REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CXV

BOGOTA, D. E. TIPOGRAFIA "SIGLO XX" LIMITADA - 1970

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

SALA PLENA

Doctores LUIS CARLOS ZAMBRANO, **Presidente.**
GUSTAVO FAJARDO PINZON, **Vicepresidente.**
Ricardo Ramírez L., secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

Doctor ENRIQUE LOPEZ de la PAVA, **Presidente.**
Ricardo Ramírez L., Secretario.

MAGISTRADOS: Doctores **Flavio Cabrera Dussán**
Anibal Cardoso Gaitán
Gustavo Fajardo Pinzón
Ignacio Gómez Posse
Enrique López de la Pava
Arturo C. Posada

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Doctor SAMUEL BARRIENTOS RESTREPO, **Presidente.**
Pioquinto León L., Secretario.

MAGISTRADOS: Doctores **Humberto Barrera Dominguez**
Samuel Barrientos Restrepo
Eduardo Fernández Botero
Simón Montero Torres
Efrén Osejo Peña
Julio Roncallo Acosta
Primitivo Vergara Crespo
Luis Carlos Zambrano

SALA DE CASACION LABORAL

Doctor ADAN ARRIAGA ANDRADE, **Presidente**
Vicente Mejía Osorio, Secretario.

MAGISTRADOS: Doctores **Ramiro Araújo Grau**
Adán Arriaga Andrade
Luis Alberto Bravo
Luis Fernando Paredes
Carlos Peláez Trujillo
Victor G. Ricardo

RELATORIA

Relator: Doctor DIEGO E. CRISTANCHO M.
Relator Judicial Auxiliar: **Doctor Carlos Manuel Gutiérrez E.**

Nota: Con fecha 17 de marzo del año en curso el doctor Antonio Moreno Mosquera reemplazó al doctor Primitivo Vergara Crespo quien renunció el cargo de Magistrado de la H. Corte.

Enero a Marzo de 1966.

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

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

TOMO CXV | Bogotá - Colombia | Enero, febrero, marzo 1966 | No. 2280

SALA PLENA

PROPOSICION APROBADA EN SESION PLENARIA DE LA CORTE DE FECHA 13 DE ENERO DE 1.966, CON MOTIVO DEL RETIRO DEL DOCTOR EDGAR MARTAN GONGORA DEL CARGO DE MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA

"Al aceptarle la renuncia del cargo de magistrado de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, la corte Suprema de Justicia deja constancia en el acta de la sesión de esta fecha, de su reconocimiento al doctor Edgar Martán Góngora, notable jurista, por los invaluables servicios prestados a la administración de justicia. Comuníquese en nota de estilo al doctor Martán Góngora, e insértese en la Gaceta Judicial".

(Proposición aprobada en Sala Plena de 13 de enero de 1966)

PROPOSICION APROBADA POR LA CORTE SUPREMA CON MOTIVO DEL FALLECIMIENTO DEL CONSEJERO DE ESTADO SEÑOR DOCTOR ABEL MERCADO MERCADO

"La Corte Suprema de Justicia consigna en el acta de esta fecha el testimonio de su profundo pesar por la muerte del muy ilustre jurista doctor Abel Mercado Mercado, acaecida recientemente en Bogotá cuando desempeñaba, con admirable talento, eficacia, y probidad,el alto cargo de Consejero de Estado.
Copia de la presente moción se enviará en nota de estilo a los deudos del extinto y al Consejo de Estado.
Publíquese en la Gaceta Judicial".

(Aprobada en Sala Plena de 15 de febrero de 1966)

MOCION DE DUELO APROBADA EN SALA PLENA CON MOTIVO DEL FALLECIMIENTO DEL DOCTOR JOSE ANTONIO CAYCEDO, EX–MAGISTRADO DE TRIBUNAL SUPERIOR.

La Corte Suprema de Justicia, deplora el fallecimiento del doctor José Antonio Caycedo, eminente jurista y ex-Magistrado del Tribunal Superior de Ibagué, en el que dejó claras huellas de su pericia en las disciplinas del Derecho, ciencia que supo cultivar con ejemplar probidad a lo largo de su meritoria vida.
En nota de estilo, transcríbase esta moción a la viuda e hijos del extinto.
Publíquese en la Gaceta Judicial.

(Sesión de 22 de febrero de 1966)

PROPOSICION APROBADA EN SESION PLENARIA DE LA CORTE, POR LA CUAL SE DEPLORA EL RETIRO DEL CARGO DE MAGISTRADO DE LA CORPORACION DEL SEÑOR DOCTOR PRIMITIVO VERGARA CRESPO.

La Corte Suprema de Justicia, al aceptar, por el carácter de irrevocable, la renuncia presentada por el señor doctor Primitivo Vergara Crespo para separarse del cargo de Magistrado de la Sala Penal de la Corporación, deplora sinceramente ese retiro y deja claro testimonio de la valiosa colaboración que en sus tareas prestó a la Corte tan ilustre jurista y caballero sin tacha.
Transcríbase al doctor Vergara Crespo en nota de estilo e insértese en la Gaceta Judicial.

(Aprobada en Sesión Plenaria de fecha 22 de febrero de 1966)

CALENDARIO ELECTORAL

EXEQUIBILIDAD DEL ARTICULO 1o. DE LA LEY 47 DE 1946 EN CUANTO SEÑALA AL TERCER DOMINGO DE MARZO DEL AÑO CORRESPONDIENTE PARA LAS ELECCIONES DE SENADORES DE LA REPUBLICA, REPRESENTANTES AL CONGRESO Y DIPUTADOS A LAS ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES

Por lo que hace a su origen, el señalamiento del tercer domingo de marzo del año respectivo para tales comicios, no puede ser inconstitucional.-Y en cuanto al contenido del precepto acusado, no se advierte ninguna incompatibilidad, incongruencia ni oposición entre la norma del art. 10 de la reforma plebicitaria y la Ley preexistente (Art. 1o. de la Ley 47 de 1946).-La Corte rectifica la tesis en relación con la hipotética ilegalidad de un precepto legal, originalmente exequible, con una reforma constitucional posterior.

1.-Entre las materias atribuídas por la Constitución a la ley está el señalamiento de las fechas en que deban realizarse las elecciones populares periódicas de los senadores, representantes a la Cámara y diputados a las Asambleas Departamentales: por lo que hace a su origen, el señalamiento del tercer domingo de marzo del año respectivo para tales comicios, simple desarrollo de la Carta, no puede ser inconstitucional.

2.-En cuanto al contenido del precepto acusado, (art. 1o. de la Ley 47 de 1946) la Corte encuentra, como el Procurador, que consta de dos partes no solo distintas sino conceptualmente inconfundibles: la fijación legal de la fecha en que deben realizarse los comicios, es independiente de las referencias que allí mismo se hacen a la duración de los períodos legislativos y a su iniciación, aspectos regulados por la propia Carta e inmodificables por la Ley. La enmienda constitucional de 1957 trasladó el cómputo de esos períodos, como lo anota el acusador, de años impares (imparidad proveniente del art. A. de las Disposiciones Transitorias del Acto legislativo No. 3 de 1910, que ordenó contarlos a partir de 1911) por años pares (contados desde 1958). Pero de allí no se deriva ninguna incompatibilidad, incongruencia ni oposición entre la norma del Plebiscito y la Ley preexistente, porque tanto si los períodos legislativos comienzan y concluyen en años pares como impares, y así se computen desde 1911 o 1947 o 1958, de todos modos habrá un "tercer domingo de marzo" en cualquier año del calendario gregoriano.

Conviene, sin embargo, rectificar la tesis que sustenta la Procuraduría en relación con la hipotética incompatibilidad de un precepto legal, originalmente exequible; con una reforma constitucional posterior. Ya esta Corporación dijo en sentencia de 16 de diciembre de 1965 a ese respecto: "La Constitución, para los efectos de la acción de inexequibilidad, debe tomarse como un todo armónico, congruente, unitario, intemporal y estable y no como la yuxtaposición de reformas sucesivas. Nada importa que una ley se haya conformado en la época de su expedición con la norma suprema entonces vigente; si, demandada, por cualquier ciudadano, la declaración

de su inexequibilidad, se la encuentra en pugna con la Carta, en razón de enmiendas posteriores, tal declaración sería ineludible, precisamente porque a la Corte le está confiada 'la guarda de la integridad' de la Ley de Leyes (art. 214).

"Este entendimiento no es inconciliable con el art. 9o. de la Ley 153 de 1887, según el cual 'la Constitución es Ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente; toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu se desechará como insubsistente'.

"Y menos con el art. 215 de la propia Carta: 'En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales, pues la apreciación del orden jerárquico de las normas en pugna, para desechar la inferior e imponer la superior, de oficio o por vía de defensa procesal, está atribuída exclusivamente a los funcionarios que deban aplicarlas en cada caso, sin necesidad de previa declaración de inexequibilidad. Los particulares, en cambio, sometidos a las leyes, aún a las que reputen inconstitucionales, solo tienen expedita la acción de inexequibilidad, cuya culminación ha de ser por lo mismo positiva, en uno u otro sentido, pero no inhibitoria.

"Y si la reiterada jurisprudencia de la Corte declara improcedente el fallo cuando la derogación expresa o tácita de la disposición acusada ha sustraído de su poder decisorio la materia del pleito, siempre se ha referido a la derogación resultante de otro acto de la misma jerarquía (un nuevo Decreto extraordinario o una nueva ley) pero nunca a la pugna entre la Constitución y la Ley".

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, D. E., Febrero primero de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Adán Arriaga Andrade).

En ejercicio de la acción pública instituída por el art. 214 de la Constitución, el ciudadano CESAR CASTRO PERDOMO pide que se declare inexequible el art. 1º de la Ley 47 de 1946, "que señala el tercer domingo de Marzo para llevar a cabo las elecciones futuras de Senadores, Representantes y Diputados", porque, a su entender, "esa fijación se hizo exclusivamente para las elecciones populares que se realicen cada cuatro y cada dos años contados a partir de 1947, es decir, mientras los períodos respectivos comiencen y terminen en años impares, tal como claramente se expresa en su texto"; y dado que el art. 10 de la reforma plebiscitaria de 1957 cambió "el comienzo y terminación de los períodos legislativos de los senadores, representantes y diputados, de años impares a años pares", (al disponer "que los nuevos períodos comenzarían el 20 de Julio de 1958, con excepción de los correspondientes a los Diputados, cuya fijación se dejó al arbitrio del Congreso"), sin que ninguna norma posterior haya señalado "una fecha de carácter general para las futuras elecciones que se realicen en años pares y bajo el régimen del Frente Nacional", la aplicación del precepto acusado sería violatoria de la Carta. Agrega que dicho precepto, "además, quebranta después del Plebiscito, el art. 180 de la Constitución Nacional porque no ha sido señalamiento hecho para regular elecciones populares posteriores al Plebiscito de 1957, existiendo una omisión del legislador en hacer tal determinación".

Al descorrer el traslado de la demanda, el Procurador General de la Nación sostiene que la decisión impugnada consta de "dos partes bien diferenciables: la una, que señala la fecha en que deben realizarse las elecciones para Senadores, Representantes y Diputados, o sea, la del tercer domingo de Marzo; la otra, que trata de los períodos legislativos (cuatro años para los Senadores y dos para los Representantes y Diputados) con indicación de las fechas en que comienzan a contarse tales períodos". De la primera, dice que "es función de la ley" y de la segunda, "punto reservado a la Constitución"; por lo que "cualquiera variación que la Constitución haga respecto de duración de los períodos o del día en que deban empezar a contarse, no tiene nada que ver con la fecha que la ley señale para verificar las respectivas elecciones: Siempre habrá una fecha —indicada por la ley— para efectuar las votaciones en que se elijan Senadores y Representantes, cuyos períodos —en cuanto a su duración y día en que se inicien— son fijados por la Constitución Nacional".

Luégo rechaza la afirmación del actor de

que el señalamiento legal de 1946 se hizo exclusivamente para las elecciones a cargos representativos cuyos períodos comenzarán y terminarán en años impares: "La Ley 47 no hace distinción alguna, y no parece lícito que el intérprete la haga. En lo que era propio de las atribuciones del Congreso, o sea en cuanto a la fijación de fecha para elecciones, se señalaron para el tercer domingo de marzo, sin consideración a la duración de los períodos de las corporaciones ni a la fecha de su iniciación y terminación, ni a que éstas correspondieran a años pares o impares", comoquiera que "todos los años tienen, sin excepción, un tercer domingo de marzo, y siempre, sea que los períodos principien y terminen en años pares o impares, será ineludible verificar las correspondientes elecciones para el período inmediato, y ellas tendrán lugar en la fecha que la ley indique".

Avanzando en el examen de la acusación, dice el colaborador que la Ley 47 de 1946 "no puede ser violatoria del art. 10 de la reforma constitucional plebiscitaria, por la muy simple razón de que ésta es posterior en once años a aquella"; de donde en el supuesto de que hubiera incompatibilidad entre ambas normas, habría de desecharse la legal como insubsistente, conforme al art. 9º de la Ley 153 de 1887, sin poderse decidir sobre su exequibilidad, por sustracción de materia. "En mi opinión —continúa el Procurador— no puede darse el caso de que la H. Corte Suprema de Justicia, dentro de un juicio de esta naturaleza, se pronuncie en el sentido de que esa disposición legal vino a ser inexequible por incompatibilidad con una norma constitucional adoptada después de dictada y sancionada aquélla. La ley es constitucional o no lo es; pero no puede convertirse en inconstitucional por la vigencia de un nuevo principio de la Carta Fundamental, por cuanto, si es incompatible con él, automáticamente queda derogada por la Constitución, que es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente".

En lo atinente a la omisión que la demanda imputa al legislador como violatoria del art. 180 de la Carta por "no haberse dictado la ley sustitutiva de la acusada" con posterioridad al Plebiscito, la vista fiscal expresa que esa hipotética omisión "no podría demandarse como inconstitucional ante la H. Corte ni ésta podría declararla inexequible, toda vez que la función que al Tribunal Supremo le asigna el art. 214 de la Carta es, para el caso, la de declarar inexequibles las leyes que ante él se acusen; pero no se entiende cómo pudiera declarar inconstitucional la no-ley, la ausencia de ley". Y si lo inconstitucional es, para el recurrente, la aplicación futura que se le dé a la ley acusada, tampoco a la Corte "corresponde pronunciarse sobre este aspecto", pues no es de su competencia "decir por qué ley deban regirse las próximas elecciones para senadores y representantes, ni emitir concepto alguno sobre la validez o invalidez de las que se hagan con aplicación de una u otra ley".

"Pero hay un argumento definitivo en mi entender —concluye el Procurador—, que deja sin base alguna todas las tesis del actor. El art. 1º de la Ley 119 de 1959 dispuso que «en las elecciones para corporaciones públicas, que deberán hacerse el tercer domingo de marzo de 1960, de conformidad con la ley, los ciudadanos que no tengan cédula de ciudadanía laminada podrán votar, previa su identificación y registro ante los Registradores Municipales del Estado Civil o sus delegados». Esta disposición legal, posterior al Plebiscito de 1957, se dictó para autorizar el voto a los ciudadanos no provistos de cédula de ciudadanía laminada, pero en manera alguna para hacer señalamiento de fecha para las elecciones que se avecinaban. En cuanto a esta fecha, se remitió al tercer domingo de marzo, que era la que regía de conformidad con la ley". Interpretación legislativa que, a juicio del colaborador, "llenaría cualquier vacío o cualquiera omisión que pretendiera encontrarse" en las normas vigentes sobre la materia.

Para decidir, la Corte considera:

El precepto acusado reza textualmente:

"Las elecciones para Senadores de la República, Representantes al Congreso y Diputados a las Asambleas Departamentales, se verificarán el tercer domingo de marzo para períodos legislativos de cuatro (4) años los Senadores, y de dos (2) los Representantes y Diputados, que empiezan a contarse: para los Senadores y Representantes el veinte (20) de julio de 1947, y para los Diputados el veinte (20) de abril del mismo año"

Las disposiciones del Estatuto Fundamental, con las cuales ha de ser confrontado aquel precepto legal, dicen en lo pertinente:

"Art. 95. — Los Senadores durarán cuatro años en el ejercicio de sus funciones y son

reelegibles indefinidamente".

"Art. 101. — Lós Representantes durarán en el ejercicio de sus funciones dos años, y serán reelegibles indefinidamente".

"Art. 180. — La ley determinará lo demás concerniente a elecciones y escrutinios, asegurando la independencia de unas y otras funciones; definirá los delitos que menoscaben la verdad y libertad del sufragio, y establecerá la competente sanción penal".

Art. 10 de la enmienda plebiscitaria de 1957: "El período del Congreso se iniciará el 20 de julio de 1958, y los de las Asambleas y Concejos, cuando lo determine el Congreso".

A la luz de las transcripciones precedentes resulta incuestionable, y el propio demandante así lo admite, que entre las materias atribuídas por la Constitución a la ley está el señalamiento de las fechas en que deban realizarse las elecciones populares periódicas de los senadores, representantes a la Cámara y diputados a las Asambleas Departamentales: Por lo que hace a su origen, el señalamiento del tercer domingo de marzo del año respectivo para tales comicios, simple desarrollo de la Carta, no puede ser inconstitucional .

Y en cuanto al contenido del precepto acusado, la Corte encuentra, como el Procurador, que consta de dos partes no solo distintas sino conceptualmente inconfundibles: La fijación legal de la fecha en que deben realizarse los comicios, es independiente de las referencias que allí mismo se hacen a la duración de los períodos legislativos y a su iniciación, aspectos regulados por la propia Carta e inmodificables por la ley. La enmienda constitucional de 1957 trasladó el cómputo de esos períodos, como lo anota el acusador, de años impares (imparidad proveniente del art. A. de las Disposiciones Transitorias del Acto Legislativo No. 3 de 1910, que ordenó contarlos a partir de 1911), por años pares (contados desde 1958). Pero de allí no se deriva ninguna incompatibilidad, incongruencia ni oposición entre la norma del Plebiscito y la ley preexistente, porque tanto si los períodos legislativos comienzan y concluyen en años pares como impares, y así se computen desde 1911 o 1947 o 1958, de todos modos habrá un "tercer domingo de marzo" en cualquier año del calendario gregoriano.

Conviene, sin embargo, rectificar la tesis que sustenta la Procuraduría en relación con la hipotética incompatibilidad de un precepto legal, originalmente exequible, con una reforma constitucional posterior. Ya esta corporación dijo en sentencia de 16 de diciembre de 1965 a ese respecto:

"La Constitución, para los efectos de la acción de inexequibilidad, debe tomarse como un todo armónico, congruente, unitario, intemporal y estable, y no como la yuxtaposición de reformas sucesivas. Nada importa que una ley se haya conformado en la época de su expedición con la norma suprema entonces vigente; si, demandada «por cualquier ciudadano» la declaración de su inexequibilidad, se la encuentra en pugna con la Carta, en razón de enmiendas posteriores, tal declaración sería ineludible, precisamente porque a la Corte le está confiada «la guarda de la integridad» de la Ley de Leyes (art. 214).

"Este entendimiento no es inconciliable con el artículo 9º de la Ley 153 de 1887, según el cual «la Constitución es Ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente; toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu se desechará como insubsistente».

"Ni menos con el artículo 215 de la propia Carta: «En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales». Pues la apreciación del orden jerárquico de las normas en pugna, para desechar la inferior e imponer la superior, de oficio o por vía de defensa procesal, está atribuída exclusivamente a los funcionarios que deban aplicarlas en cada caso, sin necesidad de previa declaración de inexequibilidad. Los particulares, en cambio, sometidos a las leyes, aun a las que reputen inconstitucionales, solo tienen expedita la acción de inexequibilidad, cuya culminación ha de ser por lo mismo positiva, en uno u otro sentido, pero no inhibitoria.

"Y si la reiterada jurisprudencia de la Corte declara improcedente el fallo cuando la derogación expresa o tácita de la disposición acusada ha sustraído de su poder decisorio la materia del pleito, siempre se ha referido a la derogación resultante de otro acto de la misma jerarquía (un nuevo decreto extraordinario o una nueva ley), pero nunca a la pugna entre la Constitución y la Ley".

A mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala Plena—,

en ejercicio de la jurisdicción constitucional que le confiere el art. 214 de la Carta y oído el concepto del Procurador General de la Nación, DECLARA EXEQUIBLE el art. 1º de la Ley 47 de 1946 en la parte acusada, esto es, en cuanto señala al tercer domingo de marzo del año correspondiente para las elecciones de Senadores de la República, Representantes al Congreso y Diputados a las Asambleas Departamentales.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la "Gaceta Judicial" y archívese, previa comunicación al Presidente de la República, al Congreso y al Ministerio de Gobierno.

Luis Carlos Zambrano, Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos R., Luis Alberto Bravo, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Eduardo Fernández Botero, Ignacio Gómez Posse, Enrique López de la Pava, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo, Arturo C. Posada, Víctor G. Ricardo, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

LA CORTE DECLARA INEXEQUIBLES LOS ARTICULOS 1o., CON SU PARAGRAFO, Y 2o. DEL PROYECTO DE LEY "POR EL CUAL SE NACIONALIZA UN ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO", OBJETADO POR EL SEÑOR PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

Se reitera la doctrina relativa a la violación del ordinal 20, del artículo 76 de la Carta, cuando el Congreso decreta auxilios para empresas útiles o benéficas sin que preceda la planeación general correspondiente, organizada por el legislador.-

1.-En virtud de claro y terminante mandato recogido en el ord. 20 del art. 76 de la Carta, al Congreso solo le está permitido fomentar por medio de leyes las "empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo", "con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes". Con el evidente propósito de evitar una política de dispersión y desorden de los fondos públicos destinados al estímulo, auxilio o apoyo de los institutos o empresas de la natulareza antes indicada, determinó el Constituyente que el legislador, para el ejercicio de la facultad contemplada en el referido precepto de la Ley de Leyes, debía fijar previamente el plan general, al cual debía someterse el desarrollo de dicha actividad. Ha dicho la Corte, al comentar la memorada norma, que si en principio "existen instituciones dignas de apoyo, como las que se dedican a la formación de la juventud, no es posible sin embargo decretar auxilios de los fondos nacionales sino con sujeción estricta a los planes y programas adoptados con antelación por el Congreso, como surge con claridad del imperativo constitucional que exige el lleno de las condiciones presupuestas por la correspondiente planeación". (Sentencia de la Sala Plena de 3 de agosto de 1965).

2.-Como lo anota en su vista la Procuraduría, la ley que contenía las anteriores previsiones de planeamiento y programación, o sea, la 71 de 1946, a la vez que consideraba el "sostenimiento de establecimientos de enseñanza secundaria" como empresas útiles o benéficas, dignas de estímulo y apoyo por parte de la Nación, exigía que el proyecto relativo al logro de esa finalidad se presentara acompañado de los documentos detallados en el ord. b) del art. 3o. y 5o. de ese estatuto legal. Y si bien este último fué derogado por el Decreto-Ley 1675 de 14 de Julio de 1964, ésto en manera alguna significa, como lo ha expresado la Corte en la sentencia de Sala Plena de 3 de agosto de 1965, "que el Parlamento pueda votar aquellos auxilios sin la programación exigida por el Constituyente. Solo quiere decir que mientras tanto le está vedado decretarlos. Si así no fuese, le bastaría al Congreso no expedir ley alguna de planeación para convertir en letra muerta el ord. 20 en referencia. Lo cual repugna".

3. El proyecto de ley que es materia de la objeción de inconstitucionalidad, presentado a la consideración del Congreso con la evidente finalidad de desarrollar la facultad prevista en el ord. 20 del art. 76 de la Constitución Nacional, no fue acompañado de la documentación exigida por la ley entonces vigente, la cual condicionaba el uso de aquella atribución al cumplimiento de la planeación allí prevista, sin que la derogación después cumplida de la precitada ley 71 de 1946, según antes se explicó, permitiera al Parlamento el ejercicio de tal facultad sin la previa progra-

mación legislativa exigida por el Constituyente. La forma aparentemente novedosa, pero constitucionalmente inadmisible, como se ordena en el proyecto llevar a cabo la nacionalización de los establecimientos de enseñanza secundaria a que éste se refiere, y, por ende, el sostenimiento de los mismos por parte de la Nación, sin estricta sujeción a los planes y programas correspondientes, quebranta el ord. 20 de la Carta, tántas veces citado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, febrero diez de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Carlos Zambrano).

El señor Presidente de la República, al recibir para la sanción ejecutiva el proyecto de ley número 140, "por la cual se nacionaliza un establecimiento educativo", lo objetó "en su conjunto, por inconstitucionalidad e inconveniencia". Las Cámaras declararon infundadas las objeciones, insistencia que ha determinado el envío a la Corte del proyecto para que ésta resuelva sobre la tacha de inexequibilidad, al tenor de lo previsto en el artículo 90 de la Carta.

El proyecto dice:

"Artículo 1º — Nacionalízase a partir del 1º de enero de 1963, el Colegio de Bachillerato denominado «Varones de Occidente», que funciona en el Municipio de Anserma, Caldas.

"Parágrafo. — Asimismo, nacionalízanse desde el 1º de enero de 1964 los colegios de: «San Luis» en Yarumal (Ant.); «Rufino José Cuervo» de Armenia (Caldas); «Santo Tomás de Aquino» de Apía (Caldas); «Prudencia Daza» de Valledupar (Magd.), y «San Luis» de El Santuario (Ant.).

"Artículo 2º — Una vez sancionada la presente ley, la Nación se hará cargo de la orientación pedagógica, dotación, sostenimiento y de todos los elementos que sean necesarios para el buen servicio de los establecimientos indicados en el artículo anterior.

"Artículo 3º — La presente ley regirá desde la fecha de su sanción".

En el mensaje de objeciones el Gobierno estima que el proyecto es inconstitucional porque quebranta el ordinal 13 del artículo 120 de la Ley de Leyes, el cual "faculta privativamente al Presidente de la República para reglamentar y dirigir la Instrucción Pública Nacional".

El Procurador General de la Nación, al contestar la demanda, conceptúa que al disponerse la nacionalización de los establecimientos educativos mencionados en el proyecto de ley, en el fondo se está decretando un auxilio permanente en favor de los mismos, establecimientos que, según todo lo indica, no son nacionales sino departamentales, municipales o particulares.

Más adelante, agrega la Procuraduría:

"Esta clase de auxilios no puede votarse sino con arreglo a lo prescrito por el ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución, a título de fomento de empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo por parte de la Nación; y ese fomento ha de hacerse «con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes», como lo exige perentoriamente el mismo ordinal.

"Los planes y programas a los cuales debían acomodarse todos los proyectos de ley que persiguieran el apoyo nacional de esta índole fueron adoptados por la Ley 71 de 1946, cuyos requerimientos no se cumplieron en el caso que se analiza. En efecto, si bien el sostenimiento de establecimientos de enseñanza secundaria se consideraba como empresa útil o benéfica digna de estímulo y apoyo por parte de la Nación (ordinal b) del artículo 1º de la Ley 71), el artículo 3º de esta Ley exigía perentoriamente que el proyecto relativo a sostenimiento de tales establecimientos se presentara a la consideración del Congreso acompañado de los documentos a que se refiere el Decreto 559 de 1940 y de la restante documentación enumerada en el ordinal b) del artículo 3º y en el artículo 5º de la referida Ley 71; y en el expediente enviado a la H. Corte y pasado a la Procuraduría no obra ninguno de tales documentos.

"Así las cosas, es notorio que se desatendieron los mandatos de la Ley 71 de 1946 y que se violó el ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución toda vez que no se votaron los auxilios con estricta sujeción a los planes y programas adoptados previamente por la Ley 71 de 1964 que estaba vigente cuando el proyecto de ley se presentó a las Cámaras; se hizo en esta forma uso de la atribución

condicionada que el citado ordinal 20 otorga al Congreso, sin llenarse la condición perentoriamente exigida por el mismo ordinal.

"..."

"Derogada la Ley 71 de 1946 por el artículo 138 del Decreto Ley 1675 de 1964, el problema constitucional subsiste, y aún puede considerarse agravado, por cuanto en ausencia de planes y programas para el fomento de esta clase de obras no puede el Congreso ejercer su atribución de destinar dineros nacionales para ellas; limitado el poder discrecional del Legislador se requiere ineludiblemente, para respetar el mandato constitucional, que se adopten con antelación los planes y programas a los cuales se sujeten las leyes particulares que con posterioridad se dicten: así lo ha sostenido reiteradamente la H. Corte Suprema de Justicia en diversos fallos".

SE CONSIDERA:

1. En virtud de claro y terminante mandato recogido en el ordinal 20 del artículo 76 de la Carta, al Congreso solo le está permitido fomentar por medio de leyes las "empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo", "con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes". Con el evidente propósito de evitar una política de dispersión y desorden de los fondos públicos destinados al estímulo, auxilio o apoyo de los institutos o empresas de la naturaleza antes indicada, determinó el constituyente que el legislador, para el ejercicio de la facultad contemplada en el referido precepto de la Ley de Leyes, debía fijar previamente el plan general al cual debía someterse el desarrollo de dicha actividad. Ha dicho la Corte, al comentar la memorada norma, que si en principio "existen instituciones dignas de apoyo, como las que se dedican a la formación de la juventud, no es posible sin embargo decretar auxilios de los fondos nacionales sino con sujeción estricta a los planes y programas adoptados con antelación por el Congreso, como surge con claridad del imperativo constitucional que exige el lleno de las condiciones presupuestas por la correspondiente planeación". (Sentencia de la Sala Plena del 3 de agosto de 1965).

2. Como lo anota en su vista la Procuraduría, la ley que contenía las anteriores previsiones de planeamiento y programación, o sea, la 71 de 1946, a la vez que consideraba el "sostenimiento de establecimientos de enseñanza secundaria" como empresas útiles o benéficas, dignas de estímulo y apoyo por parte de la Nación, exigía que el proyecto relativo al logro de esa finalidad se presentara acompañado de los documentos detallados en el ordinal b) de los arts. 3º y 5º de ese estatuto legal. Y si bien este último fue derogado por el Decreto-Ley 1675 de 14 de julio de 1964, esto en manera alguna significa, como lo ha expresado la Corte en la sentencia de Sala Plena de anterior cita, "que el Parlamento pueda votar aquellos auxilios sin la programación exigida por el Constituyente. Solo quiere decir que mientras tanto le está vedado decretarlos. Si así no fuese, le bastaría al Congreso no expedir ley alguna de planeación para convertir en letra muerta el ordinal 20 en referencia. Lo cual repugna".

3. El proyecto de ley que es materia de la objeción de inconstitucionalidad, presentado a la consideración del Congreso con la evidente finalidad de desarrollar la facultad prevista en el ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional, no fue acompañado de la documentación exigida por la ley entonces vigente, la cual condicionaba el uso de aquella atribución al cumplimiento de la planeación allí prevista, sin que la derogación después cumplida de la precitada Ley 71 de 1946, según antes se explicó, permitiera al Parlamento el ejercicio de tal facultad sin la previa programación legislativa exigida por el Constituyente. La forma aparentemente novedosa, pero constitucionalmente inadmisible, como se ordena en el proyecto llevar a cabo la nacionalización de los establecimientos de enseñanza secundaria a que éste se refiere, y, por ende, el sostenimiento de los mismos por parte de la Nación, sin estricta sujeción a los planes y programas correspondientes, quebranta el ordinal 20 de la Carta, tantas veces citado.

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala Plena— en ejercicio de la jurisdicción constitucional consagrada en el artículo 214 de la Carta y oído el concepto del Procurador General de la Nación, DECLARA INEXEQUIBLES los artículos 1º, con su parágrafo, y 2º del proyecto de ley "por el cual se nacionaliza un establecimiento educativo", objetado por el Señor Presidente de la República.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Luis Carlos Zambrano, Ramiro Araújo

Grau, Adán Arriaga Andrade, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Alberto Bravo, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Eduardo Fernández Botero, Ignacio Gómez Posse, Enrique López de la Pava, Primitivo Vergara Crespo, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Luis Fernando Paredes, Carlos Peláez Trujillo, Arturo C. Posada, Julio Roncallo Acosta, Víctor G. Ricardo.

Ricardo Ramírez, Secretario

BIBLIOTECA

AUTORIDADES JURISDICCIONALES QUE DEBEN RESOLVER LOS INCIDENTES Y RECUSACIONES DE LOS JUECES PENALES, CIVILES, LABORALES O PROMISCUOS DEL CIRCUITO

Interpretación y alcance de los arts. 12 del Decreto 1867 de 1965 y 44 del Decreto 528 de 1964. El juicio de quiebra es de naturaleza civil y su conocimiento está atribuído por la ley expresamente al juez civil. De los impedimentos y recusaciones suscitados en esta clase de juicios, corresponde conocer a la sala civil del tribunal respectivo.-

1.-El Decreto No. 1867 de 1965 tan solo tuvo como propósito, según se desprende de sus considerandos, el de restablecer la categoría de los jueces de circuito, en razón a la sentencia de la Corte que declaró la inexequibilidad de algunas normas de la Ley 27 de 1963 y del Decreto 528 de 1964. Quiso ser una obra de conciliación entre este decreto y la referida providencia de la Corte, la que tan solo modificó la "reforma" en un aspecto bien parcial y concreto.

De consiguiente la duda que deja en el ánimo el texto del artículo 12, sobre si se refiere a todos los jueces del circuito, lo que sería antitécnico, o tan solo a los penales, como sugiere la rereferencia que hace a "los cambios de radicación que ocurran en los procesos penales", debe resolverse en favor de la interpretación que mejor armonice con el sistema adoptado en el artículo 44 del decreto número 528, vale decir, por la segunda de las acabadas de indicar. En otras palabras, hay que entender que el artículo 12 del Decreto numero 1867 de 1965 se refiere únicamente a los jueces del circuito en lo penal, cuyos incidentes de impedimentos y recusaciones está bien que sean decididos por las salas penales de los tribunales; pero no a los otros jueces de circuito, respecto a los cuales la técnica impone que sus impedimentos y recusaciones sean conocidos por la sala de tribunal que corresponda según la naturaleza del proceso en que surjan, tal como había prescrito el art. 44 del Decreto 528 con relación a los Jueces Municipales únicos. De haber intentado el Gobierno introducir una modificación al sistema de impedimentos establecido en el art. 44 del Decreto 528, habría hablado con toda claridad.

2.-Estando circunscritos los efectos del art. 12 del Decreto 1867 de 1965 a los jueces Penales de Circuito, y no habiendo proveído nada expreso el mencionado estatuto respecto a los impedimentos y recusaciones de los Jueces Civiles o Promiscuos de Circuito, es claro que a éstos debe aplicárseles la norma del inciso 2o. del art. 44 del Decreto 528 de 1964, o sea, que si son únicos, sus impedimentos y recusaciones serán decididos por la correspondiente Sala del Tribunal, es decir, la Civil o Laboral, si los incidentes se suscitan ante el Juez de Circuito civil o laboral; y si el Juez de circuito es promiscuo, la sala civil, penal o laboral, según se trate de juicio civil, penal o laboral.

3.-El juicio de quiebra, no obstante que en él se entremezcle la acción penal, es básicamente de naturaleza civil, y su conocimiento está atri-

buído por la ley expresamente al juez civil aún en lo concerniente a dicha acción penal, por lo cual su juzgador ad quem es la sala civil del tribunal. Por tanto, de los incidentes de impedimentos y recusaciones que en dichos juicios se susciten, cuando conozca de ellos un juez único del circuito civil o promiscuo, conocerá la sala civil del tribunal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, D.E., febrero quince de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau).

1. El juicio de quiebra de Miguel Nule Sabas fue remitido al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo por el señor Juez del Circuito de dicha ciudad, para que decidiera sobre el impedimento manifestado por éste.

Recibido en la Sala Civil de dicho Tribunal, el negocio fue pasado por ésta a la Sala Penal, por estimar que a ella competía conocer del incidente. La Sala Penal no aceptó ser la competente, y ordenó devolver el negocio a la Civil, la cual, insistiendo en su tesis de carecer de competencia, y manifestando que provocaba competencia negativa a la expresada Sala Penal, remitió el proceso a esta Superioridad para su decisión de conformidad con el art. 19 del Decreto 528 de 1964.

2. Al descorrer el traslado que se le dio, de conformidad con el art. 422 del C.J., el señor Agente del Ministerio Público (el Procurador Primero Delegado en lo Penal) conceptuó que es a la Sala Civil del Tribunal a la que corresponde decidir el incidente en referencia.

3. El art. 44 del Decreto 528 de 1964 reza: "De los impedimentos y recusaciones de los jueces superiores de distrito conocerá el juez de la misma categoría que le siga en turno. Si no hubiere más que un solo juez superior, conocerá el tribunal respectivo por medio de su sala penal".

"De los impedimentos y recusaciones de los jueces municipales, conocerá el juez de la misma rama y categoría que le siga en orden numérico. Si no hubiere sino un solo juez civil, un solo juez penal, o un solo juez laboral, o si el juez municipal fuere promiscuo y único, conocerá del impedimento o recusación la respectiva sala del tribunal".

En este precepto quedó reglamentado lo atinente a las autoridades jurisdiccionales que deben resolver los incidentes de impedimentos y recusaciones que se susciten ante los jueces contemplados por el mismo, o sean, los superiores de distrito y los municipales civiles, penales, laborales o promiscuos, y respecto a los jueces municipales únicos, tuvo en cuenta, para hacer el señalamiento de dichas autoridades, la naturaleza del juicio en que se promoviera el incidente, con lo cual obró ajustado a la técnica más exigente.

4. Por decreto extraordinario 1867 de 1965 el Gobierno restableció la categoría de los jueces de Circuito, y en su art. 12 dispuso:

"Los impedimentos y recusaciones de los jueces de Circuito, así como los cambios de radicación que ocurran en los procesos penales de su competencia, seguirán las normas establecidas por el Decreto 528 de 1964 para los jueces Superiores".

5. El aludido Decreto tan solo tuvo como propósito, según se desprende de sus considerandos, el indicado, de restablecer la categoría de los jueces de circuito, en razón a la sentencia de la Corte que declaró la inexequibilidad de algunas normas de Ley 27 de 1963 y del Decreto 528 de 1964. Quiso ser una obra de conciliación entre este decreto y la referida providencia de la Corte, la que tan solo modificó la "reforma" en un aspecto bien parcial y concreto.

De consiguiente la duda que deja en el ánimo el texto del art. 12, ya transcrito, sobre si se refiere a todos los jueces de Circuito, lo que sería antitécnico, o tan solo a los penales, como sugiere la referencia que hace a "los cambios de radicación que ocurran en los procesos penales", debe resolverse en favor de la interpretación que mejor armonice con el sistema adoptado en el art. 44 del Decreto 528, vale decir, por la segunda de las acabadas de indicar. En otras palabras, hay que entender que el art. 12 del Decreto 1867 de 1965 se refiere únicamente a los jueces del circuito en lo penal, cuyos incidentes de impedimentos y recusaciones está muy bien que sean decididos por las salas penales de los tribunales; pero no a los otros jueces de circuito, respecto a los cuales la técnica impone que sus impedimentos y recusaciones sean conocidos por la sala del tribunal que

corresponda según la naturaleza del proceso en que surjan, tal como había prescrito el art. 44 del Decreto 528 con relación a los jueces municipales únicos. De haber intentado el Gobierno introducir una modificación al sistema de impedimentos establecido en el art. 44 del Decreto 528 habría hablado con toda claridad.

8. Estando, pues, circunscritos los efectos del art. 12 del Decreto 1837 de 1965 a los jueces penales del circuito, y no habiendo proveído nada expreso el mencionado estatuto respecto a los impedimentos y recusaciones de los jueces civiles o promiscuos del circuito, es claro que a éstos debe aplicárseles la norma del inciso segundo del art. 44 del Decreto 528, o sea, que si son únicos, sus impedimentos y recusaciones serán decididos por la correspondiente sala del Tribunal, es decir, la civil o laboral, si los incidentes se suscitan ante el juez de circuito civil o laboral; y si el juez del circuito es promiscuo, la sala civil, penal o laboral, según se trate de juicio civil, penal o laboral.

9. El juicio de quiebra, no obstante que en él se entremezcle la acción penal, es básicamente de naturaleza civil, y su conocimiento está atribuído por la ley expresamente al juez civil aun en lo concerniente a dicha acción penal, por lo cual su juzgador *ad quem* es la sala civil del tribunal. Por tanto, de los incidentes de impedimentos y recusaciones que en dichos juicios se susciten, cuando conozca de ellos un juez único del circuito civil o promiscuo, conocerá la sala civil del tribunal.

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala Plena— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, RESUELVE: Corresponde a la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo conocer del impedimento manifestado en el presente juicio de quiebra de Miguel Nule Sabas por el señor Juez Civil, de ese circuito.

Notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase a la oficina de origen.

Luis Carlos Zambrano, Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Alberto Bravo, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Eduardo Fernández Botero, Ignacio Gómez Posse, Enrique López de la Pava, Primitivo Vergara Crespo, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Luis Fernando Paredes, Carlos Peláez Trujillo, Arturo C. Posada, Julio Roncallo Acosta, Víctor G. Ricardo.

Ricardo Ramírez, Secretario.

INEXEQUIBILIDAD DEL PARAGRAFO DEL ARTICULO 7o. DE LA LEY 24 DE 1963 EN CUANTO A LOS RECAUDOS DEL IMPUESTO DE REGISTRO Y ANOTACION QUE SE CAUSEN EN EL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA FUERA DE BOGOTA

1.-La reforma constitucional de 1945, en el inciso 2o. del art. 1o. creó el Distrito Especial de Bogotá (art. 199 de la Codificación) y en el inciso 3o. dispuso que "sobre las rentas departamentales que se causen en Bogotá la ley determinará la participación que le corresponda a la capital de la República" (art. 200 de la Codificación). Siendo este último inciso parte de la Constitución, es claro que modificó, en cuanto a las rentas departamentales que se causen en la Capital el régimen que sobre protección a los bienes y rentas de los Departamentos habían consagrado los arts. 183 y 184 de la misma Carta, cualquiera sea la extensión exacta de ese régimen. Por consiguiente, en virtud del expresado Acto Legislativo de 1.945 el legislador bien podía, sin el menor riesgo de violar norma alguna superior, disponer que determinada cuota de las rentas departamentales de Cundinamarca pasaran al patrimonio del Distrito Especial, con tal de que se causaran en éste.

2.-El hecho de que la renta de registro hubiera estado asignada a los Departamentos cuando entró a regir el art. 50 del Acto Legislativo No. 3 de 1910 (art. 183 de la Codificación), no es obstáculo constitucional para que como consecuencia del inciso 3o. del art. 1o. del Acto Legislativo de 1.945, el legislador pueda sustraer un porcentaje de las rentas de Cundinamarca causadas en el Distrito Especial de Bogotá, para entregarlas a éste.

De manera que, al determinar el parágrafo del art. 7o. de la Ley 24 de 1.963, que "del impuesto sobre anotación y registro que se recaude en el Departamento de Cundinamarca, incluyendo el Distrito Especial de Bogotá, se destinará para éste un treinta por ciento (30 %)", no vulnera los arts. 183 y 184 de la Carta, contrariamente a lo que estima el demandante.

En tal precepto no hizo el legislador cosa distinta de ejercer la facultad que le confirió el art. 200 de la Codificación Constitucional, de determinar la participación que le corresponde a Bogotá en las rentas departamentales. Sin que sea lícito sostener, como lo hace el demandante, que tal facultad era para ser usada una sola vez, y que en consecuencia quedó agotada con la expedición del Decreto 3640 de 1.954, en el cual no se incluyó la renta de anotación y registro, pues tal limitación no resulta del texto de la Carta. Por tanto el citado Decreto-Ley 3640 de 1.954, hoy ley de la República, bien podía ser reformado por el Congreso, para proporcionarle más ingresos a la Capital en ejercicio de las atribuciones conferidas por el citado art. 200 de la Constitución. Entre las facultades Constitucionales del Congreso figura la de "interpretar, reformar y derogar las leyes preexistentes" (art. 76, ordinal 1o.). No es que, según afirma el señor Procurador, no puedan concebirse leyes no reformables, ya que no hay inconveniente alguno en que el Constituyente así lo disponga con relación a determinada norma, como si, por ejemplo, al redactar el art. 200 de la Carta hubiera dicho que el legislador por una sola vez haría la determinación que dicho precepto contempla; sino que éste no se presta a la interpretación restrictiva que le da el demandante.

Si el referido parágrafo el art. 7o. de la Ley 24 de 1.963 acusado,no infringe los arts. 183 y 184 de la Carta, sí vulnera, en cambio, aunque no en forma absoluta, el comentado art. 200.

En efecto, la autorización que éste dió al legislador fué para determinar la participación que le corresponda a la Capital "sobre las rentas departamentales que se causen en Bogotá", no sobre las que se causen fuera de esta ciudad, como indiscriminadamente estatuye el parágrafo en comento. Por consiguiente es obvio que éste viola el art. 200 de la Carta en cuanto a la renta de registro no causada en Bogotá, sobre lo cual está de acuerdo el señor Procurador.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, marzo primero de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau).

En ejercicio de la acción pública consagrada por el art. 214 de la Constitución Nacional el doctor Gustavo Heilbron Merlano, ciudadano colombiano, pide a la Corte, en demanda que satisface las exigencias legales, que declare la inexequibilidad del parágrafo del art. 7º de la Ley 24 de 1963.

Esta disposición es del siguiente tenor:

"El impuesto de anotación y registro se seguirá pagando en su totalidad a favor de los Departamentos, Intendencias y Comisarías, en donde estén ubicados los bienes inmuebles objeto de la transacción".

"Parágrafo. — Del impuesto sobre anotación y registro que se recaude en el Departamento de Cundinamarca, incluyendo el Distrito Especial de Bogotá, se destinará a éste un treinta por ciento (30%)".

Como preceptos constitucionales infringidos señala en primer lugar los artículos 183 y 184 de la Codificación que rezan:

"Artículo 183. — Los bienes y rentas de los Departamentos así como los de los Municipios, son propiedad exclusiva, respectivamente, de cada uno de ellos, y gozan de las mismas garantías que las propiedades y rentas de los particulares. No podrán ser ocupadas estas propiedades sino en los mismos términos en que lo sea la propiedad privada. El Gobierno Nacional no podrá conceder exenciones de derechos departamentales ni municipales".

"Artículo 184. — Los bienes, derechos, valores y acciones que por leyes o por decretos del Gobierno Nacional, o por cualquiera otro título, pertenecieron a los extinguidos Estados Soberanos, continuarán siendo propiedad de los respectivos Departamentos. Exceptúanse los inmuebles que se especifican en el artículo 202 de la Constitución".

Sustentando su pedimento afirma el demandante que la renta del impuesto de Registro constituyó uno de los principales recursos de los antiguos Estados Soberanos, y que el de Cundinamarca la tuvo destinada al sostenimiento de los establecimientos de beneficencia; que la Ley 24 de 1963 no se inspira en motivos de utilidad pública o interés social; y que si bien el legislador estaba autorizado por el art. 200 de la Carta para determinar la participación que le corresponda a la Capital de la República en las rentas departamentales que se causen en ella, tal facultad quedó agotada con la expedición del Decreto-Ley 3640 de 1954, que fijó dicha participación. Como final de la síntesis de sus argumentaciones dice: "Suponiendo que el legislador pueda hacer uso de la facultad contenida en el mencionado art. 200, el parágrafo del art. 7º de la Ley 24 sería igualmente inconstitucional porque fija la participación no solo en lo recaudado en el Distrito sino que la hace extensiva a todo el Departamento". Considera, pues, también infringido el art. 200 de la Carta.

En su vista el señor Procurador General de la Nación conceptúa que es inexequible el parágrafo del art. 7º de la Ley 24 de 1963, pero solo "en cuanto destina para el Distrito Especial de Bogotá la participación en el impuesto sobre anotación y registro que se recaude fuera de Bogotá y dentro del resto del Departamento de Cundinamarca, por infringir los artículos 183 y 200 de la Constitución".

Consideraciones de la Corte:

1. Es por demás claro que para la Constitución el concepto de renta es genérico y engloba el de impuesto. Así en el art. 206 dice que "en tiempo de paz no se podrá establecer contribución o impuesto que no figure en el Presupuesto de *rentas;...*" en el 208 alude a que "el ejecutivo formará anualmente el Presupuesto de *Rentas,* y junto con el proyecto de Ley de Apropiaciones lo presentará al

Congreso..."; en el 210 habla de que "el Congreso establecerá *las rentas* nacionales y fijará los gastos de la Administración", y que "en cada legislatura, y estrictamente de acuerdo con las reglas de la ley respectiva, se expedirá el Presupuesto general *de rentas* y Ley de Apropiaciones..."; y en el 211 se establece una prohibición respecto al "Presupuesto de gastos y de rentas".

2. Los artículos 183 y 184 de la actual codificación constitucional ya transcritos, corresponden a los artículos 50 y 51, respectivamente, del Acto Legislativo Nº 3 de 1910. En virtud del primero los bienes y rentas de los Departamentos quedan cobijados con la misma protección que a los particulares confiere el artículo 30 de la Carta. Por obra del segundo quedaron dentro del ámbito de esa proteción "los bienes, derechos, valores y acciones" que por cualquier título legítimo pertenecieron a los extinguidos Estados Soberanos.

3. El impuesto de registro perteneció a los Estados, y por lo que hace a Cundinamarca, fue, luego de aumentado en el doble, destinado como auxilio del Estado al sostenimiento de los establecimientos de beneficencia, al tenor de los artículos 1º y 2º de la Ley 25 de 1882 de la Asamblea Legislativa de dicho Estado Soberano, según aparece insertada en una "Compilación de Leyes y Ordenanzas de Beneficencia y Asistencia de Cundinamarca", publicada en 1942 en los talleres de la Imprenta del Departamento. En todo caso, la renta en referencia fue expresamente cedida a los nacientes Departamentos por obra del artículo 3º de la Ley 48 de 1887. "El producto de la renta de Registro, organizada por la Ley, se cede a los respectivos Departamentos", dice el artículo. Posteriormente la Ley 1ª de 1908 dispuso que las "rentas y contribuciones de los extinguidos Departamentos ingresarán al Tesoro Nacional". Pero más adelante la Ley 8ª de 1909, en su artículo 2º, estableció que "son bienes de los Departamentos los que les pertenecían antes de la vigencia de la Ley 1ª de 1908", con lo que indudablemente quedó restablecido el régimen legal que había hecho del impuesto de registro una renta departamental; y dicho régimen estaba vigente cuando fue expedido el Acto Legislativo Nº 3 de 1910, que, se repite, confirió a los bienes y rentas de los Departamentos la misma protección que la Constitución otorga a los bienes de los particulares.

4. La reforma constitucional de 1945, en el inciso 2º del artículo 1º, creó el Distrito Especial de Bogotá (artículo 199 de la Codificación) y en el inciso 3º dispuso que "sobre las rentas departamentales que se causen en Bogotá, la ley determinará la participación que le corresponda a la Capital de la República" (artículo 200 de la Codificación). Siendo este último inciso parte de la Constitución, es claro que modificó, en cuanto a las rentas departamentales que se causen en la Capital, el régimen que sobre protección a los bienes y rentas de los Departamentos habían consagrado los ya vistos artículos 183 y 184 de la misma Carta, cualquiera sea la extensión exacta de ese régimen. Por consiguiente, en virtud del expresado Acto Legislativo de 1945 el legislador bien podía, sin el menor riesgo de violar norma alguna superior, disponer que determinada cuota de las rentas departamentales de Cundinamarca pasaran al patrimonio del Distrito Especial, con tal de que se causaran en éste.

5. Al respecto dice el señor Procurador: "(...) En consecuencia, la ciudad de Bogotá, capital de la República, organizada como un Distrito Especial con base en lo que al efecto dispuso el artículo 199 de la Carta, puede y debe recibir la participación que le señale la ley en las rentas departamentales causadas en la misma capital de la República: así lo dispone el citado artículo 200".

"(...) De conformidad con estos principios, la ley podrá determinar libremente cualquiera participación —grande o pequeña— sobre tales rentas departamentales causadas en Bogotá, siempre que, como es obvio, se señale un porcentaje y no se prive totalmente de tales rentas a su propietario, que lo es el Departamento".

6. Se tiene, pues, que el hecho de que la renta de registro hubiera estado asignada a los departamentos cuando entró a regir el artículo 50 del Acto Legislativo Nº 3 de 1910 (artículo 183 de la Codificación), no es obstáculo constitucional para que, como consecuencia del inciso 3º del artículo 1º del Acto Legislativo de 1945, el legislador pueda sustraer un porcentaje de las rentas de Cundinamarca causadas en el Distrito Especial de Bogotá, para entregarlas a éste.

De manera que, al determinar el parágrafo del artículo 7º de la Ley 24 de 1963, que "del impuesto sobre anotación y registro que se recaude en el Departamento de Cundinamarca, incluyendo el Distrito Especial de Bogo-

tá, se destinará para éste un treinta por ciento (30%)", no vulnera los artículos 183 y 184 de la Carta, contrariamente a lo que estima el demandante.

7. En tal precepto no hizo el legislador cosa distinta de ejercer la facultad que le confirió el artículo 200 de la Codificación Constitucional, de determinar la participación que le corresponde a Bogotá en las rentas departamentales. Sin que sea lícito sostener, como hace el demandante, que tal facultad era para ser usada una sola vez, y que en consecuencia quedó agotada con la expedición del Decreto-Ley 3640 de 1954, en el cual no se incluyó la renta de anotación y registro, pues tal limitación no resulta del texto de la Carta. Por tanto el citado Decreto-Ley 3640 de 1954, hoy Ley de la República, bien podía ser reformado por el Congreso, para proporcionarle más ingresos a la Capital en ejercicio de las atribuciones conferidas por el citado art. 200 de la Constitución. Entre las facultades constitucionales del Congreso figura la de "interpretar, reformar y derogar las leyes preexistentes" (artículo 76, ordinal 1º). No es que, según afirma el señor Procurador, no puedan concebirse leyes no reformables, ya que no hay inconveniente alguno en que el constituyente así lo disponga con relación a determinada norma, como si, por ejemplo, al redactar el artículo 200 de la Carta hubiera dicho que el legislador *por una sola vez* haría la determinación que dicho precepto contempla; sino que éste no se presta a la interpretación restrictiva que le da el demandante.

8. Pero si el referido parágrafo del artículo 7º de la Ley 24 de 1963 acusado, no infringe los artículos 183 y 184 de la Carta, sí vulnera, en cambio, aunque no en forma absoluta, el comentado artículo 200.

En efecto, la autorización que éste dio al legislador fue para determinar la participación que le corresponda a la Capital "sobre las rentas departamentales que se causen en Bogotá", no sobre las que se causen fuera de esta ciudad, como indiscriminadamente estatuye el parágrafo en comento. Por consiguiente es obvio que éste viola el artículo 200 de la Carta en cuanto a la renta de registro no causada en Bogotá, sobre lo cual, como se vio, está de acuerdo el señor Procurador.

* * *

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 214 de la Constitución Nacional, declara: es inexequible el parágrafo del artículo 7º de la Ley 24 de 1963 en cuanto a los recaudos del impuesto de registro que se causen en el Departamento de Cundinamarca fuera de Bogotá.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial*, y dése cuenta al Gobierno.

Luis Carlos Zambrano, Ramiro Araújo Grau, Carlos Delgado Morales, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Alberto Bravo, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Eduardo Fernández Botero, Ignacio Gómez Posse, Enrique López de la Pava, Primitivo Vergara Crespo, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Luis Fernando Paredes, Carlos Peláez Trujillo, Arturo C. Posada, Julio Roncallo Acosta, Víctor G. Ricardo.

Ricardo Ramírez, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA SUSCITADO ENTRE LAS SALAS CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE SINCELEJO PARA CONOCER DE IMPEDIMENTO MANIFESTADO POR EL JUEZ PROMISCUO DE ESE CIRCUITO EN UN JUICIO DE QUIEBRA

La diferencia de criterio de las dos Salas radica en la interpretación del art. 44 del Decreto Nº 528 de 1964, frente al texto del art. 12 del Decreto Nº 1867 de 1965. El juicio de quiebra es básicamente de naturaleza civil y su conocimiento está atribuído por la ley expresamente al juez civil. De los impedimentos y recusaciones que en juicios de quiebra se susciten, cuando conozca de ellos un juez único del circuito civil o promiscuo, conocerá la sala civil del tribunal.

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

(Magistrado ponente: Dr. Adán Arriaga Andrade).

El impedimento manifestado por el Juez Promiscuo del Circuito de Sincelejo para conocer del juicio de quiebra contra *Arturo Samur Chadid* no fue allanado por la parte interesada, por lo cual subieron los autos al Tribunal Superior de Sincelejo para los fines señalados en el art. 44 del Decreto Nº 528 de 1964, corporación entre cuyas Salas Civil y Penal se ha suscitado competencia negativa que corresponde a la Corte dirimir.

La diferencia de criterio entre esas Salas radica en la interpretación del art. 44 del Decreto 528 citado, frente al texto del art. 12 del Decreto Nº 1867 de 1965. Dice la primera norma:

"De los impedimentos y recusaciones de los jueces superiores de distrito, conocerá el juez de la misma categoría que le siga en turno. Si no hubiere más que un solo juez superior, conocerá el tribunal respectivo por medio de su sala penal.

"De los impedimentos y recusaciones de los jueces municipales, conocerá el juez de la misma rama y categoría que le siga en orden numérico. Si no hubiere sino un solo juez civil, un solo juez penal, o un solo juez laboral, o si el juez municipal fuere promiscuo y único, conocerá del impedimento o recusación la respectiva sala del tribunal".

En tanto que la segunda expresa:

"Los impedimentos y recusaciones de los jueces de circuito, así como los cambios de radicación que ocurran en los procesos penales de su competencia, seguirán las normas establecidas por el Decreto 528 de 1964 para los jueces superiores".

Al descorrer el traslado de rigor, la Procuraduría Delegada en lo Civil conceptuó, tras un completo análisis del problema, que corresponde a la Sala Civil del Tribunal Superior de Sincelejo, y no a la Penal, conocer del referido impedimento.

Coincide la opinión del Colaborador con la doctrina acogida por la Corte sobre la materia.

En efecto, en un caso análogo se dijo recientemente:

"La duda que deja en el ánimo el texto del art. 12 (del Decreto 1867 de 1965), ya transcrito, sobre si se refiere a todos los jueces de Circuito, lo que sería antitécnico, o tan solo a los penales, como sugiere la referencia que hace a "los cambios de radicación que ocu-

rran en los procesos penales", debe resolverse en favor de la interpretación que mejor armonice con el sistema adoptado en el art. 44 del Decreto 528, vale decir, por la segunda de las acabadas de indicar. En otras palabras, hay que entender que el art. 12 del Decreto 1867 de 1965 se refiere únicamente a los jueces de circuito en lo penal, cuyos incidentes de impedimentos y recusaciones está muy bien que sean decididos por las salas penales de los tribunales; pero no a los otros jueces de circuito, respecto a los cuales la técnica impone que sus impedimentos y recusaciones sean conocidos por la Sala del Tribunal que corresponda según la naturaleza del proceso en que surjan, tal como había prescrito el art. 44 del Decreto 528 con relación a los jueces municipales únicos. De haber intentado el Gobierno introducir una modificación al sistema de impedimentos establecido en el art. 44 del Decreto 528 habría hablado con toda claridad.

"Estando, pues, circunscritos los efectos del art. 12 del Decreto 1867 de 1965 a los jueces penales del circuito, y no habiendo proveído nada expreso el mencionado estatuto respecto a los impedimentos y recusaciones de los jueces civiles o promiscuos del circuito, es claro que a éstos debe aplicárseles la norma del inciso segundo del art. 44 del Decreto 528, o sea, que si son únicos, sus impedimentos y recusaciones serán decididos por la correspondiente sala del tribunal, es decir, la civil o laboral, si los incidentes se suscitan ante el juez de circuito civil o laboral; y si el juez del circuito es promiscuo, la sala civil, penal o laboral, según se trate de juicio civil, penal o laboral.

"El juicio de quiebra, no obstante que en él se entremezcle la acción penal, es básicamente de naturaleza civil, y su conocimiento está atribuído por la ley expresamente al juez civil aun en lo concerniente a dicha acción penal, por lo cual su juzgador *ad quem* es la sala civil del tribunal. Por tanto, de los incidentes de impedimentos y recusaciones que en dichos juicios se susciten, cuando conozca de ellos un juez único del circuito civil o promiscuo, conocerá la sala civil del tribunal" (Auto de 15 de Febrero de 1966, juicio de quiebra de Miguel Nule Sabas).

* * *

A mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia Sala Plena—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y oído el concepto del Procurador General de la Nación, decide que corresponde a la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo conocer del impedimento manifestado por el Juez Promiscuo de ese Circuito en el juicio de quiebra de Arturo Samur Chadid.

Notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Luis Carlos Zambrano, Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos R., Luis Alberto Bravo, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Eduardo Fernández Botero, Ignacio Gómez Posse, Enrique López de la Pava, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo, Arturo C. Posada, Víctor G. Ricardo, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DE LOS INCIDENTES DE IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES QUE EN JUICIOS DE QUIEBRA SE SUSCITEN, CUANDO CONOZCA DE ELLOS UN JUEZ UNICO DEL CIRCUITO CIVIL O PROMISCUO, CONOCERA LA SALA CIVIL DEL RESPECTIVO TRIBUNAL.-ALCANCE DE LOS ARTICULOS 44 DEL DECRETO 528 DE 1964 Y 12 DEL DECRETO 1867 DE 1965. LA SALA PLENA DE LA CORTE RATIFICA SU DOCTRINA SOBRE LA MATERIA

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, treinta de marzo de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez).

Por razón del impedimento manifestado por el Juez Promiscuo del Circuito de Sincelejo para conocer del juicio de quiebra seguido contra los señores *Augusto Salón* y *Angela Mercedes de Salón*, subió dicho asunto a la Sala Civil del Tribunal Superior de la misma ciudad.

Enviado el negocio a la Sala Penal del mismo Tribunal Superior, allí se resolvió, mediante auto de veintinueve de noviembre último, devolverlo a la Sala Civil, en donde se dispuso remitir el proceso a la Corte Suprema de Justicia para que se dirima la colisión de competencia planteada.

La diferencia de criterio entre las dos Salas del Tribunal Superior de Sincelejo radica en la interpretación del artículo 44 del Decreto 528 de 1964, frente al texto del artículo 12 del Decreto 1867 de 1965.

Pues bien:

La primera de las normas citadas dice lo siguiente:

"De los impedimentos y recusaciones de los jueces superiores de Distrito, conocerá el juez de la misma categoría que le sigue en turno. Si no hubiere más que un solo Juez Superior, conocerá el Tribunal respectivo por medio de su Sala Penal.

"De los impedimentos y recusaciones de los jueces municipales, conocerá el juez de la misma rama y categoría que le siga en orden numérico. Si no hubiere sino un solo juez civil, un solo juez penal, o un solo juez laboral, o si el juez municipal fuere promiscuo y único, conocerá del impedimento o recusación la respectiva Sala del Tribunal".

Y en la segunda disposición se expresa:

"Los impedimentos y recusaciones de los jueces de circuito, así como los cambios de radicación que ocurran en los procesos penales de su competencia, seguirán las normas establecidas por el Decreto 528 de 1964 para los jueces superiores".

El Ministerio Público, luego de un completo examen del problema, estima que el conocimiento del negocio aludido corresponde a la Sala Civil del Tribunal Superior de Sincelejo.

Este concepto del señor Procurador Delegado en lo Civil coincide con la doctrina acogida por la Corte sobre la materia. En efecto, en un caso análogo, se dijo lo que pasa a transcribirse:

"La duda que deja en el ánimo el texto del artículo 12 (del Decreto 1867 de 1965), ya transcrito, sobre si se refiere a todos los jueces de Circuito, lo que sería antitécnico, o tan solo a los penales, como sugiere la referencia que hace a «los cambios de radicación que ocurran en los procesos penales», debe resolverse en favor de la interpretación que

mejor armonice con el sistema adoptado en el artículo 44 del Decreto 528, vale decir, por la segunda de las acabadas de indicar. En otras palabras, hay que entender que el artículo 12 del Decreto 1867 de 1965 se refiere únicamente a los jueces de Circuito en lo Penal, cuyos incidentes de impedimentos y recusaciones está muy bien que sean decididos por las Salas Penales de los Tribunales, pero no a los otros Jueces de Circuito, respecto a los cuales la técnica impone que sus impedimentos y recusaciones sean conocidos por la Sala del Tribunal que corresponda según la naturaleza del proceso en que surjan, tal como había prescrito el artículo 44 del Decreto 528 con relación a los Jueces Municipales únicos. De haber intentado el Gobierno introducir una modificación al sistema de impedimentos establecido en el artículo 44 del Decreto 528, habría hablado con toda claridad.

