión de un inmenso globo de terreno ubicado en los Municipios de Salamina, Neira y Manizales y determinado por los siguientes linderos: "Desde el punto donde desemboca el río Pozo en el río Cauca; Cauca arriba hasta la confluencia del río Chinchiná; Chinchiná arriba hasta su nacimiento en el punto llamado "Lagunela" en el Páramo del Ruiz; de aquí por todo el filo de la cordillera, en dirección norte, hasta los nacimientos del río San Lorenzo; San Lorenzo abajo hasta su confluencia con el Pozo; Pozo abajo hasta su entrada en el Cauca, primer lindero".

"SEGUNDA. Que dentro de esta zona de terreno existe un inmueble de propiedad de la demandante señora Rosa María Montoya vda. de Mejía, en jurisdicción del Municipio de Aranzazu, denominado "El Manzanillo" y determinado por los siguientes linderos: "De una cañada, lindero con Matías Giraldo, de aquí cañada arriba hasta donde se encuentra un volcán, siguiendo el volcán al borde de la manga, por el borde de la manga hasta donde se encuentra una chamba; chamba arriba hasta el alto del Manzanillo al borde del camino viejo; camino abajo hasta el frente de una chamba lindero con Julio Hincapié, al lado derecho del camino; chamba abajo a una cañada, cañada abajo hasta el lindero con Julián Alvarez, de aquí volteando para arriba lindero con el mismo hasta el camino,

siguiendo el camino abajo hasta el frente de otra chamba lindero con el mismo, de aquí siguiendo hacia la derecha para abajo hasta una cañada; cañada abajo lindero con Julián Hincapié, hasta encontrar lindero con Rafael Gómez, de aquí a una cañada que queda a la izquierda, lindero con Jesús Villa; de aquí cañada arriba al camino hasta una chamba, lindero con Obdulio Duque, siguiendo éste para abajo hasta una cañada, cañada abajo hasta el frente de una chamba, lindero con Juan Bautista Arias, siguiendo éste hasta una puerta de francas; de aquí por el borde de un rastrojo, volteando a la derecha, hasta el lindero con Antonio Granada, siguiendo el lindero con éste de travesía, hasta volver a encontrarse el lindero con Matías Giraldo y siguiendo éste hasta una cañada, su primer lindero".

"TERCERA. Como consecuencia de las declaraciones anteriores, son de propiedad privada de la señora Rosa María Montoya vda. de Mejía tanto el suelo comprendido dentro de los linderos antes descritos como el subsuelo, y consecuencialmente los yacimientos de cinabrio, mercurio o azogue y demás sustancias incorporadas a sus vetas o corridos que existan dentro del sólido formado por el globo de terreno alinderado.

"CUARTA. Que, como consecuencia de las declaraciones anteriores, el inmueble "El Manzanillo", de propiedad de la actora en cuanto al suelo y al subsuelo con sus yacimientos de cinabrio, mercurio o azogue allí existentes, no podía ni puede ser incluído, como en efecto se incluyó, dentro del contrato de exploración y explotación de sustancias de esta naturaleza, señalado con el No. 960 y pactado entre el Gobierno Nacional y el Consorcio Minero Colombiano el 14 de junio de 1.958, a que se refiere el acta de entrega a dicho Consorcio de fecha 25 de septiembre del mismo año, contrato que tiene los linderos señalados en el hecho trece de la demanda y que abarcó o comprendió totalmente el aludido inmueble de la actora, razón por la cual éste queda excluido de la concesión.

"QUINTA. Que en consecuencia, la Nación deberá pagar a la actora las cantidades recibidas por ella por concepto de participaciones en la aludida concesión, durante el trámite de presente juicio, las cuales se valuarán por el procedimiento del art. 553 del C. J.".

La sentencia se funda en que, en concepto del Tribunal, la demandante demostró que los terrenos donde subyacen los yacimientos objeto del contrato salieron del dominio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1.873, y en que "las minas de hierro, azufre, carbón, asfalto, mercurio o azogue, y otras, que se encuentren en terrenos particulares, aun cuando dichos terrenos hubiesen sido adjudicados como baldíos, siempre que la adjudicación de ellos sea anterior al 28 de octubre de 1.873, (.....) pertenecen tanto como el subsuelo al dueño de éste, sencillamente porque cuando la Nación se reservó la propiedad del subsuelo respetó los derechos adquiridos".

En sentencia de veintinueve de agosto de mil novecientos sesenta y tres, dictada en el juicio ordinario de Arcesio Mejía Hoyos contra la Nación, esta Sala estudió nuevamente lo que concierne a la propiedad minera, llegando a conclusiones que no siempre coinciden con las que hasta ahora tenía aceptadas la Corte, que son -estas últimas- las que sirvieron al fallador de primer grado para sustentar su decisión.

En dicho fallo dijo la Sala, en motivación que se reproduce parcialmente por no haber sido publicada aun la providencia en la Gaceta Judicial:

"Con la organización de la Confederación Granadina en este último año, se inició el régimen federal, recayendo en los Estados, por razón de lo prescrito en el artículo 8o. de la Constitución, la potestad de regular todos los objetos o asuntos no atribuidos a la competencia de aquélla. En tal virtud, fue facultad de dichos Estados establecer el régimen minero en sus respectivos territorios, salvo en lo concerniente a las minas pertenecientes a la reserva federal, que lo fueron en un principio, conforme a lo dispuesto en los numerales 3o. y 4o. del artículo 6o. de aquel estatuto, las de esmeraldas y sal gema y las vertientes saladas. El numeral 2o. de la misma disposición dejó en el patrimonio de la Confederación "las tierras baldías no cedidas y las adjudicadas, cuya adjudicación caduque", por lo que las minas ubicadas en dichos baldíos continuaron sometidas a la legislación nacional.

La Constitución de 22 de mayo de 1.858 no definió, frente a los particulares, el régimen de propiedad sobre las minas, sino que se limitó a establecer a favor de la Confederación la reserva a que se acaba de aludir; pero en cambio, hizo en el citado artículo 6o. una determinación completa del patrimonio nacional, definiendo los bienes que lo componían, con que dejó insubsistente la regulación anterior, e implícitamente defirió a la ley el establecimiento de la a que debía sujetarse el dominio de las minas situadas en territorios sometidos a las leyes de la Confederación, distintas de las comprendidas en la reserva constitucional.

Este régimen perduró con la Constitución de 1.863, que acentuó el sistema federal, y que en su artículo 16 reiteró la norma consagrada en el artículo 8o. de la Carta del 58; y fue así como las leyes posteriores fueron ampliando la reserva federal, como la 13 de 1.868 que llevó a dicha reserva las minas y depósitos de carbón existentes en terrenos baldíos ubicados en los departamentos de Padilla, Valledupar, Tenerife y Banco, en el Estado de Magdalena, a una distancia no mayor de cincuenta kilómetros de las riberas del mar en los costados de ambos océanos o de los ríos navegables, y la 29 de 1.873 comprendió todos los depósitos y minas de la misma substancia, hasta cuando la ley 106 de 1.873 la extendió a todas las minas situadas en tierras baldías de propiedad nacional.

En ejercicio de la autonomía legislativa que a los Estados confería el artículo 16 de la Carta de 1.863, el de Antioquia expidió la ley 127 de 1.867 (Código de Minas) que reconoció la propiedad nacional sobre las vertientes saladas y las minas de esmeraldas y sal gema, reservó para el Estado las de oro, plata, platino y cobre, y atribuyó las demás al dueño del terreno, con que estableció respecto de los dos primeros grupos el principio de la división del suelo y del subsuelo minero, que rigió bajo el imperio de la legislación castellana, y consagró el de la accesión respecto del último.

Al regresar el país al sistema unitario o centralista, en 1.886, el artículo 202 de la Constitución dispuso: "Pertenecen a la República de Colombia: (.....) 2o. Los baldíos, minas y salinas que pertenecían a las Estados, cuyo dominio recobra la Nación, sin perjuicio de los derechos constituídos a favor de terceros por dichos Estados, o a favor de éstos por la Nación a título de indemnización. 3o. Las minas de oro, de plata, de platino y de piedras preciosas que existían en el territorio nacional, sin perjuicio de los derechos que por leyes anteriores hayan adquirido los descubridores y explotadores sobre algunas de ellas".

Los derechos constituidos de que habla el ordinal 2o. no son otros que los adquiridos conforme a la legislación anterior, o sea, las situaciones jurídicas in-

dividuales creadas a su amparo. Así lo sugieren el común empleo que doctrinantes y jurisconsultos hacen de locuciones como derechos consumados, derechos constituídos, constitución de un derecho, consumación de un derecho, etc., para indistintamente denotar el mismo concepto que se expresa con la de derecho adquirido, y la conveniencia de distinguir los efectos cumplidos de los actos jurídicos del sistema legal ideado para regularlos. Se arguye, sin embargo, que la ley puede y suele constituir o atribuir derechos sobre bienes materiales indeterminados, los que se consolidan con el sujeto aunque carezcan de la calidad de adquiridos; pero esta distinción entre derechos constituidos y derechos adquiridos, si bien ingeniosa, falla en el caso concreto de éste pleito en cuanto confunde la relación jurídica constituída con su reglamentación legal: en efecto, cuando la ley atribuye al dueño del suelo las minas ubicadas en fundo que le pertenece, no está confiriendo de inmediato un derecho real sino simplemente regulando la manera de adquirirlo; de lo que se trata no es de crear una relación jurídica particular o concreta entre el dueño del suelo y las materias o substancias en él subyacentes hipotéticamente, sino de establecer un modo general de adquisición de la propiedad minera: la ley en este caso es de carácter abstracto, como es de su naturaleza serlo, y con este criterio constituye, no derechos irrevocables vinculados a ciertos yacimientos, sino un sistema jurídico mediante el cual el dueño del fundo puede hacerse también al dominio de los minerales que se hallen o descubran en él: el de la unidad del suelo y el subsuelo o de la accesión.

No obstante, la Corte, en varios fallos, ha compartido con el ministerio de minas y petróleos (Concepto emitido el 26 de agosto de 1.942) y con la Comisión Revisora del Código de Minas (Véase Eustorgio Sarria, Código de Minas y Leyes del Petróleo, Bogotá, 1.950, pág. 16), el criterio de que, puesto que normas como la del artículo 1o. de la ley 127 de 1.867, del Estado Soberano de Antioquia, atribuyeron al dueño del terreno la propiedad de las minas distintas de las expresamente reservadas para la Nación y para el Estado, el dominio de todas las demás se consolidó con el del suelo en el dueño de éste, sin consideración a la época en que fueron halladas o descubiertas.

No lo entiende así esta Sala, sin embargo, porque la excepción consagrada en el artículo 202 de la Constitución de 1.886 sólo ampara situaciones jurídicas individuales, y la ley 127 -como las demás de los Estados Soberanos que establecieron el sistema de la accesión- sólo pudo crear una situación impersonal o abstracta, por los motivos ya expresados; y además, porque no podía ser objetiva o concreta en relación con cosas cuya existencia todavía se ignoraba cuando entró a regir el precepto constitucional, es decir, respecto de las cuales aún no se había consumado el hecho que podía producir la adquisición del dominio, ya que el derecho adquirido es el efecto jurídico de un hecho cumplido conforme a una normación legal, por lo cual supone el conocimiento y la determinación del objeto al que ese hecho se refiere. Por eso la propiedad, como todos los derechos reales, no recae sino sobre bienes individualizados o determinados (al punto de que en el lenguaje común el derecho real se confunde e identifica con la cosa: usualmente se dice "mi casa", "mi mina", en vez de "soy dueño de tal casa" o "de tal mina"), y el veneto aún no descubierto carece de individualidad definida. La situación de tales minas es análoga a la del tesoro antes del hallazgo, y la condición en que están quienes a éste pueden tener derecho es de simple expectativa, según Lhemann (Tratado de Derecho Civil, vol. I, Parte 1a, séc. I, cap. III, 12, II, 4); y según Wolff, antes del descubrimiento o hallazgo no se tiene siquiera una expectativa de derecho: "El descubrimiento funda (antes de la toma de posesión) para el propieta-

rio y para el descubridor un derecho de expectativo de propiedad, enajenable y transmisible por herencia. En cambio, semejante derecho no existe todavía antes del descubrimiento del tesoro, y por tanto, al enajenar una finca, no cabe que nadie se reserve derechos sobre tesoros aún no descubiertos" (Henneccerus, Kipp, Woll, Tratedo de Derecho Civil, tomo III, cap. III, 83, III, I, b). Los subrayados son del autor.

En lo que atañe a la transferencia de los derechos reales, el sistema legal colombiano desde un comienzo se apartó del francés, para seguir al romano en que el título no es traslativo por sí solo, sino que únicamente genera obligaciones. Consecuencia es que el título, pues que no transmite el derecho in re, sólo da ocasión a expectativas o a derechos imperfectos sujetos a las contingencias que afectan la eficacia del acto jurídico.

Una de ellas es que falla el evento al cual se subordina esa eficacia como elemento esencial. Cuando el nacimiento del derecho perfecto depende de un hecho futuro e incierto, que es además esencial a su existencia, el acto jurídico no se integra de una vez sino sucesivamente una pluralidad de actos, entre estos la realización de ese hecho; y mientras no se complete ese proceso de integración, el derecho no pasa de ser eventual, esto es, que aunque protegido por la ley en algunos de sus efectos, no alcanza sin embargo la calidad de derecho adquirido. No se diferencia de la mera expectativa sino en que, en tanto que en el acto condicional la relación de dependencia entre éste y el hecho futuro es puramente accidental, pudiéndose prescindir de ella, en el derecho eventual esa relación es necesaria para que el acto pueda llegar a tener existencia jurídica; de modo que no puede hablarse de derecho real constituido o adquirido mientras esté pendiente una condición suspensiva o el cumplimiento de una eventualidad a la cual se ha subordinado la consolidación de ese derecho.

Conforme a estos principios, dable es reconocer que respecto de las minas ignoradas, y no descubiertas mientras rigió en Antioquia la ley 127 de 1867, este estatuto no pudo constituir a favor del dueño del terreno derecho alguno de propiedad. En la naturaleza de la ley está, como regla general, no crear sino situaciones subjetivas o abstractas; y siendo la que acaba de mencionarse relativa a cosas que podían no ser conocidas, por lo cual la relación objetiva que el derecho real supone se subordinaba a su hallazgo, ella no pudo crear sino un derecho eventual para el dueño del suelo, que para tornarse perfecto requería que el objeto del dominio llegare a ser conocido, o más exactamente, susceptible de apropiación. Así, la ley 127 no podía llegar a surtir efecto respecto de las minas que permanecían ignoradas cuando entró en vigencia el artículo 202 de la Carta, porque reservadas para la Nación y abolidos los Estados Soberanos, se perdieron para éstos y para el titular del derecho eventual, y el artículo 1726 del Código Civil de Antioquia, como el 1729 del nacional, consagraban el principio de la ineficacia del acto jurídico por la pérdida de la cosa o del derecho debidos. Si en la época en que el derecho de propiedad particular pudo quedar constituido por el descubrimiento y la consiguiente individualización de la mina, y la certeza de su existencia, ya ésta no pertenecía al Estado Soberano por haber éste dejado de existir y habérsela reservado la Nación, el derecho eventual del dueño del suelo no pudo ya transformarse en dominio por la frustración del evento al cual estaba subordinado".

En suma, ha entendido la Corte que la norma que establece el sistema de la accesión, no da al dueño del suelo el derecho de propiedad sobre el subsuelo minero sino simplemente el de apropiarse las minas que se descubran en dicho subsuelo

Durante el período probatorio, la parte actora trajo a los autos las declaraciones de Manuel Jiménez Pineda, Roberto Duque Montes, Luis Duque Gómez y Manuel José Arias Alzate, quienes reproducen textualmente en su deposición la pregunta formulada en la solicitud de la prueba, para manifestar, no solo de manera coincidente en cuanto al hecho sino también en la forma de expresión, que de la posesión y explotación económica de la finca El Manzanillo en el siglo pasado dan cuenta "las obras notorias de ejecución centenaria que son notorias en la expresada finca, como chambas, zanjas, labores de minería (.....)".

La identidad formal de la oración en las cuatro declaraciones aludidas denota falta de espontaneidad en los deponentes, lo que obviamente disminuye la eficacia de la prueba en este caso, en que es notoria, además, la imprecisión con que los testigos se refieren a la existencia en la finca El Manzanillo de "labores de minería", "de ejecución centenaria", sin expresar, en forma alguna, cuáles son o en qué consisten tales labores, ni los motivos que los llevan a afirmar que son de ejecución centenaria, con lo cual se priva al fallador de los elementos necesarios para, al apreciar los testimonios, llegar a la convicción de que no incurrieron en un error al aceptar como ciertas la destinación que atribuyen a aquellas labores y al época en que en su opinión fueron realizadas. Así, pecan esos testimonios contra lo preceptuado en el artículo 697 del Código Judicial que exige la enunciación de las circunstancias subjetivas, o sea, relativas a la forma, tiempo y lugar en que el deponente tuvo conocimiento del hecho, como objetivas, esto es, atinentes a las en que él se cumplió, para que las informaciones coincidentes de dos o más testigos tengan valor de plena prueba. Siendo el caso de agregar, que, habiendo sido materia del reconocimiento judicial y de la peritación verificar la existencia de "labores mineras" en el predio El Manzanillo, para por ellas establecer su explotación económica, tanto el acta de la diligencia como el dictamen pericial callan sobre el particular.

Todo lo cual viene a poner de presente que en los autos no existe prueba alguna de que las minas que han sido objeto del contrato entre la Nación y el Consorcio Minero Colombiano fueran conocidas con anterioridad a la reserva que de ellas hizo la Nación, por lo cual también se carece de prueba de que hubieran realmente salido del dominio público con anterioridad a esa fecha; o sea, que la demanda no puede prosperar, en cuanto a los yacimientos mineros a que ella se refiere por no haberse acreditado hecho tan fundamental como el que se acaba de expresar, y en lo que concierne a la superficie, porque la respectiva petición de la demanda no tiene el carácter de pretensión autónoma, sino que es una premisa de la propiedad del subsuelo, por lo cual no puede ser entendida sino como un simple presupuesto de hecho de la acción que se ejercita.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, revoca la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales el cinco de abril de mil novecientos sesenta y uno, y en su lugar absuelve a la Nación de los cargos formulados en el libelo.

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

Efrén Osejo Peña.- Ramiro Araújo Grau.- Carlos Peláez Trujillo.- Luis Carlos Zambrano.- Jorge García Merlano, Secretario.

EMBARGO Y SECUESTRO PREVENTIVOS DE BIENES DEPARTAMENTALES. LA INTERPRETACION DE LA LEY.

El embargo y secuestro preventivos de bienes de propiedad de un departamento carece de finalidad práctica, porque la conducta que con tales medidas se trata de prevenir es imposible en esa entidad administrativa, y en cambio, su aplicación resulta injurídica pues no precave un riesgo, pero sí puede producir la parálisis de los servicios administrativos. Hace tiempo que fue superada la interpretación meramente textualista de la ley, por el método científico.

El embargo y secuestro preventivos son medidas cautelares que tienen por objeto prevenir en el deudor o pretenso obligado una conducta irregular, contraria al interés legítimo del acreedor, y que puede, consiguientemente, hacer ineficaces las acciones que la ley le otorga a éste para la efectividad de un derecho; el fin que la ley persigue con tales medios no es otro que evitar que los efectos del proceso de conocimiento o de ejecución se frustren por maniobras del deudor. Se desprende de este principio, que si la aplicación de la regla jurídica debe tener una finalidad práctica, y conforme con el orden jurídico y con la justicia, la viabilidad de las acciones enunciadas depende de que sea no solamente de temer una conducta tal de parte del deudor, sino que sea también posible, pues de lo contrario ellas carecerían de finalidad práctica y no obedecerían a motivo alguno de equidad. Por eso el ordinal 2º. del artículo 274 del Código Judicial subordina su ejercicio a la condición de que el acreedor afirme, bajo la responsabilidad que le impone el ordinal 3º. de la misma norma, "que el deudor está en mala situación de negocios, o que se ha ausentado sin dejar representante, ó hay temor fundado de que se ausente, o que de algún modo trata de eludir el pago". *Eludir* el pago sería, de atenerse al Diccionario de la Real Academia Española, hacer vano o sin efecto el crédito por medio de algún artificio.

Los Departamentos, en cuanto divisiones políticas del Estado, tienen carácter de permanencia como personas jurídicas de derecho público, y estabilidad económica dada la naturaleza y origen de sus bienes y rentas: no hay lugar a temer siquiera que se hallen en mala situación de negocios, porque su erario en gran parte proviende de impuestos, tasas y contribuciones que establecen y cobran según sus necesidades; ni que se ausenten, porque son desmembraciones orgánicas del Estado de carácter permanente; ni que traten de eludir el pago, porque su propia índole y la naturaleza de su patrimonio les impiden el ocultamiento de bienes y otros artificios sólo posibles para las personas de derecho privado. Quiere esto decir que el embargo y secuestro preventivos de bienes de propiedad de un departamento carece de finalidad práctica, porque la conducta

que con tales medidas se trata de prevenir es imposible en esa entidad administrativa; y en cambio, su aplicación a ella es injurídica desde luego que no responde a los fines propios de los medios cautelares, pues no precave un riesgo, sino que el único efecto que produce es paralizar los servicios administrativos con evidente perjuicio para el orden y para el bien público.

Pudiera argüirse, sin embargo, que conforme al precepto basta que el acreedor *afirme* cualquiera de los hechos mencionados en él para que sean procedentes las acciones de embargo y secuestro preventivos; o sea, que la ley defiere, en este caso, de modo absoluto, al arbitrio del acreedor. Si tal observación se hiciere, no podría ser sino con olvido de que la interpretación meramente textualista, que conduce a la aplicación mecánica de la norma, hace tiempo que fue ya superada por el método científico de interpretación que investiga las necesidades humanas que aquélla se propone satisfacer, para así darle la aplicación más razonable en relación con esas necesidades. Por ello el intérprete, más que a las palabras como valor absoluto, ha de atender al carácter puramente circunstancial de la regla jurídica, a que ésta casi siempre implica juicios de valor, a que se adapte a los hechos o a la relación que ha de disciplinar en el proceso, a que sean lógicas las consecuencias a que lleva su interpretación; en fin, a su causa, a su efecto, a la función que particularmente le compete. La norma legal no es sino la organización anticipada de una conducta *posible*, por lo cual es inaplicable a situaciones en que esa conducta no tiene manera de manifestarse, esto es, a aquellas que sustancialmente difieren de las reguladas en la ley; mayormente si, como es el caso sometido a la consideración de la Sala, aquella aplicación, en vez de producir su efecto obvio por ser imposibles los actos que se propone precaver, lleva en cambio a soluciones perjudiciales y aún funestas para el interés general, pues entonces por razonamientos de deducción *ad absurdum* se demuestra el error en que con ella se incurre.

También pudiera decirse que el actor señala los actos concretos con que el deudor pretende, en su opinión, eludir el pago. Pero sucede que la conducta elusiva a que se refiere el ordinal 2o. del artículo 274, no es solamente la que se propone diferir el pago o deferir la solución del caso a la autoridad jurisdiccional, sino la que persigue dejar sin efecto las acciones de cognición o de ejecución de que el acreedor puede legítimamente hacer uso. La ley aspira a prevenir la ineficacia de la acción judicial, no a sancionar la mora o el simple retardo o la voluntad del deudor de que judicialmente se defina su obligación. Si la mora o el retardo o el no reconocimiento del crédito pudieran justificar las medidas preventivas, no habría caso en que no hubiera lugar a ellas como secuela anticipada del juicio -si fuere permitido hablar así-, pues la acción judicial siempre obedece a la mora en el pago o falta de acuerdo sobre los derechos u obligaciones de las partes.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE NEGOCIOS GENERALES. Bogotá, veintinueve de abril de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo).

En virtud de apelación interpuesta por el señor apoderado judicial del actor, se revisa la providencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el veinticinco de febrero del presente año, en que aquella corporación deniega el embargo y secuestro preventivos de "los saldos de dinero que, en

cuentas corrientes, tenga el Departamento del Tolima, directamente, o en cuentas de los secretarios departamentales de hacienda, obras públicas, agricultura, educación pública, higiene y asistencia social, en cada uno de los bancos y sus sucursales", y de "dos automóviles marca ford, modelos 1.962, colores negro y champaña, respectivamente, distinguidos con placas oficiales cuyas leyendas dicen 'Gobernación del Departamento del Tolima' y 'Secretaría de Obras Públicas del Tolima'; secuestro y embargo solicitados por Alvaro Ricaurte Pardo diciéndose acreedor de Departamento y afirmando hallarse éste en mala situación de negocios y tratar de eludir el pago.

Las aludidas medidas fueron rehusadas por el Tribunal por haber encontrado insuficiente la prueba aducida por el demandante para acreditar la existencia de un crédito en su favor, y a cargo del Departamento, con calidad de exigible como lo pide, para que haya lugar al embargo y secuestro preventivos, el ordinal 1º. del artículo 274 del Código Judicial.

Las razones que en seguida se exponen, exoneran a la Corte, sin embargo, en esta oportunidad, de entrar en el examen de la suficiencia o insuficiencia de la prueba presentada por el actor para establecer la existencia del expresado crédito.

El embargo y secuestro preventivos son medidas cautelares que tienen por objeto prevenir en el deudor o pretenso obligado una conducta irregular, contraria al interés legítimo del acreedor, y que puede, consiguientemente, hacer ineficaces las acciones que la ley le otorga a éste para la efectividad de un derecho; el fin que la ley persigue con tales medios no es otro que evitar que los efectos del proceso de conocimiento o de ejecución se frustren por maniobras del deudor. Se desprende de este principio, que si la aplicación de la regla jurídica debe tener una finalidad práctica, y conforme con el orden jurídico y con la justicia, la viabilidad de las acciones enunciadas depende de que sea no solamente de temer una conducta tal de parte del deudor, sino que sea también posible, pues de lo contrario ellas carecerían de finalidad práctica y no obedecerían a motivo alguno de equidad. Por eso el ordinal 2o. del citado artículo 274 del Código Judicial subordina su ejercicio a la condición de que el acreedor afirme, bajo la responsabilidad que le impone el ordinal 3o. de la misma norma, "que el deudor está en mala situación de negocios, o que se ha ausentado sin dejar representante, o haya temor fundado de que se ausente, o que de algún modo trata de eludir el pago". Eludir el pago sería, de atenerse al Diccionario de la Real Academia Española, hacer vano sin efecto el crédito por medio de algún artificio.