"Estando, pues, circunscritos los efectos del artículo 12 del Decreto 1867 de 1965 a los jueces penales del circuito, y no habiendo proveído nada expreso el mencionado estatuto respecto a los impedimentos y recusaciones de los jueces civiles o promiscuos del circuito, es claro que a éstos debe aplicárseles la norma del inciso segundo del artículo 44 del Decreto 528, o sea que si son únicos, sus impedimentos y recusaciones serán decididos por la correspondiente Sala del Tribunal, es decir, la civil o la laboral, si los incidentes se suscitan ante el juez del circuito civil o laboral; y si el juez de circuito es promiscuo, la Sala Civil, penal o laboral, según se trate de juicio civil, penal o laboral.

"El juicio de quiebra, no obstante que en él se entremezcla la acción penal, es básicamente de naturaleza civil, y su conocimiento está atribuído por la ley expresamente al juez civil aun en lo concerniente a dicha acción penal, por lo cual su juzgador *ad quem* es la Sala Civil del Tribunal. Por tanto, de los incidentes de impedimentos y recusaciones que en dichos juicios se susciten, cuando conozca de ellos un juez único del circuito civil o promiscuo, conocerá la Sala Civil del Tribunal". (Auto de 15 de febrero de 1966, juicio de quiebra de Miguel Nule Sabas).

* * *

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justica —Sala Plena—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Civil, DECIDE que corresponde a la Sala Civil del Tribunal Superior de Sincelejo conocer del impedimento manifestado por el Juez Promiscuo del Circuito de la misma ciudad, en el juicio de quiebra de Augusto Salón y Angela Mercedes de Salón.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Luis Carlos Zambrano, Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Alberto Bravo, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Eduardo Fernández Botero, Ignacio Gómez Posse, Enrique López de la Pava, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Luis Fernando Paredes, Carlos Peláez Trujillo, Arturo C. Posada, Víctor G. Ricardo, Julio Roncallo Acosta.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

LA POTESTAD DE CREAR CONTRIBUCIONES ES POTESTATIVA DEL CONGRESO, EN EL ORDEN NACIONAL, Y NO PUEDE SER ATRIBUIDA A LOS ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS

Legitimidad, frente a las normaciones de la Carta, de los institutos descentralizados.-El de contribuciones es concepto genérico que comprende las tasas o derechos. La facultad de establecerlas pertenece exclusivamente al Congreso. Las instituciones descentralizadas sólo pueden regular las tasas ya previstas en la ley y señalar los precios o tarifas de los respectivos servicios.

El artículo 43 de la Carta consagra el principio demoliberal de que la potestad de crear tributos corresponde ejercerla al pueblo al través del órgano que de modo mas genuino le sirve de expresión, con la única salvedad de lo que en caso excepcional exija un estado o situación de emergencia. Esta sumisión a la competencia privativa de la representación popular en materia impositiva es uno de los grandes principios sobre que descansa el sistema de gobierno representativo, por lo que la atribución de legislar sobre esta materia —como la potestad legislativa en general— no puede ser confiada a organismo o institución distintos del Congreso sino en los casos expresamente previstos en la Constitución y con las restricciones que ella prescribe. Hallándose, así las tasas o derechos y las contribuciones especiales comprendidas en el concepto genérico de contribuciones, su establecimiento corresponde exclusivamente al congreso, ya que no existe disposición constitucional alguna que lo autorice para atribuir a otra autoridad la potestad correspondiente, sobre todo tratándose de entidad administrativa autónoma respecto de la cual ni aún lo dispuesto en el ordinal 12 del artículo 76 de la Carta pudiera invocarse por ser persona distinta del Presidente de la República.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena.

Bogotá, treinta (30) de marzo de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr Carlos Peláez Trujillo)

El abogado Bernardo J. Caycedo, ciudadano colombiano, vecino de Bogotá, en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 214 de la Constitución, solicita a la Corte que por el trámite establecido en la ley 96 de 1936 se declare inexequible por inconstitucional la Ley 154 de 24 de diciembre de 1959 en su conjunto (artículos 1º a 10º), y en particular su artículo 3º La ley acusada es del siguiente tenor:

"Artículo 1º - Con el objeto principal de organizar y administrar los terminales y puertos nacionales, créase la persona jurídica denominada «Puertos de Colombia», como entidad autónoma, con patrimonio y organización propios.

"Artículo 2º - El patrimonio de la Empresa «Puertos de Colombia» estará integrado por todos los bienes, derechos, instalaciones, servicios y capital de trabajo de los puertos y terminales marítimos de Barranquilla, Buenaventura, Cartagena, San Andrés, Santa Marta, Tumaco y de los demás puertos marítimos y fluviales que en el futuro sean incorporados por el Gobierno a la empresa.

"Parágrafo. El Gobierno procederá a hacer

el traspaso en legal forma a la nueva empresa de todos los bienes, derechos y servicios de que trata este artículo.

"Artículo 3º - La empresa recaudará los derechos establecidos por el decreto número 407 de 1958, y los que la misma empresa establezca en el futuro, previa aprobación del Gobierno Nacional. También recaudará los derechos de bodegaje de que trata la ley 79 de 1931 con excepción de los causados por presentación tardía de los manifiestos de aduana.

"La Contraloría dictará normas de contabilidad tendientes a que la empresa pueda disponer en todo momento de sumas iguales a los recaudos, sin quebranto de la unidad presupuestal. Para tal efecto en el Presupuesto de Gastos se incluirá una apropiación global para financiación de la Empresa «Puertos de Colombia», igual al cálculo de ingresos de la empresa que figure en el Presupuesto de Rentas.

"Parágrafo 1º - La Comisión Constitucional de la Cámara de Representantes devolverá el proyecto de Presupuesto formulado por el Gobierno, cuando no figuren compensadas las partidas de que trata este artículo.

"Parágrafo 2º - Adiciónase la ley orgánica del presupuesto en el sentido de que no podrá hacerse declaración de disponibilidad sobre el total o parte de las apropiaciones destinadas para el funcionamiento de la empresa «Puertos de Colombia».

"Parágrafo 3º - Modifícase la ley orgánica del presupuesto en el sentido de que el mayor producto de los ingresos de los terminales marítimos y fluviales será reservado por el Contralor General, y solamente puede ser certificado como disponibilidad para adicionar la apropiación de la empresa «Puertos de Colombia».

"Artículo 4º - La empresa tendrá como domicilio principal la ciudad de Bogotá, y domicilios especiales en cada uno de los puertos donde desarrolle sus actividades.

"Artículo 5º - La Dirección de la empresa «Puertos de Colombia» estará ejercida por una Junta Directiva, políticamente paritaria, compuesta por cuatro (4) miembros, así: El Ministro de Hacienda, el Ministro de Obras Públicas y dos miembros designados por el Presidente de la República.

"Parágrafo. - La Junta designará un Secretario Ejecutivo para un período de dos (2) años, que puede ser reelegido y que tendrá voz pero no voto en la misma Junta Directiva. Este Secretario será ejecutor de las normas estatutarias y de las que imparta la Directiva.

"Artículo 6º - La administración de cada puerto estará a cargo de una Junta Administradora local y de un Gerente.

"El Gerente será nombrado, para un período de dos (2) años, por la Junta Central, de una lista políticamente paritaria integrada por cuatro nombres que pasará la Junta local.

"La Junta Administradora local tendrá un período de dos (2) años, y estará constituída por cuatro (4) miembros principales con sus respectivos suplentes personales, designados así:

"Uno por el Gobernador del Departamento respectivo.

"Uno por los trabajadores portuarios, cuya elección reglamentará el Gobierno; y dos por la Junta Central en la forma siguiente:

"a) Uno escogido de cuatro nombres políticamente paritarios presentados por la Cámara de Comercio local, o en su defecto, por la lista que pase la Cámara de Comercio de la capital del respectivo Departamento, y

"b) Uno escogido de cuatro nombres políticamente paritarios presentados conjuntamente por los Gerentes de los Bancos locales que funcionan en cada puerto.

"Parágrafo. La escogencia de las listas a que se refieren los ordinales a) y b) de este artículo la efectuará la Junta Central después de que hayan sido designados el representante del Gobernador y el representante de los trabajadores portuarios, a fin de que la Junta local quede integrada en definitiva en forma paritaria.

"Artículo 7º - El control fiscal de la empresa estará a cargo de un Auditor especial nombrado por la Contraloría General de la República, y cuyas funciones se señalarán por dicha entidad teniendo en consideración el carácter autónomo de la empresa «Puertos de Colombia».

"Artículo 8º - Sobre las bases generales consignadas en la presente ley, y habida consideración de que la empresa «Puertos de Colombia» tendrá la responsabilidad total del

manejo de la carga dentro de las zonas portuarias, la Junta Directiva dictará los estatutos de la entidad, los cuales requieren para su validez de la aprobación del Gobierno Nacional..

"Artículo 9º - Mientras se instala y organiza la empresa, y se unifican las apropiaciones presupuestales, los gastos de administración, explotación y conservación de los terminales marítimos y fluviales se atenderán con cargo a las partidas asignadas a los mismos.

"Artículo 10º - Esta ley regirá desde su promulgación".

La demanda señala como infringidos los ordinales 10, 12, 13 y 15 del artículo 76 de la Carta y los artículos 132, 206 y 210 del mismo estatuto.

El argumento cardinal que se aduce para demostrar la inconstitucionalidad de la ley que precede es que la creación legal de "empresas autónomas, con patrimonio y organización propios, para desempeñar funciones que antes correspondían a los ministerios o departamentos administrativos, es ajeno completamente al principio constitucional sobre regulación del servicio público". Entiende el demandante que como el artículo 76 de la Carta atribuye al Congreso la facultad de regular el servicio público, solo puede hacerlo a tenor de lo prescrito en el ordinal 10 de dicha norma, es decir, "determinando los puntos de que tratan los artículos 62 y 132", por lo cual toda la actividad de la administración pública debe distribuírse entre los ministerios y los departamentos administrativos, sin que constitucionalmente sea dable la existencia de instituciones independientes no previstas en la Carta. Dice, además, que "se crea una especie de subpresupuesto equilibrado pero desligado del presupuesto general de la Nación, hasta el punto de que según el parágrafo 3º del mismo artículo (el 3º) "el mayor producto de los ingresos de terminales marítimos y fluviales será reservado por el Contralor General, y solamente puede ser certificado como disponibilidad para *adicionar la apropiación* de la Empresa de Puertos de Colombia", por lo que no puede decirse "que no se quebranta la unidad presupuestal", puesto que "no ya los ingresos ordinarios sino los aumentos o excedentes de ingresos de la Empresa no entran a fondos comunes de la Nación, sino que únicamente pueden ser certificados como disponibilidad para adicionar indefinidamente la apropiación destinada a la Empresa". Ataca así, no solo la creación de la Empresa Puertos de Colombia, sino en general la organización por vía legislativa de Institutos Descentralizados o Establecimientos Públicos.

Además de la acusación general contra la ley, la demanda expresa que lo dispuesto en el artículo 3º viola los artículos 76, numerales 13 y 15, y 206 y 210 de la Constitución, en cuanto autoriza a la Empresa Puertos de Colombia para establecer contribuciones con aprobación del Gobierno.

Respecto del concepto general de violación enunciado en primer término, considera la Corte:

La doctrina administrativa reconoce dos procedimientos para la satisfacción de necesidades comunes, o más propiamente, para la prestación de los servicios públicos: el procedimiento de derecho privado y el de derecho público.

Hay lugar al primero cuando el servicio se presta por iniciativa particular y medios privados. Puesto que "servicio público es toda actividad encaminada a satisfacer una necesidad de carácter general, en forma continua y obligatoria, según las ordenaciones del derecho público, bien sea que su prestación esté a cargo del Estado directamente, o de concesionarios o administradores delegados, o a cargo de simples personas privadas", según definición de Sarria que tiene acogida la Corte (G. J. LXVI, 552), cuando el Estado está en imposibilidad para prestarlo "tiene que permitir que la iniciativa privada contribuya a crearlo, acrecentarlo y mejorarlo. Entonces el Estado se reserva su vigilancia y control por medio de leyes". (G. J. LVII, 12).

Opera el segundo cuando el servicio se presta por voluntad del Estado y es accionado por él, en cuyo caso consiste en el ejercicio de la función por el Estado mismo, directamente, o por medio de organismos creados por él con ese fin y que actúan por impulso suyo. Se observa, así pues, dos modalidades en ese procedimiento: el directo y el indirecto o del *Establecimiento Público.*

"Se configura la primera cuando el servicio se presta por organismos inmediatos o directos de la Administración y a costa del Tesoro Público (la administración de justicia, el servicio de policía, el de higiene, etc.); la segunda, cuando la satisfacción de la necesidad

general se entrega a una entidad de origen estatal, pero que cumple su función con autonomía y medios económicos propios. Este último sistema se adopta generalmente cuando se trata de desarrollar funciones especializadas, de modo que viene a ser un procedimiento técnico para la prestación de los servicios, a diferencia del directo que por lo común no toma en cuenta esa exigencia.

"La entidad que sirve de medio para la prestación del servicio o el desarrollo del cometido social del Estado ha de ser, consiguientemente, una persona jurídica independiente frente a la Administración, pero de origen estatal; poseer un patrimonio propio, aportado por el Estado o por éste y los particulares, para el cumplimiento de su fin social; y perseguir la satisfacción de necesidades públicas cuya atención sea de incumbencia del Estado. Son estas las notas que singularizan el procedimiento indirecto, que obra mediante la desmembración de la unidad administrativa para formar organismos descentralizados con ánimo de tecnificar los servicios; y como toda descentralización supone, jurídicamente y con criterio de conveniencia, una personalidad independiente, la descentralización de los servicios públicos se manifiesta mediante la constitución de organismos autónomos y dotados de un patrimonio que administran libremente. Aunque en realidad no son sino órganos del Estado que, por tanto, se rigen por principios de derecho público" (S. N. G., sentencia de treinta de noviembre de mil novecientos sesenta y cuatro, dictada en el ordinario de Teófilo Peña Jiménez contra la Nación, no publicada aún en la *Gaceta Judicial*). Como lo observa algún expositor, "estos establecimientos son órganos desgarrados del cuerpo social gracias a la autonomía creciente conferida a los agentes que los cuidan. Son como piezas antes indisolublemente ligadas al poder central y a las cuales concede libertad de movimiento la sociedad moderna. Pero provienen siempre de una descentralización, de un movimiento centrífugo".

Viniendo ahora al caso concreto de la acusación a la Ley 154, cabe hacer notar que la Corte en varios fallos, especialmente en el proferido en Sala Plena el once de diciembre de mil novecientos sesenta y tres para decidir la acción de inexequibilidad de la Ley 135 de 1961 (sobre Instituto Colombiano de Reforma Agraria), ha estudiado en forma detenida el punto relativo a la naturaleza y legitimidad, frente a las normaciones de la Carta, de las instituciones o Establecimientos Públicos descentralizados, y visto en el precepto que atribuye al órgano legislativo la regulación, por medio de leyes, del servicio público (Cont. art. 76, ord. 10), la facultad para llevarla a efecto mediante Establecimientos Públicos o descentralizados, por lo cual su creación y funcionamiento no solo no contravienen ningún precepto fundamental sino que surten precisamente del a que se acaba de aludir; pero es que, más aún, el artículo 64 de la Carta —al que también se refiere la sentencia citada— contiene una no por virtual más clara permisión para el funcionamiento de tales institutos, cuando dispone que "nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado", pues que en estas *instituciones* o *empresas* claramente se descubre a los *Establecimientos Públicos:* el precepto, en efecto, distingue en forma muy explícita el "Tesoro Público", al través del cual se atiende en lo económico y fiscal a la prestación de los servicios por procedimiento directo, de otras "empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado", las que se identifican, obviamente, con los organismos autónomos o desgarrados de la organización general cuyo cometido es prestar los servicios de manera indirecta, ya que la parte *principal* que al Estado corresponde en esas empresas o instituciones no es otra que la que proviene de ser ellas simples desmembraciones de la administración pública y los bienes y rentas (tomados del Tesoro Público pero en adelante separados de él) con que el Estado proveé a la financiación de entidades a las que además dota de autonomía para el manejo de dichos bienes y rentas; y la prohibición de recibir más de una asignación que de ellas provenga está mostrando que la norma se refiere a organismos estatales articulados a la administración general, aunque distintos de los que económicamente dependen del Tesoro Público. En esta forma, y en veinticuatro palabras, la Constitución reconoce implícitamente a los Establecimientos Públicos como medio adecuado para la prestación indirecta de servicios que competen al Estado, por lo que carece de fundamento atendible la acusación formulada contra la Ley 154 en su conjunto.

Respecto del concepto de violación cum-

plida al través del artículo 3º de la ley, la Corte considera:

Cita la demanda como infringidas las reglas de los artículos 76, ordinales 13 y 15, y 206 y 210 de la Constitución. El citado ordinal 13 y el artículo 210 atribuyen al Congreso el establecimiento de las rentas nacionales, y el 206 dispone que "en tiempo de paz no se podrá establecer contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas".

Son *rentas*, desde el punto de vista fiscal, los impuestos, contribuciones y regalías y los productos de la explotación de bienes y empresas y de la prestación de servicios, debiendo entenderse por *presupuesto de rentas* el cómputo bruto que hace el Congreso de los ingresos probables al erario durante determinado período fiscal. Conforme a aquellas disposiciones, el establecimiento de tales rentas está reservado a la ley, que procede mediante la creación de impuestos o contribuciones, la fijación de regalías, la reglamentación del aprovechamiento de bienes y la organización de empresas lucrativas o de instituciones para el bien común y la regulación de su funcionamiento.

El de contribución es concepto genérico que comprende tanto las llamadas contribuciones *especiales* como los *derechos* o *tasas*, pues en la teoría económico financiera sus "líneas divisorias no tienen la precisión debida, porque no existe todavía conformidad acerca de los ingresos públicos que pueden agruparse bajo la categoría de *tasas*" (R. Val Der Borght, *Hacienda Pública*). En verdad, son muy relativas las diferencias que las distinguen. Son tasas las exacciones inmediatas a que, para la realización de ciertas actuaciones suyas, la Administración somete a las personas que en casos determinados promueven su actividad; y contribuciones especiales las que se satisfacen con motivo o para la ejecución o mantenimiento de obras o la constitución o funcionamiento de instituciones de interés comunal, por quienes con ellas hayan de resultar beneficiados. Si unas y otras se distinguen en que a diferencia de las tasas, las contribuciones no aparecen como retribución inmediata de un servicio individual, sino como compensación de un beneficio colectivo, presentan en cambio notas comunes que no pocas veces inducen a confusión entre ambos conceptos: los dos tributos vienen a ser retribución de prestaciones que el Estado determina unilateralmente, suponen un compromiso entre éste y los contribuyentes para la realización de una obra o la ejecución de un acto, obedecen a motivos de interés público, y se obtienen en forma compulsiva mediante la autoridad inherente al Estado; son, en pocas palabras, como los impuestos, rentas propias de la llamada *economía pública*, por oposición a los ingresos de *economía privada* que el fisco deriva del aprovechamiento de bienes o empresas con un fin inmediato de utilidad comercial. De ahí que los conceptos específicos de contribuciones especiales y de tasas queden comprendidos en el genérico de contribuciones, y que éstas, como retribución que son de una actuación administrativa establecida en beneficio común o compensación por la fundación de instituciones o la realización de obras de interés general, difieren esencialmente, por razón de las mismas notas que unen en un mismo género a las contribuciones especiales y a las tasas, de los *precios* de bienes o de prestaciones que las empresas públicas devengan como resultado de una actividad económica propia.

Pues bien: si cuando la norma acusada se refiere a *derechos* lo hace para aludir a las *tasas* que la Empresa Puertos de Colombia quisiera establecer en lo futuro, y no a los *precios* o *tarifas* que como cualquiera otra empresa puede establecer *motu proprio* con solo sujeción a lo previsto en el artículo 39 de la Constitución —y no es de suponer que sea de otro modo dada la sinonimia que entre *tasa* y *derecho* se observa en materias hacendaria y fiscal—, es obvio que por tratarse de crear contribuciones, y no simplemente de regular tasas preestablecidas —regulación que con facultad legal sí pueden hacer los organismos administrativos—, la respectiva potestad pertenece privativamente al Congreso en el orden nacional, por virtud de lo que se acaba de exponer y de las disposiciones que se han venido citando, pero sobre todo del precepto consignado en el artículo 43 de la Carta, que reza:

"En tiempo de paz solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos municipales podrán imponer contribuciones".

Consagra esta regla el principio demo-liberal de que la potestad de crear tributos corresponde ejercerla al pueblo al través del órgano que de modo más genuino le sirve de expresión, con la única salvedad de lo que en caso excepcional exija un estado o situación de emergencia. Esta sumisión a la com-

petencia privativa de la representación popular en materia impositiva es uno de los grandes principios sobre que descansa el sistema de gobierno representativo, por lo que la atribución de legislar sobre esta materia —como la potestad legislativa en general— no puede ser confiada a organismo o institución distintos del congreso sino en los casos expresamente previstos en la Constitución y con las restricciones que ella prescribe.

Quiere decir lo anterior que para que la ley pueda encomendar a otra autoridad el establecimiento de tributos de cualquier especie, se requiere facultad constitucional expresa, lo que se echa menos en este caso en que la autorización de establecer derechos aparece otorgada a una entidad administrativa autónoma cuando la única oportunidad que la Constitución da al legislador para permitir a otro órgano del Poder Público el ejercicio de facultades a él constitucionalmente atribuídas, es la del ordinal 12 del artículo 76 de la Carta, que lo autoriza para revestir al Presidente de la República, *pro tempore*, de precisas facultades extraordinarias cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje; no obstante lo cual, el artículo 3º de la ley acusada encomienda implícitamente la imposición de tributos a persona distinta del Presidente de la República y por vía diferente de la prevista en el ordinal 12 del artículo 76 mencionado.

Hecha así la confrontación de la norma acusada con las prescripciones de la Carta que regulan la materia impositiva, aparece evidente la infracción de tales preceptos, y por tanto, la inconstitucionalidad que parcialmente la afecta y que impide su ejecución en la parte que los contraviene.

Como consecuencia de tales consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en ejercicio de la jurisdicción constitucional que consagra el artículo 214 de la Carta, y en un todo de acuerdo con las conclusiones a que en el concepto rendido ante la Corte llega el señor Procurador General de la Nación, declara exequible la Ley ciento cincuenta y cuatro de veinticuatro de diciembre de mil novecientos cincuenta y nueve, salvo la proposición del artículo 3º que reza: "(...) y los que la misma empresa establezca en el futuro", la que se declara inexequible.

Comuníquese al señor Presidente de la República y a los ministros de Hacienda y Crédito Público y de Obras Públicas.

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

Luis Carlos Zambrano, Ramiro Araújo Grau, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Alberto Bravo, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Eduardo Fernández Botero, Ignacio Gómez Posse, Enrique López de la Pava, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Luis Fernando Paredes, Carlos Peláez Trujillo, Arturo C. Posada, Víctor G. Ricardo, Julio Roncallo Acosta.

Eustorgio Sarria, Conjuez.
Ricardo Ramírez L., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION CIVIL

SIMULACION

Su alcance, sea absoluta o relativa, frente a terceros de buena fe.

Cuando el artículo 1766 del Código Civil ordena que "las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efectos contra terceros", comprende todas las convenciones simuladoras, así sean absolutas o relativas: y la norma, lejos de modificar, confirma la seguridad jurídica en que se apoya el movimiento de las transacciones, del propio modo que el efecto relativo de los contratos para las partes que se obligan, sin perjuicio de que por obra de su voluntad puedan crear situaciones valederas erga omnes al amparo de la buena fe.

Porque la convención simuladora de un negocio jurídico cuando ninguno ha querido celebrarse, o cuando se tiene en mira otro contrato, liga a las partes y a sus causahabientes, pero nunca en daño de terceros cuya buena fe se atuvo al contrato público, precisamente por ignorar el acuerdo oculto de los simuladores para suprimir entre sí los efectos de la convención o para darle un significado diferente.

Entonces, si se trata de compraventa de inmuebles que cumplió las solemnidades legales para su validez, fue inscrita en el registro, y por ello un tercero que no tuvo noticia de la simulación del negocio, compró a su turno a quien aparecía como adquirente legítimo el mismo inmueble, la tacha de simulación del título de su autor no le es oponible. Menos aún por los causahabientes del simulante vendedor, que a sabiendas creó el título inscrito traspasado al tercero de buena fe.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, catorce de enero de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán).

En reivindicación de la casa números 22-08 y 22-34 de la Carrera 9ª de la ciudad de Tunja, Jesús Ramírez Hidalgo inició el presente juicio contra Tobías Monroy.

El demandado se opuso, y el Juez 1º Civil de aquel circuito feneció el asunto en primera instancia con fallo condenatorio del 21 de noviembre de 1963, que el vencido apeló y fue objeto de confirmación por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja con fecha 25 de agosto de 1964.

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

La Sentencia Acusada

Después de consideraciones varias para hallar bien dirigido el juicio contra Tobías Monroy como poseedor material de la cosa singular que se reivindica, el fallo pasa al estudio de la titularidad en el actor, y dice:

"El demandante acompañó a la demanda copia de la escritura número 307 de 27 de enero de 1944, otorgada en la Notaría 4ª del Circuito de Bogotá, y registrada en el Libro número primero del Registro de Tunja, conforme a la cual adquirió el dominio de la casa en referencia, del señor Proto J. Suárez.

"Como se estableció al resolver la excepción dilatoria, el demandado entró en posesión de la casa a partir de la fecha en que la misma se entregó a la señora Dioselina v. de Nariño y más concretamente a partir del

doce (12) de octubre de mil novecientos cincuenta y dos (1952), cuando la arrendó a la Caja de Crédito Agrario.

"Confrontadas las fechas de la citada escritura y la de la iniciación de la posesión del demandado, aparece que ésta es muy posterior, quedando por tanto destruída la presunción de dominio en el poseedor demandado.

"Los títulos que presentó el demandado son dos:

"1º - La copia de la escritura ochocientos cincuenta (850) de dieciséis (16) de octubre de mil novecientos cuarenta y seis (1946) y otorgada en la Notaría Primera de Tunja, que habla de la venta hecha por la señora Dioselina de la Pava Martínez v. de Nariño, de la mitad del derecho de dominio que tiene sobre los inmuebles a que se refieren las escrituras mil doscientos treinta y seis (1.236) de diez (10) de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres (1943) de la Notaría Primera de Tunja y la citada escritura trecientos siete (307) de veintisiete (27) de enero de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944).

"2º - La copia de la escritura número seis mil trescientos cuatro (6.304) de veintidós (22) de noviembre de mil novecientos cincuenta y siete (1957), otorgada en la Notaría Segunda de Bogotá, conforme a la cual Dioselina de la Pava Martínez v. de Nariño vende al doctor Tobías Monroy todos los derechos y acciones que le puedan corresponder como heredera y a cualquier título en la sucesión de su finado esposo Temístocles Nariño Lancheros. La escritura aparece registrada en el Libro Segundo del Registro de Bogotá.

"Como aparece de las fechas de estos últimos títulos, son posteriores a la fecha del título del demandante, de modo que si solo se tuviera en cuenta este factor, este último prevalecería. Pero en realidad los títulos del demandado hablan de derechos y acciones en una sucesión, de modo que para saber si tiene mejor derecho es necesario averiguar qué derechos fue los que en realidad adquirió el demandado, al comprarle a la viuda del señor Temístocles Nariño, todos los derechos que ésta tenía en la sucesión de aquel.

"Según el demandado, la casa objeto del litigio, pertenece a la sucesión de Temístocles Nariño, por haberse declarado simulado el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número mil doscientos treinta y seis (1.236) de diez (10) de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres (1943), de la Notaría Primera de Tunja, en donde Temístocles Nariño, dijo vendérsela a Proto Jacinto Suárez.

"En el expediente figuran las copias de la sentencia de primer grado proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Tunja (C. 3, fl. 15 v.) de la parte resolutoria de la que la revocó, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja (C. 3, fl. 21) y de la de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que no casó la del Tribunal. (C. 3, fl. 22 v.).

"El Tribunal en la citada sentencia declaró ser simulada la venta que de la casa aquí en litigio, hizo Temístocles Nariño a Proto Jacinto Suárez, ordenó la cancelación del registro y agregó: «y en consecuencia tales bienes no han salido del patrimonio del señor Temístocles Nariño».

"Esta declaración, que sirve de fundamento a la tesis del demandado, se debe tomar en un sentido formal, en cuanto hace relación al contrato que se declaró simulado y en un sentido jurídico, en cuanto no vaya contra los principios que fijan el alcance de la declaración de simulación. El bien no ha salido del patrimonio del vendedor, mientras no haya sido adquirido válidamente por un tercero, a quien la simulación no puede perjudicar de acuerdo con el art. 1766 del C.C. que dice: «Las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efectos contra terceros».

"No aparece que el demandante haya intervenido como parte o en cualquier forma en el contrato de compraventa que se declaró simulado, y por lo mismo se le debe considerar como tercero. Esta calidad, quedó además plenamente reconocida por la misma sentencia al no declarar la simulación del contrato de compraventa contenido en la copia de la escritura número trescientos siete (307) de veintisiete (27) de enero de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944), de la Notaría Cuarta de Bogotá que es la misma que presenta como título el demandante (C. 3, fl. 21 v.).

"Al no declararse la simulación de la venta que hizo Proto Jacinto Suárez a Jesús Ramírez, en la citada escritura, quedó definido en frente a Temístocles Nariño, demandante en ese juicio, y de sus sucesores a título uni-

versal, que el bien en litigio, sí había salido de su patrimonio y que su adquirente era un tercero de buena fe.

"La buena fe se presupone (art. 8º Ley 153 de 1887, en relación con el art. 769 del C. C.), y en este caso tal presunción no fue destruída en el juicio que pretendió la declaración de simulación del contrato que hizo propietario de la casa al hoy demandante".

En el mismo orden de ideas el sentenciador hace otras consideraciones, y concluye:

"Se sostiene que la venta que le hizo Suárez al hoy demandante fue venta de cosa ajena, que vale sin perjuicio de los derechos del vendedor dueño, entonces Temístocles Nariño y hoy sus herederos. Pero esto solo es una apariencia de verdad, pues ante la ley, y para los terceros, el verdadero dueño no era Temístocles Nariño, sino Suarez que aparecía inscrito como tal en el Registro. Si Ramírez creyó en la manifestación de Nariño, de haber transmitido el dominio a Suárez y sobre esa base contrató, Nariño (hoy su cesionario) no tiene derecho para sostener que eso no era cierto, y que el tercero nada adquirió, porque sería desconocer el principio de la buena fe consagrado en el citado art. 1766 del C. C., y todas las disposiciones sobre registro de instrumentos públicos, como medio de publicidad de los contratos que versan sobre inmuebles. (Arts. 2637, 2652 y 2674 del C. C.).

"De conformidad con lo expuesto queda demostrado que el demandante es el dueño del inmueble que reclama el demandado...".

La Acusación

Con base en la causal primera presenta cuatro aspectos de censura, así:

I. "El tribunal sentenciador —dice el libelo— al afirmar que el demandado es poseedor del inmueble materia de la litis, prescindiendo de reconocer el origen y características de tal posesión, es decir, la posesión propia suya y la de sus causantes o antecesores, incurrió en errores evidentes de hecho y de derecho que lo llevaron a violar los artículos 763, 778, 783, 1008 y 2521 del Código Civil".

Alude a que esclarecido como excepción dilatoria el hecho de hallarse el demandado en posesión del objeto, la sentencia era la oportunidad de calificar de fondo el derecho en virtud del cual se han ejercido los actos posesorios. "Se imponía entonces —continúa el recurrente— estudiar la posesión del demandado a la luz de sus títulos y de las demás pruebas aducidas, porque si es cierto que la posesión del sucesor principia en él, no lo es menos que puede añadir a la posesión propia no solo la de su antecesor sino la de una serie no interrumpida de antecesores. (art. 778 y 2521 del C. C.).

"Pues bien, al no estimar el sentenciador, como ha debido hacerlo, todas esas pruebas, en conjunto y armónicamente, incurrió en los errores a que me he referido".

Alega que el demandado posee materialmente un bien que pertenece a una sucesión ilíquida en que el heredero universal le cedió sus derechos de acuerdo con los títulos que ha exhibido, "y por lo tanto —deduce— con justo título y buena fe venía poseyendo como sucesor a título universal del señor Temístocles Nariño, o sea en todos sus bienes, entre los cuales está el inmueble de que se trata, y demás derechos y obligaciones transmisibles. (Art. 1008 del C. C.)".

Afirma que Temístocles Nariño estuvo en posesión de la casa que se reivindica hasta el momento de su muerte, y que si la venta del mismo Nariño a Proto J. Suárez se declaró simulada, fue porque no hubo la recíproca voluntad de enajenar y de adquirir, lo cual significa que el supuesto comprador "nunca pudo ser poseedor del inmueble materia del contrato simulado".

Hace otras consideraciones de refuerzo para concluír en el sentido de que erró el Tribunal al entender que el demandado es poseedor sin título, y de que "erró también al afirmar que se ha alegado que la calidad que tiene el demandado de cesionario de los derechos de los antecesores en el dominio del bien que se reclama, desvanecería su calidad de poseedor material. Al proceder así —añade— se negó en lo que a lo primero respecta a dar a los títulos presentados por mi poderdante el valor que legalmente tienen, y por lo que hace a lo segundo, dedujo algo que jamás podría haberse afirmado por la parte que represento en relación con tales títulos. Estos evidentes errores de hecho y de derecho lo llevaron a violar, como lo he dicho, las disposiciones sustantivas citadas al principio de este capítulo".

II. "Al afirmar el tribunal sentenciador —dice el libelo— que el demandante es dueño del inmueble relacionado en la demanda incurrió en claros errores de hecho y de de-

recho que lo llevaron a violar los artículos 673, 752, 1633, 1871, 1880 y 1882 del Código Civil".

Se detiene en apreciaciones acerca de la naturaleza del contrato de compraventa, y de que "si la inscripción del título en el registro es el medio para efectuar la tradición del dominio de los bienes raíces, pero no es la tradición misma, ésta no puede perfeccionarse, tratándose de compraventa sino también por la entrega material de lo vendido, es decir por ese acto voluntario en virtud del cual se pone al comprador en posesión de aquello. Se explica así que el art. 1880 del C. C. hable de *entrega* o *tradición* como de términos sinónimos".

Con la idea de que "el dominio no puede considerarse como una simple abstracción", y de que la entrega de la cosa vendida a cargo del vendedor comprende no solo el deber de transmitir la propiedad al comprador para que pueda tener el objeto como dueño, sino también otorgar la posesión física, libre de todo obstáculo, y que, por lo mismo, con la sola inscripción en el registro no queda cumplida la obligación del vendedor de entregar el objeto, llega el recurrente a entender que "sin la entrega material no se transmite la propiedad al comprador".

Considera que en autos aparece demostrada la circunstancia de que al actor Jesús Ramírez Hidalgo nunca se le hizo entrega real y material del inmueble que reivindica; que hay plena prueba de que adquirió a *non domino*, por cuanto el juicio seguido por Temístocles Nariño contra Proto J. Suárez, en que también fue demandado Ramírez Hidalgo, se declaró simulada la venta hecha por el primero al segundo, de suerte que si Suárez nada adquirió, nada podía transmitir al hoy demandante Ramírez Hidalgo. A que acompaña el argumento de como el demandado Tobías Monroy ha sucedido en la posesión de Temístocles Nariño, prevalece en el juicio, porque es anterior al título del demandante Ramírez Hidalgo.

III. Aplicación indebida de los artículos 1766 y 769 del Código Civil, "al afirmar el sentenciador que las sentencias dictadas en el referido juicio de simulación no pueden perjudicar al demandante".

La censura estima que el Tribunal incurrió en evidentes errores de hecho y de derecho, ante todo porque la simulación declarada en aquel juicio de Nariño contra Suárez fue absoluta y no relativa, de donde saca que no hubo entonces ningún acuerdo secreto, y que "no puede confundirse la acción de simulación-nulidad con la de simulación prevalencia", ya que esta última es la contemplada por el artículo 1766 del Código Civil, no aplicable al caso en sentir del recurrente, quien continúa:

"Dice también el tribunal que «no aparece que el demandante haya intervenido como parte o en cualquier forma en el contrato de compraventa que se declaró simulado, y por lo mismo se le debe considerar como un tercero», pero esto nada significa en favor del demandante porque ya vimos que según el art. 1871 del Código Civil la venta de cosa ajena vale pero sin perjuicio de los derechos del verdadero propietario. De modo que si el demandante compró cosa ajena como lo reconoce la misma sentencia, su título, aunque tercero, tiene que ceder ante los derechos del verdadero propietario, como ha quedado claramente expuesto en el Capítulo 2º.

"Si, pues, el demandante fue parte demandada en el juicio de simulación tantas veces mencionado, y además está demostrado que nunca estuvo en posesión material del inmueble de que se trata, lo que es un incuestionable reconocimiento por él mismo de que nada había adquirido y de que ningún derecho tenía a una entrega material que habría podido pedirle judicialmente a su vendedor, según las terminantes normas legales al respecto, la buena fe de que habló el tribunal, hay que descartarla de plano".

IV. Errores de hecho y de derecho inductivos de infracción de los artículos 1746 y 1871 del Código Civil.

Censura al Tribunal por cuanto expresa que fueron litigiosos los derechos cedidos al demandado por la heredera de Temístocles Nariño, ya que nada podía ingresar al patrimonio del causante cuando la justicia había decidido que el inmueble en disputa había pasado a un tercero adquirente de buena fe.

En contrario el recurrente estima que cuando la sentencia de simulación no afectó el contrato que constituye el título del reivindicante, "lo que ella quiso fue que Ramírez hiciera valer sus derechos, si era que creía tenerlos, en el juicio correspondiente, y por ello se abstuvo de pronunciarse sobre su título, y de consiguiente de ordenar entrega ninguna, como bien se dijo en la actuación judicial atrás referida. (V. fl. 18 v. c. n. 2).

"Pero en este reivindicatorio —añade— está ampliamente demostrado que, contra lo afirmado por el sentenciador, y al comparar las titulaciones, quien tiene una situación de hecho mejor caracterizada es mi poderdante no solo por la muy larga y no interrumpida posesión de sus antecesores: el señor Temístocles Nariño y su heredera, a quienes él representa, y por la posesión que como su continuador ha venido ejerciendo, posesión en total muy anterior al título del demandado (sic), sino porque éste nunca ha estado en posesión del mismo bien como tampoco lo estuvo nunca su causante, cuyo título se declaró inexistente".

Se considera:

1. El punto central consiste en saber el alcance de la simulación, absoluta o relativa, frente a terceros de buena fe.

Cuando el artículo 1766 del Código Civil ordena que "las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efectos contra terceros", comprende todas las convenciones simuladoras, así sean absolutas o relativas: y la norma, lejos de modificar, confirma la seguridad jurídica en que se apoya el movimiento de las transacciones, del propio modo que el efecto relativo de los contratos para las partes que se obligan, sin perjuicio de que por obra de su voluntad puedan crear situaciones valederas *erga omnes*, al amparo de la buena fe.

2. Porque la convención simuladora de un negocio jurídico cuando ninguno ha querido celebrarse, o cuando se tiene en mira otro contrato, liga a las partes y a sus causahabientes, pero nunca en daño de terceros cuya buena fe se atuvo al contrato público, precisamente por ignorar el acuerdo oculto de los simuladores para suprimir entre sí los efectos de la convención o para darle un significado diferente.

3. Entonces, si se trata de compraventa de inmuebles que cumplió las solemnidades legales para su validez, fue inscrita en el registro, y por ello un tercero que no tuvo noticia de la simulación del negocio, compró a su turno a quien aparecía como adquirente legítimo el mismo inmueble, la tacha de simulación del título de su autor no le es oponible. Menos aún por los causahabientes del simulante vendedor, que a sabiendas creó el título inscrito traspasado al tercero de buena fe.

4. No otra cosa se desprende del fallo judicial ejecutoriado que puso término a la acción de simulación de Temístocles Nariño contra Proto J. Suárez. Porque si prosperó la súplica de simulación cuanto a la compraventa entre esas mismas partes aparentada, quedó a salvo y en todo su vigor el título del hoy reivindicante Jesús Ramírez Hidalgo, según declaración especial y expresa del mismo fallo, sobre proceso a que fue citado como parte el propio Ramírez Hidalgo.

5. Que éste último no haya estado en posesión del objeto que reivindica; que no se le haya cumplido a plenitud con la principal obligación del vendedor, consistente en el registro acompañado de la entrega material del inmueble; y que el demandado quiera respaldar su posesión con el carácter de cesionario de la heredera de Temístocles Nariño, son cosas que en nada desvirtúan la posición prevaleciente del actor.

Porque si éste es dueño de cosa singular de que no está en posesión, por eso mismo está habilitado para reivindicar. Porque si además del registro de su título, debió entregársele materialmente el objeto, la reivindicación a ello es conducente. Y puesto que por la inscripción del título de su antecesor y del suyo propio, el derecho de dominio que radicaba en cabeza de Temístocles Nariño pasó al reivindicante Jesús Ramírez Hidalgo, queda en claro que la calidad jurídica de este último como dueño, es prevaleciente sobre la titularidad que invoca el demandado para mantenerse en posesión de la casa en litigio.

6. Como titular del dominio inscrito en el registro, Proto J. Suárez no le vendió a Ramírez Hidalgo cosa ajena. Si con posterioridad a la enajenación el título de Suárez se declaró simulado, pero no el de Ramírez Hidalgo como de tercero de buena fe, en derecho es inatendible la pretensión de dominio de quien sucede al vendedor simulante, Temístocles Nariño, que por obra de su voluntad creó ante el público la apariencia, no exenta de responsabilidad, de haberse desprendido del dominio a favor del que lo traspasó después a tercera persona ignorante de la simulación.

Por todo lo cual la censura no está llamada a prosperar.

Resolución

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando

justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 25 de agosto de 1964 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en el presente litigio de Jesús Ramírez Hidalgo contra Tobías Monroy.

No aparecen costas causadas en casación.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

NO SE ACLARA LA SENTENCIA ANTERIOR

Corte Suprema de Justicia. — ***Sala de Casación Civil.*** — Bogotá, veintidós de febrero de mil novecientos sesenta y seis.

Afírmase en el precedente memorial que la sentencia pronunciada el 14 de enero último en el juicio de Jesús Ramírez Hidalgo contra Tobías Monroy "ofrece verdaderos motivos de duda", y se pide a la Corte "aclarar los conceptos de la sentencia que decidió el recurso de casación interpuesto, relacionados con la propiedad que ellos le atribuyen al demandante de la casa materia de la reivindicación . . . , en el sentido de que parece que esa H. Corporación hubiera considerado que la sentencia no casada obliga a la sucesión de Temístocles Nariño . . .".

Sobre el punto relacionado expresa el fallo lo siguiente:

"5. Que este último (se refiere al demandante Jesús Ramírez Hidalgo) no haya estado en posesión del objeto que reivindica; que no se le haya cumplido a plenitud con la principal obligación del vendedor, consistente en el registro acompañado de la entrega material del inmueble; y que el demandado quiera respaldar su posesión con el carácter de cesionario de la heredera de Temístocles Nariño, son cosas que en nada desvirtúan la posición prevaleciente del actor.

"Porque si éste es dueño de la cosa singular de que no está en posesión, por eso mismo está habilitado para reivindicar. Porque si además del registro de su título, debió entregársele materialmente el objeto, la reivindicación a ello es conducente. Y puesto que por la inscripción del título de su antecesor y del suyo propio, el derecho de dominio que radicaba en cabeza de Temístocles Nariño pasó al reivindicante Jesús Ramírez Hidalgo, queda en claro que la calidad jurídica de este último como dueño, es prevaleciente sobre la titularidad que invoca el demandado para matenerse en posesión de la casa en litigio".

No hay, pues, conceptos oscuros que merezcan ser aclarados.

Por tanto, la Sala Civil de Casación de la Corte, no hace la aclaración solicitada.

Cópiese y notifíquese.

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

NULIDAD DE CONTRATO DE COMPRAVENTA DE UN INMUEBLE EMBARGADO

Incongruencia.-La nulidad del juicio ejecutivo es distinta de la del remate.-Violación directa de la ley.-Diferencia fundamental entre el error de hecho y el de derecho.-La reivindicación no exige como requisito que el dueño haya perdido la posesión de la cosa, sino simplemente que no esté en posesión de ella.-Exigencias de la acción de entrega.

1.-Cuando el sentenciador ha dejado de pronunciarse implícitamente o expresamente sobre una excepción perentoria oportunamente propuesta por la parte demandada y debidamente comprobada, incide en incongruencia, o sea, en la falta de concordancia entre lo fallado y las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, en las cuales figuran no solamente las peticiones del actor en el libelo, sino las defensas perentorias del demandado o demandados (art. 471 C.J.), las cuales tienen "la virtualidad de desconocer la existencia de la obligación o de declararla extinguida si alguna vez existió" (art. 329 ibidem). A esta especie de incongruencia la denominan la doctrina y la jurisprudencia mínima petita, porque el fallador dejó de proveer sobre cuestiones impetradas en la demanda.

2.-La nulidad del juicio ejecutivo es distinta de la nulidad del remate, pues la primera lleva consigo la nulidad del remate, pero no al contrario. No haberse pronunciado la nulidad del remate, por no haberla propuesto expresa y específicamente en el juicio el demandado, no es motivo de incongruencia, porque para que ésta se configure, dispone el ordinal 2º del artículo 520 del Código Judicial que la pretensión haya sido oportunamente deducida por la parte que sustenta el recurso de casación en la causal de inconsonancia.

Esta ha sido la doctrina sostenida, que hoy reitera la Corte, como puede verse entre otras en casaciones de 26 de marzo de 1946 (T. X, págs. 147 y 148); de mayo 11 de 1948 (LXIV, pág. 126); de 30 de marzo de 1949 (LXV, pág. 642) y de 9 de mayo de 1949 (LXVI, pág. 65).

3.-La violación directa de la ley sustantiva no toca con el estudio de la prueba del hecho gobernado por la norma infringida. Lo que significa que el cargo basado en este motivo busca demostrar que habiendo el Juez encontrado probado un hecho, le aplicó indebidamente el precepto que no lo ampara.

4.-Entre el error de hecho y el de derecho existe una diferencia fundamental, porque cuando el fallador incurre en el primero, sucede que no ha visto la prueba que establece un hecho, o ha tenido en cuenta un medio que no obra en el proceso, y ha dado por demostrado un hecho inexistente. Como consecuencia del primer yerro viola indirectamente la norma sustantiva que gobierna el hecho no advertido, y en razón del segundo, aplica indebidamente el precepto sustantivo a un hecho no sometido a ella por no tener existencia procesal. En cambio, cuando ocurre el error de derecho, el juzgador aprecia todas las pruebas que se han llevado al expediente, pero al valorarlas de acuerdo con la tarifa legal, les da un mérito que la ley probatoria no les señala, o les desconoce el que les asigna. En esta forma viola directamente la norma que dentro de la ley señala el mérito de las pruebas, y, como consecuencia de tal trasgresión, infringe indirectamen-

te la ley sustantiva que aplicó al hecho no demostrado o que debía aplicar al hecho que desconoció.

En virtud de esta diferencia, el artículo 520 ord. 1º del C. Judicial le impone al recurrente en casación que en la demanda alegue si la violación de la ley sustancial proviene de error manifiesto de hecho o de derecho y que demuestre el que invoque.

5.-El error de derecho implica la apreciación de la prueba en cuanto establece un hecho, pero al mismo tiempo hay por parte del sentenciador una equivocada valoración de ella, consistente en que le desconoce el mérito que la tarifa le señala o le atribuye el que no tiene. El error de derecho en el recurso de casación lleva consigo la violación directa de la norma que señala el valor de la prueba, y la infracción indirecta del precepto o preceptos sustantivos que regulan el hecho. De ahí por qué el recurrente en la demanda de casación debe citar una y otra disposición.

6.-Debe anotarse que el artículo 946 del C. Civil, que define la acción reivindicatoria, no exige como requisito de ella que el dueño haya perdido la posesión de la cosa, sino simplemente que no esté en posesión de ella, de modo que bien puede ejercerla el que haya adquirido el dominio del bien que se halla en manos de un tercer poseedor, o contra el que se la ha arrebatado y se ha convertido en un poseedor útil. Y no puede hablarse que dicha acción solo la pueda adelantar el que prueba la posesión regular, porque el artículo 951 del C. C. que cita el impugnante, se refiere al caso especial de la llamada acción publiciana, que la norma citada consagra en forma excepcional en beneficio del poseedor regular que se halla en vía de ganar la cosa por prescripción ordinaria.

7.-La acción de entrega a que alude el acusador consagrada por los artículos 1882 y 1884 del Código Civil la regula el artículo 887 del C. Judicial, no citado en la demanda de casación, pero dicha acción, además de la exigencia de haberse adquirido el derecho real sobre el inmueble por medio de la tradición efectuada por el registro del título, solo se puede ejercer contra "el tradente que retenga materialmente la cosa en su poder" (G. J. T. XLIX, pág. 55 y LXXVIII, pág. 90).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, enero veintisiete de mil novecientos sesenta y seis.

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

Mercedes Vargas de Castro citó ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali a Alicia Covaleda y Alfonso Urrea U. en juicio ordinario, con el fin de obtener las siguientes declaraciones:

Primera. - Que es absolutamente nulo el contrato de compraventa contenido en la escritura 1848, otorgada en la Notaría 1ª de Cali el 22 de mayo de 1954, por la cual Alicia Covaleda transfiere a Alfonso Urrea U. el inmueble de la especificación y linderos a que se refiere dicho instrumento, nulidad que proviene de haber estado embargado dicho bien cuando se hizo la venta.

Segunda. - Que, consecuencialmente, es nulo el registro de la escritura anterior, y debe comunicarse al Notario que la autorizó y al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Cali, para que hagan las cancelaciones respectivas.

Tercera. - Que Mercedes Vargas de Castro es dueña absoluta de la casa y terreno correspondiente, descrito en el hecho primero con sus mejoras y accesorios.

Cuarta. - Que en consecuencia Alfonso Urrea U. debe restituír a Mercedes Vargas v. de Castro tal inmueble con sus mejoras y demás accesorios, tres días después de notificada la sentencia.

Quinta. - Que el demandadó Alfonso Urrea U. considerado como poseedor de buena fe, debe pagar a la demandante los frutos naturales y civiles a partir de la notificación de la demanda, y no solamente los percibidos sino los que Vargas v. de Castro hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, si hubiera tenido el bien en su poder.

Sexta. - Que se condene en costas a los demandados, si se oponen al juicio.

Los hechos que constituyen la causa de la demanda se resumen así:

Mercedes Vargas v. de Castro compró a Carlos Gómez Escobar por escritura 885, autorizada el 23 de mayo de 1957 en la Notaría

3ª de Cali, y registrada el 12 de septiembre del mismo año, la casa ubicada en el área urbana de Cali, señalada con los números 22-28 y 22-32 de la carrera 12, y alinderada así: "por el norte, con la carrera 13 del actual trazado urbano de esta ciudad; sur, con predio de María Collazos, Isolina Ruiz y Juan Chale; oriente, con predio de Antonio Urrea, y occidente, con predio de Licenia Holguín, antes de Justiniano Sánchez".

Carlos Gómez adquirió el mismo inmueble en remate efectuado el 23 de julio de 1956 en el juicio ejecutivo que él mismo le seguía a Alicia Covaleda en el Juzgado 1º Civil del Circuito de Popayán. La diligencia de remate y la sentencia aprobatoria del mismo fueron registrados el 29 de marzo de 1957.

El embargo, decretado por el Juez 1º Civil del Circuito de Popayán en el juicio ejecutivo, se comunicó al Registrador de Cali en oficio 184 de 23 de noviembre de 1953, y se inscribió en el Libro de Autos de Embargo al día siguiente.

Alicia Covaleda había adquirido el dominio del inmueble a que se refiere el auto de embargo y la diligencia de remate, por escrituras 544 y 971 de 3 de marzo de 1948 y 31 de marzo de 1949, respectivamente, otorgadas en la Notaría 1ª de Cali y oportunamente registradas.

No obstante estar fuera del comercio la casa *sub lite* por razón del embargo aludido, que solo se canceló por oficio 53 de 15 de marzo de 1957, Alicia Covaleda transfirió a Alfonso Urrea U. el dominio del mismo inmueble mediante la escritura 1848 otorgada en la Notaría 1ª de Cali el 22 de mayo de 1954, que fue ilegalmente registrada en la oficina respectiva de Cali el 31 del mismo mes y año.

Alfonso Urrea U. "conserva aún la posesión del inmueble" invocando como título legítimo el expuesto en el hecho anterior.

El demandado Urrea U. contestó el libelo por medio de apoderado oponiéndose a que se hagan las declaraciones impetradas. En cuanto a los hechos, negó los seis primeros, y respecto del séptimo, que trata de la posesión de la casa reclamada, dice: "Alfonso Urrea está en posesión de un inmueble al cual le hizo reparaciones tan serias que nadie que lo haya conocido, lo reconocerá. En ellas invirtió una suma mayor de los $10.000,00 y vive Dios que aún hay jueces en Berlín que no permitirán que lo que es fruto de su esfuerzo personal pase a manos ajenas, sin la debida indemnización".

El curador *ad litem* de Alicia Covaleda, nombrado por no haber sido encontrada para notificársele la demanda, descorrió el traslado aceptando los primeros seis hechos de la demanda; sobre el séptimo dijo no constarle, pero observa que el apoderado de Urrea acepta el hecho de la posesión de la demandada. Igualmente admite el derecho en que se funda la acción incoada.

El Juzgado decidió el primer grado del juicio en sentencia de seis de julio de mil novecientos sesenta, por la cual resolvió:

1º - Declarar nulo, de nulidad absoluta, el contrato contenido en la escritura pública 1848 de 22 de mayo de 1954, pasada en la Notaría 1ª de Cali.

2º - Declarar que Mercedes Vargas v. de Castro es dueña exclusiva de la casa de habitación y terreno en que está edificada, cuyos linderos y demás especificaciones aparecen en el hecho primero de la demanda.

3º - Condenar a Alfonso Urrea U. a restituírle a Mercedes Vargas v. de Castro el inmueble de que trata el hecho primero de la demanda tres días después de ejecutoriada la sentencia.

4º - Condenar al demandado Urrea U. al pago, dentro del mismo término, de los frutos naturales y civiles percibidos, o que hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, si hubiera tenido la cosa en su poder, a partir de la fecha de la contestación de la demanda.

5º - Librar los oficios del caso al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados y Notario 1º de Cali.

6º - Condenar en costas solamente al demandado Urrea U. pues la demandada Covaleda no se opuso a la acción intentada contra ella.

El Tribunal Superior de Cali decidió la alzada en que acudió el demandado Urrea U. en fallo de 13 de diciembre de 1961, por el cual confirmó el de primer grado con excepción del punto 5º, y condena en costas al apelante.

Motivación de la sentencia del Tribunal

En las pruebas aportadas por las partes encuentra:

Mediante la escritura pública pasada en la Notaría 1ª de Cali el 3 de marzo de 1948, Samuel (Samy) F. Muchahuar vendió a Alicia Covaleda la nuda propiedad y a Angel María Núñez Z. el usufructo de la casa de habitación con su terreno, situada en el Barrio Obrero de Cali y distinguida con los números 22-28 y 22-30 de la carrera 13 de dicha ciudad, alinderada como lo indica la sentencia.

Por instrumento 971 de 31 de marzo de 1949, autorizado por la misma Notaría, Angel María Núñez dijo haber adquirido este inmueble con dinero de la menor Covaleda y, al propio tiempo, renunció a favor de ésta el usufructo habido para sí. Tulio Cobo aceptó para la menor como agente oficioso.

En el juicio ejecutivo promovido por Carlos Gómez Escobar contra Alicia Covaleda en el Juzgado 1º Civil del Circuito de Popayán, fue decretado el embargo y secuestro de la casa marcada con el número 22-28 de la calle 13 de Cali, "que se dice fue adquirida por la demandada según escritura 544 antes citada", comprendida por los linderos que expone el fallo.

La orden de embargo fue comunicada a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Cali por oficio 184 de 23 de noviembre de 1953, y se registró al día siguiente. Este registro no vino a ser cancelado sino el 28 de marzo de 1957 en virtud del remate y adjudicación que de tal bien se hizo al ejecutante Carlos Gómez Escobar.

Estando vigente el embargo en referencia, Alicia Covaleda en escritura 1848 otorgada en la Notaría 1ª de Cali el 22 de mayo de 1954, registrada el 31 del mismo mes y año, dio en venta a Alfonso Urrea "el inmueble de la ejecución".

A su vez, Carlos Gómez Escobar, rematador y adjudicatario en la subasta pública, vendió el inmueble a Mercedes Vargas de Castro mediante instrumento 856 de 23 de marzo de 1957, autorizado en la Notaría 3ª de Cali.

Ante las dos titulaciones que recoge el expediente, la de Mercedes Vargas de Castro con la escritura 856, y la de Alfonso Urrea U. con el instrumento 1848 sobre la propiedad del lote y la casa número 22-28 de la carrera 13 de Cali, halla acreditada la acción de nulidad de la venta contenida en la segunda escritura, por tratarse "de un inmueble que estaba fuera del comercio, y tuvo, por lo mismo, un objeto ilícito según los artículos 1521, numeral 3º del Código Civil y 2º de la Ley 50 de 1935.

Prosigue el sentenciador exponiendo que el efecto necesario e inmediato, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 1746 del Código Civil "es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el contrato nulo". No encuentra que haya prueba de que el inmueble haya estado poseído por otras personas que Samuel F. Muchahar, Alicia Covaleda luégo, y Alfonso Urrea U. "a juzgar por las escrituras de enajenación a la segunda de las personas nombradas, el dictamen de los peritos que intervinieron en la inspección ocular practicada el 21 de agosto de 1958 (fol. 10 Cdo. 3) y las declaraciones de Lola López y José Antonio Guerrero (fl. 3 vt. C. 2)". Añade que "pronunciada la nulidad de la escritura 1848", el dominio y la posesión del bien debían volver a Alicia Covaleda, pero que en lugar de ésta debe tenerse a Carlos Gómez Escobar por haberlo rematado y habérsele adjudicado, y también a la actora en razón de habérselo comprado a este adjudicatario. Así "se da exacta y cabal aplicación" a los artículos 1521, 946 y 950 del C. C. "declarando al par la ruptura del contrato contenido en la escritura 1848, la orden al actual poseedor señor Urrea U. de restituír a la señora Mercedes Vargas de Castro el inmueble que posee".

Aunque las partes tienen derecho a ser restituídas al estado anterior, Urrea U. no tiene derecho a repetir lo que pagó "por un objeto o causa ilícita a sabiendas".

Sin embargo lo considera como poseedor de buena fe en atención a que se le ocultó el embargo que gravitaba sobre la casa número 22-28 y 22-30 de la carrera 13, y a que la escritura de venta fue registrada sin tropiezo alguno. En razón de la buena fe de Urrea, no está obligado al pago de los frutos percibidos sino a partir de la fecha de la contestación de la demanda, y en cuanto a las mejoras que alega y existan, puede hacerlas valer "bajo la calificación de buena fe".

El demandado Urrea U. impugnó la sentencia con el recurso de casación que la Corte procede a decidir

Seis cargos formula la demanda, así: uno por incongruencia, dos por violación directa de normas sustantivas, uno por error de derecho y dos por errores de hecho en la apreciación de medios de juicio.

— I —

Se considera, en primer término, la tacha de incongruencia, que como 4ª funda la demanda así:

El personero del demandado Urrea U. al contestar el traslado propuso varias excepciones que no fueron consideradas en ninguna de las dos instancias, pero de ellas, para los efectos del recurso, solamente invoca el censor la nulidad del remate.

Al efecto dice que de conformidad con los artículos 342, 343 y 417 del C.J. las excepciones perentorias deben decidirse en la sentencia, aunque no se hayan alegado, con mayor razón si han sido invocadas, porque la sentencia debe estar en consonancia con las pretensiones aducidas, y de no hacerlo así, se incurre en la causal segunda del artículo 520 del C. Judicial.

El demandado alegó la nulidad del juicio ejecutivo en que se subastó y adjudicó al tradente de la actora un bien distinto del embargado, y en relación con el remate están probados los siguientes hechos: a) en la inspección ocular practicada sobre el expediente que contiene el ejecutivo dicho, se estableció que solo se agregó a los autos un cartel de remate sin que conste "haberse fijado en otros lugares concurridos de la ciudad de Cali como lo exige el artículo 1038 del C.J."; b) tampoco se encontró constancia de "la fijación de carteles en sitios precisos y determinados"; c) "en el Juzgado de Popayán no se fijó edicto ni cartel de remate"; d) los carteles y diligencia de remate y el remate mismo se realizaron (fol. 21 C. 5 y fol. 22 vto. del mismo cuaderno) por el Juez 1º Civil del Circuito de Cali".

Cita el sentenciador la doctrina de un procesalista según la cual la comisión para la fijación de los carteles debe conferirse al Juez Municipal del lugar donde se hallan situados los bienes, no a un Juez de Circuito; y prosigue exponiendo que además de las muchas irregularidades del juicio ejecutivo, adolece el remate de la nulidad prevista en el ordinal 2º del artículo 451 del C. Judicial, "porque se trata de una formalidad íntimamente ligada a los fundamentos jurídicos de la diligencia de subasta judicial, por lo cual la Corte le ha reconocido el carácter de sustantivo al contenido de ese numeral segundo".

Añade que con la acción de nulidad y de reivindicación se busca el cumplimiento de la sentencia de remate en un juicio ejecutivo, en el cual no se efectuó el depósito ni se ordenó la entrega del bien al rematador.

Con la omisión del fallador en declarar la nulidad del remate, violó los artículos 451 del C. Judicial y 2º de la Ley 50 de 1936 "que le ordena" al fallador declarar la nulidad pedida al proponer la excepción.

La Corte considera:

Cuando el sentenciador ha dejado de pronunciarse implícitamente o expresamente sobre una excepción perentoria oportunamente propuesta por la parte demandada y debidamente comprobada, incide en incongruencia, o sea, en la falta de concordiancia entre lo fallado y las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, en las cuales figuran no solamente las peticiones del actor en el libelo, sino las defensas perentorias del demandado o demandados (art. 471 C. J.), las cuales tienen "la virtualidad de desconocer la existencia de la obligación o de declararla extinguida si alguna vez existió" (art. 329 ibidem). A esta especie de incongruencia la denominan la doctrina y la jurisprudencia *minima petita*, porque el fallador dejó de proveer sobre cuestiones impetradas en la demanda.

El apoderado de Alfonso Urrea U. en la contestación de la demanda, alegó y sostuvo en las dos instancias la nulidad del juicio ejecutivo que es distinta de la nulidad del remate, pues la primera lleva consigo la nulidad del remate, pero no al contrario. No haberse pronunciado la nulidad del remate, por no haberla propuesto expresa y específicamente en el juicio el demandado, no es motivo de incongruencia, porque para que ésta se configure, dispone el ordinal 2º del art. 520 del Código Judicial que la pretensión haya sido oportunamente deducida por la parte que sustenta el recurso de casación en la causal de inconsonancia.

Esta ha sido la doctrina sostenida, que hoy reitera la Corte.

La causal 2ª de casación es operante: "... cuando deja de fallar sobre excepciones perentorias oportunamente propuestas en el juicio". (T. LX pags. 147 y 148). "Esta causal de casación de sentido y alcance formal y no de fondo, se funda en el principio general de derecho procesal que la sentencia que desata definitivamente una controversia debe resol-

ver todas las cuesiones que hayan sido materia del debate, pero únicamente éstas, porque de otra manera se sentenciaría sorpresiva y arbitrariamente. Para remediar las irregularidades que a este respecto pueden ocurrir por desconformidad de las pretensiones oportunamente propuestas y determinadas por los litigantes con las resoluciones de la sentencia se da acceso a la casación por la vía de la causal segunda con el objeto de ajustar o conformar el fallo a las cuestiones que legalmente estuvieron *sub judicé*". (T.-64 pág. 126).

La causal segunda "solo se presenta cuando se resuelve sobre puntos ajenos a la litis, cuando se deja de decidir sobre algunos de los que han sido materia de la controversia; cuando se condena en más de lo pedido o cuando no se falla sobre las excepciones oportunamene alegadas, siendo el caso de hacerlo". (T. 65 pág. 642).

En la causal segunda incurre el sentenciador "cuando deja de decidir sobre algo de lo que como acción o excepción ha constituído las pretensiones oportunamente aducidas por las partes..." (T-66 pág. 65).

No habiendo propuesto el demandado en el juicio la excepción específica de nulidad del remate, no puede constituír motivo de incongruencia, y por lo mismo, el cargo fundado en ella no puede prosperar.

2º cargo. (1º de la demanda).

Se refiere el impugnante al paso de la sentencia en el cual se considera que la venta de que trata la escritura 1848 se contrajo al inmueble que estaba fuera del comercio, y "tuvo por lo mismo un objeto ilícito según el artículo 1521, numeral 3º del C. Civil".

Acusa la sentencia por infracción directa del artículo 1521 citado, por cuanto "se aplica la norma de un hecho a un hecho inexistente", que es el consistente en que el bien vendido por Alicia Covaleda a Alfonso Urrea es el mismo embargado en el ejecutivo seguido por Carlos Gómez Escobar contra aquella.

Con el propósito de demostrar el cargo, el recurrente transcribe de la escritura 1848 de 22 de mayo de 1954 las especificaciones y linderos del inmueble vendido por Covaleda; y de la diligencia de inspección ocular practicada sobre el expediente que contiene el ejecutivo dicho, los linderos del bien embargado. Y continúa: "Objetivamente se encuentra que el lote o bien embargado, es uno que no tiene acceso a ninguna vía, que es un inmueble cuyos linderos no coinciden con el vendido por la Covaleda, porque donde esta linda en el norte con la carrera 13, el embargado linda con María Collazos; que el lindero sur de la propiedad de Urrea, es colindante con María Collazos, en tanto que, lindando con María Collazos el embargado por el norte, por el sur tiene propiedad colindante desconocida".

Observa que los linderos de que da cuenta la inspección ocular del cuaderno 3º fol. 12, tampoco coinciden con los del bien embargado, y que del dictamen pericial actuante en el mismo cuaderno tampoco resulta "la coincidencia de lo embargado con lo vendido y lo que posee Alfonso Urrea, extremo indispensable para la aplicación del artículo 1521 del C.C....."

Insiste en que no está demostrada la identidad del inmueble embargado con el adquirido por el demandado Urrea, que ni siquiera se pidió la prueba para establecerla, y concluye: "Acuso la sentencia del Tribunal de Cali..... por violación directa del artículo 1521 del Código Civil en cuanto esta disposición determina que hay objeto ilícito en la enajenación de cosas embargadas por decreto judicial".

La Corte considera:

La violación directa de la ley sustantiva no toca con el estudio de la prueba del hecho gobernado por la norma infringida. Lo que significa que el cargo basado en este motivo busca demostrar que habiendo el Juez encontrado probado un hecho, le aplicó indebidamente el precepto que no lo ampara. En el caso concreto, el Tribunal halló que el inmueble vendido por Alicia Covaleda a Alfonso Urrea U. es el mismo que estaba embargado en el ejecutivo adelantado por Carlos Gómez Escobar contra la demandada Covaleda, razón por la cual concluyó que la venta se halla viciada de nulidad absoluta por ir contra lo dispuesto en el artículo 1521 ordinal 3º que dice hay objeto ilícito en la enajenación "de las cosas embargadas por decreto judicial".

El impugnante debía demostrar que con base en el hecho acogido por el Tribunal de ser uno mismo el bien enajenado y el embargado, había llegado a una decisión manifiestamente contraria a la disposición legal, o la había aplicado indebidamente al caso, o le

había atribuído un alcance que no tenía, pero no detenerse en demostrar el hecho de la falta de identidad entre el inmueble trabado en el ejecutivo y el adquirido por Urrea U. para encontrar la violación directa del artículo 1521 del Código Civil, porque el yerro así cometido sería de hecho en la apreciación de una prueba, no de infracción directa.

3º y 4º cargos. (2º y 3º de la demanda).

En su orden propone estas censuras, en resumen, así:

"Al folio 8 del cuaderno 5 obra una inspección ocular practicada por el Tribunal de Cali en la cual, al comparar el título de la parte actora y de su tradente Carlos Gómez Escobar, quedó constancia de que los linderos de la escritura no son los mismos que reza la partida de embargo, que además no menciona ni cita la carrera 13 (trece) de Cali". No obstante esto, la sentencia en el estudio de las pruebas no nombra siquiera esta diligencia, que es decisiva para demostrar que no hubo objeto ilícito en la venta de Urrea U. porque no coincide lo transferido a éste con lo embargado por el tradente a la actora. Esta prueba decisiva en la nulidad, y que demuestra que se trata de dos bienes distintos, fue pasada por alto en la sentencia, como si no se hubiera producido "por lo cual se violó indirectamente el artículo 1521 del Código Civil".

Concluye el cargo diciendo que el Tribunal, por cuanto dejó de considerar la inspección mencionada, incurrió en error de derecho y en violación indirecta de la disposición citada.

Acusa también la sentencia por error evidente de hecho, proveniente de que da por claramente establecidos hechos que no aparecen en las pruebas invocadas en apoyo de ellos, y porque, además, tales pruebas están contradichas en forma evidente en el proceso.

Pasa a demostrar este aserto repitiendo que la ilicitud de la venta resultaría si se hubiera demostrado la identidad del inmueble embargado con el vendido, "pero los elementos tenidos en cuenta en la sentencia están contradichos de modo evidente" con la inspección ocular citada en la tacha anterior, "que claramente demuestra la no coincidencia de linderos y la no identidad de los bienes, como también lo demuestra la inspección que obra a folio 7 del mismo cuaderno 5º. La lectura de estas piezas demuestra que lo verdadero es que no hay identidad de objetos, es decir, documentos del proceso que de modo evidente contradicen la identidad de bienes que pregona el fallo, que por consiguiente incurre en error de hecho y viola indirectamente la ley". Y termina concretando el cargo por error de hecho evidente mediante el cual la sentencia violó indirectamente el artículo 1521 del C.C. inciso 1º y numeral 3º.

La Corte considera:

Entre el error de hecho y el de derecho existe una diferencia fundamental, porque cuando el fallador incurre en el primero, sucede que no ha visto la prueba que establece un hecho, o ha tenido en cuenta un medio que no obra en el proceso, y ha dado por demostrado un hecho inexistente. Como consecuencia del primer yerro viola indirectamente la norma sustantiva que gobierna el hecho no advertido, y en razón del segundo, aplica indebidamente el precepto sustantivo a un hecho no sometido a ella por no tener existencia procesal. En cambio, cuando ocurre el error de derecho, el juzgador aprecia todas las pruebas que se han llevado al expediente, pero al valorarlas de acuerdo con la tarifa legal, les da un mérito que la ley probatoria no les señala, o les desconoce el que les asigna. En esta forma viola directamente la norma que dentro de la ley señala el mérito de las pruebas, y, como consecuencia de tal trasgresión, infringe indirectamente la ley sustantiva que aplicó el hecho no demostrado o que debía aplicar al hecho que desconoció.

En virtud de esta diferencia, el artículo 520 ord. 1º del C. Judicial le impone al recurrente en casación que en la demanda alegue si la violación de la ley sustancial proviene de error manifiesto de hecho o de derecho y que demuestre el que invoque.

El acusador considera que el Tribunal cometió error de derecho porque prescindió, como si no se hubiera producido, de la inspección ocular, en lo cual incurre en una equivocación de fondo, ya que según lo expuesto, el yerro sería de hecho, y hay, además, en la acusación un defecto de forma o de técnica, consistente en que, formulada la tacha por error de derecho, no cita la norma de valoración probatoria directamente violada, supuesto indispensable para llegar a la trasgresión indirecta de la ley sustantiva.

La censura en la forma propuesta no prospera.

Para la mejor apreciación del cargo por error manifiesto de hecho emanado de que la sentencia no tuvo en cuenta la diligencia de inspección ocular, de que trata la tacha anterior, y también de la que obra al folio 7 del mismo cuaderno, se advierte que el Tribunal hace una detenida apreciación de los siguientes documentos: 1º escritura 544 de 3 de marzo de 1948, por la cual Alicia Covaleda compró a Samuel F. Muchahuar la nuda propiedad, y Angel M. Núñez Z. el usufructo de la casa 22-28 y 22-30 de la carrera 13 de Cali; 2º instrumento 971 de 31 de marzo de 1941, mediante el cual Núñez Z. manifestó haber adquirido aquel inmueble con dineros de la menor Covaleda Gómez y renunció a favor de ésta dicho usufructo; 3º escritura 1848 de 22 de mayo de 1954, que contiene la venta que la Covaleda hizo a Alfonso Urrea de la misma casa; 4º del embargo en el juicio ejecutivo de Carlos Gómez Escobar contra Alicia Covaleda del mismo bien habido por esta según la escritura 544 antes citada; y 5º de la venta que Carlos Gómez Escobar, adjudicatario en la subasta efectuada en el ejecutivo, hizo del mismo inmueble a la demandante Mercedes Vargas de Castro por medio de la escritura 856 de 23 de marzo de 1957. A la estrecha relación que hay en todos estos títulos sobre la identidad del bien adquirido por Covaleda en virtud de la escritura 544, con el embargado en el ejecutivo nombrado y el rematado por Carlos Gómez Escobar y vendido por éste a la demandante Vargas de Castro y también por Covaleda a Alfonso Urrea U. se agrega el dictamen de los peritos que intervinieron en la diligencia de inspección ocular practicada el 21 de agosto de 1958 para identificar el inmueble, en el cual se concluye que "es el mismo e idéntico por su situación y linderos al que se determina en la demanda de la actora como lo demuestra la razón objetiva de su anterior descripción y la confrontación de ella con las indicaciones de la pieza en mención", y las declaraciones de Lola López y José Antonio Guerrero, pedidas por el demandado para demostrar que desde mayo de 1954 posee la casa que fue de Alicia Covaleda, y le ha hecho reparaciones que valen más de $ 5.000.00 porque ésta la tenía en muy mal estado.

Contra la estimación del Tribunal de todo este conjunto probatorio que demuestra la identidad de la casa *sub judice*, el impugnante pretende que hay en la sentencia un evidente error de hecho originado en que no fueron tenidas en cuenta las diligencias de inspección ocular que corren en los folios 7 y 9 del cuaderno 5º.

En la primera de estas diligencias, realizada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Cali sobre el libro de Autos de Embargos correspondiente al año de 1953, se encontró la partida número 515 de 24 de noviembre de aquel año, en la cual se registró el oficio 184 del día anterior mediante el cual el Juzgado 1º Civil del Circuito de Popayán en el ejecutivo de Carlos Gómez contra Alicia Covaleda decretó el embargo, secuestro y avalúo de la casa y su respectivo terreno, situado en Cali, en el barrio Obrero, carrera 13, calles 22 y 22-A, deslindada así: Norte, 9.16 mts. con lote de María Collazos; Oriente, en 20.57 mts. con lote de Antonio Correa; Occidente, en 20.57 mts. con lote de Justiniano Sánchez, y Sur, con propiedad desconocida para el denunciante. "La casa está marcada con el número 22-28 de la nomenclatura de Cali y fue adquirida por medio de la escritura 544 de 3 de marzo, en la Notaría 1ª de Cali, registrada en el Libro 1º, Tomo 46, fols. 879 y 880".

En la segunda inspección ocular, practicada por el Tribunal Superior de Cali con ayuda de testigos actuarios en la casa marcada en sus puertas de entrada con los números 22-28 y 22-32 de la carrera 13 de Cali, se estableció que está situada entre las calles 22 y 22-A cuyas dimensiones son las de un rectángulo de 20.50 m. por 9.16 m. y por cuyos linderos "resulta ser la misma que expresa la escritura número 1848 pasada ante el Notario de Cali el 22 de mayo de 1954 cuya copia obra a folios 1 y 2 del cuaderno principal"; y que comparada la alindación expuesta en esta acta con la de la inspección hecha en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos "se observa que el lindero norte que expresa la escritura, o sea la carrera 13, no es el mismo que reza la partida de Registro, esto es, el lote de María Collazos y además, el lindero sur del registro del embargo, no expresa el nombre del predio colindante".

Agrega el impugnante que no hay ilicitud de objeto en la venta contenida en la escritura 1848 a favor de Alfonso Urrea derivada de la adjudicación en remate a Carlos Gómez Escobar, tradente de la actora, porque no está demostrada la identidad de los dos bienes, ya que contra los elementos tenidos en cuenta en la sentencia, las inspecciones oculares citadas establecen que no coinciden los lin-

deros, y contradicen de modo evidente la identidad de bienes que pregona el fallo.

Reza la diligencia de inspección ocular en la casa 22-28 y 22-32 de la carrera 13 de Cali, que este inmueble es el mismo que expresa la escritura 1848 de 22 de mayo de 1954, y, conforme a este instrumento, se trata de la casa que Alicia Covaleda vendió a Alfonso Urrea, y adquirió la vendedora por escritura 544 de marzo de 1948. Y en la inspección ocular en el libro de Autos de Embargo, consta que en oficio del Juzgado en que se comunicó el embargo se transcribe el auto respectivo, y reza después de dar los linderos: "la casa está marcada con el número 22-28 de la nomenclatura de Cali y fue adquirida por medio de la escritura 544 de 3 de marzo de la Notaría 1ª de Cali, registrada en el Libro 1º, Tomo 46, folios 879 y 880, Partida 1618".

La escritura 544 de 3 de marzo de 1948, registrada como lo expone el auto de embargo, según la copia traída al proceso, es la que Alicia Covaleda hubo en venta de Samuel (Samy) Muchahuar. Si bien es verdad que el lindero norte no coincide con el que se advirtió en la inspección ocular sobre la casa, ni tampoco se expresa el nombre del colindante por el sur, es lo cierto que al explicar el auto de embargo y el registro correspondiente que se trata de la casa habida por la ejecutada Covaleda mediante la escritura 544 de 3 de marzo de 1948 y registrada como reza la nota que lleva la copia de ese instrumento, no queda la menor duda de que la casa embargada fue la especificada en dicha escritura, esto es, la que Alicia Covaleda hubo de Samuel Muchahuar.

Ahora, si la casa examinada, según se lee en el acta de inspección sobre ella, es la que Alicia Covaleda vendió a Alfonso Urrea mediante la escritura 1848 de 22 de mayo de 1954, y en esta expresaron las partes que la vendedora la había adquirido de Muchahuar al tenor de la escritura 544 citada, se corrobora que esta casa es la misma que fue embargada y rematada en el ejecutivo mencionado. Es decir, que las dos actas de inspección ocular, lejos de demostrar la falta de identidad entre el inmueble embargado y el vendido por Covaleda a Urrea U. estando dicho bien fuera del comercio, comprueban la identidad, y corroboran las pruebas que el Tribunal acogió para admitir la identidad, y ponen de manifiesto la imposibilidad de que el Tribunal incurriera en los yerros de hecho a que se contrae el cargo.

A esto se agrega que el mismo demandado en la contestación de la demanda reconoció estar en posesión del inmueble, del cual, dice, "le hizo reparaciones tan serias que nadie que lo haya conocido lo reconocerá". Esta confesión bastaría para aceptar la identidad de la casa que reclama la actora con la que posee el demandado.

— V —

El quinto cargo se relaciona con el paso de la sentencia en que se expone que no hay prueba de que el inmueble haya estado poseído por otras personas que Samuel (Samy) Muchahuar, Alicia Covaleda y actualmente por Alfonso Urrea U. a juzgar por las escrituras de enajenación a la segunda, el dictamen de los peritos que intervinieron en la inspección ocular el 21 de agosto de 1958 y las declaraciones de Lola López y José Antonio Guerrero. De aquí se deduce que, pronunciada la nulidad, debe ordenarse, en aplicación de los artículos 946 y 950 del C. Civil que Urrea U., actual poseedor, restituya la casa a Mercedes de Castro, causahabiente del adjudicatario Gómez Escobar.

El acusador expresa que las escrituras a que alude la sentencia no prueban la posesión material sino que son simplemente el título para calificarla; al darle la sentencia a esta prueba un valor que no le reconoce la ley, ha incurrido en error de derecho, y, además, se ha valorado sobre hechos distintos del contenido, como es el fenómeno de la tenencia de una cosa.

La inspección apreciada por el sentenciador, prosigue el recurrente, se pidió para identificar el inmueble de que trata la demanda con el poseído por Urrea, no para probar la posesión, y en ella no se interrogó a nadie ni se recibió prueba alguna sobre la posesión del bien por persona determinada. Al darle a este medio "una fuerza probatoria que la ley no le asigna, se ha incurrido por ello en un error de derecho".

Se ocupa luego el recurrente del dictamen pericial observándole que al concepto sobre identidad del inmueble, añade que el poseedor de él es Alfonso Urrea con fundamento en la información que dio Lola López de ser inquilina de Urrea, quien, afirma la testigo, es el dueño y poseedor de la casa. Acusa el fallo de haber cometido también un error de derecho por cuanto le dio *a la pericia un valor de que la ley lo priva.* "Apreció como prueba un testimonio de oídas".

Pasa en seguida a la prueba testimonial formada por las declaraciones que rindieron Lola López y Jesús Antonio Guerrero acerca de la posesión actual de la casa *sub lite* por parte de Urrea U. Le anota a la primera que solamente habla de las reparaciones y mejoras que el demandado le hizo a la casa en 1954, y de la propiedad de ésta, no de la posesión. A la segunda, le observa que trata solamente de que Urrea U. adquirió la casa de Alicia Covaleda y le hizo reparaciones muy valiosas, pero no depone nada sobre la posesión. Para el recurrente la prueba se concretaría, a lo sumo, al testimonio de Lola López, reducido a la información que dio en la inspección ocular y en su declaración ante el Juez. Este testimonio apenas constituye una presunción más o menos atendible —art. 696 C.J.— pero no es un indicio necesario y, por consiguiente, la sentencia cometió un error de derecho en la apreciación de la prueba sobre posesión material.

Y concreta el cargo así: "Acuso la sentencia que he venido impugnando de error de derecho en la apreciación de las pruebas sobre posesión actual por el demandado del bien determinado en la demanda, pruebas no interpretadas *con fidelidad objetiva* desconociéndoles su propia sustancia y a las que les dio un valor probatorio que la ley no les reconoce, por lo cual se incurrió en violación indirecta del artículo 952 y del 762 de la misma obra".

La Corte considera:

El error de derecho implica la apreciación de la prueba en cuanto establece un hecho, pero al mismo tiempo hay por parte del sentenciador una equivocada valoración de ella, consistente en que le desconoce el mérito que la tarifa le señala o le atribuye el que no tiene. El error de derecho en el recurso de casación lleva consigo la violación directa de la norma que señala el valor de la prueba, y la infracción indirecta del precepto o preceptos sustantivos que regulan el hecho. De ahí por qué el recurrente en la demanda de casación debe citar una y otra disposición.

El acusador sostiene que el Tribunal incurrió en error de derecho en la estimación de las escrituras, del acta de inspección ocular y el dictamen pericial a que alude la tacha, porque les asigna el mérito que no les reconoce la ley, pero no menciona ninguna de las disposiciones de índole probatorio que el sentenciador haya infringido al respecto.

A propósito de las declaraciones rendidas por Lola López y José Antonio Guerrero, pedidas por el mismo demandado para acreditar que Alicia Covaleda tenía la casa en muy mal estado, y que Urrea U., propietario de ésta desde 1954, le ha hecho reparaciones de consideración, pretende el impugnante que al acogerlas el sentenciador como demostrativas de actos posesorios, incurrió en un error de derecho, porque los testigos no declaran sobre actos de naturaleza posesoria, pero en el supuesto de la litis, no habría yerro de derecho, sino de hecho, por haber el sentenciador atribuído a dichos testimonios hechos que no contiene su relato.

Finalmente, la pretensión de que toda la prueba aceptada por el Tribunal para establecer la posesión material de la casa por parte de Urrea U. se reduciría al solo testimonio de Lola López, conllevaría también a que el fallador al admitir sobre este particular las escrituras por las cuales adquirió el inmueble Alicia Covaleda y se lo transfirió a Alfonso Urrea U., la inspección ocular, el dictamen pericial y las declaraciones de los testigos López y Guerrero, habría incurrido no en error de derecho sino de hecho por haber visto en tales medios, hechos posesorios que no recogen, o de los cuales no trata sino la testigo López. De ahí que el artículo 696 del C. J. que no le da a la exposición de un solo testigo sino el carácter de indicio, no sea aplicable a la misma prueba testimonial, porque el sentenciador aceptó las dos declaraciones, ni menos al conjunto probatorio que valoró como medio indiciario.

De otra parte, el apoderado de la parte recurrente en la contestación de la demanda reconoció estar en posesión de la casa y haber realizado en ella mejoras por un valor superior a $ 10.000.00 que espera le sean reconocidas.

— VI —

Las censuras que el recurrente expone en este capítulo de la demanda de casación tocan con el aparte de la sentencia en que el Tribunal afirma que ante el título de Mercedes Vargas de Castro, escritura 686, que le atribuye la propiedad de la casa, y la 1848 que se la reconoce a Urrea U. debe definirse cuál prevalece, y si la relación jurídica a que se contrae el segundo instrumento se desvirtúa de manera de quedar vigente el primero para colocar a la actora Vargas de Castro en posesión del bien.

La primera tacha la formula por violación directa del artículo 946 del C. Civil por cuanto las acciones que tienen el comprador o el rematador para adquirir la posesión de lo comprado no es la reivindicatoria "en el caso de que el comprador no haya tenido la posesión sino la de entrega consagrada en los artículos 1883 y 1884 del C. C. pues si no se ha tenido la posesión, no puede recuperarse, por lo cual se viola directamente el artículo 946, ibidem, por aplicación indebida de la materia del debate.

Con el propósito de demostrar el cargo, el recurrente anota que en el ejecutivo, en que se funda la acción reivindicatoria no se llevó a cabo el depósito del bien, y que en la providencia aprobatoria de la subasta no se ordenó la entrega prevista en el artículo 1051-5º del Código Judicial.

No habiéndose cumplido con estas formalidades para obtener la entrega de la casa rematada, se ha recurrido a una vía distinta de la prevista de conformidad con las normas de la compraventa antes citadas, que eran las aplicables, no la de reivindicación.

"Que la reivindicación es acción concedida al que haya tenido la posesión material y no al que no la ha adquirido lo confirma el artículo 951 del C. C. Como la reivindicación es la acción que tiene el dueño, y es también concedida al que tenía la posesión regular, quien la inicie debe en primer lugar demostrar o que era poseedor regular, o que es dueño; y en autos está precisamente demostrado que el tradente de la demandante no ha tenido la tenencia material regular, que es precisamente lo que pretende adquirir y tampoco ha demostrado ser dueño....." de la cosa individualizada en la escritura 1848, porque si se estima con la sentencia que hay dos titulaciones, del estudio y comparación de ella no resulta que la demandante Vargas de Castro ni su tradente hubieran adquirido el derecho de dominio transferido a Urrea.

Vuelve el impugnante a que, según la inspección ocular citada en el cargo anterior, el bien embargado a Alicia Covaleda es objetivamente distinto del que es de propiedad de Alfonso Urrea, según quedó demostrado en el cargo por error de hecho. De donde infiere que la casa rematada, aunque otra cosa se diga en la alindación del remate y en la escritura de Vargas de Castro, no fue otra que la embargada, cuya identidad con la de Urrea no aparece demostrada en el proceso, por tanto se trata de dos bienes distintos, el subastado y el demandado, y "es requisito la identidad de lo que se pretende con el origen de su título y tambien con lo que se afirma poseído por el demandado, y nada de esto está probado, como también quedó demostrado en el cargo por error de hecho". Y si la alindación del bien rematado no coincide con la del embargado, hubo un error en la delimitación del primero, que afecta la tradición del dominio.

Y en el supuesto de que ésto no fuera así, continúa la acusación, existiendo dos titulaciones, como afirma el fallo, debía hacerse la calificación de éstas para establecer cuál acredita la calidad de dueño. La sentencia no lo hizo, pues de haberlo efectuado habría descartado el título de la demandante, que adolece del vicio de nulidad, consagrado en el artículo 461 del C. Judicial, porque, como se demostró con la inspección ocular de folios 19 y siguientes cuaderno 5º del juicio ejecutivo y el remate de donde arranca el derecho de la actora, adolecen del vicio de nulidad que no declaró el Tribunal por el error de hecho evidente en que incurrió en la apreciación probatoria, al dar por establecido un derecho de dominio en cabeza de la actora que no aparece probado contra la evidencia de la inspección ocular citada, "e incurre también en error de derecho porque le da al remate un valor de que la ley lo priva de conformidad con los artículos 766 del C. C. y 451 del C. J.".

Se incurrió también en error de derecho en cuanto se tuvo como prueba de lo que fue embargado y rematado la afirmación de unos peritos, a la cual se le dio "valor de identidad, de singularización indubitable, inconfundible, de dos bienes distintos, para tenerlos como uno solo en este debate".

Insiste en que en tanto que se reconoce la buena fe del demandado, se viola el artículo 946 del C. C. en razón de reconocérsele dominio a la actora, sin haber demostrado la identidad del bien que pretende con aquel de que es dueño el demandado, cuya posesión material tampoco se halla acreditada en los autos.

Y concreta el cargo, en resumen, así: "Violación directa de los artículos 1873 y 1874 del C. C. que dejaron de aplicarse; violación directa del artículo 766 numeral 3º y del 451, puesto que como queda demostrado, la sentencia acusada estatuyó contrariamente al claro texto de estos preceptos; violación indi-

recta por aplicación indebida del artículo 946, en razón del error de hecho evidente y manifiesto en la apreciación de las pruebas sobre identidad del bien demandado y el que es de propiedad de Alfonso Urrea, y en razón de error de derecho en la aplicación e interpretación de las pruebas sobre un dominio inexistente por parte de la actora. Y violación también directa del artículo 946, como lo he demostrado anteriormente, 946 del Código Civil".

Consideraciones de la Corte:

El Tribunal en la sentencia acusada estudia y decide dos acciones: la de nulidad absoluta de la venta que Alicia Covaleda le hizo a Alfonso Urrea U. por medio de la escritura 1848, en razón de que la casa, objeto del contrato, estaba embargada, y el remate, por consiguiente, se hallaba viciado de nulidad absoluta (Arts. 1521-3º y 1741); y la de reivindicación o de restitución, que, de conformidad con el artículo 1746, ibidem, es una consecuencia de la declaración de nulidad, ya que, ésta, según el mismo precepto, "da a las partes derecho para ser restituídas al mismo estado en que se hallarían como si no hubiera existido el acto o contrato nulo". La acción de nulidad es personal y se dirigió contra Covaleda y Urrea U. como partes del contrato viciado y en virtud del interés que a la actora Vargas de Castro le asiste como compradora o rematadora de la casa a que se refiere dicho contrato (art. 2º Ley 50 de 1936). La segunda acción, como real que es, la dirigió contra el actual poseedor Urrea U. y con base en que en las peticiones tercera y cuarta la actora suplica la declaración de que es dueña del mentado inmueble, y que se condene a Urrea a restituírselo con sus frutos a partir de la fecha de la contestación de la demanda.

No se ve la razón, ante los términos claros de los preceptos 1521, 2746 del C. Civil y 2º de la Ley 50 de 1936 citados expresamente, entre otros, en el libelo con que se instauró el juicio, para que el censor diga que la actora no podía iniciar la acción reivindicatoria estatuída por el artículo 946 del mismo código, porque ésta solo la tiene el dueño que ha perdido la posesión regular de la cosa reclamada, sino la de simple entrega que establecen los artículos 1883 y 1884 del Código Civil. Debe anotársele que el artículo 946, que define la acción reivindicatoria, no exige como requisito de ella que el dueño haya perdido la posesión de la cosa, sino simplemente que no esté en posesión de ella, de modo que bien puede ejercerla el que haya adquirido el dominio del bien que se halla en manos de un tercer poseedor, o contra el que se la ha arrebatado y se ha convertido en un poseedor útil. Y menos puede hablarse que dicha acción solo la pueda adelantar el que prueba la posesión regular, porque el artículo 951 del C. C. que cita el impugnante, se refiere al caso especial de la llamada acción publiciana, que la norma citada consagra en forma excepcional en beneficio del poseedor regular que se halla en vía de ganar la cosa por prescripción ordinaria.

La acción de entrega a que alude el acusador consagrada por los artículos 1882 y 1884 del Código Civil la regula el artículo 887 del C. Judicial, no citado en la demanda de casación, pero dicha acción, además de la exigencia de haberse adquirido el derecho real sobre el inmueble por medio de la tradición efectuada por el registro del título, solo se puede ejercer contra "el tradente que retenga materialmente la cosa en su poder", exigencia que no cabía en el caso en litis, porque, como está visto, el poseedor es Urrea U. y no la tradente Covaleda por haberla vendido y entregado a aquel. (G. J. T. XLIX pág. 55, LXXVIII, pág. 90).

La tacha de violación indirecta del artículo 946 del C C. por error de hecho en la apreciación de la inspección ocular ya quedó estudiada atrás.

Al cargo de error de derecho proveniente de haberle dado al acta de remate un valor que no tiene de conformidad con los artículos 766 del C. C. y 451 del C. Judicial, se le anota que la viabilidad de él requiere que se citen las normas de valoración probatoria directamente infringidas y las sustantivas en que recayó la violación indirecta. Los artículos 766 del C. C. y 451 del C. Judicial tratan en su orden de los títulos no justos y de las causales de nulidad en el juicio ejecutivo que en nada tocan con el mérito de las pruebas.

Infiérese de las razones expuestas que ninguna de las acusaciones que se hacen a la sentencia en este capítulo de la demanda pueden prosperar.

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 fecha 13 de

diciembre de 1961 proferida por el Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario seguido por Mercedes Vargas v. de Castro contra Alicia Covaleda y Alfonso Urrea U.

Las costas a cargo de la parte recurrente.

Notifíquese, publíquese, cópiese, devuélvase e insérterese en la *Gaceta Judicial.*

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

TESTIMONIOS CONTRAPUESTOS

Libertad de apreciación probatoria de que dispone el sentenciador.-El quebrantamiento del artículo 1º del Decreto Legislativo 0243 de 1951 no puede examinarse en casación.-La Corte reitera esta doctrina.

Cuando sobre un mismo punto se presentan testimonios contrapuestos, el artículo 702 del C. Judicial autoriza al sentenciador para apreciar tal prueba con arreglo a los principios generales de la sana crítica y no con sujeción a la tarifa legal, de modo que aquél goza en tal caso de una amplia libertad para formarse su propio convencimiento sobre si aparecen establecidos determinados hechos, o sobre si sólo hay indicios de éstos, y aun para prescindir de las exposiciones testimoniales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., enero veintiocho de mil novecientos sesenta y seis.

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

Diciendo hablar en nombre de la sucesión de Abelardo Benavides y de la sociedad conyugal que en vida tuvo éste formada con su mujer Amada Benavides, el doctor Leonel Chaves Agudelo demandó al señor José Moisés Cuasapud ante el Juez Civil del Circuito de Ipiales para que, en sentencia dictada por la vía ordinaria, se declarara que pertenece a las comunidades nombradas un predio rústico llamado "Payán", ubicado en términos del Municipio de Córdoba y alindado como se indica en la demanda, y se condenase al demandado a restituír ese inmueble con sus frutos a las mismas comunidades.

Los hechos de la demanda pueden resumirse así:

1. Durante la existencia de la sociedad conyugal, los consortes Abelardo y Amada Benavides adquirieron, por prescripción adquisitiva extraordinaria, el dominio sobre el fundo "Payán", antes mencionado.

2. Disuelta esa sociedad conyugal por muerte de Abelardo Benavides, la cónyuge sobreviviente y los herederos del marido difunto continuaron poseyendo en comunidad el inmueble mencionado.

3. También después de la disolución de la misma sociedad conyugal, la cónyuge supérstite vendió como cuerpo cierto el referido fundo de "Payán", siendo el demandado Moisés Cuasapud el actual poseedor de ese inmueble.

4. El señor Cuasapud adquirió el predio de "Payán" a sabiendas de que tal bien pertenecía, no a la cónyuge vendedora Amada Benavides, sino a la sociedad conyugal, disuelta e ilíquida, que ella tuvo formada con Abelardo Benavides y a la sucesión de éste.

El demandado contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la parte actora, negando los hechos expuestos en ella y proponiendo varias excepciones, entre ellas la de prescripción.

El Juez del conocimiento puso término a la primera instancia con el fallo de seis de diciembre de 1960, por el cual se absolvió al demandado de los cargos que se le formularon en la demanda y se condenó en costas a la parte demandante.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Abierta y surtida la segunda instancia por apelación de la misma parte actora, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto profirió la sentencia de 23 de enero de 1962, por la cual se revocó el fallo de primer grado y en su lugar se hicieron las declara-

ciones pedidas en la demanda.

La motivación de esta sentencia empieza por recordar el principio de que, conforme a la doctrina ya expuesta por la Corte (LXXVII, 2138, 75), la prescripción adquisitiva de dominio puede ser alegada en reivindicación como título de propiedad en favor del demandante, aun antes de que se la haya reconocido y declarado por sentencia, y ello de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 673, 765 y 950 del C. Civil.

Se refiere luego a las pruebas aducidas por las partes y dice que los testimonios aportados por el demandante en segunda instancia demuestran que los cónyuges Abelardo y Amada Benavides poseyeron en común el inmueble que es materia de la litis. Afirma que, en efecto, los testigos Luis, Daniel y Humberto Chaves, Pedro Tobar, Epaminondas Bravo, Gonzalo Fuertes, Mesías Leitón y Marcelo Trejo declaran que ambos cónyuges explotaron en común ese predio por espacio mayor de treinta años, que allí edificaron una casa y vivieron juntos, que en el mismo lugar nacieron todos sus hijos y que ejecutaron sobre tal fundo otros actos positivos de dueños.

La sentencia alude también a las declaraciones de Gonzalo y Clemencia Fuertes, Paulina Espinosa, Leonor Benavides, Jesús Solarte, Avelino Guerrero y Floresmiro Toro, allegadas por el demandado, y expresa que esta prueba no desvirtúa los testimonios de la parte actora, porque se refiere a la posesión de la sola cónyuge Amada Benavides, partiendo de la base de que ésta adquirió el fundo de "Payán" por herencia de su padre y de un hermano, porque la misma prueba es ineficaz para acreditar este modo de adquisición *mortis causa* y porque en realidad no demuestra que la señora Benavides hubiera poseído dicho inmueble por sí sola. Agrega que no perjudican a la sociedad conyugal las declaraciones que, sobre el modo como hubo el predio citado, hizo la propia señora Benavides en las escrituras por las cuales le vendió ese mismo bien a Pastora Benavides.

Continúa la sentencia examinando las pruebas y anota que la sociedad conyugal entre Abelardo y Amada Benavides se formó por el matrimonio que éstos contrajeron el 13 de abril de 1911, que se disolvió por la muerte del marido ocurrida el 22 de julio de 1953, y que, según los testimonios aportados por el demandante, dichos cónyuges adquirieron la finca de "Payán" por usucapión durante la existencia de la misma sociedad conyugal, habiendo por tanto entrado ese inmueble a formar parte del haber social, conforme a lo prescrito por el ordinal 5º del art. 1781 del C. Civil. "Dada esta situación —dice el fallo— la venta del inmueble que hizo la mujer con posterioridad a la muerte del marido, está sujeta a las reglas de los artículos 719, 1401 y 1871 del C. C., como venta de cosa ajena; y de acuerdo al 752 ibidem, el demandado no adquirió, por medio de la tradición, otros derechos que los transmisibles de la tradente sobre el inmueble entregado. Y como ésta tiene una expectativa sobre él, por sus gananciales, el demandado adquirió el derecho a intervenir en el juicio de sucesión de Abelardo Benavides y liquidación de la sociedad conyugal que tuvo formada con Amada Benavides, para procurar que se le adjudique ese bien o parte de él por los gananciales de la cesionaria".

En respaldo de este concepto cita la sentencia una doctrina de la Corte, repite que la señora Benavides vendió cosa ajena al enajenar el predio de "Payán" y añade: "Sin desconocer el derecho transmitido por la venta al demandado y que le da derecho a intervenir en el juicio de sucesión, como se anota en la jurisprudencia antes transcrita, la acción reivindicatoria tiene que prosperar para los dos entes universales; pero son todos los interesados, herederos, cónyuge sobreviviente y cesionario, en conjunto, los favorecidos con la restitución".

Apunta por último que en el juicio no hay duda sobre la existencia de los otros elementos constitutivos de la acción reivindicatoria, como son la posesión del demandado, la singularidad y la identidad de la cosa, que no aparecen comprobadas las excepciones propuestas por el demandado y que están satisfechos todos los presupuestos procesales.

LA IMPUGNACION

La parte demandada recurrió en casación y con fundamento en la primera de las causales establecidas por el art. 520 del C. Judicial, ha formulado contra la sentencia del Tribunal los cinco siguientes cargos que la Corte procede a examinar y despachar.

Primer cargo.—Consiste en la violación indirecta, por aplicación indebida, de los arts. 946 y 950 del C. Civil, a causa de un error de derecho en la apreciación de las pruebas. Como normas probatorias quebrantadas se se-

ñalan los arts. 630 y 632 del C. Judicial y 1760 del C. Civil.

El recurso sustenta este primer motivo diciendo que, con el fin de comprobar su calidad de cesionario de derechos en la mortuoria de Abelardo Benavides y en la sociedad conyugal, disuelta e ilíquida, de éste con Amada Benavides, el demandante trajo una copia de la Escritura No. 261, otorgada ante el Notario Segundo de Ipiales el siete de marzo de 1959, pero que tal copia no fue expedida por dicho Notario, sino que el Secretario del Juzgado la compulsó de la que figura en el juicio sucesorio del difunto Benavides y la pasó a este proceso. Se trata, pues, de una copia de copia expedida por quien no estaba encargado del protocolo de instrumentos públicos. La sentencia admitió esa copia como prueba bastante del carácter de cesionario del actor y de su legitimación en causa y como consecuencia de ello lo reconoció como titular de la acción reivindicatoria que ejercita aquí en beneficio de la sucesión y de la sociedad conyugal mencionadas. El mismo recurso trae a colación unas doctrinas de la Corte sobre el valor demostrativo de las copias de instrumentos públicos y expresa en seguida:

"El Tribunal, al estimar dicha prueba, cometió un error de derecho, violatorio en primer lugar del artículo 630 del Código de Procedimiento Civil, que exige que para que la escritura pública pueda ser estimada como prueba, debe presentarse en copia autorizada por el funcionario encargado del protocolo. Es decir, por el Notario.

"En el presente caso, la copia fue expedida por autoridad del Secretario del Juzgado de Ipiales, ya que el Juez ni siquiera decretó la prueba. El Juzgado había decretado un desglose y no la expedición de la copia.

"La estimación de la prueba es igualmente violatoria del artículo 632 del mismo estatuto, que exige la expedición formal de la copia notarial para la simple estimación de la prueba, sin que sea necesario adelantar concepto alguno sobre su fuerza demostrativa.

"Las dos violaciones de la ley probatoria condujeron al sentenciador a la violación indirecta del artículo 1760 del Código Civil, puesto en relación con el artículo 1857 del mismo estatuto, que no permiten suplir la copia notarial por otra prueba distinta.

"Las violaciones antecedentes produjeron consecuencialmente el desconocimiento, por manera indirecta, de los artículos 946 y 950, indebidamente aplicados, ya que ellos se reservan a quien ha acreditado legalmente la adquisición del dominio".

Cargo segundo.—Versa también sobre el quebranto indirecto, por aplicación indebida, de los arts. 946, 950 y 1857 del C. Civil, a causa de un error de derecho en la apreciación de las pruebas. Se indica el art. 597 del C. Judicial como norma probatoria violada.

Acerca de este cargo expresa el recurso que el demandante solicitó en este juicio que se decretara el desglose de la mencionada Escritura No. 261 que obraba en la sucesión de Abelardo Benavides para que se la trajera a esta misma litis y que el Juez ordenó ese desglose, pero que en realidad no se lo practicó, porque el Secretario del Juzgado lo que hizo fue tomar copia de dicho instrumento y agregarla a este negocio. La copia de tal escritura que aparece en autos es, pues, una prueba no decretada, y por tanto la sentencia, al reconocerle valor probatorio, cometió un error de derecho.

"El Tribunal —dice el recurso— estimó como prueba legalmente producida una prueba no decretada, cometiendo así un error de derecho, con la consiguiente violación del ordinal tercero del artículo 597 del Código de Procedimiento Civil, que señala como requisito para estimar el mérito de una prueba, la identidad entre la prueba pedida y la prueba practicada, como es de rigor.

"Esta violación de la ley procesal trajo como consecuencia la violación indirecta del inciso segundo del artículo 1857 del Código Civil, disposición sustantiva que exige el requisito de la escritura pública como solemnidad sustancial del acto de la cesión de derechos hereditarios.

"La violación de la ley procesal produjo igualmente el desconocimiento de los textos sustantivos correspondientes a los artículos 946 y 950 del Código Civil, por indebida aplicación de los mismos, ya que en virtud de ésta prueba ilegalmente producida se consideró al doctor Leonel Chaves Agudelo, a fuer de cesionario, como titular del derecho de dominio y de la acción reivindicadora que a dichos titulares compete".

Tercer cargo.—Se hace consistir en la infracción indirecta, por aplicación indebida,

de los mismos arts. 946, 950 y 1857 del C. Civil, a causa de un error de derecho en la apreciación de las pruebas. Como normas probatorias quebrantadas se señalan los arts. 2673 del C. Civil y 1º del Decreto No. 243 de 1951.

El fundamento de este cargo radica en que, como la sobredicha copia de la Escritura No. 261 llegó a este juicio sin la correspondiente nota de registro, el demandante pidió en segunda instancia, como prueba, que se adicionara esa copia y que para ello se solicitara también copia de la referida nota de registro, lo que en efecto se ordenó y obtuvo. Esta prueba no fue pedida en primer grado y por tanto no podía ser deprecada ni practicada en segunda instancia, de acuerdo con lo establecido por el Decreto No. 243 de 1951.

"La probanza de segunda instancia —expresa el recurso— constituye una violación del ordinal segundo del artículo 1º del Decreto Extraordinario 243 de 1951, que se aplicó a una hipótesis concreta distinta de la que él prevé por modo abstracto.

"El Tribunal estimó que la copia de la escritura, por contener la nota de registro adicionada en segunda instancia, constituía una plena prueba. Pero tal adición fue ilegal. Por donde el Tribunal, al apreciarla, cometió un error de derecho violatorio del inciso primero y el ordinal segundo del artículo 1º del Decreto Legislativo No. 243 de 1951, que constituye una ley en sentido formal, como disposición equivalente por su rango jerárquico a la ley emanada del legislador ordinario.

"La violación de esta disposición procesal trajo como consecuencia el desconocimiento del artículo 2673 del Código Civil, que no ha debido ser aplicado. Una y otra violación condujeron al desconocimiento del inciso segundo del artículo 1857 del Código Civil, por modo indirecto, y a la violación de los artículos 946 y 950 del Código Civil, por indebida aplicación de los mismos, ya que en virtud de la prueba ilegalmente producida, se consideró al doctor Leonel Chaves Agudelo como cesionario de la sucesión y titular del derecho de dominio y de la acción reivindicatoria que propuso a nombre de ésta y para ella. Este texto no ha debido aplicarse, declarando no probado el carácter de cesionario de la sucesión y titular del dominio y de la acción reivindicatoria que invocó el demandante, desestimando la acción por no estar acreditada la legitimación activa de la causa"

Cuarto cargo.—Consiste en la transgresión indirecta, por aplicación indebida, de los arts. 946, 950, 2518, 2531 y 2532 del C. Civil, a causa de un error de derecho en la ponderación de las pruebas. Como norma probatoria infringida se menciona el art. 1º del Decreto No. 243 de 1951.

Según el recurso, el demandante propuso en este juicio la acción de dominio con base en que los cónyuges Abelardo y Amada Benavides adquirieron por usucapión la propiedad del fundo de "Payán" durante la existencia de la sociedad conyugal que ellos mismos tuvieron formada y en que tal inmueble vino en consecuencia a hacer parte del patrimonio social. Para demostrar la prescripción, el mismo actor solicitó en primera instancia la recepción de varios testimonios, pero esta prueba no fue practicada entonces. Más tarde, en segundo grado, el demandante pidió la práctica de tal prueba testimonial y el Tribunal la decretó y recibió, sin exigirle siquiera a dicho actor la manifestación de que no había tenido culpa en la no recepción de los testimonios. La aducción de esta prueba se produjo, pues, con quebranto del art. 1º del Decreto No. 243 de 1951, que no autoriza en segunda instancia sino la práctica de aquellas probanzas que, pedidas en primer grado, se dejaron de recibir sin culpa de la parte que las solicitó.

"El Tribunal —afirma el recurso— abrió a prueba el negocio y decretó la recepción de las declaraciones, sin haber exigido demostración alguna de la ausencia de culpa del demandante en la omisión de su práctica en el curso de la primera instancia; y sin exigir siquiera la simple afirmación del demandante sobre este extremo. Ello significa que el Tribunal dió curso irregularmente a la producción de la prueba. Más tarde la estimó al pronunciar la sentencia.

"El Tribunal cometió así un error de derecho en la estimación de la prueba, violatorio del artículo 1º del Decreto Legislativo 243 de 1951. Esta violación de la ley procesal lo condujo de manera indirecta a la infracción de la ley sustantiva, al aplicar indebidamente los artículos 2518, 2531 y 2532 del Código Civil, subrogado este último por el artículo 1º de la Ley 50 de 1936, que establece los supuestos de hecho para la adquisición del dominio por prescripción extraordinaria, ilegal-

mente demostrados.

"Esta violación, por lógica hilación de los conceptos, lleva igualmente la violación de los artículos 946 y 950 del Código Civil, indebidamente aplicados, ya que ellos reservan la acción reivindicatoria a quien ha demostrado el dominio".

Quinto cargo.—Versa sobre la violación indirecta de los arts. 946, 950 y 2532 del C. Civil, los dos primeros por aplicación indebida y el último por falta de aplicación, a causa de un error de derecho en la apreciación de las pruebas. Se indica el art. 697 del C. Judicial como norma probatoria quebrantada.

Se sustenta este motivo diciendo que el demandado allegó numerosos testimonios con el fin de probar que el poseedor del fundo de "Payán" es el propio demandado Cuasapud, que su antecesora en esa posesión fue Pastora Benavides, que antes de ésta poseyó Amada Benavides y que la posesión de ésta última fue suficiente para adquirir el dominio de ese predio por remontarse hasta antes del año de 1911, en que estuvieron poseyendo los padres de la misma señora Amada. El fallo desestimó esta prueba testimonial por considerarla ineficaz para demostrar que Amada Benavides hubiera sucedido a sus padres en la posesión de aquel inmueble.

"Cometió así el Tribunal —sostiene el recurso— un error de derecho violatorio del artículo 697 del Código de Procedimiento Civil, que lo condujo a la infracción indirecta del artículo 2532 del Código Civil, modificado por el 1º de la Ley 50 de 1936, ya que de haberse estimado que la prueba era suficiente, se hubiera declarado la prescripción propuesta como excepción por el demandado. Se violaron por el mismo concepto los artículos 946 y 950 del Código Civil, porque no podían aplicarse frente a una excepción demostrada".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

I) El demandante promovió este juicio de reivindicación en su calidad de cesionario de derechos en la sucesión de Abelardo Benavides y en la sociedad conyugal, disuelta e ilíquida, que éste tuvo constituída con su esposa Amada Benavides. Tal cesión de derechos se consignó en la Escritura No. 261, extendida en la Notaría Segunda de Ipiales el siete de marzo de 1959.

Es verdad que a este juicio se trajo la escritura citada en copia expedida, no por el Notario ante quien se otorgó, sino por el Secretario del Juez que conoce en la sucesión del fallecido Abelardo Benavides. Es decir, que en esta litis lo que obra es una copia de copia del instrumento dicho. Además de esta prueba, se adujo también copia del auto por el cual se reconoció al demandante como cesionario de los derechos mencionados, auto que se pronunció dentro del referido juicio mortuorio. Son, pues, dos los elementos de prueba que en este negocio concurren a demostrar que el actor tiene la calidad de cesionario de derechos en la sucesión y en la sociedad conyugal expresadas.

Los tres primeros cargos que se formulan contra la sentencia se basan en otros tantos errores de derecho que se hacen consistir en haber admitido como prueba de esa calidad de cesionario del demandante la copia de la citada Escritura No. 261, instrumento que, en sentir del impugnante, no podía ser aceptado ni apreciado como tal prueba por estas tres circunstancias: primera, por ser una copia de copia; segunda, por no haber sido legalmente aportado al juicio, y tercera, porque su nota de registro tampoco se adujo en debida forma.

Los tres reparos se dirigen a impugnar por errónea la apreciación de la aludida copia de la Escritura No. 261 como prueba plena de la calidad de cesionario de derechos herenciales que el demandante ostenta en este proceso; pero sucede que no es esa copia el único elemento de juicio que figura en autos y que el fallo tuvo en cuenta para reconocerle al actor su legitimación en causa. Obra también aquí una copia del auto en que se le reconoció al demandante ese carácter de cesionario dentro del juicio de sucesión del difunto Benavides. En esta otra prueba —debidamente traída al juicio— se sustenta asimismo la admisión del actor como cesionario de derechos herenciales y titular de la acción reivindicatoria. De modo que la sentencia ofrece, pues, este otro respaldo probatorio, que no figura impugnado por el recurso y que es suficiente para mantenerla incólume. Por donde se advierte que, aunque los referidos tres primeros cargos se tuvieran por fundados, el fallo no podría ser infirmado por sustentarse precisamente en la prueba del auto aludido.

Cabe recordar a este propósito que, según repetida doctrina de la Corte, "cuando la sentencia acusada se basa en varios motivos jurídicos, independientes, pero cada uno con

fuerza suficiente para sustentar la decisión jurisdiccional, no es difícil descubrir que si la censura en casación es ineficaz para desvirtuar todos los soportes del fallo, porque permanece en vigor alguno que le mantiene su firmeza en derecho, el recurso no es susceptible de prosperar, aun en el supuesto de que fueran destruídos los motivos restantes de la sentencia acusada". (Cas., agosto 6 de 1958, LXXXVIII, 2199, 596. Cas., enero 24 de 1962, XCVIII, 2251, 10).

II) Por el cuarto cargo se le reprocha a la sentencia el haber admitido y ponderado los testimonios que el demandante adujo en segunda instancia como prueba plena de la adquisición por usucapión del dominio sobre el predio de "Payán" por parte de los cónyuges Benavides.

Las declaraciones a que se refiere la censura fueron solicitadas como prueba en la primera instancia, pero no se recibieron entonces, y ello no por culpa del Juzgado, como se dice en el fallo de la misma instancia. En segundo grado se pidió también, se dispuso y practicó esa prueba testimonial, sin reparar en el antecedente mencionado y con olvido de lo prescrito por el art. 1º del Decreto No. 243 de 1951. Sucede sin embargo, que la parte demandada no contradijo tal proceder, sino que guardó silencio sobre él y que de manera tácita lo consintió y autorizó que esos testimonios ingresaran en el proceso. En estas circunstancias esa prueba podía y debía ser apreciada por el sentenciador, como en efecto lo fue. Traídas esas declaraciones en la forma expresada, sin reclamo oportuno y con el asentimiento tácito de la misma parte que ahora censura su aducción al litigio, ningún error de derecho cometió la sentencia al admitirlas como prueba y al reconocerles pleno mérito demostrativo.

Cumple recordar, además, que, como lo ha dicho la Corte, el art. 1º del Decreto Legislativo 0243 de 1951 "no hace referencia a la valoración de las pruebas conforme a la tarifa, de suerte que su quebranto no puede examinarse en casación ni siquiera como medio al través del cual se consumara un error de derecho en la apreciación probatoria que condujera indirectamente a la infracción de otra norma de carácter sustantivo". (Cas., octubre 7 de 1955, LXXXI, 2159, 392).

III) La sentencia consideró la prueba testimonial que la parte demandada allegó para demostrar que fue Amada Benavides sola y no de consuno con su marido Abelardo Benavides, quien adquirió por prescripción el fundo de "Payán". Ocurre que los declarantes expresaron por el contrario que la señora Benavides había adquirido ese inmueble por herencia de su padre y de un hermano. Por este motivo desestimó el fallo los testimonios traídos por el demandado como prueba de la posesión exclusiva de la señora Benavides, y con toda razón, ya que el modo de adquirir por herencia no se acredita con declaraciones de testigos.

En este juicio se presentaron dos grupos de testimonios, uno por la parte demandante y otro por el demandado. La sentencia examinó las declaraciones de uno y otro grupo y estimó que las aducidas por la parte actora demostraban la posesión de ambos cónyuges Benavides sobre el fundo de "Payán" y que las traídas por el demandado no acreditaban la posesión exclusiva de la sola señora Benavides. Cuando sobre un mismo punto se presentan testimonios contrapuestos, el art. 702 del C. Judicial autoriza al sentenciador para apreciar tal prueba con arreglo a los principios generales de la sana crítica y no con sujeción a la tarifa legal, de modo que aquél goza en tal caso de una amplia libertad para formarse su propio convencimiento sobre si aparecen establecidos determinados hechos, o sobre si solo hay indicios de éstos, y aun para prescindir de las exposiciones testimoniales. Haciendo uso de esta libertad de apreciación probatoria, el fallo consideró demostrada la posesión de ambos cónyuges y no la exclusiva de la señora Benavides. Este juicio no constituye ningún error de derecho en la ponderación de las pruebas, porque hay testimonios que lo respaldan de modo pleno.

De todo lo cual se infiere que los cargos no están fundados.

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 veintitrés de enero de mil novecientos sesenta y dos, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en este juicio de reivindicación de los herederos de Abelardo Benavides contra el señor José Moisés Cuasapud.

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.

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SOCIEDAD

Prueba del carácter de representante jurídico de la misma. Condición para que una declaración valga como confesión. Prescripción.

1. Para que una declaración pueda valer como confesión en contra de quien la rinde, es preciso que satisfaga, entre otras condiciones, la de versar sobre un hecho respecto del cual la ley no exija otro medio de prueba o cuya verdad pueda establecerse por vía de confesión (arts. 605 y 613 C. J.).

2. La circunstancia de ser una persona la representante de una sociedad determinada, predica una calidad jurídica cuya prueba debe hacerse dentro de la regulación especial prevista en derecho. Tratándose de la sociedad ordinaria de minas, dispone el artículo 283 del código de la materia que "Desde el momento en que dos o más personas convengan en elaborar una mina, deberán formalizar la compañía o sociedad, si fuere ordinaria, haciendo por lo menos el nombramiento de presidente o director de ella". Lo cual significa que es la prueba del nombramiento de presidente o director hecho por la sociedad, de acuerdo con sus estatutos o con la ley, la que debe producirse formalmente para demostrar que se tiene tal carácter.

3. La compra de derechos proindiviso por el comunero que está en vía de usucapir el terreno comunero de acuerdo con el art. 1º de la Ley 51 de 1943, no sería circunstancia por sí sola suficiente a destruir su propio animus domini excluyente, anterior a los actos de tales adquisiciones, sino que podría entenderse como un medio de consolidar y reafirmar aquel ánimo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, veintinueve de enero de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el opositor contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, con fecha 29 de septiembre de 1962, en el juicio seguido por Benjamín Estrada E. en oposición a una solicitud de Eudoro Salazar Toro sobre declaración judicial de pertenencia.

— I —

EL LITIGIO

Eudoro Salazar Toro, alegando haber poseído con ánimo de señor y dueño, en forma continua, no interrumpida, pacífica, pública y no equívoca, por más de veinte años, el fundo denominado "Palmira", situado en el municipio de Aguadas, en el corregimiento de Arma y determinado como se expresa a continuación, pidió al Juez Civil del Circuito de Aguadas que, con audiencia del Ministerio Público y mediante el trámite establecido en los artículos 6º y siguientes de la Ley 120 de 1928, se declarase que pertenece al solicitante el referido predio, con sus cuatro casas de habitación, dividido en siete potreros y

comprendido dentro de los siguientes linderos: "De la puerta de entrada al terreno, siguiendo el camino de Bujú, hasta los encuentros del río Cauca y de la quebrada de Pácora; ésta arriba a un mojón, lindero con terrenos de Ismael Restrepo, hoy Abel Cardona; de este mojón para arriba, lindero con el mismo terreno por una chamba que hay, hasta el primer lindero, el que tiene una extensión aproximada de ciento cincuenta (150) cuadras, y en él se encuentran ocho (8) tanques almacenadores de agua".

Mientras se surtían los emplazamientos del caso, presentóse Benjamín Estrada Estrada, haciendo oposición al pedimento de Salazar Toro. En su libelo alega el opositor, entre otras razones, las siguientes: Que el predio en referencia le fue entregado, para su administración, a Eudoro Salazar a nombre de la Sociedad Minera de Palmira, cuyo presidente es y ha sido el señor Benjamín Estrada Estrada; que Salazar, excediéndose de sus facultades, se dió a la tarea de comprar derechos, con desconocimiento de las diversas acciones en que ha reconocido la existencia de una comunidad como consecuencia de la Sociedad Minera de Palmira, fundada por medio de la escritura número 185 de 9 de abril de 1890, de la Notaría de Aguadas; que la dicha sociedad adquirió en remate, por conducto de su gerente Benjamín Estrada E., el derecho de dominio del referido predio, dentro de los juicios hipotecarios que se siguieron contra Harold B. Mayuham y Annie Jane Rowlands, en los días 8 y 9 de junio de 1936; que fue secuestre dentro de esas acciones Ernesto Estrada, a cuyo retiro sucedió como administrador en nombre de la sociedad Eudoro Salazar Toro; que las obras efectuadas en el terreno lo fueron con lo que éste produjo en razón de frutos y con otros dineros de la sociedad; que, cuando Salazar T. penetró en el predio, existían en él potreros debidamente cercados, en donde pastaban ganados que dieron rendimientos para mejorar los mismos potreros y construir las casas; que, en resumen, Salazar T. ha venido actuando allí, no como amo y señor, sino como simple administrador en nombre de la sociedad minera aún ilíquida; y que el opositor tiene acciones dentro de los terrenos de la sociedad, por lo cual puede impedir que se le otorgue a Salazar T. la declaración de pertenencia motivo del juicio. En virtud de todo lo cual, pide que se le acepte la oposición que hace al pedimento de Salazar Toro sobre "terrenos que no ha adquirido en ninguna forma, y que son de la única y exclusiva pertenencia de la comunidad existente y que gira bajo el nombre de Sociedad Minera de Palmira".

La primera instancia, en la que hubo aducción de pruebas de una y otra parte, cerróse con fallo del Juez del Circuito, en que se resolvió lo siguiente:

Primero.—Declarar "probada la *excepción de ilegitimidad en la personería sustantiva* del opositor señor Benjamín Estrada E."; *Segundo.*—Declarar que "pertenece en dominio pleno y absoluto al señor Eudoro Salazar Toro" el fundo del litigio, cuyas especificaciones se expresaron atrás; *Tercero.*—Disponer la inscripción del pronunciamiento en el Libro Primero de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Circuito de Aguadas; y *Cuarto.*—Condenar en costas al opositor.

Abierto, por apelación de éste el segundo grado del juicio, púsole fin la sentencia del Tribunal Superior de Manizales de fecha 29 de septiembre de 1962, por la cual se "*confirma* lo resuelto en los numerales *Segundo, Tercero* y *Cuarto* de la sentencia proferida en el presente juicio por el Juzgado Civil del Circuito de Aguadas, el catorce (14) de diciembre de mil novecientos sesenta y uno (1961), Y REVOCA lo dispuesto en el ordinal 1º de ese mismo fallo, resolviendo en cambio que no es el caso de tomar decisión alguna de fondo sobre la demanda de oposición formulada por el apoderado del señor Benjamín Estrada E., porque no se cumple con relación a éste el presupuesto de capacidad procesal o *legitimatio ad processum*". Condénasele finalmente en las costas de la instancia .

Interpuesto por el mismo opositor, contra el pronunciamiento del Tribunal, el recurso de casación, se procede a su despacho.

— II —

MOTIVACION DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Primeramente, sobre la base de la existencia de la Sociedad Minera de Palmira, circunstancia respecto de la cual advierte que no ha habido verdadera controversia entre las partes, y que, "no habiéndose liquidado legalmente dicha sociedad, su existencia se ha prolongado indefinidamente al menos con el

carácter de una comunidad", entra el sentenciador a afirmar que la demanda de oposición de Benjamín Estrada "se funda en que los terrenos sobre los cuales se ha pedido declaratoria judicial de pertenencia en favor del señor Eudoro Salazar «son de la única y exclusiva pertenencia *de la comunidad existente* y que gira bajo el nombre de Sociedad Minera de Palmira»", lo que elimina toda razón para concluír, como lo hizo el juez *a quo*, que está probada la excepción de ilegitimidad en la personería sustantiva de la parte opositora.

Pero, pasando luego a estudiar el punto de la representación ejercida por Benjamín Estrada, y observando que éste ha tratado de asumir una doble posición, en cuanto unas veces habla como presidente de la Sociedad Minera de Palmira y otras se da a sí mismo el título de comunero en tal sociedad, encuentra que "ninguna de esas dos calidades fue debidamente comprobada en este proceso". Tocante a lo primero, partiendo de la premisa de que Estrada ha debido demostrar su carácter de presidente de la sociedad, "mediante designación verificada en forma estatutaria o legal por las personas que efectivamente podían hacerlo", observa que sobre este particular solo obra una acta suscrita por Benjamín Estrada E., Salvador Gómez y Francisco Montoya G., que reza que el día 15 de mayo de 1933 se reunieron estos señores y Antonio Jaramillo, los tres primeros como socios de la Sociedad Minera de Palmira y el último como representante de otro de los socios de ella, estando representadas dieciséis acciones y seis doceavos de acción, con el fin de entrar a integrar la junta directiva que había quedado acéfala por la muerte de su presidente Jesús A. Mejía y la de su vicepresidente Nicolás Estrada y que, en tal virtud, "se procedió a la elección de presidente de la sociedad, y por aclamación fue nombrado el señor Benjamín Estrada". Mas, hace el Tribunal, en contra de este documento, los siguientes reparos: Ante todo, que "fue allegado irregularmente al proceso, pues el interesado aprovechó la práctica de una diligencia de inspección ocular para obtener que el Juzgado glosara al expediente unas hojas de papel común escritas a mano y con una carátula que dice «Libro de Actas de la Sociedad Minera de Palmira — Aguadas, mil novecientos seis». En el acta de la inspección ocular se lee esta constancia relacionada con tales papeles: «Respecto a los documentos presentados en la noche de ayer por el demandante señor Benjamín Estrada, el Juzgado los recibe pero haciendo la advertencia de que esta clase de pruebas no fue pedida dentro del respectivo término probatorio y el Juzgado hace la reserva de apreciar su mérito en el fallo del juicio» (Folio 46 cuaderno número 3)"; y que, "aun haciendo caso omiso de la forma irregular como fueron traídos al juicio los mencionados papeles, que ninguna relación tienen con la finalidad de la inspección ocular en que fueron presentados, se llegaría de todos modos a la conclusión de que el acta referida no puede ser tenida como prueba de la representación que de la Sociedad Minera de Palmira se atribuye al señor Benjamín Estrada. Porque, en primer lugar, las firmas de quienes aparecen suscribiéndola no tienen signo alguno de autenticidad, ni fueron reconocidas dentro de este proceso; y porque, sobre todo, ni remotamente está acreditado el hecho de que los señores Estrada, Gómez, Montoya y Jaramillo, integrantes de la supuesta junta o asamblea de socios, tuvieran en realidad el carácter de tales o de comuneros con facultades legales para elegir presidente de la Sociedad o administrador de la Comunidad".

Y en lo que atañe al carácter de comunero o partícipe que el opositor dice tener en la referida sociedad, estima el Tribunal que, si bien se adujo, también irregularmente, con ocasión de la inspección ocular, una escritura pública, según la cual, el 11 de octubre de 1940, Benjamín Estrada compró a Ubaldina Angel v. de Jaramillo el derecho de dominio que la exponente tenía en dos lotes de terreno, en indivisión con otros comuneros o socios, el primero de ellos denominado "Palmira" ubicado en el municipio de Aguadas, y el otro en el municipio de Pácora, resulta que este título "se refiere a la venta de derechos en un predio cuyos linderos son completamente distintos de los que singularizan el inmueble a que se contrae la demanda de pertenencia instaurada por el señor Eudoro Salazar y distintos también de los que relacionan las diligencias de remate mediante las cuales adquirió unos terrenos la Sociedad Minera de Palmira, el 8 y el 9 de junio de 1936", y "no se llevó a cabo dentro de este juicio diligencia alguna de identificación que permita afirmar que los derechos adquiridos por el señor Estrada estén vinculados al predio rematado por la sociedad y, por lo mismo, al que se describe en la demanda de per-

tenencia"; y que, aunque Estrada hubiera adquirido por tal compra el carácter de comunero, se llegaría a la conclusión de que lo perdió luego, en virtud de la venta que el mismo Estrada hizo a Eudoro Salazar mediante la escritura número 217 de 4 de mayo de 1941. Lo cual es razón suficiente para que Estrada no pueda ahora "asumir la representación de los demás comuneros ni ejercitar acciones en beneficio de ellos".