Los departamentos, en cuanto divisiones políticas del Estado, tienen carácter de permanencia como personas jurídicas de derecho público, y estabilidad económica dada la naturaleza y origen de sus bienes y rentas: no hay lugar a temer siquiera que se hallen en mala situación de negocios, porque su erario en gran parte proviene de impuestos, tasas y contribuciones que establecen y cobran según sus necesidades; ni que se ausenten, porque son desmembraciones orgánicas del Estado de carácter permanente; ni que traten de eludir el pago, porque su propia índole y la naturaleza de su patrimonio les impiden el ocultamiento de bienes y otros artificios sólo posibles para las personas de derecho privado. Quiere esto decir que el embargo y secuestro preventivos de bienes de propiedad de un departamento carece de finalidad práctica, porque la conducta que con tales medidas se trata de prevenir es imposible en esa entidad administrativa; y en cambio, su aplicación a ella es injurídica desde luego que no responde a los fines propios de los medios cautelares, pues no precave un riesgo, sino

que el único efecto que puede producir es paralizar los servicios administrativos con evidente perjuicio para el orden y para el bien público.

Pudiera argüirse, sin embargo, que conforme al precepto basta que el acreedor "afirme" cualquiera de los hechos mencionados en él para que sean procedentes las acciones de embargo y secuestro preventivos; o sea, que la ley defiere en este caso, de modo absoluto, al arbitrio del acreedor. Si tal observación se hiciere, no podía ser sino con olvido de que la interpretación meramente textualista, que conduce a la aplicación mecánica de la norma, hace tiempo que fue ya superada por el método científico de interpretación que investiga las necesidades humanas que aquella se propone satisfacer, para así darle la aplicación más razonable en relación con esas necesidades. Por ello el intérprete, más que a las palabras como valor absoluto, ha de atender al carácter puramente circunstancial de la regla jurídica, a que ésta casi siempre implica juicios de valor, a que se adapte a los hechos o a la relación que ha de disciplinar en el proceso, a que sean lógicas las consecuencias a que lleva su interpretación; en fin, a su causa, a su efecto, a la función que particularmente le compete. La norma legal no es sino la organización anticipada de una conducta posible, por lo cual es inaplicable a situaciones en que esa conducta no tiene manera de manifestarse, esto es, a aquellas que substancialmente difieren de las reguladas en la ley; mayormente si, como es el caso sometido a la consideración de la Sala, aquella aplicación, en vez de producir su efecto obvio por ser imposibles los actos que se propone precaver, lleva en cambio a soluciones perjudiciales y aún funestas para el interés general, pues entonces por razonamiento de reducción ad absurdum se demuestra el error en que con ella se incurre.

También pudiera decirse que el actor señala los actos concretos con que el deudor pretende, en su opinión, eludir el pago. Pero sucede que la conducta elusiva a que se refiere el ordinal 2o. de artículo 274, no es la que solamente se propone diferir el pago o deferir la solución del caso a la autoridad jurisdiccional, sino la que persigue dejar sin efecto las acciones de cognición o de ejecución de que el acreedor puede legítimamente hacer uso. La ley aspira a prevenir la ineficacia de la acción judicial, no a sancionar la mora o el simple retardo o la voluntad del deudor de que judicialmente se defina su obligación. Si la mora o el retardo o el no reconocimiento del crédito pudieran justificar las medidas preventivas, no habría caso en que no hubiera lugar a ellas como secuela anticipada del juicio -si fuese permitido hablar así-, pues la acción judicial siempre obedece a la mora en el pago o falta de acuerdo sobre los derechos u obligaciones de las partes.

Por estos motivos, la Sala confirma el auto proferido en este incidente por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el veinticinco de febrero del año en curso, en cuanto deniega las medidas preventivas solicitadas contra el Departamento del Tolima por Alvaro Ricaurte Pardo.

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

Efrén Osejo Peña.- Ramiro Araújo Grau.- Carlos Peláez Trujillo.- Luis Carlos Zambrano.- Jorge García Merlano, Secretario.

ACUMULACION DE ACCIONES. DEMANDA EN FORMA. CADUCIDAD. DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. A QUIEN COMPETE DECLARAR LA CADUCIDAD. REVISION DE LA DECLARACION DE CADUCIDAD POR LA RAMA JURISDICCIONAL. COMPETENCIA DE LA CORTE. RESOLUCION DE CONTRATOS.

1. Acumulación de acciones contradictorias. Presupuesto procesal de demanda en forma. Caducidad de contratos administrativos. La Resolución de caducidad está sujeta a la posterior revisión de la rama jurisdiccional. Objeto de la sentencia judicial y efectos de la misma, cuando en el juicio se impugna la legalidad de la Resolución de caducidad. 2. Hasta dónde se extiende la competencia de la jurisdicción civil, cuando se trata de decidir sobre la ilegalidad o ilegalidad de la Resolución que declara la caducidad de un contrato. 3. A quién compete hacer la declaración de caducidad según el artículo 255 del Código Contencioso Administrativo. 4. Resolución de contratos con indemnización de perjuicios. Motivos que en el caso concreto impiden la resolución del contrato administrativo y la condena al pago de los perjuicios.

1. Si la resolución de caducidad de un contrato está sujeta a la posterior revisión de la rama jurisdiccional, en el supuesto de que fuese declarada infundada, el contrato respectivo no ha terminado sino que ha estado en suspenso mientras se decide sobre la legalidad y justicia de la dicha decisión administrativa; y por consiguiente, no existe contradicción alguna si el actor una vez obtenida aquella declaración, demanda que la administración cumpla o continúe cumpliendo el contrato, o bien que se declare resuelto o quizá mejor terminado o la resiliación de él, por tratarse de uno de tracto sucesivo. Si por la sentencia judicial, favorable al actor, no desaparecieran los efectos de la resolución administrativa que declaró la caducidad del contrato, habría que llegar a la conclusión de que el ejercicio de la acción por el contratista afectado carece de objeto, supuesto a todas luces inadmisible e inaceptable.

En la sentencia de la Corte Plena de fecha 31 de agosto de 1.943, por la cual se declaró inexequible el art. 258 de la Ley 167 de 1.941, se lee: "Contra esa resolución de caducidad, que equivale a la terminación de un pacto bilateral, el artículo acusado concede un recurso ante el Consejo de Estado para que ante esa corporación se ventile el asunto de fondo, un asunto contencioso, integrado por varios factores, de derecho y de hecho, cuyo planteamiento, trámite, pruebas y discusión, constituye un asunto de naturaleza contenciosa, atañadera al cumplimiento o no cumplimiento de un contrato, asunto que es de competencia privativa del Organo Judicial". (G. J. T. LVI. pág. 4).

Aunquetido el art. 148 de la Constitución Nacional fue modificado por el art. 52 del Acto Legislativo No. 1o. de 1.945 (art. 151 de la actual compilación), la doctrina de la Corte tiene plena aplicabilidad, en cuanto conside-

ra que el juicio promovido, ante el Consejo de Estado y ahora ante la Corte, constituye un recurso contra la decisión administrativa que declaró la caducidad del contrato, o sea, que el litigio posterior tiene por objeto una revisión a fondo de tal providencia administrativa, para dejarla sin efecto en caso de que prosperaran las pretensiones del actor, o confirmarla en caso contrario.

2. La palabra gobierno, tal como está escrita en el art. 255, del C. C. A., no puede interpretarse sino en el sentido de que alude a las autoridades competentes de acuerdo con las normas especiales que regulan la materia; y así existen varias Resoluciones sobre caducidad de contratos que han sido dictadas por el respectivo Ministro, como la estudiada por esta Sala en la sentencia de fecha 8 de noviembre del 1.955, publicada en la Gaceta Judicial, Tomo LXXXI, págs. 929 a 954.

3. El contrato de conducción de correos, por ser de tracto sucesivo, no comporta la resolución, porque sería imposible volver las cosas a como estaban antes de su celebración, pues los servicios prestados constituyen hechos irrevocables y consumados; y de ahí que, en estos casos, proceda la terminación o "resiliación" de ellos, que hace cesar los efectos para el futuro, pero no en cuanto concierne con los hechos ya consumados.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE NEGOCIOS GENERALES. Bogotá, veintiuno de mayo de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña).

El apoderado del Dr. Alfonso Mejía Vásquez, con fundamento en el art. 40 del C. J., ha demandado a la Nación en juicio ordinario de única instancia, con el fin de que se hagan las siguientes declaraciones:

"a) Que las Resoluciones Nos. 540 y 961 de febrero 23 y marzo 28 de 1.962, originarias del Ministerio de Comunicaciones; y mediante las cuales se declara la caducidad administrativa del contrato para la conducción de los correos nacionales de la línea Bogotá-Buenaventura-Bogotá (vía terrestre), celebrado el 29 de diciembre de 1.959 por el doctor Alfonso Mejía Vásquez, y el Ministerio de Comunicaciones, son violatorias del mencionado contrato, bien porque el Ministerio de Comunicaciones carece de facultades para dictarlas; bien porque los funcionarios que las dictaron no son los competentes de acuerdo con la organización del Ministerio de Comunicaciones; bien porque no existía fundamento legal o causal legítima para dictar las resoluciones de caducidad. Los motivos expresados se exponen en su orden y en forma subsidiaria;

"b) Que como consecuencia de lo anterior, se declare resuelto el contrato administrativo para la conducción de los correos nacionales de la línea Bogotá-Buenaventura-Bogotá (vía terrestre), celebrado por mi mandante con el Ministerio de Comunicaciones el día 29 de diciembre de 1.959, y se declare además que, mi mandante tiene derecho a la indemnización de los perjuicios de todo orden que le fueron causados, y a ello se condene a la nación;

"c) Subsidiariamente a la petición b), y por cuanto el contrato administrativo mencionado se declaró caducado, y, a pesar de la declaración de caducidad fué realmente servido por mi mandante hasta la fecha de expiración del mismo,

se declare que la Nación está obligada a indemnizar a mi mandante los perjuicios de todo orden que le fueron causados por virtud de las resoluciones de caducidad expresadas, y a ello se condene a la Nación" (fls. 2 a 2 vto. C. No. 1o.).

Expone los hechos en 16 largos apartes, así:

"1o.) Alfonso Mejía Vásquez celebró con el Gobierno Nacional, mediante el lleno de todos los requisitos legales, un contrato administrativo para la conducción de los correos nacionales de la línea Bogotá-Buenaventura-Bogotá (vía terrestre), el 29 de diciembre de 1.959. El contrato tenía una duración de dos años, desde el primero (1o.) de enero de 1.960 hasta el 31 de diciembre de 1.961.

"2o.) Mi mandante venía sirviendo el contrato con lujo de competencia. Se demuestra este hecho con el memorandum dirigido al Ministerio de Comunicaciones en agosto 22/61 por el Jefe de la División de Servicios Postales, señor Julio C. Castillo; y también con el contenido del Acta de la sesión del 16 de octubre de 1.961 celebrada por la Junta de Licitaciones y Contratos del Ministerio de Comunicaciones y distinguida con el número 31.

"3o.) En la sesión mencionada de la Junta de Licitaciones y Contratos, conceptúa esa entidad que el contrato debía ser prorrogado por dos años más. Sin embargo el contrato no se prorrogó y el procedimiento posterior adoptado para dictar las resoluciones acusadas demuestra que existía en algún sector del Ministerio la voluntad de eliminar a este contratista y de disponer del contrato que él servía.

"4o.) En los términos del contrato y de conformidad con Oficio 362 de octubre 30 de 1.961, el Ministerio de Comunicaciones hizo uso de su derecho a prorrogar solamente por tres (3) meses el contrato celebrado con mi mandante.

"5o.) El procedimiento seguido por funcionarios del Ministerio para dejar sin efecto la recomendación contenida en el acta No. 31 de la Junta de Licitaciones y Contratos, incluida la nota puesta por el Auditor Fiscal y el informe del Director del Ministerio demuestra desde ese momento un interés adverso a la prórroga del contrato y al contrato mismo, en perjuicio de los intereses del Estado que venían siendo servidos cumplidamente por mi mandante.

"6o.) Mi mandante reaccionó con justicia pero sin timidez contra las maniobras advertidas, en ánimo de corregir el ambiente existente, pero ello simplemente agudizó el conflicto advertido que culminó en las resoluciones acusadas.

"7o.) El 12 de febrero de 1.962 el Administrador de Correos de Buenaventura informó al Ministerio que hay dos mil sacos de correo para su transporte y sólo un camión, debido a un accidente. La comunicación telegráfica dió origen al Oficio 3832 de febrero 13, originario del Ministerio y dirigido a mi mandante. El 14 de febrero de 1.962 el Administrador de Correos de Buenaventura dice telegráficamente que sólo había podido despachar 35 toneladas y solicita que el contratista Mejía envíe camiones. El 19 de febrero de 1.962 el Administrador de Correos de Buenaventura se dirige al Secretario General, planteando el problema de un contratista diferente que es el contrato de transporte del correo a Medellín. El Ministerio dirige a mi mandante el Oficio 4331 de febrero 19/62 que éste responde en carta de febrero 20. Es decir que del 12 al 19 de febrero se configura para el Ministerio el incumplimiento del contrato por parte del contratista,

determinante de la declaración de caducidad que se produjo fulminantemente en resolución de febrero 23 siguiente. En el afán de configurar la falta, el Ministerio llegó hasta entender que el transporte de 35 toneladas de que habla el Administrador de correos de Buenaventura en su telegrama de febrero 14, había sido hecho directamente por el Ministerio, cuando en realidad fué cumplido por mi mandante; además toma como pruebas del incumplimiento, por parte de mi mandante, comunicaciones que se refieren a un contrato distinto. Tampoco tuvo en cuenta el Ministerio que la situación temporal que se presentó a mi mandante y que él corrigió oportunamente, como la veremos después, se presentó en circunstancias en que el Terminal de Buenaventura había sido declarado en estado de emergencia, estado de emergencia que se produce cuando la abundancia de carga determina la escasez de vehículos y hay lugar a una elevación temporal de fletes.

"8o.). El expediente administrativo que se levantó contra mi mandante sólo contiene pocos documentos relativos al contrato servido por mi mandante y que es materia de este juicio: el resto del expediente está constituído por documentos ajenos, completamente extraños, incumplimiento de contratos de otros contratistas, etc. Es decir que con esta acumulación de piezas extrañas se dá la impresión de que quiso crearse un estado de confusión dentro del expediente para forzar la providencia de caducidad.

"9o.). Dictadas las resoluciones de caducidad, el Ministerio no asumió la atención del contrato, y mi mandante, con el beneplácito del Ministerio, continuó transportando en forma eficiente y oportuna el correo Buenaventura-Bogotá-Buenaventura.

"10.). La Resolución 540 de febrero 23/62 no enuncia en su parte motiva un sólo hecho concreto que sirviera de base a la decisión de caducidad: en la resolución 961 de marzo 28/62 se quiso corregir esta grave falla que había sido señalada en el recurso de reposición. Con tan mala suerte, que en la parte más seria de la motivación, contenida en el último párrafo de la hoja No. 4 se afirma una inexactitud mediante la cual se hace aparecer al Ministerio actuando en el transporte, cuando en realidad es el contratista quien ha cumplido en un día con la exigencia que se le formula e inicia el transporte del correo. Tampoco advierte la resolución que el Administrador del Correo de Buenaventura sugiere el envío de camiones desde Bogotá ó Cali por parte del Contratista, lo que demuestra por sí la imposibilidad de obtenerlos en Buenaventura. Este es el exacto contenido de la comunicación No. 144 del Administrador de Correos al Jefe de la División de Servicios Postales del Ministerio, de fecha 19 de febrero. La torcida intención de la providencia se advierte en el contenido del párrafo 4o. a folio 5 de la resolución, en donde se quiere extender a todo el mes de febrero la dificultad habida y se insiste en desfigurar el transporte de 35 toneladas de que se habla en las comunicaciones.

"11). Fué precisamente el contratista Alfonso Mejía Vásquez quien transportó íntegramente no sólo el correo detenido por pocos días y por razones estimables, sino que atendió a todo el movimiento del contrato, de conformidad con la relación de transporte que se presentará como prueba en el juicio.

"12). La demora breve y temporalísima ocurrida por una sola vez en dos años en el servicio del contrato de que se habla, subsanada exclusivamente por el contratista, no es un incumplimiento del contrato que diera base legal a la declaración de caducidad, sino una simple dificultad transitoria cuya rápida supera-

ción demuestra la buena calidad del servicio prestado por el contratista. Y eso está confirmado por la continuación de los servicios del contratista al Gobierno Nacional, a pesar de la declaración de caducidad.

"13.) La torpeza de la conducta del Ministerio de Comunicaciones y el interesado afán de declarar ilegalmente la caducidad del contrato, se advierte aún en forma más notoria si se considera que no es serio el procedimiento de dictar la caducidad de un contrato el 23 de febrero de 1.962 y confirmarla el 28 de marzo de 1.962, imponiendo una multa de $20.000.oo, cuando la prórroga del contrato expiraba naturalmente el 31 de marzo.

"14.) De conformidad con el artículo 255 de la Ley 167 de 1.941, la declaración de caducidad de un contrato administrativo, debe ser dictada por el Gobierno Nacional. De conformidad con el artículo 57 de la Constitución Nacional, el Gobierno lo constituyen el Presidente de la República y el Ministro respectivo, o el Jefe del Departamento Administrativo, en su caso. Mientras el artículo 255 de la Ley 167 de 1.941 no sea derogado, no existe la facultad de dictar resoluciones de caducidad para ningún Ministerio.

"15.) Las resoluciones de caducidad fueron dictadas por funcionarios no competentes del Ministerio de Comunicaciones, de conformidad con el artículo 3o. de la Resolución 2177 de 1.960 letra a), los artículos 35 y 36 del Decreto 550 de 1.960 y los artículos 4o. y 5o. del Decreto 1635 del mismo año, si es que llega a pensarse que sí podía el Ministerio de Comunicaciones dictar la Resolución de caducidad.

"16.) El Ministerio de Comunicaciones, con base en la Resolución de caducidad ha tomado una serie de medidas que han causado perjuicios a mi mandante, tales como la retención de dineros a su favor, la demora en el trámite de sus cuentas; etc." (fls. 2 vto. a 4 vto. ib.).

Según el actor, en derecho funda las anteriores súplicas en el art. 255 de la Ley 167 de 1.941, en armonía con el art. 57 de la C. Nal.; y, en forma subsidiaria, según su propio decir, invoca el art. 3o. de la Resolución 2177 de 1.960 letra a) del Ministerio de Comunicaciones; en los arts. 35 y 36 del Decreto 550 de 1.960; arts. 4o. y 5o. del Decreto 1635 de 1.960. También cita los arts. 1546, 1602 y siguientes del C. C., como las disposiciones pertinentes del Libro IV del mismo Código.

El procurador 2o. delegado en lo civil contestó la demanda así: "Manifiesto en nombre de la Nación demandada que me opongo a que se hagan las declaraciones y condenas impetradas, porque no hallo que ellas tengan asidero alguno en derecho; porque resultan contradictorias e incompatibles entre sí las a que se refiere el aparte a) con la a que se refiere el aparte b) del petitum, y asimismo a la subsidiaria del aparte c) del mismo.

Además porque tales declaraciones y condenas no se apoyan en hechos pertinentes debidamente establecidos, y aunque en el curso del juicio se comprobarán plenamente, no darían margen al actor para obtener buen éxito en sus pretensiones." (fl. 8 ib.).

Procede luego el procurador a dar respuesta explicada respecto de cada uno de los hechos invocados por el actor, para expresar, respecto de algunos, que no le consta; en cuanto a otros que no son puntos de hecho sino de derecho y otros los niega en absoluto.

Como se ha surtido en forma regular esta instancia, practicadas las pruebas pedidas por las partes y recibidos los alegatos de conclusión, se procede a dictar sentencia con fundamento en los motivos que se expondrán a continuación.

-I-

PRESUPUESTOS PROCESALES

El procurador delegado, insistiendo en lo insinuado desde la contestación de la demanda, objeta la acumulación de acciones, pues, según él, no llenan los requisitos previstos en el art. 209 del C. J. y al efecto discurre de este modo:

"Que no puedan acumularse acciones contrarias e incompatibles es lógico, pues pugna con la razón que una cosa pueda ser y no ser al mismo tiempo.

"En el presente proceso se observa que el señor apoderado del actor en su petición a) solicitó se dejaran sin efecto las resoluciones por las cuales se declaró caducado el contrato de conducción de correos suscrito entre Alfonso Mejía Vásquez y la Nación; en la petición b) pidió se declarara resuelto ese mismo contrato con la respectiva condena en perjuicios.

"La caducidad es un fenómeno propio del Derecho Administrativo y consiste en la terminación que en forma unilateral efectúa la administración pública de un contrato por medio de sus funcionarios competentes. Por razón de la caducidad cesan los efectos futuros del contrato sin que esa declaración produzca efectos retroactivos, es decir, que las obligaciones y derechos anteriores a esa terminación conservan sus efectos, se respetan.

"Terminado un contrato por razón de la declaratoria de caducidad, no puede revivirse el mismo por el sólo hecho de declarar sin fundamento la resolución de caducidad respectiva, pues 'ipso-facto' dejaron de tener valor o efecto los derechos y obligaciones que emanaban de ese contrato. Dejó de existir el contrato en mención.

"La resolución en cambio supone la existencia del contrato, por cuanto sólo puede extinguirse lo que está produciendo efecto, y la resolución es uno de los modos de extinguirse un contrato.

"No puede solicitarse, como lo hizo el apoderado del actor en el presente caso, que se declare sin fundamento alguno la resolución de caducidad, para desprender de ese hecho que el contrato revive y puede ser materia de una resolución judicial". (fls. 25 y 26 ib.).

Como consecuencia de lo expuesto, concluye el procurador que falta el presupuesto de demanda en forma, cuestión que debe resolverse antes de considerar el fondo del negocio.

Realmente, no existe en las peticiones de la demanda, como lo supone el procurador delegado, contradicción alguna, porque si es verdad que una cosa pueda ser y no ser al mismo tiempo y bajo el mismo aspecto, el actor no suplica que el contrato caducado se declare resuelto, sino que demanda, como antecedente, la declaración de que la resolución de caducidad es infundada, y luego, como consecuente, se declare la resolución del contrato con indemnización de perjuicios.

También supone el procurador que la resolución administrativa, en virtud de la cual se declara la caducidad de un contrato, tiene un efecto irrevocable, o mejor, que la terminación del contrato se opera irremediablemente; pero esto no es así, porque la resolución dictada por el Ministerio está sujeta a la revisión de la rama jurisdiccional, mediante el ejercicio de la correspondiente acción por el contratista afectado; y en caso de que prosperara, la administración tendría que seguir cumpliendo el contrato si el plazo no se hubiera vencido o no hubiera terminado por una causal distinta a la de caducidad.

Si la resolución de caducidad de un contrato está sujeta a la posterior revisión de la rama jurisdiccional, en el supuesto de que fuese declarada infundada, el contrato respectivo no ha terminado sino que ha estado en suspenso mientras se decide sobre la legalidad y justicia de la dicha decisión administrativa; y por consiguiente, no existe contradicción alguna si el actor una vez obtenida aquella declaración, demanda que la administración cumpla o continúe cumpliendo el contrato, o bien que se declare resuelto o quizá mejor terminado o la resiliación de él, por tratarse de uno de tracto sucesivo. Si con la sentencia judicial favorable al actor, no desaparecieran los efectos de la resolución administrativa que declaró la caducidad del contrato, habría que llegar a la conclusión de que el ejercicio de la acción por el contratista afectado carece de objeto, supuesto a todas luces inadmisible e inaceptable.

En la sentencia de la Corte Plena de fecha 31 de agosto de 1.943, por la cual se declaró inexequible el art. 258 de la Ley 167 de 1.941, se lee:

"Contra esa resolución de caducidad, que equivale a la terminación de un pacto bilateral, el artículo acusado concede un recurso ante el Consejo de Estado para que ante esa corporación se ventile el asunto de fondo, un asunto contencioso, integrado por varios factores, de derecho y de hecho, cuyo planteamiento, trámite, pruebas y discusión, constituye un asunto de naturaleza contenciosa, atañedera al cumplimiento o no cumplimiento de un contrato, asunto que es de competencia privativa del Organo Judicial". (G. J. Tomo LVI, pág. 4).

Aun cuando el art. 148 de la C. Nal. fué modificado por el art. 52 del A. L. No. 1o. de 1.945 (art. 151 actual compilación), la doctrina de la Corte tiene plena aplicabilidad, en cuanto considera que el juicio promovido, antes ante el Consejo de Estado y ahora ante la Corte, constituye un recurso contra la dicisión administrativa que declaró la caducidad del contrato, o sea, que el litigio posterior tiene por objeto una revisión a fondo de tal providencia administrativa, para dejarla sin efecto en caso de que prosperaran las pretensiones del actor, o confirmarla en caso contrario.

Por tanto, no existe acumulación de acciones incompatibles y tampoco la falta del presupuesto procesal invocado por el procurador delegado.

- II -

SUPLICAS DE LA DEMANDA.

Interpretando las peticiones de la demanda, hechas por el actor, en la primera súplica la declaración de que las resoluciones números 540 de 23 de febrero y 961 de 28 de marzo de 1.961, mediante las cuales se declaró la caducidad del contrato sobre conducción del correo de Bogotá a Buenaventura y viceversa,

carecen de fundamento legal, por estos motivos: "..... bien porque el Ministerio de Comunicaciones carece de facultad para dictarlas; bien porque los funcionarios que las dictaron no son los competentes de acuerdo con la organización del Ministerio de Comunicaciones; bien porque no existía fundamento legal o causal legítima para dictar las resoluciones de caducidad".

Los tres motivos expuestos, realmente, se reducen a dos: los primeros plantean un problema de carácter puramente administrativo, como el de decidir sobre la competencia del Ministerio de Comunicaciones para proferir la resolución de caducidad; y el último que atañe al fondo mismo del negocio, en cuanto pone en tela de juicio los fundamentos de hecho y de derecho de la resolución protestada, ya que, según el decir del apoderado, el contratista cumplió con las obligaciones contraídas en el contrato celebrado el 29 de diciembre de 1.959.