El sentenciador llega así "a la ineludible conclusión de que es ilegítima la personería adjetiva" de Benjamín Estrada, o sea que éste carece del presupuesto de *legitimatio ad processum*, en virtud de lo cual aquel se inhibe de entrar en el estudio de fondo de la oposición deducida.

Pasando en seguida al examen de la acción de pertenencia instaurada por Salazar Toro, el Tribunal dice encontrar un cúmulo de testimonios demostrativos de que aquel, "durante un período mayor de veinte años contados hacia atrás desde la presentación de la demanda", ha ejercido la posesión material del predio de cuya pertenencia se trata; que "esa posesión, según los declarantes, ha sido pacífica e ininterrumpida, fuera de que durante todo ese lapso el poseedor Salazar ha llevado a cabo una intensa explotación económica del referido predio, como puede apreciarse por la existencia en él de valiosísimas mejoras". Consideración en cuyo respaldo acoge, transcribiéndola, la síntesis que del contenido de aquellos testimonios hizo el juez *a quo*.

Se remite, después, a algunas otras declaraciones corroborativas de las primeramente contempladas y, luego de anotar que conforme al acta de la diligencia de inspección ocular practicada en la primera instancia, "el terreno denominado «Palmira» fue minuciosamente identificado por los linderos que describe el hecho *Primero* de la demanda", y de que unas adquisiciones de derechos pro indiviso efectuadas por Salazar Toro en el año de 1941 no alcanzan a enervar el fenómeno prescriptivo, por cuanto los linderos de los lotes de terreno sobre que versan las acciones o derechos que fueron objeto de tales contratos "son completamente distintos de los que singularizan el inmueble descrito en la demanda de pertenencia", sin que por otra parte exista pieza alguna que establezca la identidad total o parcial entre el fundo del pleito y esotros, de donde no cabe deducir que Salazar estuviera reconociendo dominio ajeno con posterioridad a la época en que ocupó el inmueble, concluye que "quizás en muy pocas ocasiones se presenta ante la justicia una acción sobre declaratoria judicial de pertenencia mejor acreditada que la del señor Eudoro Salazar Toro".

Tales los fundamentos del fallo recurrido.

— III —

LA IMPUGNACION

La demanda de casación, oportunamente contestada, propone, en el ámbito de la causal primera, tres cargos cuyo planteamiento se ofrece así:

Primer cargo. — Formulado por quebranto indirecto del primer inciso del artículo 284 del Código de Minas, en cuanto dejó de aplicarse al caso del pleito, a consecuencia de la falta de apreciación de ciertas pruebas, se hace consistir en lo siguiente:

Que el Tribunal considerando que Benjamín Estrada E. no estableció su carácter de representante de la Sociedad Minera de Palmira, tuvo por probada la excepción de ausencia de capacidad en el actor para comparecer en juicio, por lo cual se inhibió de resolver sobre el fondo de la oposición. Pero que, para llegar a tan equivocada consecuencia, dejó de tener en cuenta dos pruebas independientes, cada una suficiente por sí sola para demostrar la representación susodicha;

Que una de esas pruebas es el interrogatorio elaborado por el mandatario judicial del demandado Salazar Toro, para ser absuelto en posiciones por el demandante opositor, interrogatorio en que se contiene un reconocimiento expreso de la calidad de representante legal de la Sociedad Minera de Palmira que ostenta el último, y el cual reconocimiento es el supuesto de las preguntas distinguidas con los números ocho, nueve, diez y quince (c. 3, fs. 22 y 23). Tiene admitido la jurisprudencia que quien pregunta en posiciones también confiesa;

Que la otra prueba no contemplada por el juzgador es la escritura número 1145 de 18 de mayo de 1938, de la Notaría 2ª del Circuito de Medellín, en que consta la enajenación, en favor del Departamento de Antioquia, de una fracción del lote sobre que versa el pedimento de la declaración de pertenencia, es-

critura en la cual se da cuenta de que Estrada E. obra como representante legal de la Sociedad Minera de Palmira, en su carácter de presidente de ella; y

Que no habiendo el Tribunal apreciado ni una ni otra prueba, de que resulta establecida la representación de la sociedad por parte de Estrada, incurrió en un error de hecho evidente, a consecuencia del cual dejó de aplicar el relacionado primer inciso del artículo 284 del Código de Minas.

Segundo cargo. — Propuesto por violación indirecta, en razón de falta de aplicación, del referido primer inciso del artículo 284 del Código de Minas, a consecuencia de errores de derecho en la estimación de determinada prueba, lo desarrolla el acusador así:

Que el carácter que Benjamín Estrada E. tiene de legítimo representante de la Sociedad Minera de Palmira, se encuentra también establecido con el acta de la junta de socios de la misma sociedad, en que se le designó presidente de ésta, y la cual acta obra en el expediente en su original y en copia autorizada (c. 3, fs. 55 y 83) presentados por él.

El Tribunal, empero, se negó a otorgar a este documento el valor probatorio que le compete, por haber considerado equivocadamente que se produjo al margen de la ritualidad exigida por el principio de contradicción probatoria, dentro de una diligencia de inspección ocular que se practicaba a petición del demandado Salazar Toro, diligencia en la que el opositor presentó al Juzgado, junto con otros documentos, el original y la copia referidos del acta de su nombramiento. El Juez decretó la incorporación de estas pruebas al expediente, con la reserva de apreciar su mérito en la sentencia, y tal decreto dado en presencia de las partes, no fue recurrido. Si bien la práctica de esta prueba "no se efectuó a instancia de la parte, en el auténtico sentido procesal, puesto que la oportunidad para solicitarla se encontraba precluída", quiere ello decir que "la prueba fue decretada oficiosamente por el Juzgado", el que tenía competencia para hacerlo según el artículo 728 del C. de P. C.

Pero, el Juzgado se negó en la sentencia a apreciar la prueba; y, luego, el Tribunal, al confirmar su punto de vista, cometió un error de derecho, consistente en "dejar de apreciar una prueba legalmente producida, de conformidad con el principio general establecido por el ordinal segundo del artículo quinientos noventa y siete del Código de Procedimiento Civil, ratificado mediante el texto especial consagrado por la disposición contenida en el artículo setecientos veintiocho del mismo estatuto. El error de derecho produjo la violación directa del artículo seiscientos treinta y siete del Código de Procedimiento Civil, que alcanza su pleno sentido al ponerse en relación con los artículos seiscientos cuarenta y cinco y seiscientos seis del mismo cuerpo legislativo. El artículo resulta desconocido por la mutilación de los efectos propios que asigna a la prueba documental contentiva de la solemnidad privada que implica la designación del representante legal de una sociedad".

Estos los motivos de la violación que se imputa al Tribunal del citado precepto del Código de Minas.

Tercer cargo. — Deducido por infracción indirecta de los artículos de la ley sustancial que se citan adelante, a consecuencia de error de derecho en la estimación de ciertas pruebas documentales, su exposición se desenvuelve así:

Que el peticionario de la declaración de pertenencia acompañó a su solicitud las escrituras públicas números 120 de 1º de marzo y 217 de 4 de mayo, ambas de 1941 y otorgadas en la Notaría del Circuito de Aguadas, por la primera de las cuales el dicho Salazar Toro compró derechos de propiedad pro-indiviso a Hortensia Montoya, Sinforiano Montoya y Lázaro Villegas, y por la segunda de las cuales compró derechos vinculados al inmueble materia de esta acción al propio Benjamín Estrada Estrada. En esta escritura se da cuenta de que la entrega se verificó el 10 de mayo de 1940.

Transcribiendo, luego, un pasaje de la sentencia en que se dice que, dadas tales escrituras, "podría pensarse a primera vista que el nombrado Salazar estuvo reconociendo dominio ajeno sobre la finca a que se contrae su acción, hasta el año mencionado (1941), y que por tanto no se había cumplido el lapso de veinte años de posesión cuando promovió la demanda en que invoca la usucapión", no obstante lo cual el Tribunal descarta esa posibilidad en atención a razones de que atrás

se hizo referencia, el recurrente afirma sin embargo que, según la transcripción aludida, el juzgador reconoce el hecho general de que los documentos aportados al juicio por el primitivo demandante contienen una confesión o reconocimiento de dominio ajeno, incompatible con el ánimo de señor y dueño que exige el sistema de la ley civil en materia de posesión.

En este orden de ideas, sostiene el censor que de conformidad con tales instrumentos públicos se encuentra establecido que por lo menos hasta el año de 1941 no existió la posesión invocada por Salazar, o sea que éste "no completa la posesión veintenaria exigida para la prescripción extraordinaria, en el segundo semestre de mil novecientos sesenta, en que tuvo lugar la presentación de la demanda". A pesar de lo cual, el Tribunal supone arbitrariamente que esos actos de reconocimiento de dominio ajeno se pueden referir a otro fundo, por no existir en su concepto prueba alguna que acredite la identidad total o parcial del inmueble objeto de la litis y del relacionado en las escrituras públicas de que se acaba de hablar. Olvida el sentenciador que la prueba fue aportada al juicio por el primitivo demandante, de lo cual se deriva la identidad que aquel reclama y que tiene la categoría de hecho procesal incontrovertido, ya que ningún demandante se permite acompañar a su demanda la prueba de actos relacionados con un inmueble que nada tiene que ver con el que es objeto de sus pretensiones.

Al desvirtuar así los efectos probatorios que nacen de las declaraciones consignadas por las partes en instrumentos públicos, desnaturalizando la prueba documental, el Tribunal viola directamente el artículo 1759 del C. C., lo cual importa la violación indirecta de los artículos 762, 2532 y 2518 ibidem que exigen el ánimo de dueño prolongado durante los veinte años de la posesión objetiva. Y de manera consecuencial se vulneran los artículos 2º y 5º de la Ley 120 de 1928 y el 1º de la Ley 51 de 1943. Todos indebidamente aplicados. En cambio no se aplicó, para declarar la interrupción natural de la posesión alegada como existente desde 1936, el ordinal 2º del artículo 2523 del C. C., que se violó por este concepto, correlativo de las antedichas infracciones.

— IV —

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Al cargo primero. — La censura sitúa a la Corte en el punto de determinar si, por no haber estimado el fallador las pruebas a que el cargo se refiere, desconoció la personería del opositor como representante, en su carácter de presidente, de la Sociedad Minera de Palmira.

Como tales pruebas, señala el recurrente la afirmación de ser Estrada el presidente de la sociedad, hecha por el apoderado de Salazar en el pliego de las posiciones que propuso a la absolución del opositor, y la declaración de ese mismo carácter, formulada por éste en la escritura número 1145 de 18 de mayo de 1938, de la Notaría 2ª de Medellín, por la cual el propio Estrada, invocando esa calidad, enajenó al Departamento de Antioquia una zona de terreno desmembrada de una finca denominada "Compaña", distinta de la que es materia de este pleito.

Pero, si el Tribunal no vio esas pruebas o si, habiéndolas visto, las desestimó sin nombrarlas, la conclusión en el punto tendría que ser la acogida por él, en el sentido de no tener por demostrado el carácter de Estrada como presidente de la sociedad.

Porque, para que una declaración pueda valer como confesión en contra de quien la rinde, es preciso que satisfaga, entre otras condiciones, la de versar sobre un hecho respecto del cual la ley no exija otro medio de prueba o cuya verdad pueda establecerse por vía de confesión (arts. 605 y 613 C.J.).

Ahora bien: la circunstancia de ser una persona la representante de una sociedad determinada, predica una calidad jurídica cuya prueba debe hacerse dentro de la regulación especial prevista en derecho. Tratándose de la sociedad ordinaria de minas, dispone el artículo 283 del código de la materia que "Desde el momento en que dos o más personas convengan en elaborar una mina, deberán formalizar la compañía o sociedad, si fuere ordinaria, haciendo por lo menos el nombramiento de presidente o director de ella". Lo cual significa que es la prueba del nombramiento de presidente o director hecho por la sociedad, de acuerdo con sus estatutos o con la ley, la que debe producirse formalmente para demostrar que se tiene tal carácter.

Por lo mismo, ni la afirmación del mandatario de Salazar en el interrogatorio de las posiciones propuestas a Estrada, ni la declaración de éste, de ser presidente de la sociedad, hecha en la aludida escritura número 1145, tienen mérito demostrativo de semejante calidad. Conclusión que concurre a afianzar los siguientes motivos:

Que del referido interrogatorio en posiciones, no podría en caso alguno sacarse una confesión contra Salazar, porque éste en el poder que confirió a su abogado en el juicio no le otorgó facultad para confesar; y como tal interrogatorio únicamente fue suscrito por dicho mandatario, quiere decir que éste no podía en él vincular con fuerza confesoria a su representado, frente a lo dispuesto por el artículo 607 del Código Judicial, que no presume autorización para ello, salvo en cuanto se trate de la confesión hecha por el apoderado en los escritos de demanda y excepciones y en las respuestas correlativas; y

Que aunque en la susodicha escritura número 1145 de 18 de mayo de 1938 se anuncia la protocolización del acta de la sociedad en que se dice aparece el nombramiento de Benjamín Estrada E. como presidente de ella, es lo cierto que ese instrumento público no da fe de la autenticidad de tal acta, ni de su contenido, cuyo texto no aparece transcrito en la copia que de la misma escritura obra en el expediente.

Las anteriores consideraciones bastan para desechar el cargo.

Al cargo segundo.—Dos fundamentos adujo principalmente el sentenciador para desconocer la personería adjetiva o *legitimatio ad processum* de Benjamín Estrada E., en razón de la carencia de prueba competente del carácter por él alegado de presidente de la Sociedad Minera de Palmira: Uno, el haberse producido, dentro de una diligencia de inspección ocular, la pretendida acta de la reunión de socios en que se eligiera como presidente de la compañía, sin que tal acta tuviese relación alguna con la finalidad de la inspección ocular en que fue presentada; y el otro, el de no tener las firmas de quienes aparecen suscribiéndola ningún signo de autenticidad, ni haber sido reconocidas dentro del proceso y no estar acreditado que los integrantes de la supuesta junta o asamblea de socios tuvieran en realidad el carácter de tales o de comuneros con facultad para efectuar tal elección.

Cuanto al primero de estos motivos, no podría la Corte prohijarlo, por tratarse de la producción de un elemento que de tener valor probatorio sería meramente acreditativo de la personería adjetiva o capacidad procesal de una de las partes, cuya aducción pudo surtirse, como lo fue en el caso del juicio, cuando el opositor, dentro de la diligencia de inspección ocular llevada a efecto en la primera instancia con el fin de verificar la identidad de la finca de "Palmira" y la realidad de sus mejoras, presentó, entre otros documentos, el acta referida, de la que no solo se tomó nota en el cuerpo de la diligencia de inspección, sino que quedó comprendida por la determinación que allí tomó el Juzgado, en el pasaje que dice: "Respecto a los documentos presentados en la noche de ayer por el demandante señor Benjamín Estrada Estrada, el Juzgado los recibe pero haciendo la advertencia de que esta clase de pruebas no fue pedida dentro del respectivo término probatorio y el Juzgado hace la reserva de apreciar su mérito en el fallo del juicio" (c. 3 f. 46). Siendo de advertir que esta resolución no fue contradicha ni recurrida por el apoderado de la parte contraria allí presente. Lo que significa que tal escrito en que se dice consistir el acta de nombramiento de presidente de la sociedad, de fecha 15 de mayo de 1933, ingresó al proceso para ser apreciado su mérito probatorio en la sentencia definitiva.

Pero, en lo tocante con lo segundo, o sea con la falta de autenticidad de la susodicha acta y la ausencia de prueba de que quienes integraron la supuesta reunión de socios a que la misma acta se refiere tuvieran en realidad tal carácter, cabe observar lo siguiente:

Que esta consideración del sentenciador acerca de los dos aspectos que se contemplan, *no fue atacada en el recurso extraordinario.* Y si esa acta no solamente se ostenta como una simple escritura privada en cuyo otorgamiento no intervino en forma alguna el demandado Eudoro Salazar Toro, sino que fue rechazada por su apoderado al suscribir la primera parte del acta de la diligencia de inspección ocular en que tal escrito fue presentado, con arreglo a la siguiente constancia: "El doctor Betancur manifiesta que no acepta la presentación de las escrituras que acaba de hacer el señor Benjamín Estrada, mejor dicho no acepta tales escrituras, ni lo que él expresó" (c. 3, f. 44), no se ve por dón-

de podría inducirse la infracción de los artículos 637, 645 y 606 del C. J. a que el impugnante se refiere.

Y lo dicho respecto de la pretendida acta aducida como original, es rigurosamente aplicable a su copia mecanografiada expedida por el mismo Benjamín Estrada en asocio de un secretario accidental, lo que hace que el traslado carezca del carácter de auténtico.

Queda, pues, en pie el concepto del sentenciador de que el acta de que se trata, así en el llamado original como en su copia, no pasa de ser un escrito privado sin reconocimiento alguno, —salvo el implícito que de su propia firma se tuviese hecho por su representante Benjamín Estrada E.—, y que, por lo tanto, no prueba lo que ella reza o sea no demuestra el nombramiento de éste como presidente de la Sociedad Minera de Palmira.

Al tercer cargo. — La esencia de la acusación se contiene en el argumento de que Eudoro Salazar hizo, en los meses de marzo y mayo de 1941, unas compras de derechos proindiviso en el fundo que pretende haber adquirido por usucapión extraordinaria; que esas compras significan que reconocía dominio ajeno hasta el momento en que ellas se verificaron; que desde ese momento en adelante y hasta el día en que presentó su demanda de pertenencia, en el segundo semestre de 1960, no alcanzaron a llenarse los veinte años de posesión *proprio nomine* o prescripción extraordinaria que alega; que, sin embargo, el Tribunal supone arbitrariamente que esas compras se pueden referir a otro inmueble por no existir prueba alguna de la identidad total o parcial del bien de que ellas tratan con el que es objeto de la litis, olvidándose de que esas pruebas fueron aportadas por el primitivo demandante; y que, al desvirtuar así los efectos probatorios de tales escrituras, con violación del art. 1759 del C. C., infringió indirectamente los preceptos de la ley sustancial con que la censura toca.

El insuceso de los dos cargos anteriores induce, en cuanto a la Sociedad Minera de Palmira, la improcedencia del último, porque si en el proceso, como lo sostiene el juzgador, no resulta acreditado que Benjamín Estrada E. sea representante de la referida sociedad, y *este extremo ha salido ileso a través del recurso*, quiere decir que, no estando Estrada legitimado para el juicio como tal representante, tampoco lo está para impugnar en casación con ese carácter la sentencia, en lo tocante con el fondo del litigio: concretamente, en cuanto confirmó la declaración de pertenencia a favor de Eudoro Salazar Toro proferida por el juez *a quo*.

Mas, como, según lo advierte el Tribunal, "el demandante opositor ha tratado de asumir una doble posición en este juicio, pues habla a veces como *presidente* de la Sociedad Minera de Palmira y se da otras veces a sí mismo el título de *comunero* en esa misma sociedad", carácter éste en relación con el cual se afirma, en el hecho noveno de la demanda de oposición, que Estrada "tiene acciones dentro de los terrenos de la Sociedad Minera de Palmira, como socio", procedería estudiar este capítulo de la censura en consideración al interés personal también alegado por Estrada en el juicio.

Pero, respecto de esa doble condición de *presidente* de la sociedad y de *comunero* invocada por Estrada, el Tribunal afirmó: que "ninguna de esas dos calidades fue debidamente comprobada en este proceso"; que "tampoco obra en el expediente constancia alguna de que el señor Estrada haya tenido o tenga esa calidad de comunero respecto de los terrenos a que se refieren las pretensiones del señor Eudoro Estrada (sic)"; y que, aun suponiendo que se hubiera llevado a cabo la identificación de predios y que "por ende estuviera demostrado que la adquisición verificada por el señor Benjamín Estrada lo hizo comunero en la Sociedad Minera de Palmira y en el predio a que se contrae la acción de pertenencia, se llegaría de todas maneras a la conclusión de que el nombrado señor Estrada habría perdido esa calidad de comunero, en virtud de la venta que hizo al señor Eudoro Salazar, mediante la escritura número 217 del 4 de mayo de 1941, venta que se refiere al «derecho de dominio que el exponente tiene en dos lotes de terreno en comunidad con otros derechos que corresponden a otros socios, ubicados los dos lotes, el uno en el municipio de Aguadas y el otro en el municipio de Pácora», alinderado el de Aguadas en la misma forma en que aparece singularizado en la escritura número 1265 de 1940, por la cual el señor Estrada compró unos derechos a la señora Ubaldina Angel v. de Jaramillo".

Ahora bien: El recurrente se limita a atacar estas conclusiones, argumentando que el

Tribunal se fundó en que no se encontraba establecida la identidad entre el predio sobre que versa el juicio y los relacionados en las escrituras números 120 y 217 de 1941, por las cuales Eudoro Salazar Toro compró unas acciones o derechos pro-indiviso vinculados en los lotes de terreno de que estos dos instrumentos tratan, pero que —dice el acusador— sí aparece establecida esa identidad, cuya prueba fue aportada al juicio por el primitivo demandante, lo que implica que el Tribunal "comete un error de derecho que desnaturaliza la prueba documental, con violación del artículo mil setecientos cincuenta y nueve del Código Civil". Salta a la vista que la censura en esta forma carece de pertinencia, porque el sentenciador en ningún momento negó que tales escrituras números 120 y 217 demostrasen lo que en ellas afirmaron las partes, es decir, no les negó su poder legal de demostración en cuanto a los actos en ellas contenidos; solo que observó que, atendiendo a la diferencia entre los linderos expresados en ellas y los asignados al predio objeto del pleito, esos instrumentos no acreditaban la identidad entre este inmueble y esotros. Entonces, siendo esta una cuestión eminentemente de hecho, el cargo debió proponerse y demostrarse en el campo del error de esta especie, y no formularse en el del error de derecho como lo plantea el acusador, lo cual sería ya una razón bastante para desechar el reparo.

Pero, hay más: el juzgador estimó que, aún suponiendo demostrada la identidad predial que el recurrente propugna, se llegaría de todas maneras al resultado de que Benjamín Estrada E. perdió la calidad de comunero que invoca, en virtud de la venta que hizo a Eudoro Salazar mediante la escritura número 217 de 4 de mayo de 1941. Y esta conclusión, suficiente por sí sola para mantener en pie el fallo, en lo que toca con Benjamín Estrada Estrada, dado que ella importa el desconocimiento de su legitimación en la causa, no ha sido impugnada en el recurso.

Y si estas deficiencias no se dieran y hubiese que entrar al fondo mismo del cargo, tendría que considerarse lo siguiente: que, aún en el supuesto de que se tuviese por establecida la identidad predial que el sentenciador echó de menos, todavía así la mera circunstancia de que en los meses de marzo y mayo de 1941 hubiera hecho el prescribiente Salazar Toro unas compras de derechos pro indiviso en terreno comunero, no sería por sí sola suficiente a excluír de modo ineluctable el *animus domini* posesorio, porque, fuera de que en la última de esas escrituras, o sea en la número 217 de 4 de mayo de 1941, por la cual el propio Benjamín Estrada E. vendió a Eudoro Salazar el derecho de dominio que aquel tenía en comunidad, se dijo que "desde la fecha diez de mayo de mil novecientos cuarenta fue hecha la entrega material de lo vendido, pero la escritura solo se hace hoy", lo que significa que por lo menos desde el citado día 10 de mayo de 1940 Salazar Toro estaba en posesión material de lo comprado por él, posesión que desde esa fecha hasta el día de la presentación de su demanda, 16 de julio de 1960, completaría el lapso prescriptivo de los veinte años, es por otra parte claro que, tratándose de la prescripción entre comuneros, autorizada por el artículo 1º de la Ley 51 de 1943, la simple circunstancia de que Salazar hubiera adquirido posteriormente al día en que entró en posesión algunos derechos pro indiviso en el predio de cuya declaración de prescripción se trata, no lo imposibilitaría para alegar prescripción adquisitiva de dominio sobre el inmueble total, previo el lleno de los elementos configurativos de la posesión durante el tiempo requerido por la ley, desde luego que la intención de esas adquisiciones podría tender, no a destruír su propio animus domini excluyente, anterior a los actos de tales adquisiciones, sino a consolidar y reafirmar aquel ánimo.

Aunque el Tribunal no consideró este aspecto, pues adoptó el de la falta de identidad predial ya contemplado, pudo haberlo acogido, sin que su decisión tuviese nada de reprochable, desde luego que encontró demostrados todos los factores de la prescripción extraordinaria, hasta el punto de afirmar que "en muy pocas ocasiones se presenta ante la justicia una acción sobre declaratoria judicial de pertenencia mejor acreditada".

Todos estos razonamientos hacen que la censura que informa el cargo tercero no pueda ser acogida.

No prospera, pues, el recurso.

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 veintinueve (29) de septiembre de mil novecientos sesenta y dos (1962), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales.

Las costas en casación a cargo del recurrente.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

REGISTRO

El registro de una escritura puede acreditarse no sólo con la nota puesta al pie de la misma, sino también con certificado expedido por el Registrador por separado. Nulidad por falta de notificación o emplazamiento. Quien puede alegarla.

1. Es doctrina de esta corporación que alentó bajo el sistema probatorio del código judicial anterior al que hoy rige y que mantiene bajo éste una vigencia indefectible, por acordarse a lo dispuesto en su artículo 630 en armonía con lo preceptuado por el 2673 del C. C. que, si cuando la escritura pública exigida por la ley como prueba de un acto o contrato, necesita estar registrada para que pueda admitirse como tal prueba, ello no quiere decir que la nota de registro deba sacramentalmente aparecer en la copia de la misma escritura, pues lo indispensable es que ésta se haya registrado, lo que puede comprobarse también con el certificado que por separado expida el registrador acerca de tal inscripción.

Ciertamente, ninguno de los referidos textos consagra el rigor formal de la nota de registro en asiento que tenga que correr al pie o al margen de la escritura respectiva. El artículo 2673 del C. C. se concreta a sentar el principio general de que ningún título de los sujetos a la inscripción o registro hace fe en juicio ni ante autoridad alguna, si no ha sido inscrito o registrado conforme a lo dispuesto en el propio código; y el artículo 630 del C. Judicial, apenas dispone que "la escritura pública, para ser estimada como prueba se presenta por las partes en copia autorizada por el funcionario encargado del protocolo y con la nota de haberse hecho el registro en la forma debida". Pero, como el precepto no exige que esta nota deba aparecer sobre el instrumento mismo y como ella sólo tiene por objeto acreditar su registro, es claro que nada impide que esa nota consista en una certificación aparte, expedida por el registrador, en que se haga constar, con sus indispensables indicaciones, la inscripción de la escritura de que se trate.

Siendo el Registrador de Instrumentos Publicos, funcionario de fe pública, encargado de certificar acerca de las inscripciones que constan en sus libros (art. 2640 C. C.), es claro que, tanto como la nota acreditativa del registro estampada sobre la copia de una escritura pública, ha de valer el testimonio de tal inscripción consignado por dicho funcionario en certificación separada. Testimonio auténtico que, por lo mismo, tiene la entidad probatoria de nota del registro (632 C.J.).

Sin que valga el argumento del recurrente de que la necesidad de la nota de registro sobre la copia de la escritura, tiene por objeto asegurar que el texto de este traslado es idéntico al de la escritura con base en la cual se hizo el registro, porque, fuera de que, como ya se vió, semejante rigor probatorio no está imperado por la ley, es lo cierto que la duda sobre identidad del texto que spuone el impugnante carece de razón, porque si una escritura pública se identifica por su número, fecha, Notaría, nombres de los otorgantes y objeto sobre que versa, es evidente que la certificación que el registrador otorgue acerca de la inscripción del instrumento en tal forma referido, no puede dejar duda de cuál sea la escritura

pública a que la certificación del registrador se remite, escritura cuya copia formalmente expedida por el Notario se presume fiel y, por lo tanto, idéntica a su original (arts. 1758, 1759, 2576 y 2604 C. C. y 630 C.J.).

2. La parte que no fue legalmente notificada o emplazada, o no estuvo debidamente representada en el juicio, es la que puede alegar por vía de acción o de excepción la nulidad correspondiente.

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

(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 Medellín, con fecha 5 de junio de 1962, en el juicio ordinario seguido por la Compañía de Jesús frente a Pastor Flórez.

— I —

EL LITIGIO

Ante el Juez 1º Civil del Circuito de Medellín, la Compañía de Jesús, allí domiciliada, trajo a juicio ordinario a Pastor Flórez, para que se declarase que la actora es dueña de una finca situada en aquella ciudad, en el barrio Berlín, determinada por los linderos que el libelo expresa, y se condenase al demandado a restituír a la peticionaria el referido inmueble y los frutos correspondientes con arreglo a derecho, mas las costas de juicio.

Entre los *hechos* constitutivos de la *causa petendi*, relacionó los siguientes:

Que el inmueble de que se trata, lo hubo la Compañía de Jesús, por adjudicación que se le hizo en el juicio de sucesión de Matilde Moreno Giraldo, registrada el 21 de enero de 1954, la cual causante lo había adquirido por compra a Alfonso Sanín A., según escritura número 2190 bis de 4 de diciembre de 1930, de la Notaría 4ª de Medellín, registrada el 16 de ese mes, habiendo Sanín adquirido por remate efectuado el 22 de mayo de 1930, ante el Juez 3º Civil del mismo Circuito, en el juicio ejecutivo de Doroteo Alvarez contra Ernesto Yepes M., inscrito el 26 del propio mes;

Que por su parte el demandado Pastor Flórez compró ese inmueble a Francisco Velásquez, según escritura número 1497 de 29 de marzo de 1954, de la Notaría 3ª del mismo Circuito; Velásquez hubo de César Castrillón; éste de Margarita Hoyos; ésta de Horacio Molina y Eudoro Velásquez, quienes adquirieron de Juan Hernández Parra, el que hubo por compra a Jesús María Argáez G., según escritura número 2220 de 25 de abril de 1949 de la Notaría 1ª de Medellín; Argáez hubo de la sociedad "Moreno Mesa y Cía. Limitada", según escritura número 2078 de 19 de abril de 1949 de la misma Notaría; dicha sociedad adquirió de Ernesto Yepes M. por escritura número 1536 de 21 de marzo de 1949 de la misma Notaría; y que Yepes M. se hizo adjudicar cosa ajena en el juicio de sucesión de María Jesús Morales, registrada el 16 de marzo del mismo año, por cuanto el predio había sido adquirido mucho tiempo antes por Alfonso Sanín en el remate efectuado en el juicio ejecutivo de Doroteo Alvarez contra el dicho Yepes M.; y

Que el demandado conserva la posesión material del inmueble objeto del juicio, "a la vez que aparece inscrito".

En su contestación, Pastor Flórez se opuso a las peticiones de la actora, alegó la excepción de prescripción adquisitiva del dominio, así la ordinaria como la extraordinaria, y denunció el pleito a Francisco Velásquez. Notificada a éste la denuncia del pleito, dió respuesta al traslado, con invocación de las excepciones de prescripción, y a su vez denunció el litigio a César Castrillón, de quien dijo haber adquirido por compra el inmueble, mediante la escritura número 4419 de 31 de mayo de 1952, de la Notaría 4ª del mismo Circuito. Se abstuvo el Juez de dar curso a esta última denunciación, estimando no estar registrado el título que se presentó como fundamento de ella.

Por la sentencia de primera instancia se denegaron las súplicas de la demanda. Consideración básica de este pronunciamiento fue la de que las hijuelas formadas a la Compañía de Jesús en la sucesión de Matilde Moreno Giraldo, dada la ausencia del título por el cual adquirió la causante, no le servían a la actora de prueba del dominio por ella invocado, sin que lo fuese el certificado del registrador que hacía referencia al antecedente-

te echado de menos.

Por apelación de la demandante, abrióse el segundo grado del juicio, en el que por sentencia del Tribunal Superior de Medellín, de fecha 5 de junio de 1962, se confirmó, con base en consideraciones distintas a las del inferior, la decisión por éste proferida.

Y a virtud del recurso de casación interpuesto por la parte vencida, corresponde ahora a la Corte la definición del caso.

— II —

CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal, confrontando los documentos aducidos por una y otra parte, con el intento de acreditar la titularidad del dominio, encontró que merecía la preferencia la titulación presentada por Pastor Flórez, o sea, que dentro del marco del litigio, no es la actora, sino el demandado, quien tiene en su favor la prueba de ese dominio.

Para llegar a este resultado, el sentenciador discurre en sustancia así:

Que, aunque la hijuela asignada a un partícipe pueda servirle en ciertos casos de prueba del dominio de los bienes adjudicados, ello no es siempre así, como ocurre en el caso del litigio, en el que la entidad demandante adujo como prueba del dominio que alega sobre el predio a que se refiere su pretensión, las hijuelas números uno y dos que se le asignaron en el juicio de sucesión de Matilde Moreno Giraldo, registrada el 21 de enero de 1954; y que, no obstante que obra también en los autos el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos número 16865, en cuyo numeral noveno se hace referencia a la inscripción de la escritura número 2190 bis de 4 de diciembre de 1930, citada en la demanda como título por el cual Matilde Moreno Giraldo compró el inmueble a Alfonso Sanín A., es lo cierto que tal escritura número 2190 bis no fue allegada al expediente, sin que su falta pueda subsanarse con certificado del registrador, en el caso del pleito.

En cambio, en favor del demandado, además de la escritura número 1497 de 29 de marzo de 1954, de la Notaría 3ª de Medellín, registrada el 8 de mayo del mismo año, por la cual adquirió el fundo de Francisco Velásquez, figura el título consistente en la escritura número 4419 de 31 de mayo de 1952, "y este instrumento aparece registrado en la oficina de registro correspondiente, según aparece del certificado Nº 10343 expedido por dicha oficina, en su numeral 3º, el 12 de junio de 1952, en el Libro Nº 1º impares, tomo 5º, al folio 274, bajo el número 3423. Nota que no aparece al pie de la mencionada escritura, pero tal circunstancia no es obstáculo para considerar que el registro se hizo en su oportunidad y en la forma debida".

Tiénese, entonces, que el demandado ha acreditado en su favor una titularidad de dominio sobre el inmueble del pleito, que se remonta hasta el 12 de junio de 1952, muy anterior a las hijuelas aducidas por la Compañía de Jesús, registradas el 21 de enero de 1954.

En tales circunstancias, concluye el juzgador que "faltando el elemento o presupuesto relacionado con el título para reivindicar, no puede tener éxito la acción incoada y por ello se impone la confirmación de la sentencia apelada".

— III —

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Dos cargos aduce el acusador, a cuyo despacho se atenderá, siguiendo el orden en que aparecen propuestos.

Cargo primero.—Deducido en la órbita de la causal primera, que, con olvido de la técnica, omitió citar el impugnante, está formulado por violación indirecta de los artículos 946, 947, 950, 952 y 961 del Código Civil, a consecuencia de error de derecho que —se dice— cometió el Tribunal en la apreciación de la escritura número 4419 de 31 de mayo de 1952, de la Notaría 4ª de Medellín, según la cual César Castrillón transfiere a título de venta a Francisco Velásquez el inmueble objeto de este litigio.

La censura se desenvuelve en la siguiente forma:

Que la copia de esa escritura carece de nota de registro, si bien obra en el expediente un certificado del Registrador de Medellín, de fecha 18 de agosto de 1954, en que consta la circunstancia de haberse ella registrado.

Y, luégo de transcribir el texto de las consideraciones en que se apoyó el sentenciador para concluír que la titulación del demandado se remonta al 12 de junio de 1952, fecha de registro de la referida escritura número 4419, "anterior a las hijuelas que dicen de la titularidad por parte de la Compañía, únicamente hasta el 21 de enero de 1954", fecha

del registro de la partición en la sucesión de Matilde Moreno Giraldo, el impugnante ataca esta conclusión así:

Que el Tribunal, al estimar, como título antecedente del dominio del demandado, la referida escritura número 4419 de 31 de mayo de 1952, "solo tuvo en cuenta lo preceptuado por el artículo 2673 del Código Civil, y que olvidó lo previsto en el artículo 630 del Código Judicial, que a la letra dice:

"«La escritura pública, *para ser estimada como prueba*, se presenta por las partes en copia autorizada por el funcionario encargado del protocolo y *con la nota de haberse hecho el registro en forma debida*» (subrayo).

"Este artículo que implica una restricción en materia probatoria, adiciona y complementa el artículo 2673 del C. C. y tiene por fin asegurar al juzgador que el texto de la escritura pública que se presenta, es idéntico al de la escritura con base en la cual se hizo el registro, ya que el Registrador al reproducir la nota debe confrontar esa identidad. Dentro de los términos del artículo 2673 del C. C. y de acuerdo con la jurisprudencia citada por el Tribunal se corre el riesgo de que se tome como prueba una escritura falsa o incompleta, sobre la cual no puede recaer sino la certeza de haber sido registrada, quedando la duda de la autenticidad de su texto.

"Frente a la disposición comentada (art. 630 del C. J.) no pueden traerse a colación en el caso de autos las sentencias citadas por el Tribunal porque ellas se refieren al ordenamiento vigente en los años de 1927 y 1928, cuando no existía el actual Código Judicial (Ley 105 de 17 de octubre de 1931), ni otras sentencias posteriores a él, como la que lleva fecha 9 de septiembre de 1959 (G. J. Tomo XCI, Nos. 2215-2216, págs. 493 y ss.), en las cuales se repite, sin tener en cuenta la adición y complemento que implicó para el sistema el artículo 630 de C. J., la doctrina de 1927 y 1928.

"Es evidente al tenor del artículo 2673 del C. C. adicionado y completado por el 630 del C. J. que no basta acompañar a una escritura sin nota de registro, el correspondiente certificado en que conste que éste se llevó a cabo. Para que una escritura pública pueda ser estimada por el juzgador y adquiera el carácter de plena prueba es necesario que lleve la «nota de haberse hecho el registro en forma debida».

"De lo dicho hasta aquí aparece evidente el error de derecho en que incurrió el H. Tribunal Superior de Medellín, porque al no tener en cuenta la adición y complemento que el artículo 630 de C. J. hace al artículo 2673 del C. C. apreció contra expresa disposición legal y dió carácter de plena prueba a la escritura pública número 4419, tantas veces citada, dándose así por demostrado el título del señor Francisco Velásquez, causante del demandado Pastor Flórez, sobre el inmueble objeto de este litigio".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Es doctrina de esta corporación, que alentó bajo el sistema probatorio del Código Judicial anterior al que hoy rige y que mantiene bajo éste una vigencia indefectible, por acordarse a lo dispuesto en su artículo 630 en armonía con lo preceptuado por el 2673 del C. C., que, si cuando la escritura pública exigida por la ley como prueba de un acto o contrato, necesita estar registrada para que pueda admitirse como tal prueba, ello no quiere decir que la nota de registro deba sacramentalmente aparecer en la copia de la misma escritura, pues lo indispensable es que ésta se haya registrado, lo que puede comprobarse también con el certificado que por separado expida el registrador acerca de tal inscripción.

Ciertamente, ninguno de los referidos textos consagra el rigor formal de la nota de registro en asiento que tenga que correr al pie o al margen de la escritura respectiva. El art. 2673 del C. C. se concreta a sentar el principio general de que ningún título de los sujetos a la inscripción o registro hace fe en juicio ni ante autoridad alguna, si no ha sido inscrito o registrado conforme a lo dispuesto en el propio código; y el artículo 630 del Judicial, apenas dispone que "la escritura pública, para ser estimada como prueba, se presenta por las partes en copia autorizada por el funcionario encargado del protocolo y con la nota de haberse hecho el registro en la forma debida". Pero, como el precepto no exige que esta nota deba aparecer sobre el instrumento mismo y como ella solo tiene por objeto acreditar su registro, es claro que nada impide que esa nota consista en una certificación aparte, expedida por el registrador, en que se haga constar, con sus indispensables indicaciones, la inscripción de la escritura de que se trate.

Siendo el Registrador de Instrumentos Pú-

blicos, funcionario de fe pública, encargado de certificar acerca de las inscripciones que constan en sus libros (art. 2640 C. C.), es claro que, tanto como la nota acreditativa del registro estampada sobre la copia de una escritura pública, ha de valer el testimonio de tal inscripción consignado por dicho funcionario en certificación separada. Testimonio auténtico que, por lo mismo, tiene la entidad probatoria de nota del registro (632 C. J.).

Sin que valga el argumento del recurrente de que la necesidad de la nota de registro sobre la copia de la escritura, tiene por objeto asegurar que el texto de ese traslado es idéntico al de la escritura con base en la cual se hizo el registro, porque, fuera de que, como ya se vio, semejante rigor probatorio no está imperado por la ley, es lo cierto que la duda sobre identidad del texto que supone el impugnante carece de razón, porque si una escritura pública se identifica por su número, fecha, Notaría, nombres de los otorgantes y objeto sobre que versa, es evidente que la certificación que el registrador otorgue acerca de la inscripción del instrumento en tal forma referido, no puede dejar duda de cuál sea la escritura pública a que la certificación del registrador se remite, escritura cuya copia formalmente expedida por el Notario se presume fiel y, por lo tanto, idéntica a su original (arts. 1758, 1759, 2576 y 2604 C. C. y 630 C. J.).

Si, correspondiendo a estos principios, el Tribunal encontró que, aunque la copia de la escritura número 4419 de 31 de mayo de 1952, de la Notaría 4ª de Medellín, por la cual César Castrillón vendió a Francisco Velásquez el inmueble de que se trata, no ostenta la nota de su registro, con todo esa inscripción aparece establecida con la atestación al respecto consignada por el registrador en el certificado número 10343, lo que presta a ese título pleno valor probatorio, quiere ello decir que el sentenciador acertó en su apreciación y que, por lo mismo, es infundado el cargo que se le hace en el primer capítulo de la censura, el cual se desecha.

Cargo segundo.—Formulado subsidiariamente "por haberse incurrido en nulidad no saneada, por falta de citación o emplazamiento en forma legal de una parte que ha debido ser llamada al juicio de acuerdo con el artículo 448 del Código Judicial, inciso tercero", se hace consistir en que habiéndose dejado de dar curso respecto de César Castrillón a la denuncia que del pleito le proponía Francisco Velásquez, se omitió así citar a una de las personas que han debido ser llamadas al juicio.

Y arguye el censor que, al atribuírse por la sentencia, a la referida escritura número 4419, un valor probatorio que le desconoció el Juez del Circuito en el auto ejecutoriado por el cual se suspendió el curso de aquella denunciación, se han modificado sustancialmente y en forma adversa para la entidad demandante los extremos de la litis, "puesto que se le viene a dar cabida en la sentencia a una parte que no actuó en el juicio y frente a la cual, por ello, no probó la Compañía su derecho. No se trata, entonces, de un problema simplemente procesal, sino de uno de fondo en cuanto que, por tratarse de un juicio reivindicatorio, solo podía exigirse al actor que demostrara la prevalencia de su dominio frente al demandado y a aquellos de sus antecesores cuyo título había sido presentado regularmente en la litis. Así la consecuencia de que en el fallo se reconozca validez a la escritura sin registro, es la de que se produzca la nulidad de lo actuado desde cuando se allegó el instrumento y ello inhibía al sentenciador para decidir en el fondo".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Aunque la presentación de este cargo en forma subsidiaria y la falta de señalamiento de la causal de casación en cuyo campo haya de estudiarse la censura, nada de lo cual se compadece con la técnica del recurso extraordinario, pudieran llevar a desestimar la acusación, por amplitud procede la Corte a consignar otras consideraciones bastantes a desecharla.

Si la parte recurrente estuviera legitimada para alegar la causal sexta del artículo 520 del Código Judicial, en razón de la pretendida nulidad de lo actuado, con base en la falta de notificación de la denuncia del pleito a César Castrillón, y tuviese, por lo tanto, la Corte que ocuparse de examinar este punto, se encontraría que, habiéndose conformado el demandado Pastor Flórez y su tradente denunciado Francisco Velásquez, con la providencia en que el juez se abstuvo de dar curso de la denunciación del pleito hecha por Velásquez a su vendedor César Castrillón, por cuanto no reclamaron de esa providencia en forma alguna, ello significa que la consintieron, prescindiendo, por lo

tanto, de que se citara a Castrillón a la defensa del demandado. Así, pues, en el supuesto —que no se ventila aquí— de que la falta de la denuncia del pleito a quien ha debido hacérsele, constituyese motivo de nulidad del proceso, resulta que en la especie de la presente litis, habiendo desaparecido la necesidad de que Castrillón fuese traído a ella, mal podría deducirse nulidad procesal alguna por no habérsele citado a este debate.

Pero, en la hipótesis de que existiera la nulidad del proceso por la falta de citación a Castrillón, tiénese que no sería la parte demandante la llamada a alegar esa nulidad, porque, como lo predica el artículo 457 del C. J., es la parte que no fue legalmente notificada o emplazada, o no estuvo debidamente representada en el juicio, la que puede alegar por vía de acción o de excepción la nulidad correspondiente. Si, pues, la actora no está legitimada a este efecto, tampoco lo estaría para mover en casación la causal sexta del artículo 520 del C. J., sancionadora de la nulidad procesal.

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 cinco (5) de junio de mil novecientos sesenta y dos (1962), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Sin costas en el recurso.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

El Secretario, *Ricardo Ramírez L.*

PETICION DE HERENCIA

Desde cuándo empieza a contarse el término extintivo de la acción y sus condiciones.

Por su índole jurídica la petición de herencia ha de encaminarse, siempre contra quien la ocupa en calidad de heredero (1321 C.C.) y no contra ninguna otra persona.

Ello a todas luces significa que mientras no haya quien posea la herencia con invocación del carácter de heredero, no hay tampoco base para citar a persona alguna a juicio de petición de herencia. De esa suerte el término extintivo de la acción nunca podría empezar a contarse sino desde cuando cupo su ejercicio en el hecho de que determinada persona posea la herencia precisamente en calidad de heredero, para ser así susceptible de sujeción pasiva en el litigio.

Por lo demás, quien como demandado en petición de herencia pretende que ha prescrito, debe establecer que con el susodicho carácter de heredero ha ocupado la herencia durante el tiempo previsto por la ley. Como es obvio, no le basta demostrar la fecha real o presunta del deceso del causante para que desde allí empezara a contarse el término extintivo, sino que le es indispensable probar en concreto el título de heredero con que entrara cierto día a poseer la herencia, a fin de que por este punto de partida el transcurso del tiempo haga indiscutible su situación de hecho.

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

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán).

Del matrimonio contraído por Juan Bautista León con Natalia Barrero el 30 de agosto de 1886, nacieron Bernardina, Andrés Avelino y Amalia León Barrero.

Muertos los progenitores, se liquidó la doble sucesión en el Juzgado Civil del Circuito de Espinal, y le fue adjudicado a la heredera Amalia León Barrero como cuerpo cierto el predio de "La Conejera", en el Municipio de Flandes.

Por sentencia de 3 de marzo de 1954 el Juez Civil del citado Circuito declaró con respecto a Amalia León Barrero la presunción de muerte por desaparecimiento a partir del 1º de enero de 1926.

En el juicio sucesorio de la misma Amalia se le adjudicó a su hermano Andrés Avelino León Barrero la totalidad del activo inventariado, consistente en el inmueble de "La Conejera", que posee a título de heredero.

Fue así como Bernardina Barrero citó a juicio ordinario de petición de herencia a su hermano Andrés Avelino León Barrero ante el Juez Civil del Circuito de Espinal.

El demandado se opuso, adujo las excepciones de petición de modo indebido, carencia de acción, acumulación indebida de acciones, prescripción de la acción y prescripción adquisitiva del dominio. Reconvino, además, con estas súplicas:

"1ª Que la acción de petición de herencia que ha instaurado la demandante señora Bernardina León Barrero contra el señor Andrés Avelino León Barrero se encuentra prescrita y por tanto no procede su ejercicio legal;

"2ª Que como consecuencia de lo anterior,

se declare asimismo que se encuentra prescrita la acción reivindicatoria o de restitución ejercida por la misma demandante señora Bernardina León Barrero contra el señor Andrés Avelino León Barrero, en relación con los bienes citados y especificados en la demanda principal;

"3ª Que la demandante Bernardina León Barrero sea condenada al pago de los perjuicios que se causen con el registro civil de la demanda civil, según fue pedido en la demanda principal y ordenado por el Juzgado, según justiprecio que se haga por peritos o mediante el procedimiento establecido por el artículo 553 del C. Judicial;

"Peticiones subsidiarias:

"Como peticiones subsidiarias, es decir, para el caso de que no se hicieren las anteriores, y porque prosperaren las peticiones formuladas en la demanda principal del actor, solicito se hagan las siguientes:

"a) Que la demandante Bernardina León Barrero está en la obligación de pagar a mi poderdante señor Andrés Avelino León Barrero el valor de todos los gastos hechos por él, y a prorrata, tanto en el juicio ordinario que promovió contra Amalia León Barrero para que se le declarara muerta por presunción; como todos los gastos que igualmente hizo en el juicio de sucesión de Amalia León Barrero, desde su iniciación hasta su total terminación y a que aluden los hechos 6º, 7º, 8º, 9º y 10º de la demanda principal;

"b) Que la condena al pago de tales gastos se haga teniendo en cuenta los comprobantes que de una vez se presentan, los que se producirán después y lo que avalúen los peritos, en relación con honorarios de abogados y aquellos que no aparezcan debidamente determinados en cada juicio (el ordinario y el sucesorio) pero cuya prestación o inversión se demuestre haberse hecho;

"c) Que se condene a la señora Bernardina León Barrero a pagar los intereses legales de las sumas de dinero que a prorrata debe pagar al señor Andrés Avelino León Barrero desde la fecha en que hizo dichos gastos hasta la fecha en que se efectúen los pagos de las sumas a que sea condenada proporcionalmente;

"d) Que sea condenada dicha señora contrademandada, al pago de las costas y costos, si se opusiere a esta contrademanda".

Terminó el litigio en primer grado por sentencia inhibitoria del 30 de noviembre de 1963. Apelada por la actora, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, con fecha 14 de septiembre de 1964, resolvió así:

"1º Bernardina León Barrero ha probado su derecho a la herencia de Amalia León Barrero, en concurrencia con Andrés Abelino León Barrero, en su condición de hermana legítima de éste.

"En consecuencia se le adjudica la mitad proindiviso de «un lote de terreno situado en la *Vereda de Paradero,* jurisdicción del Municipio de Flandes, antes del Espinal, lote dominado La Conejera o La Palma...».

"2º José (sic) Avelino León Barrero debe restituír a Bernardina León Barrero la mitad de los frutos naturales y civiles de la citada finca, desde el 26 de abril de 1960 en adelante, de conformidad con los incisos 1º, 2º y 4º del art. 964 del Código Civil.

"3º Inscríbase esta sentencia en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados.

"4º Bernardina León Barrero está obligada a restituír a Andrés Abelino León Barrero la suma de seis mil trescientos noventa pesos con ochenta centavos ($ 6.390,80) m/cte., una vez ejecutoriada esta sentencia.

"5º *Condénase* a Andrés Abelino León Barrero a pagar a la demandante las costas de la demanda.

"6º *Condénase* a Bernardina León Barrero a pagar a Andrés Avelino León Barrero, las costas de la demanda de reconvención.

"7º No hay lugar a condenar en costas en esta instancia".

Y es la oportunidad de que la Corte resuelva el recurso de casación interpuesto por la parte demandada.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Después de consideraciones sobre la naturaleza y ejercicio de la petición de herencia, el sentenciador se ocupa en determinar si marca prescripción simplemente extintiva, o bien prescripción adquisitiva, el plazo de 30 años, hoy de veinte, que señala el artículo 2533 del Código Civil en su excepción 1ª, para adquirir el derecho de herencia. Y a la vista de que en conformidad con el artículo 2538 "toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho", y de que "el

derecho de petición de herencia expira en treinta años" (en la actualidad 20), según lo ordena el artículo 1326 ibidem, llega a concluír en el sentido de que es un fenómeno adquisitivo. En seguida expresa:

"En el presente caso el demandado no ha demostrado el ánimo de señor y dueño, en calidad de heredero, de la totalidad de los derechos herenciales que ocupa, por un período de veinte años contados hacia atrás desde el 21 de noviembre de 1960, fecha en que se le notificó la demanda. (f. 21 v. c. 1).

"Por lo tanto no ha adquirido el derecho que reclama la demandante, por prescripción extraordinaria. La ordinaria de diez años no la ha alegado, pues no ha hecho siquiera referencia a posesión efectiva alguna. Es bien sabido que la excepción de prescripción siempre debe ser alegada.

"En consecuencia la acción de petición de herencia no ha prescrito".

Por lo que respecta al fondo del asunto se lee en el fallo:

"III. Está acreditado en autos —y además es un hecho no discutido— que el demandante y demandado son hermanos legítimos entre sí, y de la causante Amalia León Barrero; que en la sucesión de ésta se le adjudicó al demandado Andrés Avelino León Barrero la totalidad de un inmueble que era de la sucesión de Amalia y estaba en cabeza del demandado al promoverse la demanda. Inmueble que se relaciona y especifica en la escritura de protocolización del juicio de sucesión de Amalia León Barrero, que es la No. 245 de 28 de abril de 1960 de la Notaría del Espinal, registrada el 13 de mayo de ese año en el Libro 2º, Tomo 1º, partida 106, fl. 512-513. (Folios 15 a 16 v. del cuad. No. 1, 70 vto. y 85 a 89 del cuad. No. 4).

"Según el artículo 21 de la Ley 45 de 1936, a falta de ascendientes y descendientes legítimos, hijos naturales y cónyuge, "llevarán toda la herencia los hermanos legítimos", se entiende por partes iguales.

"Se deduce de lo dicho que la demandante Bernardina León Barrero ha probado su derecho a la herencia de Amalia León Barrero, en concurrencia con Andrés Avelino León Barrero, en su condición de hermana legítima de éste.

"Y como se ha acreditado que Andrés Avelino ocupa el bien relicto que se le adjudicó, también procede la restitución a favor de la demandante, de su derecho, equivalente a la mitad proindiviso de ese inmueble".

LA IMPUGNACION

El libelo de casación —replicado oportunamente— contiene tres reparos por la causal 1ª, a saber:

Primero.—"... Violación directa de los arts. 20 y 21 de la Ley 45 de 1936, 1321, 1322 y 1323 del C. Civil, y 1013 y 1325 ibídem".

Alude a que la demandante pretende derecho concurrente a la herencia con el carácter de hermana legítima de la causante y del demandado, pero que como el proceso demuestra que Amalia León Barrero tuvo una hija natural llamada María Joaquina León, "es ella quien lleva la herencia de su madre, con exclusión absoluta de los hermanos del «de cujus», sin que a la actora le corresponda ningún derecho como hermana legítima, de conformidad con la norma citada". (art. 20 Ley 45 de 1936).

Alega que como desde el momento de la muerte de Amalia la herencia fue deferida a su hija natural, no es necesario que María Joaquina se haya hecho presente en el juicio, sino que basta la prueba de su existencia para enervar la pretensión de la actora que invoca rango hereditario de inferior llamamiento. De donde deduce que Bernardina León Barrero no probó su derecho a la herencia.

Segundo.—"Violación indirecta de la ley sustantiva, o sea de los artículos 20 y 21 de la Ley 45 de 1936, arts. 1013, 1321, 1322, 1323 y 1325 del C. Civil, por error de derecho en la apreciación de una prueba...".

Insiste así en el quebranto de las normas aludidas en el primer reparo, que presenta ahora en referencia a la partida de bautismo de María Joaquina León como hija natural de Amalia León Barrero, "con mejor derecho a heredar que la demandante Bernardina León Barrero".

Afirma que el Tribunal hizo "caso omiso" y "desconoció la existencia de esa partida", y sin puntualizar muy bien la naturaleza del error manifiesto de hecho y del error de derecho, desprende violación consecuencial de las normas en cita por despachar favorablemente las súplicas de la actora, que carecería de interés jurídico para legitimar su pretensión.

Tercero.—"... Violación directa de normas sustantivas, en este caso, de los artículos 1326 del C. Civil, art. 1º de la Ley 50 de 1936, art. 2535 del C. Civil, por infracción directa e interpretación errónea de tales normas civiles, y aplicación indebida art. 2538".

Sobre la base de que por fallo judicial a la causante Amalia León Barrero se le declaró muerta por desaparecimiento a partir del 1º de enero de 1926 "para los efectos legales", la censura aduce que como el derecho de petición de herencia expira en veinte años (1326 y 1º Ley 50 de 1936), y por cuanto el artículo 2535 del Código Civil consagra que "la prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones", ha de entenderse aquí cumplida la prescripción, puesto que desde el 1º de enero de 1926 hasta la notificación de la demanda el 21 de noviembre de 1960 transcurrieron treinta y cuatro años, que cumplen con exceso el término previsto por la ley para fenómeno extintivo.

Critica el fallo por violar directamente el artículo 1326 del Código Civil, que "no establece condiciones, ni modalidades para que el derecho de petición de herencia expire en treinta años", ni dice "que para que ese derecho prescriba o expire, se debe adquirir por un tercero ese mismo derecho"; de manera que "hablar así, como habla el Tribunal, equivale a abrogarse (sic) facultades de legislador, para introducir en una norma, condiciones, que ese precepto jamás estableció".

Insiste en este concepto y dice después:

"En este caso, aparece en forma evidente, que desde la fecha de muerte presunta de *Amalia León Barrero,* hasta el día en que le fue notificada la demanda al demandado, corrieron TREINTA Y CUATRO AÑOS, o desde la vigencia de la Ley 50 de 1936, VEINTICUATRO AÑOS, es decir, transcurrió el tiempo necesario, para que el derecho de petición de herencia expirara. Porque se debe observar, que en este caso concreto, el art. 1326 del C. C. no dice que ese derecho *prescribe,* sino que «*expira*», es decir, que rechaza el propio término de *expirar,* cualquier suposición de *correlación,* ya que lo que *expira* es unilateral, se produce por la simple inactividad, no se requiere, ningún extremo que complemente la *expiración,* es de por sí, y por si misma, que esa *expiración* se produce, con el solo y tranquilo transcurso del tiempo. Por ello al interpretar el Tribunal, en el fallo acusado, que se requiere, como condición necesaria, para que el derecho de herencia *expire,* que exista un tercero que a su vez prescriba ese derecho real, está cometiendo, uno de los más graves quebrantamientos de una norma sustantiva, pues ese fallo, entendió la ley con inmensa equivocación, porque le dio al artículo en cita, una interpretación contraria a sus términos y por ello lo aplicó en forma por demás indebida.

"Pero es, que, tal quebrantamiento de normas, fue tan manifiesto, que se extendió también al artículo 2535 del C. Civil, el que, en forma por demás nítida dice: «La prescripción *que extingue las acciones* y derechos ajenos *exige solamente cierto lapso durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones*».

"Esta regla, viene una vez más, a aclarar y complementar lo que ya había dicho en forma nítida el artículo 1326 ibidem, o sea, que no se necesitan condiciones de ninguna clase, para que se opere la prescripción del derecho a peticionar herencia, sino que basta, que transcurra, el tiempo necesario, durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones".

SE CONSIDERA

1. No versa la litis sobre cuestión alguna que exigiera en el demandado capacidad para ser parte en el lugar jurídico del causante. Tampoco está invocada titularidad para excluír de la herencia a quien la ocupa en condición de heredero. Es apenas la situación de quien por hallarse ante la herencia con igual derecho que el actor, debe afrontar la demanda formulada por el coheredero del mismo orden sucesorio, sin que para el pronunciamiento interfiera ninguna cuestión preliminar de estado, no discutido y que cuenta con el respaldo de plena probanza en autos, lo cual marca precisamente la igualdad de vocación hereditaria de las partes vinculadas en el proceso.

2. La circunstancia externa de que Amalia León Barrero tuviese una hija natural como heredera de mejor derecho, afectaría por igual a todos los hermanos de la causante, por su exclusión de la herencia. Y así el argumento que hallara en la actora ausencia de derecho para pedir, encontraría el mismo vacío en la parte demandada para contradecir la pretensión. Cuando en realidad sucede que ambos litigantes con título igual de hermanos pretenden la misma herencia: la deman-

dada por el todo; la demandante por mitad, solución esta última a que arribó el sentenciador.

3. Por su índole jurídica la petición de herencia ha de encaminarse siempre contra quien la ocupa en calidad de heredero (1321 C. C.) y no contra ninguna otra persona.

Ello a todas luces significa que mientras no haya quien posea la herencia con invocación del carácter de heredero, no hay tampoco base para citar a persona alguna a juicio de petición de herencia. De esa suerte el término extintivo de la acción nunca podría empezar a contarse sino desde cuando cupo su ejercicio en el hecho de que determinada persona posea la herencia precisamente en calidad de heredero, para ser así susceptible de sujeción pasiva en el litigio.

Por lo demás, quien como demandado en petición de herencia pretende que ha prescrito, debe establecer que con el susodicho carácter de heredero ha ocupado la herencia durante el tiempo previsto por la ley. Como es obvio, no le basta demostrar la fecha real o presunta del deceso del causante para que desde allí empezara a contarse el término extintivo, sino que le es indispensable probar en concreto el título de heredero con que entrara cierto día a poseer la herencia. a fin de que por este punto de partida el transcurso del tiempo haga indiscutible su situación de hecho.

Todo lo cual demuestra que la censura no está llamada a prosperar.

RESOLUCION

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de fecha 14 de septiembre de 1964, proferida en el juicio ordinario de Bernardina León Barrero contra Andrés Avelino León Barrero sobre petición de herencia.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

CURADOR DE LA HERENCIA YACENTE

Funciones que le competen.-Legitimatio ad procesum.-El curador ad-litem es el representante de la herencia yacente, pero no es el titular del patrimonio hereditario.-Legitimatio ad causam. Reivindicación de un inmueble para la herencia yacente.

1.-El curador de la herencia yacente, que en los términos del Título 30, Libro I del Código Civil es un curador de los bienes que forman el patrimonio hereditario, tiene dos funciones que cumplir: la de administrador de éste y la de representante de la herencia yacente con derecho a ejercer "las acciones y defensas de sus respectivos representantes" y a asumir la personería en las que los acreedores hagan valer sobre los mismos bienes.

En lo que se refiere a la administración de éstos, por cuanto de ella tiene que dar cuenta, y es, por consiguiente, indispensable saber cuáles ha recibido, la ley exige que antes de comenzar la administración el curador debe levantar el inventario correspondiente (arts. 575-646 C.C.). Pero en lo que atañe a la representación de la herencia, la ley no exige sino el discernimiento del cargo, no el inventario de los bienes. Así se desprende del citado artículo 678, ibidem, que les da a los curadores de bienes el ejercicio de las acciones judiciales de sus representados sin el requisito del inventario previo, y el 646, ibidem, que dispone que el decreto de discernimiento autoriza al curador para ejercer su cargo, en tanto que el inciso 2º del 464 ordena terminantemente que "no se le dará la administración de los bienes sin que preceda inventario solemne".

De tan claras disposiciones legales y del artículo 1297 ibidem, que trata del nombramiento de curador de la herencia yacente, se desprende que el Tribunal Superior se equivocó al sostener que el curador de la herencia de N. N. no podía iniciar la acción reivindicatoria del inmueble perteneciente a dicha herencia por no haber traído prueba del inventario solemne de los bienes que la forman.

2.-Siendo el curador ad-litem un representante de la herencia yacente, o mejor, de los herederos que no la han aceptado pero de la cual son poseedores legales aún ignorándolo (arts. 757 y 783 C.C.), esa calidad no se puede confundir con la del titular del patrimonio hereditario, la que, por las condiciones especiales de yacencia, la tienen los herederos del de cujus, los cuales, conforme al artículo 1008 del C. Civil, suceden al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles. La condición de curador de la herencia yacente por la representación que la ley le otorga para comparecer en juicio por activa, en el presente caso, constituye simplemente una legitimatio ad processum, o capacidad para comparecer en juicio, que es uno de los presupuestos procesales indispensables para configurar debidamente la relación jurídico-procesal, que permite entrar en el estudio a fondo del pleito para decidirlo con las consecuencias de cosa juzgada sustancial. Cuando falta alguno de dichos presupuestos procesales, el fallo es simplemente inhibitorio, y produce solamente efectos de cosa juzgada formal.

3.-La legitimación en causa, como lo dice la doctrina de la Corte que transcribe el Tribunal,

y lo ha sostenido en fallos posteriores, toca con la titularidad activa o pasiva del derecho. En otros términos, que sólo está legitimada en causa como demandante la persona que tiene el derecho que reclama, y como demandado, quien es llamado a responder por ser sujeto pasivo del derecho. En lo que toca con la acción reivindicatoria o de dominio, la legitimación activa para iniciar la acción, en los términos del artículo 946 del C. Civil, la tiene, por regla general, el dueño de la cosa singular, y la legitimación pasiva el poseedor material de ella.

En el caso presente el título de dueño del local reclamado lo tenía el causante N. N., según lo reconoce la sentencia, pero a su muerte, ese derecho pasó a sus herederos, los cuales, por haberle sucedido en él están legitimados para reclamarlo en acción reivindicatoria, cuando han aceptado la herencia contra el tercero que ha entrado en posesión de él; y cuando, por falta de su aceptación se ha declarado yacente la herencia, es ésta, o los mismos herederos, por intermedio de curador de la herencia yacente, quienes siguen la acción para hacer volver dicho bien al patrimonio hereditario, pero no porque el curador sea titular del derecho, como erróneamente lo sostiene la sentencia acusada, confundiendo la legitimación para actuar en el proceso que tiene el curador con la legitimación en causa que corresponde al titular del derecho. Es, por tanto, manifiesto que al estimar el Tribunal que el curador carecía de legitimación activa en el negocio sub lite, violó también el artículo 946 del Código Civil, que le confiere este elemento de la acción reivindicatoria al dueño, no a los representantes legales, curadores de bienes o apoderados, sino a las personas que representan.

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

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

El doctor Alirio Sogamoso Sánchez, como curador de la herencia yacente de Víctor Julio Suárez, demandó en juicio ordinario, ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Orocue, a María Luisa Sánchez de Sierra y a Herminso Naranjo, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

1ª Que el inmueble relacionado en los hechos "incluyendo el local y edificio que en la actualidad ocupan los demandados Sánchez Sierra y Naranjo, por la situación y linderos descritos en los hechos de esta demanda" pertenece en pleno dominio a la sucesión de Víctor Julio Suárez.

2ª Que en consecuencia de la declaración anterior, se condene a Sánchez de Sierra y a Herminso Naranjo a restituír, tres días después de ejecutoriada esta sentencia a la sucesión de Víctor Julio Suárez, representada por el doctor Alirio Sogamoso Sanchez, "el local que ocupan dentro del inmueble adquirido por Suárez al tenor de la escritura No. 1 de enero cinco de 1955 de la Notaria de Orocué, con todas sus anexidades, servicios y solares e instalaciones en él existentes".

3ª Que los demandados pagarán al demandante, "cinco días después de ejecutoriada esta sentencia, el valor de los frutos naturales y civiles del inmueble antes determinado y no solo los percibidos sino los que se hubieran podido percibir con mediana inteligencia y cuidado desde el 22 de agosto de 1955 hasta el momento de la entrega del local, más el precio de las reparaciones que el inmueble hubiere sufrido por culpa de los poseedores".

4ª Que se ordene la inscripción de la sentencia en la correspondiente Oficina de Registro, y se condene a los demandados a las costas del juicio.

I

Los hechos que motivan la demanda se resumen así:

Víctor Julio Suárez, por escritura número 1 extendida en la Notaría de Orocué el 5 de enero de 1955, compró a Nabor Orjuela y Manuel Nieto Patiño la casa de habitación "construída con paredes de adobe, bloque de bahareque, techada de Eternit y tejas de zinc ubicada en el área urbana del Municipio de Orocué, dentro de los siguientes linderos: por el frente, la calle pública; por un costado con el señor Benigno Alvarez; por el fondo, con predios y casa de Luis Barrera, hoy con la sucesión de Benigno Alvarez y por el norte, o sea el último costado, también con calle pública, por quedar formando esquina".

Suárez le hizo reparaciones y mejoras hasta ponerla en magníficas condiciones hacia el 24 de agosto de 1955, en que murió.

María Luisa Sánchez de Sierra atendió a Suárez en su última enfermedad, y a la muerte de éste, entró abusivamente en posesión del inmueble a que se ha aludido, y lleva vida marital con Herminso Naranjo, quien sin título alguno aparece como señor y dueño "del local esquinero con sus anexidades, en compañía y consorcio con la señora Sánchez".

El curador de la herencia yacente de Víctor Julio Suárez les reclamó a Sánchez de Sierra y a Naranjo el local de la casa de Suárez que sin título ocupan con un negocio de mercancías, pero se negaron a reconocerle su condición de representante de la herencia de Suárez y a firmarle un contrato de arrendamiento del local con "el argumento de que ellos eran dueños del inmueble y en especial del local esquinero".

Los demandados Sánchez de Sierra y Naranjo "son los actuales poseedores del local esquinero de la casa tantas veces descrita y cuyos linderos serían (sic): por su costado norte, calle pública; por el sur, local que ocupa Isaac Flórez; oriente, calle pública, y occidente, solar de la misma casa y sucesión de Benigno Alvarez".

El apoderado de los demandados en la contestación del libelo aceptó el hecho 12 referente a estar poseyendo el local María Luisa Sánchez y Herminso Naranjo. De los demás hechos conducentes negó unos y pidió que se demostraran los demás.

El Juzgado del conocimiento en sentencia de 19 de octubre de 1961 absolvió a los demandados de los cargos que se les hacen, y condenó en costas a la parte actora.

El Tribunal en fallo de 11 de mayo de 1962, desató la alzada, en que subió el de primer grado, revocándolo, para declarar que "no hay legitimación en causa de la parte demandante y, por consiguiente, titularidad en la acción". Lo confirma en cuanto a la condenación en costas, y declara que las de la segunda instancia son de cargo de la parte actora.

Motivación de la sentencia de segunda instancia.

Luégo de hacer una relación de las pruebas presentadas por ambas partes, concluye el Tribunal "que el inmueble general en que se construyó el bien, materia de la presente acción, fue adquirido por Víctor Julio Suárez por medio de la escritura pública extendida con las solemnidades legales del caso y registrada en debida forma; que en la parte esquinera del mismo se edificó un local y vivienda, el que ha estado habitado por María Luisa Sánchez de Sierra y Herminso Naranjo por un tiempo no menor de cinco años, quieta y pacíficamente, y que el demandado obtuvo el discernimiento de curador de la herencia yacente de Víctor Julio Suárez, con facultades, se repite, de ejercer el cargo «de acuerdo con la ley»".

Como los demandados reclaman que el curador carece "de derecho para instaurar la acción, porque no se puede decir «que el demandante ha configurado probatoriamente el elemento» "derecho de dominio en él", pasa a estudiar los artículos del Código Civil, 464, que exige el inventario solemne de los bienes para que se le dé al curador la administración de ellos; 468 y 471, ibídem, que indican la forma en que debe hacerse y el empleado que lo debe autorizar.

El Juzgado que conoce del juicio sucesorio de Víctor Julio Suárez cumplió con los mandatos de los artículos 569 y 575 del C. Civil y 911 del C. J. disposiciones todas encaminadas a allegar los medios probatorios para saber qué bienes debe cuidar y administrar el curador, "y también sobre qué clase de éstos ha de ejercer las funciones que se le discernieron en relación a un acervo hereditario o herencial que ha de estar determinado expresamente para cualquier representación judicial en forma activa o pasiva...".

Halla el sentenciador que no se ha demostrado que el bien que se reivindica haya sido puesto bajo la administración del curador como perteneciente a la sucesión del causante Suárez, "presentándose, como consecuencia, que respecto de éste hay carencia de derecho para iniciar juicio reivindicatorio del mismo, por no haberse establecido su entrega real al curador ni figurado en inventario alguno allegado a los autos".

Refiriéndose a la excepción de inepta demanda consistente en haberse dirigido la demanda contra persona distinta de la llamada a responder, considera el Tribunal que no debe tenerse en cuenta de acuerdo con "el estudio que antecede con el que se definió la falta de demostración del derecho de representación legal del actor sobre el inmueble materia de la controversia".

Transcribe los pasos de una sentencia de la Corte en los cuales expone qué se entien-

de por legitimación activa y pasiva en causa, qué diferencia hay entre ellas y la legitimación para actuar en el *juicio o legitimatio ad processum*, y las consecuencias que una y otra tienen en la sentencia.

Aplicando esta doctrina al negocio *sub lite* estima el sentenciador que en él hay carencia de legitimación en la causa del demandante, puesto que no se demostró que el bien en litigio hubiera quedado incluído en la administración del patrimonio de la herencia yacente de Víctor Julio Suárez, y perteneciera al acervo hereditario mencionado, "pues no se trajo al proceso el inventario extendido de conformidad con las normas citadas, por lo cual, siguiendo la doctrina de la Corte el fallo debe producir efectos de la cosa juzgada sustancialmente entre las partes.

Continúa el Tribunal exponiendo que en este juicio el sujeto activo de la acción reivindicatoria "no tiene calidad para instaurarla", dado que en ella es primer requisito que el demandante "demuestre su calidad de dueño de la cosa frente a la persona que está en posesión material de ella. Si este derecho no está acreditado en autos, debe aceptarse que el demandante, en este caso el curador doctor Sogamoso Sánchez, no tiene la acción que pretende deducir en juicio".

Y termina diciendo que en las condiciones anotadas el Tribunal no puede considerar al actor "o mejor a la sucesión de Víctor Julio Suárez como dueña del terreno demarcado en la demanda, y, por consiguiente, su acción no puede prosperar porque le falta, para su viabilidad, uno de los factores que la caracterizan ... para fallar en concordancia con ese defecto ...".

La decisión del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo fue impugnada con el recurso de casación en cuya demanda se formulan cinco cargos, cuatro de los cuales se sustentan en violación directa de normas legales, y uno, en falta de estimación de pruebas.

Se estudia el primero que está llamado a prosperar.

Lo expone el impugnante así: "El fallo del H. Tribunal al declarar que el curador de la herencia yacente ... por no haber inventariado el bien que se pretende reivindicar, sufre como actor de falta de legitimación *ad causam*, exigiendo tal formalidad, para poder representar a la herencia yacente de Víctor Julio Suárez en juicio, viola la ley sustantiva por infracción directa al contradecir el texto del artículo 1297 del C. C. que no exige tal formalidad del inventario cuando se trata de la representación, exigida tal formalidad solo para efectos de administración. Por causa de la infracción el fallo deja de aplicar el derecho consagrado en el artículo 946 del C. C. con grave daño de la parte actora.

LA CORTE CONSIDERA

El curador de la herencia yacente, que en los términos del Título 30, Libro I del Código Civil es un curador de los bienes que forman el patrimonio hereditario; tiene dos funciones que cumplir: la de administrador de éste y la de representante de la herencia yacente con derecho a ejercer "las acciones y defensas de sus respectivos representados" y a asumir la personería en las que los acreedores hagan valer sobre los mismos bienes.

En lo que se refiere a la administración de éstos, por cuanto de ella tiene que dar cuenta, y es, por consiguiente, indispensable saber cuáles ha recibido, la ley exige que antes de comenzar la administración el curador debe levantar el inventario correspondiente (arts. 575, 646 C. C.). Pero en lo que atañe a la representación de la herencia, la ley no exige sino el discernimiento del cargo, no el inventario de los bienes. Así se desprende del citado artículo 678, ibidem, que les da a los curadores de bienes el ejercicio de las acciones judiciales de sus representados sin el requisito del inventario previo, y el 646, idídem, que dispone que el decreto de discernimiento autoriza al curador para ejercer su cargo, en tanto que el inciso segundo del 464 ordena terminantemente que "no se le dará la administración de los bienes sin que preceda inventario solemne".

De tan claras disposiciones legales y del artículo 1297 ibídem, que trata del nombramiento de curador de la herencia yacente, se desprende que el Tribunal Superior se equivocó al sostener que el curador de la herencia de Víctor Julio Suárez no podía iniciar la acción reivindicatoria del inmueble perteneciente a dicha herencia por no haber traído prueba del inventario solemne de los bienes que la forman.

Siendo el curador *ad litem* un representante de la herencia yacente, o mejor, de los herederos que no la han aceptado pero de la cual son poseedores legales aun ignorándolo (arts. 757 y 783 C. C.), esa calidad no se puede confundir con la del titular del patrimo-

nio hereditario, la que, por las condiciones especiales de yacencia, la tienen los herederos del *de cujus*, los cuales, conforme al artículo 1008 del C. Civil, suceden al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles. La condición de curador de la herencia yacente por la representación que la ley le otorga para comparecer en juicio por activa en el presente caso, constituye simplemente una *legitimatio ad processum*, o capacidad para comparecer en juicio, que es uno de los presupuestos procesales indispensables para configurar debidamente la relación jurídico procesal, que permite entrar en el estudio a fondo del pleito para decidirlo con las consecuencias de cosa juzgada sustancial. Cuando falta alguno de dichos presupuestos procesales, el fallo es simplemente inhibitorio, y produce solamente efectos de cosa juzgada formal.

La legitimación en causa, como lo dice la doctrina de la Corte que transcribe el Tribunal, y lo ha sostenido en fallos posteriores, toca con la titularidad activa o pasiva del derecho. En otros términos, que solo está legitimada en causa como demandante la persona que tiene el derecho que reclama, y como demandado, quien es llamado a responder por ser sujeto pasivo del derecho. En lo que toca con la acción reivindicatoria o de dominio, la legitimación activa para iniciar la acción, en los términos del artículo 946 del C. Civil, la tiene, por regla general, el dueño de la cosa singular, y la legitimación pasiva el poseedor material de ella.

En el caso presente el título de dueño del local reclamado lo tenía el causante Víctor Julio Suárez, según lo reconoce la sentencia, pero a su muerte, ese derecho pasó a sus herederos, los cuales, por haberle sucedido en él están legitimados para reclamarlo en acción reivindicatoria, cuando han aceptado la herencia contra el tercero que ha entrado en posesión de él; y cuando, por falta de su aceptación se ha declarado yacente la herencia, es ésta, o los mismos herederos, por intermedio de curador de la herencia yacente, quienes siguen la acción para hacer volver dicho bien al patrimonio hereditario, pero no porque el curador sea titular del derecho, como erróneamente lo sostiene la sentencia acusada, confundiendo la legitimación para actuar en el proceso que tiene el curador con la legitimación en causa que corresponde al titular del derecho. Es, por tanto, manifiesto que al estimar el Tribunal que el curador carecía de legitimación activa en el negocio *sub lite*, violó también el artículo 946 del Código Civil, que le confiere este elemento de la acción reivindicatoria al dueño, no a los representantes legales, curadores de bienes o apoderados, sino a las personas que representan.

El cargo prospera y debe, por tanto, proferirse sentencia de instancia.

Presentada por la parte demandada, obra copia de la escritura número 1, pasada en la Notaría de Orocué el 5 de enero de 1955 por la cual Nabor Orjuela y Manuel Nieto Patiño vendieron a Víctor Julio Suárez la casa de habitación ubicada en el sector urbano de la población de Orocué "y todo el inmueble sin excepcionar nada", alindada como reza la demanda. Los vendedores agregan esta constancia: "que el lote que sigue a continuación de la casa y que está formando la esquina al lado norte, corresponde al mismo título y a la misma venta", por haberlo adquirido de Tobías Pérez, mediante la escritura 225 de 23 de febrero de 1954 de la Notaría de Villavicencio.

En cuanto a la identidad y posesión del bien, los demandados en la contestación del libelo dijeron ser cierto el hecho 12 de la misma en que se afirma que ellos "son los actuales poseedores del local esquinero de la casa tantas veces descrita" comprendido por los linderos que allí se expresan. De otra parte, María Luisa Sánchez alegó en la diligencia de inspección ocular que se practicó sobre el terreno en que está el local, que ella lo edificó a su costa, y aun trató de demostrar que el terreno lo había adquirido Víctor Julio Suárez con dineros de la misma. Resultan así demostradas la posesión por parte de los demandados y la identidad del inmueble que se reivindica.

Como los demandados no han aducido título alguno de propiedad, y conforme a las declaraciones presentadas por ellos y por la parte actora, María Luisa Sánchez y Herminso Naranjo entraron en posesión del local después de muerto Víctor Julio Suárez, o sea, que su posesión es posterior al título de dominio del causante, la acción está llamada a prosperar.

Resta solamente para el efecto de las prestaciones determinar si la edificación existente en el terreno que fue de propiedad de Víctor Julio Suárez, hoy de su herencia yacente, fue construído por él en vida, o por María Luisa Sánchez.

Esta, para demostrar su pretensión, presentó copia de las escrituras 64 de 13 de diciembre de 1956 y 42 de 16 de noviembre de 1960, otorgadas en la Notaría de Orocué, mediante las cuales protocolizó las declaraciones rendidas extra juicio por Alberto Albarracín, José del Cristo Vargas, Pedro Curtidor, Macario Díaz Joropa, Aurelio Rodríguez, Carlos Enrique Conde, Félix M. Rojas, Jorge Infante Crespo y María Virginia Garay. De estos testigos solamente ratificaron su declaración los que se analizan en seguida:

Jorge Infante Crespo, refiere que Víctor Julio Suárez le manifestó que había comprado el lote para que María Luisa construyera en él, lo que así hizo, porque el declarante le prestó a esta con asentimiento de Suárez la suma de $ 1.000.00 para la edificación del local y la pieza interior. (fol. 27 v. Cuad. 2).

Aurelio Rodríguez expone que Víctor Julio Suárez permitió en vida que María Luisa construyera el local y que le consta que ella compró todos los materiales y pagó la mano de obra, pero no da razón ninguna de su dicho. (fol. 28 v. Cuad. 2).

José del Cristo Vargas declara constarle que en 1947 María Luisa le dio a Víctor Julio Suárez $ 575.00 para que comprara la casa denominada El Roble, que luego vendió para adquirir la que queda frente a las casas de Víctor Barrera y Régulo Niño. Sobre la construcción del local no dice nada. (fol. 29 ibidem).

Carlos A. Conde dice que, porque oyó y presenció le consta que Víctor Julio permitió que María Luisa construyera el local; que el deponente, contratado por ambos dos, hizo el techo, y que ella le canceló parte del resto de la hechura, lo mismo que la de las puertas. (fol. 30 v. ibidem).

En la diligencia de inspección ocular practicada a solicitud de los demandados, declaró Pedro Curtidor que la construcción que ahora existe en el lote esquinero la hizo María Luisa Sánchez, porque ésta le entregaba el dinero al deponente para que pagara los obreros; el mismo testigo en la ratificación de la declaración, rendida antes del juicio, relata únicamente constarle que Víctor Julio Suárez mandó construir la casa *sub lite*, pero no sabe si fuera en representación de María Luisa. (fol. 31 v. ibidem).

A Pedro Albarracín no le consta que Suárez haya construído la casa en representación de María Luisa. (fol. 33 v. ibidem).

Félix Rojas no sabe nada en relación con la construcción del local sino haberle oído decir a Suárez que iba a levantar una casa para poner un negocio. (fol. 35 ibidem).

A su vez la parte actora presentó los siguientes testigos que deponen en síntesis:

Macario Joropa contrató en enero de 1955 el corte de 4.000 adobes con Víctor Julio Suárez, con los cuales le construyó el local esquinero de su casa por la suma de $ 1.880.00 de los que, por la muerte, le quedó debiendo un saldo de $ 700.00. Con el declarante trabajaron Marcelino Yarima y David Colina. Suárez le entregó también en la obra la madera necesaria para techo y sesenta piezas de chapa de las cuales el testigo le entregó veinte a Carlos Conde para que hiciera las dos puertas y la ventana. También Manolo Riobueno le entregó al constructor para techar el local el zinc necesario que Federico Ditterich le había traído a Suárez de Villavicencio con esa destinación, y Suárez le entregó también al deponente tres puertas, las cuales colocó en los dos frentes del local de la calle, y son distintas de las que puso Conde. María Luisa Sánchez, mientras se adelantó la construcción, estaba en Yopal en el hato de Federico Ditterich, y por esta razón ella no tuvo ninguna intervención en la obra. Cuando murió Víctor Julio Suárez, la obra estaba terminada, y el testigo le entregó la llave de la construcción a María Luisa por habérselo pedido y no tener dónde vivir. (fol. 10 v. Cuad. 4º).

Dolores Suárez Chipiaje, quien dice ser hija de Víctor Julio Suárez y a cuyo lado vivía, expone que éste contrató con Macario Joropa la cortada de los adobes y la construcción del local; que Ditterich trajo de Villavicencio tres puertas, una ventana y el zinc para el techo; que Conde, contratado por Suárez hizo las tres puertas interiores de madera que éste le suministró. (fol. 12 v. ibidem).

Manuel A. Riobueno da cuenta de que Suárez tenía un poco de zinc en el almacén de Federico Ditterich, que el material lo sacaban de allí los trabajadores de la obra, entre ellos Macario Joropa; que Suárez mandó hacer el local esquinero, y tanto es así, que las puertas las encargó a don Federico Ditterich. (fol. 16 ibidem).

Carlos Julio Flórez, inquilino de Suárez

en una de las habitaciones de la casa, informa que el local esquinero lo mandó construír Suárez, pero no sabe si con dineros propios o prestados; que vió a Macario Joropa levantando las paredes y a Conde techando. (fol. 17 ibidem).

Jesús Churión M. por haber conocido por muchos años a Suárez y haber tenido varios negocios con él, le consta que, más o menos a principios de 1955, mandó construír en el lote esquinero en adobe y zinc la casa que en la actualidad ocupan María Luisa Sánchez y Herminso Naranjo, con dineros de su propiedad, porque él se lo dijo y además era hombre que tenía capital suficiente. (fol. 17 v.).

María Alezones en lo conducente informa que la edificación la levantó Macario Joropa. (fol. 22 ibidem).

Rafael Moreno, por encontrarse varias veces con Suárez en la esquina donde se levantó la construción, presenció en repetidas ocasiones que él suministraba los materiales que le pedían los trabajadores y daba las órdenes de cómo debían adelantarle la obra. (fol. 27 ibidem).

José Isabel Rojas, conocedor de Suárez durante muchos años, con quien tuvo varios negocios de ganado, declara que la construcción del lote esquinero de su propiedad la mandó hacer él mismo, porque, cuando venía de Yopal a ver cómo marchaba la obra, "daba órdenes y se entendía con el constructor y demás obreros como lo hace un verdadero amo y dueño", y que el contratista de la obra era Macario Díaz o Joropa, quien se entendía directamente con Suárez. (fol. 28 ibidem).

Deodado Baquero, que llegó a Orocué a principios de 1955 y conoció a Suárez y tuvo desde entonces amistad con él, dice que por los meses de enero, febrero y marzo de aquel año Macario Joropa dirigió la construcción del local por cuenta de Suárez; que el zinc para el techo fue entregado por Manolo Riobueno por cuenta de Suárez, y que las puertas fueron llevadas de Villavicencio a Orocué por Federico Ditterich. (fol. 44 v.).

Federico Ditterich, comerciante y ganadero de Orocué, a cuyo servicio trabajaron Víctor Julio Suárez y María Luisa Sánchez, conoce el lote, y le consta que fue aquel quien construyó la casa en el lote esquinero con dineros de su exclusiva propiedad, y que María Luisa no tuvo nada que ver con relación a esa obra. (fol. 45 v. ibidem).

Isaac Flórez, inquilino que fue de Suárez en el local contiguo al que es objeto del litigio, y con quien mantuvo relaciones por diez años en Orocué, declara que Suárez construyó el local esquinero en terreno de su propiedad, el cual, le dijo, era para arrendarlo, y le prometió dárselo al testigo para ensanchar el negocio que tenía en el mismo edificio, razón por la cual convino Suárez en colocar una puerta de comunicación entre los dos locales; Suárez también le dio orden para que el testigo le suministrara cemento y una o dos láminas de zinc para un caballete al constructor Macario Joropa, quien levantó las paredes, y Conde el techo.

De los testigos traídos por los demandados solamente Jorge Infante Crespo expone que Suárez convino en que construyera María Luisa para lo cual el testigo le prestó $ 1.000,00. Aurelio Rodríguez afirma que ésta compró los materiales y pagó la mano de obra, pero no da ninguna razón de su dicho. Carlos A. Conde declara que hizo el techo de la construcción contratado por Suárez y María Luisa y que ésta le canceló parte del valor del trabajo de esta obra y de las puertas.

Sobre lo declarado por Pedro Curtidor hay que anotar la incongruencia o contradicción en que incurre, pues en la inspección ocular sostuvo que María Luisa había suministrado todo el dinero para el pago de obreros por conducto del testigo, y en la declaración que dio extra juicio y en la ratificación de ella, no hizo tal afirmación, sino la contraria: que Suárez mandó edificar la casa, pero no sabe si fuera en representación de María Luisa.

Finalmente al interrogar a Pedro Albarracín si le constaba que Suárez construyó el local en representación de María Luisa, éste reconoce que fue aquel quien realizó la construcción, sin demostrar que lo fuera por cuenta de la demandada.

De la exposición de los declarantes Infante Crespo sobre el préstamo de $ 1.000.00 a María Luisa para la obra, y Conde respecto de haber sido contratado por Suárez y María Luisa para la hechura del techo y haber recibido de ésta una parte del valor del trabajo, es imposible aceptar como demostrado que la construcción la efectuó la demandada María Luisa, cuando del conjunto de los testimonios presentados por la parte demandante infiere que fue Suárez quien edificó el local en su propio terreno.

En efecto, la relación que hacen Macario Joropa, maestro contratado por Suárez, la de Federico Ditterich, a cuyo servicio estaban Suárez y María Luisa, en el sentido de que ésta no tuvo nada que ver con la obra porque fue realizada exclusivamente por aquel; Manuel A. Riobueno, del zinc que entregó por orden de Suárez para el techo de la edificación; Isaac Flórez que suministró cemento y dos láminas de zinc; y Manuel Moreno, Deodado Baquero e Isaac Flórez los cuales se dieron cuenta de que quien ordenaba lo que debía hacerse y el suministro de materiales era Suárez, es más que suficiente para aceptar que el representante de la herencia yacente ha demostrado a plenitud que el local existente en la esquina del inmueble perteneciente al causante Suárez fue construído por éste, antes de fallecer, y que por consecuencia debe ordenarse su entrega.

La sentencia de primer grado debe revocarse porque la absolución que profirió el Juzgado la fundó en que María Luisa Sánchez había establecido tanto el dominio como la posesión del bien reivindicado con las dos escrituras, por las cuales protocolizó las declaraciones de los testigos con que pretendió demostrar que ella había construído el local en el lote de Suárez y con consentimiento de éste. Al respecto dice: "Declaraciones todas que hablan muy en alto de la posesión y dominio que ha tenido María Luisa Sánchez de Sierra en el lote y construcción tantas veces referidos". Este aserto es equivocado, ya que, como acaba de verse, los testimonios a que alude la sentencia no demuestran que la demandada Sánchez de Sierra haya construído el local aludido.

Como los demandados entraron en posesión del inmueble sin haber demostrado derecho alguno para retenerlo siquiera, deben considerarse como poseedores de mala fe, por consiguiente, deben pagar los frutos del local representados en el arrendamiento del mismo desde septiembre de 1955 hasa el día de la entrega y cuya fijación se hará por los medios que establece el artículo 553 del C. Judicial.

En mérito de todo 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 11 de mayo de 1962, proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en el juicio ordinario seguido por el curador de la herencia yacente de Víctor Julio Suárez contra María Luisa Sánchez de Sierra y Herminso Naranjo, y en su lugar,

RESUELVE:

1º Revócase la sentencia de primer grado pronunciada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Orocué en todas sus partes.

2º Declárase que pertenece a la sucesión de Víctor Julio Suárez, la casa de habitación construída en paredes de adobe, bloque o bahareque, techada de eternit y tejas de zinc ubicada en el área urbana del municipio de Orocué, incluyendo el local construído en la esquina de la misma casa, comprendido todo el inmueble por los siguientes linderos: por el frente la calle pública; por un costado con Benigno Alvarez; por el fondo, con predios y casa de Luis Barrera; y por el norte, con calle pública, por quedar formando esquina, y delimitado el local así: por el norte y oriente, calle pública; por el sur, local que ocupa Isaac Flórez; y por el occidente, con sucesión de la casa de que forma parte el local.

3º Condénase a los demandados María Luisa Sánchez de Sierra y Herminso Naranjo a restituírle a la herencia yacente de Víctor Julio Suárez, representada por su curador adlitem o por el heredero o herederos que la hayan aceptado, el local comprendido por los linderos expresados en la declaración anterior, tres días después de ejecutoriada esta sentencia.

4º Condénase a los mismos demandados a pagarle a la misma herencia y dentro del mismo término los frutos civiles que hubiere producido el local, representados por los cánones de arrendamiento a partir de septiembre de 1955 hasta el día de la entrega. El valor de estos cánones se fijará por el procedimiento del artículo 553 del C. Judicial.

5º Inscríbase esta sentencia en la Oficina de Registro del Circuito de Orocué.

6º Las costas del juicio son de cargo de la parte demandada.

7º Sin costas en el recurso de casación.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

FILIACION NATURAL

Casación.-Límite de la autonomía del Tribunal en la apreciación probatoria.-Condiciones del cargo por error de derecho.-Relaciones sexuales.-La prueba testifical como elemento idóneo para demostrarlas.

1.-La apreciación probatoria hecha por el Tribunal, lo ha repetido la Corte en numerosas doctrinas, es inmodificable en casación a menos que aparezca que el fallador incurrió en error manifiesto, es decir, que se ofrezca en forma nítida que haga imposible aceptar como probado un hecho que no lo está o que estándolo el fallador haya dejado de reconocer. La distinta apreciación que de la prueba haga el recurrente no sirve para invalidar el cargo ni aún en el caso en que la Corte pueda diferir del criterio que haya tenido el fallador para llegar a la conclusión motivo del ataque.

2.-Para que prospere el ataque por error de derecho, lo ha dicho reiteradamente la Corte, es indispensable señalar la norma probatoria violada determinando en qué consiste la violación y cómo ella incide en el quebrantamiento de una norma sustancial.

3.-La prueba testifical es, en general, elemento idóneo dentro de la tarifa de pruebas para acreditar la existencia de las condiciones a que se refiere el numeral cuarto del artículo 4º de la Ley 45 de 1936. No hay una norma probatoria que desconozca el valor de esa prueba.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse).

Se define el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué con fecha 2 de octubre de 1964.

ANTECEDENTES

Carmen Rosa, Humberto y Luz Helena Ruiz, apoderados legalmente, demandaron a Tránsito Vera viuda de Ortegón, Rita Ortegón de Pereira, Inocencio Ruiz Ortegón u Ortegón Ruiz, Marcelino y Roque Ortegón Vera y Leonor García vda. de Ortegón, en su condición de herederos del señor Inocencio Ortegón Vera, para que se hicieran las siguientes declaraciones principales:

"*Primera.*—Que Carmen Rosa, Humberto y Luz Elena Ruiz, hijos de Obdulia Ruiz, nacidos, respectivamente, el 10 de agosto de 1937, el 10 de enero de 1940 y el 23 de abril de 1945, bautizados en su orden en la Iglesia Parroquial de Nuestra Señora del Rosario del Espinal el 19 de diciembre de 1937, el 28 de enero de 1940 y el 11 de mayo de 1945, son, para todos los efectos civiles señalados en las leyes, hijos naturales del señor Inocencio Ortegón Vera.

"*Segunda.*—Que los nombrados Carmen Rosa, Humberto y Luz Elena Ruiz tienen derecho a suceder a su padre natural Inocencio Ortegón Vera en todos sus derechos y obligaciones transmisibles en las tres cuartas partes de la herencia, en concurrencia con los demás hijos naturales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 de la ley 45 de 1936.

"*Tercera.*—Que como del testamento del señor Inocencio Ortegón Vera, que se halla consignado en la escritura pública Nº 3.806 de 30 de julio de 1962, de la notaría décima del circuito de Bogotá, no aparece que se haya dejado a Carmen Rosa, Humberto y Luz Elena

Ruiz lo que les corresponde como legitimarios del causante Ortegón Vera, se declare que tal silencio debe entenderse como institución de herederos en sus respectivas legítimas; o que, en subsidio, se reforme el nombrado testamento reconociendo a Carmen Rosa, Humberto y Luz Helena Ruiz sus derechos en la nombrada herencia o la cuota o cuotas que en ella les corresponde como hijos naturales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 45 de 1936.

"*Cuarta.*—Que se reforme el aludido testamento consignado en la escritura pública No. 3.806 de 30 de julio de 1962, de la notaría decima de Bogotá, para que se declare que a la hija natural del causante Ana Rita Ortegón de Pereira no le corresponden las dos cuartas partes de los bienes dejados por el causante, como lo dice el testamento, sino la parte que le corresponda como hija natural, en concurrencia con sus demás hermanos naturales y la ascendiente legítima Tránsito Vera —art. 19 de la ley 45 de 1936—, en tales bienes, y la cuarta de mejoras, esto último en virtud de lo dispuesto en el artículo 24 de la ley 45 de 1936.

"*Quinta.*—Que se reforme el mencionado testamento consignado en la escritura pública número 2.806 de 30 de julio de 1962, de la notaría décima del circuito de Bogotá, para que se declare que lo que corresponde a la madre legítima del causante, señora Tránsito Vera, no es la cuarta parte de los bienes dejados al morir por Inocencio Ortegón Vera, como lo dice el testamento, sino la parte que a ella corresponda en la sucesión de su hijo legítimo Inocencio Ortegón Vera —tres cuartas partes de la herencia—, en concurrencia con los hijos naturales, de acuerdo con el artículo 19 de la ley 45 de 1936.

"*Sexta.*—Que se declare que acrecen a las legítimas rigorosas, en la sucesión de Inocencio Ortegón Vera, mencionadas en el art. 23 de la ley 45 de 1936, todas aquellas porciones de bienes o cuotas de que el testador dispuso en el mencionado testamento, de acuerdo con las declaraciones cuarta y quinta, de esta demanda, y que se pide queden sin efecto.

"*Séptima.*—Que por el señor juez se dé cumplimiento a lo dispuesto en la última parte del artículo 33 del Decreto 1003 de 1939.

"*Octava.*—Que se condene a los demandados al pago de las costas del juicio".

Como hechos fundamentales de la acción se expusieron principalmente:

"1º - Que Carmen Rosa, Humberto y Luz Helena Ruiz, nacidos, en su orden, el 10 de agosto de 1937, el 10 de enero de 1940 y 23 de abril de 1945 y bautizados en la Iglesia Parroquial de Nuestra Señora del Rosario del Espinal el 19 de diciembre de 1937, 28 de enero de 1940 y 11 de mayo de 1945, fueron concebidos por Obdulia Ruiz.

"2º - Que los anteriormente nombrados fueron concebidos por Obdulia Ruiz en la época en que ésta tuvo, de manera notoria, relaciones sexuales estables con Inocencio Ortegón Vera.

"3º - Que durante el tiempo de las expresadas relaciones entre Obdulia Ruiz e Inocencio Ortegón, aquella observó conducta honesta y de fidelidad para con éste.

"4º - Que Ortegón Vera trató a Carmen, Humberto y Luz Elena como a sus hijos naturales suministrándoles alimentos, educación y ayudándolos a su establecimiento por un lapso superior a diez años; y que asimismo éstos fueron y han sido reputados por los parientes o deudos y amigos de Inocencio Ortegón así como por el vecindario del domicilio de Obdulia Ruiz, como hijos de éstos por el tiempo ya expresado.

"5º - Que el 10 de agosto de 1962 se produjo el fallecimiento de Ortegón Vera en Bogotá, pero que su último domicilio fue la ciudad del Espinal.

"6º - Que éste era hijo legítimo de Anacleto Ortegón Sánchez, ya fallecido, y de Tránsito Vera viuda de Ortegón, la cual vive, cuya vecindad es el Municipio del Espinal.

"7º - Que por escritura pública Nº 88 de 14 de febrero de 1962 de la notaría del Espinal, Ortegón Vera reconoció a Inocencio Ruiz, hijo de Obdulia Ruiz, como a su hijo natural autorizándolo para usar su apellido, por lo cual es conocido con el nombre de Inocencio Ortegón Ruiz.

"8º - Que mediante testamento otorgado por escritura pública Nº 3.806 de julio 30 de 1962, de la notaría décima de Bogotá, Inocencio Ortegón reconoció a Ana Rita Ortegón como a su hija natural.

"9º - Que cuando ocurrió el fallecimiento de Ortegón Vera éste se hallaba casado por el rito católico con la señora Leonor García Díaz de Ortegón.

"10º - Que al fallecer el causante, no tenía

posteridad legítima sino su madre Tránsito Vera de Ortegón, sus hijos naturales: Inocencio Ortegón Ruiz, Ana Rita Oviedo de Pereira o Ana Rita Ortegón de Pereira y Carmen Rosa, Humberto y Luz Helena, los demandantes, y la cónyuge sobreviviente.

"11º - Que Inocencio Ortegón Vega otorgó testamento por medio de la escritura pública Nº 3.806 de la notaría décima de Bogotá, de 30 de julio de 1962, en el que expresa que «Los bienes que dejare al morir tanto muebles o semovientes o inmuebles, una vez cubierto el pasivo, los gastos de mi última enfermedad y los del juicio de sucesión, es mi voluntad que se distribuyan en la siguiente forma: Una cuarta parte de esos bienes será para mi madre legítima señora Tránsito Vera y al faltar ella la percibirán sus legítimos hijos; dos cuartas partes serán para mi hija natural Ana Rita Ortegón; y la otra cuarta parte, o sea la de libre disposición, la dejo por iguales partes a mis hermanos legítimos Marcelino Ortegón y Roque Ortegón y en caso de que ellos no la puedan recibir, a los herederos legítimos de ellos".

"12º - Que Carmen Rosa, Humberto y Luz Helena Ruiz, en su condición de hijos naturales de Inocencio Ortegón Vera, son legitimarios en la sucesión de su padre natural por lo cual tienen derecho a su legítima rigorosa. Pero que esta resulta menoscabada con la distribución que contiene el testamento por lo cual les asiste razón para pedir su reforma.

"13º - Que en el juzgado civil del circuito del Espinal se abrió y radicó la sucesión testamentaria de Inocencio Ortegón Vera, por auto de 12 de septiembre de 1962, y se reconoció a Leonor García de Ortegón como cónyuge sobreviviente, y asimismo a Ana Rita Ortegón de Pereira, Tránsito Ortegón vda. de Vera y Marcelino Roque Ortegón Vera en su condición de herederos testamentarios, e Inocencio Ortegón Ruiz como interesado en la sucesión en su calidad de hijo natural.

"14º - Que los bienes pertenecientes a la sucesión de Inocencio Ortegón Vera se encuentran relacionados en parte en dicho sucesorio, pero que para efectos del registro de la demanda, la parte demandante se permite relacionar en este mismo hecho.

"15º - Que el juicio sucesorio de Inocencio Ortegón Vera se está adelantando, pero que no puede procederse a la partición de los bienes relictos hasta tanto no se decida por la justicia ordinaria la presente controversia sobre derechos a la sucesión y reforma del testamento".

LA SENTENCIA ACUSADA

El Juez a-quo desató el litigio negando las peticiones de la demanda y apelado el fallo el Tribunal Superior de Ibagué dictó la sentencia objeto del recurso y por medio de la cual revocó la sentencia de primera instancia y resolvió:

"*Primero.*—Declárase que Carmen Rosa, Humberto y Luz Elena Ruiz, hijos de Obdulia Ruiz, nacidos, respectivamente, el 10 de agosto de 1937, el 10 de enero de 1940, y el 23 de abril de 1945, bautizados en la Iglesia Parroquial del Espinal, son para todos los efectos civiles hijos naturales del señor Inocencio Ortegón Vera.

"Comuníquese al señor Cura Párroco del lugar, para que al margen de las partidas respectivas se tome nota del reconocimiento judicial.

"*Segundo.*—En consecuencia, los citados Carmen Rosa, Humberto y Luz Elena Ruiz, hijos naturales de Inocencio Ortegón Vera, tienen derecho a suceder a su padre en todos sus bienes y obligaciones transmisibles, en concurrencia con los demás hijos naturales ya reconocidos al tenor de lo dispuesto por la ley 45 de 1936, art. 19.

"*Tercero.*—Como consecuencia de las declaraciones anteriores, se reforma el testamento otorgado por el señor Inocencio Ortegón Vera por medio de la escritura pública Nº 3.806 de fecha 30 de julio de 1962, pasada en la notaría décima del circuito de Bogotá, registrada en el Espinal en la siguiente forma: Deducidas las deudas hereditarias y testamentarias y los gastos del juicio, la cuarta parte de los bienes del causante, en calidad de libre disposición para los señores Marcelino Ortegón y Roque Ortegón, en conformidad con la ordenación testamentaria, y en su condición de hermanos legítimos del causante.

"Una cuarta parte para la cónyuge sobreviviente, y el resto o sean dos cuartas partes, serán divididas por cabezas entre la ascendiente legítima señora Tránsito Vera viuda de Ortegón y todos los hijos naturales.

"No son tres cuartas (art. 19, ley 45 de 1936) en este caso, por haber dispuesto el causante de la cuarta de libre disposición".

El Tribunal encontró acreditada la causal

cuarta del artículo 4º de la ley 45 de 1936, luego de haber hecho un estudio de las varias declaraciones de testigos cuyos dichos le sirvieron al Tribunal para la afirmación de la citada causal cuarta y de consiguiente, para el reconocimiento de la filiación natural demandada; el fallador, en cambio, encontró que la prueba era insuficiente para acreditar la posesión notoria del estado de hijos naturales de las personas actoras en el juicio.

El fallador hizo el estudio de las declaraciones de Francisco Sánchez, Isaías Guzmán y Luis Barreto y hace este comentario:

"Estos tres testigos, pues, fueron interrogados por el juzgado del Espinal y en ellos encontró el a-quo positivo valor demostrativo de las relaciones sexuales notorias y estables entre Inocencio Ortegón Vera y Obdulia Ruiz, mas las consideró en poco número testimonial para la declaración impetrada".

Y hace especial referencia al testimonio de Florencio Pava Reyes, "distinguido ciudadano del Espinal, quien expresa: "Sí conozco y conocí de vista, trato y comunicación al señor Inocencio Ortegón Vera y a la señora Obdulia Ruiz, desde antes del año de 1932 hasta el fallecimiento del primero y hasta el presente la segunda. Al señor Inocencio Ortegón lo conocí y tuve relaciones de amistad desde mi tierna infancia y a partir del año de 1938 en adelante hasta su muerte. (folio 89 c. nº 1).

"Señala este importante testigo que, —dice el Tribunal— él fue buscado por Inocencio Ortegón para que sirviera de padrino de Inocencio Ruiz de quien el testigo lo es, y da detalles de donde se deduce por tanto la circunstancia de que Inocencio Ortegón vivió de manera ostensible con Obdulia Ruiz, en quien procreó tales hijos, aun cuando no tuvieron comunidad de habitación. Es decir, hay perfecta exposición sobre estas relaciones sexuales, sobre su permanencia y sobre su notoriedad.

"Ana Polonia Céspedes fue empleada del servicio doméstico de la señora Obdulia Ruiz y sabe por tanto que ciertamente tales señores Ortegón y la Ruiz vivieron como concubinos, auncuando no es aceptable para demostrar la notoriedad de esas relaciones.

"El resto de testimonios, si bien tienen algunas fallas, en general sacan avantes a éstos otros, y de todos ellos en conjunto se llega al convencimiento racional de que evidentemente están demostradas esas relaciones sexuales estables, notorias y de que es bien cierto que el señor Inocencio Ortegón tuvo establecida una no oculta barraganía con Obdulia Ruiz, dentro de cuya permanencia nacieron los Ruiz, demandantes en este litigio.

"Solo fue inoperante para todos los efectos señalados en el juicio el testigo José María Benavides Guerrero.

"En consecuencia, no por el número reducido de testigos rigurosamente concordantes y exactos pues para este fin se encuentran realmente los tres que encontró el juzgado positivos, es decir: Francisco Sánchez, Isaías Guzmán Cartagena y Luis Barreto, más Florentino Pava Reyes, Pablo Emilio Nieto, Jorge Enrique Nieto, y los demás que aportan luces de evidencia, puede dejarse de acceder a lo impetrado en la demanda".

Y luégo de citar varias jurisprudencias de la Corte adecuadas al caso controvertido, concluye el Tribunal:

"En estas condiciones, con las declaraciones de testigos concretas, positivas, a que se ha hecho referencia, está perfectamente demostrada la paternidad natural del señor Inocencio Ortegón Vera con respecto a los demandantes, hijos de Obdulia Ruiz. Solo fue favorecido con el beneficio del reconocimiento directo por el padre de estos hijos, el bautizado con el nombre de Inocencio, quien recibió ese privilegio de parte del padre por haber sido estudioso, como lo señala el testigo Pablo E. Rodríguez".

Aceptado por el Tribunal de Ibagué el hecho de filiación natural a favor de los demandantes entra a estudiar lo relativo a la reforma del testamento otorgado por el señor Ortegón Vera y al efecto se expresa así:

"Como quiera pues que, está demostrada la paternidad natural de que aquí se trata y habrá por lo tanto que reconocer la filiación correspondiente a la parte demandante, ese reconocimiento incide como corolario lógico en la reforma del testamento otorgado por el señor Inocencio Ortegón Vera, quien en la cláusula séptima dejó la cuarta parte de sus bienes a su señora madre, dos cuartas partes para su hija natural Ana Rita Ortegón y la cuarta de libre disposición para sus hermanos legítimos: Marcelino Ortegón y Roque Ortegón.

"El causante dispuso pues a su talante, y derecho tenía para ello, de la cuarta de libre disposición, empero en las asignaciones que

hace del resto de sus bienes o sea de las tres cuartas que queden, violó las disposiciones sustantivas que regulan la materia, pues en su caso ha debido hacer esas asignaciones ciñéndose a lo dispuesto por el artículo 19 de la Ley 45 de 1936, disposición ésta que indica otra manera muy distinta de repartir los bienes en esas condiciones. Por otra parte, quedó en ese testamento preferido el heredero Inocencio Ortegón o Inocencio Ruiz, quien fue reconocido como hijo natural del causante por escritura No. 88 de 14 de febrero de 1962 de la notaría del Espinal, como hijo habido en Obdulia Ruiz, reconocimiento desde luego anterior al acto testamentario.

"En esas condiciones la reforma debe comprender solamente el resto de los bienes dejados por el causante, hecha deducción de las deudas hereditarias y testamentarias, etc., y los bienes deben dividirse en cuatro partes, una correspondiente a la cuarta de libre disposición, que es inmodificable y por tanto no quedan sino tres cuartas partes que deben ser distribuídas entre: su cónyuge sobreviviente, a quien corresponde una cuarta, y el resto para dividirlo por iguales partes entre sus hijos naturales todos y su madre legítima".

El recurso

Dos cargos formula el recurrente apoderado de Ana Rita Ortegón de Pereira contra la sentencia que serán examinados a continuación, advirtiendo que la demanda fue contestada en debida oportunidad por la parte opositora.

Primer cargo

Literalmente ha sido formulado en la siguiente forma:

"Acuso el fallo con fundamento en la causal primera del artículo 520 del C. J. por ERROR DE DERECHO consistente en haberle dado un valor que no tiene a la prueba testimonial o sea a las declaraciones que sirvieron para reconocer en el fallo que hubo relaciones estables y notorias entre Inocencio Ortegón y Obdulia Ruiz dentro del período de la presunción legal de concepción y nacimiento, respecto de los hijos de ésta, Carmen Rosa, Humberto y Luz Elena Ruiz o sean los demandantes. Hubo pues una falta de apreciación de la prueba en su verdadero valor al darle una valorización (sic) que no le corresponde en la tarifa legal de pruebas en tratándose de filiación natural. Por este error, se llevó a la violación indirecta de la norma civil sustantiva contenida en el artículo 1º y en el ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936. Dispone el artículo 1º de la citada Ley que el hijo de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí es hijo natural cuando ha sido reconocido o declarado tal con arreglo a lo dispuesto en esta ley. Y el artículo 4º dice: Hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural: 4º En el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido, de manera notoria, relaciones sexuales estables, aunque no hayan tenido comunidad de habitación y siempre que el hijo hubiere nacido después de ciento ochenta días contados desde que empezaron tales relaciones, o dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesaron".

Y dice el recurrente:

"Encontramos «un yerro de valorización (sic) probatoria por haber estimado el mérito de los elementos de convicción en desacuerdo con los elementos de la ley constitutiva de la tarifa de pruebas. De esta suerte el error de derecho a que alude la causal primera del artículo 520 hace referencia al caso de que el Tribunal, en presencia de una prueba, le haya desconocido el mérito que la ley le da o le haya reconocido uno de que la ley le priva». (G. J. T. LXIIV, pág. 94).

Agrega otros recortes de jurisprudencias de la Corte para tratar de demostrar que el cargo formulado constituye un error de derecho y agrega: "Circunscrita así la finalidad del cargo solo resta saber si las declaraciones constituyen la prueba (sic), llenan las exigencias legales para dar por probada la notoriedad de las relaciones sexuales. Siguiendo la Corte la regla del artículo 399 del Código Civil sobre la notoriedad de las relaciones sexuales, ésta se probará con un conjunto de testimonios fidedignos que la establezcan de modo irrefragable. Ya ha establecido la jurisprudencia que basta que sean más de dos los testigos, pero estos testimonios deben concordar en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, según el artículo 697 del C. Judicial.

Si la demanda, como dice el Tribunal, se funda en dos elementos o pretensiones, o sean las relaciones sexuales y el estado civil de hijo natural, cada uno de estos elementos deben quedar probados en la forma y circunstancias que la ley exige. De ahí que el sistema empleado por el juez es

más acorde con la ley pues para hacer de todas las declaraciones un conjunto armónico se necesitaría que todas coincidieran en los dos aspectos y que hubiera un conjunto de testimonios fidedignos para establecer las relaciones sexuales estables".

Entra luégo el impugnante a hacer un análisis de las declaraciones cuyo estudio realizó el Tribunal y del cual dedujo que se hallaban probados los elementos que integran los presupuestos a que alude el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936.

Hace especial análisis de la declaración del testigo Florencio Pava Reyes que atrás se ha dejado inserto en sus partes esenciales; y al comentar este testigo el recurrente dice: "que las referencias, datos y conocimientos que el exponente tenía sobre las relaciones entre Carmen Rosa Ruiz e Inocencio Ortegón Vera, vienen de 1938 para acá. Entonces, como Carmen Rosa nació en 1937, mal podía ser llevada al tiempo de su nacimiento a las dependencias de la Compañía de Tabaco y estar afuera de la apreciación al respecto".

Continúa el recurrente discriminando e individualizando las exposiciones de los diversos testigos que actuaron en el negocio, con el ánimo de sostener que la apreciación hecha por el Tribunal de esos testimonios no puede tener el valor probatorio que la ley les da, y que como el fallador no estimó suficientes esas declaraciones para demostrar la posesión notoria de hijos naturales por parte de los demandantes, es lógico que tampoco servirían para acreditar las circunstancias del numeral 4º antes citado.

Se hacen por parte del impugnador algunas otras afirmaciones que no conducen precisamente a sostener la tesis de error de derecho en que se funda el cargo.

LA CORTE CONSIDERA

— I —

La lectura del cargo induce a creer que el recurrente ha fundado el ataque en error de hecho en que hubiera incurrido el Tribunal en la apreciación de las pruebas testimoniales traídas al proceso, pues no otra cosa se deduce del análisis individualizado que ha verificado de la prueba que le sirvió al Tribunal para hallar demostrada la causal cuarta del artículo 4º de la Ley 45 de 1936. Y esa apreciación hecha por el Tribunal, lo ha repetido la Corte en numerosas doctrinas, es inmodificable en casación a menos que aparezca que el fallador incurrió en error manifiesto, es decir, que se ofrezca en forma nítida que haga imposible aceptar como probado un hecho que no lo está o que estándolo el fallador haya dejado de reconocer. La distinta apreciación que de la prueba haga el recurrente no sirve para invalidar el cargo ni aún en el caso en que la Corte pueda diferir del criterio que haya tenido el fallador para llegar a la conclusión motivo del ataque.

Por eso la Corte ha dicho, para citar una de las doctrinas:

"Que no es de recibo en casación la reapertura del debate de pruebas ni aún con el propósito de descubrir errores que, por lo mismo no son manifiestos. Ni tampoco para revaluar los medios a la luz de principios ponderativos que las partes consideren superiores a los que el Tribunal encontrara adecuados. Con razón más poderosa todavía si se trata de inferencias sobre hechos que por su naturaleza no admiten prueba directa y por ello mismo se refugian en la conciencia del sentenciador. Su convicción prevalece ante la Corte". (G. J. No. 2203-2204-2205, T. LXXXIX, pág. 504, 27 de noviembre de 1958).

Es verdad que la demanda se apoyó en el numeral ya citado y en el quinto de la Ley 45 de 1936. El fallador consideró que no estaba acreditada la posesión notoria del estado de hijos naturales de los demandados; pero el impugnante pretende que por no haber prosperado esta causal, ello implica que tampoco podía prosperar la determinada en el numeral cuarto del citado precepto. Y ello es inexacto porque lo uno no excluye lo otro. El Tribunal encontró demostrado que entre el presunto padre y la madre habían existido, de manera notoria relaciones sexuales estables durante el lapso que indica el precepto citado, y su apreciación en el análisis de la prueba no puede ser desconocida por la Corte porque ella no lleva el error manifiesto de que habla la ley.

El recurrente buscando el error de derecho alegado, se ha detenido en el examen individualizado de los testigos traídos al expediente; pero por este camino tampoco podía llegar a obtener la infirmación del fallo.

Sobre este particular la Corte en casación de fecha 25 de septiembre de 1961, no publicada aún en la Gaceta, dijo:

"En el proceso mental de reconstrucción de una dada situación jurídica obra, en muchos

casos, lo que los doctrinantes llaman «testigos singulares de diversidad acumulativa», elementos de prueba de facetas o aspectos que integran el todo, la verdad cuya existencia se pretende probar y que forman en el juzgador, una apreciación que no puede destruirse atacando separadamente esos elementos singulares, que, apoyados en otras demostraciones, llevan al grado de convicción que emana de la apreciación lógica del conjunto probatorio. De ahí que para en casación el error de hecho pueda generar el quebrantamiento de una sentencia, es necesario que el error que llevó a la violación de la norma sustantiva, aparezca en forma manifiesta como lo manda la ley".

Y el acusador llega hasta el límite de pretender desvirtuar el valor de la declaración de Florentino Pava Reyes y de afirmar que como Carmen Rosa Ruiz nació en 1937 y el testigo afirma que ese conocimiento solo data de 1938 para acá, mal podía dar cuenta de los hechos sobre que depone, cuando el mismo declarante paladinamente dice que conoció de vista, trato y comunicación a Inocencio Ortegón Vera y a Obdulia Ruiz desde antes del año de 1932.

— II —

El ataque, por otra parte, merece un reparo fundamental que hubiera servido para rechazar de plano el cargo, porque el impugnador no cita la disposición probatoria que hubiera infringido el fallador y pudiese dar base al cargo que se estudia. Para que prospere el ataque por error de derecho, lo ha dicho reiteradamente la Corte, es indispensable señalar la norma probatoria violada determinando en qué consiste la violación y cómo ella incide en el quebrantamiento de una norma sustancial.

"El error de derecho (Casación Civil, 27 de marzo de 1962) lo tiene repetido la Corte, ocurre cuando el sentenciador le da a una prueba un valor que no tiene o le desconoce el que señala la ley. Por lo mismo, la norma directamente violada es la que fija el alcance o mérito del medio, objeto de la tacha... A causa de esta doble violación en el error de derecho, la demanda de casación debe citar en acatamiento de lo ordenado en el artículo 531 del Código Judicial, las dos especies de preceptos, para que el cargo, siendo fundado tenga eficacia".

"Cuando en casación el recurrente ataca la sentencia por error de derecho en la apreciación de pruebas, debe indicar cuáles fueron las disposiciones sobre regulación del mérito probatorio de que se apartó el sentenciador, dando a la prueba un valor que no tiene, o dejando de darle el que en realidad le corresponde, y también cuál es la incidencia del error en la norma sustantiva a que se considere violada". (Cas. 11 de septiembre de 1953, T. LXXVI, pág. 298).

La prueba testifical es, en general elemento idóneo dentro de la tarifa de pruebas para acreditar la existencia de las condiciones a que se refiere el numeral cuarto del artículo 4º de la Ley 45 de 1936. No hay una norma probatoria que desconozca el valor de esa prueba.

Es bueno advertir que alguna providencia citada por el recurrente en su demanda no es pertinente al cargo que se estudia, pues ella se refiere a la posesión notoria del estado de hijo natural y no a la causal de relación sexual que sirvió de fundamento al fallo. Se rechaza el cargo.

Segundo cargo

Dice literalmente:

"Se refiere a la reforma del testamento y es, lógicamente subsidiario por depender de la decisión sobre el primero.

"Acuso el fallo por violación directa del artículo 23 de la Ley 45 de 1936 en cuanto fija y consagra los derechos de los legitimarios y determina la legítima rigurosa, y violación del artículo 1239 del C. C. en cuanto define la legítima así como del artículo 1240 del mismo código en cuanto determina el carácter de legitimarios de los ascendientes legítimos (ord. 2º y de los hijos naturales ord. 3º) con lo que acuso el fallo, a la vez, por indebida aplicación del artículo 19 de la misma Ley 45 citada que subrogó al artículo 1046 del C. Civil por no tratarse en el caso sub-judice de sucesión intestada. Dicho artículo 1046 corresponde al título II del L. III del C. C., título éste que se denomina «Reglas relativas a la sucesión intestada», con lo cual se viola también el artículo 1037 del C. Civil en cuanto circunscribe el radio de acción de la sucesión intestada, al decir que «Las leyes reglan la sucesión en los bienes de que el difunto no ha dispuesto, si dispuso, no lo hizo conforme a derecho».

"Inocencio Ortegón Vera, en su testamento otorgado en la Notaría 10ª de Bogotá bajo el No. 3806 de 30 de julio de 1962, y allí dijo:

"Los bienes que dejare al morir, tanto muebles o semovientes o inmuebles, una vez cubierto el pasivo, los gastos de mi última enfermedad y los del juicio de sucesión, es mi voluntad que se distribuyan en la siguiente forma: Una cuarta parte de esos bienes será para mi madre legítima señora Tránsito Vera y al faltar ella la percibirán sus legítimos hijos; dos cuartas partes serán para mi hija natural Ana Rita Ortegón, y la otra cuarta parte, o sea la de libre disposición, la dejo por iguales partes a mis hermanos legítimos Marcelino Ortegón y Roque Ortegón y en caso de que ellos no la puedan recibir, a los herederos legítimos de ellos".

LA CORTE CONSIDERA:

Declarada la filiación natural de los demandantes, es lógico que ella incida en la memoria testamentaria de don Inocencio Ortegón Vera, recogida en el título escriturario que se ha anotado, para que sea reformada de acuerdo con las disposiciones legales contenidas en los artículos 23 y 24 de la Ley 45 de 1936. En consecuencia, previas las deducciones y agregaciones a que alude el citado artículo 23, en cuanto a ellas hubiere lugar, la herencia se divide en cuatro partes: dos de éstas para repartirlas por cabezas entre la madre legítima del causante y los hijos naturales de éste, Carmen Rosa, Humberto, Luz Elena Ruiz, Ana Rita Ortegón e Inocencio Ortegón Ruiz, quedando formadas así las legítimas rigorosas de los legitimarios; una cuarta parte, o sea la de mejoras, para la hija natural Ana Rita Ortegón, interpretando la voluntad del causante, consagrada en su testamento, y la otra cuarta parte restante, o sea la de libre disposición, para Marcelino y Roque Ortegón Vera, hermanos legítimos del mismo causante, a quienes les fue asignado por éste.

No puede discutirse que la intención del testador fue la de asignar la cuarta de mejoras a su hija natural Ana Rita Ortegón, dado que en el acto de otorgar su declaración de última voluntad el testador no consideró legitimarios suyos distintos de su madre legítima y de su referida hija natural Ana Rita, situación ésta en presencia de la cual el disponente distribuyó allí su herencia en cuatro partes, asignando a su madre una de éstas que era precisamente el resultado de dividir por cabezas la mitad legitimaria entre la dicha madre y la nombrada hija natural, dejando la cuarta de libre disposición a sus nombrados hermanos legítimos, y atribuyendo las otras dos cuartas partes restantes a la precitada Ana Rita Ortegón, que en tales circunstancias no podían corresponder sino a la legítima rigorosa de la misma y a la cuarta de mejoras. Por todo esto, vale decir que, respetando la voluntad del testador, como lo manda el artículo 1127 del C. C., la cuarta de mejoras de que se trata, corresponde íntegramente a la heredera Ana Rita Ortegón.

En esta forma quedará reformado, sin perjuicio de terceros el testamento de Inocencio Ortegón Vera, recogido en la escritura pública No. 3.806 ya citada.

El cargo prospera.

DECISION:

En mérito de lo que se deja expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley CASA la sentencia de fecha dos (2) de octubre de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en el juicio ordinario seguido por Humberto, Carmen Rosa y Luz Elena Ruiz contra Tránsito Vera viuda de Ortegón y otros en su condición de herederos de Inocencio Ortegón Vera y procediendo como juzgador de instancia,

RESUELVE:

Primero.—Revócase la sentencia proferida por el juzgado del circuito del Espinal, con fecha cuatro (4) de abril de mil novecientos sesenta y cuatro (1964).

Segundo.—Declárase que Carmen Rosa, Humberto y Luz Elena Ruiz, hijos de Obdulia Ruiz nacidos, respectivamente, el 10 de agosto de 1937, el 10 de enero de 1940 y el 23 de abril de 1945, bautizados en la Iglesia Parroquial del Espinal, son hijos naturales del señor Inocencio Ortegón Vera.

Comuníquese esta decisión al Párroco y al Notario del Espinal en lo que a cada uno corresponda para los efectos legales consiguientes.

Tercero.—En consecuencia, el acervo de bienes dejados por Inocencio Ortegón Vera, previas las deducciones y agregaciones de que habla el artículo 23 de la Ley 45 de 1936, en cuanto a ello hubiere lugar, se dividirá así: dos cuartas partes, por cabezas entre la ascendiente legítima Tránsito Vera viuda de Ortegón y los hijos naturales Carmen Rosa, Humberto, Luz Elena Ruiz, Ana Rita Ortegón

e Inocencio Ortegón Ruiz; otra cuarta parte, o sea la de mejoras, para la hija natural Ana Rita Ortegón; y la cuarta parte restante, o sea la de libre disposición, para Marcelino y Roque Ortegón Vera. Queda en estos términos reformado el testamento de Inocencio Ortegón Vera consignado en la escritura pública número tres mil ochocientos seis (3.806) de treinta (30) de julio de mil novecientos sesenta y dos (1962) pasada en la notaría décima (10ª) de Bogotá.

Comuníquese a los funcionarios respectivos para los fines consiguientes.

Sin costas.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

CASACION

Causal 1a.- En que consiste.- No puede operar a la vez por violación directa, por indebida aplicación e interpretación errónea.- Los artículos 209, 328, 472 y 738 del C. Judicial, no son normas sustanciales.

1.- En repetidas ocasiones ha dicho la Corte que la causal primera de casación consiste siempre en la violación de ley sustancial y que este quebranto puede producirse por vía directa o por vía indirecta. La sentencia infringe la ley en forma directa, cuando, sin consideración a los elementos de prueba, se deja de aplicar una norma al caso previsto por ella, o se la aplica a un caso que no le corresponde, o se le atribuye a la misma norma un sentido o alcance que no es el suyo. Se produce la infracción de la ley por vía indirecta cuando, a consecuencia de un error manifiesto de hecho o de un error de derecho en la apreciación de las pruebas, se deja de aplicar una norma a un caso, regulado por ella o se la aplica a un caso que ella no regula. En cualquiera de estos supuestos la ley quebrantada ha de tener siempre el carácter de norma sustancial y no de precepto instrumental, procesal o abjetivo. Así lo expuso la Corte, por ejemplo, en casaciones de noviembre 15 de 1.945 (LIX, 2025, 776) y de septiembre 15 de 1.954 (LXXVIII, 2146, 604).

2.- Tiene dicho la Corte que son fenómenos distintos e inconfundibles las violaciones de ley sustancial consistente en la falta de aplicación de ésta, en su aplicación indebida o en su interpretación errónea; que esos tres quebrantos no son susceptibles de producirse simultáneamente respecto de una misma norma legal y que en consecuencia no se ajusta a la técnica del recurso de casación alegar a la vez dichas tres infracciones con relación a un mismo precepto (LXXX, 2155, 689).

3.- El recurso acusa la sentencia de haber quebrantado los artículos 209, 328, 472 y 738 del C. Judicial, pero sucede que estos preceptos no tienen el carácter de normas sustanciales y que por tanto su violación, como lo señala la doctrina, no alcanza por sí sola a determinar la infirmación de ese fallo.