A primera vista, solamente el último motivo pareceria viable ante la jurisdicción civil, mientras que los dos primeros serían del conocimiento de la de lo contencioso administrativo; sin embargo, la Corte Plena en la sentencia antes citada dijo al respecto:

"No puede interpretarse el artículo 258 en el sentido de que el legislador ha querido conceder un recurso administrativo, además del que consagra la regla 3a. del artículo 148 de la Carta, porque si por una parte el texto de tal artículo se opone a esa interpretación, por la otra no es de presumir que el legislador haya querido someter a una situación más gravosa a las partes, sometiéndolas primero a un juicio, con todos los trámites del caso ante lo contencioso para luego someterlas de nuevo a la jurisdicción de la Corte, donde se ventila y decide el mismo asunto que se ventiló y decidió ante el Consejo de Estado. Por eso hay que concluir que el artículo 258 acusado reemplaza el numeral 3o. del artículo 148 de la Carta, lo cual es inconstitucional, como se deja demostrado." (fl. 4 ib.).

Por tanto, si no deben surtirse dos juicios sobre la misma materia, uno ante el Consejo de Estado y otro ante la Corte, en esta sentencia deben tomarse en consideración todos los motivos o causales invocados por el actor, aún los fundados en cuestiones puramente administrativas, como la competencia de los funcionarios de la administración para dictar la recurrida resolución de caducidad; porque si la competencia del Consejo de Estado durante la vigencia del art. 258, fué plena para fallar sobre todas las cuestiones, así de forma como de fondo, adjetivas o sustanciales, también ahora la Corte debe examinar y decidir respecto de todos los motivos alegados.

El Consejo de Estado, en sentencia de fecha 7 de diciembre de 1.943 (Anales Nos. 329 a 334 pág. 106), declaró que no tenía competencia para conocer de las resoluciones sobre multas, según el inciso final del art. 258 del C. C. A., porque "como es bien sabido, esta última parte del artículo fué declarada inexequible por la Corte Suprema de Justicia, y, en tal virtud, no rige como excepción a la regla contenida en el artículo 73 a que atrás se aludió, no siendo, por tanto, tales resoluciones (las que imponen multas a los contratistas) del conocimiento del Consejo de Estado".

- III -

MOTIVOS DE NULIDAD ALEGADOS

a) De acuerdo con la demanda, la nulidad o ineficacia de la resolución sobre caducidad del contrato de conducción de correos, se funda en primer lugar, en

que según el art. 255 de la ley 167 de 1.941 y en armonía con el art. 57 de la C. Nal., la resolución sobre caducidad del contrato debió proferirse por el Gobierno, esto es, por el Presidente y el Ministro de Comunicaciones, pero no solamente por el último como sucede en la acusada.

En cuanto a este motivo debe observarse que la palabra gobierno, tal como está escrita en el citado art. 255, no puede interpretarse como lo quiere el demandante, sino en el sentido de que alude a las autoridades competentes de acuerdo con las normas especiales que regulan la materia; y así existen varias resoluciones sobre caducidad de contratos que han sido dictadas por el respectivo Ministro, como la estudiada por esta Sala en la sentencia de fecha 8 de noviembre de 1.955 (G. J. Tomo LXXXI, págs. 929 a 934).

b) En segundo lugar, el actor demanda la nulidad de la resolución de caducidad, porque no se autorizó por el funcionario competente, según la Resolución No. 2177 de 3 de septiembre de 1.960, proferida por el Ministro de Comunicaciones de acuerdo con el art. 10 del D. No. 550 de 1.960, que dispuso:

"Los Ministros y los Jefes de Departamento Administrativo dictarán normas para la tramitación y resolución de los asuntos a su cargo. Dentro del límite de estas normas, y en cumplimiento de sus funciones, los Secretarios Generales, los Directores y los Jefes o Sub-Jefes de Rama, División, Sección y Grupo, están facultados para tomar decisiones directamente autorizando con su firma los actos respectivos, sin perjuicio de que dichos actos sean revocados o modificados por los inmediatamente superiores, cuando los intereses del servicio así lo exijan".

De acuerdo con el literal f) del art. 35 del mismo decreto corresponde al Director del Ministerio: "Tramitar y llevar a la consideración del Ministro los contratos relacionados con los respectivos servicios".

Por medio del decreto 1635 de 1.960 se reorganizó el Ministerio de Comunicaciones, y en el art. 4o., al señalar las funciones del Secretario General, en el literal g) se dispuso: "Autorizar con su firma los actos que se señalen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 550 de 1.960".

Según el art. 5o. del mismo decreto, corresponden al Director del Ministerio, entre otras, las siguientes atribuciones:

"f) Llevar a la consideración del Ministro los contratos relacionados con los respectivos servicios;

"g) Revisar los proyectos de decreto o de resolución y demás documentos que deban someterse a la aprobación del Ministro;

"k) Autorizar con su firma los actos que se señalen, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 0550 de 1.960".

En desarrollo de los preceptos transcritos, en especial del último, el Ministerio de Comunicaciones dictó la Resolución No. 2177 de 3 de septiembre de 1.960, por medio de la cual reglamentó más en detalle tanto las funciones del Secretario General del Ministerio como las del Director; y, respecto del último, dispuso en el art. 3o.: "Corresponde al Director del Ministerio firmar conjuntamente con el Ministro los siguientes actos:

"a) Los contratos a que se refiere el literal f) del art. 36 del Decreto 550 de 1.960 relacionados con los respectivos servicios y las resoluciones de caducidad de los mismos".

Según las disposiciones citadas, se deduce que las resoluciones de caducidad se profieren por el respectivo Ministro; pero deben ser autorizadas, en cuanto concierne al de Comunicaciones, por el Director del Ministerio, pero no por el Secretario General, como sucede con las dos resoluciones acusadas por el actor; de ahí que deba concluirse que las resoluciones Nos. 540 de 23 de febrero y 961 de 28 de marzo de 1.962, por medio de las cuales, en su orden, se declaró caducado el contrato celebrado con el actor y se negó el recurso de reposición, no se dictaron en forma regular y de acuerdo con la competencia señalada por las normas examinadas a los funcionarios del Ministerio de Comunicaciones, las cuales quedaron viciadas de nulidad o ineficacia.

-IV-

RESOLUCION DEL CONTRATO

Como se ha visto, en la segunda petición, como acción consecuente, el actor demanda la declaración de resolución del contrato de conducción de los correos de Bogotá a Buenaventura y viceversa, con la correspondiente indemnización de los perjuicios ocasionados por las dichas resoluciones de caducidad; sin embargo, aun cuando prospera la primera petición, no sucede lo propio con la segunda por los motivos que pasan a exponerse.

a) El contrato de conducción de correos, por ser de tracto sucesivo, no comporta la resolución, porque sería imposible volver las cosas a como estaban antes de su celebración, pues los servicios prestados constituyen hechos irrevocables y consumados; y de ahí que, en estos casos, proceda la terminación o "resiliación" de ellos, que hace cesar los efectos para el futuro, pero no en cuanto concierne con los hechos ya consumados.

b) En el presente caso, no obstante la resolución de caducidad, el contrato de conducción de los correos en la línea Bogotá-Buenaventura terminó, no por efecto de la caducidad, sino por la expiración de los plazos, tanto del pactado en el contrato por dos años, como el de la prórroga impuesta por el Ministerio, según lo estipulado en el contrato y en las disposiciones legales vigentes, por un lapso de tres meses.

En efecto, de acuerdo con el contrato, el plazo principal terminó el 31 de diciembre de 1.961; y aun cuando fué prorrogado por voluntad unilateral del Ministerio, según lo estipulado, la Resolución que negó la reposición se dictó el 28 de marzo de 1.962; de manera que, antes de que operara la caducidad decretada, expiró el plazo de vigencia de la prórroga impuesta.

En consecuencia, tampoco se podría decretar la resolución de un contrato que ya ha terminado por vencimiento del plazo estipulado, esto es, que jurídicamente ya no existe dada la naturaleza del contrato objeto del presente litigio.

c) Por otra parte, si el contrato de transporte del correo entre Bogotá y Buenaventura terminó por la expiración de los plazos, mas no por el decreto de caducidad, prácticamente inoperante, ningún perjuicio se le causó al actor que estuvo en capacidad de seguir prestando el servicio en la forma y por el tiempo pactados, como realmente lo hizo aun cuando en forma deficiente, según concepto del Ministro.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, resuelve:

Primero. Son nulas y, por consiguiente, ineficaces las Resoluciones 540 y 961 de 23 de febrero y de 28 de marzo de 1.962, por medio de las cuales, el Ministerio de Comunicaciones, decretó la caducidad del contrato celebrado con el doctor Alfonso Mejía Vásquez el 29 de diciembre de 1.959, para la conducción del correo entre Bogotá y Buenaventura y viceversa.

Segundo. Se absuelve a la Nación de las demás súplicas de la demanda.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente, previas las cancelaciones de rigor.

Efrén Osejo Peña. - Ramiro Araújo Grau. - Carlos Peláez Trujillo. - Luis Carlos Zambrano. - Jorge García M., Secretario.

ACCION SOBRE PROPIEDAD PRIVADA DEL SUBSUELO PETROLIFERO. FUNDAMENTOS DE HECHO DE ESTA CLASE DE ACCIONES. SUSTANCIALES VACIOS PROBATORIOS EN EL CASO DE AUTOS.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE NEGOCIOS GENERALES. Bogotá, veintisiete de mayo de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau).

El apoderado que constituyó JESUS MARIA HENAO DE FRANCISCO, de este vecindario, presentó demanda ante esta Sala contra la Nación, para que se hicieran las siguiente declaraciones:

"PRIMERA. Que los globos de terreno de propiedad de mi mandante, determinados en el hecho "A" de esta demanda, por su ubicación, extensión superficiaria y linderos, salió del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1.873, en virtud de varios títulos emanados del Estado y de la justa prescripción por explotación económica de la tierra".

"SEGUNDA. Que, en consecuencia, tanto el suelo como el subsuelo de los globos de terrenos determinados en el hecho "A" de esta demanda por su ubicación, extensión y linderos y de manera especial el petróleo, gases, hidrocarburos y demás minerales o substancias que se hallen en el subsuelo de dicho globo de terreno, son de propiedad de mi poderdante don Jesús María Henao De Francisco".

"TERCERA. Que, por consiguiente, el subsuelo de los referidos globos de terreno y de manera especial el petróleo, gases y demás hidrocarburos y substancias que se encuentren en dichos subsuelos pueden explotarse como de propiedad privada de don Jesús María Henao Dé Francisco y su exploración y explotación no pueden adelantarse por la Texas Petroleum Company, solicitante de la Propuesta número 869 (Tabio) de que se habla más adelante, ni por persona ninguna, natural o jurídica, distinta de don Jesús María Henao De Francisco".

"CUARTA. Que en el evento de que ya se hubiere celebrado por la Nación con la Texas Petroleum Company contrato de exploración y explotación del petróleo, gases y demás hidrocarburos que se encuentren en el subsuelo del mencionado globo de terreno, como si fuesen de propiedad nacional, por hallarse estos ubicados dentro del perímetro de la Propuesta número 869 (Tabio), dicho contrato debe declararse terminado en lo referente al subsuelo petrolífero de los globos de terreno objeto de esta demanda, conforme lo dispone el inciso 3o. del artículo 2o. del Decreto 3050 de 1.956".

Como fundamento de hechos expuso los siguientes:

"PRIMERO. Mi poderdante el señor Jesús María Henao es actual propietario y poseedor inscrito de los siguientes predios rurales:

"La Floresta" ubicada en las veredas de Centro y Juaica del municipio de Tabio, Departamento de Cundinamarca, con una extensión aproximada de veintisiete (27) fanegadas y que se compone de las siguientes fincas especificamente enumeradas que forman una sola extensión: "La Floresta", junto con la casa de habitación construida dentro de ella y marcada en sus puertas según la actual nomenclatura así: por la carrera quinta (5a.) con el número tres cincuenta y uno (3-51); por la calle cuarta (4a.) con los números cinco cero uno (5-01), cinco treinta y cinco (5-35) y cinco cuarenta y cinco (5-45), junto con las edificaciones, ramadas y cobertizos que existen dentro de la finca, y con todos los demás elementos que la integran: finca comprendida en su totalidad dentro de los siguientes linderos generales: Por el Norte, con calle pública, (hoy calle cuarta (4a.), con el Coso, con finca de propiedad de David Leaño, y herederos del doctor Pompilio Martinez, en toda su extensión; por el Occidente, con la finca "Aguacaliente" de los herederos del doctor Pompilio Martinez, en toda su extensión; por el Sur, con finca de herederos de David Leaño (hoy de la vendedora) en toda su extensión, y por el Oriente, con la calle pública o carrera segunda (2a.) (hoy carrera quinta -5a-) del Municipio de Tabio, en dos (2) partes, y en la otra parte con la casa y solar de la finca denominada "Santa Teresita" de propiedad de la vendedora, numerada hoy en su puerta principal con el número tres setenta y nueve (3-79) de la carrera quinta (5a.), y la cual colinda por sus tres costados así: Por el Norte, en extensión de veinte metros y diez y nueve centímetros (20-19 mts.) y once metros sesenta y dos centímetros (11-62 mts.) por el Sur en extensión de veinticinco metros noventa y siete centímetros (25-97 mts.) y por el Occidente, en extensión de trece metros treinta centímetros (13-30 mts.) y cinco metros treinta y cinco centímetros (5-35 mts.) aproximadamente. La finca "La Floresta" alinderada antes, está formada o integrada por seis (6) pequeños lotes de terreno, tal como se hallan alinderados y detallados en la cartilla de hijuela de Isabel Henao De Francisco, protocolizada por la escritura pública número dos mil quinientos treinta y tres (2.533) del diez y siete (17) de julio de mil novecientos cuarenta y cinco (1.945) de esta misma Notaría Primera de Bogotá, D. E. y la cual se hará referencia en cualquier momento y que son:

Primer lote. Una finca denominada "La Floresta" constituida por un terreno situado hacia el occidente de la población del municipio de Tabio, Departamento de Cundinamarca cercado en parte con paredes y en parte con alambre y vallado, en una cabida aproximada de cuatro fanegadas (4 fgds.) y está comprendido dentro de los siguientes linderos: Por el Oriente, o sea el frente donde está la puerta de entrada, con la carrera 2a. hasta la intersección de esta con la calle primera; por el Occidente, con el terreno denominado Agua Caliente, de propiedad del Doctor Pompilio Martinez, quebrada de por medio; por el Sur, con terrenos de Francisco Pallares y David Leano quebrada de por medio; y por el Norte, con terrenos de los herederos de Adolfo Luque y Librada Garzón".

Segundo lote. La mitad de un lote de terreno situado en el partido de "El Centro" de la población de Tabio, alinderado así: Por el norte, con lote que perteneció al municipio de Tabio, y con propiedad de la señora Clementina Luque de Forero; por el Occidente, con la misma propiedad de la señora Luque G. de Forero, por el sur, con la finca "La Floresta" de propiedad del comprador, paredes al medio; y por el Oriente, con la calle pública o carrera 2a. "La mitad de

otro lote de terreno situado en la vereda de "Juaica" jurisdicción del municipio de Tabio y alinderado así: Por el Oriente, con terreno de Emiliano de Jesús Luque G. con la misma finca de la Floresta citada, y por el norte y occidente, con la finca "Agua Caliente", del doctor Pompilio Martínez, vallado al medio". Tercer lote: Un lote de terreno denominado "Coso Viejo", ubicado en el centro o área de la población de Tabio, que forma esquina sobre la plaza, en el cruce de la carrera segunda con la calle segunda, y que está comprendido dentro de los siguientes, linderos: Por el Oriente, con la carrera expresada, por el Norte, con la calle dicha; por el Occidente, con propiedad de Clementina Luque de Forero; y por el Sur, con la casa del señor Víctor Manuel Luque". Este lote lo adquirió el causante, en pleno dominio y propiedad, por compra a Arturo Ranzi y María Antonia Archia de Ranzi". Cuarto lote: Un lote de terreno situado en el centro de la población de Tabio y comprendido dentro de los siguientes linderos: Por el Oriente, en una extensión de 19 metros, 30 centímetros, con lote que fuè de propiedad del municipio, anteriormente llamado Coso Viejo y que hoy pertenece al comprador y con propiedad del señor Víctor Manuel Luque G., y en una pequeña parte; de aquí volviendo hacia el occidente, y en línea recta y en una extensión de once metros setenta centímetros (11.70 mts.) con terrenos del mismo señor Víctor Manuel Luque G.; de aquí volviendo hacia el sur, en línea recta y en una extensión de veinte metros sesenta y ocho centímetros (20.68 mts.) con terreno que perteneció al señor Carlos Eduardo Luque G. y que es hoy del comprador: por el sur, con la finca denominada La Floresta de propiedad del comprador, en paredes al medio y en una extensión de 17 metros 10 centímetros; de aquí en línea recta hacia el Norte y en una extensión de 29 metros 20 centímetros. con la expresada finca La Floresta, paredes al medio; de aquí volviendo en línea recta hacia el oriente, en una extensión de once metros (11 mts.) con el lote del señor Emiliano Luque G., de aquí volviendo en línea recta hacia el Norte, por el centro de un caño de desagüe; en una extensión de 18 metros 40 centímetros, con terrenos del mismo señor Emiliano Luque; y por el Norte, en una extensión de 19 metros, con la calle 2a. de Tabio. "Quinto lote: Un lote de terreno situado en el centro de la población de Tabio y alinderado así: Por el Norte, parte con calle pública y parte con el coso público y terreno de David Leaño en zic-zac y con la finca de Agua Caliente, de Pompilio Martínez; por el Occidente, con terrenos hoy de Librada Garzón y con la citada finca "Agua Caliente". "La Floresta" es propiedad del comprador hoy y con propiedad que fué de Clementina Luque G. de Forero, y es hoy del comprador, y por el Oriente, con propiedad que fué de Clementina Luque G. de Forero y que es hoy del comprador". Sexto lote: Un lote conocido con el nombre de Santa Ana, ubicado en la vereda de Juaica, jurisdicción del municipio de Tabio y que está alinderado así: Por el costado o sea por el norte y oriente, toma de agua de por medio, con la finca denominada Agua Caliente, en los herederos del doctor Pompilio Martínez, y en parte del lote que Henao compró al señor Emiliano Luque G. y que hoy forma parte de la finca de Henao denominada "La Floresta" y por otro costado o sea, por el sur y occidente, con la citada finca de Henao".

"Inmueble denominado "El Pantano" (hoy La Floresta) y cuyos linderos generales correspondientes a las siete fanegadas trescientas cuarenta y seis varas cuadradas son los siguientes: Norte, con la finca "La Floresta" de propiedad de la misma compradora Isabel Henao de Francisco, hoy la vendedora); Sur, con terrenos de Próspero Luque, Justa de Murcia y Sergio Papagayo, (hoy del comprador); por el Oriente, con terrenos de propiedad del vendedor Luis Eduardo Robayo R. (hoy de Juan Villamil) en parte, y de Luis Sánchez en la otra parte

del mismo sector oriental, y por el Occidente, con terrenos de Próspero Luque en parte y de Emilio Sánchez en la otra parte.

"Inmueble "El Chicú" que linda así: Por el Norte, con terrenos de los herederos de Julio Epaminondas Luque, José Vicente Julio, Próspero y Luis Sánchez; por el Sur, con terrenos de Alfredo Baptiste y Peregrino Sánchez, camino público de por medio; por el Oriente, con terrenos de Daniel Correa y Segundo Sánchez; y por el Occidente, con terrenos de Verbo Camacho, camino público de por medio"..

"Inmueble conocido con el nombre de Santa Bárbara y comprendido hoy dentro de los siguientes linderos generales así: Por el Norte, con terrenos que fueron de Luis Eduardo Robayo, hoy de Isabel Henao de Francisco; por el Sur, con terrenos de herederos de Epaminondas Luque; por el Oriente, con terrenos de herederos de Epaminondas Luque, hoy de próspero Luque y Justa Murcia; y por el Occidente, con terrenos de Verbo Camacho, camino público de por medio.

"El Paraíso" ubicado en la vereda de Lourdes, municipio de Tabio, Departamento de Cundinamarca, con una extensión apoximada de veinte (20) fanegadas y comprendido por las siguientes fincas especificamente denominadas así: El primero, o sea Pantanillo, "A partir de un punto que está situado en el lindero de las señoritas Mercedes y Sofía Espinosa Q., y que llamaremos el mojón A., se sigue en línea recta en dirección Sur-Oeste, en una distancia de ciento cuarenta y un metros con setenta centímetros (141-70 mts.) colindando con terreno de Campo Elías Malaver, hasta llegar al mojon B., desde este punto y colindando con el mismo Campo Elías Malaver, se sigue en línea recta en una dirección Sur-Oeste y con una distancia de noventa y tres metros (93 mts.) hasta llegar al mojón C., que está situado, en la orilla del camino de San José, desde este punto por todo el camino en dirección Sur-Oeste y en una distancia de ciento catorce metros con veinte centímetros (114.20 m.) hasta llegar al mojón D. y camino al medio con propiedades del doctor Eugenio Celis; el mojón D. está situado en el empalme del camino de La Aurora, con el camino de San José; desde este punto y por todo el camino de La Aurora en una dirección Norte Oeste y en una distancia de doscientos cuarenta y seis metros con ochenta centímetros (246-80 mts.), hasta llegar al mojón E.; desde este punto en linea recta y colindando con terrenos de Juan Evangelista Laverde B., se sigue en dirección Norte-Este, en una distancia de doscientos seis metros con ochenta centímetros (206-80 mts.), hasta llegar al mojón F.; desde este punto y colindando también con Juan Evangelista Laverde B., se sigue en dirección Norte-Oeste, en una distancia de cuarenta y seis metros (46 m.) hasta llegar al mojón G; desde este punto, en dirección Norte-Este, colindando con el comprador Andrés Caycedo Henao (hoy el vendedor) en una distancia de setenta y nueve metros con setenta centímetros (79-70 mts.) hasta llegar al mojón H; y desde este punto, también colindando con el comprador Caycedo Henao (hoy del vendedor) se sigue en dirección Sur-Este, en una distancia de 94, 80 metros, hasta llegar al mojón I., desde este punto y colindando con las señoritas Espinosas, se sigue en una dirección Sur-Oeste, en una distancia de 33 metros hasta llegar al mojón J. y desde este punto colindando también con las señoritas Espinosas, se sigue en dirección Sur-Este, en una distancia de 107-40 metros, hasta llegar al mojón A, que es el punto de partida. El segundo o sea "La Violeta" se alinderará así: Por el Norte, con propiedad de los herederos del doctor Gonzalo Restrepo Jaramillo cerca de alambre y vallado de por medio; por el Oriente, con propiedad de los mismos

herederos del doctor Gonzalo Restrepo Jaramillo, toma de agua al medio en parte y cerca de alambre; por el Occidente, con tierras del señor Campo Elías Malaver en parte, y con tierras de la señora Rosa Fandiño viuda de Castro, cerca de alambre de por medio; por el Sur, en parte con propiedades de las mismas vendedoras señoritas Espinosa y en parte con la finca "Pantanillo", antes de propiedad del señor Luis Felipe Leaño (hoy del vendedor) y en parte con terrenos del señor Juan Evangelista Barragán, toma de agua al medio y cerca de alambre; todo el lote está deslindado con cercas de alambre y vallados. El tercero denominado "San Gabriel" está alinderado así: Por el Sur, con propiedades de las señoritas Mercedes y Sofía Espinosa Q. antes herederos de José María Espinosa y con la finca "San José" del doctor Eugenio Celis, camino al medio; por el Norte, y el Oriente, con terrenos de la finca "Pantanillo" antes de Luis Felipe Leaño (hoy del vendedor), y por el Occidente, con propiedades de las señoritas Sofía y Mercedes Espinosa Q.".

"SEGUNDO. La tradición del dominio del globo de terreno de que trata el hecho anterior, cuyo suelo y subsuelo son de propiedad de mi poderdante, mediante una cadena comprobada de títulos, se remonta desde don Jesús María Henao De Francisco, doña Isabel Henao De Francisco y don Andrés Cayedo H. hasta las personas que lo adquirieron, en mayor extensión, antes del 28 de octubre de 1.873, en virtud de títulos emanados del Estado y de la justa prescripción adquisitivas.

C. El Ministerio de Minas y Petróleos, por medio de la resolución número 347 de 8 de abril de 1.958, admitió la Propuesta para contratar la exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional registrada bajo el número 869 (Tabio), formulada por la Texas Petroleum Company, sobre un globo de terreno de cuarenta y nueve mil novecientos noventa y seis (49.996) hectáreas con ocho mil (8.000) metros cuadrados, ubicado en jurisdicción de los municipios de Tabio, Tenjo y Chía, en el Departamento de Cundinamarca, y comprendido dentro de los linderos transcritos en el aviso de admisión de la Propuesta, publicado en el Diario Oficial número 29.776 de 27 de septiembre de 1.958, cuyo ejemplar original no acompaño a la presente demanda por haberse agotado pero que asevero existir un ejemplar de tal periódico oficial en la biblioteca de la H. Corte Suprema de Justicia y cuyos linderos doy por reproducidos.

Suplo tal falta con la certificación expedida por el mencionado Ministerio sobre registro, vigencia y aceptación de la propuesta número 869 (Tabio)".

TERCERO. Los terrenos de que trata el hecho "A" de esta demanda salieron legalmente del patrimonio del estado con anterioridad al 28 de octubre de 1.873, por virtud de numerosos actos jurídicos, que son la causa legal del derecho de mi mandante sobre el subsuelo petrolífero del citado predio, ya que constituyen títulos originarios o emanados del Estado, y pruebas de explotación económica de tales terrenos con muchos años de anterioridad a la reserva del subsuelo por parte del Estado".

"CUARTO. El globo de terreno mencionado, cuyo suelo y subsuelo son de propiedad de mi mandante, está comprendido dentro del área de la Propuesta número 869 (Tabio) de la Texas Petroleum Company, cuyo perímetro se superpone a él".

"QUINTO. El globo de terreno mencionado, cuyo suelo y subsuelo son de propiedad de don Jesús María Henao De Francisco, está claramente determinado en los títulos de adquisición y es determinable sobre el terreno".

En cuanto a fundamentos de derecho expresó:

"En derecho fundo esta demanda en los artículos 50., 34, 36 y concordantes del Decreto número 1056 de 1.953; artículo 2o. del Decreto Extraordinario número 3050 de 1.956 y demás disposiciones concordantes de las Leyes 37 de 1.931, 160 de 1.936, Ley 11 de 1.953 y sus Decretos reglamentarios, así como en las Leyes de 11 de octubre de 1.821, 70 de 1.866 y Código Fiscal de 1.873. En los artículos 669, 673 y concordantes del Código Civil; artículo 1o. de la Ley 50 de 1.936; artículo 734, siguientes y concordantes del Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones legales y reglamentarias pertinentes".

"No obstante que en las peticiones se habla del petróleo y "demás minerales o substancias que se hallen en el subsuelo" de los terrenos del demandante, del contexto de la demanda aparece claro que la acción incoada persigue la declaración de ser de propiedad particular el petróleo que se encuentre en el subsuelo de dichos terrenos y su exclusión del área de la propuesta 869, formulada por la Texas Petroleum Company para explorar y explotar petróleo de propiedad Nacional.

Los fundamentos de hecho de tal acción, de conformidad con los arts. 4o. y 34 del Código de Petróleos, se reducen, en síntesis, a los siguientes: a) propiedad actual del demandante respecto a los predios indicados en el primer fundamento de hecho del libelo; b) salida de dichos predios del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de Octubre de 1.873; c) superposición a ellos del área de la propuesta 869.

De conformidad con el principio jurídico recogido en el art. 593 del C. J., "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".

Para la prosperidad de la acción instaurada deben, pues, aparecer plenamente establecidos todos y cada uno de los fundamentos antes indicados. Para los fines de esta providencia es suficiente señalar que no están comprobados los dos últimos.

La salida del patrimonio nacional de unos terrenos con anterioridad al 28 de Octubre de 1.873, implica la verificación de que el título idóneo que al respecto se presente se refiere a ellos, en todo o en partes. Durante la inspección ocular que se practicó a petición del demandante, en juez comisionado que la llevó a cabo, se limitó a la identificación de los inmuebles del actor, y dejó a los peritos la labor de comprobar si esos predios corresponden a los contemplados en documentos en cuya virtud hubieran salido del patrimonio nacional. Igualmente quedó a cargo de los expertos la verificación del hecho de que la propuesta 869 se superpone a las tierras en referencia. Ahora bien, los peritos que fueron nombrados y que intervinieron en la inspección ocular no rindieron dictamen alguno sobre tales materias.

Durante el curso del juicio el señor apoderado del actor presentó memorial de desistimiento de la acción; pero no pudo ser acogido por no haber tenido expresa facultad para desistir.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema -Sala de Negocios Generales-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

Declárase infundada la oposición formulada por el demandante JESUS MARIA HENAO DE FRANCISCO a la propuesta número 869 (Tabio) con relación al subsuelo de los predios "La Froresta" y "El Paraiso", en consecuencia se absuelve a la Nación de los cargos de la demanda.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase la actuación al Ministerio de Minas y Petróleos.

Efrén Osejo Peña. - Ramiro Araújo Grau. - Carlos Peláez Trujillo. - Luis Carlos Zambrano. - Jorge García Merlano, Secretario.

PETROLEOS. VALOR PROBATORIO DE LAS ACTAS DE REMATE Y DE LAS DILIGENCIAS DE POSESION, COMO MEDIOS DE ACREDITAR LA SALIDA DE LAS TIERRAS DEL DOMINIO DEL ESTADO.

La mejor fuente de interpretación de las normas jurídicas que rigieron en la época colonial se halla en la manera como las autoridades de entonces las aplicaron. El verdadero título de enajenación de los bienes de Temporalidades no era el acta de remate, sino la escritura pública de traspaso de la propiedad. El solo remate no hacía propietario de las tierras al que triunfaba en la almoneda. La diligencia de posesión precedía o la expedición de la escritura, y por sí sola no constituye indicio necesario de que al rematante se le hubiera transferido en forma legal el predio rematado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE NEGOCIOS GENERALES. Bogotá, dos de junio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau).

El apoderado judicial que constituyó Carlos Maldonado B., de este vecindario, en su propio nombre y como apoderado general de Alejo Maldonado R., vecino de Barranquilla, ambos comuneros del globo de tierras denominado "Tapias y Pajaral", presentó ante esta Sala demanda ordinaria de única instancia contra la Nación, impetrando las siguientes declaraciones:

"PRIMERA. Que no son del Estado los petróleos, los hidrocarburos, los gases naturales y sustancias similares que se encuentren en el suelo y subsuelo del globo de tierra poseído en común y proindiviso denominado "Tapias y Pajaral", de la jurisdicción de los municipios de Tamalameque de la Gloria, del Departamento del Magdalena, así alinderado: "Desde el punto de "Angostura en línea recta hacia la izquierda de norte a sur, pasando por "Alonso" hasta llegar al caño de "La Honda", colindando con terrenos antes de los señores Leopoldo Chinchilla y Juan B. Gutiérrez; de este punto aguas arriba de "La Honda" hacia la izquierda hasta sus cabeceras, de este punto al sesgo hacia la izquierda hasta la cabeceras de "Alonso", de este punto en línea recta a la "Mata" y camino de "San Lorenzo", de este punto en línea recta hacia la izquierda hasta la "Mata de Gallinazo", de este punto en línea recta a la ciénaga de "Sahalla", y de este punto orillando la ciénaga hasta llegar a "Angostura", primer lindero".

"SEGUNDA. Que la Nación colombiana no tiene derecho a ejecutar por sí ni por interpuesta persona, ni a contratar con ninguna persona natural ni jurídica nacional ni extranjera, la exploración con taladro ni la explotación de los pe-

tróleos, los hidrocarburos, los gases naturales y sustancias similares que se encuentren en el suelo y el subsuelo del mentado globo de tierra, de la ubicación y linderos anotados, poseídos en común y proindiviso por los opositores demandantes con otros".

"TERCERA. Que debe suspenderse inmediatamente la tramitación y ejecución de la propuesta de exploración y explotación de los petróleos, hidrocarburos, gases naturales y sustancias similares que se encuentren en el suelo y el subsuelo del mentado globo de tierra poseído en común y proindiviso, propuesta que está distinguida con el número 601, aparece publicada en el número 28.062 del Diario Oficial, correspondiente al 26 de noviembre de 1.952 y fué presentada por la Compañía de Petróleos del Vichada".

"CUARTA. Que, en consecuencia, son del dominio privado de los copropietarios proindiviso del mentado fundo de "Tapias y Pajaral" de la ubicación y alinderamiento precitados, los petróleos, los hidrocarburos, los gases naturales y las sustancias similares que allí se hallen, copropiedad que no está sujeta a ulteriores tramitaciones judiciales ni administrativas caso de presentarse nuevas propuestas sobre su exploración y explotación".

Como fundamentos de hecho expuso, en síntesis, los siguientes:

Que las tierras de "Tapias y Pajaral" salieron del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de Octubre de 1.873, en virtud del remate público realizado en Mompós el 10 de Mayo de 1.791, en el cual el Alférez Real don Vicente de Pieschacón adquirió las tierras de la sabana y playones de las Temporalidades de los expatriados Jesuitas, denominadas "Santa Cruz de Alonso y Pajaral", por los siguientes linderos:

"Del camino Real de San Lorenzo, primer lindero se siguen las cabeceras del caño nombrado "Alonso" y al sesgo a las de La Honda, aguas abajo de ambos y seguidamente por la sabana hasta el paraje llamado "Salobre", correspondiendo su cola hasta dicha "Honda". Y prosiguiendo, salvando o dejando en el medio las tierras de la estancia nombrada "Alonsito", propias de Doña María Feliciana Moraña, viuda en segundas nupcias de José Antonio Ortiz, se continuó desde el paraje nombrado el "Rincón de San Matías", aguas abajo las dichas quebradas de "Alonso" y "Honda" a "Potrero Nuevo", paso de "El puerto de la Miel" de dicho caño de "Alonso" y ciénaga de "Las Yeguas", dando la vuelta por el paraje nombrado "Mantequera" a la ciénaga de "Tortugal", siguiendo hacia arriba por los parajes nombrados "Las Varas" y "Constanza", orillando la ciénaga de "Sahalia" hasta la punta nombrada "Gallinazo" y en sus medios las sabanas de "Pajaral", último lindero".

Que de tales tierras hacen parte las de "Tapias y Pajaral" descritas en la demanda;

Que los demandantes son propietarios, en comunidad con muchas otras personas, de las aludidas tierras de "Tapias y Pajaral"; y

Que el área de la propuesta 601, formulada por la Compañía de Petróleos de Vichada para explorar y explotar petróleo de propiedad nacional, publicada en el Diario Oficial No. 28.062, de 26 de Noviembre de 1.952, se superpone a las citadas tierras de "Tapias y Pajaral".

Aparecen, pues, indicados los fundamentos fácticos de las acciones tendientes a obtener la declaración de propiedad privada del subsuelo petrolífero de un predio y su exclusión de la propuesta que lo afecte, de conformidad con el art. 5o. del Código de Petróleos.

El apoderado de los demandantes retuvo el negocio en su poder, al recibirlo en traslado para alegar de conclusión, durante varios años, y sólo lo devolvió en virtud del requerimiento que se le hiciera a solicitud del señor Procurador Segundo Delegado en lo Civil, que ha llevado la personería de la Nación; solicitud sin la cual, a tenor del art. 380 del C.J., no se habría podido hacer el requerimiento.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Como bien es sabido, la salida de un predio del patrimonio estatal debe estar necesariamente vinculada a un título o causa jurídica emanada del Estado capaz de producir dicha salida, aunque no es necesaria la presentación del documento original, pues, de conformidad con la doctrina del art. 36 del C. de Petróleos, puede ser suplido por un documento público de origen oficial emanado de autoridad competente que acredite su existencia.

Como se indicó arriba, los demandantes alegan que las tierras de "Tapias y Pajaral" salieron del patrimonio estatal en virtud del remate efectuado en Mompós el 10 de Mayo de 1.791, pero con relación a tal acto no aducen sino la diligencia de posesión de los terrenos objeto del remate, llevada a cabo por el Alcalde de Tamalameque, don Eleuterio Jiménez, el 24 de Septiembre de 1.791, por orden de "los señores Tesorero y Contador oficiales de la Real Hacienda de la Villa de Mompós comisionados de los asuntos de Temporalidades don Matías Ruiz y don José Feliciano Casal", impartida mediante "despacho de ruego y encargo", diligencias que quedaron insertadas en la escritura del 15 de Noviembre de 1.843, corrida ante el Escribano Público de Bogotá.

Ha dicho la Sala, que "la mejor fuente de intepretación de las leyes, disposiciones y ordenamientos de la época colonial está, sin duda, en la manera como aquéllos se aplicaron por las autoridades de entonces", y en relación con la venta de los bienes que pertenecieron a la Compañía de Jesús, incorporados al patrimonio de la Corona "ha tenido oportunidad la Corte de examinar diversas documentaciones, y ha anotado que en todos los casos en que el rematador pagaba de contado el precio de los bienes adjudicados, o aseguraba el pago con el otorgamiento de fianzas o hipotecas previamente calificadas y aceptadas por la Real Junta de Temporalidades, ésta ordenaba la entrega material de los bienes adjudicados y otorgaba o mandaba otorgar la escritura de venta correspondiente". Y con relación a si los remates constituían el título de adjudicación, expresó, a continuación de lo acabado de transcribir: "Por eso ha considerado hasta ahora que el verdadero título de enajenación de los bienes de Temporalidades no es el acta del remate, sino la escritura pública de traspaso de la propiedad. Y en efecto, el acta de remate sólo puede acreditar que el mejor postor, o sea, aquél que mejor precio ofreció, resultó favorecido en la adjudicación; pero ésto, como es obvio, no constituye la prueba del acto jurídico de la compraventa, sino un principio de ejecución de ese contrato, pues el adjudicatario debía cumplir muchas otras formalidades en orden a obtener la aprobación definitiva del remate, la entrega de los bienes y el otorgamiento de la escritura de venta" (G. J. T. LXXXIV, No. 2179, pág. 609).

De los diversos casos que tuvo oportunidad de examinar la Corte, resulta bien claro que tanto para la Real Junta de Temporalidades de Santa Fe como para las Juntas Provinciales o Municipales, el solo remate no hacía propietario de las tierras al que triunfaba en la almoneda. En el presente juicio los demandantes no han aducido el remate como prueba principal o supletoria de la salida del patrimonio de la Corona de las tierras sobre que versa la demanda, sino que han presentado, como probanza supletoria a que alude el art. 36 del Código de Petróleos, el acta de la diligencia de posesión, llevada a cabo como ya se dijo por el Alcalde de Tamalameque el 24 de Septiembre de 1.791 por orden de los "señores Tesorero y Contador oficiales de la Real Hacienda de la Villa de Mompós comisionados de los asuntos de Temporalidades don Matías Ruiz y don Feliciano Casal". Con todo, también resulta del examen de los supradichos casos que la diligencia de posesión precedía a la expedición de la escritura de traspaso, que era la última de las formalidades, y desde luego, la más importante, que debían cumplirse para que las tierras rematadas quedaran transferidas al patrimonio del rematante.

De suerte, que la sola diligencia de posesión no es un indicio necesario de que al rematante se le hubiera transferido en forma legal el predio rematado, como quiera que de suyo no revela que se le hubiera corrido la escritura de venta, requisito sin el cual, como es obvio no adquiría el dominio de las tierras.

Se tiene, pues, que el documento presentado por los demandantes carece de virtualidad jurídica para haber operado la salida de las tierras de "Tapias y Pajaral" del patrimonio del Estado, por lo cual huelga la dilucidación de si dichas tierras corresponden en todo o en parte a las contempladas en dicho documento. Lo que equivale a decir que no se ha acreditado uno de los fundamentos fácticos esenciales de la acción incoada, por lo cual debe ser rechazada, sin que sea necesario investigar nada respecto a los otros.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema -Sala de Negocios Generales-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

Declárase infundada la oposición formulada por los demandantes CÁRLOS MALDONADO B. y ALEJO MALDONADO R. a la propuesta número 601 con relación al subsuelo de los predios "Tapias y Pajaral", y en consecuencia se absuelve a la Nación de los cargos de la demanda.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase la actuación al Ministerio de Minas y Petróleos.

Efrén Ossio Peña.- Ramiro Araújo Grau.- Luis Carlos Zambrano.- Carlos Peláez Trujillo-. Jorge García Melano, Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO. PRESUNCION DE CULPA EN ACTIVIDADES PELIGROSAS. PRESCRIPCION DE ESTA CLASE DE ACCIONES.

1. Presunción consagrada en el artículo 2356 del Código Civil cuando el daño proviene de actividades caracterizadas por su peligrosidad. Responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas, públicas y privadas. 2. La tesis de las fallas del servicio y la responsabilidad del Estado. 3. Término de prescripción en estas acciones según sus especies.

I. El artículo 2356 del Código Civil, según doctrina mantenida por la Corte en reiteradas jurisprudencias de las Salas de Casación Civil y de Negocios Generales, consagra una presunción de culpabilidad contra quien ocasiona un daño cuando éste provenga de actividades caracterizadas por su peligrosidad, como la que se desarrolla por vehículos automotores, caso en el cual le basta a la víctima demostrar los hechos que determinan el ejercicio de esa actividad y el perjuicio sufrido, y será el demandado quien para exonerarse de responsabilidad deberá probar que el accidente ocurrió por imprudencia exclusiva de la víctima, o por fuerza mayor o caso fortuito, o por intervención de un elemento extraño.

Mas concretando la cuestión a la forma como se compromete la responsabilidad de las personas jurídicas, públicas y privadas, debe anotarse que las mencionadas Salas de la Corte en sentencias de 30 de Junio de 1.962 se apartaron de doctrinas antes sostenidas al respecto, particularmente en lo que atañe a la distinción entre la responsabilidad directa y responsabilidad indirecta de las personas morales, según que el acto culposo se hubiera realizado por sus órganos o por un simple dependiente.

Las consideraciones expuestas con todo detenimiento en dichos fallos, llevaron a la Corte a revaluar esas tesis y "a preferir, como consecuencia, la directa en el ámbito de las personas jurídicas privadas, partiendo de la presencia del factor culpa de las mismas, como repercusión del hecho de sus agentes; y en el campo de la Administración la de las fallas del servicio, caracterizada por el deber primario del Estado de suministrar los servicios públicos y por una orientación social más adecuada a estos tiempos. Lo cual no excluye la construcción doctrinaria reiterada con apoyo en el artículo 2356 del Código Civil sobre responsabilidad por el daño producido en actividades peligrosas, respecto de las cuales se presume la culpa de las personas naturales y jurídicas, presunciones que conducen a eximir a la víctima de probar la culpa, para contrapesar la desventajosa situación de los particulares frente a quienes se mueven en un radio de acción caracterizado por la peligrosidad o en cuyas funciones -como acontece con el Estado- figuran algunas de esta naturaleza".

2. En lo que se refiere a la responsabilidad del Estado, la teoría de las fallas del servicio público según la cual la noción de culpa subsiste pero desplazada de un sujeto individual a la Administración, se caracteriza en lo general así: "a) Se sustituye la noción de culpa individual de un agente determinado, por la falla del servicio, o culpa de la Administración; desaparece, en consecuencia, la necesidad de demostrar la acción o la omisión de un agente identificado; es suficiente la falla funcional, orgánica o anónima; b) Se presume la culpa de la persona jurídica, no por las obligaciones de elegir y controlar a los agentes cuidadosamente, puesto que las presunciones basadas en estas obligaciones no existen en la responsabilidad directa, sino por el deber primario del Estado de prestar a la colectividad los servicios públicos; c) Basta a la víctima demostrar la falla causante y el daño; d) En descargo de la Administración no procede sino la prueba de un elemento extraño (caso fortuito, hecho de un tercero o culpa de la víctima); e) Si el daño se produce por el hecho de un determinado agente, en ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas, la Administración y el agente responden solidariamente al damnificado, con acción de reembolso a favor de aquélla; f) Los actos u omisiones dañosos del agente, por fuera de los servicios públicos, generan una responsabilidad exclusiva del mismo".

3. Y en cuanto a la prescripción de estas acciones, la Corte precisa la materia así: "a) La acción por el daño, contra la Administración, trátese de fallos imputables al hecho delictual o cuasidelictual de un agente determinado, o de fallas orgánicas, funcionales o anónimas, prescribe conforme al derecho común, en veinte años. El Estado, como entidad jurídica que es, no puede incurrir en ilícito penal, y por ello no le es aplicable el artículo 2358 del C. C., fuera de que el sentido y trascendencia de los servicios públicos y la función estatal que ellos representan, no justificarían que tal medio exceptivo de la responsabilidad del Estado se sometiera a reglas de excepción como son las que trae el citado precepto; por el contrario, son las reglas generales, en ausencia de un ordenamiento especial, las que mejor consultan el interés social de reparar el daño inferido a otro; b) La acción de reparación contra el agente determinado, si por culpas civiles, se extingue en el mismo término, ya que tampoco hay norma de excepción al respecto; y si de hechos punibles, en el mismo lapso de prescripción de la pena, según el inciso primero del indicado artículo 2358. De lo cual se colige que la prescripción de tres años de que trata el inciso segundo de esta disposición, solamente obra en los casos de responsabilidad indirecta, de conformidad con el artículo 2347; esto es, en favor de las personas bajo cuyo cuidado o dependencia se encuentran los causantes del daño proveniente del ilícito penal". (Casación Civil de 30 de Junio de 1.962, juicio de Reinaldo Tinjacá y otro contra el Municipio de Bogotá).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE NEGOCIOS GENERALES. Bogotá, diez y siete de junio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Zambrano).

La señora Benigna Rodríguez viuda de Machado, por medio de apoderado, formuló demanda contra la Nación ante el Tribunal Superior de Popayán, a fin de que mediante las ritualidades procedimentales de rigor se hicieran las siguientes declaraciones:

"PRIMERA. El Estado Colombiano es responsable civilmente de los perjuicios materiales y morales sufridos por la señora Benigna Rodríguez v. de Machado.

por causa de la muerte violenta de su hijo legítimo Jorge Antonio Machado Rodríguez, que le causó el señor Alfredo Benavides García, funcionario dependiente del Gobierno Nacional en el ramo de Salud Pública, el día 24 de agosto de 1.957, en las circunstancias determinadas en la sentencia condenatoria proferida por el señor Juez Segundo Superior de este Distrito Judicial, debidamente confirmada por el Honorable Tribunal Superior del mismo Distrito Judicial en providencia de 17 de agosto del año de 1.959, la cual se halla ejecutoriada.

"SEGUNDA. Por consiguiente, la Nación colombiana está obligada a indemnizar en dinero, a favor de mi mandante y a cargo del Tesoro Nacional, los perjuicios materiales y morales que ha sufrido mi mandante por el hecho doloso imputable a su agente Alfredo Benavides García, autor de la muerte de Jorge Antonio Machado Rodríguez.

"TERCERA. Como consecuencia de las dos declaraciones anteriores, condénase al Estado Colombiano a pagar a la señora Benigna Rodríguez v. de Machado la suma de cuarenta mil pesos ($40.000.oo) moneda legal, por concepto de los perjuicios de orden material. En subsidio, reclamo la suma de dinero que por el mismo concepto se fije a justa tasación de peritos.

"CUARTA. Igualmente condénase al Estado Colombiano a pagar a la misma señora Benigna Rodríguez de Machado la suma de diez mil pesos ($10.000.oo) moneda legal, por concepto de indemnización de perjuicios morales sufridos por la actora, como consecuencia de los hechos materia de esta demanda. Subsidiariamente, la suma que se determine pericialmente".

Los fundamentos tácticos de la demanda pueden resumirse así:

Jorge Machado Rodríguez, hijo legítimo de Gonzalo Machado, -quien falleció en Popayán el 20 de abril de 1.924- y de Benigna Rodríguez, nació en dicha ciudad el 14 de septiembre de 1.920 y perdió la vida el 24 de agosto de 1.957, al ser violentamente atropellado en las primeras horas de la noche de aquella fecha por el vehículo automotor distinguido con la placa número 00621 de Buenaventura, manejado por el conductor y empleado del Servicio Nacional de Erradicación de la Malaria (Sem) de nombre Alfredo Benavides García, infortunio ocurrido en las cercanías de la ciudad de Popayán, en el lugar denominado La Florida, sita en la carretera que conduce de aquella población a Cali.

Alfredo Benavides García, autor del hecho, fué llamado a juicio por homicidio culposo en la persona de Jorge Machado Rodríguez y condenado a la pena de siete meses de prisión y al pago en abstracto de los perjuicios resultantes de su acto, como aparece de sentencia proferida por el Juez Segundo Superior del Distrito Judicial de Popayán el 30 de mayo de 1.958, que el Tribunal Superior respectivo confirmó en providencia de 17 de agosto de 1.959.

En el hecho undécimo dice literalmente el actor: "Para efectos de la indemnización suministro los siguientes datos: a) El señor Jorge Antonio Machado Rodríguez, en el momento de su muerte, había cumplido 36 años, 11 meses y 10 días, como se constata al comparar las respectivas partidas de nacimiento y defunción del señor Machado. b) El señor Machado, en el momento de su muerte, desempeñaba el cargo de Oficial 4º. de la Sección Tercera de la Administración de Hacienda Nacional del Cauca, con un sueldo mensual de $500.oo y con posibilidades de ascenso, habida cuenta de sus capacidades morales e intelectuales. c) Jorge Antonio Machado Rodríguez fué el único hijo varón nacido del matri-

monio de Gonzalo Machado con la señora Benigna Rodríguez de Machado y, por serlo, más el hecho de ser viuda, anciana y sin rentas ni bienes de fortuna, correspondió a Jorge Antonio Machado Rodríguez proporcionarle a su madre la congrua subsistencia. De consiguiente, la muerte del alimentante causó y sigue causando graves perjuicios, de orden material y de orden moral, a la señora Benigna Rodríguez v. de Machado. d) El occiso Machado Rodríguez fué una persona que vivió en condiciones físicas normales, gozaba de buena salud, y por ello es presumible hubiera alcanzado una prolongada existencia, habida consideración del medio físico y humano en que le tocó vivir".

Se afirma, además, que el accidente causó a la señora prenombrada perjuicios morales, cuya tasación deben hacerse por peritos o por el juez, en consideración al intenso sufrimiento que aquélla sufrió por la pérdida irreparable de su hijo y a la depresión moral consiguiente, y perjuicios materiales que se estiman en $ 40.000.oo (hechos 12º. y 13º.).

El actor dice que fundamenta principalmente el derecho alegado en los artículos 2341 a 2360 del C. Civil.

Durante el término respectivo del juicio se produjeron estos elementos probatorios: copias de las sentencias de primera y segunda instancia proferidas en la causa seguida contra Alfredo Benavides García, por el delito de homicidio, con sus autos de ejecutoria, de que se da cuenta en los hechos de la demanda; copias de las siguientes partidas: de matrimonio de Gonzalo Machado y Benigna Rodríguez, defunción y nacimiento de Jorge Antonio Machado, de defunción de Gonzalo Machado; certificación del Administrador de Impuestos Nacionales del Cauca sobre el sueldo devengado por Jorge Antonio Machado en el lapso comprendido entre el 3 de abril de 1.957 y el 24 de agosto de 1.957, como empleado de dicha dependencia; avalúo pericial de los perjuicios materiales y morales sufridos por la demandante por razón de este infortunio.

El Fiscal del Tribunal de Popayán, en su calidad de representante legal de la Nación, al contestar la demanda aceptó algunos hechos de ésta, como los relativos a las relaciones de parentesco existentes entre la actora y Jorge Antonio Machado, negó los otros por falta de comprobación procesal y el derecho para promover la acción. Propuso las excepciones de cosa juzgada, prescripción, inexistencia de la obligación y petición de modo indebido.

El Tribunal Superior de Popayán, al desatar el negocio en fallo de primera instancia, "se declara inhibido para proferir fallo de fondo en este litigio", decisión que fundamenta substancialmente en la consideración de que en el evento sub-judice "el nexo o vínculo que según se dice en el libelo, une o ata a este (el autor del hecho culposo) con la entidad demandada no se ha demostrado en el proceso, y en razón de ello la Nación Colombiana carece de 'capacidad para comparecer en juicio', como Entidad de Derecho Público por el hecho culposo de un subordinado o dependiente de ella, como elemento o presupuesto procesal que, según reiterada doctrina, apenas significa sentencia formal y no de fondo: inhibición para decidir el problema jurídico mismo por cuanto que en el proceso no está suficiente y fundamentalmente estructurado".