En efecto, en un principio sostuvo la Corte que el art. 209 del C. Judicial es una disposición sustantiva (LV, 1993, 45; LXXVIII, 2144, 103), pero más tarde en casaciones de abril 22 (XC, 2210, 343) y de agosto 26 de 1.959 (XCI, 2215, 466) expresó que dicho precepto es de carácter meramente procesal o abjetivo, puesto que, en desarrollo de los principios de armonía y economía procesales, se limita a señalar las formalidades o condiciones que se requieren para poder ejercitar varias acciones de una misma demanda. Esta norma no consagra ningún derecho sustancial, sino que se contrae a regular un fenómeno estrictamente procesal, como es la acumulación inicial y objetiva de acciones, lo cual le imprime un carácter simplemente instrumental.

En casaciones de octubre 28 de 1943 (LVI, 2001, 236) y de abril 22 de 1959 (XC, 2210, 341) expresó también la Corte que el artículo 328 del C. Judicial es una norma de carácter instrumental o adjetivo y no sustancial, porque no consagra derechos en beneficio de las personas, sino que se limita a explicar la naturaleza peculiar de las excepciones dilatorias y perentorias.

El artículo 472 del C. Judicial señala la fina-

lidad de los procedimientos y el criterio con que han de interpretarse y aplicarse las leyes procesales y probatorias, pero no establece ningún derecho sustantivo en favor de los litigantes no es por tanto una norma sustancial, sino adjetiva o procesal, como varias veces lo ha dicho la Corte, según puede verse en casaciones de noviembre 3 de 1955 (LXXXII, 2160, 612), de marzo 29 de 1958 (LXXXVIII, 2194, 539 y de junio 16 de 1959 (XC, 2211, 652).

Finalmente, el art. 738 ibidem le impone al Juez el deber de abstenerse de dar curso a la demanda oscura o informal mientras no sea aclarada o corregida; lo cual indica que es una norma procesal y no sustantiva.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., febrero ocho de mil novecientos sesenta y seis.

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

El señor Luis Hernán Flórez Saa, obrando como heredero de los difuntos cónyuges Francisco Antonio Flórez y María Cruz Vergara, en representación de su también extinto padre, doctor Eleázar Flórez Vergara, demandó ante el Juez Quinto Civil del Circuito de Cali a los señores Ernesto Vergara, Carlota Mejía de Jaramillo, Ligia Mejía de Muñoz, Humberto Bueno, Humberto Benítez y Leonilde Jordán para que, en sentencia dictada por la vía ordinaria, se declarara que pertenecen a la sucesión doble de los nombrados causantes Francisco A. Flórez y María Cruz Vergara y a la sociedad conyugal que éstos tuvieron constituída dos solares con sus respectivas casas de habitación, ubicados en el perímetro urbano de la citada ciudad de Cali y alindados como se expresa en la demanda inicial de esta litis. Se pidió también en el mismo libelo que se decretara la nulidad de unos contratos relacionados con esos inmuebles, que se ordenase la cancelación del registro de las escrituras en que figuran dichos contratos y que se condenara a los demandados Humberto Benítez y Leonilde Jordán, como poseedores de mala fe, a restituír aquellos bienes, con sus frutos respectivos, a la sucesión y a la sociedad conyugal expresadas.

Los hechos de la demanda pueden resumirse así:

1) En el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali cursa el juicio de sucesión doble de Francisco Antonio Flórez y María Cruz Vergara de Flórez.

2) Entre los bienes que se denunciaron como pertenecientes a esa mortuoria doble, figuran dos solares con sendas casas de habitación, situados en el área urbana de la misma ciudad de Cali.

3) El señor Francisco A. Flórez otorgó testamento y en él designó albacea con tenencia de bienes a la señora Carlota Mejía de Jaramillo e instituyó herederos en las tres cuartas partes de sus bienes a sus nietos Luis Hernán, Perla Marina y Eleázar Flórez Saa.

4) En el referido juicio sucesorio fueron reconocidos estos tres señores como herederos de los causantes Flórez y Vergara, en representación de su padre muerto, doctor Eleázar Flórez Vergara.

5) Fallecida la señora María Cruz Vergara y aún sin liquidar su mortuoria, el cónyuge sobreviviente Francisco A. Flórez transfirió en permuta al demandado Ernesto Vergara uno de los solares con casa de habitación a que se refiere este pleito, contrato ese que se consignó en la Escritura Nº 625, extendida en la Notaría Segunda de Cali el 16 de abril de 1941.

6) El nombrado Ernesto Vergara le vendió a Leonilde Jordán el inmueble que había recibido de Francisco A. Flórez, venta que se consignó en la Escritura No. 573, otorgada en la Notaría Tercera de Cali el primero de abril de 1943.

7) La demandada Leonilde Jordán es la poseedora actual del inmueble mencionado.

8) Por otra parte, las señoras Carlota Mejía de Jaramillo y Ligia Mejía de Muñoz, en su calidad de legataria de Francisco A. Flórez, vendieron al señor Humberto Bueno el otro solar con casa de habitación que es objeto de este juicio.

9) El citado Humberto Bueno vendió a su vez el inmueble dicho al señor Humberto Benítez, según consta en la Escritura No. 749, pasada ante el Notario Primero de Cali, el 31 de marzo de 1947.

10) El demandado Humberto Benítez es el poseedor actual del otro solar con casa de habitación.

11) Los inmuebles que poseen por separado

los señores Leonilde Jordán y Humberto Benítez pertenecen a la sucesión doble de Francisco A. Flórez y María Cruz Vergara y a la sociedad conyugal que éstos tuvieron formada, y por tanto los señores Ernesto Vergara, Carlota y Ligia Mejía, al enajenar esos bienes, vendieron cosas ajenas.

Ninguno de los llamados a este juicio contestó la demanda, pero la señora Carlota Mejía, al conferir poder a su abogado, manifestó que no se oponía a las pretensiones de la parte actora "por ser ciertos los hechos y el derecho invocado".

La primera instancia del juicio terminó con el fallo del 14 de julio de 1960, en el cual se declaró que los inmuebles en litigio pertenecen a la sucesión doble de Francisco A. Flórez y María Cruz Vergara y a la sociedad conyugal, disuelta e ilíquida, que éstos tuvieron constituída, se denegaron las nulidades pedidas y se condenó a los demandados Humberto Benítez y Leonilde Jordán a restituír esos bienes con sus frutos, como poseedores de buena fe. También se condenó en costas a los demandados.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Contra el fallo de primer grado se alzaron el actor Luis Hernán Flórez y la demandada Leonilde Jordán. Los demás demandados se conformaron con esa sentencia, pues ningún recurso interpusieron contra ella.

Surtida la segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali profirió la sentencia de 31 de enero de 1962, por la cual revocó en todas sus partes el fallo apelado y dispuso en su lugar "declararse inhibido para decidir sobre el mérito de las acciones propuestas, por falta del presupuesto procesal de demanda en forma".

La motivación de este fallo se inicia anotando que "es evidente que el actor acumuló en una sola demanda varias acciones reivindicatorias y de nulidad contra personas distintas y sobre diferentes inmuebles urbanos, y sobre diferentes contrátos, que no aparecen vinculadas por una relación jurídica capaz de determinar entre ellas la conexidad que autoriza e hiciera aconsejable su unidad procesal".

Expresa que, en principio, cada acción debe ventilarse en juicio separado e independiente, pero que, por razones de economía procesal, el art. 209 del C. Judicial "permite la pluralidad de acciones dentro de la unidad del proceso cuando hay conexión entre ellas por algún motivo". Esta acumulación de acciones en una misma demanda exige, según el precepto citado, que el juez sea competente para conocer de todas ellas, que puedan sustanciarse bajo una misma cuerda por seguir idéntico procedimiento y que no sean contrarias e incompatibles entre sí.

Discurre la sentencia sobre el litis consorcio activo y pasivo y sobre los factores de conexión que autorizan la acumulación de acciones, consistentes en la identidad de personas, de objeto o de causa; examina si existen tales factores entre las acciones que se ejercitan en este juicio y concluye ese estudio, diciendo: "Como se ha visto, son diferentes los demandados, los contratos, los títulos y los inmuebles; por consiguiente, la causa para pedir no es una misma, por más que ésta arranque de una misma situación legal en las relaciones de la sociedad conyugal ilíquida de los esposos Francisco A. Flórez y María Cruz Vergara de Flórez. Por estas circunstancias hay en el presente juicio una indebida acumulación de acciones, que configura un impedimento procesal por falta del presupuesto correspondiente de demanda en forma y, consiguiente, no puede decidirse sobre el fondo de la litis por estar el proceso irregularmente iniciado".

La sentencia transcribe unas doctrinas de la Corte sobre el fenómeno de la acumulación de acciones que regula el art. 209 del C. Judicial y sobre el presupuesto procesal de demanda en forma y concluye su motivación en estos términos:

"En suma, se tiene que la demanda no puede prosperar por los motivos expuestos, que son suficientes para que el Tribunal revoque la sentencia apelada y se declare inhibido para decidir sobre el mérito de las acciones establecidas, sin necesidad de estudiar las demás excepciones propuestas, ni entrar al fondo del asunto, y no habrá condenación en costas por cuanto las formas procesales no han producido poder vinculatorio entre las partes".

LA IMPUGNACION

La parte demandante recurrió en casación y en escrito ajeno por completo a la naturaleza y técnica de este recurso extraordinario, ensaya formular un cargo contra la sentencia del Tribunal, con respaldo en la primera de las causales consagradas por el art. 520 del C. Judicial.

En efecto, el escrito aludido empieza diciendo que acusa la sentencia "por ser violatoria de las normas sustantivas expresadas en los arts. 209, 328, 738 y 472 del Código Judicial, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea". El impugnante desarrolla esta alegación sosteniendo que el fallo "violó por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea el artículo 328 del C.J., como también el art. 738 ibidem, porque de acuerdo con tales disposiciones la excepción que el apoderado de la apelante Leonilde Jordán denomina «perentoria», no es tal, si se tiene en cuenta que la excepción propuesta tiende solamente a mejorar o suspender el procedimiento y no toca con lo sustancial de la acción. En efecto, el art. 328 del C. J. expresa que las excepciones que pueden promoverse en el juicio, son dilatorias si mejoran o suspenden el procedimiento, y perentorias si se oponen a lo sustancial de la acción".

El impugnante continúa expresando que la demandada Jordán ha debido proponer, al contestar la demanda, la excepción de inepta demanda si consideraba indebida la acumulación de acciones, pero que no procedió así y que vino a alegar como perentoria una excepción que no lo es y cuando ya le había precluído la oportunidad para hacerla valer. Agrega que la acumulación de acciones instauradas en la demanda, está autorizada por el art. 209 del C. Judicial y que la sentencia, al estimar inadmisible ese fenómeno en este caso, violó también esta norma por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea. Dice en seguida que "en cuanto a la norma contenida en el art. 472 del C. J. fue asimismo violada, porque el Tribunal dejó de aplicarla, siendo una norma sustantiva que consagra nada menos que la manera como los funcionarios del orden judicial deben interpretar las normas legales, a fin de que conduzcan a la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva. Digo que no se aplicó el art. 472, invocado, porque si así hubiera sucedido, necesariamente el Tribunal hubiera fallado el negocio interpretando y aplicando las normas a que me he referido y el fallo hubiera resultado en consonancia con la demanda".

A manera de alegato de instancia, la acusación vuelve sobre las ideas ya expuestas, sostiene que, si no se propuso oportunamente la excepción mencionada, no podía la sentencia admitirla más tarde, y repite que no hubo acumulación indebida de acciones, porque las instauradas en la demanda podían ejercitarse unidas, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 209 del C. Judicial. En respaldo de estos conceptos reproduce unas doctrinas de la Corte y concluye diciendo que, "en consecuencia hubo por parte del Tribunal de Cali violación de las normas sustantivas de derecho que se dejaron relacionadas, por infracción directa, o aplicación indebida, o interpretación errónea, no obstante que esas normas están codificadas dentro del Código de Procedimiento Civil".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

I) En repetidas ocasiones ha dicho la Corte que la causal primera de casación consiste siempre en la violación de ley sustancial y que este quebranto puede producirse por vía directa o por vía indirecta. La sentencia infringe la ley en forma directa, cuando, sin consideración a los elementos de prueba, se deja de aplicar una norma al caso previsto por ella, o se la aplica a un caso que no le corresponde, o se le atribuye a la misma norma un sentido o alcance que no es el suyo. Se produce la infracción de la ley por vía indirecta cuando, a consecuencia de un error manifiesto de hecho o de un error de derecho en la apreciación de las pruebas, se deja de aplicar una norma a un caso regulado por ella o se la aplica a un caso que ella no requebrantada ha de tener siempre el carácter de norma sustancial y no de precepto instrumental, procesal o adjetivo. Así lo expuso la Corte, por ejemplo, en casaciones de noviembre 15 de 1945 (LIX- 2025, 776) y de septiembre 15 de 1954 (LXXVIII- 2146, 604).

También tiene dicho la Corte que son fenómenos distintos e inconfundibles las violaciones de ley sustancial consistentes en la falta de aplicación de ésta, en su aplicación indebida o en su interpretación errónea; que esos tres quebrantos no son susceptibles de producirse simultáneamente respecto de una misma norma legal y que en consecuencia no se ajusta a la técnica del recurso de casación alegar a la vez las dichas tres infracciones con relación a un mismo precepto (LXXX- 2155, 689).

II) El recurso acusa a la sentencia de haber quebrantado los arts. 209, 328, 472 y 738 del C. Judicial, pero sucede que estos preceptos no tienen el carácter de normas sustanciales y que por tanto su violación, como lo enseña la doctrina, no alcanza por sí sola a

determinar la infirmación de ese fallo.

En efecto, en un principio sostuvo la Corte que el art. 209 del C. Judicial es una disposición sustantiva (LV- 1993, 45- LXXVIII- 2144, 103), pero más tarde en casaciones de abril 22 (XC- 2210, 343) y de agosto 26 de 1959 (XCI- 2215, 466) expresó que dicho precepto es de carácter meramente procesal o adjetivo, puesto que, en desarrollo de los principios de armonía y economía procesales, se limita a señalar las formalidades o condiciones que se requieren para poder ejercitar varias acciones en una misma demanda. Esta norma no consagra ningún derecho sustancial, sino que se contrae a regular un fenómeno estrictamente procesal, como es la acumulación inicial y objetiva de acciones, lo cual le imprime un carácter simplemente instrumental.

En casaciones de octubre 28 de 1943 (LVI- 2001, 236) y de abril 22 de 1959 (XC- 2210, 341) expresó también la Corte que el art. 328 del C. Judicial es una norma de carácter instrumental o adjetivo y no sustancial, porque no consagra derechos en beneficio de las personas, sino que se limita a explicar la naturaleza peculiar de las excepciones dilatorias y perentorias.

El art. 472 del C. Judicial señala la finalidad de los procedimientos y el criterio con que han de interpretarse y aplicarse las leyes procesales y probatorias, pero no establece ningún derecho sustantivo en favor de los litigantes; no es por tanto una norma sustancial, sino adjetiva o procesal, como varias veces lo ha dicho la Corte, según puede verse en casaciones de noviembre tres de 1955 (LXXXI- 2160, 612), de marzo 29 de 1958 (LXXXVII- 2194, 539) y de junio 16 de 1959 (XC- 2211, 652).

Finalmente, el art. 738 ibidem le impone al Juez el deber de abstenerse de dar curso a la demanda oscura o informal mientras no sea aclarada o corregida; lo cual indica que es una norma procesal y no sustantiva.

En resumen, el impugnante se limita a acusar la sentencia de violar varias normas de carácter instrumental o adjetivo, lo que demuestra que el recurso no se ciñe a la finalidad y técnica de la causal primera de casación, que se invoca y que solo puede fundarse en el quebranto de ley sustancial.

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 treinta y uno de enero de mil novecientos sesenta y dos, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en este juicio ordinario de Luis Hernán Flórez Saa contra los señores Humberto Benítez, Leonilde Jordán, Ernesto Vergara y otros.

Sin costas porque no se han causado.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Gustavo Fajardo Pinzón, Aníbal Cardoso Gaitán, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

VENTA DE BIENES EMBARGADOS

Consentimiento tácito de la venta por el acreedor embargante.- Autorización posterior a la enajenación de los bienes.- En el supuesto de que por el Tribunal se hubiese aceptado el saneamiento, por ratificación de las partes, de la nulidad generada por objeto ilícito, el cargo habría debido hacerse por violación de un texto distinto al ordinal 3o del artículo 1521 del C. Civil, texto que lo sería el artículo 2o de la Ley 50 de 1936, en su última parte.

La especie que se discute es la de enajenación de la finca embargada, con el consentimiento de los acreedores ejecutantes. De éstos, el principal autorizó el registro de la escritura de venta, mediante memorial presentado personalmente al Registrador de Instrumentos Públicos, según lo afirma este funcionario. Los otros acreedores, no otorgaron ninguna manifestación explícita al respecto, pero sí procedieron a solicitar y obtener el decreto de embargo del crédito emanado de tal venta, que quedó pendiente a cargo del comprador y a favor del vendedor ejecutado. En vista de lo cual, el Tribunal concluyó que la venta se muestra así autorizada por estos acreedores, quienes al embargar el crédito, de ella pendiente, "consideraron válido el contrato que le dió origen".

Y es esta conclusión a la que se circunscribe el ataque del recurrente, mediante los dos argumentos que intenta deducir del artículo 1521 ordinal 3o del C. C. uno, el de que la autorización del acreedor para la enajenación del bien embargado debe ser expresa, y no tácita; y otro el de que, esa autorización ha de ser previa, y no posterior a la enajenación.

Tocante a lo primero, esto es a la forma de lo que el recurrente llama "autorización" del acreedor, no resulta del artículo 1521 ord. 3o que ella tenga necesariamente que ser expresa, o sea otorgada en términos explícitos. Porque semejante formulismo, no está consagrado por el texto legal; y si no lo está, mal puede el intérprete suponerlo por vía de exégesis, desde luego que todo rigorismo es restrictivo de la libertad jurídica y ocasionado, cuando se le desconoce, a sanciones. Entonces, si el precepto, para descartar la ilicitud en la enajenación de lo embargado, no requiere por parte del acreedor sinó que éste "consienta en ello", quiere decir que ese consentimiento, sin necesidad de ser expreso, puede encontrarse palpitante en actuaciones suyas de tal naturaleza, que sin él no tendrían éstas sentido alguno o serían contrarias a la lógica más elemental. En este sentido, pueden verse aplicaciones del consentimiento tácito por la doctrina, en casos como los contemplados en sentencias de casación de fechas 12 de mayo de 1938 (XLVI, 1935, páginas 435 y 436), y 24 de marzo de 1943 (LV, 1996/97, páginas 245 y 246).

Así, pues, el reparo consistente en que el susodicho artículo 1521 ord. 3o. no permite el consentimiento tácito del acreedor, carece de fundamento.

Finalmente, el último de los argumentos de la acusación no es menos inoperante, ante el siguiente dilema: o el Tribunal estimó que el embargo del crédito proveniente de la compraventa, hecho por los acreedores que venían persiguiendo el inmueble, no fue sino el índice o prolongación de su consentimiento para la enajenación, coetáneo a ésta; o entendió que tal embargo del crédito, como acto posterior a la misma, envolvía el saneamiento de la nulidad de que hubiera adolecido esa enajenación de la finca

embargada.

Si lo primero, aparte de tratarse de una cuestión de hecho que ni siquiera fue atacada por el aspecto de la apreciación probatoria, se tendría que, en lo tocante con el extremo de la conclusión del sentenciador, ésta no sería violatoria de lo dispuesto por el ordinal 3o del artículo 1521 del C. C. por las mismas consideraciones que acaban de hacerse en relación con la tacha inmediatamente anterior.

Y si lo segundo, es decir, si se trata de que el Tribunal encontró en el embargo del crédito un caso de saneamiento de la nulidad generada por objeto ilícito de la enajenación, no tendría la Corte la oportunidad de entrar al fondo del reparo, pues el precepto en tal supuesto quebrantado no sería el 1521 ord. 3o, único a que el impugnante se refiere, sino otro distinto, no citado ni traído a cuento en el cargo, sin que la Corte pueda de oficio, suplir la deficiencia del mismo complementando la censura.

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

(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 Pereira, con fecha 17 de agosto de 1962, en el juicio ordinario seguido por Eduardo Gómez L. y por la cónyuge sobreviviente y los herederos de Leopoldino Toro frente a Juan Bautista Torres y Jesús Toro Hincapié.

— I —

ANTECEDENTES

En el juicio ejecutivo adelantado ante el Juzgado 2º Civil del Circuito de Pereira por José J. Restrepo, como cesionario de "J. M. López y Cía.", contra Jesús Toro Hincapié, se decretó el embargo de un predio conocido con el nombre de "La Albania", en el paraje de El Madroño, en jurisdicción del municipio de Belalcázar, embargo que fue registrado en la Oficina de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Anserma, el día 8 de noviembre de 1956.

Posteriormente, la cónyuge sobreviviente y los herederos de Leopoldino Toro presentaron dentro del dicho juicio ejecutivo, con fecha 7 de marzo de 1958, una demanda de tercería, que vino a ser admitida por el Juzgado mediante auto de 27 de octubre de 1958.

Después, por auto de 10 de febrero de 1959, se decretó la acumulación al mismo juicio ejecutivo, de otro que ante el Juez Civil del Circuito de Cartago venía siguiendo Eduardo Gómez contra el dicho Jesús Toro Hincapié.

Pero, ocurre que por medio de la escritura número 165 de 30 de abril de 1958, otorgada en la Notaría del Circuito de Belalcázar, Jesús Toro Hincapié vendió a Juan Bautista Torres un lote de terreno denominado "La Playa", ubicado en el paraje de El Madroño, que el vendedor hubo en mayor extensión en la sucesión de su cónyuge Arsenia Marín; y que sobre este inmueble, objeto de tal venta, pesaba el referido embargo judicial decretado en el juicio ejecutivo de José J. Restrepo contra Jesús Toro Hincapié. Esta escritura no llegó a ser registrada sino el día 5 de febrero de 1959, cuya inscripción efectuó el Registrador, a virtud de la autorización que al efecto diera el ejecutante José Jesús Restrepo en memorial dirigido al Registrador (f. 2, c. 1).

— II —

EL LITIGIO

Con base en estos antecedentes y afirmando haber sufrido perjuicios considerables a causa de la inscripción de la escritura en referencia, Eduardo Gómez L., en su propio nombre y en el de la cónyuge sobreviviente y herederos de Leopoldino Toro, de quienes recibió poder al efecto, trajo a juicio ordinario a Juan Bautista Torres y Jesús Toro Hincapié, en solicitud de las siguientes determinaciones:

a) Que es absolutamente nulo, por falta de objeto lícito, el contrato de compraventa celebrado entre Jesús Toro Hincapié y Juan Bautista Torres por medio de la escritura número 165 de 30 de abril de 1958, de la Notaría de Belalcázar;

b) Que es igualmente nula, por la misma causa, la inscripción que de la mencionada escritura hizo el Registrador de Instrumentos Públicos del Circuito de Anserma, el 5 de septiembre (sic) de 1959;

c) Que se ordene al Notario de Belalcázar la cancelación de la referida escritura; y al Registrador del Circuito de Anserma, la cancelación de su registro;

d) Que, consecuencialmente, se declare que el lote de terreno denominado "La Playa" a que se refiere la escritura número 165 en referencia, continúa embargado con el resto del inmueble de que trata el auto de embargo proferido por el Juez 2º Civil del Circuito de Pereira, en el juicio ejecutivo seguido por José J. Restrepo, cesionario de "J. M. López y Cía.", contra Jesús Toro Hincapié, para atender al pago de los créditos por los que allí se ejecuta;

e) Que Juan Bautista Torres no puede seguir ejerciendo actos de dominio en el lote de terreno y debe entregarlo al secuestre designado en el juicio ejecutivo, para que continúe administrándolo con el resto de la finca "La Albania"; y

f) Que se condene en costas a los demandados.

Juan Bautista Torres contestó, aceptando unos hechos, exigiendo la prueba de otros y negando los demás, con algunas explicaciones y, en conclusión, se opuso a las súplicas de la demanda.

El demandado Jesús Toro Hincapié, aunque debidamente notificado del libelo, no se apersonó en el debate.

La primera instancia, en la que se produjeron pruebas de una y otra parte, recibió fallo en que se acogen las peticiones de la parte actora.

A virtud de apelación del mandatario del demandado Juan Bautista Torres, tramitóse el segundo grado del juicio, que culminó con la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, de fecha 17 de agosto de 1962, por la cual se revoca la del inferior y, en su lugar, se absuelve a la parte demandada de los cargos formulados por la actora.

Interpuesto por ésta, el recurso de casación, se procede ahora a decidirlo.

— III —

FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Luego de referirse a lo dispuesto en los artículos 1521 y 1741 del C .C. y 2º de la Ley 50 de 1936, considera el Tribunal lo siguiente:

Que "en el caso de este negocio los actores fincan el interés jurídico, requisito para ejercer cualquier acción, en el hecho de haber recibido considerables perjuicios por razón del contrato de compraventa de que se trata. Pero resulta que ni con la demanda ni en el término probatorio del negocio adujeron pruebas para acreditarlos. La sola circunstancia de ser acreedores del vendedor no los legitima en la causa. Así tal vez lo estimaron los actores según en la demanda exponen como título de la acción el hecho de haber recibido perjuicios; sin embargo se contentaron con esta afirmación, sin tener en cuenta que el Juez solo puede decidir con fundamento en los hechos de la acción o de la excepción si unos u otros están plenamente demostrados"; y

Que "si el consentimiento de los acreedores que continuaron el juicio ejecutivo iniciado por el señor José J. Restrepo era necesario para la validez de la venta de parte del inmueble embargado en tal juicio, ese consentimiento se descubre en el hecho de que estos acreedores embargaron el crédito por quince mil pesos que quedó a favor del señor Jesús Toro Hincapié y a cargo del comprador Juan Bautista Torres por razón de la venta de que se viene tratando; porque una de dos: los ejecutantes consideraron inválido el contrato de compraventa o válido. Si lo primero, sabían entonces que era inválida también la obligación que quedó a cargo del comprador de pagarle quince mil pesos al vendedor. Si lo segundo, entonces sí podían considerar válida tal obligación. Al embargar el crédito correspondiente como lo hicieron, consideraron válido el contrato que le dio origen".

Tales las razones del pronunciamiento.

— IV —

LA DEMANDA DE CASACION

Sin expresar la causal a que se acoge, la parte recurrente propone dos cargos, así:

Primer cargo. - Destinado a atacar la consideración de que la sola circunstancia de ser los demandantes acreedores del vendedor no los legitima en la causa y que la falta de prueba de los perjuicios que alegan hace imprósperа su pretensión, lo plantea el recurso así: "Con tales afirmaciones, el sentenciador incurrió en interpretación errónea ostensible, manifiesta, flagrante, del artículo 2º de la Ley 50 de 1936, en cuanto dispone que puede alegar la nulidad absoluta de un acto o

contrato «todo el que tenga interés en ello» ".

En relación con lo cual argumenta que "ese interés de que habla el artículo 2º de la Ley 50 de 1936 no es simplemente el económico o pecuniario, como en forma limitada, corta e injurídica lo ha visto el Tribunal de Pereira, sino que es uno amplio, un interés jurídico, moral, legal y hasta general o público, y, en último término, patrimonial, pero no éste exclusivamente. Donde la ley no distingue no le es dable al intérprete distinguir...". Agrega que todo acredor tiene interés en la solvencia de su deudor, para poder hacerle embargos, con miras a la efectividad de acreencias legítimas, "luego el interés es jurídico y general de los acreedores, por mantener la garantía especial y aun la general sobre los bienes de su deudor, en acciones como la de que se trata". Y, con el intento de acomodarlas a tales pensamientos, trae una cita de un tratadista chileno y otras de esta Corte.

Segundo cargo. - Refiriéndose a la consideración del sentenciador, de que el consentimiento de los acreedores para la validez de la venta en cuestión se descubre en el hecho de que éstos embargaron el crédito por $ 15.000.00, saldo del precio que en tal venta quedó pendiente a cargo del comprador Juan Bautista Torres y en favor del vendedor Jesús Toro Hincapié, alega el recurrente que "al formular semejantes consideraciones, infringió el sentenciador de segunda instancia el artículo 1521 ordinal 3º del Código Civil, por interpretación errónea, puesto que cree ver en su texto una autorización «tácita» del acreedor para enajenar el bien de su deudor que ha embargado para seguridad de su crédito, en lugar de deducir lógicamente que dicha autorización, tanto del Juez como del acreedor, de que trata dicha norma, debe ser «expresa» por la índole, trascendencia y naturaleza de tan delicado asunto".

Y añade que, si los embargos de bienes raíces se decretan y comunican por escrito y la venta de uno embargado, con autorización del juez o del acreedor, según el artículo 1521 ord. 3º, equivale a un desembargo, dado que en derecho las cosas se deshacen como se hacen, resulta claro que el desembargo de una finca no puede hacerse en forma verbal, presunta o tácita, sino que debe constar claramente por escrito, bien del juez o del acreedor, el que debe ser previo y no ex post facto. En el caso, la mejor prueba de que ese consentimiento no se dio, es la de que los acreedores protestaron por tal venta y por tanto, iniciaron este juicio.

— V —

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

A pesar de que el recurrente no señala la causal de casación con relación a la cual deba ventilarse la censura, por los términos en que está concebida, la Corte entiende que ella se sitúa en el ámbito de la causal primera, lo que le permite entrar en su estudio.

Aunque el primer cargo no está suficientemente estructurado, pues el acusador no señala cuál sea el interés concreto que legitimase a los actores para deducir las súplicas que informan la demanda incoativa del juicio, sino que se ha limitado a las afirmaciones de carácter teórico o doctrinario que se ven en la exposición del reparo, si por amplitud estudiando éste, se encontrase razonable en lo que toca con el registro de la escritura número 165 de 30 de abril de 1958 frente a la cónyuge y herederos de Leopoldino Toro, ya que la incorporación de Eduardo Gómez L. al juicio ejecutivo, por vía de amuculación, no vino a tener lugar sino con posterioridad al registro del referido instrumento, es lo cierto que este motivo de censura no conduciría por sí solo a la información de la sentencia, la cual ostenta otra base de sustentación que el recurrente quiso atacar por medio del segundo cargo, pero sin acertar en su intento, por lo que se dirá en seguida.

La especie que se discute es la de enajenación de la finca embargada, con el consentimiento de los acreedores ejecutantes. De éstos, el principal o sea José J. Restrepo autorizó el registro de la escritura de venta, mediante memorial que, al atenerse a lo afirmado por el Registrador de Instrumentos Públicos de Anserma en la última parte de su certificado de fecha 26 de noviembre de 1959, que obra al folio 2 del cuaderno 1º, le fue personalmente presentado por el dicho Restrepo al mencionado funcionario. Los otros acreedores, o sea los actores en el presente juicio, no otorgaron ninguna manifestación explícita al respecto, pero sí procedieron a solicitar y obtener el decreto de embargo del crédito emanante de tal venta, que quedó pendiente a cargo del comprador y a favor del vendedor ejecutado. En vista de lo cual, el Tribunal concluyó que la venta se muestra así autorizada por estos acreedores, quienes al embargar el crédito de ella pendiente,

"consideraron válido el contrato que le dio origen".

Y es esta conclusión a la que se circunscribe el ataque del recurrente, mediante los dos argumentos que intenta deducir del artículo 1521 ordinal 3º del C. C.: uno, el de que la autorización del acreedor para la enajenación del bien embargado debe ser expresa, y no tácita; y otro el de que esa autorización ha de ser previa, y no posterior a la enajenación.

Tocante a lo primero, esto es a la forma de lo que el recurrente llama "autorización" del acreedor, no resulta del artículo 1521 ord. 3º que ella tenga necesariamente que ser expresa, o sea otorgada en términos explícitos. Porque semejante formulismo, no está consagrado por el texto legal; y si no lo está, mal puede el intérprete suponerlo por vía de exégesis, desde luego que todo rigorismo es restrictivo de la libertad jurídica y ocasionado, cuando se le desconoce, a sanciones. Entonces, si el precepto, para descartar la ilicitud en la enajenación de lo embargado, no requiere por parte del acredor sino que éste "consienta en ello", quiere decir que ese consentimiento, sin necesidad de ser expreso, puede encontrarse palpitante en actuaciones suyas de tal naturaleza, que sin él no tendrían éstas sentido alguno o serían contrarias a la lógica más elemental. En este sentido, pueden verse aplicaciones del consentimiento tácito por la doctrina, en casos como los contemplados en sentencias de casación de fechas 12 de mayo de 1938 (XLVI, 1935, págs. 435 y 436), y 24 de marzo de 1943 (LV, 1996/97, págs. 245 y 246).

Así, pues, el reparo consistente en que el susodicho artículo 1521 ord. 3º no permite el consentimiento tácito del acreedor, carece de fundamento.

Finalmente, el último de los argumentos de la acusación no es menos inoperante, ante el siguiente dilema: o el Tribunal estimó que el embargo del crédito proveniente de la compraventa, hecho por los acreedores que venían persiguiendo el inmueble, no fue sino el índice o prolongación de su consentimiento para la enajenación, coetáneo a ésta; o entendió que tal embargo del crédito, como acto posterior a la misma, envolvía el saneamiento de la nulidad de que hubiera adolecido esa enajenación de la finca embargada.

Si lo primero, aparte de tratarse de una cuestión de hecho que ni siquiera fue atacada por el aspecto de la apreciación probatoria, se tendría que, en lo tocante con el extremo de la conclusión del sentenciador, ésta no sería violatoria de lo dispuesto por el ordinal 3º del artículo 1521 del C.C., por las mismas consideraciones que acaban de hacerse en relación con la tacha inmediatamente anterior.

Y si lo segundo, es decir, si se trata de que el Tribunal encontró en el embargo del crédito un caso de saneamiento de la nulidad generada por objeto ilícito de la enajenación, no tendría la Corte la oportunidad de entrar al fondo del reparo, pues el precepto en tal supuesto quebrantado no sería el 1521 ord. 3º, único a que el impugnante se refiere, sino otro distinto, no citado ni traído a cuento en el cargo, sin que la Corte pueda de oficio suplir la deficiencia del mismo complementando la censura.

No prosperan, pues, los cargos.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha diecisiete (17) de agosto de mil novecientos sesenta y dos (1962), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira.

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.

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

LEGITIMACION EN CAUSA

Quiénes tienen la activa, o la pasiva, en las acciones de filiación legítima o natural.- Partes en estos juicios.- La acción de petición de herencia, como consecuencial de la de paternidad, no le da personería o legitimación alguna a los cesionarios de derechos hereditarios para intervenir en la investigación de la paternidad.- Las acciones de estado son incesibles, y la venta de derechos hereditarios no lleva consigo la del estado civil de que emanan tales derechos.

La legitimación activa en causa de esta acción investigativa de la paternidad la tienen los presuntos hijos, como legítimos contradictores que son en las causas de filiación legítima o natural, y la legitimación pasiva le corresponde, en primer término, al padre en vida en la condición de legítimo contradictor que le confieren los artículos 403 del C. Civil y 7o de la Ley 45 de 1936; y muerto el padre, la tienen los herederos abintestado o testamentarios, a quienes pasan todos los derechos y obligaciones transmisibles como continuadores de la persona del causante en su condición de representantes de él (arts. 1008, 1011, 1155 del C. C.).

La legitimación de parte del hijo natural y del herederos o herederos del pretenso padre natural es la que hace que la relación jurídico-procesal en esta acción de estado no se pueda trabar sino entre ellos, quienes, por lo mismo, deben sostenerla hasta su culminación con la sentencia que ponga fin a la litis. Por esta razón la demandada, heredera por vínculos de sangre con el presunto padre, estaba obligada a sostener el juicio en sus dos instancias y a formalizar el recurso de casación que ella interpuso.

Los cesionarios de derechos hereditarios no pueden sustituírla, porque la acción de filiación natural es la principal, y en ella no pueden ser parte sino el hijo y los herederos del supuesto padre, unidos por los vínculos de consanguinidad, o por la institución testamentaria debidamente aceptada. La acción de petición de herencia, como consecuencial que es de la paternidad, no le da personería o legitimación alguna a los cesionarios de derechos hereditarios para intervenir en la investigación de la paternidad, porque la petición de herencia no puede alegarse si la filiación no ha sido declarada

Las acciones de estado, por cuanto tocan con los vínculos de familia y con el orden público por su naturaleza son incesibles, y la enajenación de derechos hereditarios no lleva consigo la del estado civil de que emanan tales derechos, sino que lo supone existente.

Por estas razones, la demanda de casación presentada por el apoderado de los cesionarios, encaminada a que se case la sentencia que declara la filiación natural de los actores no puede tener efecto alguno procesal dentro del recurso de casación, porque no proviene de quien interpuso el recurso y tenía personería para sostenerlo.

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

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

Beatriz Patiño v. de Tirado, en representación de sus menores hijos naturales, Omar Aurelio Virviescas, Ruth Mary Tirado y El-

ba Rocío Patiño, instauró por intermedio de apoderado en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Vélez juicio ordinario para que con citación de Saturnina Galeano v. de Tirado, se declarara:

1º - Que los menores dichos son hijos naturales de Belarmino Tirado Galeano, ya fallecido.

2º - Que en consecuencia son herederos de Belarmino Tirado Galeano, y como tales tienen derecho a intervenir en el juicio de sucesión de su padre y "a recoger, como herencia, la porción de bienes que al efecto tiene señalada el artículo 19 de la Ley 45 de 1936.

3º - Que asimismo tienen derecho a los frutos de los bienes herenciales de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 1395 y armónicos del Código Civil.

4º - Que se ordene la inscripción de la demanda y del fallo en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Vélez, y se condene en las costas del juicio a la demandada, si se opone.

La causa de estas peticiones se puede resumir así:

Beatriz Patiño v. de Tirado y Belarmino Tirado Galeano "hicieron vida marital, bajo un mismo techo, en forma permanente, regular, continua, notoria..." del mes de diciembre de 1953 o enero de 1954 hasta el 9 de abril de 1961 en que falleció intestado Belarmino.

Dentro de estas relaciones sexuales nacieron los menores Omar Aurelio, Ruth Mary y Elba Rocío.

En el Juzgado Primero Civil del Circuito de Vélez se declaró abierto el juicio de sucesión intestada de Tirado Galeano, y se reconoció a Saturnina Galeano v. de Tirado heredera en su condición de madre legítima del causante.

El apoderado de la demandada contestó el libelo manifestando no oponerse a las peticiones, pero observa que, como estas versan sobre el estado civil, deben acreditarse los hechos que lo constituyen, y que se atiene a lo que resulte probado. Es así como dijo no constarle los hechos fundamentales.

El Juzgado despachó favorablemente las súplicas en sentencia de primera instancia de 12 de diciembre de 1961, la cual fue confirmada por la del Tribunal Superior de San Gil de 17 de julio de 1962, en la que decidió la apelación propuesta por la demandada.

Esta interpuso el recurso extraordinario de casación, pero la demanda no fue formulada por ella sino por el apoderado de Marco Antonio Tirado Galeano, Luis Arcesio Tirado Galeano, Ana Zael Tirado Galeano de Chaves, y María Sara Tirado Galeano de Orduña, quien presentó con la demanda copia de la escritura 224 otorgada ante el Notario 1º de Vélez el 12 de marzo de 1962 por la cual Saturnina Galeano viuda de Tirado transfirió en venta a los nombrados Tirado Galeano "los derechos y acciones que tiene, le corresponden o pueden venirle a corresponder en la sucesión ilíquida de su finado y legítimo hijo Belarmino Tirado Galeano en toda clase de bienes raíces, muebles, semovientes, sin reserva alguna".

El opositor en el recurso pide que como la demanda de casación no fue presentada por el que interpuso el recurso sino por quienes se dicen cesionarios de los derechos que puedan corresponderle a la demandada en el juicio e impugnadora en el recurso extraordinario, hay que concluír que este no se formuló dentro del término legal, y por tanto debe declararse desierto y condenar en costas.

SE CONSIDERA:

La acción principal que ha movido este negocio es la de estado, por la cual los menores Omar Aurelio Virviescas, Ruth Mary y Elba Rocío Tirado demandan a Saturnina Galeano viuda de Tirado, heredera de Belarmino Tirado Galeano, para que se declare que los actores son hijos naturales de éste.

La legitimación activa en causa de esta acción investigativa de la paternidad la tienen los presuntos hijos, como legítimos contradictores que son en las causas de filiación legítima o natural, y la legitimación pasiva le corresponde, en primer término, al padre en vida en la condición de legítimo contradictor que le confieren los artículos 403 del C. Civil y 7º de la Ley 45 de 1936; y muerto el padre, la tienen los herederos abintestados o testamentarios, a quienes pasan todos los derechos y obligaciones transmisibles como continuadores de la persona del causante en su condición de representantes de él (arts. 1008, 1011, 1155 del C.C.).

La legitimación de parte del hijo natural y del heredero o herederos del pretenso padre natural es la que hace que la relación jurídico procesal en esta acción de estado no se pueda trabar sino entre ellos, quienes, por lo mismo, deben sostenerla hasta su culmina-

ción con la sentencia que ponga fin a la litis. Por esta razón la demandada, heredera por vínculos de sangre con el presunto padre, estaba obligada a sostener el juicio en sus dos instancias y a formalizar el recurso de casación que ella interpuso.

Los cesionarios de derechos hereditarios no pueden sustituírla, porque la acción de filiación natural es la principal, y en ella no puede ser parte sino el hijo y los herederos del supuesto padre, unidos por los vínculos de consanguinidad, o por la institución testamentaria debidamente aceptada. La acción de petición de herencia, como consecuencial, que es la de paternidad, no le da personería o legitimación alguna a los cesionarios de derechos hereditarios para intervenir en la investigación de la paternidad, porque la petición de herencia no puede alegarse si la filiación no ha sido declarada.

Las acciones de estado, por cuanto tocan con los vínculos de familia y con el orden público por su naturaleza son incesibles, y la enajenación de derechos hereditarios no lleva consigo la del estado civil de que emanan tales derechos, sino que lo supone existente.

Por estas razones, la demanda de casación presentada por el apoderado de los cesionarios de Saturnina Galeano viuda de Tirado, encaminada a que se case la sentencia que declara la filiación natural de los actores, no puede tener efecto alguno procesal dentro del recurso de casación, porque no proviene de quien interpuso el recurso y tenía personería para sostenerlo.

Y aunque de la demanda se dio traslado al opositor y se agotó la tramitación propia del recurso, ello no vincula a la Corte para considerarla, porque en realidad lo que ocurre es que la impugnante no formuló el recurso, por lo cual es el caso de dar aplicación al artículo 532 del C. Judicial, que dispone declarar desierto el recurso que no se ha fundado dentro del término legal y condenar en costas a la parte recurrente.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, declara DESIERTO el recurso interpuesto por la demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de San Gil en el juicio ordinario promovido por los menores Omar Aurelio Virviescas, Ruth Mary Tirado y Elba Rocío Tirado contra Saturnina Galeano v. de Tirado en su condición de heredera de Belarmino Tirado.

Las costas a cargo de la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese, devuélvase e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

PRESUPUESTO PROCESAL DE CAPACIDAD PARA SER PARTE

La calidad de heredero constituye un elemento de aquél.- La ausencia de prueba sobre el carácter de tal implica sentencia inhibitoria con consecuencias de cosa juzgada formal, y no sentencia de mérito, con consecuencias de cosa juzgada material.- La Corte reitera esta última doctrina.- La sucesión no es persona jurídica.

La Corte ha sostenido que la legitimación en causa, que se identifica con la titularidad para demandar y para ser demandado y que antaño se llamó personería sustantiva, constituye un elemento estructural de la acción que no admite despacho preliminar, a guisa de excepción dilatoria, sino que debe ser estudiada y resuelta en la sentencia de fondo (LXXVIII, 2144, 67 y 119). En un principio estimó también la Corte que la calidad de heredero de quien actúa en juicio como tal, por activa o por pasiva, formaba parte de los elementos esenciales de la acción respectiva, de modo que la ausencia de prueba sobre ese carácter de heredero equivalía a la falta de legitimación en causa y se traducía en la desestimación de la acción dicha, mediante sentencia absolutoria (LXXVIII, 2147, 924). Posteriormente, en casación de 21 de julio de 1959 (XCI, 2214, 52), la misma Corte modificó esta última doctrina, sosteniendo en cambio que en general el heredero asume en juicio la posición de parte, no en nombre propio ni como representante de la sucesión (que no es sujeto de derecho), sino en virtud de la misma calidad de heredero de que está investido; que por tanto esta calidad no es sino elemento del presupuesto procesal de capacidad para ser parte; que la carencia de prueba sobre dicho carácter de heredero equivale a falta de este presupuesto procesal y que la ausencia en causa de tal presupuesto, a la par que la de cualquiera de los otros presupuestos del mismo linaje, impide proveer sobre el fondo de la controversia por no estar debidamente constituída la relación jurídico-procesal e impone en consecuencia un pronunciamiento inhibitorio. En este caso, la sentencia inhibitoria no adquiere el sello de la cosa juzgada material, sino simplemente formal, quedando por tanto pendiente la discusión sobre el fondo del problema planteado en la litis que concluye con esa sentencia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., febrero catorce de mil novecientos sesenta y seis.

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

La señora María Elena Cifuentes, obrando en representación de sus menores hijos naturales Pío Noé, Marco Aurelio, Luz Marina, Gonzalo, Alicia, Luis Gustavo, Luz María y Ana Bertilda Cifuentes, demandó a las señoras Ana Elvira y Ana Tulia Peña Rosa ante el Juez del Circuito de Miraflores para que en la sentencia respectiva se declarara que los menores Cifuentes nombrados son hijos naturales y herederos del difunto Marco Aurelio Peña.

La actora invocó como fundamentos de la declaración judicial de paternidad natural las tres causales de confesión inequívoca de tal paternidad, de relaciones sexuales, estables y notorias, entre la misma demandante Cifuentes y el mentado Marco Aurelio Peña y de posesión notoria del estado de hijos naturales de los menores citados respecto del propio señor Peña. La demanda expone varios hechos que se encaminan a configurar

dichas causales.

Las demandadas negaron los hechos expuestos en la demanda y se opusieron a las pretensiones de la parte actora.

La primera instancia del juicio terminó con el fallo de 15 de junio de 1961, en el cual se hicieron las declaraciones impetradas en la demanda y se condenó en costas a la parte demandada.

LA SENTENCIA ACUSADA

Surtido el segundo grado del negocio por apelación de la misma parte demandada, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja profirió la sentencia de 26 de marzo de 1962, por la cual se revocó el fallo de primera instancia y en su lugar se absolvió a las demandadas y se condenó en costas a la parte demandante.

La motivación de esta sentencia hace la reseña del juicio y aborda en seguida el examen de los presupuestos procesales para concluír en primer lugar que en esta litis aparece comprobada la legitimación en causa de la parte demandante.

Acerca de la situación procesal de la parte demandada, el fallo recuerda que, conforme a lo prescrito por los arts. 7º de la Ley 45 de 1936, 401 a 404 del C. Civil, la acción de filiación natural debe promoverse frente al presunto padre natural, pero que, una vez fallecido éste, ha de ser instaurada frente a los herederos de dicho padre por ser ellos sus representantes y por sucederlo en todos sus derechos y obligaciones transmisibles, según lo dispuesto por el art. 1155 del C. Civil. En este segundo caso se hace necesario demostrar no solo el fallecimiento del referido presunto padre, sino también la calidad de herederos que se atribuye a los demandados.

La sentencia estudia la prueba testimonial que se adujo para acreditar la muerte del presunto padre natural, Marco Aurelio Peña, y expresa que las dos declaraciones allegadas no son eficaces para comprobar esa defunción por no haber sido recibidas ni ratificadas en la forma señalada por los arts. 13 y 19 de la Ley 92 de 1938.

Tampoco encuentra el fallo que se hubiera demostrado la calidad de herederas del mismo Marco Aurelio Peña que se asigna a las demandadas Ana Elvira y Ana Tulia Peña Roa, y afirma que la ausencia de prueba sobre la muerte del señor Peña y sobre la calidad de herederas de éste que se atribuye a las mismas demandadas, implica que en este juicio no aparece comprobada la legitimación en causa de las señoras que forman la parte pasiva del litigio.

Después de anotar que en este proceso se propuso y se decidió en forma desfavorable la excepción dilatoria de ilegitimidad de la personería de las demandadas, la sentencia concluye así su motivación:

"Según todo lo visto, no se trata en efecto aquí de la falta de personería llamada adjetiva, que sí es causal de excepción dilatoria, sino de la legitimación en causa, que es uno de los requisitos de la acción, de modo que su falta conlleva el fracaso de la demanda por ser infundada, al ejercitarse contra quien no está obligado a responder.

"El señor Juez en la sentencia apelada no estudió lo referente a la legitimación de las partes y por eso entró al estudio de las causales de la declaración de filiación. El Tribunal considera inútil este estudio, pues requisito previo es el de que se establezca legalmente que las partes en el juicio son aquellas que la ley ha indicado como capacitadas para discutir la situación de hecho que se considera como fundamento del derecho que se alega".

LA IMPUGNACION

La parte demandante recurrió en casación y con respaldo en las causales primera y segunda que señala el art. 520 del C. Judicial, formula tres cargos contra la sentencia de segundo grado. La Corte se contraerá a examinar uno de esos motivos por considerar que tiene fundamento.

El cargo consiste en la violación directa de los arts. 343, 471, 472, 473 y 474 del C. Judicial, 7º de la Ley 45 de 1936, 401, 402, 403 y 404 del C. Civil, por interpretación errónea de unos y por aplicación indebida de otros.

El recurso sustenta la censura diciendo que el fallo incurrió en un yerro jurídico al estimar que la carencia de prueba sobre la calidad de herederas de las señoras demandadas, constituye una falta de legitimación en causa y por tanto de un elemento esencial de la acción que conduce por fuerza al fracaso de la pretensión o demanda, cuando lo cierto es que aquella ausencia de prueba sobre el dicho carácter de herederas crea una situación procesal que impide resolver el fondo de la litis y que lleva a proferir una

sentencia inhibitoria. Al considerar esa carencia de prueba sobre la calidad de herederas de las demandadas como una falta de legitimación en causa y no de un presupuesto procesal, el fallo interpretó erróneamente los preceptos del C. Judicial que se dejan citados y ese yerro lo condujo a aplicar en forma indebida las normas del C. Civil que se han señalado como violadas.

"Planteada y decidida así la controversia —dice el recurso—, el Tribunal al aplicar las reglas de juzgamiento citadas, bajo la interpretación de estimar la legitimación en causa como «requisito de la acción civil» y no como «una tercera categoría dentro del presupuesto procesal, capacidad para ser parte, que implica sentencia inhibitoria con consecuencias de cosa juzgada formal», rebasó los límites de sus respectivos contenidos, violándolos así, por razón de las personas a quienes las normas son áplicables, así como por razón de los efectos de una decisión absolutoria, pronunciada en esas circunstancias, produce en relación con esas mismas personas y la cosa juzgada. Y de «contragolpe», indirectamente, quebrantó las normas del Código Civil, citadas antes, ya que en fallo se consideró inútil el estudio sobre la existencia o inexistencia del derecho material alegado, porque no aparecía que las demandadas tuvieran legitimación para controvertirlo. Y entonces la sentencia no ha decidido sobre ese derecho sustancial alegado por la demandante, ni sobre la obligación correlativa de las demandadas, y por tanto, jurídicamente, no es posible hacerle producir efectos de cosa juzgada material, disfrazando el pronunciamiento bajo la fórmula de una decisión absolutoria".

La sentencia reconoció que no aparecía establecida aquí la legitimación en causa de las demandadas por faltar la prueba de su calidad de herederas, y a pesar del reconocimiento de esa situación procesal, se decidió la controversia en el fondo cuando ha debido proferirse fallo inhibitorio, de acuerdo con lo prescrito por el art. 343 del C. Judicial. La consecuencia jurídica de la referida situación procesal era la de abstenerse el sentenciador de resolver el fondo de la litis y no la de pronunciar sentencia absolutoria con resultados de cosa juzgada material.

"Al desconocerse en el fallo la situación procesal excepcional anotada antes —continúa expresando el recurso— por falta de pronunciamiento sobre ella, se violó el artículo 443 (sic) del Código Judicial, por falta de aplicación, e indirectamente, los artículos 474 del mismo estatuto, 7º de la Ley 45 de 1936, 401, 402, 403 y 404 del Código Civil, por aplicación indebida, por cuanto la decisión absolutoria conlleva los efectos allí previstos, que son opuestos a los del pronunciamiento inhibitorio, que no se hizo, debiendo hacerse, creando así una verdadera incertidumbre sobre la cosa juzgada y sus consecuencias jurídico-procesales. Porque, si aquella sentencia no era susceptible de pronunciamiento absolutorio, como en realidad no podía ni debía pronunciarse en esa forma, sino en la inhibitoria, el juzgador que, so pretexto del ejercicio de su facultad de decisión, adopta la primera fórmula y no la segunda, en la situación procesal concreta aludida, no solo no tenía «aptitud para realizar el acto», sino que desvió en materia grave la forma y les infirió agravios a las partes, constituyendo derechos a favor de ellas que no habían sido definidos en la sentencia".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La demanda inicial de esta litis fue propuesta directamente contra las señoras Ana Elvira y Ana Tulia Peña. No se expresa allí que se las demande en su condición de hijas legítimas y herederas del extinto Marco Aurelio Peña, señalado como presunto padre natural de los menores demandantes. Sin embargo de este silencio, los términos del libelo, los hechos que en él se exponen y la respuesta de las demandadas, no dejan la menor duda sobre que éstas fueron llamadas a este juicio en su calidad de herederas del mentado señor Peña, a quien la misma parte actora da por fallecido.

Así las cosas, la sentencia acusada encontró que los testimonios allegados para demostrar la muerte del señor Peña no eran eficaces y no comprobaban ese fallecimiento. Expresa el mismo fallo que tampoco se adujo prueba alguna sobre que las demandadas tengan la calidad de herederas del nombrado presunto padre natural. Sobre la base de esta ausencia de prueba relativa a la defunción del señor Peña y al carácter de herederas de las demandadas, estimó la sentencia que no aparecía comprobada la legitimación en causa de las señoras demandadas y que esta circunstancia impedía la prosperidad de la acción declarativa de paternidad natural y daba por resultado la absolución de la parte demandada, como en efecto así lo decidió ese

fallo.

La Corte ha sostenido que la legitimación en causa, que se identifica con la titularidad para demandar y para ser demandado y que antaño se llamó personería sustantiva, constituye un elemento estructural de la acción que no admite despacho preliminar, a guisa de excepción dilatoria, sino que debe ser estudiada y resuelta en la sentencia de fondo (LXXVII- 2144, 67 y 119). En un principio estimó también la Corte que la calidad de heredero de quien actúa en juicio como tal, por activa o por pasiva, formaba parte de los elementos esenciales de la acción respectiva, de modo que la ausencia de prueba sobre ese carácter de heredero equivalía a la falta de legitimación en causa y se traducía en la desestimación de la acción dicha, mediante sentencia absolutoria (LXXVIII- 2147, 924). Posteriormente, en casación de 21 de julio de 1959 (XCI- 2214, 52), la misma Corte modificó esta última doctrina, sosteniendo en cambio que en general el heredero asume en juicio la posición de parte, no en nombre propio ni como representante de la sucesión (que no es sujeto de derecho) sino en virtud de la misma calidad de heredero de que está investido; que por tanto esta calidad no es sino elemento del presupuesto procesal de capacidad para ser parte; que la carencia de prueba sobre dicho carácter de heredero equivale a falta de este presupuesto procesal y que la ausencia en causa de tal presupuesto, a la par que la de cualquiera de los otros presupuestos del mismo linaje, impide proveer sobre el fondo de la controversia por no estar debidamente constituída la relación jurídico-procesal e impone en consecuencia un pronunciamiento inhibitorio. En este caso, la sentencia inhibitoria no adquiere el sello de la cosa juzgada material, sino simplemente formal, quedando por tanto pendiente la discusión sobre el fondo del problema planteado en la litis que concluye con esa sentencia.

En la ocurrencia presente, el defecto de prueba sobre el fallecimiento del presunto padre natural y sobre la calidad de neredera de las demandadas, equivale, según lo dicho, a la ausencia del presupuesto procesal de capacidad para ser parte en las mismas señoras demandadas, y la falta de este presupuesto impide resolver en el fondo la controversia sobre la paternidad natural que los actores atribuyen al señor Marco Aurelio Peña. El fallo acusado, al absolver a las demandadas y decidir así el fondo de este litigio, quebrantó en realidad los arts. 401 y 404 del C. Civil, 473 y 474 del C. Judicial, en que tuvo su apoyo, por aplicarlos a un caso en que no aparece comprobada la calidad de herederas de las propias demandadas, en que por lo mismo falta en éstas el presupuesto procesal de capacidad para ser partes y en que solo procede dictar sentencia inhibitoria, con consecuencias de cosa juzgada simplemente formal. Por tanto ese fallo debe ser infirmado para el efecto de sustituírlo por la correspondiente decisión inhibitoria.

Las razones que se dejan expuestas son suficientes para sustentar la sentencia que ha de reemplazar el fallo acusado.

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 veintiséis de marzo de mil novecientos sesenta y dos, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en este juicio ordinario sobre filiación natural de Pío Noé, Marco Aurelio, Luz Marina Cifuentes y otros contra las señoras Ana Elvira y Ana Tulia Peña, y en su lugar,

RESUELVE:

Primero. - Revócase en todas sus partes la sentencia de quince de junio de mil novecientos sesenta y uno, proferida en este mismo juicio por el Juez del Circuito de Miraflores.

Segundo. - Declárase que, por falta del presupuesto procesal de capacidad para ser partes en las demandadas, no hay lugar a decidir en el fondo este litigio.

Tercero. - Sin costas en las instancias ni en el recurso extraordinario.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

INSTRUMENTOS PUBLICOS

Mérito de los presentados en inspecciones oculares.- Requisitos de la unión o agregación de posesiones.- En qué consiste la inconsonancia.- Técnica de la causal 1a. de casación.- Exigencias del cargo por error de derecho.- Peritos.- La irregularidad en su nombramiento, consentida en la instancia, no puede debatirse en casación.- Límite de la autonomía de los Tribunales en la estimación de pruebas.

1.- La incongruencia contemplada en la ley como causal de casación se refiere a la inconsonancia de la sentencia en relación con las pretensiones de los litigantes.

La falta de conformidad entre lo pedido y lo fallado consiste, como lo ha venido repitiendo la jurisprudencia de la Corte, en haberse resuelto sobre puntos ajenos a la controversia (extra petita); o haberse dejado de resolver sobre algunos de los que han sido objeto del litigio (minima petita); o porque se condenare a más de lo pedido (ultra petita).

2.-En el recurso de casación se distingue claramente la acusación fundada en error de apreciación probatoria, de la acusación fundada en violación directa de la ley. Y cuando se ataca la sentencia por error en la estimación de una prueba, la técnica del recurso exige que se exprese y demuestre de qué clase de error se trata, si de derecho o de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos.

3.- Al contrario de lo que sucede con el error de hecho, que esencialmente consiste en dejar de estimar una prueba que obra en el proceso o en suponer que existe una que no forma parte de él, en el error de derecho la prueba se estima, pero se le dá un valor distinto del que la ley le asigna. Este error por estar necesariamente vinculado a la apreciación de las pruebas, se le conoce con el nombre de yerro de valoración probatoria. Como lo ha dicho la Corte, consiste en haber estimado el mérito de los elementos de convicción en desacuerdo con los elementos de la ley constitutiva de la tarifa de pruebas.

4.-Cuando de error de derecho se trata, la técnica del recurso exige que el recurrente cite el precepto probatorio violado (infracción medio) y que, como consecuencia de esa infracción, señale igualmente las normas sustanciales infringidas, con indicación del concepto de la violación.

5.- Si bien es cierto que una de las formas de aducir instrumentos públicos no acompañados a la demanda, o a la contestación, o a los memoriales sobre excepciones, es la indicada en el art. 636 del C. Judicial, con el fin de que las partes se aseguren, de la mejor manera posible, acerca de la autenticidad de tales documentos, no es menos evidente que el art. 597 de la misma obra, indica los distintos casos en que pueden aducirse pruebas para estimar su mérito.

Uno de esos casos es el de haberse presentado en inspecciones u otras diligencias en que intervienen el Juez y las partes. Establece la ley que en tales hipótesis pueden presentarse pruebas, que deben considerarse como integrantes del proceso respectivo, si no son inadmisibles o inconducentes. Esto porque es requisito indispensable para reconocer mérito a las pruebas en los negocios judiciales civiles, el de que sean públicas y controvertidas, es decir, conocidas de la parte contra la cual se aducen, a fin de que pueda estar en posibilidad de debatirlas, lo cual se

cumple en las inspecciones en que intervienen el Juez y los interesados.

6.- Los peritos principales no estuvieron de acuerdo y rindieron su informe separadamente. Frente a esta situación el Juez nombró perito tercero, olvidando que la designación corresponde a los principales de acuerdo con la ley. Tal circunstancia sin embargo, no es motivo que incida en casación, porque el auto en que el Juez hizo la designación, que se notificó legalmente, fue consentido por las partes, sin hacer reclamo alguno al respecto. El impugnante no puede ahora en casación, invocar la irregularidad en el nombramiento del perito tercero, porque siendo la casación un remedio extraordinario, es indispensable que se cumplan previamente, en las instancias, los remedios ordinarios autorizados por la ley.

7.- Los Tribunales son autónomos en la apreciación de las pruebas, hasta el punto de que esa apreciación tiene que ser respetada, porque el recurso de casación no se dirige a revisar el pleito o la controversia planteada en las instancias, ni a provocar un nuevo análisis de los elementos probatorios aportados al debate. Solamente en el caso de que se demuestre haberse cometido un error de derecho en la apreciación de la prueba, o un error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos, podría la Corte variar la apreciación del Tribunal sentenciador.

8.- La unión o agregación de posesiones de que trata el artículo 778 del C. Civil tiene que realizarse, como lo ha dicho la Corte, a través de un vínculo jurídico de causante a sucesor, pues no puede concebirse el fenómeno de la incorporación de posesiones, respecto de posesiones aisladas unas de otras, en que no haya mediado transmisión de una persona a otra, a título universal o singular.

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

(Magistrado ponente: Dr. Flavio Cabrera Dussán).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte demandada en este juicio, en relación con la sentencia de 6 de julio de 1964, proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio.

ANTECEDENTES

a) Por escritura No. 1315 de 19 de mayo de 1954, extendida en la Notaría 6ª de Bogotá y registrada el 8 de septiembre del mismo año en el libro No. 1º, tomo 3º, partida No. 835, el señor Alberto Samper Gómez adquirió de la Sociedad Comercial denominada "Compañía Agrícola Pajureña - Limitada", representada por su Gerente, un globo de terreno ubicado en el Municipio de Acacías, que comprende las fincas conocidas con los nombres de "Chichimene-Patagonia-El Cairo", determinadas por los linderos indicados en el título.

b) Con fundamento en este título Samper Gómez demandó a Pedro Antonio y Luis Arturo Meneses Gómez, para que se les condene a restituírle un lote de terreno "que forma parte de la hacienda "Chichimene-Patagonia-El Cairo", por estos linderos: "Norte, río Chichimene; Sur, con terrenos de la misma hacienda; Oriente, con terrenos de la hacienda poseídos por Santos Martínez; y Occidente, con terrenos de la hacienda ocupados por Pedro Rubio".

c) Expuso el actor que el predio materia de la demanda, de unas 400 hectáreas aproximadamente, era poseído por los demandados, quienes lo ocuparon en el mes de julio de 1958, cuando, en forma violenta, penetraron al fundo, tumbaron un pedazo de monte que el demandante conservaba como defensa de las aguas, y continuaron ocupando terrenos aledaños hasta conformar el lote que actualmente poseen, en donde han sembrado cultivos de maíz, plátano, yuca y pastos.

d) Se opusieron los demandados a las pretensiones de la demanda, y expresaron que eran poseedores del predio demandado por haberlo adquirido mediante justo título, por lo cual no eran poseedores violentos, sino poseedores de buena fe.

e) Agotado el trámite de la primera instancia el señor Juez Promiscuo del Circuito de Acacías, funcionario del conocimiento, falló la demanda en forma favorable a las pretensiones del actor, haciendo las siguientes declaraciones:

"1º—DECLARASE que el señor ALBERTO SAMPER GOMEZ es dueño y con mejor

derecho sobre el inmueble que ha sido objeto de este juicio, y consistente en un lote de terreno rural, ubicado en jurisdicción de este municipio y que forma parte de la hacienda «Chichimene-Patagonia-El Cairo»y cuyos linderos especiales quedaron determinados en autos así: «Por el Oriente, con terrenos que ocupa Santos Martínez; por el Occidente, con terrenos ocupados por Ismael Mendieta; por el Norte, con el río Chichimene y Luis Restrepo; y por el Sur, con terrenos ocupados por Rosendo Romero».