Del anterior fallo apeló la parte actora y el recurso se ha surtido en esta Corporación conforme a los trámites de rigor legal. Durante la segunda instancia se agregó a los autos la certificación expedida por el Jefe de Personal del Servi-

cio Nacional de Erradicación de la Malaria (Sem), Campaña Directa del Ministerio de Salud Pública, de la que aparece que Alfredo Benavides García ingresó a esa dependencia oficial en su calidad de chofer el 14 de febrero de 1.957, cargo que desempeñó hasta el 31 de agosto del mismo año. Dicha prueba se había ordenado por el juzgador de primer grado durante el respectivo término, pero sólo en esta otra oportunidad llegó al proceso por la demora en su diligenciamiento.

En el alegato de fondo presentado por el señor Procurador Primero Delegado en lo Civil, expresa que en el evento sub lite se ha acreditado, ciertamente, el carácter de trabajador oficial de Benavides Guerrero el día de la ocurrencia del infortunio -el sábado 26 de agosto de 1.957-, mas agrega al respecto: "Pero ello no demuestra que el mencionado empleado estuviera en ejercicio de sus funciones en la tarde de ese sábado o cumpliendo una actuación ligada con sus deberes reglamentarios y al servicio de la Nación. Antes, por el contrario, de acuerdo con los testimonios recogidos en el proceso penal y reproducidos en las sentencias, se sabe que Alfredo Benavides García, Gerardo Gómez Tello y Arturo Andrade salieron de la población de El Bordo con destino a la ciudad de Cali en uso de permiso, es decir, que no cumplían ninguna función oficial en la tarde del 24 de agosto de 1.957. Y, en consecuencia, el acto dañoso de Benavides García se cumplió por fuera de los servicios públicos; fué un hecho personal, generador, por tanto, de su exclusiva responsabilidad".

De acuerdo con la demanda se hace civilmente responsable a la Nación por la muerte del señor Machado Rodríguez a causa de haber sufrido un atropellamiento en las circunstancias de modo, lugar y tiempo de que dan cuenta los fallos proferidos en el proceso penal adelantado contra Benavides García, los cuales se allegaron al juicio.

El artículo 2356 del Código Civil, según doctrina mantenida por la Corte en reiteradas jurisprudencias de las Salas de Casación Civil y de Negocios Generales, consagra una presunción de culpabilidad contra quien ocasiona un daño cuando éste provenga de actividades caracterizadas por su peligrosidad, como la que se desarrolla por vehículos automotores, caso en el cual le basta a la víctima demostrar los hechos que determinan el ejercicio de esa actividad y el perjuicio sufrido, y será el demandado quien, para exonerarse de responsabilidad deberá probar que el accidente ocurrió por imprudencia exclusiva de la víctima, o por fuerza mayor o caso fortuito, o por intervención de un elemento extraño.

Mas concretando la cuestión a la forma como se compromete la responsabilidad de las personas jurídicas públicas y privadas, debe anotarse que las mencionadas Salas de la Corte en sentencias de 30 de junio de 1.962 se apartaron de doctrinas antes sostenidas al respecto, particularmente en lo que atañe a la distinción entre la responsabilidad directa y responsabilidad indirecta de las personas morales, según que el acto culposo se hubiera realizado por sus órganos o por un simple dependiente.

Las consideraciones expuestas con todo detenimiento en dichos fallos, llevaron a la Corte a revaluar esas tésis y "a preferir, como consecuencia, la directa en el ámbito de las personas jurídicas privadas, partiendo de la presencia del factor culpa de las mismas, como repercusión del hecho de sus agentes; y en el campo de la Administración la de las fallas del servicio, caracterizada por el deber primario del Estado de suministrar los servicios públicos y por una orientación so-

cial más adecuada a estos tiempos. Lo cual no excluye la construcción doctrinaria reiterada con apoyo en el artículo 2356 del Código Civil sobre responsabilidad por el daño producido en actividades peligrosas, respecto de las cuales se presume la culpa de las personas naturales y jurídicas, presunciones que conducen a eximir a la víctima de probar la culpa, para contrapesar la desventajosa situación de los particulares frente a quienes se mueven en un radio de acción caracterizado por la peligrosidad o en cuyas funciones -como acontece con el Estado- figuran algunas de esta naturaleza".

En lo que se refiere a la responsabilidad del Estado, la tésis de las fallas del servicio público que acogen dichas sentencias, tésis según la cual la noción de culpa subsiste pero desplazada de un sujeto individual a la Administración, se caracteriza en lo general así: "a) Se Sustituye la noción de culpa individual de un agente determinado, por la falla del servicio, o culpa de la Administración; desaparece, en consecuencia, la necesidad de demostrar la acción o la omisión de un agente identificado; es suficiente la falla funcional, orgánica o anónima; b) Se presume la culpa de la persona jurídica, no por las obligaciones de elegir y controlar a los agentes cuidadosamente, puesto que las presunciones basadas en estas obligaciones no existen en la responsabilidad directa, sino por el deber primario del Estado de prestar a la colectividad los servicios públicos; c) Basta a la víctima demostrar la falla causante y el daño; d) En descargo de la Administración no procede sino la prueba de un elemento extraño (caso fortuito, hecho de un tercero o culpa de la víctima); e) Si el daño se produce por el hecho de un determinado agente, en ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas, la Administración y el agente responden solidariamente al damnificado, con acción de reembolso a favor de aquella; f) Los actos u omisiones dañosos del agente, por fuera de los servicios públicos, generan una responsabilidad exclusiva del mismo".

Y en cuanto a la prescripción de estas acciones, la Corte precisa la materia así: "a) La acción por el daño, contra la Administración, trátese de faltas imputables al hecho delictual o cuasidelictual de un agente determinado o de fallas orgánicas, funcionales o anónimas, prescribe conforme al derecho común, en veinte años. El Estado, como entidad jurídica que es, no puede incurrir en ilícito penal, y por ello no le es aplicable el artículo 2358 del C. C., fuera de que el sentido y trascendencia de los servicios públicos y la función estatal que ellos representan, no justificarían que tal medio exceptivo de la responsabilidad del Estado se sometiera a reglas de excepción como son las que trae el citado precepto; por el contrario, son las reglas generales, en ausencia de un ordenamiento especial, las que mejor consultan el interés social de reparar el daño inferido a otro; b) La acción de reparación contra el agente determinado, si por culpas civiles, se extingue en el mismo término, ya que tampoco hay norma de excepción al respecto; y si de hechos punibles, en el mismo lapso de prescripción de la pena, según el inciso primero del indicado artículo 2358. De lo cual se colige que la prescripción de tres años de que trata el inciso segundo de esta disposición, solamente obra en los casos de responsabilidad indirecta, de conformidad con el artículo 2347; esto es, en favor de las personas bajo cuyo cuidado o dependencia se encuentran los causantes del daño proveniente del ilícito penal". (Casación Civil de 30 de junio de 1.962, juicio de Reinaldo Tinjacá y otro contra el Municipio de Bogotá).

Al expediente se trajeron las copias de las sentencias condenatorias de primera y segunda instancia proferidas por el Juzgado Segundo Superior de Popayán

y por el Tribunal de dicho Distrito Judicial, que tienen como base el veredicto del jurado, que contestó afirmativamente el siguiente cuestionario propuesto a su consideración: "El acusado Alfredo Benavides García es responsable, conforme al auto de proceder, de haber causado, por culpa, la muerte de Jorge Machado Rodríguez, cuando la camioneta que manejaba Benavides García, lo atropelló violentamente arrojándolo a tierra donde quedó exánime, debido al golpe que recibió y que le produjo la fractura de la base izquierda del cráneo, causándole inmediatamente la muerte, por intenso traumatismo y gravísima conmoción cerebral, siendo considerada la lesión como de carácter necesariamente mortal; hecho que cometió el procesado por no haber previsto los efectos nocivos de su acto, habiendo podido preverlos, o confió temerariamente en poder evitarlos, como a eso de las siete de la noche del veinticuatro de agosto de mil novecientos cincuenta y siete, en el sitio de La Florida, municipio y distrito judicial de Popayán".

El precitado fallo penal del Tribunal fué dictado el 17 de agosto de 1.959, en virtud de consulta de la sentencia de primer grado ya referida, la cual condenó al procesado Benavides García a la pena principal de siete meses de prisión y a las accesorias correspondientes, entre las cuales figura la condenación en concreto de los perjuicios civiles ocasionados con la infracción. El Tribunal revocó el fallo consultado en este último punto, "a fin de disponer que éstos (los perjuicios) sean tasados según los mandatos del art. 553 del C. de P. Civil", y lo confirmó en los demás.

En la sentencia definitiva de anterior mención, con base en los hechos y probanzas sumariales, se relata el suceso así: "Cuenta la historia procesal que el domingo 24 de agosto de 1.957, el distinguido payanés señor Jorge Rodríguez Machado estuvo de paseo con varias damas por los lados de Cauca, paraje situado hacia el norte de esta ciudad, en el Municipio de Popayán. A eso de las siete de la noche, más o menos, sobre la carretera que conduce a Cali, en el punto llamado La Florida, don Jorge se dispuso a conseguir un vehículo para regresar a la ciudad. Entonces hizo detener un jeep manejado por Carlos Zacour a quien le hacía recomendaciones para que le despachara una berlina desde esta ciudad, cuando pasó otro vehículo que viajaba de sur a norte, sin observar las reglas de tránsito, muy arrimado al jeep que estaba bien colocado hacia su derecha, y atropelló violentamente a don Jorge Machado, arrojándolo por tierra donde quedó exánime. Prontamente fué traído el ofendido al hospital, donde falleció al llegar. Se comprobó que el motorista causante de la tragedia, Alfredo Benavides García, viajaba trasnochado, oloroso a bebidas embriagantes y violando las leyes de tránsito, que obligan a los conductores a guiar por las carreteras conservando su derecha. Allí donde ocurrió la infracción la vía está pavimentada, es una recta, tiene gran amplitud y nada obstaculiza la más perfecta visibilidad".

El Tribunal, en cuanto a la comprobación subjetiva del delito culposo, la encuentra establecida con el testimonio de Ramón Antonio Betancourt y los dichos de otros declarantes presenciales del suceso, testimonios que, según el juzgador del proceso penal, relatan el accidente como ocurrido en las circunstancias de modo, lugar y tiempo que el fallo anota en términos ya transcritos; también en el dictamen pericial rendido en la diligencia de inspección ocular que la Dirección de Circulación y Tránsito de Popayán practicó a este respecto, informe en el cual aquellos peritos oficiales, después de detallar los hechos fundamentales del accidente, expresan que el vehículo causante del infortunio "es una camioneta Willys color verde oscuro carpada con placas No. V00621 de Colombia, manejada por

al motorista Alfredo Benavides con pase nacional nuevo No. 915318 en Buenaventura vigente hasta el 15 de junio de mil novecientos cincuenta y nueve".

Las probanzas que se dejan relacionadas anteriormente con amplitud, fueron traídas al juicio civil con el fin de acreditar los fundamentos fácticos de la demanda, pues a éste no se aportaron al respecto elementos de convicción distintos de los llevados al proceso penal, excepción hecha de la certificación del Jefe de Personal del Servicio Nacional de Erradicación de la Malaria sobre el carácter de trabajador oficial de Benavides Guerrero el día de la ocurrencia del infortunio.

Ahora bien: del testimonio singular de Ramón Antonio Betancourt trasladado del proceso penal y único que se inserta en las precitadas providencias (fl. 18, C. No. 2), se desprende que el día del accidente habían salido de la población de El Bordo, los doctores Gerardo Gómez Tello, Arturo Andrade, el motorista de nombre Alfredo y mi persona (el declarante), con rumbo a Cali, en uso de un permiso concedido por el médico de la zona..... .....". Más adelante agrega: "Cuando íbamos por allá en un sitio que como que le dicen Cauca y siendo aproximadamente las siete de la noche, vi un jeep parado en la carretera a su derecha y con dirección a Popayán, y al pasar frente al jeep, sentí un golpe en el costado izquierdo de la camioneta, ante lo cual le ordené que detuviera la marcha (al chofer) sin que fuése posible conseguir, que dicho chofer detuviera la camioneta hasta Piendamó donde logré que parara..... .....en Piendamó nos alcanzó una camioneta de la empresa Ituandina, en la cual viajaba un agente de Policía, el cual nos preguntó si no había pasado una camioneta tipo panel, que había atropellado a un señor en Popayán a la salida, ante lo cual y en vista de que el agente ordenó la devuelta de la camioneta, le ordené al chofer que regresara con el agente..... .....".

El examen del precedente haz probatorio del juicio permite concluir: la declaración de Ramón Antonio Betancourt, única trasladada del negocio penal, es un testimonio en extremo deficiente y vago en cuanto a la demostración de que el infortunio lo hubiera causado una camioneta perteneciente a la Nación, pues no indica dato alguno sobre identificación del vehículo, ni sobre la circunstancia de que fuera un carro oficial el que atropelló a Jorge Antonio Machado, conducido por Benavides, quien, al decir del testigo, estaba ese día en uso de permiso. De otra parte, los peritos que intervinieron en la diligencia de inspección ocular practicada por la Dirección de Circulación y Tránsito de Popayán, si bien averiguaron algunas modalidades determinantes del siniestro, omitieron en su informe las indicaciones del caso que permitan deducir que la volqueta que lo causó estuviera al servicio de la entidad de derecho público demandada, pues sólo indican el número de su placa (V-0062 de Colombia) y el tipo Willys. Y aunque se trajo al expediente la certificación del Jefe de Personal del Sem, ya antes indicado, de la cual aparece que Benavides era chofer de esa dependencia el día del infortunio, debe observarse que tal certificado no contiene alusión alguna a que el vehículo en cuestión fuera oficial o perteneciente a la Nación, ni que estuviera manejado por aquel conductor el día del accidente.

Los medios probatorios antes examinados, no tienen eficacia suficiente para la demostración legal de los hechos fundamentales de la acción propuesta, puesto que no se ha establecido el vínculo necesario entre el daño y el hecho culposo de un determinado agente de la Nación que, en ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas, lo hubiera causado en desarrollo de una acti-

vidad peligrosa de que la entidad demandada debiera responder, por lo cual debe concluirse que no se ha establecido dicho elemento fundamental de la acción, que mira a la legitimación pasiva en la causa.

Pero como el juzgador de primera instancia, partiendo de consideraciones distintas a las que se dejan expuestas, declaró en el fallo apelado su inhibición para desatar el negocio en el fondo por la falta del presupuesto procesal que allí enuncia, decisión que no cierra la oportunidad al demandante de entablar nuevo pleito y de discutir en él las cuestiones propuestas en la litis, debe entenderse que la competencia de la Sala, por razón misma de la apelación única del actor, quedó limitada a la parte que le fue desfavorable al recurrente, sin que pueda tenerla sobre aquello que no fué objeto de la apelación, por así establecerlo el artículo 494 del C. Judicial.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CONFIRMA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, de fecha 13 de marzo de 1.962, que es materia del recurso.

Sin costas.

Publíquese, Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Efrén Osejo Peña.- Ramiro Araújo Grau.- Carlos Peláez Trujillo.- Luis Carlos Zambrano.- Jorge García Merlano, Secretario.

RESPONSABILIDAD EXRACONTRACTUAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS Y EN ESPECIAL DE LAS DE DERECHO PUBLICO. LA DOCTRINA DE LA RESPONSABILIDAD DIRECTA.

Responsabilidad directa de las personas morales por el hecho culposo de sus funcionarios o empleados. Puede haber casos en que la actividad dañosa del funcionario no rebase la esfera jurídica personal. No siempre es forzoso identificar al funcionario causante del daño.

> Como lo ha venido sosteniendo la Corte a partir de las sentencias de 30 de Junio de 1.962 de esta Sala (Aníbal Gómez y otros contra la Nación) y de la Casación Civil (Reinaldo Tinjacá y otro contra el Municipio de Bogotá), en casos como el de autos la responsabilidad de la persona moral a que pertenece la persona natural que con su hecho culposo causa un daño queda comprometida directamente, por obra del artículo 2341 del Código Civil, que no distingue entre personas naturales y morales, y prescindiendo de toda consideración sobre si el funcionario es simple empleado u órgano. Lo cual no obsta, desde luego, a que pueda haber casos en que la actividad dañosa del funcionario no rebase su esfera jurídica personal (culpa personal), y a que, de otro lado, no sea siempre necesario identificar al funcionario o funcionarios determinados causantes del daño, como cuando las circunstancias revelan que éste fue producido como consecuencia del mal funcionamiento de un servicio, necesariamente manejado por funcionarios públicos (culpa o falta del servicio).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE NEGOCIOS GENERALES. Bogotá, diecinueve de Junio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau).

Agotada la tramitación de ley, se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el señor Fiscal Primero del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales respecto a la sentencia de dicha corporación de fecha 26 de Agosto de 1.963, que puso fin a la primera instancia del juicio promovido por Julio Aristizábal Gallo, vecino de aquella ciudad, por medio de apoderado, contra la Nación y el Departamento de Caldas.

Los fundamentos de hecho de la demanda que dio lugar a dicho juicio son los siguientes, según la síntesis que hizo el Tribunal:

"El 29 de enero de 1.959, a eso de las 10 de la mañana, cuando se desarrollaba la quinta Feria de Manizales, se encontraba el señor Julio Aristizábal Gallo en un sector de las antiguas Galerías, cerca del Palacio Municipal, en la carrera 18 con calles 19 y 20 de esta ciudad, sector en donde había en esos

momentos bastante aglomeración de gentes; en tales circunstancias pasaba por allí, conduciendo al señor Rodrigo García, el Agente de la Policía Nacional -División Caldas-, Samuel Valencia Raigosa; de un momento a otro el preso se retiró por la acera, marchando a paso normal y entonces, sin que fuera necesario, toda vez que el aludido individuo no había emprendido la huída precipitadamente, el Agente de Policía hizo tres disparos con los cuales causó la muerte de García e hirió de gravedad a Julio Aristizábal Gallo. Este fue llevado inmediatamente a la Clínica de Urgencia, en donde lo atendió el Dr. César Arango, pasando luego a su casa para ser llevado posteriormente al Hospital Municipal en donde estuvo varias veces. El recorrido de la bala que hirió a Aristizábal Gallo fue el siguiente: entró por el piè del cuello, lado derecho, regresó a la parte superior del antebrazo, le fracturó la costilla superior y luego continuó por dentro de la caja torácica hasta localizarse en el costado defecho de la misma".

"En la época del accidente sufrido Julio Aristizábal Gallo se dedicaba a actividades comerciales, ya que tenía dos abundancias en esta ciudad de Manizales. Con el producto de su trabajo atendía a su subsistencia y a la de su familia, compuesta de su esposa, once hijos, su suegra y el personal de servicio doméstico. Por razón del insuceso el citado señor sufrió considerable disminución en su capacidad de trabajo e incalculables perjuicios de orden moral y material, los cuales se calculan en la suma de ciento veinte mil pesos ($120.000.oo)".

En el "petitum" se impetraron las siguiente declaraciones:

"PRIMERA. A Que la Nación y el Departamento de Caldas, conjunta y solidariamente, son responsables de los perjuicios materiales y morales sufridos por el demandante, señor Julio Aristizábal Gallo, a consecuencia del accidente ocasionado con arma de fuego, revólver, el día 29 de enero de 1.959, del cual es autor el Agente de la Policía Nacional -División Caldas-, señor Samuel Valencia Raigosa, tal como queda relatado en los hechos de esta demanda".

"B. Subsidiariamente, en el caso de que a ello se llegare como consecuencia del examen de normas sustantivas, que a declaración de responsabilidad pedida se haga únicamente contra la Nación;

"C. Subsidiariamente, en el caso de que a ello se llegare como consecuencia del examen de normas sustantivas, que la declaración de responsabilidad pedida se haga únicamente contra el Departamento de Caldas".

"SEGUNDA. Que la Nación y el Departamento de Caldas, conjunta y solidariamente, o la Entidad de estas dos que fuere declarada responsable, según las peticiones subsidiarias, están o está en la obligación de pagar al demandante, señor Julio Aristizábal Gallo, de las condiciones civiles anotadas, los perjuicios materiales y morales que se le han ocasionado como consecuencia de las lesiones por él sufridas en el accidente ocasionado con arma de fuego, revólver, el día 29 de enero de 1.959, del cual es autor el agente de la Policía Nacional -División Caldas-, señor Samuel Valencia Raigosa, tal como queda relatado en los hechos de esta demanda.

"TERCERA. Que el valor de los perjuicios materiales y morales que al demandante deben pagar conjunta y solidariamente la Nación y el Departamento, o le debe pagar la entidad de estas dos que fuere declarada responsable y obligada, es la suma de ciento veinte mil pesos ($120.000.oo) moneda corriente, en que son estimados por el actor, según la discriminación verificada en el hecho séptimo (7o.),

o la que se fije por peritos en este juicio o la que se establesca de conformidad con el artículo 553 del C. Judicial".

"CUARTA. Que el pago a que se refiere la declaratoria anterior debe hacerse conjunta y solidariamente por los demandados o por la Entidad que resultare responsable, en esta ciudad de Manizales, dentro de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin a este juicio, o dentro del plazo que ese H. Tribunal tenga a bien señalar".

En cuanto al derecho se dijo: "Son aplicables las normas contenidas en el Título 34, Libro 4o. del C. Civil, especialmente los artículos 2344, 2347, 2356 y demás artículos concordantes de este Título, fuera de las otras disposiciones aplicables sobre la materia".

La parte resolutiva de la sentencia del Tribunal es del siguiente tenor:

"PRIMERO. Se declara probada respecto del Departamento de Caldas la excepción de falta de legitimatio ad causam pasiva y en consecuencia: SE ABSUELVE a dicha Entidad de todos los cargos que le fueron formulados en la demanda".

"SEGUNDO. SE DECLARA A LA NACION COLOMBIANA, representada por el señor Fiscal Primero de este Tribunal, responsable de los perjuicios morales y materiales sufridos por el señor JULIO ARISTIZABAL GALLO, a consecuencia del accidente ocurrido el 29 de enero de 1.959, por disparo de arma de fuego, del cual fue autor el agente de la Policía Nacional -División Caldas- señor Samuel Valencia Raigosa".

"TERCERO. Como consecuencia de la anterior declaratoria, CONDENASE A LA NACION COLOMBIANA a pagar al señor JULIO ARISTIZABAL GALLO, mayor de edad y vecino de este Municipio, los perjuicios morales ocasionados por el accidente a que se hace referencia en la parte motiva de esta providencia, los cuales se estiman en la suma de DOS MIL PESOS ($2.000.oo) M/cte., dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de esta providencia".

"CUARTO. Igualmente se CONDENA A LA NACION COLOMBIANA a pagar al citado JULIO ARISTIZABAL GALLO los perjuicios materiales que se le ocasionaron por razón del accidente, los cuales se avaluarán por el procedimiento indicado en el artículo 553 del C. Judicial".

En su vista de fondo el señor Procurador Primero Delegado en lo Civil, que ha llevado la personería de la Nación en esta instancia, pide la confirmación de la providencia recurrida, después de puntualizar que en el expediente figuran plenamente establecidos los diversos elementos configuradores de la responsabilidad extracontractual que a cargo de la Nación dedujo el Tribunal.

Y en efecto:

De las declaraciones de Pedro Pablo Cardona y Jorge Pinilla, y del informe oficial del suceso resulta plenamente comprobada la conducta culposa del agente de la Policía Nacional Samuel Aníbal Valencia Raigosa, al haber hecho tres disparos desde lejos en plena vía pública llena de transeúntes, a un presunto delincuente que parece intentaba fuga; proceder evidentemente imprudente, que no habría adoptado una persona diligente y prudente que se hubiera encontrado en esas mismas circunstancias.

Del dictamen pericial rendido por dos médicos, de la copia de la historia clínica que suministró el Hospital Universitario, y de diversos testimonios resulta la plena prueba de que el demandante sufrió diversas lesiones como consecuencia del balazo, que le produjeron una disminución notoria de su capacidad de trabajo, y que a consecuencia de ella hubo de vender con apreciable pérdida dos "abundancias" o tiendas que venía explotando de tiempo atrás en Manizales. Las aludidas lesiones, por otra parte, son de naturaleza tal que debieron producirle grave daño moral.

Igualmente aparecen en los autos las constancias oficiales de la calidad de agente de la Policía Nacional -en cuya dirección no tiene intervención el Departamento de Caldas- que tenía Samuel Aníbal Valencia Raigoza cuando hizo los disparos imprudentes que lesionaron al demandante, así como de que estaba en ejercicio de sus funciones.

Como ha venido sosteniendo la Corte a partir de las sentencias de 30 de junio de 1.962 de esta Sala y de la de Casación Civil, aún no publicadas en la Gaceta (Aníbal Gómez y otros contra la Nación; Reinaldo Tinjacá y otro contra el municipio de Bogotá), en casos como el de autos la responsabilidad de la persona moral a que pertenece la persona natural que con su hecho culposo causa un daño queda comprometida directamente, por obra del art. 2341 del C. C., que no distingue entre personas naturales y morales, y prescindiendo de toda consideración sobre si el funcionario es simple empleado u órgano. Lo cual no obsta, desde luego, a que pueda haber casos en que la actividad dañosa del funcionario no rebase su esfera jurídica personal (culpa personal), y a que, de otro lado, no sea siempre necesario identificar al funcionario o funcionarios determinados causantes del daño, como cuando las circunstancias revelan que éste fue producido como consecuencia del mal funcionamiento de un servicio, necesariamente manejado por funcionarios públicos (culpa o falta del servicio).

Hizo, pues, bien el Tribunal en absolver al Departamento de Caldas y en condenar a la Nación a pagar los perjuicios que al demandante causó el agente de la Policía Nacional Valencia Raigoza. La condena la hizo en abstracto en cuanto a los perjuicios materiales, y en ello también obró correctamente, ya que no hay elementos para concretar esos perjuicios en una cantidad precisa. Por lo demás, no habiendo apelado el demandante no habría sido posible revisar esa determinación del Tribunal. Las bases para la liquidación serán las mismas indicadas en la sentencia del Tribunal.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema -Sala de Negocios Generales-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

Confírmase la sentencia apelada.

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

Efrén Osejo Peña.- Rámiro Araújo Grau.- Carlos Peláez Trujillo.- Luis Carlos Zambrano.- Jorge García Merlano, Secretario.

EXCEPCIONES PERENTORIAS EN JUICIO EJECUTIVO. INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION CONTENIDA EN UN PAGARE.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE NEGOCIOS GENERALES. Bogotá, diecinueve de junio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña).

El apoderado del Departamento del Chocó, dentro del juicio ejecutivo que le adelanta el doctor Alejandro Burgaleta García con fundamento en el pagaré de fecha 6 de mayo de 1.961 por la cantidad de ciento cincuenta mil pesos, propuso las siguientes excepciones perentorias:

- I -

EXCEPCIONES

1o. Respecto del instrumento presentado como recaudo ejecutivo, afirma que no llena los requisitos legales para que se lo considere como negociable; y que, por tanto, no pueden considerarse como auténticas las firmas de los funcionarios que lo suscribieron;

2o. Considera el excepcionante que el beneficiario del supuesto instrumento negociable no es tenedor en debida forma, "porque al tiempo de la firma de ese pagaré, ninguno de los firmantes tuvo la intención de reconocer deuda alguna a cargo del Departamento, sino que lo hicieron para facilitar al Dr. Burgaleta García, operaciones crediticias con entidades bancarias u otras." (fl. 30 C. No. 4).

3o. La tercera excepción la denomina "inexistencia de toda obligación contenida en el pagaré"; sin embargo, por los hechos o razones que aduce más bien se trataría de la excepción de pago, porque de "mayo 6 de 1.961, al 5 de agosto del mismo, a favor del contratista se giraron diversas cantidades de Fondo Rotatorio, creado para tal efecto por Decretos 457 de noviembre 21 de 1.960 y 503 de diciembre 27 de 1.960, a favor del Dr. Burgaleta García, o sus recomendados o Administradores en Quibdó, un total de ciento cincuenta mil pesos ($150.000.oo)".

Luego dice el excepcionante: "que para el 13 de marzo de 1.963, cuando se declaró la caducidad del contrato, a cargo del Departamento del Chocó había una deuda de ciento cincuenta mil pesos; pero no era la obligación que podía contener el pagaré con el cual se ejecutó, sino que en verdad dicho valor o deuda aproximada a los $150.000.oo estaba representada en cuenta tramitada administrativamente, como cumple hacerlo, presentada por don Fabio de la Torre Guerrero

Administrador de la Fábrica, en todo caso representante en Quibdó, y ante el Departamento del Chocó, el Dr. Alejandro Burgaleta García. La cuenta tiene un valor de $149.651. 50".

"Por lo anterior se ve que el pagaré, sin valor alguno, porque no lo tuvo desde el principio como está analizado, o porque se descargó como ya también se examinó, fue retenido como instrumento de presión contra los funcionarios departamentales, para que accedieran a las pretensiones del Dr. Burgaleta García, para que no declararan la caducidad del contrato, o para que no le descontaran valores a su cargo, por Impuestos y Multa, a favor del Departamento. El Dr. Burgaleta García, amenazó con la ejecución con el pagaré, al cumplimiento de uno de dichos eventos, y así lo hizo." (fl. 31 ib.).

4o. El último aparte tiene por objeto alegar la excepción de compensación parcial con fundamento en las multas e impuestos debidos por Burgaleta al Departamento del Chocó, según las resoluciones administrativas presentadas con el escrito de excepciones, entre otras, por la indebida disposición de 228 botellas de "aguardiente Platino" obsequiadas por el contratista a ciertos funcionarios, según se lee en los considerandos de la resolución de fecha 8 de noviembre de 1.962 de la Tesorería General del dicho Departamento (fl. 19 ib.).

Con el memorial de excepciones se presentó una relación de los valores entregados al contratista Burgaleta por concepto de los licores suministrados al Departamento, desde el 7 de diciembre de 1.960 al 28 de febrero de 1.963, por un valor de $1.863.012.10.

Un extracto de la cuenta corriente entre el Departamento y el contratista, según el cual, el 27 de marzo de 1.963, acusaba un saldo a cargo del Departamento por la cantidad de $ 149. 651. 50.

Además, las copias sobre la investigación por la indebida disposición de licores por el contratista de que antes se hizo mención.

- II -

CONTESTACION DEL EJECUTANTE

El apoderado del ejecutante, al contestar el traslado, solicitó que se declararan no probadas las excepciones propuestas, porque el pagaré reúne todos los requisitos determinados por la ley 46 de 1.923, para considerarlo como negociable y en especial, si se tiene en cuenta el art. 14 de la citada ley.

Sobre la inexistencia de la obligación, por pago, dice el citado apoderado: "En cuanto al tercer punto, sobre inexistencia de la obligación, no tiene fundamento alguno, por cuanto que no es cierto que el Departamento al cancelar la obligación a que se refiere el pagaré no iba a exigir la cancelación del mencionado pagaré o hacerlo constar así, al ser descargado, ni el Dr. Burgaleta es incapaz de tratar de cobrar una suma que se le haya pagado". (fl. 34 vto. ib.).

Desecha también la compensación parcial, porque el tribunal administrativo del Chocó declaró la nulidad del Decreto 408 de 11 de diciembre de 1.962, por el cual se eleva el impuesto a la introducción de alcohol potable y, en consecuencia, las multas impuestas con fundamento en el citado decreto quedaron insubsistentes a su turno o en forma implícita e indirecta.

- III -

SENTENCIA APELADA

Practicadas las pruebas pedidas por las partes dentro del respectivo incidente, el tribunal a quo declaró probada la excepción de pago parcial por la suma de $ 348.50 y ordenó, por tanto, adelantar la ejecución por la cantidad de $ 149.651,50, según el fallo de fecha 25 de octubre de 1.963 (apelado por el apoderado del Departamento) el cual funda en los siguientes conceptos o argumentos:

"Se trata, en efecto, de una extinción de la obligación por pago, que a su turno carece de fundamento, pues, ya se ha visto que los suministros continuos de licores por parte del ejecutante, sostenían el saldo en contra del Departamento en sumas que no bajaron de los $220.757.50; que el saldo para la fecha del compromiso debió oscilar entre la suma últimamente citada y $270.757,50, como aparece de la inspección ocular; y, como si fuese poco, según el dictamen de los peritos (fl. 15 del cuaderno de pruebas del ejecutado) el Departamento del Chocó adeudaba al Dr. Alejandro Burgaleta García la suma de quinientos setenta y cinco mil cuatrocientos treinta y nueve pesos ($575.439.oo) por concepto de suministro de licores; que el Departamento del Chocó, del 6 de mayo de 1.961 al 5 de agosto del mismo año, según ese peritaje, pagó la suma de $162.000.oo quedando consecuencialmente un saldo en contra del Departamento de $413.439.oo, de los que deducidos aún el valor del pagaré, dejaba todavía una deuda en contra del Departamento de $263.439.oo, saldo que únicamente descendió a $149.651.50 M. cte. el 5 de febrero de 1.963, como aparece de la diligencia de inspección ocular y de la declaración de los peritos, a folios 24 del cuaderno en referencia.

"De lo hasta aquí expuesto, de no resultar probados los hechos aducidos en la restante excepción, resulta inequívoco que el Departamento del Chocó adeuda al Dr. Burgaleta García su ejecutante, por razón de suministro de licores la cantidad últimamente mencionada que es casi igual a la de $150.000.oo reconocidos a deber en el pagaré; que aceptándose como causa única del pagaré ese suministro de licores, la excepción de pago sólo prospera por la suma de $348.50; quedando a deber la entidad demandada $149.651.50; más los intereses legales de $150.000.oo, desde cuando se hicieron exigibles hasta el 5 de febrero del año en curso y los correspondientes a la de $149.651.50, desde esta fecha hasta cuando se verifique el pago" (fls. 47 a 49 ib.).

- IV -

PREMISAS DEL FALLO DE SEGUNDO GRADO.

Como puede apreciarse, el tribunal no considera el valor del pagaré, sino que el presunto saldo a cargo del Departamento lo deduce de la liquidación practicada en la inspección ocular, en vista de los suministros de licores hechos por el contratista y los abonos efectuados a su turno por el Departamento y, verificadas las operaciones aritméticas necesarias, corta la cuenta corriente y deduce el saldo antes aludido; en otras palabras, en virtud de esta liquidación de la cuenta corriente sobre suministro de licores, da oportunidad al ejecutante para cobrar el posible saldo de, $ 149.651.50 sin necesidad del respectivo corte de cuentas o liquidación entre las partes y llenar los demás requisitos administrativos, como el de adjuntar a la respectiva cuenta de cobro "el acta de entrega de los licores", a que se refiere la copia del oficio No. 0072 de 23 de abril de 1.963 visible al folio 13 del cuaderno No. 5o.

Por otra parte, el pagaré por la suma de $ 150.000.oo de fecha 6 de mayo de 1.961, suscrito por el Departamento, no tiene una causa distinta al suministro o entrega de licores al Departamento por el contratista Burgaleta; por tanto, los abonos o pagos parciales, hechos por la entidad oficial con posterioridad a la fecha de vencimiento de aquel, a la vez que deben imputarse al precio de los licores suministrados, también cancelan o amortizan, por identidad de causa, el valor de dicho pagaré. En caso contrario, si se debita la cuenta del Departamento con el valor del instrumento mencionado y con el de los distintos suministros de licores, resultaría duplicado el pasivo del Departamento en la cuantía del instrumento, es decir, en la suma de ciento cincuenta mil pesos: y en esta forma se llega a este inevitable dilema: o el pagaré está cancelado por los pagos hechos por el Departamento con posterioridad a su vencimiento, o la obligación contenida en el dicho instrumento resulta inexistente por carecer de causa real, como que fué emitido con el fin de que el contratista pudiera negociarlo o descontarlo antes de su vencimiento, operación que no se llevó a efecto.

- V -

ANALISIS DE LAS PRUEBAS

Para establecer la identidad de causa y para una mejor inteligencia de lo que se dirá más adelante, conviene transcribir el texto del pagaré y darle adecuada interpretación a la última estipulación allí contenida:

"Quibdó mayo 6 de 1.961.

"Por $ 150.000.oo M/cte.

"El Gobierno del Departamento del Chocó

"Pagará al doctor Alejandro Burgaleta García por conducto de la Tesorería General del Departamento el día cinco de agosto de 1.961 la suma de ciento cincuenta mil pesos moneda corriente.

"El Departamento del Chocó declara expresamente excusado el protesto de este pagaré para los efectos del artículo 113 de la Ley 46 de 1.923 y renuncia a favor del acreedor el derecho de nombrar depositario de bienes.

"Esta obligación procede del compromiso adquirido por el Departamento del Chocó con el doctor Burgaleta García por el suministro de licores por la su (sic) antes dicha". (fl. 1 C. No. 1o.).

Respecto de la última cláusula, en providencia de fecha 25 de agosto de 1.963, esta Sala dijo al confirmar el mandamiento de pago:

"Tal como está redactada la cláusula resulta equívoca, porque podría significar o bien un anticipo para entregar posteriormente los licores negociados, o bien en pago de los suministros ya efectuados por el contratista, con resultados jurídicos opuestos de acuerdo con lo dispuesto en el art. 7o de la ley 46 de 1.923, pues, en la primera interpretación, la promesa dejaría de ser incondicional para quedar sujeta, en cuanto atañe a su exigibilidad, al cumplimiento de la obligación recíproca del ejecutante de entregar las especies vendidas, pues, en el fondo, el pagaré alude claramente a un contrato de compraventa de licores, el cual, por su naturaleza, queda sujeto a las disposiciones que regulan los contratos bilaterales, como los arts. 1546, 1609, 1930 etc. del C. C. como los concordantes del C. de Co.

"Sin embargo, como la interpretación del pagaré está sujeta a la demostración de un hecho, no puede ser ahora objeto de juzgamiento de fondo, sino en el incidente de excepciones con fundamento en las pruebas que se presenten, para determinar la verdadera causa de la obligación contenida en el documento presentado como recaudo ejecutivo, máxime si como lo sugiere la palabra suministro, no se trataba de un acto único sino de varias entregas sucesivas, que tendrían incidencia en la liquidez y exigibilidad del crédito o saldo que pudiera existir a favor de alguna de las partes contratantes". (fls. 12 vto. a 13 C. No. 3o.).

Antes de examinar las pruebas presentadas en este incidente de excepciones, se inserta el siguiente concepto del apoderado del ejecutante, expresado en el memorial de fecha 29 de julio de 1.963:

"La deuda que se cobra en esta acción se origina en el contrato celebrado entre el Departamento del Chocó y el ejecutante Burgaleta para la producción de los licores nacionales monopolizados. El contratista Burgaleta ha ejecutado el contrato y el Departamento le debe esa suma de dinero porque el contrato se ha referido a una actividad esencialmente importante para la entidad pública como es la producción de una renta que le da base para atender las exigencias de los otros servicios. Y como la obligación tiene este origen ha de ser exigible embargando cualquier bien susceptible de tal medida de propiedad del Departamento". (fl. 16 vto. C. No. 1o.).

Las pruebas practicadas confirman la anterior afirmación, como pasa a verse:

a) Con el memorial de excepciones se presentó una relación de los valores pagados por el Departamento al contratista que ascienden, desde el 7 de diciembre de 1.960 hasta el 28 de febrero de 1.963 a la cantidad de $1.863.012.10.

En el lapso del 7 de diciembre de 1.960 al 28 de abril de 1.961, el Departamento pagó al contratista la suma de $295.537.oo.

Con posterioridad al cinco de agosto de 1.961, fecha de vencimiento del pagaré, el Departamento abonó hasta el 20 de septiembre del mismo año la cantidad de $153.257.50, suficiente para cancelar el dicho instrumento;

b) De acuerdo con el extracto de la cuenta corriente del Departamento con el contratista, cortada o liquidada hasta el 27 de marzo de 1.963, el saldo a favor del último asciende a la cantidad de $149.651.50;

c) En la resolución No. 22 de 12 de marzo de 1.963 se lee, en el primer considerando: "Que con fecha 11 de mayo de 1.960 el Departamento del Chocó suscribió un contrato con el Dr. Alejandro Burgaleta García para la producción y suministro de licores a la dicha entidad";

d) En la inspección ocular llevada a efecto con la asistencia de peritos, en la Superintendencia de Rentas Departamentales, se establecieron estos hechos: del 13 de agosto de 1.960 hasta febrero de 1.963, el contratista había entregado al Departamento un total de 793.108 botellas de licores; el saldo a cargo del Departamento y a favor de Burgaleta el 20 de abril de 1.961 era de $ 270.757.50, que el 28 de abril del mismo año se redujo a $ 230.757.50 y el 16 de mayo del propio año a la cantidad de $ 220.757.50. "Se pasó luego -dice el acta- a examinar el tomo segundo de ese libro y se constató que según él, para el cinco -5- de febrero de mil novecientos sesenta y tres (1.963), ese saldo a favor del señor Burgaleta por concepto de entrega de licores al Departamento del Chocó, era, según la

última anotación sobre el particular, de ciento cuarenta y nueve mil seiscientos (sic) cincuenta y uno con cincuenta ($149.651.50) moneda corriente".. (fl. 9 C. No. 5o.).

"La diligencia continuó en la Tesorería General del Departamento con el objeto de verificar el movimiento de la cuenta del "Fondo Rotatorio", con el resultado de que del 6 de mayo de 1.961 al 29 de julio del mismo año el Departamento abonó al contratista la suma de $ 150.000.oo, de acuerdo con la relación de los cheques girados en tal lapso con indicación de su fecha y serie;

e) No se encontró ni en la Tesorería General ni en la Contraloría la cuenta de cobro presentada por el contratista o su representante, para que el departamento le pagara el saldo de $ 149.651.50; sin embargo, se estableció que fuè devuelta por algunas omisiones detalladas en el oficio No. 0072 de 23 de abril de 1.963 del Tesorero General del Departamento al Secretario de Hacienda, en el cual se lee: "Por haber sido devuelta por el señor Contralor General del Departamento con oficio número 68 de la fecha, la cuenta a que alude la referencia, me permito devolver a esa superioridad dicha cuenta por las siguientes razones, según el oficio del señor Contralor:

"1o. Falta el acta de entrega de los licores.

"2o. Faltan estampillas a la cuenta.

"Además de las razones anuladas por la Contraloría Departamental, se suman:

"La firma en el recibí en la cuenta y el sello de la empresa licorera del Chocó, en la firma del Gerente encargado, que la cobra.

"Debo aclarar al señor Secretario de Hacienda, que esta cuenta fué girada por esta Tesorería desde el día veinte (20) del mes de marzo pasado con los cheques números 78, 79 y 80, a favor del interesado, señor Burgaleta García, y qué sólo en el día de hoy fue devuelta por la citada entidad fiscalizadora, ignorando las razones para la demora". (fl. 13 C. No. 5o.);

f) En el punto primero del dictamen, los peritos afirman que el 6 de mayo de 1.961 el Departamento debía al contratista la suma de $575.439.oo, pero no fundan su concepto ni lo demuestran mediante el movimiento de la respectiva cuenta, ni dicen si los elementos para deducir tal saldo los tomaron de la contabilidad del propio contratista o de la llevada por el Departamento; en el segundo dicen que del 6 de mayo de 1.961 al 5 de agosto del mismo año, el Departamento pagó a Burgaleta por concepto de licores suministrados, la suma de $ 162.000.oo, según resulta de la relación de los cheques girados en el lapso de las fechas antes citadas; y en el tercero anotan que el saldo en febrero de 1.963 a cargo del Departamento por la entrega de 40.138 botellas de aguardiente Platino ascendía a la cantidad de $100.345.oo; sin embargo, con ocasión de la ampliación o aclaración del concepto pedida por las partes, los expertos rectifican la anterior conclusión en el sentido de fijar en la suma de $149.651.50 el saldo a cargo del Departamento el día cinco de febrero de 1.963;

g) Al doctor Antonio Bonilla Gómez, en su calidad de Gobernador del Chocó, le correspondió firmar el pagaré de fecha .... seis de mayo de 1.961 por la suma de $150.000.oo, que se emitió en vista de que no había fondos para pagarle al contratista Burgaleta el valor de los licores suministrados; y al efecto, en la declaración rendida sobre este punto explica: "Como al firmarle el pagaré el Go-

bierno no hacia otra cosa que reconocer, como era su deber, una deuda que estaba a su cargo, en mi carácter de Gobernador autoricé para que se expidiera el mencionado documento de crédito. Es muy natural que si el señor Burgaleta necesitaba fondos para atender su contrato y el Departamento no podia satisfacerle la deuda en moneda legal, el Sr. Burgaleta tratara de conseguir los fondos que decia necesitar respaldándose en el mencionado documento de crédito". (fl. 23 C. No. 5o.).

h) El actual Gobernador, doctor Victor D. Ariza Prada, en la certificación jurada de 23 de octubre de 1.963, después de manifestar que solo el 8 de febrero de ese año tuvo noticia de la existencia del pagaré de 6 de mayo de 1.961 y de referirse a la conversación sostenida con el contratista Burgaleta, dice: "Preguntado el Superintendente de Rentas sobre si tenia conocimiento de la existencia de tal documento, expresó que para esa época era Superintendente don Carlos Cuatiby y que, según informaciones que tenía, el Gobierno Departamental de entonces firmó ese pagaré como una garantía a la deuda pendiente del Departamento, para que el doctor Burgaleta lo negociara. En los libros de la Superintendencia no figura el tal pagaré". (fl. 28 ib.).

El mismo funcionario manifiesta que, hechas las operaciones necesarias para la liquidación de la cuenta con el contratista, el saldo a cargo del Departamento el 13 de marzo de 1.963 ascendía a $149.651.50, luego agrega:

"Después del 13 de marzo, el doctor Burgaleta demandó al Departamento en juicio ejecutivo ante ese Tribunal, habiendo cogido previamente la acción de Embargo Preventivo de sus fondos en los bancos de la localidad, con base en el aludido pagaré. Como quiera que el Departamento sólo adeudaba al doctor Burgaleta la suma de $149.651.50 y no hay constancia de que hubiera presentado cuentas por el valor del pagaré, deduzco que el doctor Burgaleta García aspiraba a cobrar al Departamento el valor de la aludida cuenta y, además, el del pagaré.

"Además, reafirmo que al tiempo que el doctor Burgaleta García amenazaba con ejecutar al Departamento, su recomendado en esta ciudad, don Fabio de la Torre Guerrero, presentaba para su cobro administrativo cuenta por $149.651.50 que se encuentra actualmente tramitada ante la Secretaría de Hacienda y la Contraloría del Departamento". (fl. 29 ib.).

i) En la certificación jurada del Secretario de Hacienda, además de confirmar que sólo el 8 de febrero de 1.963 tuvieron noticia de la existencia del pagaré de 6 de mayo de 1.961 los nuevos funcionarios del Departamento, se refiere a la información del ex-Contralor Antonio J. Murillo, quien "expresó claramente que el citado pagaré se había suscrito a fin de facilitarle al doctor Burgaleta García lo negociara por cuanto en 1.961 el Departamento del Chocó le adeudaba una apreciable suma por concepto de suministro de licores. Cuando lo hice saber así al doctor Burgaleta García ofreció confrontar en su contabilidad si el pagaré había sido o no pagado". (fl. 33 ib.).

El mismo funcionario hace la relación de los cheques entregados al contratista desde el 16 de mayo de 1.961 hasta el 29 de julio del mismo año por un valor total de $ 150.000.oo, "con lo cual -dice- se demuestra que el Departamento cubrió oportunamente el citado pagaré.....".

En el aparte final de esta certificación juramentada, se lee:

"Mas, al tiempo que la cuenta de cobro por valor de $ 149.651.50 se tramitaba y se giraron los cheques números 78, 79 y 80 para cancelarla, el doctor Burgaleta García demandaba al Departamento del Chocó en juicio ejecutivo ante ese H. Tribunal con base en el pagaré citado, que ya estaba cancelado, cómo se ha dicho, y que no servía para garantizar obligaciones posteriores a la que garantizó y cuyo pago se efectuó dentro de los términos estipulados. Semejante actitud permite deducir que el doctor Burgaleta aspira a cobrar al Departamento el valor de la deuda real, según los libros de la Superintendencia de Rentas y, también el del pagaré cancelado". (fl 34 ib.).

- VI -

CONCLUSIONES

De acuerdo con las pruebas examinadas se llega, sin la menor duda a las siguientes conclusiones:

1o. El pagaré de 6 de mayo de 1.961 por la suma de ciento cincuenta mil pesos ($150.000.oo), suscrito por el Gobernador del Departamento del Chocó, se emitió en el desarrollo de una cuenta corriente sobre suministro de licores por el contratista Alejandro Burgaleta García, con el fin de que llevara a efecto una operación de crédito negociándolo con alguna persona, la cual no se realizó en ninguna forma;

2o. Respecto del valor del dicho pagaré emitido por la suma de $150.000.oo, no se hicieron los correspondientes asientos ni en la contabilidad del Departamento ni en la del contratista, el cual, por tanto, quedó como una simple cuenta de "orden", para convertirse en un valor real en cuanto fuera negociado; lo cual no sucedió como ya se dijo;

3o. Si se acepta que el instrumento se emitió con imputación al valor de los licores entregados hasta el 6 de mayo de 1.961, debe considerarse descargado o cancelado con los abonos hechos por el Departamento al contratista con posterioridad a la fecha de su vencimiento;

4o. En ningún caso el pagaré en mención puede reputarse emitido en consideración al saldo de $149.651.50 que pudiera haber existido a favor del contratista el 13 de marzo de 1.963, porque en tal evento no sería un instrumento negociable por referirse a una cantidad ilíquida e incierta en la fecha de la emisión (6 de mayo de 1.961), aun cuando se ocurra ahora al expediente, para cuadrar la cuenta, de declarar probada la excepción de pago parcial por la suma de $348.50, como lo hace el tribunal en el fallo apelado; y además, porque la emisión de un instrumento negociable, en especial de un pagaré, presupone un obligación originaria o preexistente o coetánea.

5o. Finalmente, ni el juicio ejecutivo ni el incidente de excepciones propuesto dentro de él, son procedimientos aptos o adecuados para llevar a efecto la liquidación de una cuenta corriente con fundamento en un contrato sobre suministro de licores celebrado por el Departamento del Chocó con el contratista Alejandro Burgaleta García; y, en consecuencia, tampoco el pagaré puede servir de fundamento para pretermitir las formalidades y requisitos necesarios de carácter administrativo, para hacer efectiva la respectiva cuenta de cobro, como la de presentar los documentos necesarios para establecer la entrega de licores llevada a cabo con posterioridad al 6 de mayo de 1.961, fecha de la emisión del pagaré,

Como el instrumento no ha sido negociado y ha permanecido en poder del tenedor, las excepciones analizadas, aun cuando no tengan la calidad de reales, son oponibles al beneficiario que conocía la verdadera naturaleza de él y los motivos y los fines por los cuales fué emitido por los funcionarios del Departamento.

No puede, pues, remitirse a duda que está probada la excepción de inexistencia actual de la obligación contenida en el pagaré de 6 de mayo de 1.961, objeto de la ejecución, sea que se lo considere cancelado por los abonos hechos por el Departamento con posterioridad a su vencimiento, o porque se emitió sin consideración a un valor real y con destino a operaciones de crédito que no se consumaron.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, revoca la sentencia de fecha 25 de octubre de 1.963 proferida por el Tribunal Superior de Quibdó y apelada por el apoderado del Departamento y, en su lugar, declara probada la excepción de inexistencia de la obligación contenida en el pagaré de fecha 6 de mayo de 1.961 que ha servido de título ejecutivo en el presente juicio; en consecuencia, se lo declara terminado y se dispone el desembargo de los bienes trabados.

Costas a cargo del ejecutante.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente, previas las cancelaciones de rigor.

Para notificar al Sr. Gobernador del Chocó de esta providencia se comisiona, con cinco (5) días de término, al Tribunal Superior de Quibdó (sala civil), para lo cual se librará el correspondiente despacho con los insertos necesarios.

Efrén Osejo Peña, Ramiro Araújo Grau, (Salvando voto).- Carlos Peláez Trujillo.- Luis Carlos Zambrano.- Jorge García M., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. RAMIRO ARAUJO GRAU

Para sustentar mi salvamento de voto con relación a la sentencia de la Sala que revocó la dictada el 25 de Octubre de 1.963 por el Tribunal Superior de Quibdó, que puso fin al incidente de excepciones promovido por el Departamento del Chocó en el ejecutivo que le sigue el señor Alejandro Burgalela García, me bastan las consideraciones que a continuación expreso.