"2º—CONDENASE, en consecuencia, a los demandados PEDRO ANTONIO MENESES GOMEZ y LUIS ARTURO MENESES GOMEZ, a restituír dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, al señor ALBERTO SAMPER GOMEZ, el inmueble o lote de terreno y a que hace mención el numeral anterior y por las características y linderos allí determinados.

"3º—CONDENASE a los demandados PEDRO ANTONIO MENESES y LUIS ARTURO MENESES GOMEZ, a pagar al señor ALBERTO SAMPER GOMEZ, los frutos civiles a partir del mes de julio de mil novecientos cincuenta y ocho hasta el día en que se verifique la restitución del bien a que se refieren los dos anteriores numerales.

"4º—La liquidación de los frutos en su cuantía, se hará siguiendo el procedimiento señalado por el art. 553 del C. J.

"5º—Quedan a salvo a los demandados Pedro Antonio Meneses Gómez y Luis Arturo Meneses Gómez, los derechos a que se refiere el art. 965 del C. C.

"6º—Condénase en las costas a la parte demandada. Tásense".

La parte demandada apeló de esta providencia y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio la confirmó en todas su partes. Contra el fallo del Tribunal recurrió en casación la parte vencida.

LA SENTENCIA ACUSADA

Sobre la base de que la acción propuesta es la reivindicatoria o de dominio, consagrada en el artículo 946 del C. Civil, advierte el Tribunal que dicha acción está configurada por cuatro elementos esenciales, a saber: cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular; derecho de dominio en el demandante; posesión material en el demandado; e identidad entre la cosa que se pretende y la poseída.

Hace el análisis de cada uno de estos elementos, para concluír que se encuentran plenamente acreditados en el juicio.

Con relación al título del demandante, acepta que acredita plenamente el dominio sobre todo el globo que comprende las fincas de "Chichimene-Patagonia-El Cairo", título que fue completado con varias escrituras traslaticias del dominio, presentadas por la parte actora en la diligencia de inspección ocular practicada en la primera instancia del juicio. "Si bien esos títulos —argumenta el Tribunal— no fueron traídos en la forma expresamente transcrita por el artículo 636 del C. J., el Juzgado ordenó tenerlos en cuenta en el momento del fallo"; y agrega después de copiar dicho artículo: "Si la Sala se ciñera estrictamente a la disposición copiada, únicamente era de tener en cuenta la escritura número 1315 de 19 de mayo de 1954, que sí se acompañó con la demanda, no las otras por no haberse traído en los términos del art. 636 del C. J.

"Sobre este punto la H. Corte Suprema se ha pronunciado en la Sala de Negocios Generales en el sentido de que debe darse estricta aplicación al art. 636 del C. J.; y la Sala de Casación Civil ha procedido en forma más amplia, aceptando los títulos presentados en un acto especial, como en diligencia de inspección ocular, tal como aquí sucedió".

Respecto de la parte demandada observa el Tribunal que no presentó título alguno constitutivo de dominio del terreno materia de la reivindicación.

Sobre la identificación de dicho terreno y de la hacienda "Chichimene-Patagonia-El Cairo", de la cual forma parte, anotó el sentenciador que ello se estableció con la diligencia de inspección ocular y el dictamen concurrente de peritos, aunque advierte que el Juez guardó silencio en cuanto a la identificación de la hacienda a que se refiere el título del demandante. "... Unicamente se concretó a identificar el lote materia del litigio, denominado «El Otoño», situado en la vereda de Chichimene por los siguientes linderos: «... Por el oriente, con terrenos de Santos Martínez; por el occidente, con terrenos de Ismael Mendieta; por el norte, con terrenos de Luis Restrepo y el río Chichimene; y por el sur, con terrenos de Rosendo Romero...»".

Refiriéndose a los dictámenes periciales el Tribunal comenta:

"Los peritos que intervinieron en la diligencia dieron por separado sus respectivos dictámenes, inclusive el tercero que intervino por desacuerdo de los principales...

"Estos dictámenes fueron puestos en conocimiento de las partes y por no haber prosperado la tacha que se propuso por error grave y dolo, contra el dictamen del perito tercero, quedaron en firme, donde aparece en definitiva estar de acuerdo el dictamen del perito principal Ernesto Ramírez Rojas y tercero Emilio Gutiérrez Garzón, en cuanto que, los linderos de la hacienda Chichimene-Patagonia-El Cairo que aparecen determinados en el hecho primero de la demanda, son los mismos y coinciden con los especificados en la escritura pública No. 1315.

"Que los linderos de la finca llamada «El Otoño», que poseen los demandados Pedro Meneses y Arturo Meneses, coinciden con los señalados en el numeral séptimo de los hechos de la demanda, excepto en cuanto hace relación al costado occidental que según informes del demandado Pedro Meneses limita con Ismael Mendieta y no con Pedro Rubio.

"Y concluyen los dos peritos que el lote de terreno que poseen los demandados Meneses sí está dentro de la finca formada por los predios «Chichimene-Patagonia-El Cairo»".

Los demandados propusieron la excepción de prescripción y presentaron tres declaraciones tendientes a demostrar la posesión de la finca de "El Otoño", materia del pleito, pero el Tribunal no acogió esos testimonios porque estimó que no demostraban un tiempo suficiente en cuanto a la posesión de aquéllos, que pudiera dar bases para declarar fundada la prescripción extraordinaria alegada.

LA DEMANDA DE CASACION

Tres son los cargos que formula el recurrente en casación contra la sentencia de segundo grado, los cuales estudiará la Corte en su orden lógico.

Primer cargo (segundo de la demanda).

Es el de no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Para fundarlo dice el recurrente que el fallador incurrió en el grave error de considerar la acción de dominio con relación a un inmueble encerrado por linderos y con superficie diferentes a los que propuso la demanda.

Se considera:

La incongruencia contemplada en la ley como causal de casación se refiere a la inconsonancia de la sentencia en relación con las pretensiones de los litigantes.

La falta de conformidad entre lo pedido y lo fallado consiste, como lo ha venido repitiendo la Jurisprudencia de la Corte, en haberse resuelto sobre puntos ajenos a la controversia (extra petita); o haberse dejado de resolver sobre algunos de los que han sido objeto del litigio, (minima petita); o porque se condenare a más de lo pedido (ultra petita).

En el sub-lite el Tribunal, al confirmar la sentencia de primer grado, falló la acción de dominio instaurada en relación con el lote objeto de la demanda, aunque con aclaración de algunos de sus linderos, por la variación de nombres de los actuales dueño o poseedores de los predios vecinos, e indicando la cabida aproximada que los peritos le calcularon, que resultó ser inferior a la determinada en la demanda.

No hay, pues, incongruencia entre lo pedido y lo fallado. Por tanto, se rechaza el cargo.

Segundo cargo (primero de la demanda).

Con apoyo en la causal primera del art. 520 del C. Judicial, el recurrente acusa la sentencia de violar los artículos 665, 669, 673, 740, 744, 762, 946, 947, 949, 950, 1857 y 1860 del Código Civil por indebida aplicación, a causa de error de derecho en la apreciación de las pruebas, por quebranto de los artículos 593, 594, 495, 597, 601, 697, 705, 706, 722 y 723 del C. Judicial.

Para fundar el cargo expresa el recurrente que se han cometido dos errores fundamentales por el sentenciador: el primero relacionado con la prueba del dominio del demandante, y el segundo con la identificación del terreno objeto de la demanda.

En relación con el dominio dice que el actor no presentó prueba plena de que es dueño del inmueble de que hace parte el lote materia de reivindicación, porque al título por él aducido no se acompañó la prueba de la constitución de la "Compañía Agrícola Pajureña Limitada", que aparece como vendedora; y porque el doctor Guillermo Arévalo Amador, quien como Gerente de dicha Compañía aparece vendiendo al demandante, no tenía poder para ello.

Observa luego que el título en esa forma otorgado, no se sanea con su inscripción en el registro, ni con las copias de las escrituras que se allegaron en la diligencia de inspección ocular, las cuales se adujeron irregularmente por haber sido presentadas al juicio en forma distinta a la exigida por el artículo 636 del C. Judicial.

En cuanto a la identificación del terreno materia de la acción, empieza el recurrente por comparar los linderos de la demanda con los que anota la sentencia, para expresar que no son los mismos, porque no coinciden los nombres de los colindantes, y, por uno de sus linderos, el del Norte, se indica uno más en relación con el anotado en el libelo inicial.

También observa que la demanda habla de 400 hectáreas y la sentencia de 160, y dice que el error en cuanto a la identidad lo tomó el fallador del dictamen de los peritos, pues la afirmación de identidad es únicamente de uno de los peritos principales, quien hace una serie de deducciones diferentes a su observación personal.

Asimismo expone que el perito tercero fue designado con violación del artículo 706 del C. Judicial, porque lo nombró el Juez sin haberles dado a los principales la oportunidad de hacer la designación, lo que deja sin valor legal y hace inaceptable el dictamen. De todo lo cual concluye que el fallador incurrió en error manifiesto en la apreciación de esa prueba.

LA CORTE CONSIDERA:

1) En el recurso de casación se distingue claramente la acusación fundada en error de apreciación de pruebas, de la acusación fundada en violación directa de la ley. Y cuando se ataca la sentencia por error en la estimación de una prueba, la técnica del recurso exige que se exprese y demuestre de qué clase de error se trata, si de derecho o de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos.

Como el recurrente habla de "interpretación errónea" de las pruebas, sin exponer argumento alguno relacionado con los hechos, es necesario entender que se ha referido a errores de derecho en su apreciación, y sobre esta base cabe observar:

Al contrario de lo que sucede con el error de hecho, que esencialmente consiste en dejar de estimar una prueba que obra en el proceso o en suponer que existe una que no forma parte de él, en el error de derecho la prueba se estima, pero se le da un valor distinto del que la ley le asigna. Este error por estar necesariamente vinculado a la apreciación de las pruebas, se le conoce con el nombre de yerro de valoración probatoria. Como lo ha dicho la Corte, consiste en haber estimado el mérito de los elementos de convicción en desacuerdo con los elementos de la ley constitutiva de la tarifa de pruebas.

Cuando de error de derecho se trata, la técnica del recurso exige que el recurrente cite el precepto probatorio violado (infracción medio) y que, como consecuencia de esa infracción, señale igualmente las normas sustanciales infringidas, con indicación del concepto de la violación.

En cuanto al error relacionado con la prueba del dominio del demandante, alegado por el recurrente, es de anotar que el recurso omitió citar el precepto de valoración probatoria que hubiese sido quebrantado al estimar la prueba: los artículos citados por el recurrente no comprenden ese precepto de valoración, medio ineludible de la violación de la ley sustancial.

Respecto de las escrituras referentes a la tradición del dominio de las tierras de "Chichimene-Patagonia-El Cairo", que el actor adujo en la inspección ocular practicada en la primera instancia del juicio y que el sentenciador aceptó, el recurrente afirma que tales títulos no pueden apreciarse por no haber sido aducidos de conformidad con el art. 636 del C. Judicial.

Pero este punto de vista está equivocado, porque si bien es cierto que una de las formas de aducir instrumentos públicos no acompañados a la demanda, o a la contestación, o a los memoriales sobre excepciones, es la indicada en el art. 636 del C. Judicial, con el fin de que las partes se aseguren, de la mejor manera posible, acerca de la autenticidad de tales documentos, no es menos evidente que el art. 597 de la misma obra, indica los distintos casos en que pueden aducirse pruebas para estimar su mérito.

Uno de esos casos es el de haberse presentado en inspecciones u otras diligencias en que intervienen el Juez y las partes. Establece la ley que en tales hipótesis pueden presentarse pruebas, que deben considerarse como integrantes del proceso respectivo, si no son inadmisibles o inconducentes. Esto porque es requisito indispensable para reco-

nocer mérito a las pruebas en los negocios judiciales civiles, el de que sean públicas y controvertidas, es decir, conocidas de la parte contra la cual se aducen, a fin de que pueda estar en posibilidad de debatirlas, lo cual se cumple en las inspecciones en que intervienen el Juez y los interesados.

Por lo dicho, el cargo de error en cuanto a la prueba del dominio del demandante es ineficaz.

2) En relación con la identificación del terreno materia de la demanda, de observar es que no solamente con el experticio se hizo esa identificación, pues el Tribunal anotó que si bien el Juez de primera instancia guardó silencio en cuanto a la identificación del fundo "Chichimene-Patagonia-El Cairo", no ocurrió lo mismo con la identificación del lote materia del litigio, el cual determinó por los linderos que dejó consignados en el acta y que, según su propia observación personal, corresponden a los señalados en la demanda.

Se observaron algunas variaciones de nombre de los dueños de los predios colindantes, pero este hecho no se opone a la identidad misma del inmueble. Tampoco la circunstancia de que en la demanda se le haya señalado una cabida superior a la que le calcularon los peritos.

Los peritos principales no estuvieron de acuerdo y rindieron su informe separadamente. Frente a esta situación el Juez nombró perito tercero, olvidando que la designación corresponde a los principales de acuerdo con la ley. Tal circunstancia sin embargo, no es motivo que incida en casación, porque el auto en que el Juez hizo la designación, que se notificó legalmente, fue consentido por las partes, sin hacer reclamo alguno al respecto. Aún más: se objetó el dictamen del perito tercero, sin resultado satisfactorio para la parte objetante, que fue la demandada. Esta parte no puede ahora, con motivo del recurso de casación, invocar la irregularidad en el nombramiento del perito tercero, porque siendo la casación un remedio extraordinario, es indispensable que se cumplan previamente, en las instancias, los remedios ordinarios autorizados por la ley.

En estas condiciones el sentenciador no cometió error ninguno en la apreciación de la prueba pericial, pues el perito tercero estuvo de acuerdo, en cuanto a la identidad del inmueble, con uno de los principales, el nombrado por la parte demandante; y el dictamen de esos dos peritos fue acogido por el Tribunal.

De otra parte los demandados alegaron la prescripción con lo cual aceptan la identidad del fundo objeto de la demanda.

Por lo visto no prospera el cargo.

Tercer cargo

Es también por la causal primera del artículo 520 del C. Judicial, por haber incurrido el fallador en interpretación errónea de los testimonios aducidos por la parte demandada relacionados con la excepción de prescripción interpuesta.

Considera el recurrente que al incurrir en este error el sentenciador violó los artículos 593, 594, 595, 601 y 697 del C. Judicial, y por falta de aplicación los artículos 2512, 2513, 2518, 2521, 2522, 2531, 2534 y 2538 del C. Civil y el artículo 1º de la Ley 50 de 1936.

Fundamenta el cargo diciendo que en caso de haberse establecido en debida forma los presupuestos de la acción de dominio, esa acción estaría prescrita por posesión de 20 años, lo que se demuestra con las declaraciones de Cornelia Pinilla vda. de Leal, quien dice que ella y su esposo fundaron la finca que hoy tienen los Meneses desde hace 20 años creyendo que las tierras eran baldías; que luégo la poseyó Ramón Meneses Hidalgo, quien la vendió a los demandados, actuales poseedores; y con los testimonios de José María Cabrera y Evelio Moreno, quienes declaran en el mismo sentido.

CONSIDERA LA CORTE:

Los Tribunales son autónomos en la apreciación de las pruebas, hasta el punto de que esa apreciación tiene que ser respetada, porque el recurso de casación no se dirige a revisar el pleito o la controversia planteada en las instancias, ni a provocar un nuevo análisis de los elementos probatorios aportados al debate. Solamente en el caso de que se demuestre haberse cometido un error de derecho en la apreciación de la prueba, o un error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos, podría la Corte variar la apreciación del Tribunal sentenciador.

Cualquiera que hubiese sido la apreciación del fallador sobre los testimonios aducidos por la parte demandada, es de observar que la unión o agregación de posesiones de que trata el artículo 778 del C. Civil tiene que realizarse, como lo ha dicho la Corte, a tra-

vés de un vínculo jurídico de causante a sucesor, pues no puede concebirse el fenómeno de la incorporación de posesiones, respecto de posesiones aisladas unas de otras, en que no haya mediado transmisión de una persona a otra, a título universal o singular.

En el sub-lite los demandados no han presentado título alguno que sirva como medio para explicar la pretendida agregación de posesiones, con las cuales tratan de usucapir extraordinariamente, pues solo adujeron un documento privado en que consta la venta que Marco T. Hidalgo le hizo a uno de los demandados, el 30 de enero de 1954, que por tal carácter de privado, carece de valor para probar esa suma de posesiones.

No prospera el cargo.

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 Villavicencio, de fecha 6 de julio de 1964, proferida en el juicio ordinario seguido por Alberto Samper Gómez contra Pedro Antonio Meneses G. y otro, sobre reivindicación de un lote de terreno.

Costas en casación a cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y vuelva el expediente a la oficina de origen.

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

REGISTRO DE LA DEMANDA

Su cancelación puede decretarse tanto en el fallo como en proveído separado.- La omisión de la orden en la sentencia no implica inconsonancia.

Verdad es que la sentencia se abstuvo de decretar la cancelación del registro de la demanda pero esta omisión no constituye incongruencia alguna, porque esa medida de cancelación, como resultado forzoso que es del propio fallo, puede ser decretada tanto en la parte decisoria de éste como en proveído separado y posterior a la ejecutoria de la sentencia misma. El no haberse ordenado la cancelación mencionada en el texto del fallo no implica inconsonancia entre las pretensiones de las partes y las declaraciones de la sentencia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., febrero quince de mil novecientos sesenta y seis.

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

El señor Enrique Ramírez Llano, obrando por medio de apoderado, demandó a su hija Dora Ramírez Cardona ante el Juez Segundo Civil del Circuito de Armenia para que, en sentencia dictada por la vía ordinaria, se hicieran varias declaraciones, así:

a) Que la demandada Dora Ramírez intervino como testaferro o persona de confianza de su padre Enrique Ramírez Llano al recibir de Leonel Duque Holguín las cesiones de los créditos hipotecarios que a cargo de Santos Garzón Arteaga figuraban en las Escrituras números 1220 y 1680, otorgadas en la Notaría Segunda de Armenia el 9 de julio y el 9 de septiembre de 1954, respectivamente, por $ 10.000,00 el primero y por $ 12.000,00 el segundo, o sea por una cifra total de $ 22.000,00.

b) Que como consecuencia de la declaración anterior, pertenecen al demandante Ramírez Llano los dos inmuebles urbanos que la demanda señala y que fueron adquiridos por la señora Ramírez Cardona mediante remate que, con base en los créditos mencionados, se llevó a cabo dentro del juicio hipotecario que se ventiló contra el deudor Santos Garzón.

c) Que la misma señora Ramírez Cardona está obligada a otorgar al demandante Ramírez Llano escritura de los dos inmuebles rematados por ella, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

d) Que se prevenga a la demandada sobre que, si no otorga oportunamente la escritura sobredicha, la extenderá en su nombre el Juez del conocimiento, de acuerdo con lo prescrito por la Ley 66 de 1945.

e) Que se condene a la misma demandada a pagar los frutos naturales y civiles de los inmuebles dichos y las costas del juicio.

En su demanda inicial el actor formuló dos peticiones subsidiarias, pero más tarde modificó estas súplicas; importa recordar la primera de ellas, que es de este tenor:

" a) Que la señora Dora Ramírez Cardona, de las condiciones civiles ya expresadas, debe a mi mandante Enrique Ramírez Llano, también de condiciones civiles ya conocidas, la suma de veintidós mil pesos ($ 22.000,00) por concepto de capital y como valor de los créditos hipotecarios que le fueron cedidos por el señor Leonel Duque Holguín, a cargo del señor Santos Garzón Arteaga, y que constan en las Escrituras públicas Nos. 1120 (sic) y 1680, de 9 de julio de 1954 y 9 de septiembre del mismo año, ambas de la Notaría Segun-

da de Armenia, por doce mil pesos ($12.000,00) y diez mil pesos ($ 10.000,00), respectivamente, junto con los intereses que fueron liquidados para efectos del remate de fecha 11 de junio de 1956 en el juicio hipotecario de la misma Dora Ramírez Cardona, como cesionaria de Leonel Duque Holguín, contra Santos Garzón Arteaga, y los que se causen de la fecha de la citada liquidación en adelante hasta el día en que mi mandante reciba el pago, a la tasa estipulada en esos mismos créditos".

Los hechos principales de la demanda expresan en resumen que el señor Enrique Ramírez Llano vendió a las señoras Ana Delia y Liria María Correal, representada por su padre Timoteo Correal, un fundo llamado "La Pradera" en la suma de $ 160.000,00; en pago de parte de este precio, las compradoras dieron al vendedor Ramírez dos créditos hipotecarios a cargo de Santos Garzón Arteaga y a favor de Leonel Duque Holguín, uno por $ 12.000,00 y otro por $ 10.000,00; estos créditos figuraban ya en un juicio de venta de bien hipotecado que se adelantaba contra el deudor Garzón Arteaga; entre el vendedor y el mandatario de las compradoras se convino en que los créditos mencionados le fueran cedidos a la hija del mismo vendedor, señora Dora Ramírez Cardona, como en efecto se hizo; esta cesionaria continuó el aludido juicio contra Garzón y con respaldo en los citados créditos, remató para ella dos inmuebles ubicados en el área urbana de Armenia, remate que hizo en la cantidad de $ 17.500,00; la demandada Ramírez Cardona no ha transferido a su padre Enrique Ramírez Llano la propiedad de los dos inmuebles que ella adquirió por remate en la forma expuesta.

La demandada descorrió el traslado del libelo expresando que se oponía a las pretensiones de la parte actora, negando la mayoría de los hechos expuestos allí y proponiendo las excepciones llamadas carencia de acción y de derecho y la genérica.

El primer grado del juicio concluyó con la sentencia de cinco de septiembre de 1960, en la cual se denegaron las súplicas principales y subsidiarias de la demanda, se absolvió a la demandada, se ordenó cancelar la inscripción del mismo libelo y se denegó también la condena en costas.

LA SENTENCIA ACUSADA

Contra el fallo de primer grado se alzó el demandante, y, una vez surtida la segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira profirió la sentencia de tres de marzo de 1962, en la cual se dispuso:

"Primero.—Se revoca la sentencia recurrida.

"Segundo.—Se declara simulada la cesión de que trata el memorial de 23 de septiembre de 1955; dirigido por el señor Leonel Duque Holguín al Juzgado Civil del Circuito de Armenia (hoy Primero), por el cual el señor Duque Holguín dice ceder a la señora Dora Ramírez de García los derechos litigiosos en el juicio hipotecario que el cedente inició contra el señor Santos Garzón Arteaga en el Juzgado nombrado.

"Tercero.—Como consecuencia de la declaración anterior, se condena a la señora Dora Ramírez de García a restituír al señor Enrique Ramírez Llano, o a quienes representen los derechos de la sucesión de éste, la suma de veintidós mil pesos ($ 22.000,00) m/cte., y los intereses legales de esta suma a partir del cuatro (4) de mayo de mil novecientos cincuenta y nueve (1959) en adelante, hasta el día del pago del capital; sumas éstas que debe pagar la demandada seis días después de ejecutoriada la sentencia.

"Cuarto.—Dése al señor Recaudador Nacional de Hacienda de Armenia el aviso de que trata el art. 55 de la Ley 63 de 1936.

"Quinto.—Se condena en las costas de la primera instancia a la parte demandada, o sea a la señora Dora Ramírez de García.

"Sexto.—Sin costas en esta instancia".

La motivación de este fallo analiza las súplicas de la demanda y las pruebas allegadas al juicio, pruebas entre las cuales figuran unas posiciones absueltas por la demandada y los testimonios de los señores Leonel Duque Holguín (cedente de los créditos), Luis Enrique Arbeláez y Timoteo Correal, y dice en seguida:

"Con la confesión de la demandada y la prueba indiciaria que arrojan las declaraciones antes citadas, se llega a la conclusión de que la cesión de los créditos hipotecarios contenidos en las Escrituras Nos. 1220 y 1680, de 9 de junio de 1954 y 9 de septiembre del mismo año, de la Notaría Segunda de Armenia, por doce mil y diez mil pesos, respectivamente, es simulada, pues la citada señora obró como persona de confianza, como testaferro de su padre, el señor Enrique Ramírez Llano, pues fue éste quien pagó el valor de los cré-

ditos".

La sentencia recuerda la estipulación relativa a la cesión de los créditos hipotecarios, estipulación acordada en la compraventa que Enrique Ramírez Llano celebró con Ana Delia y Liria María Correal, y concluye así el examen de las pruebas:

"En conclusión, debe prosperar la primera declaración implorada en la demanda sobre simulación de las predichas cesiones de los créditos hipotecarios, mas no como consecuencia de ella la orden de entregar los inmuebles a la parte demandante, por cuanto no quedó bien establecido en el proceso que la opositora tenga la posesión material de los inmuebles objeto del litigo. Ignorándose tal hecho, mal puede ordenarse la entrega de los bienes y menos la restitución de los frutos naturales y civiles. Mas, de acuerdo con las peticiones subsidiarias, es viable, junto con la declaración sobre simulación de las cesiones, ordenar la entrega del valor de los créditos que, como ya se ha dicho, tienen un valor nominal de $ 22.000,00. Respecto de los intereses de esta suma solo se condenará a la parte vencida a pagar los legales, a partir de la contestación de la demanda, o sea a partir del 4 de mayo de 1959, pues no es posible acceder a condenación distinta, porque el demandante no demostró cuál es la cuantía de los intereses que fueron liquidados para efectos del remate, ni cuándo ocurrió tal liquidación".

EL RECURSO DE CASACION

La parte demandada recurrió en casación y con respaldo en la segunda de las causales señaladas por el art. 520 del C. Judicial, formula contra el fallo del Tribunal un cargo por incongruencia, cargo que la Corte procede a examinar y decidir.

El recurso expresa, en efecto, que, por varios aspectos, no hay consonancia entre las súplicas de la demanda y las declaraciones y condenas de la sentencia; que, por ejemplo, en la tercera de las peticiones principales del libelo se solicita que se condene a la demandada a entregar al actor los bienes allí especificados y no se ve cómo haya podido la sentencia, con base en esos pedimentos, condenar a la misma demandada a pagar al demandante una suma de dinero que no fue objeto de tales súplicas. Habiéndose promovido una reivindicación y no encontrándose probado que la demandada fuera la poseedora de los inmuebles, lo procedente y armónico con esa acción era denegar las peticiones principales de la demanda y no condenar a la señora Ramírez Cardona a cubrir una cantidad de dinero, porque esto último equivale a proferir una decisión extra petita.

El recurso reproduce parte del párrafo de la sentencia que ya se ha transcrito y en relación con lo allí expuesto, dice que, denegadas las peticiones principales de la demanda, dicho fallo debía estudiar las súplicas subsidiarias, pero que, desatendiendo lo dispuesto por el art. 471 del C. Judicial, se hizo un "injerto jurídico" por cuanto se acogió uno de esos pedimentos subsidiarios, sin embargo de ser "indeclarables" por estar desarticulados de la simulación invocada, desde luego que en la demanda no se solicitó su declaración como una consecuencia de haber sido simulada la cesión de los créditos.

Incurrió también el fallo en inconsonancia por haberse abstenido de considerar las excepciones perentorias que la parte demandada propuso al evacuar el traslado del libelo. Dicha parte alegó unas excepciones, pero la sentencia no las estudió, y es muy posible que, al considerarlas, hubiera acabado por encontrar bases suficientes para declararlas probadas. Así, por ejemplo, las peticiones subsidiarias no están amparadas por los términos del mandato que el actor confirió a su abogado. La sentencia no solo debe guardar armonía con la demanda y con las demás pretensiones de las partes, según el art. 471 del C. Judicial, sino que también ha de fundarse en los hechos que aparezcan plenamente demostrados, como lo prescribe el art. 593 ibidem.

Fuera de lo dicho, el fallo acusado no se pronunció sobre la orden de cancelar la inscripción de la demanda, omisión que constituye otro quebranto de la norma que prescribe que la sentencia debe ser congruente con la demanda y con las demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes.

Y por último, incurrió el fallo en otra inconsonancia al disponer en el ordinal tercero de su parte resolutiva que la restitución del dinero por la demandada debe hacerse al demandante Ramírez Llano "o a quienes representen los derechos de la sucesión de éste", ya que esto último no fue solicitado por el actor y que dicha sentencia tiene a éste por muerto sin prueba que demuestre su defunción.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

I) La primera causa de la incongruencia que se formula contra el fallo, consiste en que en la demanda se pidió la condena de la demandada a entregar al demandante los inmuebles que ella hubo por remate y en que dicha sentencia condenó a la misma demandada, no a restituír esos bienes, sino a reembolsar el valor de los créditos que le fueron a ella cedidos, esto es, la suma de $ 22.000,00, más sus intereses legales. El recurso considera que, de este modo, la sentencia decidió sobre cosa no pedida.

En la demanda se solicitó en primer término la declaración de que la demandada Dora Ramírez obró como persona de confianza o testaferro de su padre Enrique Ramírez Llano al recibir las cesiones de los créditos que le transfirió el señor Leonel Duque Holguín, y en segundo lugar se pidió que, como consecuencia de lo anterior, se declarara también que el actor es el dueño de los inmuebles rematados por la demandada con respaldo en los créditos mencionados y que se condenara a ésta a entregar tales bienes al mismo demandante. La sentencia declaró simulado el acto de las cesiones de los créditos, entendiendo que lo invocado en la referida primera súplica era una declaración de simulación, no obstante que no se llamó a juicio al cedente Leonel Duque Holguín. Como consecuencia de tal primera declaración, el mismo fallo condenó a la señora Ramírez Cardona a restituír al demandante el valor de los créditos cedidos, esto es, la suma de $ 22.000,00, con sus intereses legales, acogiendo así la primera de las súplicas subsidiarias de la demanda, y ello en razón de no haber encontrado probada la posesión de la propia señora Ramírez sobre los inmuebles rematados y no poder condenarla a restituír esos bienes. De manera que, por este aspecto, la sentencia acogió la primera de las peticiones principales y la primera de las súplicas subsidiarias de la demanda y no incurrió por tanto en ninguna incongruencia entre lo demandado y lo resuelto, ni decidió sobre cosa no pedida. No desvirtúa esta conclusión la circunstancia intrascendente de que en la demanda no se hubieran formulado de manera expresa las peticiones subsidiarias como una consecuencia de alguna de las súplicas principales.

II) - Hecha la declaración de que la cesión de los créditos fue simulada, surgía de modo forzoso la consecuencia de que la demandada debía transferir al demandante los bienes por ella rematados o pagar el valor de los créditos que le fueron cedidos. No encontrando viable la primera de estas consecuencias por no aparecer debidamente establecida la posesión de la misma demandada sobre los inmuebles expresados, el fallo podía y debía proferir la segunda declaración o consecuencia, esto es, condenar a la señora Ramírez Cardona a pagar el valor de los créditos, tal como se pidió en la primera de las súplicas subsidiarias. Esta condena era una consecuencia necesaria de la declaración sobre simulación de las cesiones y al decretarla no incurrió el fallo en inconsonancia, aunque en la demanda no se la hubiera impetrado por esa vía consecuencial, sino como pedimento subsidiario. La sentencia no excedió, pues, los límites de lo pedido en la demanda.

III) - La parte demandada propuso las excepciones llamadas carencia de acción y de derecho y la genérica. La sentencia nada dijo en realidad de manera expresa sobre estas excepciones, pero este silencio no entraña en este caso ninguna incongruencia, porque las declaraciones hechas por el mismo fallo implican necesariamente que las excepciones no aparecían demostradas. Esas declaraciones son incompatibles con las excepciones propuestas por la demandada y por tanto al proferir las primeras quedaron por ello mismo desestimadas en forma implícita las segundas. Lo cual pone de relieve que por este otro aspecto tampoco se advierte inconsonancia entre lo resuelto por la sentencia y lo alegado por la parte demandada.

IV) - Verdad es que la sentencia se abstuvo de decretar la cancelación del registro de la demanda, pero esta omisión no constituye incongruencia alguna, porque esa medida de cancelación, como resultado forzoso que es del propio fallo, puede ser decretada tanto en la parte decisoria de éste como en proveído separado y posterior a la ejecutoria de la sentencia misma. El no haberse ordenado la cancelación mencionada en el texto del fallo no implica ninguna inconsonancia entre las pretensiones de las partes y las declaraciones de la sentencia.

Y menos se puede imputar inconsonancia al fallo por haber decretado la restitución del monto de los créditos a favor del demandante Ramírez Llano o de sus sucesores, porque en el juicio sí aparece una partida de origen eclesiástico sobre la defunción de dicho señor y porque, aunque así no se hubiera pe-

dido en la demanda por hallarse entonces vivo el actor Ramírez, tal petición se habría entendido formulada de manera necesaria al fallecer el mismo demandante y quedar sustituído en el proceso por sus referidos sucesores.

Por ninguno de los aspectos anotados incurrió el fallo en el vicio de inconsonancia, lo que demuestra que el cargo carece de fundamento.

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 tres de marzo de mil novecientos sesenta y dos, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en este juicio ordinario del señor Enrique Ramírez Llano contra la señora Doña Ramírez Cardona.

Sin costas en el recurso porque no se han causado.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

PRESUPUESTOS PROCESALES

La falta de uno cualquiera de ellos impide el pronunciamiento del Juez sobre el mérito de la litis.- Los elementos constitutivos de la acción y las condiciones de la misma, no deben confundirse con los presupuestos procesales.- El petitum de una demanda no es un presupuesto procesal sino una anomalía de la acción que conduce a desestimar su mérito.- División de los contratos.- La rescisión por lesión enorme en principio no se otorga para los contratos aleatorios.- La cesión de derechos litigiosos es un acto de carácter aleatorio.- Lesión enorme en caso de venta de muebles e inmuebles por un solo contrato.- Cómo debe hacerse el justiprecio.

1.- De acuerdo con el ordenamiento procesal, para poder dar solución firme a una diferencia jurídica o litigio, se requiere la formación y desarrollo normal de un proceso, es decir, la constitución de la relación procesal. Esta constitución regular del juicio o de la relación procesal, exige la intervención de un juez, la formulación de una demanda y la presencia de un demandante y de un demandado. El Juez que es llamado a intervenir, debe ser competente, o sea, que ha de tener facultad para decidir en concreto el conflicto que se le plantea. A su vez el demandante y el demandado necesitan gozar de capacidad para ser partes o sujetos de derecho y de capacidad procesal o para comparecer en juicio. Y por último, es necesario que la demanda sea idónea, esto es, que reuna determinados elementos formales. Estos factores consistentes en la competencia del Juez, en la capacidad del actor y del demandado para ser partes y para comparecer en juicio y en la idoneidad formal de la demanda, son conocidos con la denominación de presupuestos procesales, es decir, como premisas o requisitos indispensables para la constitución normal de un proceso y para que en éste pueda el juez dar una solución de fondo a la divergencia surgida entre los litigantes. La ausencia en el juicio de uno cualquiera de estos presupuestos, impide la integración de la relación procesal y el pronunciamiento del juez sobre el mérito de la litis. Al respecto puede verse lo dicho por la Corte en casaciones de julio 21 de 1954 (LXXVIII, 2144, 104), y de agosto 19 de 1954 (LXXVIII, 2145, 348).

La demanda, que es la petición con la cual se inicia un juicio, está sujeta a ciertos requisitos que no obedecen a un criterio puramente formalista, sino a la necesidad de determinar con claridad y precisión las pretensiones del actor y los límites de la actividad que en cada caso incumbe realizar al sentenciador. Dichos requisitos aparecen señalados de manera general por los arts. 205, 209, 217, 222 y 737 del C. Judicial, y se refieren, no propiamente al contenido de la demanda, sino a la forma como ese contenido debe ser expuesto.

Son tales la importancia y necesidad de los presupuestos procesales que algunas de las excepciones dilatorias y de las causales de nulidad (C.J. 330 y 448) han sido consagradas precisamente con la finalidad de asegurar en la litis la presencia de todos esos presupuestos. Si, faltando uno de estos requisitos, no se acude oportunamente a subsanar ese defecto mediante la alegación de la excepción o de la nulidad respectiva y el proceso llega con tal vicio al estado de fallo, el juez debe ponerlo de manifiesto y abstenerse de proveer en el fondo del negocio, profiriendo en cambio una sentencia inhibitoria, con consecuencias de cosa juzgada simplemente formal.

2.- No deben confundirse los presupuestos

procesales con los elementos definidores o constitutivos de la acción ni con las condiciones de la misma acción. Los primeros se refieren a la formación del proceso o de la relación procesal, mientras que los segundos conciernen y se encaminan a configurar e identificar la acción que se ejercita y a determinar los requisitos de su prosperidad. Toda acción se constituye e identifica por tres elementos, consistentes en los sujetos, activo y pasivo, de la relación jurídica sustancial que se discute, en el título o causa petendi y en el petitum u objeto de la acción. El ejercicio de una acción cualquiera exige el señalamiento de estos tres factores para configurarla y definirla. En el petitum se debe determinar el objeto o pretensión que se persigue, o sea el bien o derecho cuya tutela se busca. La causa petendi consiste en los hechos que dan origen y sirven de título a la pretensión invocada o al petitum. Estos tres elementos concurren a estructurar y a individualizar una acción y a distinguirla de cualquiera otra. Por ello se los denomina elementos constitutivos o definidores de la acción.-

Además de estos elementos, sucede que toda acción requiere llenar ciertas condiciones que son necesarias, ya no para su conformación procesal, sino para asegurar su prosperidad, esto es, para que el demandante que la promueve pueda obtener un pronunciamiento favorable a sus pretensiones. Estos requisitos de mérito son llamados condiciones de la acción, porque la respaldan y determinan su acogida y su éxito. Estas condiciones consisten en la tutela de la acción por una norma sustancial, en la legitimación en causa y en el interés para obrar. Se cumple la primera de estas condiciones cuando el hecho o hechos que le sirven de fundamento a la acción (causa petendi) y la pretensión que constituye su objeto (petitum), coinciden con el hecho o hechos previstos por la ley sustancial y con el efecto jurídico que ésta atribuye a los mismos hechos. Apareciendo esta concordancia, resulta la acción tutelada por la ley y satisfecha una de las condiciones de su prosperidad. La legitimación en causa es en el demandante la cualidad de titular del derecho subjetivo que invoca y en el demandado la calidad de obligado a ejecutar la prestación correlativa. Y el interés para obrar o interés procesal, no es el interés que se deriva del derecho invocado (interés sustancial), sino el interés que surge de la necesidad de obtener el cumplimiento de la prestación correlativa, o de disipar la incertidumbre sobre la existencia de ese derecho, o de sustituir una situación jurídica por otra.

Estas nociones permiten ver que el petitum de una demanda no es un presupuesto procesal, sino uno de los elementos constitutivos o definidores de la acción, y que además, para que se cumpla una de las condiciones de viabilidad de la misma acción, se requiere que entre dicho petitum y la causa petendi haya una tal compenetración que estos dos factores resulten colocados en una relación jurídica de causa a efecto. Si, con olvido de estas mismas nociones, se formula en la demanda un petitum jurídicamente inadecuado a la causa petendi, este defecto no puede ser considerado y tratado como falta de un presupuesto procesal, sino como una anomalía de la acción que conduce a desestimar su mérito.

3.- Según los artículos 1497 y 1498 del C. Civil, los contratos se dividen en gratuitos y onerosos y estos últimos se subdividen a su vez en conmutativos y aleatorios. El contrato oneroso es conmutativo cuando la prestación que cada una de las partes se obliga a dar o a hacer se mira como equivalente de lo que la otra parte se obliga a su vez a dar o hacer. El mismo contrato oneroso asume carácter aleatorio cuando la prestación que una de las partes se obliga a dar o a hacer, consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida. "Lo que caracteriza el contrato conmutativo —ha dicho la Corte— es que las prestaciones a que da nacimiento, deben ser equivalentes y conocidas ciertamente desde el momento mismo de su celebración o perfeccionamiento; cada parte sabe o está en capacidad de saber en ese instante el gravamen que se impone en beneficio de la otra y lo que recibe en cambio y determinar, en consecuencia, la utilidad o la pérdida que el contrato le reporta. En el aleatorio ocurre precisamente lo contrario, pues no hay equivalencia en las prestaciones y

los contratantes no prevén en el momento de su celebración el alcance de aquéllas o la ganancia o la pérdida que derivan del contrato, puesto que tanto la una como la otra están subordinadas o dependen de una contingencia incierta. De allí que la acción rescisoria por lesión enorme se conceda sólo y en los casos precisados por la ley, para algunos contratos conmutativos, cuando se rompe en la medida legal la equivalencia de las prestaciones, y que dicha acción en principio no se otorgue por la ley para los contratos aleatorios" (Cas., junio 16 de 1953, LXXV, 2130, 327).

4.- Conforme a lo prescrito por el art. 1969 del C. Civil, la cesión de derechos litigiosos es un acto de carácter aleatorio. En él la incertidumbre de la litis elimina la posibilidad de la lesión enorme y por tanto dicho acto, o mejor aún, el contrato de venta o de permuta que le da orígen no es susceptible de ser rescindido por causa de una supuesta lesión enorme.

5.- Cuando la compraventa comprende bienes raíces y muebles, la Corte tiene decidido que para llegar a determinar si el contrato es rescindible por lesión enorme, se hace necesario justipreciar por separado tanto los inmuebles como los bienes muebles, a fin de fijar el precio justo de los primeros (Cas. diciembre 16 de 1954, LXXIX, 2149, 280).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., febrero veintiuno de mil novecientos sesenta y seis.

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

El señor Carlos Enrique Páramo T. demandó al doctor Eduardo Kronfly Kronfly ante el Juez Quinto Civil del Circuito de Bogotá para que, en la sentencia respectiva, se declarara rescindido por lesión enorme el contrato de compraventa que se consignó en la Escritura Nº 258, extendida en la Notaría Sexta de esta misma ciudad el cuatro de febrero de 1958, contrato por el cual el señor Páramo transfirió en venta al doctor Kronfly el derecho de dominio que tenía sobre la mitad de un predio rústico llamado "Ténjamo", ubicado en jurisdicción del Municipio de Guaduas, y le cedió los derechos litigiosos que el propio demandante tenía en un juicio que sobre rescisión por lesión enorme de la venta de la otra mitad del fundo mencionado ventilaba entonces en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá contra los señores Luis Enrique Mejía y Gregorio Espinosa. En la demanda se suplican otras declaraciones y condenas como consecuencia de la rescisión por lesión enorme que se postuló en la primera súplica.

Los fundamentos de la demanda aparecen formulados en veintidós hechos que pueden compendiarse así:

1º - El 12 de diciembre de 1957 los señores Carlos Enrique Páramo y Eduardo Kronfly celebraron un contrato de promesa, en virtud del cual el primero prometió transferir en permuta al segundo la mitad de un fundo rural llamado "Ténjamo", situado en jurisdición del Municipio de Guaduas, y cederle los derechos litigiosos que el mismo Páramo tenía en un juicio sobre rescisión por lesión enorme de la venta de la otra mitad del predio citado que había hecho antes a los señores Luis Enrique Mejía y Gregorio Espinosa.

2º - A su vez el promitente doctor Kronfly se obligó a transferir en cambio al señor Páramo el derecho de dominio que tenía sobre dos inmuebles, así: uno consistente en un solar de cuatrocientas varas cuadradas, ubicado en la calle 33-B, con carrera 4ª D., del área urbana de Bogotá, y otro formado por una finca rural denominada "La Cabaña", ubicada en jurisdicción del Municipio de Nocaima, con una extensión superficiaria aproximada de diez fanegadas. La transferencia del dominio de este último inmueble quedó sujeta "a la condición suspensiva de que los derechos litigiosos cuya cesión prometió Páramo a Kronfly culminaran en un fallo judicial favorable a los intereses del cedente".

3º - Como sobre el fundo de "Ténjamo" existía a la sazón un gravamen hipotecario a favor de Máximo Moreno Ramos, el contratante doctor Kronfly prometió hacerse cargo de cubrir la deuda garantizada con esa hipoteca, hasta por la cantidad de $ 25.000,00, moneda corriente.

4º - El señor Páramo prometió asimismo obligarse a pagar una deuda por $ 10.000.00 a favor de la señora Carmen de Leschorn que estaba asegurada con una hipoteca sobre el

solar ubicado en la calle 33-B, con la carrera 4ª-D, del perímetro urbano de Bogotá.

La demanda relata otras estipulaciones secundarias de la promesa de contrato que no hay para qué mencionar.

5º - El cuatro de febrero de 1958 los señores Páramo y Kronfly suscribieron en la Notaría Sexta de Bogotá las Escrituras Nos. 258 y 259, en las cuales hicieron constar la celebración de sendos contratos de compraventa, así:

a) En la Escritura Nº 258 aparece que el señor Páramo le transfirió al doctor Kronfly, a título de venta, la mitad del predio de "Ténjamo" y le cedió los derechos litigiosos que tenía en un pleito sobre rescisión por lesión enorme de la venta que de la otra mitad del mismo inmueble había hecho antes a los señores Gregorio Espinosa y Luis Enrique Mejía. El precio de esta compraventa se fijó en $ 100.000.00, de los cuales declaró el vendedor Páramo tener recibidos $ 80.000.00 a su entera satisfacción de manos del comprador; el resto de $ 20.000.00 quedó en poder del propio comprador para que éste pagase la suma adeudada al señor Máximo Moreno Rojas por causa del crédito hipotecario que gravaba la totalidad del fundo de "Ténjamo". En la cláusula novena de este mismo instrumento se estipuló que "el comprador, doctor Eduardo Kronfly K., queda obligado a otorgarle a su vendedor Carlos Enrique Páramo T. la escritura de venta sobre la finca de propiedad de Kronfly K., situada en jurisdicción del Municipio de Nocaima, con extensión de diez (10) fanegadas, cumpliendo lo pactado en la promesa de permuta firmada por los contratantes el día doce (12) de diciembre de mil novecientos cincuenta y siete (1957), obligación que se hará exigible una vez le quede saneado el cincuenta por ciento (50%) afectado por los pleitos de que habla el punto cuarto de este instrumento". El comprador Kronfly se obligó por su parte a pagar la deuda a favor de Máximo Moreno y declaró tener recibido a su satisfacción todo el predio de "Ténjamo" desde el doce de diciembre de 1957;

b) En la otra Escritura Nº 259 consta que el doctor Eduardo Kronfly Kronfly le vendió al señor Carlos Enrique Páramo un solar o lote de terreno de una extensión aproximada de cuatrocientas varas cuadradas, ubicado en el área urbana de Bogotá y distinguido con los números cuatro ochenta y siete (4-87) de la calle 33-B y treinta y tres diecisiete (33-17) de la carrera 4ª-D. El precio de esta venta fue de $ 40.000.00, de los cuales declaró el vendedor tener recibidos $ 30.000.00 a su entera satisfacción de manos del comprador Páramo. Los $ 10.000.00 restantes quedaron en poder del mismo comprador para que con ellos atendiese éste al pago de una deuda por igual suma a favor de la señora Carmen de Leschorn, deuda que estaba asegurada con una hipoteca sobre el solar vendido. Se hizo constar en este mismo instrumento que el vendedor había hecho entrega al comprador del lote mencionado desde el 12 de diciembre de 1957. El comprador expresó que tenía recibido dicho solar y que se obligaba a cubrir la deuda a favor de la señora de Leschorn.

La demanda continúa relatando así los hechos:

"13. - Para solemnizar y dar cumplimiento al contrato de promesa de permuta consignado en documento privado, suscrito entre demandante y demandado el día doce de diciembre de mil novecientos cincuenta y siete, reconocido ante Notario Público el catorce del mismo mes, se suscribió la Escritura Pública número doscientos cincuenta y ocho (258), del cuatro de febrero de mil novecientos cincuenta y ocho, otorgada ante el Notario Sexto de este Circuito.

"14. - En dicho instrumento se alude a transferencia del dominio por «venta real y efectiva», teniendo en cuenta quizás que el dinero recibido por el demandante valía más que el lote de terreno delimitado en la Escritura 259 del 4 de febrero de 1958, corrida en la Notaría 6ª de Bogotá.

"15. - Aunque en la cláusula sexta de la Escritura 258 del 4 de febrero de 1958, corrida en la misma Notaría, se fija como precio de la venta la cantidad de cien mil pesos ($ 100.000.00 m/cte.), «de los cuales el vendedor tiene recibidos a su entera satisfacción de manos del comprador la suma de ochenta mil pesos ($ 80.000.00 m/cte.)», es lo cierto que el demandante Páramo jamás recibió dicha cantidad en dinero efectivo, ni en ningún otro bien distinto de los que se relacionan en los hechos anteriores de esta demanda, equivalente a la cantidad máxima de treinta y tres mil novecientos pesos ($ 33.900 m/cte.), como precio compensatorio de toda la finca de Ténjamo, que comprendía un cincuenta por ciento libre y otro tanto como derecho litigioso.

"16. - Tan cierto es lo expresado en el hecho inmediatamente anterior, que en la escritura de venta Kronfly «queda obligado (según la cláusula novena) a otorgarle a su vendedor Carlos Enrique Páramo T. la escritura de venta sobre la finca de propiedad de Kronfly, situada en jurisdicción del Municipio de Nocaima, con extensión de diez fanegadas, cumpliendo lo pactado en la promesa de permuta firmada por los contratantes el día doce de diciembre de mil novecientos cincuenta y siete (1957)».

"18. - La circunstancia de que en la promesa de contrato se aluda a permutación de un inmueble por otros, agregada al hecho de que la venta hecha por Carlos Enrique Páramo a Kronfly tuvo lugar el cuatro (4) de febrero de mil novecientos cincuenta y ocho (1958), en la Notaría Sexta de este Circuito; y a su vez la venta efectuada por Kronfly a Páramo se realizó el mismo día, en la misma Notaría y mediante Escritura Nº 259 (en tanto que el otro instrumento corresponde al número 258), indican claramente la estrecha relación de causalidad entre uno y otro contrato, vale decir, el hecho inequívoco de que el lote cuyo dominio transfiriera el demandado al demandante, fue mera dación en pago, por permutación del inmueble de Ténjamo.

"19. - Para la época en que tuvo lugar el contrato de que da cuenta la Escritura número 258 del cuatro de febrero de 1958, otorgada ante el Notario Sexto de Bogotá, el inmueble de Ténjamo tenía un valor comercial que fluctuó entre $ 135.000.00 m/cte., y $ 160.000.00 m/cte., según se desprende de tres avalúos periciales sucesivos, practicados con intervención de la justicia.

"20. - El demandante Carlos E. Páramo T. hizo entrega real y material del inmueble de «Ténjamo» al permutante y demandado Eduardo Kronfly, quien tiene la posesión material de dicho fundo desde la fecha del contrato de permutación, esto es, desde el doce de diciembre de mil novecientos cincuenta y siete.

"21. - El demandado Eduardo Kronfly no ha hecho al demandante Carlos E. Páramo T. entrega material del lote de terreno relacionado en la Escritura pública número 259, del 4 de febrero de 1958, corrida en la Notaría Sexta de este Circuito, lote cuya posesión conserva un tercero.

"22. - Todos y cada uno de los gastos procesales inherentes a la tramitación del juicio ordinario que cursa en el Juzgado Tercero Civil de este Circuito, instaurado contra Gregorio Espinosa y Enrique Mejía por Carlos E. Páramo, han sido sufragados por éste y en ningún caso por el demandado.

"23. - En dicho juicio se declaró rescindido por lesión enorme el contrato de compraventa celebrado entre el demandante Carlos E. Páramo y los compradores Mejía y Espinosa, sin intervención o ingerencia alguna profesional por parte del doctor Eduardo Kronfly, de tal manera que los derechos litigiosos enajenados a favor de éste salieron airosos debido al celo del demandante Páramo y a las erogaciones en dinero que éste personalmente hubo de hacer, sin costo alguno para el demandado".

Este demandado contestó el libelo negando la mayoría de los hechos expuestos, admitiendo el hecho 20, oponiéndose a las pretensiones de la parte demandante y alegando que el primitivo contrato de promesa de permuta fue "modificado substancialmente" por las convenciones que se consignaron en las Escrituras Nos. 258 y 259, de cuatro de febrero de 1958.

El primer grado del juicio se clausuró con la sentencia de tres de mayo de 1961, por la cual se denegaron las súplicas de la demanda, se absolvió al demandado y se condenó en costas a la parte demandante.

LA SENTENCIA ACUSADA

Surtida la segunda instancia por apelación de la misma parte actora, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá profirió la sentencia de 31 de marzo de 1962, por la cual se revocó la de primer grado y en su lugar se resolvió:

"1º - Declarar probada la ausencia del presupuesto procesal de demanda en forma, por petición de modo indebido. En consecuencia, se inhibe de decidir sobre el fondo de las acciones incoadas.

"2º - Condénase al demandante al pago de las costas de la primera instancia del juicio. Sin costas en la apelación".

La motivación de la sentencia del Tribunal hace la reseña del litigio, analiza las pruebas allegadas por las partes, consistentes en las posiciones absueltas por ambos litigantes y en los testimonios de los señores Alfonso Hernández, Emiro Casas, Humberto

Alvarez y Julio Calderón, cita varias de las confesiones hechas por los propios contendientes y algunas de las aseveraciones de los declarantes nombrados y expresa a continuación:

"En sentir de la Sala no hubo novación del inicial contrato de permuta por el de venta, no hubo cambio sustancial; los contratantes persistieron en la permutación, modificando accidentalmente algunas de las cláusulas primitivas y concretando su consentimiento en los términos de las Escrituras 258 y 259 de 4 de febrero de 1958.

"Así lo persuaden la apreciación conjunta de todo el acervo probatorio: la promesa de contrato; la simultaneidad de los dos Instrumentos Públicos precitados; la cláusula novena de la Escritura 258, en donde textualmente Kronfly asume una obligación «cumpliendo lo pactado en la promesa de permuta»; el descuento de las letras de cambio confesado por Kronfly en su respuesta a la posición novena, para imputar a la deuda hipotecaria que grava el predio de Nocaima; y los testimonios de los señores Casas y Calderón que entendieron que la permuta inicialmente acordada se concretó en ventas de cada una de las fincas; indicios numerosos, precisos y graves, conexos entre sí, que concurren a demostrar la permutación contenida en las Escrituras 258 y 259, bajo la apariencia de compraventa con precio simulado (art. 665, C. J.)".

El mismo fallo aborda en seguida el estudio de la acción ejercitada en la demanda y sobre tal punto dice lo siguiente:

"La acción promovida es la de rescisión por lesión enorme del contrato contenido únicamente en la Escritura pública número 258, y por medio de ella se ataca tanto la venta de la mitad del derecho de dominio de Ténjamo como la cesión de los derechos litigiosos sobre el mismo inmueble.

"Aun cuando la demanda impugna ese contrato de compraventa y afirma que en realidad fue de permutación, sin embargo no pide la misma declaración respecto de la convención recogida en la Escritura 259. Este planteamiento configura claramente una petición de modo indebido, conforme al castizo lenguaje de la antigua jurisprudencia, o a la ausencia del presupuesto procesal de demanda en forma, según el léxico contemporáneo, determinantes de un fallo inhibitorio.

"En efecto, la permutación o cambio es —de acuerdo con la definición del art. 1955 del C.C.— un contrato en que las partes se obligan mutuamente a dar una especie o cuerpo cierto por otros.

"Cada permutante se considera como vendedor de la cosa que da. La prestación del uno es la causa y el equivalente económico justo de la contraprestación del otro. Un desequilibrio superior a la mitad del justo precio a tiempo del contrato, confiere al lesionado derecho a obtener la rescisión, restituyendo las cosas al estado anterior. Mas su contraparte puede evitarla, completando el justo precio con deducción de una décima parte (arts. 1946 a 1949 y 1958 ibidem.).

"Frecuentemente se celebra una permuta mediante dos operaciones cruzadas de compraventa con simulación de precios. En tal evento, que es el de autos, el permutante lesionado debe impetrar la rescisión de la permuta y no demandar la de una de las ventas, dejando subsistente la otra, que con la primera integra la unidad sustancial del negocio jurídico, porque ello rompería la equivalencia de las prestaciones y haría imposibles las restituciones y prestaciones legalmente consiguientes a la rescisión, destruyendo los principios de justicia consignados y tutelados por la ley. Tal demanda es inepta, puesto que no ataca la unidad del contrato de permuta, sino una de las dos operaciones de compraventa de que se valieron las partes para realizar aquella convención.

"Se impone, pues, reconocer el aludido fenómeno, dictando, no una sentencia de mérito, sino una inhibitoria".

La sentencia impugnada se refiere al fallo de primer grado y dice que éste no examinó sino el contrato contenido en la Escritura Nº 258, que no vio la unidad del negocio integrada por las dos convenciones que se celebraron en dicha escritura y en la señalada con el número 259 y que desestimó los reparos que se le formularon al contrato atacado. Discurre luego sobre el fenómeno de la lesión enorme y sobre las teorías ideadas para explicarlo y concluye así su motivación:

"El defecto apuntado de que adolece la demanda, impide confrontar las tesis anteriormente expuestas con los hechos probados en el presente litigio.

"Empero, y desde otro punto de vista, es necesario precisar un concepto: la permuta-

ción convenida en la promesa de contrato fue modificada accidentalmente y fue realizada mediante las dos operaciones de venta contenidas en las Escrituras 258 y 259, en las cuales se simuló el precio. Ambas ocultan, pues, el contrato único de permutación. No se operó novación, se está en presencia de una simulación. Por ello no existe la nulidad absoluta, porque la simulación no es causa de nulidad; sin perjuicio de que el acto real puede quedar afectado de nulidad por otros conceptos. La nulidad planteada en el alegato de conclusión de primera instancia falla por este aspecto".

EL RECURSO DE CASACION

La parte demandada recurrió en casación y ha formulado contra la sentencia del Tribunal cinco cargos, uno por la causal segunda y cuatro por la causal primera. La Corte se contraerá a examinar uno de estos ultimos cargos por considerar que está fundado en razones suficientes para prosperar.

El motivo consiste en el quebranto directo, por falta de aplicación, de los artículos 1946 a 1954 y 1968 del C. Civil, y por aplicación indebida de los arts. 1759, 1766, 1955 a 1958 ibidem y 8º de la Ley 153 de 1887.

Sobre esta censura dice el recurso que la pretensión del actor consiste en la rescisión de la compraventa que se consignó en la Escritura Nº 258, de cuatro de febrero de 1958, por estimar que los $ 100.000.00 que, conforme a ese instrumento, se le dieron por la mitad del fundo de "Ténjamo" y por los derechos litigiosos, distan del justo precio de estos mismos bienes. En los hechos de la demanda se expresa que no le fueron pagados al demandante los $ 80.000.00 de que habla dicha escritura y se exponen otras circunstancias, pero en todo momento se insiste en la rescisión de la compraventa mencionada. A esto cabe agregar lo confesado en posiciones por el propio actor y el hecho de que fue la finca de "Ténjamo" el único bien que se justipreció en este litigio.

Según el recurso, el demandante no considera lesiva sino la compraventa celebrada por la Escritura Nº 258, y, aunque la relación de los hechos no es correcta ni precisa, lo cierto es que el petitum y el derecho invocado son claros y no permiten ninguna vacilación en cuanto a que lo querido y pretendido por el actor es la rescisión de la compraventa en referencia. De modo que el fallo, al sostener que no se sustituyó la permuta inicialmente prometida por las compraventas celebradas posteriormente y que los contratantes persistieron en la permutación y concretaron su consentimiento en las dos expresadas compraventas, incurrió en un desvío por estimar que lo demandado era una simulación y no una rescisión por lesión enorme. Es, pues, manifiesta la equivocación de la sentencia al decidir sobre una simulación no pedida y al dejar de resolver sobre la rescisión invocada, violando con ello, por falta de aplicación, los arts. 1946 y siguientes del C. Civil, que regulan el fenómeno de la lesión en la compraventa, así como el 1968 ibidem (sic) que consagra el carácter aleatorio de la cesión de derechos litigiosos.

"Habiéndose enrumbado por una simulación no pedida —continúa diciendo el recurso— el Tribunal aplicó indebidamente los arts. 1759 y 1767 del C. C. y el 8º de la Ley 153 de 1887, en cuanto de ellos parte el principio general de derecho sobre simulación y prevalencia, y el mismo principio; los trajo a cuento sin que nadie, fuera de él, los hubiera llamado o invocado, y aplicó con igual impertinencia los arts. 1955 y ss., C. C., ya que trató el problema como si fuera de permutación, cuando todo estaba situado en términos de compraventa". De esta manera se creó una acción que no fue propuesta y se decidió sobre ella en forma inhibitoria, cuando ha debido resolverse sobre la rescisión pedida y absolverse al demandado por falta de prueba de la lesión enorme y porque este fenómeno no se produce en la cesión de derechos litigiosos.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

I) - De acuerdo con el ordenamiento procesal, para poder dar solución firme a una diferencia jurídica o litigio, se requiere la formación y desarrollo normal de un proceso, es decir, la constitución de la relación procesal. Esta constitución regular del juicio o de la relación procesal, exige la intervención de un juez, la formulación de una demanda y la presencia de un demandante y de un demandado. El juez que es llamado a intervenir, debe ser competente, o sea, que ha de tener facultad para decidir en concreto el conflicto que se le plantea. A su vez el demandante y el demandado necesitan gozar de capacidad para ser partes o sujetos de derecho y de capacidad procesal o para comparecer en juicio. Y por último, es necesario que la demanda sea idónea, esto es, que

reúna determinados elementos formales. Estos factores consistentes en la competencia del juez, en la capacidad del actor y del demandado para ser partes y para comparecer en juicio y en la idoneidad formal de la demanda, son conocidos con la denominación de presupuestos procesales, es decir, como premisas o requisitos indispensables para la constitución normal de un proceso y para que en éste pueda el juez dar una solución de fondo a la divergencia surgida entre los litigantes. La ausencia en el juicio de uno cualquiera de estos presupuestos, impide la integración de la relación procesal y el pronunciamiento del juez sobre el mérito de la litis. "Advertida la falta de un presupuesto procesal —ha dicho la Corte— el juez debe abstenerse de fallar en el fondo" (Cas., julio 21 de 1954- LXXVIII- 2144, 104).

"Llámanse presupuestos procesales —ha expuesto también la Corte— los requisitos exigidos por la ley para la constitución regular de la relación jurídico-procesal. Sin ellos no puede iniciarse ni desarrollarse válidamente ningún proceso.

"Para obtener cualquier resolución, favorable o desfavorable, sobre el mérito de la acción incoada, deben hallarse reunidos los presupuestos procesales, que son condiciones previas indispensables para que el juez pueda proveer en el fondo del negocio" (Cas., agosto 19 de 1954 - LXXVIII- 2145, 348).

La demanda, que es la petición con la cual se inicia un juicio, está sujeta a ciertos requisitos que no obedecen a un criterio puramente formalista, sino a la necesidad de determinar con claridad y precisión las pretensiones del actor y los límites de la actividad que en cada caso incumbe realizar al sentenciador. Dichos requisitos aparecen señalados de manera general por los arts. 205, 209, 217, 222 y 737 del C. Judicial, y se refieren, no propiamente al contenido de la demanda, sino a la forma como ese contenido debe ser expuesto.

Son tales la importancia y necesidad de los presupuestos procesales que algunas de las excepciones dilatorias y de las causales de nulidad (C. J., 330 y 448) han sido consagradas precisamente con la finalidad de asegurar en la litis la presencia de todos esos presupuestos. Si faltando uno de estos requisitos no se acude oportunamente a subsanar ese defecto mediante la alegación de la excepción o de la nulidad respectiva y el proceso llega con tal vicio al estado de fallo, el juez debe ponerlo de manifiesto y abstenerse de proveer en el fondo del negocio, profiriendo en cambio una sentencia inhibitoria, con consecuencias de cosa juzgada simplemente formal.

No deben confundirse los referidos presupuestos procesales con los elementos definidores o constitutivos de la acción ni con las condiciones de la misma acción. Los primeros se refieren a la formación del proceso o de la relación procesal, mientras que los segundos conciernen y se encaminan a configurar e identificar la acción que se ejercita y a determinar los requisitos de su prosperidad. Toda acción se constituye e identifica por tres elementos, consistentes en los sujetos, activo y pasivo, de la relación jurídica sustancial que se discute, en el título o *causa petendi* y en el *petitum* u objeto de la acción. El ejercicio de una acción cualquiera exige el señalamiento de estos tres factores para configurarla y definirla. En el *petitum* se debe determinar el objeto o pretensión que se persigue, o sea el bien o derecho cuya tutela se busca. La *causa petendi* consiste en los hechos que dan origen y sirven de título a la pretensión invocada o al *petitum*. Estos tres elementos concurren a estructurar y a individualizar una acción y a distinguirla de cualquiera otra. Por ello se los denomina elementos constitutivos o definidores de la acción.