PRIMERA. Aunque en el párrafo último de la parte considerativa del fallo se habla de que el reconocimiento que se hace de "la excepción inexistencia actual de la obligación contenida en el pagaré de 6 de mayo de 1.961, objeto de la ejecución" resulta de que el pagaré fue cancelado o de "que se emitió sin consideración a un valor", razones que no dejan de ser un tanto contradictorias, es lo cierto que el fundamento más destacado del fallo radica en la estimación de que ocurrió el primer fenómeno anotado, o sea, que el instrumento fue cancelado, como se destaca en la "conclusión" tercera. Esa cancelación se deduce en el fallo, en definitiva de estas probanzas: a) "la relación de los valores pagados por el Departamento al Contratista", entre el 7 de Diciembre de 1.960 y el 28 de Febrero de 1.963, relación que fue acompañada al memorial de excepciones; b) la inspección ocular practicada con asistencia de peritos en la "Superintendencia de Rentas Departamentales", en asocio de peritos; c) en el dictamen de estos peritos.

Ahora bien:

La "relación", que es "de los cheques pagados a la Industria Licorera, por el Departamento del Chocó", aparece firmada por Dolores M. de Botero, secretaria Contadora de la Tesorería Departamental; o sea, que es una prueba emanada de la propia parte excepcionante.

La inspección ocular se hizo sobre los libros llevados por el señor Superintendente de Rentas y por el Tesorero Departamentales, o sea, sobre libros de la parte ejecutada y excepcionante. Todo indica en el expediente que el aludido Superintendente es un funcionario departamental.

El dictamen de peritos se basó en los datos suministrados por los libros antes indicados. Aunque en el punto f) del capítulo IV del fallo se alude a la posibilidad de que los peritos hubieran examinado la contabilidad del ejecutante, para hacerles el cargo de que no expresan si basan su concepto en dicha contabilidad o en la del Departamento, es lo cierto que no aparece en el expediente que la inspección hubiera sido sobre libros del ejecutante o que a los peritos se les hubiera indicado que consultaran estos últimos libros. Examinados los autos que ordenaron pruebas resulta claro que la inspección ocular acompañada de peritos se decretó exclusivamente sobre los libros de la Superintendencia y la Tesorería, y en el acta de la

diligencia está expresado que fueron tales libros los que se pusieron a disposición de los peritos.

Según el Código de Comercio los libros de los comerciantes sólo hacen fe en su favor en determinadas y especiales circunstancias, que, evidentemente, no se dan en el presente pleito.

Así, pues, el pago del pagaré se ha basado en pruebas suministradas por la propia parte excepcionante, el Departamento del Chocó, con lo que indudablemente se viola elemental principio básico de derecho probatorio.

También se relacionan en el fallo como pruebas contra el ejecutante las declaraciones del Dr. Antonio Bonilla Gómez, quien como Gobernador firmó el pagaré base de la ejecución, y de los actuales Gobernador y Secretario de Hacienda del Departamento del Chocó, personas todas respecto a las cuales obviamente no podían estimarse deposiciones contrarias al ejecutante.

SEGUNDA. Es inaceptable la tesis que se esboza en el fallo, de que el pagaré carece de causa porque se expidió para facilitar al ejecutante Burgaleta el realizar una operación de crédito que a la postre no se llevó a cabo.

Según la ley sobre instrumentos negociables, todo instrumento de esta clase se presume haber sido expedido "en consideración a un valor" (art. 26), y por valor se entiende "cualquier causa suficiente para la validez de un contrato", y "una deuda anterior o preexistente constituye valor" (art. 27). Constando en el mismo pagaré que se expidió en desarrollo del contrato de suministro de licores, quedaba totalmente descartada la posibilidad de alegar la falta de causa, ya que era lógico suponer que la expedición del instrumento obedeció a una deuda a cargo del Departamento existente al momento de su otorgamiento.

Además tanto el Gobernador que lo firmó, como el actual y su Secretario de Hacienda reconocen de manera explícita que esa fue precisamente la causa de la expedición del pagaré. No sólo pues, no se ha desvirtuado la presunción sobre tener causa el pagaré, sino que, antes bien, aparece plenamente establecido que la tuvo. Parece que en el fallo se confunde la causa, tal como la configura el art. 27 de la Ley 46 de 1.923, y la finalidad especial que eventualmente se le quiso dar al otorgamiento del pagaré. Pero son cosas bien distintas.

Por lo demás, un instrumento es negociable o no "ad initio" si llena o no los requisitos que al efecto exige la ley. Y la negociabilidad es, desde luego, una posibilidad, que puede o no pasar al acto. El problema de si un determinado tenedor lo es o no en debida forma es bien distinto, y tiene importancia para los efectos de las excepciones que se le puedan oponer, pero supone que el instrumento es negociable.

TERCERA. Por lo antes expuesto no podían prosperar ni la excepción de pago ni la de falta de causa. La de no ser negociable el instrumento tampoco, pues reunía los requisitos legales correspondientes, por lo cual la Sala hubo de confirmar el mandamiento de pago proferido por el Tribunal. Esa calidad la tuvo el instrumento desde su otorgamiento, por lo que debó rectificar ahora las consideraciones que se hicieron en el auto confirmatorio del auto ejecutivo y que se reproducen en la sentencia a que este salvamento se refiere. Es que, se repite, la calidad de negociable de un instrumento se tiene o no se tiene desde un principio, según que responda o no a las exigencias que para serlo contempla la Ley 46 de 1.923 (arts. 5o. y ss.)

CUARTA. Ha debido indagarse entonces si estaba configurada la excepción de compensación parcial, alegada también por el Departamento, pero nada se hizo en este sentido.

Fecha: ut supra.

Ramiro Araújo Grau.

JURISDICCION COACTIVA. A QUIEN CORRESPONDE CONOCER DE LAS APELACIONES, EXCEPCIONES Y TERCERIAS EN ESTA ESTA CLASE DE JUICIOS.

Estudio de las disposiciones legales que atañen a la competencia de la Corte y del Consejo de Estado en estos procesos. Incorporación por remisión de un texto legal en otro. Vigencia actual de las disposiciones contenidos en los artículos 3o. y 4o. de la ley 67 de 1.943. Resolución de objeciones.

El conocimiento de las apelaciones de toda clase de autos y de los incidentes de excepciones y de tercerías, interpuestas o promovidas en los juicios ejecutivos adelantados por jurisdicción coactiva, cualquiera que sea la naturaleza del recaudo ejecutivo, corresponde al Consejo de Estado cuando la cuantía lo permite, o a los respectivos Tribunales Administrativos, conforme a los artículos 3o. y 4o. de la Ley 67 de 1.943, ahora íntegramente vigentes.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE NEGOCIOS GENERALES. Bogotá, diez y nueve de junio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña).

En el juicio ejecutivo que, por jurisdicción coactiva adelanta el Estado contra Víctor Ramón Hernández Gaitán, el procurador 2o. delegado en lo civil, antes de descorrer el traslado, ha solicitado que se provoque competenciz negativa al Consejo de Estado, con el fin de que avoque el conocimiento de este juicio.

Prescindiendo por ahora de examinar, por innecesario, la naturaleza de los actos cumplidos por los bancos prestamistas, el ejecutado y la Nación, para resolver si se trata de los llamados de gestión o de imperio, conviene estudiar las disposiciones legales que atañen a la competencia funcional de esta Sala de la Corte y del Consejo de Estado, en relación con esta clase de procesos.

El numeral 5o. del art. 36 del C. J. adscribió a la Sala de Negocios Generales de la Corte el conocimiento "del incidente de excepciones y de las tercerías en los juicios" que se adelanten por jurisdicción coactiva; sin embargo, en el año de 1.943, mediante el art. 3o. de la Ley 67 se dispuso que "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 corresponden al Consejo de Estado.....", es decir, la primitiva disposición del C. J. fué derogada y sustituida por la nueva norma.

Acusados ante la Corte Suprema, por inconstitucionales, los art. 3o. y 4o. de la citada ley 67 de 1.943, mediante sentencia de 26 de junio de 1.944 resolvió:

"Primero. Es exequible el artículo 5o. de la Ley 67 de 1.943;

"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 Terceros, cuando la que se propusiere, o alguna de ellas, se fundare en un acto de gestión de la Administración o en un acto entre particulares".

Para llegar a esta conclusión, la Corte consideró que el numeral 3o. del art. 148 de la C. Nal., según la codificación vigente en el dicho año de 1.944, confería competencia privativa a la Corte para conocer de los litigios de carácter civil entre el Estado y los particulares; de ahí que, para indicar un criterio, ocurriera a la distinción de actos de gestión y de actos de imperio, con el fin de atribuir, como se ha visto antes, el conocimiento de los juicios fundados en los primeros a la justicia civil, mientras que los segundos continuaron bajo la competencia de los tribunales de lo contencioso administrativo.

Como las sentencias de inexequibilidad solamente tienen efecto para lo futuro, se asimilan a una abrogación de la norma declarada inconstitucional, pero en el caso de los artículos 3o. y 4o. de la ley 67 de 1.943, tal derogatoria fué parcial, respecto de los procesos fundados en actos de gestión; y en esta forma, la antigua norma del C. J., o sea, el ordinal 5o. del art. 36, volvió a regir también parcialmente, por tácita remisión del fallo.

El art. 52 del A. L. No. 1o. de 1.945, reformó el 148 antes mencionado, en el sentido de suprimir el ordinal 3o; por tanto, desapareció el fundamento invocado en la sentencia de la Corte, para la declaración parcial de inexequibilidad de los arts. 3o. y 4o. de la ley 67 de 1.943, cuyas normas podrían ser objeto de reproducción directa o por remisión.

En efecto, tal remisión se llevó a efecto mediante el Decreto Legislativo No. 4120 de 29 de diciembre de 1.949, pues en los considerandos se dijo en forma clara e inequívoca:

"Que en las sesiones ordinarias del Congreso de 1.945, el gobierno, por conducto del ministro del ramo, doctor Absalón Fernández de Soto, presentó a la consideración de la cámara de representantes el proyecto de ley, elaborado por los consejeros de Estado doctores Ramón Miranda y Carlos Rivadeneira, para "darles desarrollo a los preceptos del acto legislativo número 1o. de 1.945 (artículo 137 de la codificación), orgánica del Consejo de Estado y de la jurisdicción contencioso administrativa, con la mira de que estas instituciones realicen su misión en forma ordenada y más eficaz", como lo dice el señor ministro de gobierno en la correspondiente exposición de motivos (Anales del Congreso número 12, de 28 de agosto de 1.945, página 278), proyecto que el gobierno en las actuales circunstancias toma como base para suplir la deficiencia anotada";

Como una secuela del anterior considerando se halla el art. 10 del decreto, en el cual, refiriéndose al Consejo de Estado, se dijo:

"Son atribuciones de la Sala de Negocios Generales:

"2o. Las que fueron adscritas a la Corporación por la Ley 67 de 1.943".

No se hizo salvedad alguna respecto a las funciones señaladas antes al Consejo de Estado y adscritas, mediante el decreto, a la Sala de Negocios Generales de

la misma entidad; y en esta forma, por remisión, entraron a regir nuevamente los arts. 3o. y 4o. de la ley 67 de 1.943 en toda su integridad, sin excepción alguna, ya que el fundamento de la inexequibilidad había desaparecido con la supresión del numeral 3o. del antiguo art. 148 de la carta.

No se puede invocar con el fin de hacer inoperante la vigencia de los citados artículos, lo dispuesto en el 14 de la ley 153 de 1.887, por estas razones:

1a. No se trata en puridad de verdad de que los arts. 3o. y 4o. de la ley 67 de 1.943 hubiesen sido derogados, sino que fueron declarados inexequibles en forma parcial, fenómeno jurídico que si bien se asimila a la abrogación, no puede identificarse en forma absoluta, en particular respecto de normas de excepción, como la contenida en el citado art. 14 de la ley 153 de 1.887.

En efecto, cuando se declara inexequible una ley, total o parcialmente, como en el caso de los arts. 3o. y 4o. de la ley 67 de 1.943, por una especie de remisión tácita del fallo, entran a regir las normas sustituidas por las declaradas inconstitucionales, como sucedió con el numeral 5o. del art. 36 del C. J.; por tanto, si ha desaparecido el fundamento constitucional de la inexequibilidad, no existe razón alguna para que una posterior ley, por remisión, los ponga en vigencia sin necesidad de reproducirlos en otra nueva.

2a. En la sentencia de fecha 11 de agosto de 1.959 de la Sala Plena, por medio de la cual se declaró exequible la ley 2a. de 1.958, expresamente se refirió al fenómeno de la remisión, en estos términos:

"Así las cosas, debe llegarse a la conclusión de que el texto de los Decretos quedó incorporado por remisión de ella en la ley 2a. de 1.958. Para la Corte, en consideración a la necesidad superior del restablecimiento del orden público sin que se ocasionaran trastornos jurídicos, el Congreso recogió en la ley aludida antes de la terminación del estado de sitio en la mayor parte del país, el contexto de los Decretos Legislativos, y siendo difícil reproducirlos por razones de notorio conocimiento remitió su contenido al original, así como el Legislador de 1.887 remitió al contenido de los Códigos y como el de 1.945 remitió al contenido de los Reglamentos del Congreso. En suma, se produjo una nueva emisión de la voluntad legislativa con igual contenido al de los decretos correspondientes, es decir, que no se prolongaron éstos como tales, sino que ante la dificultad de incorporar su texto, la ley hizo referencia al que aparece en cada uno de ellos, por lo cual no viola el precepto acusado el artículo 121 inciso 4o., de la Constitución". (G. J. Tomo XCI, pág. 356).

3a. Finalmente, el art. 14 de la ley 153 de 1.887 no es norma constitucional sino meramente legal, que puede no tener efecto por voluntad expresa del legislador, en este caso en virtud del decreto legislativo No. 4120 de 1.949, elevado a la categoría de ley, primero, por la citada 2a. de 1.958, luego por la número 105 de 1.959, 79 de 1.960 y finalmente por la 141 de 1.961.

En consecuencia, el conocimiento de las apelaciones de toda clase de autos y de los incidentes de excepciones y de tercerías, interpuestas o promovidas en los juicios ejecutivos adelantados por jurisdicción coactiva, cualquiera que sea la naturaleza del recaudo ejecutivo, corresponde al Consejo de Estado cuando la cuantía lo permite, o a los respectivos tribunales administrativos, conforme a los arts. 3o. y 4o. de la ley 67 de 1.943, ahora íntegramente vigentes,

Por lo expuesto, se dispone enviar el expediente al Consejo de Estado, previa citación de las partes, para los fines previstos en el art. 424 del C. J.

Notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial.

Efrén Osejo Peña. - Ramiro Arzújo Grau. - Carlos Peláez Trujillo - Luis Carlos Zambrano. - Jorge García M., Secretario.

OTRAS SENTENCIAS NO PUBLICADAS

La Sala de Negocios Generales de la Corte, dictó también durante los meses de abril, mayo y junio de 1.964, las sentencias que se enumeran a continuación, en las cuales se absolvió a la Nación de los cargos formulados en las respectivas demandas y que no se publican en la GACETA en consideración a su falta de interés doctrinario:

Demandante	Demandado	Fecha	Magistrado
1. Malterías Unidas S. A.	La Nación	Abril 7	Dr. Araújo G.
2. Emma Wills Ferro y otros	"	" 9	" Peláez
3. José de J. Pulecio y otros	"	" 10	" Araújo G.
4. Alvaro Fajardo Pinzón y otro	"	" 14	" Araújo G.
5. Helena Vinagre de De Ramírez	"	" 20	" Araújo G.
6. Hortensia Díaz de Nieto	"	" 21	" Peláez
7. Municipio de Turbaná	"	" 21	" Zambrano
8. Hijos de Alejandro García y otros	"	" 23	" Zambrano
9. José Ignacio Hernández y Mariano Ospina Pérez	"	" 27	" Araújo G.
10. Ignacio Ramírez	"	" 29	" Peláez
11. Martín Vargas Cualla	"	Mayo 6	" Peláez
12. Guillermo Umaña Gutiérrez y otro	"	" 12	" Peláez
13. Roberto Urdaneta Arbeláez	"	" 19	" Peláez
14. José M. Gómez Campuzano	"	" 27	" Peláez
15. José M. Henao Delfrancisco	"	" 27	" Araújo G.
16. Leonardo Izquierdo	"	Junio 2	" Peláez
17. Carlos Maldonado B. y otros	"	" 2	" Araújo G.
18. José Agustín Castillo y otro	"	" 10	" Peláez
19. María Elisa Fajardo de Casas	"	" 23	" Peláez
20. Reinhard Kling y otros	"	" 24	" Peláez

INDICE

SALA DE CASACION PENAL

Página

DELITO DE HOMICIDIO, CALIFICADO DE ASESINATO. Tacha de nulidad constitucional por supuesta violación del derecho de defensa. Eventos en que la Sala admite la nulidad supralegal. Con fecha 1o. de abril de 1.964 se desecha el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Neiva en el proceso adelantado a Toribio o Lázaro Cometa Avendaño y otro por el delito de homicidio (asesinato), y se declara desierto con relación a éste último. Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta. 395

EL RECURSO DE CASACION POR PERJUICIOS TIENE QUE SER RESPECTO A SENTENCIA CONDENATORIA Y NO ABSOLUTORIA. LA CASACION NO ES UNA TERCERA INSTANCIA SINO UNA VIA EXTRAORDINARIA PARA CASOS TAXATIVAMENTE PREVISTOS EN LA LEY. INTERVENCION DE LA PARTE CIVIL DENTRO DEL PROCESO PENAL. Con fecha 2 de abril de1.964 se declara inadmisible el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, por la cual fue absuelto el señor Rafael Ospina Buendía, sindicado del delito de abuso de confianza. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez. 402

RECURSO DE REVISION. Causales 3a. y 5a. del art. 571 del C. de P. P. Obligación del recurrente de demostrar la falsedad de las pruebas de cargo contra el condenado. La presunción de verdad de la cosa juzgada no alcanza a destruirse mediante el análisis de pruebas, ya estudiadas, o del examen crítico de hechos debidamente apreciados. Hecho nuevo traido al debate. Con fecha 10 de abril de 1.964 la Corte no ordeña la revisión del proceso adelantado a Darío Garzón Plazas, quien fue condenado por homicidio y lesiones personales. Magistrado Ponente: Dr. Samuel Barrientos Restrepo. 405

HOMICIDIO. CIRCUNSTANCIAS MODIFICADORAS DEL HECHO DELICTUOSO. RIÑA Y GRAVE E INJUSTA PROVOCACION. DIFERENCIA ENTRE UNA Y OTRA. LA IRA ORIGINADA EN GRAVE E INJUSTA PROVOCACION Y LA RIÑA IMPREVISTA COMO AMINORANTES DE LA SANCION. Con fecha 13 de abril de 1.964 la Corte no casa la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, proferida en el proceso adelantado a Eustasio Higuera Mayorga como responsable de homicidio. Magistrado ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez. 417

HOMICIDIO, CALIFICADO DE ASESINATO. Causales cuarta y primera del art. 567 del C. de P. P. La recepción de la indagatoria no es diligencia esen

Página

cial del proceso. Su omisión no constituye nulidad. Toda alegación tendiente a demostrar que el fallador omitió valorar circunstancias favorables para la individualización de la pena, tiene en casación que hacerse valer con invocación de la causal segunda. Técnica del recurso de casación. Con fecha 13 de abril de 1.964, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto por el procesado José Rosario Rivera Tarazona contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, que lo condenó por el delito de homicidio, calificado de asesinato. Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta. 423

HOMICIDIO IMPERFECTO, EN LA MODALIDAD DE FRUSTRADO. El homicidio imperfecto como delito de peligro. La indagatoria significa para el procesado un medio de defensa. Los careos son facultativos y no obligatorios. Objeto de la inspección ocular. La preterm1sión de los interrogatorios no configura nulidad. Con fecha 20 de abril de 1.964, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla que condenó a Samuel Muñoz Amaya por homicidio. Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres. 435

LOS VICIOS DE PROCEDIMIENTO NO DAN LUGAR A REVISION DE PROCESOS. A la Corte le está vedado ampliar las causales de revisión taxativamente señaladas en el art. 571 del C. de P. P. El recurso de revisión es una acción tendiente a desvirtuar la presunción de la cosa juzgada. El fundamento de que se incurrió en nulidad, por no haberse observado la plenitud de las formas propias del juicio según lo dispone el art. 26 de la Carta, no puede ser motivo de revisión del proceso. Carácter extraordinario de los recursos de casación y revisión. Cuándo proceden. Con fecha 21 de abril de 1.964, la Corte niega la revisión del proceso seguido a Enrique Sánchez León, por el delito de contrabando. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez. 440

SENTENCIA VIOLATORIA DE LA LEY PROCEDIMENTAL POR HABERSE PRONUNCIADO EN UN JUICIO VICIADO DE NULIDAD. Causal 4a. de casación. La Corte reitera su doctrina relativa al alcance del Decreto 1705 de 1.960, en virtud del cual la Policía Nacional recobró su carácter de institución civil y sus miembros y agentes dejaron de estar amparados por el fuero penal castrense. Con fecha 22 de abril de 1.964 se invalida el fallo proferido por el Tribunal Superior Militar en el proceso adelantado a José Leonidas Daza y otro por el delito de homicidio. Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres. 451

ROBO. ACUSACION CONTRA EL FALLO DEL AD QUEM CON APOYO EN LAS CAUSALES SEGUNDA Y PRIMERA DEL ART. 567 DEL C. DE P. P. JUICIO PENAL RITUADO CONFORME AL DECRETO 0014 DE 1.955. Con fecha 23 de abril de 1.964 la Corte desecha el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Alfonso Castro Acosta o Alberto Castaño, contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que lo condenó como responsable del delito de robo. Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta. 455

ALCANCE DE LAS NORMAS REGULADORAS DEL FUERO PENAL CASTRENSE. La Corte reitera su doctrina relativa a que el juzgamiento de los miembros de la Policía Nacional por delitos comunes u oficiales, corres-

Página

ponde a la justicia ordinaria. Sentencia del ad duem recaida en juicio viciado de nulidad. Con fecha 24 de abril de 1.964 la Corte invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar, por medio de la cual condenó como responsable del delito de homicidio a José Cenón Gutiérrez Guevara. Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria. 461

COLISION DE COMPETENCIAS. ALCANCE DEL FUERO PENAL CASTRENSE. La Corte reitera la doctrina expuesta en providencia del 27 de julio de 1.961, relacionada con el juzgamiento de miembros de la Policía Nacional por delitos cometidos luego de que dejaron de hacer parte de las Fuerzas Militares. Infracciones penales consumadas antes de la vigencia del Decreto No. 1705 de 1.960. Con fecha 27 de abril de 1.964 la Corte dispone que el proceso que cursa ante el Comando del Departamento de Policía del Valle seguido contra Eduardo Jesús Saldarriaga y otros, por los delitos de "robo común, hurto militar, hurto común y abuso de confianza", corresponde a la jurisdicción penal ordinaria y no a la castrense. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez. 467

DELITO DE HOMICIDIO CALIFICADO DE ASESINATO. En tratándose de juicios con intervención del Jurado no es admisible la causal segunda, en orden a debatir los elementos probatorios sobre la responsabilidad del encausado. Diferencia entre veredicto contradictorio y veredicto contraevidente. Causales 2a., 1a. y 7a. de casación penal. Con fecha 27 de abril de 1.964 la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, dictada en el proceso adelantado a Severo Antonio Jiménez Aguirre (a. "el Pollo"), como responsable del delito de homicidio, calificado de asesinato. Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta.. 470

SENTENCIA EN DESACUERDO CON LOS CARGOS FORMULADOS EN EL AUTO DE ENJUICIAMIENTO. Necesaria concatenación de las actuaciones procesales, como son el auto de proceder, la cuestión propuesta al Jurado, el veredicto y el fallo. Alcance de la causal 3a. de casación en los juicios en que interviene el Jurado. Con fecha 30 de abril de 1.964 la Corte invalida parcialmente el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso seguido a Manuel Tiberio Marín por homicidio. Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta. 475

PROCESO POR HOMICIDIO. EL DERECHO DE DEFENSA Y LA NULIDAD CONSTITUCIONAL. Mérito de las pruebas aducidas por el impugnador en la estimación jurídica de la responsabilidad del acusado. Error del acusador en la formulación de la demanda. La nulidad constitucional referida a las garantías del proceso, incide de modo particular en el juicio y no en la averiguación sumaria. Con fecha 5 de mayo de 1.964, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto por el procesado Braulio Valencia, contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que lo condenó por homicidio.. Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta.... 490

LA REVISION, TAL COMO LA CONCIBEN LA LEY Y LA DOCTRINA, NO PUEDE APOYARSE EN ERRORES DE ORDEN JURIDICO. Eficacia coercitiva y preclusiva de la sentencia. Finalidad de los juicios en

Página

cuanto a la certeza y la inmutabilidad de los mismos. Para reparar la injusticia contenida en el error judicial se ha creado la revisión. Paralelos entre los recursos extraordinarios de casación y de revisión. Cuando es posible la revisión de procesos concluídos con sentencia ejecutoriada. Concepto de Manzini sobre la autoridad de la cosa juzgada. La facultad de crear nuevas causales de revisión, compete exclusivamente al legislador. Nulidades de orden supralegal. Con fecha 15 de mayo de 1.964 la Corte niega la revisión del proceso que se siguió contra Alfonso Rodríguez Jiménez por el delito de contrabando. Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta. 496

HOMICIDIO. PRETENDIDA NULIDAD LEGAL (ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DEL DELITO). INTEPRETACION DEL VEREDICTO. Motivos de impugnación sin asidero legal. No es propio promover un debate de índole probatorio a través de la causal 4a., atinente a cuestiones de hecho. Términos del veredicto. Circunstancia específico de atenuación señalada en el art. 23 del C. de P.P. Los Jueces populares deben ser claros al calificar una conducta penal sometida a su juicio. Con fecha 20 de mayo de 1.964 se desecha el recurso de casación interpuesto por el acusado Sérvulo Caviedes Esquivel contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, mediante la cual se le condenó, como responsable del delito de homicidio. Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria..... 510

HOMICIDIO. INTERPRETACION CORRECTA DEL VEREDICTO. El acto de proceder, el veredicto y la sentencia forman un todo, en el cual ésta no es otra cosa que una consecuencia de aquéllos. Motivos de exención de la responsabilidad, de justificación o de atenuación que el Jurado afirme y que el Juez debe aceptar o rechazar. Necesidad de defensa de la vida, del honor o de los bienes. Veredictos que en apariencia son contradictorios. Existencia jurídica del delito en la legislación colombiana. Reconocimiento de la realidad procesal por el Tribunal popular. No siendo contradictorio el veredicto al Juez de derecho no le queda otro camino que acatarlo. Causales 7a. y 3a. de casación. Por sentencia de 12 de junio de 1.964, la Corte no invalida la proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta que absolvió a José Orozco o José de la Cruz López por los delitos de homicidio y lesiones personales. Magistrado Ponente: Dr. Samuel Barrientos Restrepo 517

RECUSACION EN MATERIA PENAL. HIPOTESIS QUE PUEDEN PRESENTARSE AL RESOLVERLA. MOTIVO A QUE SE REFIERE LA CAUSAL 1ª. DEL ART. 73 DEL C. DE P. P. LIBERTAD PROVISIONAL. CUANDO COMPETE A LA CORTE DECRETARLA. La Corte con fecha 12 de junio de 1.964, resuelve que es infundada la recusación propuesta contra el Dr. Demófilo Candela Moriones en su condición de Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali. Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta 526

HOMICIDIO COMETIDO EN RIÑA. ANALISIS DE LA PRUEBA TESTIMONIAL. Tacha a la sentencia del ad quem con fundamento en que el ilícito se cometió en riña imprevista. Cuándo puedan ser viable la circunstancia prevista en el Art. 28 del C. P. y la aminorante del Art. 384 de

Página

la misma obra. Causales 2ª. y 1ª. de casación. Por sentencia de fecha 13 de junio de 1.964, la Corte no casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué que condenó a Sofía Sánchez Díaz por el delito de homicidio. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez 532

PROCESO POR FALSIFICACION DE MONEDAS. Error manifiesto del ad quem en la estimación de las pruebas traídas al proceso. El elemento "a sabiendas" a que se refiere el ord., 4o., del art. 214 del C. P. Comprobación del cuerpo del delito. Cuándo se configura la infracción que define el Art. 217 del C. P. Por sentencia de 16 de junio de 1.964, la Corte no invalida la proferida por el Tribunal Superior de Neiva por medio de la cual condenó a Leonel Londoño Dávila como responsable del delito de falsificación de monedas. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez 538

DELITOS DE HOMICIDIO (ASESINATOS) COMETIDOS EN COMPLICIDAD CORRELATIVA. Sevicia y alevosía. La indigencia y la falta de ilustración sólo pueden obrar como circunstancias de menor peligrosidad cuando hayan influído en la consumación del delito. Homicidios llamados "ad-lasciviam". La sevicia no repugna a la complicidad correlativa, ni ésta a la alevosía. La figura del delito continuado no es procedente en tratándose del homicidio. Circunstancias de mayor y menor peligrosidad. Interpretación y aplicación de los Arts. 36, 37, 38, 39, 363 y 385 del C. P. Causales 2ª. y 1ª. de casación penal. Con fecha 16 de junio de 1.964, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali que condenó a Luis Alberto Vergara Castro y a Jesús Alcides Rendón Camacho por los delitos de homicidio. Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres 545

DELITO DE ROBO. ERRADA INTERPRETACION O APRECIACION DE LOS HECHOS. INIDONEIDAD DE LOS MEDIOS PROBATORIOS ALLEGADOS AL PROCESO. ANALISIS DE LOS FUNDAMENTOS LEGALES Y JURIDICOS DE LA CAUSAL 2ª. CAUSAL 5ª. Con fecha 18 de junio de 1.964, la Corte invalida la sentencia del Tribunal Superior de Medellín por medio de la cual condenó a Néstor Trejos Marín y Luis Alfonso Grajales Vanegas como responsables del delito de robo. Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria 554

DELITO DE ESTAFA. Proceso rituado conforme a las normas del Decreto 0014 de 1.955. Maniobras engañosas para inducir en error a la víctima. Causales 4ª., 1ª. y 2ª. de casación. Supuestos vicios de nulidad procesal de orden constitucional y legal. Con fecha 23 de Junio de 1.964, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en la causa que condenó a Armando Amaya Blanco o Benjamín Amaya Blanco o Pedro Castiblanco o Pedro Blanco (A. "El Llanero") como responsable del delito de estafa. Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta 568

HOMICIDIO. CAUSALES 3ª. y 4ª. DE CASACION PENAL. Acusación de la sentencia por no estar en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, por violación de la ley procedimental y por presunta nulidad supralegal. Técnica deficiente de la demanda. Motivos a que

Página

se refiere el ord. 3o. del art. 567 del C. de P. P. Interpretación del ord. 5o. del art. 363 del Código Penal. Con fecha 24 de junio de 1.964 la Corte, desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva que condenó a Luis Antonio Reyes Rodríguez como responsable del delito de homicidio. Magistrado Ponente: Dr. Samuel Barrientos Restrepo 575

DELITOS DE HOMICIDIO AGRAVADO Y LESIONES PERSONALES. Ordinales 4o., 2o. y 1o. del Art. 567 del C. de P. P. Observaciones sobre la técnica de casación. Tacha de nulidad constitucional. Alcances jurídicos de la inexequibilidad. Cuando la Corte actúa como tribunal de casación hay que demostrarle lo que se sostiene o afirma, porque este recurso extraordinario no es una tercera instancia. No es lo mismo esbozar un cargo que demostrarlo. Con fecha 24 de junio de 1.964 la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Popayán que condenó a Julián Galeano, Ernesto Pérez Cerón, Marcelino Trochez Vitonás y Manuel Zapata Ruiz (a. "Capitán Metralla") por los delitos de homicidio agravado y lesiones personales. Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta 581

HOMICIDIO. LA CORTE REITERA SU DOCTRINA ACERCA DEL ALCANCE DE LA CAUSAL TERCERA DE CASACION PENAL EN LOS JUICIOS EN QUE INTERVIENE EL JURADO. NECESARIA CORRESPONDENCIA ENTRE EL AUTO DE VOCACION A JUICIO, EL VEREDICTO Y LA SENTENCIA. Con fecha 30 de junio de 1.964, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín por medio de la cual condenó a José de Jesús López Marín como responsable del delito de homicidio. Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta 589

SALA DE CASACION LABORAL

REMUNERACION DE DESCANSOS LEGALES. TECNICA DE CASACION. Cuando el salario pactado es variable, la determinación en juicio de lo debido al trabajador, por concepto de descansos legales, reposa en el presupuesto de que se acredite el salario de todas las semanas durante el período de servicio. 2. Técnica del recurso de casación referido a la prueba del error de hecho. Por sentencia de fecha 8 de abril de 1.964 la Corte NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, recaída en el juicio adelantado por Mario Galvis contra "Enciclopedia Británica Limitada". Magistrado Ponente: D. José Joaquín Rodríguez. 599

SALARIO VARIABLE Y LIQUIDACION DEL DESCANSO EN DOMINGOS Y DIAS FESTIVOS. SALARIO A BASE DE SUELDO Y SALARIO VARIABLE. LA SALA REAFIRMA SUS ANTERIORES DOCTRINAS. Por sentencia de fecha 9 de abril de 1.964, la Corte NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario laboral promovido por Octavio Valencia Rivas

Página

contra Sears Roebuck de Bogotá S. A. Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A. 604

REMUNERACION DE LOS DESCANSOS DOMINICALES Y FESTIVOS. SALARIO FIJO Y SALARIO VARIABLE. Diferente régimen para determinar lo debido por descansos legales según que se haya pactado sueldo u otra forma distinta de pago. Cómputo de los descansos cuando la remuneración del trabajo no es fija sino variable. Reafirma la Sala sus doctrinas sobre estas materias. Por sentencia de fecha 9 de abril de 1.964 la Corte NO CASA la sentenca recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio promovido por Fernando Abondano F. contra "Sears Roebuck de Colombia, S. A". Magistrado Ponente Dr. Luis Fernando Paredes A..... 612

DESCANSOS DOMINICALES Y FESTIVOS. COMO SE LIQUIDAN CUANDO EL SALARIO ES VARIABLE. EL SUELDO COMO TIPO DE REMUNERACION FIJA. REAJUSTE DE CESANTIA Y PRIMAS DE SERVICIO. INDEMNIZACION MORATORIA. REITERACION DE DOCTRINAS DE LA SALA. Por sentencia de 13 de abril de 1.964, la Corte NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en juicio promovido por Oscar Botero contra Sears Roebuck de Colombia S. A. Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A. 619

TECNICA DE CASACION. INDEMNIZACION MORATORIA Y LUCRO CESANTE. INTERPRETACION DE LA DEMANDA. EL JUEZ DE INSTANCIA Y LA ESTIMACION DE LA PRUEBA. VIOLACION DEL CONTRATO DE TRABAJO POR PARTE DEL PATRONO. 1. Sin la cita de los cánones legales con influencia en la decisión, como la exige la preceptiva técnica del recurso extraordinario, la acusación es inestimable. 2. La consignación de que habla el artículo 65 del CST. debe hacerse al terminar el contrato, no dentro del término de que dispone el patrono para contestar la demanda. La violación directa de la ley sustantiva y la indebida aplicación de la misma. 3. La condena a título de perjuicios por el lucro cesante (art. 64 CST.), no es incompatible con la condena por concepto de indemnización moratoria (art. 65. 4). La demanda es susceptible de interpretación. 5 Técnica de casación referida a la violación de la ley por error de hecho. 6. Facultades del fallador de instancia en la estimación de los elementos de juicio. Por sentencia de 14 de abril de 1.964 la Corte NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Medellín en juicio ordinario laboral promovido por Gerardo Ospina L. contra Lázaro Gómez Jiménez. Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez.. 629

SALARIO FIJO Y SALARIO VARIABLE. EL SUELDO COMO TIPO DE REMUNERACION FIJA. LIQUIDACION DEL DESCANSO LEGAL CUANDO EL SALARIO ES VARIABLE. REITERACION DE DOCTRINAS DE LA SALA. Por sentencia de 16 de abril de 1.964, la Corte NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Barranquilla en juicio de Climaco Conde Herrera contra Sears Roebuck del Caribe S. A. Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A..... 641

Página

SANCION MORATORIA Y EXONERACION DE LA MISMA. CESANTIA DESTINADA A COMPRA DE INMUEBLES. TERMINACION UNILATERAL E ILEGAL DEL CONTRATO. COMPUTO DEL PLAZO PRESUNTIVO. 1 Cuándo es aplicable la sanción moratoria y cuándo el patrono queda exonerado de la misma. Condiciones para que sea válido el pago de la cesantía destinada a compra de inmuebles. Por sentencia de fecha 17 de abril de 1.964, la Corte NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en juicio ordinario laboral promovido por Jaime Cuenca Lara contra la Sociedad de responsabilidad limitada denominada "Leonidas Lara e Hijos". Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez..... 648

HOMOLOGACION PARCIAL DE UN LAUDO ARBITRAL. FACULTADES Y LIMITACIONES DE LOS ARBITROS. NUEVA DOCTRINA DE LA SALA SOBRE EL EFECTO RETROSPECTIVO DE LOS LAUDOS ARBITRALES. 1 El laudo arbitral debe conformarse, entre otras cosas, al pliego de peticiones. 2 No ofrece reparo el laudo por cuanto establece indemnizaciones a favor de los trabajadores despedidos en virtud de la cláusula de reserva o del plazo presuntivo. 3 El artículo séptimo, aparte de que excede lo pedido, coarta de manera inaceptable la libertad contractual de las partes en cuanto fija por anticipado el término de vigencia de las futuras convenciones. 4 Si las partes que celebran una convención colectiva pueden libremente determinar que sus estipulaciones entren en vigencia desde fecha anterior a su firma, sin invadir desde luego el ámbito temporal de la convención anterior, lógicamente debe deducirse que el laudo arbitral, al que se le aplica por extensión el régimen de aquélla, también puede hacerlo. Razones de diversa naturaleza que refuerzan este nuevo criterio de la Sala. Por sentencia de 21 de abril de 1.964, la Corte decide el recurso de homologación interpuesto contra el laudo arbitral proferido el 26 de junio de 1.963, recaído en el conflicto colectivo del Sindicato de Trabajadores de la Cooperativa Industrial Lechera de Colombia "Cidelco" y la Empresa mencionada. Magistrado Ponente: Dr. Roberto De Zubiría C..... 661

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS DOCTORES ROBERTO DE ZUBIRIA C. Y JOSE JOAQUIN RODRIGUEZ CON RELACION AL FALLO ANTERIOR. Sostienen los Magistrados disidentes que si bien las partes pueden acordar en convención colectiva que la vigencia de la misma empiece antes de su firma, los árbitros no gozan de facultades suficientes para hacer una declaración semejante..... 678

TECNICA DE CASACION. CARGA DE LA PRUEBA. RECLAMACION DE DIVERSAS PRESTACIONES E INDEMNIZACIONES. 1 En casación sólo influyen los preceptos legales que crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas. 2 No basta, en casación, que la sentencia acusada se haya equivocado en la apreciación de medios probatorios, sino que a consecuencia de tal operación incida en errores de hecho o derecho. No es de recibo en casación alegar en un solo cargo, en relación con las mismas disposiciones legales, la errónea interpretación de la ley y su violación indirecta por errónea estimación de pruebas. 3 En el supuesto de que trata el artículo 267 del C.S.T., incumbe al empleado probar el despido sin justa causa. 4 La violación de un cánon legal por errónea interpretación, es

Página

motivo extraño al análisis probatorio. Por sentencia de fecha 30 de abril de 1.964, la Corte NO CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en el juicio ordinario de Antonio José Valencia contra Bernardo Mejía Marulanda. Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez..... 684

RECURSO DE HOMOLOGACION. INCONSONANCIA ENTRE LA SUPLICA Y LA DECISION. FACULTADES DEL ARBITRO. RECLAMACION CONTRA VARIAS DISPOSICIONES DEL LAUDO SOBRE AUMENTO DE SALARIOS, ESTABILIDAD DEL EMPLEO, CALIDAD DE LA ALIMENTACION, REMUNERACION DE DIAS FESTIVOS Y ESTABLECIMIENTO DE CIERTAS PRIMAS ESPECIALES. 1 Falta de consonancia entre lo resuelto y lo pedido. Cuando se presenta inconformidad entre la decisión del laudo y la pretención del pliego, la inconsonancia basta para declararla inexaquible. Que el árbitro tenga potestad en materias de índole económica para decidir discrecionalmente, no significa que pueda hacerlo fuera de los términos del petitum. 2 Examen del artículo 143 del Código de Procedimiento Laboral. Su alcance no es de limitar las facultades del árbitro al extremo de privarlo de toda iniciativa en la resolución justa del conflito si encuentra asidero en peticiones expresas contenidas en las demandas del sindicato. Por sentencia de 5 de mayo de 1.964 la Sala decide el recurso de homologación interpuesto contra el laudo arbitral de fecha 31 de marzo del mismo año recaído en el conflicto colectivo entre el sindicato de Trabajadores de la Clínica de Marly y la referida empresa. Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez..... 691

LIQUIDACION DE LO DEBIDO POR DESCANSOS LEGALES CUANDO EL SALARIO ES VARIABLE. RECARGO POR TRABAJO NOCTURNO. PRIMAS DE SERVICIO. SANCION MORATORIA. TECNICA DEL RECURSO DE CASACION. 1 La violación directa y la violación indirecta de la ley. Indebida confusión de distintos conceptos de violación legal. 2 Equivocada manera de atacar en casación un juicio de contenido eminentemente jurídico. 3 Cual es la base para computar la remuneración de los descansos dominicales cuando el salario es variable. Examen del artículo 176 del C.S.T. 4 Remuneración del descanso en los días de fiesta, según el artículo 177 del C.S.T. Por sentencia de fecha 6 de mayo de 1.964, la Corte NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito de Bogotá en el juicio de Julio Alberto Molina contra Sears Roebuck de Colombia S. A. Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.. 703

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

PROPIEDAD PRIVADA DEL SUBSUELO PETROLIFERO. Prosperan varias de las acciones acumuladas. Elementos requeridos para el éxito de esta clase de acciones. Condiciones para que pueda alegarse con fortuna la justa prescripción. Estudio de los elementos probatorios allegados al proceso. Por sentencia de fecha 10 de abril de 1.964 la Corte decide las acciones acumuladas, sobre propiedad privada del subsuelo petrolífero, en que figuran como actores Evangelina Pulecio de Gálvez, Alfonso Pu-

Página

lecio Leiva, José de Jesús Pulecio Leiva, Emma Lozano Pulecio de Melendro, José Lozano Arciniegas, Elías Quimbayo, Miguel Ortiz, María Francisca Rivas de Medina y varios otros. Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau 717

OCUPACION DE HECHO O EXPROPIACION INDIRECTA. Acción de dominio y de restitución de un predio ocupado por la Nación para trabajos públicos. Subsidiario de pago del valor del inmueble junto con los intereses respectivos. Elementos de la acción y su prueba. Por sentencia de fecha 14 de abril de 1.964, La Corte CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá dentro del juicio adelantado por Miryan Garcés de Collins, Amparo Garcés de Castro y Elisa Garcés de Tamayo contra la Nación. Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña. 738

ACCIONES DERIVADAS DE LA OCUPACION DE PREDIOS PRIVADOS POR TRABAJOS DE OBRAS PUBLICAS. PRESCRIPCION. ELEMENTOS DE LA ACCION. AVALUO DEL DAÑO. 1. La caducidad del plazo de que trata el artículo 263 del CCA. si no se ejercita la acción dentro de los dos años de verificada la ocupación, no es aplicable en estos juicios que se adelantan ante la justicia ordinaria. 2. Condiciones axiológicas de esta clase de acciones. 3. El resarcimiento no puede comprender la valorización que la obra o servicio público ocasiona. Por sentencia de fecha 14 de abril de 1.964, la Corte CONFIRMA, con una modificación, la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali recaída en el juicio ordinario incoado contra la Nación por la Sociedad "Gutiérrez Hermanos & Cía. Ltda.". Magistrado Ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo. 745

PRUEBAS ACOMPAÑADAS A LA DEMANDA. PERDIDA DE MERCANCIAS EN LAS ADUANAS. COMPETENCIA DE LA JUSTICIA ORDINARIA. 1. No pueden dejar de estimarse las pruebas acompañadas a la demanda. 2. Responsabilidad objetiva de la Nación por pérdida o deterioro de mercancías almacenadas en bodegas oficiales. Por sentencia de fecha 15 de abril de 1.964, la Corte CONFIRMA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en juicio ordinario de Carlos Rivas Romero contra la Nación. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo. 759

PETROLEOS. Requisitos necesarios para la prosperidad de esta clase de acciones. En el caso de autos no aparece plenamente establecido que el predio haya salido del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1.873. Por sentencia de fecha 20 de abril de 1.964, la Corte ABSUELVE a la Nación dentro del juicio civil ordinario de única instancia promovido por Helena Vinagre viuda de Ramírez, María Vinagre viuda de Uribe y Guillermo Palacio Rudas. Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Gráu. 762

REGIMEN DE LA PROPIEDAD MINERA. COMO SE PRUEBA LA PROPIEDAD PARTICULAR DE LAS MINAS. REAFIRMA LA SALA LAS NUEVAS CONCLUSIONES A QUE HA LLEGADO EN ESTAS MATERIAS. CRITICA DEL TESTIMONIO. 1. El sistema de la accesión del suelo en el derecho minero. 2. Condiciones para que las informaciones coincidentes de dos o más testigos tengan valor de plena prueba. 3. Es indispensable acreditar que la mina fue conocida con anterioridad a la reserva nacional.

Página

Por sentencia de fecha 22 de abril de 1.964, la Corte REVOCA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, y en su lugar absuelve a la Nación de los cargos formulados contra ella por Rosa María Montoya viuda de Mejía, en juicio ordinario de minas. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo 770

EMBARGO Y SECUESTRO PREVENTIVO DE BIENES DEPARTAMENTALES. LA INTERPRETACION DE LA LEY. El embargo y secuestro preventivos de bienes de propiedad de un Departamento carece de finalidad práctica, porque la conducta que con tales medidas se trata de prevenir es imposible en esa entidad administrativa, y en cambio, su aplicación resulta injurídica pues no precabe un riesgo, pero sí puede producir la parálisis de los servicios administrativos. Hace tiempo que fue superada la interpretación meramente textualista de la ley, por el método científico. Por providencia de fecha 29 de abril de 1.964 se confirma el auto proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué que negó las medidas preventivas solicitadas contra el Departamento de Tolima por Alvaro Ricaurte Pardo. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo..... 780

ACUMULACION DE ACCIONES. DEMANDA EN FORMA. CADUCIDAD DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. A QUIEN COMPETE DECLARAR LA CADUCIDAD. REVISION DE LA DECLARACION DE CADUCIDAD POR LA RAMA JURISDICCIONAL. COMPETENCIA DE LA CORTE. RESOLUCION DE CONTRATOS. 1. Acumulación de acciones contradictorias. Presupuesto procesal de demanda en forma. Caducidad de contratos administrativos. La Resolución de caducidad está sujeta a la posterior revisión de la rama jurisdiccional. Objeto de la sentencia judicial y efectos de la misma, cuando en el juicio se impugna la legalidad de la Resolusión de caducidad: 2. Hasta dónde se extiende la competencia de la jurisdicción civil, cuando se trata de decidir sobre la legalidad o la ilegalidad de la Resolución que declara la caducidad de un contrato 3. A quien compete hacer la declaración de caducidad según el artículo 255 del Código Contencioso Administrativo. 4. Resolución de contratos con indemnización de perjuicios. Motivos que en el caso contemplado impiden la resolución del contrato administrativo y lo condena al pago de los perjuicios. Por sentencia de fecha 21 de mayo de 1.964, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, decide sobre la demanda formulada, en juicio ordinario de única instancia, por el Dr. Alfonso Mejía Vásquez contra la Nación: Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña 785

ACCION SOBRE PROPIEDAD PRIVADA DEL SUBSUELO PETROLIFERO. FUNDAMENTOS DE HECHO DE ESTA CLASE DE ACCIONES. SUSTANCIALES VACIOS PROBATORIOS EN EL CASO DE AUTOS. Por sentencia de fecha 27 de mayo de 1.964, la Corte Suprema de justicia, Sala de Negocios Generales, decide el juicio ordinario de única instancia, sobre propiedad del subsuelo petrolífero, adelantado contra la Nación por Jesús María Henao De Francisco. Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau 796

PETROLEOS. VALOR PROBATORIO DE LAS ACTAS DE REMATES Y DE LAS DILIGENCIAS DE POSESION, COMO MEDIOS DE

Página

ACREDITAR LA SALIDA DE TIERRAS DEL DOMIMIO DEL ESTADO. La mejor fuente de interpretación de las normas jurídicas que rigieron en la época colonial se halla en la manera como las autoridades de entonces las aplicaron. El verdadero título de enajenación de los bienes de Temporalidades no era el acta de remate, sino la escritura pública de traspaso de la propiedad. El solo remate no hacía propietario de las tierras al que triunfaba en la almoneda. La diligencia de posesión precedía a la expedición de la escritura, y por sí sola no constituye indicio necesario de que al remate se le hubiera transferido en forma legal el predio rematado. Por sentencia de fecha 2 de junio de 1.964, la Corte declara infundada la oposición formulada por antes los demandantes Carlos Maldonado B. y Alejo Maldonado R. y en consecuencia absuelve a la Nación de los cargos formulados contra ella en juicio sobre propiedad privada del petróleo. Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Arajo Grau 803

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO. PRESUNCION DE CULPA EN ACTIVIDADES PELIGROSAS. PRESCRIPCION DE ESTA CLASE DE ACCIONES. 1. Presunción consagrada en el artículo 2356 del Código Civil cuando el daño proviene de actividades caracterizadas por su peligrosidad. Responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas, públicas y privadas. 2. La tesis de las fallas del servicio y la responsabilidad del Estado. 3. Término de prescripción en estas acciones según sus especies. Por sentencia de fecha 17 de junio de 1.964, la Corte confirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, dentro del juicio ordinario adelantado por Benigna Rodríguez viuda de Machado contra la Nación. Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Zambrano 807

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS Y EN ESPECIAL DE LAS DE DERECHO PUBLICO. LA DOCTRINA DE LA RESPONSABILIDAD DIRECTA. Responsabilidad directa de las personas morales por el hecho culposo de sus funcionarios o empleados. Puede haber casos en que la actividad dañosa del funcionario no rebase la esfera jurídica personal. No siempre es forzoso identificar al funcionario causante del daño. Por sentencia de fecha 19 de junio de 1.964, la Corte confirma la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial del Manizales dentro del juicio ordinario promovido por Julio Aristizábal Galín contra la Nación y el Departamento de Caldas. Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau 816

EXCEPCIONES PERENTORIAS EN JUICIO EJECUTIVO. INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION CONTENIDA EN UN PAGARE. Por sentencia de fecha 19 de junio de 1.964 la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, revoca la del Tribunal Superior de Quibdo, recaída en juicio ejecutivo adelantado contra el Departamento del Chocó por el Dr. Alejandro Burgaleta García. Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña 820

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. RAMIRO ARAUJO GRAU 829

Página

JURISDICCION COACTIVA. A QUIEN CORRESPONDE CONOCER DE LAS APELACIONES. EXCEPCIONES Y TERCERIAS EN ESTA CLASE DE JUICIOS. Estudio de las disposiciones legales que atañen a la competencia de la Corte y del Consejo de Estado en estos procesos. Incorporación por remisión de un texto legal en otro. Vigencia actual de las disposiciones contenidas en los artículos 3o. y 4o. de la ley 67 de 1.943. Resolución de objeciones. Por auto de fecha 19 de Junió de 1.964, la Corte dispone enviar al Consejo de Estado el expediente que contiene el juicio ejecutivo que, por jurisdicción coactiva, adelanta el Estado contra Victor Ramón Hernández Gaitán. Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña... 832

* * *

NOTA:

Con fecha 1o. de julio de 1.966 tomó posesión del cargo de Relator Judicial de la Corte Suprema de Justicia el Dr. Eusebio Cabrales Pineda.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

NOTA DE LA RELATORIA:

Termina aquí el Tomo 107 de la GACETA JUDICIAL, comprensivo de los fallos y demás providencias dictadas por la Corte durante el segundo trimestre de 1.964. Los índices y la jurisprudencia de este tomo, junto con todos los de este año, se publicarán en el Tomo 110.

El Relator