Además de estos elementos, sucede que toda acción requiere llenar ciertas condiciones que son necesarias, ya no para su conformación procesal, sino para asegurar su prosperidad, esto es, para que el demandante que la promueve pueda obtener un pronunciamiento favorable a sus pretensiones. Estos requisitos de mérito son llamados condiciones de la acción, porque la respaldan y determinan su acogida y su éxito. Estas condiciones consisten en la tutela de la acción por una norma sustancial, en la legitimación en causa y en el interés para obrar. Se cumple la primera de estas condiciones cuando el hecho o hechos que le sirven de fundamento a la acción (causa petendi) y la pretensión que constituye su objeto (petitum), coinciden con el hecho o hechos previstos por la ley sustancial y con el efecto jurídico que ésta atribuye a los mismos hechos. Apareciendo esta concordancia, resulta la acción tutelada por la ley y satisfecha una de las condiciones de su prosperidad. La legitima-

ción en causa es en el demandante la cualidad de titular del derecho subjetivo que invoca y en el demandado la calidad de obligado a ejecutar la prestación correlativa. Y el interés para obrar o interés procesal, no es el interés que se deriva del derecho invocado (interés sustancial), sino el interés que surge de la necesidad de obtener el cumplimiento de la prestación correlativa, o de disipar la incertidumbre sobre la existencia de ese derecho, o de sustituír una situación jurídica por otra.

Estas nociones permiten ver que el *petitum* de una demanda no es un presupuesto procesal, sino uno de los elementos constitutivos o definidores de la acción, y que además, para que se cumpla una de las condiciones de viabilidad de la misma acción, se requiere que entre dicho *petitum* y la causa petendi haya una tal compenetración que estos dos factores resulten colocados en una relación jurídica de causa a efecto. Si, con olvido de estas mismas nociones, se formula en la demanda un petitum jurídicamente inadecuado a la causa petendi, este defecto no puede ser considerado y tratado como falta de un presupuesto procesal, sino como una anomalía de la acción que conduce a desestimar su mérito.

II) - En la ocurrencia de autos, la pretensión formulada en el petitum de la demanda incoativa de este juicio, consiste en la rescisión por lesión enorme del contrato de compraventa que se hizo figurar en la Escritura Nº 258, de febrero cuatro de 1958. Sobre este punto, las súplicas de esa demanda no ofrecen ninguna duda. Si la convención realmente celebrada por los señores Páramo y Kronfly fue una permuta mediante dos compraventas cruzadas, como dice el fallo impugnado, lo indudable y cierto es que el demandante contrajo su pretensión a la rescisión de la sola compraventa que se consignó en la Escritura Nº 258. Ninguna acción se propuso ni pretensión alguna se formuló en dicha demanda respecto de la otra compraventa que fue celebrada por la Escritura Nº 259, del mismo cuatro de febrero de 1958. La circunstancia de que en los hechos enunciativos de la causa petendi se hubiera aludido a la celebración de una permuta por medio de las dos compraventas mencionadas, no era motivo suficiente y valedero para desconocer que el petitum de la acción propuesta se limitó a la rescisión de una de tales compraventas, ni para considerar ausente el presupuesto procesal de demanda en forma por no haber el actor Páramo extendido su pretensión a la rescisión de la supuesta permuta. Y es más: como, según queda visto, el petitum de una acción es un elemento estructural de ésta y no un simple presupuesto del proceso y como la inconsonancia del mismo petitum con la causa petendi tampoco denota falta del presupuesto procesal de demanda en forma, resulta claro que en este caso la sentencia no podía inhibirse de pronunciarse sobre la pretensión formulada en las súplicas de la demanda inicial de esta litis. La inhibición declarada en el fallo impugnado entraña en realidad un quebranto, por falta de aplicación, de los preceptos que regulan el fenómeno de la rescisión por lesión enorme en la compraventa, por no haberse decidido, a la luz de esas normas, si podía o no prosperar la acción rescisoria que de modo concreto se propuso en la demanda. Por donde se concluye que, en razón de este quebranto, esa sentencia debe ser casada para el efecto de sustituírla por el correspondiente pronunciamiento de fondo.

SENTENCIA DE INSTANCIA

Importa recordar que por la Escritura Nº 258, extendida en la Notaría Sexta de Bogotá el cuatro de febrero de 1958, el señor Carlos Enrique Páramo le vendió al doctor Eduardo Kronfly la mitad del predio de "Ténjamo" y le cedió los derechos litigiosos que el propio vendedor tenía entonces en un juicio sobre rescisión por lesión enorme de la venta que de la otra mitad del mismo fundo les había hecho antes a los señores Gregorio Espinosa y Luis Enrique Mejía. La cláusula sexta de la escritura en mención reza así: "Que el precio de la venta materia de este instrumento, incluyendo la cesión de los derechos litigiosos a que se refiere la cláusula cuarta, es la suma de cien mil pesos ($ 100.000.00), moneda corriente, de los cuales el vendedor tiene recibidos a su entera satisfacción de manos del comprador la suma de ochenta mil pesos ($ 80.000.00), moneda corriente, y el saldo restante, o sea la suma de veinte mil pesos ($ 20.000.00), moneda corriente, que quedan en manos del comprador para pagar, en virtud de subrogación legal, la suma adecuada al señor Máximo Moreno Rojas por igual valor, proveniente de un contrato de mutuo, garantizado con hipoteca de primer grado constituída sobre la totalidad de los predios de la finca de Ténjamo".

En el presente negocio el vendedor Páramo busca que se declaren rescindidos por causa de lesión enorme el expresado contrato de compraventa de la mitad de la finca de "Ténjamo" y la cesión de los derechos litigiosos aludidos, celebrados con el doctor Kronfly.

Según los arts. 1497 y 1498 del C. Civil, los contratos se dividen en gratuitos y onerosos y estos últimos se subdividen a su vez en conmutativos y aleatorios. El contrato oneroso es conmutativo cuando la prestación que cada una de las partes se obliga a dar o a hacer se mira como equivalente de lo que la otra parte se obliga a su vez a dar o a hacer. El mismo contrato oneroso asume carácter aleatorio cuando la prestación que una de las partes se obliga a dar o a hacer, consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida. "Lo que caracteriza al contrato conmutativo —ha dicho la Corte— es que las prestaciones a que da nacimiento, deben ser equivalentes y conocidas ciertamente desde el momento mismo de su celebración o perfeccionamiento; cada parte sabe o está en capacidad de saber en ese instante el gravamen que se impone en beneficio de la otra y lo que recibe en cambio y determinar, en consecuencia, la utilidad o la pérdida que el contrato le reporta. En el aleatorio ocurre precisamente lo contrario, pues no hay equivalencia en las prestaciones y los contratantes no prevén en el momento de su celebración el alcance de aquellas o la ganancia o la pérdida que derivan del contrato, puesto que tanto la una como la otra están subordinadas o dependen de una contingencia incierta. De allí que la acción rescisoria por lesión enorme se conceda solo y en los casos precisados por la ley, para algunos contratos conmutativos, cuando se rompe en la medida legal la equivalencia de las prestaciones, y que dicha acción en principio no se otorgue por la ley para los contratos aleatorios". (Cas. junio 16 de 1953, LXXV, 2130, 327).

Conforme a lo prescrito por el art. 1969 del C. Civil, la cesión de derechos litigiosos es un acto de carácter aleatorio. En él la incertidumbre de la litis elimina la posibilidad de la lesión enorme y por tanto dicho acto, o mejor aún, el contrato de venta o de permuta que le da origen no es susceptible de ser rescindido por causa de una supuesta lesión enorme.

De acuerdo con estos principios, no puede prosperar la acción rescisoria por lesión enorme que en este juicio se ejercita respecto de la cesión de derechos litigiosos que el demandante Páramo le hizo al demandado Kronfly por la Escritura No. 258, de cuatro de febrero de 1958.

La finca de "Ténjamo" fue apreciada en este juicio por los peritos Pablo Sarmiento, Hernán Manrique y Francisco Andrade. El primero la tasó en $ 138.000,00; el segundo, en $ 101.000,00, y el tercero en $ 125.000,00. El medio aritmético de estos tres avalúos es de $121.333,33. La mitad de este guarismo monta $ 60.666,66, que sería el justo precio del derecho inmueble vendido. Según la misma Escritura No. 258, el señor Páramo le vendió al Dr. Kronfly en $ 100.000,00 tanto la mitad del predio nombrado como los derechos litigiosos antes referidos. No se expresa en dicho instrumento cuál fue el precio de la mitad del fundo de "Ténjamo", ni tampoco el de los derechos litigiosos cedidos. En casos como este, en que la compraventa comprende bienes raíces y muebles, la Corte tiene decidido que para llegar a determinar si el contrato es rescindible por lesión enorme, se hace necesario justipreciar por separado tanto los inmuebles como los bienes muebles, a fin de fijar el precio justo de los primeros. (Cas., diciembre 16 de 1954, LXXIX, 2149, 280). Aquí no se procedió de este modo, porque solo se pidió como prueba el avalúo de la finca de "Ténjamo", quedando sin justipreciar los derechos litigiosos que fueron cedidos. No hay por tanto ningún elemento de prueba que señale el valor en que fue vendida la mitad del predio mencionado; pero, si por hipótesis se admitiese la situación litigiosa más favorable al demandante de la rescisión, habría que concluír que esa venta se hizo en $ 50.000,00, esto es, en la mitad del precio consignado en la Escritura No. 258. Como este presunto valor de venta no sería inferior a la mitad del justo precio, fijado por los peritos, según el promedio de sus avalúos, en la cifra de $ 60.666,66, quiere decir que en la compraventa referida no hubo lesión enorme y que en consecuencia tal contrato no puede ser rescindido. Por donde se ve que tampoco puede prosperar la acción rescisoria por lesión enorme que en este juicio se propuso en relación con la venta de la mitad del predio de "Ténjamo" y que se impone por tanto la absolución de la parte demandada, tal como se decidió en la sentencia de primer grado.

RESOLUCION

En mérito de lo expuesto la Corte Supre-

ma 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 y uno de marzo de mil novecientos sesenta y dos, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este juicio sobre rescisión por lesión enorme propuesto por el señor Carlos Enrique Páramo T. contra el Dr. Eduardo Kronfly Kronfly, y en su lugar se resuelve:

1º - Confírmase en todas sus partes la sentencia de primer grado, de fecha mayo tres de mil novecientos sesenta y uno, proferida en este mismo juicio por el Juez Quinto Civil del Circuito de Bogotá.

2º - Las costas de la segunda instancia son de cargo de la parte demandante.

3º - Sin costas en el recurso de casación.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

COMPETENCIA DESLEAL

En la acción de indemnización de perjuicios que ocasione aquélla, la prueba pericial es de imperativa observancia.- El quebranto de los incisos 2o y 3o del artículo 66 de la Ley 31 de 1925 no da lugar a casación por ser normas simplemente procedimentales.

1.- En tratándose de la acción de indemnización de perjuicios ocasionados por un comerciante a otro con la competencia desleal, es indudable que la prueba pericial es de imperativa observancia al tenor del mandato contenido en el artículo 66 de la Ley 31 de 1925 como lo ha declarado la Corte en varias ocasiones; así, por ejemplo, en fallo del 31 de agosto de 1953, dijo: ". . . . . Si al perjudicado le concedió una acción especial para lograr indemnización de perjuicios, y si sometió la demostración de ese hecho específico al requisito singular de ser probado mediante un dictamen pericial, es indudable que esas normas especiales son de preferencial aplicación sobre las disposiciones comunes, pues como lo enseña y ordena el numeral 1o del artículo 5o de la Ley 57 de 1887, la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general. Ahora, como el artículo 66 citado requiere una prueba peculiar de índole técnica —el dictamen pericial— para apreciar si el acto que se imputa al demandado reviste las características de la 'competencia desleal'; es decir, si éste lo ejecutó de mala fe con el objeto de producir confusión entre los artículos o productos a que se refiere la demanda, y esa prueba especial no se practicó —como lo sostiene el Tribunal— la acción propuesta no estaba llamada a prosperar; tal como lo decidió la sentencia acusada" (G. J. T. LXXVI, pág. 12).

En el caso presente ya se anotó con detenimiento cómo la parte actora en el juicio, seguramente dándose cuenta cabal de que la prueba pericial era indispensable, la solicitó aún contra la voluntad de la parte demandada; y esa prueba, como lo anota el Tribunal, le fue totalmente adversa a la parte demandante ya que por medio de ella no se logró demostrar la competencia desleal ni siquiera confusión entre los artículos producidos por las sociedades comerciales trabadas en la litis. Sobre esta situación probatoria edificó el fallador de manera especial el fallo motivo del recurso.

2.- Tanto el inciso 2o como el 3o del artículo 66 de la Ley 31 de 1925 contienen disposiciones simplemente procedimentales: en el 2o se indica la vía ordinaria como la pertinente para definir los actos desleales en el trámite comercial y en el 3o se indica la naturaleza de la prueba necesaria para que el fallador pueda pronunciar su decisión. Ello equivale a decir que no siendo estos preceptos de carácter sustancial, su quebranto o violación no da lugar a casación.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse).

Juicio ordinario de Frutera Colombiana Limitada contra Conservas California.

ANTECEDENTES

Al Juez Cuarto Civil del Circuito de Barranquilla, en demanda de fecha 11 de febrero de 1957, Frutera Colombiana Limitada so-

licitó que con audiencia de Conservas California Limitada, se hicieran estas declaraciones:

"a) Que la sociedad Conservas California Limitada, domiciliada en Barranquilla, no puede seguir usando su razón social o nombre comercial como lo ha venido haciendo, es decir como marca de Fábrica para distinguir sus productos;

"b) Que la sociedad Conservas California, Limitada, debe cambiar las etiquetas de sus productos y toda su propaganda comercial en el sentido de que su nombre comercial sirva únicamente para distinguir el establecimiento industrial, lo cual es su función, y no el producto manufacturado;

"c) Que la sociedad Conservas California, Limitada, no puede seguir usando la expresión California, como marca de fábrica distintiva de sus productos;

"d) Que se sirva dictar las medidas que sean necesarias para que cese la competencia desleal y se evite en tal forma los perjuicios que ha venido sufriendo mi poderdante;

"e) Que la sociedad demandada está obligada a pagar a Frutera Colombiana Limitada, sociedad domiciliada en Cali, Departamento del Valle del Cauca, la indemnización correspondiente a los perjuicios ocasionados con el uso indebido de la denominación que se emplea como distintivo de los productos de dicha sociedad demandada, en la forma que se explica con los hechos de la demanda y que se traducen en el volumen de productos que mi poderdante ha dejado de vender en los mercados donde los productos de demandante y demandado se expenden, los cuales deben ser liquidados de conformidad con lo estipulado en el Título XV, Libro 2º del Código Judicial;

"f) Por último, atentamente solicito al señor Juez que se sirva condenar en costas a la sociedad demandada".

La causa para pedir puede sintetizarse así:

1) Tanto Conservas California Limitada, como Frutera Colombiana Limitada son productoras de sustancias alimenticias usadas como ingredientes en la alimentación, especialmente toda clase de conservas.

2) Conservas California Limitada es sucesora de Compañía Colombiana de Conservas y Extractos Vegetales, de propiedad de Emilio Faillace V.

3) Entre Frutera Colombiana Limitada y Emilio Faillace V. se estuvieron adelantando conversaciones tendientes a la supresión por parte del último, del uso de la expresión "California", como marca de fábrica, "habiéndose confeccionado un proyecto de contrato", en vista de que el uso de la palabra "California" acarreaba perjuicios a Frutera Colombiana Limitada en los diversos mercados donde los productos de uno y otro se expendían".

4) Posteriormente se constituyó la Compañía demandada, el nueve (9) de febrero de mil novecientos cincuenta y seis (1956), por medio de la escritura ciento ochenta (180) de la Notaría Cuarta de Barranquilla. Dicha Compañía entró a operar en las mismas dependencias de la Compañía Colombiana de Conservas y Extractos Vegetales.

5) La nueva Compañía adoptó como razón social o nombre comercial el rótulo Conservas California, Limitada, "el cual ha venido usándose en forma engañosa, no como rótulo comercial distintivo del establecimiento productor, sino como verdadera marca de fábrica".

6) "La sociedad demandada usa en las etiquetas de sus productos el nombre comercial Conservas California Limitada en forma tal que solamente con un examen minucioso puede observarse que se trata de la razón social de la compañía, ya que las expresiones Conservas y Limitada están escritas en un tipo de letra muy pequeño en relación con la palabra California la cual está escrita en un tipo de letra distinto y en tamaño varias veces mayor, siendo esta última palabra el principal distintivo del producto".

7) "La sociedad demandada quiso en esta forma y por estar autorizado el registro y por tanto el uso de nombres geográficos como rótulos comerciales, aprovecharse de tal situación para confundir la función del nombre comercial con la de marca de fábrica, y consecuencialmente, violar las disposiciones legales sobre propiedad industrial".

8) "Existen países y regiones en el mundo que son famosos por sus productos, como Cognac en Francia «famosa por sus licores», Bélgica «famosa por sus encajes o puntillas» y California «por sus frutas y conservas». Por lo tanto es claro que al usarse en Colombia, por un productor colombiano la expresión California para distinguir conservas y frutas y sus derivados, tiene un doble efecto en el público consumidor. Primero, el de producir

una falsa indicación de origen, y, segundo, el de que tal indicación falsa de origen se asocie con una de las regiones más famosas del mundo productora de estos artículos".

9) "Todos los hechos narrados y las disposiciones legales transcritas llevan a la conclusión de que los actos efectuados por la sociedad demandada en una forma continua, son una clara competencia desleal, lo cual perjudica abiertamente el negocio de mi mandante lo que se traduce en el volumen de productos que Frutera Colombiana Limitada deja de vender en aquellos mercados donde se expenden los productos de una y otra parte".

Como fundamentos de derecho aduce las disposiciones contenidas en las Leyes 31 de 1925, 94 de 1931 y 59 de 1956.

Al responder la demanda, la parte opositora se remitió, en relación con algunos hechos, a lo que resultara probado, negó otros, aclaró algunos, y se opuso a que se hicieran las declaraciones solicitadas por el actor; y propuso la excepción de prescripción.

Rituado convenientemente el juicio, el Juzgado Cuarto del Circuito Civil de Barranquilla le puso fin, en sentencia de veinticinco (25) de febrero de mil novecientos cincuenta y nueve (1959) en la cual dispuso absolver a la sociedad demandada "de los cargos contra ella formulados", con condenación en costas a cargo de la parte actora.

Interpuesto en su oportunidad el recurso de apelación, y surtida la segunda instancia, previo el acopio de nuevas pruebas en el grado de apelación, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, falló el juicio, con fecha 8 de julio de 1963, en cuya providencia dispuso confirmar en todas sus partes la sentencia de primer grado y condenó en costas a la parte apelante.

No convino la parte actora con el resultado de la instancia ante el Tribunal del Distrito Judicial de Barranquilla, por lo cual presentó recurso de casación contra la sentencia, recurso que corresponde decidir a la Corte en la presente oportunidad.

LA SENTENCIA ACUSADA

Después de referirse a las súplicas de la demanda, el Tribunal expresa: "Por las peticiones que acaban de expresarse se viene en conocimiento de que la parte actora ha ejercido la acción de perjuicios provenientes del uso, por parte de la sociedad demandada, del nombre «California», como marca de fábrica para distinguir sus productos, lo cual constituye una competencia desleal por cuanto crea en el consumidor una falsa impresión sobre el origen de la mercancía distinguida con ese nombre".

Del conjunto de elementos probatorios aportados al juicio, deduce "que la entidad demandada ha hecho uso público y notorio del citado nombre desde la fecha de su constitución como sociedad comercial, esto es, desde el 9 de febrero de 1956". Y como el auto admisorio de la demanda fue notificado el cuatro de abril de 1957, "es claro que transcurrió más de un año desde el día en que empezó a usarse pública y notoriamente el nombre «California» como distintivo de los productos alimenticios lanzados al mercado por la sociedad demandada, además de haber tenido la parte demandante conocimiento oportuno de ese uso para intentar en tiempo la acción como se desprende de las afirmaciones contenidas en la demanda, por lo cual, como el transcurso de un año es el fijado por la ley (artículo 59 de la Ley 31 de 1925) para intentar válidamente la correspondiente acción, resulta evidente que el derecho de la parte actora para ejercitar la acción está prescrito.

"Pero —agrega el Tribunal— considerando que el demandante en sus postulaciones formula la indicada en el ordinal d) diciendo («que se sirva dictar las medidas que sean necesarias para que cese la competencia desleal y se evite en tal forma los perjuicios que ha venido sufriendo mi poderdante»), y en la relación de hechos concatena como causante de perjuicios el uso indebido de la marca con actos que conllevan la existencia de competencia desleal, determina que el Tribunal debe pronunciarse no solo respecto del uso indebido de marca sino del extremo creador de la competencia desleal y perjuicios a que hubiere lugar, ya que el artículo 59 de la Ley 31 de 1925 se refiere exclusivamente al derecho de reclamar contra el uso indebido de una marca y, por tanto, a la indemnización de perjuicios. En cambio, los actos y las indemnizaciones por perjuicios que se deriven de hechos constitutivos de competencia desleal están comprendidos en el mandato del artículo 66 de la misma ley".

De lo expuesto infiere que la prescripción de un año "solo puede aplicarse cuando se acciona exclusivamente por uso indebido de

marca, y no para aquellos actos que por su naturaleza conllevan la mala fe que genera confusión entre los artículos de otros fabricantes o produzca descrédito para el establecimiento antagónico, porque por estos hechos se crea una situación ilegal e injurídica cuyos daños y perjuicios, posiblemente, podrán demorar mucho tiempo para hacerse ostensibles, por lo que es evidente la no aceptación de la prescripción propuesta por la parte demandada, y, en cambio, se decide sobre el fondo de las acciones ejercitadas".

Después de transcribir el artículo 65 de la Ley 31 de 1925 y el 10 de la Ley 155 de 1959, dice que la última "no incide en el caso controvertido toda vez que la acción se instauró con casi tres años de antelación". Entra luego al examen de algunas disposiciones de la Convención de Washington sobre protección marcaria y comercial, especialmente en cuanto a las normas de los artículos 15, 21 y 22, para concluír que en atención a la previsión del artículo 22, "es forzoso aceptar que los Estados en los cuales existía legislación al respecto (sobre competencia desleal) cuando se adoptó el convenio, aplicarán sus propias leyes".

En seguida afirma que "sentado lo anterior, es obligatorio resolver las cuestiones con base en nuestra legislación preexistente a la materialización de los hechos, causa de la contención y específicamente a los atinentes a la competencia desleal". Repite la transcripción del artículo 65 de la Ley 31 de 1925, y expresa:

"A tenor de lo dispuesto en esta disposición tenemos que la competencia desleal se configura por un acto de mala fe que produce confusión entre artículos de otro fabricante o descrédito para el establecimiento rival. Estos, como lo dispone el artículo 66 de la misma ley, deben acreditarse con la intervención de peritos. Así que el Juez para decidir debe valerse de los conocimientos especiales de esos colaboradores de la justicia.

"... Pero de todo el acervo probatorio allegado al expediente no se desprende, ni se acreditó, que existe confusión entre los artículos elaborados por la Compañía Frutera Colombiana y Conservas California Limitada. En cuanto al descrédito de la entidad demandante no puede afirmarse que milite siquiera un indicio medianamente serio que lo demuestre.

"Como antes se consignó, la base fundamental para demandar la existencia de los actos constitutivos de competencia desleal, está en el uso del nombre de los productos elaborados por la parte demandada, uso éste que es considerado por la parte actora como violatorio de las normas que rigen el derecho marcario, porque al intercalar el término «California» entre las palabras CONSERVAS y LIMITADA se produce confusión, ya que con ella se indica un lugar geográfico, y como, por otra parte, no está permitido en estos casos el uso de los nombres geográficos, según se afirma en la demanda y lo establece la Ley 59 de 1936, concluye el actor que el mal uso o uso indebido de tal nombre genera actos de competencia desleal.

"Teniendo en cuenta la legislación vigente a la época en que se causaron los hechos afirmados por el demandante, es del caso distinguir entre el simple uso, de hecho, y el uso por derecho de registro marcario.

"La Ley 31 de 1925, en su artículo 30, trae una enumeración de los nombres que pueden usarse como marca de fábrica y en su artículo 32 relaciona aquellos que no se consideran como marca y, por consiguiente, no podrán registrarse. De aquí que como consecuencia legal un nombre puede usarse sin ser registrado. Esto es así por cuanto que el artículo 62 de la misma ley dispone que «... No es necesario el registro de un nombre para usar los derechos acordados por esta ley». Obvio es que conforme a la misma ley el uso de tales derechos es precario.

"Según la escritura pública No. 180 de 5 de febrero de 1956, debidamente registrada, se constituyó la sociedad denominada «Conservas California Limitada» hecho éste que permite a esta sociedad usar dicho nombre, ya que como lo dispone el artículo 57 de la ley en cita, la razón social constituye una propiedad para los efectos de esa misma ley.

"De hecho la entidad comercial demandada viene usando el nombre de su razón social para distinguir sus productos; a este uso no se opone la legislación pertinente; lo que no se permite es el registro de ella, razón por la cual ese uso de nombre no registrado no preconstituye derecho del dueño contra terceros.

"... Para facilitar el medio legal de accionar la parte perjudicada, la misma ley en su artículo 66, señala la naturaleza de la acción y prevé un medio probatorio que, aunado a los otros que la ley permite, conduzca al

establecimiento de los tres extremos que conforman el acto perjudicial para determinada persona, fábrica o entidad social".

Manifiesta el sentenciador que la parte demandante allegó las pruebas que consideró pertinentes; y que en la segunda instancia se verificaron inspecciones oculares con intervención de peritos, "pero de la lectura de esas peritaciones se observa que esta prueba no demostró la afirmación de la parte demandante, ya que su resultado fue desfavorable a ella... La prueba pericial es fundamental para determinar la existencia de los actos constitutivos de competencia desleal, por cuanto que, como repetidamente se ha dicho, el artículo 66 de la Ley 31 de 1925 indica que ésta es la prueba pertinente... De modo que si la ley ordena que con base en el dictamen pericial el Juez decidirá, y si por otra parte, verificada la inspección ocular no resulta acreditada la existencia de los hechos imputados al demandado, es indubitable que debe concluírse que la entidad demandada no ha ejecutado los actos previstos en la ley como generadores de la competencia desleal".

LA IMPUGNACION

La acusación se plantea "dentro de la causal primera de casación que contempla el ordinal primero del artículo 520 del Código de Procedimiento Civil, y en ejercicio del derecho que el inciso primero de dicho ordinal confiere a la parte actora". Formula el cargo o cargos de "violación de los artículos 32, 65 y 66 de la Ley 31 de 1925; 7º y 57 de la Ley 63 de 1925; 20, 21, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30 y 31 de la Ley 59 de 1936 y 10º de la Ley 155 de 1959 en armonía con los artículos 14, 25, 26, 28, 29, 30 y 32 del Código Civil y 3º de la Ley 153 de 1887, por no haber sido aplicados debiendo serlo; y del artículo 57 de la citada Ley 31 de 1925, que fue aplicado indebidamente, por ser inaplicable".

Al respecto dice el impugnante:

"Fundo los cargos, todos de violación directa de las normas citadas dentro de este Capítulo y por los conceptos de no aplicación de ellos, cuando debieron ser aplicados; salvo la del artículo 57 de la Ley 31 de 1925, que se aplicó indebidamente no siendo aplicable; pues quiero aclarar, aunque huelgue, que todos los quebrantamientos legales en que baso la presente acusación, se hicieron por errores jurídicos del sentenciador, en los cuales incurrió directamente —no por apreciación errónea o por falta de apreciación de determinada prueba (C. J. 520, ord. 1º, inciso 2º)— y especialmente por mala interpretación de las reglas de hermenéutica legal citadas, que tampoco fueron aplicadas, debiendo haber sido aplicadas, por lo cual fueron igualmente violadas".

Después de transcribir el artículo 32 de la Ley 31 de 1925, en la parte en que esta disposición se refiere a los nombres geográficos, dice:

"El H. Tribunal acepta que «California» es un nombre geográfico, como lo acepta el mandatario de la parte demandada, o sea «Conservas California Limitada», en la contestación de la demanda y en sus alegaciones a través de ambas instancias; de suerte que este extremo no se discute dentro del presente recurso extraordinario interpuesto únicamente por mi parte.

"Pues bien, este artículo 32 indica que «California» (único distintivo del nombre de la demandada, por ser «Conservas» y «Ltda.» genéricos, cuyo uso corresponde a todo el mundo hispano) no puede usarse sino para indicar procedencia del artículo, lo cual quiere claramente decir que la firma «California» solamente si sus productos envasados procedieran realmente de «California, Estados Unidos de América», y no como nombre suyo sino para ese exclusivo fin (de indicar procedencia, honestamente). Y esto nos lleva a concluír con clara evidencia que si una casa barranquillera usa la voz «California», viola la ley porque sus productos o artículos no proceden del Estado de California, sino de la costa colombiana; y así no puede usarse tal nombre, porque su uso engaña al público sobre el origen geográfico de los artículos que expende y al propio tiempo constituye un acto de competencia desleal hacia otros productores nacionales, ya que en el caso especial de «California» se trata de la región más pródiga en frutos de óptima calidad, muy propios para conservas, como todo el mundo lo sabe.

"Erró pues jurídicamente el H. Tribunal al considerar que el nombre geográfico usado por «Conservas California Ltda.», como nombre, estaba tolerado por la ley y que su uso era legítimo, puesto que el artículo violado (32 de la Ley 31 de 1925) solo permite usar CALIFORNIA para indicar procedencia de los artículos, cuando ellos provengan de dicha región geográfica. Se entiende que esta procedencia debe ser genuina, pues «*fraus omnia corrumpit*» y no podrá jamás entender el

fallador que la ley autorice el engaño al público y el daño a los competidores, que es realmente lo que ella trata de evitar".

Agrega en seguida, y para corroborar lo anteriormente dicho, que como Conservas California Limitada no usa otra voz para distinguir sus productos, y por otra parte, destaca con caracteres notorios la voz geográfica California sobre esos productos o artículos, "se desprende evidentemente que usa el distintivo «California» sobre estos productos o artículos que expende al público, como marca de fábrica".

Más adelante afirma: "Marca es el distintivo de un producto o artículo (a diferencia de nombre, que es el distintivo de una persona, región, firma o empresa), y como «California» es el único distintivo gráfico específico del producto o artículo de consumo de la demanda, quiere decir, sin lugar a dudas, que la voz geográfica «California» se usó por ésta como marca de fábrica, lo cual también prohibe terminantemente el artículo 32 de la Ley 31 de 1925 cuando dispone —in fine— que «Los nombres geográficos... pueden usarse únicamente para indicar procedencia (legítima desde luego) pero no como parte integrante de la marca» ".

Dice que California es para efectos de ley tres cosas muy diferentes: 1) Nombre de una región geográfica extranjera, que por tanto una casa colombiana que envasa frutas colombianas, no puede emplear como nombre geográfico que es, pues al usarlo indicaría falso origen de los artículos que vende; 2) Nombre de una empresa domiciliada en Barranquilla, Colombia, caso en el cual «California» no puede emplearse, por prohibición de la ley citada, pues solo permite emplearla para indicar procedencia honesta, de buena fe y no como nombre de la empresa; 3) Marca de fábrica o de Comercio, al estamparse como único distintivo esta voz «California» sobre el producto o artículo o conservas que se expenden públicamente, lo cual también prohibe expresamente el artículo comentado, in fine".

Para el impugnante la disposición a que se refiere, (art. 32 de la Ley 31 de 1925) debe entenderse complementada por otras normas especialmente atinentes a competencia desleal. "Es porque se engaña al público cuando se vende un producto con falsa indicación de procedencia, de origen, por lo que la ley prohibe emplear nombres geográficos que no corresponden a la procedencia de los artículos; y porque también su uso indebido perjudica a competidores honestos, que claramente y de buena fe presentan sus artículos como nacionales, y no como originarios de la región frutera más conocida y privilegiada del planeta".

Al referirse al artículo 57 de la Ley 31 de 1925, que considera violado por indebida aplicación, y al relacionar dicha disposición con el artículo 7º de la Ley 63 de 1925, expresa el recurrente que "aunque el artículo 57 de la ley 31 de 1925, ya transcrito, al considerar la razón social de una empresa como una propiedad suya para los efectos de la misma ley, el artículo 7º de la Ley 63 del mismo año «sobre identificación de los productos de la industria nacional», prohibe que dicha razón social induzca al consumidor a adquirir artículos nacionales como de procedencia extranjera, con lo cual protege al tiempo a los fabricantes colombianos que honorablemente vienen presentando sus artículos como nacionales y ciñéndose rigurosamente a las leyes que crearon como figuras separadas y distintas los nombres o razones sociales de las empresas, de los nombres de los artículos que expenden (Marcas)".

Concluye que la sentencia por mala interpretación de la Ley 31 de 1925 la aplicó "al caso en que no es aplicable" y dejó sin aplicación la Ley 63 de 1925, "cuyo artículo 7º transcrito es el pertinente y debió por tanto ser aplicado, para no quebrantarlo".

Transcribe los artículos 65 y 66 de la Ley 31 de 1925, lo mismo que los artículos 20, 21 y 26 de la Ley 59 de 1936, para afirmar que "el H. Tribunal en lugar de aplicar las normas que estimó como violadas en la presente acusación, especialmente las contenidas en los artículos 65 y 66 de la Ley 31 de 1925, 20 y 21 de la Ley 59 de 1936 en armonía con el 26 de la citada Ley 31 de 1925, y el 26 de la Ley 59 de 1936, aclaratorio y reglamentario de los artículos 32 y 57 de la misma Ley 31 de 1925, aplicó indebidamente, infringiéndolo así por no ser aplicable, el artículo 27 de la Ley 59 de 1936". Se refiere a esta última disposición, y dice más adelante:

"Para precisar hasta el extremo este cargo y ajustarlo a la más rigurosa técnica de casación, debo poner de presente que el artículo que acabo de transcribir contiene dos partes: la primera, que aplicó el Tribunal, no debiendo aplicarlo por ser inaplicable, que constituye una excepción general a los ar-

tículos 20 a 26, inclusive, de la misma Ley 59 de 1936, al permitir emplear palabras, que aunque constituyen términos geográficos, hayan pasado, por usos constantes, universales y honrados del comercio, a formar el nombre o designación mismos del artículo...; y la segunda parte, que contiene una excepción a la excepción general anterior, con el solo fin de restringir el alcance de aquella excepción general, impidiendo como impide, el uso de nombres de regiones que precisamente como California, gozan de especial aprecio por parte del público consumidor, que esta excepción de excepción defiende del fácil engaño en que el mismo público incurre al consumir como provenientes de ese país privilegiado los frutos o sus jugos que se le ofrecen bajo esa falsa indicación de origen. El sentenciador dejó de aplicar y violó así directamente esta segunda parte del artículo 27 que le prohibía dar aplicación a la primera parte en este caso de excepción de excepción, cuando consideró permisible el uso del distintivo «California», y no por ignorar el fallador, puesto que lo reconoce, que los productos agrícolas de esa región privilegiada del planeta son especialmente apetecidos por su calidad y prestigio".

Hace el recurrente amplia disquisición sobre el estatuto contenido en la Ley 59 de 1936, aprobatoria de la Convención de Washington, para deducir que ella es aplicable en Colombia tanto entre nacionales, como entre éstos y los extranjeros, y entre los extranjeros mismos, y concluye que "su alcance solo se limita en favor y en contra de las personas chilenas, pues solo su representante adhirió con salvedades y su Parlamento dejó sin aprobar el Convenio".

Vuelve sobre el artículo 66 de la Ley 31 de 1925, especialmente en lo que se refiere al inciso tercero que prescribe la prueba pericial, y sobre el particular expone: "El precedente *inciso final* (como sí los dos anteriores incisos), no es aplicable al presente caso, por las siguientes razones:

"a) Porque al decir que «se evite la confusión que ella (la competencia desleal) ocasione entre las manufacturas y productos similares de los comerciantes, fabricantes o agricultores», se refiere necesariamente, según la letra de este texto, no a todos los casos de competencia desleal, y no incluye el contemplado aquí, aunque también constituye acto de competencia desleal, porque se contrae a los que ocasionan confusión entre las manufacturas y productos similares, como el uso de nombres o marcas parecidos como «Tejilujo» y «Texilux» para distinguir tejidos.

"b) Porque el cuestionado inciso final, apartándose de la técnica procesal civil, y acercándose a la técnica de los procedimientos contecioso-administrativos, permite al juez, una vez iniciada la vía ordinaria de que trata el inciso 2º, que es complementario del inciso 1º, decidir sumariamente, dictando «las medidas que sean necesarias para que dicha competencia cese y se evite la confusión que ella ocasione entre las manufacturas y productos similares...». Este inciso final, que exige la intervención de peritos, no se aplica a la acción principal sobre competencia desleal, su represión y la consiguiente indemnización que debe contener la sentencia ordinaria definitiva, sino a la cuestión incidental relativa a la acción accesoria y preventiva, que puede tramitarse sumariamente dentro del juicio ordinario que exige el inciso 2º anterior. El inciso final, pues, establece no otra cosa que la suspensión provisional de la competencia desleal mientras se cumple el amplio debate judicial que el trámite ordinario permite, lo que es frecuente en el derecho marcario, que es parte del derecho administrativo, cuyo código procesal lo permite en la generalidad de los casos.

"La interpretación del transcrito artículo 66 de la Ley 31 de 1925 no puede ser otra que las vías ordinarias, de que trata el inciso 2º, y breve o sumaria, de que habla el inciso 3º, son a todas luces bien distintas, pero desde luego conciliables, puesto que no existe inconveniente, legal ni técnico, para que dentro de un juicio ordinario se debata previamente y se decida provisionalmente la misma cuestión materia de la acción principal, en este caso la competencia desleal que no debe dejarse continuar hasta el fin del largo juicio ordinario que exige la amplitud del debate sobre este tópico;... Ha de entenderse, pues, que el experticio solo se exige para la suspensión provisional consagrada por el inciso final, cuando se impetra por la empresa interesada y como única prueba, que no para la decisión de fondo que vendrá en la sentencia final, previo un amplísimo debate en que caben todas las probanzas...". En apoyo de su tesis transcribe parte de un concepto de un eminente jurista colombiano sobre la interpretación de los artículos 65 y 66 de la Ley 31 de 1925, en sí mismos y con re-

lación a las disposiciones de las Leyes 59 de 1936 y 155 de 1959.

De todo lo anterior deduce el impugnante que "Así también el Superior, por haber interpretado indebidamente los artículos 65 y 66 de la citada Ley 31 de 1925 y el similar o aclaratorio del artículo 10º de la Ley 155 de 1959 enumerando actos constitutivos de competencia desleal, insistiendo el precepto en que las falsas indicaciones de origen de los productos aparejan esa clase de dolosa concurrencia, violó igualmente, no aplicándolos, no solo los artículos 20 y 21 de la Ley 59 de 1936, ya transcritos, sino el mencionado artículo 10º de la Ley 155 de 1959... y que también dejó de aplicar el Tribunal, y violó directamente... extrañando entonces el concepto de los especialistas que han de juzgar, según lo requiere el fallador equivocadamente, si el nombre California es un nombre geográfico y si está estampado en la razón social y destacado en los envases, lo cual, en su opinión, requeriría el concurso de dos parejas de peritos...

"Y así violó también el artículo 3º de la Ley 153 de 1887, que dejó de aplicar el fallador al interpretar los mismos artículos 65 y 66 de la Ley 31 de 1925 y su explicativo el 10º de la Ley 155 de 1959, infracción que determinó igualmente (sobre todo en el supuesto de que no se considerare la calificación legal como sustitutiva del concepto pericial que echa de menos la sentencia), la violación también por inaplicación, del mencionado artículo 705 del Código de Procedimiento, precepto éste que por su carácter probatorio, es de naturaleza sustantiva, según la jurisprudencia uniforme de nuestra H. Corte, artículo que limita la intervención pericial a «la comprobación de hechos que exijan conocimientos o prácticas especiales» ".

— I —

LA CORTE CONSIDERA:

Fundamento esencial de la sentencia objeto del recurso ha sido la aplicación de los artículos 65 y 66 de la Ley 31 de 1925 que se reproducen en seguida:

Artículo 65. - "La competencia desleal es el acto de mala fe que tiene por objeto producir una confusión entre los artículos de dos fabricantes o de dos comerciantes o agricultores, o que sin producir confusión, tiende a desacreditar un establecimiento privado".

Artículo 66. - "Los actos de competencia desleal dan acción a los perjudicados para pedir su represión ante los jueces comunes, y a la indemnización de perjuicios a aquellos que han sido defraudados. Esta acción se ejercerá por la vía ordinaria. Los jueces en cada caso particular, decidirán con la intervención de peritos si el acto denunciado es o no de competencia desleal, y sumariamente dictarán las medidas que sean necesarias para que dicha competencia cese y se evite la confusión que ella ocasione entre las manufacturas y productos similares de los comerciantes, fabricantes o agricultores".

En desarrollo de estos principios fue la propia parte actora en el juicio la que impetró ante el Tribunal fallador la práctica de la diligencia de inspección ocular con intervención de peritos (folios 4 a 6). Como la parte demandada se opusiera a tal diligencia el señor apoderado de "Frutera Colombiana Limitada, Fruco", insistió en el escrito respectivo sobre la necesidad y legalidad de la práctica de la diligencia por él solicitada y en el numeral cuarto de ese pedimento (julio 17 de 1959), dice literalmente:

"Cuarto. - Que tratándose como se trata de una prueba pertinente que corresponde practicar en un juicio en el que cursa la acción intentada de *competencia desleal* (sic) que requiere el examen de cosas que deben ponerse a la vista, para juzgar los hechos alegados en la demanda, el juzgador necesita no solamente *inspeccionarlos*, requiriéndose al efecto de *inspección ocular* sino asesorarse de *peritos* para el caso, como lo requiere para juzgar con más acierto la naturaleza del negocio, y como por otra parte está establecido de manera expresa por el artículo 66 de la Ley 31 de 1925".

Como el Tribunal en Sala unitaria decretara la inspección ocular con la intervención de testigos exclusivamente (auto de 6 de agosto de 1959 fl. 19 ibidem), nuevamente el señor apoderado de la parte actora intervino ante la Sala Plena del Tribunal y obtuvo que la diligencia fuera practicada en asocio de peritos designados por las partes que lo fueron los señores Guillermo Cano Mejía y Rodolfo Eckhoff L., y en esa ocasión (folio 1º C. 8), el mismo señor abogado para fundamentar el recurso respectivo expresó lo siguiente:

"Hechas las observaciones que dejo expresadas, me permito advertir, como ya lo había advertido en mi memorial de fecha 17 del pa-

sado mes de julio, que tratándose como se trata en el presente caso de una prueba que corresponde practicar en juicio en el que cursa la acción de competencia desleal, acción que requiere del examen de cosas que deban ponerse a la vista para juzgar con más acierto, el juzgador necesita no solamente de inspeccionar, requiriéndose al efecto de inspección ocular, sino también de asesorarse de peritos precisamente para el caso, dada la naturaleza especial del negocio, pues por disposición especial del artículo 66 de la Ley 31 de 1925, sobre competencia desleal", sé establece en forma inequívoca que «Los jueces en cada caso particular decidirán con la intervención de peritos si el acto denunciado es o no de competencia desleal».

«El mandato que da la ley al respecto al juez es imperativo, terminante, como no podía menos de serlo, pues en los casos de competencia desleal no se trata solamente de la protección de intereses particulares, sino también de los intereses públicos, del interés del público en general al que con una competencia desleal, que implica ordinariamente ficciones y artificios, se le induce al error en perjuicio de sus intereses, como consumidor.

"Tenemos así en resumen de lo dicho, sobre este punto, que se trata en este caso de juicio sobre competencia desleal de un mandato imperativo que la ley especial impone al juzgador, y en consecuencia, que teniendo el carácter de imperativo, debe cumplirse aún sin necesidad de petición de parte".

Fue así como los expertos rindieron su concepto y ellos mismos convinieron en designar como perito tercero al señor Carlos Alberto Osorio ante el desacuerdo de los principales.

Con relación a dicha diligencia el perito Rodolfo Eckoff L. en concepto fundamentado al que adhirió en sus cuestiones esenciales, el experto Osorio expuso entre otras cosas:

"En la inspección ocular que se practicó por el juez cuarto civil del circuito el 19 de septiembre de 1957 se hizo constar: «Con relación a la ampliación pedida del dictamen se procedió así: En lo referente al punto primero de dicha ampliación se exhibió un cartón de empaque en el que aparece la siguiente leyenda, entre otras: en lugar destacado «Conservas California Ltda.». Jugo de piña. «Conservas California Ltda. Barranquilla. Colombia». Además, en la inspección practicada por Ud. en 24 de agosto de 1959 (se dirige al magistrado que presidió la diligencia) se hizo constar también: «El apoderado de la parte demandada deja constancia que en estas cajas la leyenda Conservas California Ltda. Barranquilla. Colombia, está también impresa en los mismos caracteres tipográficos toda la razón social y que debajo también aparecen las palabras Barranquilla. Colombia. En la misma inspección se dejó constancia de otras cajas en que sí aparecen las palabras Conservas California Ltda en caracteres más visibles que los demás, están acordes las partes, corresponden a empaques de materias primas. Por tales razones debo dictaminar que en los empaques las palabras de la razón social Conservas California Ltda. aparecen en el mismo tipo de letra". (fl. 32 C. 8).

En otro aparte expresa el perito: "...En la inspección de 23 de noviembre de 1959 se lee: «El magistrado en asocio de los peritos examinó los respectivos envases de pera, albaricoque, durazno y ciruelas, tienen sobre el particular (los empaques, anota la Corte) la siguiente leyenda en castellano: «Producido en Colombia por Conservas California Ltda. Barranquilla». Pero en la inspección ocular de 24 de agosto de 1959, se dejó expresa constancia de que en los empaques aparece la leyenda *Conservas California Ltda.* Barranquilla. Colombia. El hecho de que en algunos cartones aparezca más destacada la palabra California que las palabras Conserva Ltda. no es suficiente para impedir que su lectura sea clara y nítida a la misma distancia. Finalmente, estos empaques no van al público, sino a los distribuidores. Lo que va al público son los envases, en los cuales la leyenda de la razón social Conservas California Ltda. Barranquilla. Colombia, es ostensible".

Al punto segundo.—"En mi concepto la palabra California es el nombre de un Estado de los Estados Unidos de América, como también lo fue, según mi conocimiento, de dos calles de Barranquilla, durante casi cien años.

Punto quinto.—"Como en las actas que he examinado aparece que los empaques y envases llevan todos la razón social *Conservas California Ltda.*, me supongo que es con esta expresión que el público distingue los productos de esa empresa. Sin embargo, puede ocurrir desde luego que el público pida solamente, por ejemplo, un jugo California, como

pide una cerveza Bavaria no obstante que la empresa productora se llama Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A., o un saco de Caribe, a pesar de que la conocida empresa de Barranquilla se llama Cementos del Caribe S.A.

Punto sexto.—"No creo que el público pueda incurrir en el error de pensar que los productos de Conservas California Ltda. se están elaborando con materia prima traída del Estado California, pues en los empaques y envases se destaca claramente la razón social completa de la sociedad y la circunstancia de que se trata de una industria colombiana. Sin embargo, está fuera de toda duda que algunos productos se elaboran con materia prima traída del Estado de California, como son los jugos de pera, durazno, albaricoque y ciruela, pues así aparece comprobado en una inspección ocular de fecha 12 de agosto de 1957 a la que ya hice referencia.

Punto décimo.—"Sí se sabe que el Estado de California se distingue por la producción de frutas, como es el caso de Florida, Pensylvania, Maryland y otros Estados de la Unión Americana. Sabe el suscrito, por ejemplo, que el Estado de Georgia se llama comúnmente el "Peach State", o sea el Estado del Durazno, seguramente porque se produce allí la mayor cantidad de esta fruta en los Estados Unidos. Además, California exporta más o menos lo mismo en cantidad y calidad que otros Estados, pero debo advertir al señor Magistrado que desde 1950 está prohibida en Colombia la importación de alimentos vegetales enlatados. Por esto hay imposibilidad de toda confusión, imposibilidad que está sustentada en la ley.

Punto undécimo.—"Como perito, no creo que el público consumidor, en presencia de dos potes que contengan jugos de frutas, y uno de los cuales tenga impresa la palabra California en forma destacada, pudiera decidirse a comprar este último debido a la palabra, porque al leerla pensaría que se trata de un producto que proviene del Estado de California. Usted mismo, señor Magistrado, pudo comprobar en la inspección ocular del 24 de agosto de 1959 lo siguiente: «También se verificó por el Magistrado y los testigos la distancia natural desde la cual se puede observar que las palabras *Conservas California Ltda.* se destacan en los envases, dando como resultado que a una distancia de dos metros son legibles estas palabras, pero haciéndose contar que la palabra California entre estas tres palabras es la que más se destaca». Por lo tanto, no cabe ninguna duda, a mi modo de ver, que el público sí está en capacidad de apreciar en un envase de jugos de Conservas California Ltda. que no se trata del Estado de California de Estados Unidos de América, sino del producto de una empresa colombiana. Por otra parte, me parece que la prohibición legal de importar jugos enlatados desde 1950 descarta toda posibilidad de confusión.

Punto duodécimo. - "No creo tampoco, señor Magistrado, que por las cajas de cartón utilizadas por Conservas California Ltda. pueda surgir entre el público la sensación de que se trata de productos provenientes del Estado de California, ya que como queda dicho en las inspecciones oculares de 12 de agosto de 1957, 24 de agosto de 1959 y 23 de noviembre del mismo año, en las cuales se examinaron detalladamente los empaques y los envases se dejaron constancias de que en todos ellos se destacan ostensiblemente las frases *Conservas California Ltda.* Barranquilla, Colombia. En dos de ésas actas tales comprobaciones se hicieron por conducto de peritos, entre los cuales figuré yo en la inspección del 23 de noviembre de 1959 y el señor Guillermo Cano Mejía también".

Se han hecho las anteriores transcripciones porque el fundamento esencial del fallo acusado consiste en la aplicación de los artículos 65 y 66 de la Ley 31 de 1925 en cuanto el fallador de instancia, en obedecimiento de la ley practicó lo que ésta le indicaba en forma imperativa: La inspección ocular en asocio de peritos para determinar si se trataba o no de actos de competencia desleal a que alude uno de los hechos sustanciales de la demandada. El fallador encontró, como se ha visto, "Que la entidad demandada no ha ejecutado los actos previstos en la ley como generadores de la competencia desleal".

— II —

Y es indudable que la prueba pericial era de imperativa observancia al tenor del mandato contenido en el artículo 66 de la Ley 31 de 1925 como lo ha declarado la Corte en varias ocasiones; así, por ejemplo, en fallo del 31 de agosto de 1953, dijo: "...Si al perjudicado le concedió una acción especial para lograr indemnización de perjuicios, y si sometió la demostración de ese hecho específico al requisito singular de ser probado median-

te un dictamen pericial, es indudable que esas normas especiales son de preferencial aplicación sobre las disposiciones comunes, pues como lo enseña y ordena el numeral 1º del artículo 5º de la Ley 57 de 1887, la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general. Ahora, como el artículo 66 citado requiere una prueba peculiar de índole técnica —el dictamen pericial— para apreciar si el acto que se imputa al demandado reviste las características de la «competencia desleal»; es decir, si éste lo ejecutó de mala fe con el objeto de producir confusión entre los artículos o productos a que se refiere la demanda, y esa prueba especial no se practicó —como lo sostiene el Tribunal—, la acción propuesta no estaba llamada a prosperar; tal como lo decidió la sentencia acusada".

Y en el caso presente ya se anotó con detenimiento cómo la parte actora en el juicio, seguramente dándose cuenta cabal de que la prueba pericial era indispensable, la solicitó aun contra la voluntad de la parte demandada; y esa prueba, como lo anota el Tribunal, le fue totalmente adversa a la parte demandante ya que por medio de ella no se logró demostrar la competencia desleal ni siquiera confusión entre los artículos producidos por las sociedades comerciales trabadas en la litis. Sobre esta situación probatoria edificó el fallador de manera especial el fallo motivo del recurso.

— III —

Se ha insistido en estos antecedentes procesales porque ello se estima necesario, a fin de desvirtuar uno de los cargos fundamentales de la demanda de casación. En efecto: entre la serie de disposiciones de los artículos violados que bajo el epígrafe de "Cargo o cargos" señalado en la impugnación se dice que los artículos 65 y 66 de la Ley 31 de 1925 fueron violados "por no haber sido aplicados debiendo serlo". Estos artículos, transcritos en la demanda de casación, dicen:

Artículo 65. - "La competencia desleal es el acto de mala fe que tiene por objeto producir una confusión entre los artículos de dos fabricantes o de dos comerciantes o agricultores, o que sin producir confusión, tiende a desacreditar un establecimiento rival".

Artículo 66. - "Los actos de competencia desleal dan acción a los perjudicados para pedir su represión ante los jueces comunes y a indemnización de perjuicios a aquellos que han sido demandados. Esta acción se ejercerá por la vía ordinaria.

"Los jueces en cada caso particular decidirán, con la intervención de peritos, si el acto denunciado es o no de competencia desleal y sumariamente dictarán las medidas que sean necesarias para que dicha competencia cese y se evite la confusión que ella ocasione entre las manufacturas y productos similares de los comerciantes, fabricantes o agricultores".

A continuación reproduce varios artículos de la Ley 59 de 1936 como violados por falta de aplicación; pero el impugnante —y así lo anota el apoderado del opositor— olvidó que la Ley 59 de la referencia no tiene sino un artículo único y por medio del cual se aprobó la Convención general interamericana de protección marcaria y comercial firmada en Washington el 20 de febrero de 1929. De manera, pues, que la cita hecha por el impugnante a disposiciones legales no corresponden a la Ley 59 de 1936 y, por lo tanto, han sido indebidamente invocados, equivocación o yerro en que insistentemente incurre el impugnante.

El apoderado de la parte actora en el recurso estima que el inciso 1º del artículo 66 de la Ley 31 de 1925 no fue aplicado debiendo serlo, seguramente porque pretende que el fallador de instancia ha debido decretar las indemnizaciones por unos perjuicios que el Tribunal no encontró demostrados. Ni podía reprimir una competencia desleal cuya prueba no encontró establecida.

Ya se ha visto cómo los demás incisos del artículo 66 obligan al juez imperativamente a practicar la prueba pericial para demostrar si el acto denunciado es o no de competencia desleal. Pero el recurrente considera que el fallador no ha debido aplicar el inciso 3º del referido artículo 66 cuando, como se ha visto, tal mandato es de obligatoria observancia y asimismo lo declara el artículo 30 de la Convención firmada en Washington, cuando dice literalmente:

"Cualquier acto de los prohibidos por esta convención será reprimido por las autoridades gubernativas, administrativas o judiciales competentes del Estado en que se cometa, *por los medios y procedimientos legales* que en dicho país rijan, ya de oficio, ya a petición de parte interesada, la que podrá

ejercitar las acciones y derechos que las leyes le concedan para ser indemnizada de los daños y perjuicios recibidos, pudiendo ser decomisados, destruídos o inutilizados, según el caso, los artículos, productos o mercancías, o sus distintivos, que hayan sido objeto *del acto de competencia desleal.* (Subraya la Corte).

Y el artículo 32 ibidem, expresa:

"Las autoridades administrativas y los tribunales de justicia de cada Estado contratante, son los únicos competentes para resolver los expedientes administrativos, y los juicios contencioso-administrativos, civiles o criminales que se incoaren con motivo de la aplicación de las leyes nacionales. Las dudas que se suscitaren acerca de la interpretación o aplicación de los preceptos de esta convención serán resueltas por los tribunales de justicia de cada Estado, y solo en el caso de denegación de justicia, serán sometidas a arbitraje".

En forma, pues, que el ataque por este aspecto carece completamente de fundamento: El Tribunal Superior falló de acuerdo con la legislación nacional al darle aplicación a lo dispuesto por el inciso 3º del artículo 66 de la Ley 31 de 1925.

— IV —

Pero hay algo más, tanto el inciso 2º como el 3º del mentado precepto contienen disposiciones simplemente procedimentales: En el segundo se indica la vía ordinaria como la pertinente para definir los actos desleales en el trámite comercial y en el 3º se indica la naturaleza de la prueba necesaria para que el fallador pueda pronunciar su decisión. Ello equivale a decir que no siendo estos preceptos de carácter sustancial su quebranto o violación no daría ocasión a la infirmación del fallo.

— V —

Todas las disposiciones citadas como violadas por no haber sido aplicadas, contienen una enumeración de hechos que generan una competencia desleal en los actos y operaciones comerciales, competencia desleal, que da origen a une serie de situaciones concretas cuya existencia debe ser demostrada por los medios procesales de rigor, sin que le sea lícito al juez entrar a pronunciar una decisión sin los elementos probatorios ampliamente controvertidos por las partes para que el fallo sea un trasunto de la realidad y una recta aplicación de la justicia. Por eso el artículo 471 del Código Judicial, dice literalmente:

"Las sentencias se formulan haciendo en la parte motiva una relación concisa en que consten los nombres y domicilio de las partes y el objeto del pleito, las pruebas de los hechos importantes conexiados con las cuestiones de derecho que han de resolverse, y expresando las disposiciones legales y las razones de justicia o equidad que constituyen los fundamentos de la decisión".

— VI —

El fallo objeto del recurso dándole aplicación a lo expuesto por el artículo 59 de la Ley 31 de 1925 confirmó también la sentencia del inferior, que declaró extinguida la acción en relación con el uso del nombre de la sociedad demandada. Dice el artículo: "Si el perjudicado por el uso de un nombre no reclamare en el término de un año desde el día en que empezó a usarse pública y notoriamente por otra persona, perderá su acción a todo reclamo. Esta acción se ventilará en juicio ordinario y da lugar a indemnización de daños y. perjuicios". Los falladores consideraron, no obstante, que la prescripción de esa acción no conllevaba la extinción del derecho del actor para demandar la indemnización por competencia desleal sobre los cuales se ha venido trabando el juicio. Y no habiendo el recurrente insinuado siquiera algún ataque contra la aplicación dada por el sentenciador de instancia al aplicar el artículo 59 de la Ley 31 de 1925 que se ha citado, es obvio que todo reparo que se haga sobre la pertinencia o impertinencia del nombre de la sociedad demandada, está fuera de lugar. El debate se enmarca sobre los presupuestos de una competencia desleal producto de la mala fe de la parte demandada; pero ya se ha visto que el Tribunal no encontró demostrados con prueba eficaz ninguno de los actos que el demandante estima como constitutivos de competencia desleal y, por el contrario, el fallador en la interpretación de la prueba respectiva de la cual goza de completa libertad, salvo los errores de hecho o de derecho en que hubiere incurrido en la apreciación de la prueba, que no han sido alegados en la presente ocasión, llegó a la conclusión de que debía ser confirmado el fallo del juez del circuito, por medio del cual absolvió a la parte demandada de las pretensiones de la demanda. El cargo es inane.

DECISION:

Sirvan las anteriores consideraciones para que 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 CASE la sentencia de fecha ocho (8) de julio de mil novecientos sesenta y tres (1963), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio ordinario seguido por la Frutera Colombiana Ltda. (Fruco) contra Conservas California Ltda.

Costas a cargo del recurrente.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SIMULACION

Error de hecho.- La denuncia de Renta y Patrimonio como prueba de la capacidad económica de una persona.- Autonomía del juzgador en la apreciación de la prueba indiciaria.- Prueba pertinente en la lesión enorme.- El certificado de avalúo catastral no reemplaza el dictamen pericial que la doctrina reclama conforme a la ley.

1.- Exhaustiva ha sido la doctrina de la Corte acerca de que el error de hecho que en asunto probatorio pueda cometer el sentenciador de instancia, no es otro que el que finca en la objetividad misma de los medios, bien porque el juzgador ignore una prueba existente en el proceso, que de haberla visto lo hubiera llevado a una decisión distinta a la por él adoptada, o bien porque se apoye en una prueba no existente en el juicio, sin cuya suposición no se hubiera pronunciado en el sentido en que lo hizo. Sintetizando: que no vea la prueba existente o que suponga la que no existe.

Pero, que del examen que de las pruebas haga el Tribunal, deduzca la existencia o inexistencia de determinados hechos, ello es tarea crítica confiada a su autonomía, es decir, al poder de apreciación que de las pruebas le compete, y cuyo resultado no sería susceptible de enmienda o variación en el recurso extraordinario, mientras, con arreglo a la técnica legal que lo preside, no se le convenza de pecado contra la evidencia. Pecar contra la evidencia en las deducciones de hecho, implica, ya el obtener éstas de medios de convicción imaginarios, o el hacer decir a una prueba lo que ella no reza, o el ignorar o negar lo que expresa una prueba no desvirtuada.

2.- Los pagos reducidos por impuestos de renta y patrimonio de una persona, no demostrarían por sí solos su carencia de capacidad económica. Sólo teniendo a la vista las denunciaciones patrimoniales y rentísticas respectivas, es como podría establecerse, en razón de consideraciones tributarias, la carencia de posibilidades económicas, como quiera que una persona, aun teniendo bienes de fortuna de consideración, podría llegar a no ser gravada considerablemente por razones varias: ya porque los bienes estuviesen bajamente apreciados en los catastros o inventarios, ya por tener deudas que afecten su patrimonio o gozar de exenciones a que hubiera lugar, ya por deficiencias en las denuncias del haber y consiguientemente en las liquidaciones respectivas.

3.- En relación con la prueba de indicios, enseña la doctrina de la Corte que toca al juzgador indagar sobre cada uno de ellos singularmente considerado, para ver si se encuentra establecida la existencia del hecho que lo constituye, si éste guarda relación alguna con el que se investiga, su concesión con los demás y si del conjunto de de ellos le resulta la convicción.

4.- Si según el artículo 1947 del C. C. "el vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende" y si "el justo precio se refiere al tiempo del contrato", es claro que el vendedor que acciona por esta causa debe acreditar tal extremo con la prueba pertinente al efecto.

Ciertamente como lo predica una nutrida jurisprudencia de la Corte, esa prueba es el justiprecio de los bienes vendidos, realizado por peritos, con las formalidades legales, para que dictaminen con el debido fundamento y claridad

cuál era el justo precio de los inmuebles al tiempo del contrato (cass. 24 de agosto 1938, XLVII, 1942, pág. 490; 8 de noviembre 1938, XLVII, 1942, pág. 325; 12 de diciembre 1940, L, 1964/65, pág. 494; 13 marzo 1958, LXXXVIII, 2194, pág. 448, 28 julio 1958, LXXXVIII, 2199/200, pág. 564).

5.- Es claro que un certificado de avalúo catastral, no obstante su carácter de documento auténtico, no estaría en principio llamado a hacer las veces del dictamen pericial que la doctrina reclama conforme a la ley (art. 705 C.J.), porque no solamente se ignoran los antecedentes y circunstancias en que aquel se hubiera realizado y la época en que lo fuera, sino porque en su producción no intervinieron las partes, quienes no tuvieron la oportunidad de designar los expertos, ni de discutir sus conceptos, cuando precisamente el punto vital de la controversia estriba en la determinación del justo precio de las cosas vendidas al tiempo del contrato.

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

(Magistrado ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la demandante contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, con fecha 24 de octubre de 1962, en el juicio ordinario seguido por Gilma Tulia Ardila de Galvis frente a Gilberto, Ramiro y Hernando Ardila Villarreal.

— I —

EL LITIGIO

Ante el Juez 2º Civil del Circuito de Socorro, Gilma Tulia Ardila de Galvis demandó a Gilberto, Ramiro y Hernando Ardila Villarreal en solicitud de sentencia que decida:

Que son simulados y, por consiguiente, absolutamente nulos los contratos contenidos en las escrituras números 238 de 24 de abril de 1959, de venta de inmuebles y derechos de Nepomuceno Ardila a Gilberto Ardila Villarreal, 631 de 7 de diciembre de 1960, de venta de un inmueble del último de los nombrados a Ramiro Ardila Villarreal y 633 de 7 de diciembre de 1960, de venta de otro inmueble del mencionado Gilberto a Hernando de los mismos apellidos, otorgadas la primera ante el Notario 2º del Circuito de Socorro y las dos últimas ante el Notario 1º del mismo Circuito;

Que, consecuencialmente, todos los bienes materia de esos contratos deben revertir al patrimonio de Nepomuceno Ardila, objeto hoy de juicio de sucesión intestada, libres de todo gravamen que se les haya impuesto con posterioridad a la firma de esos contratos; y

Que los demandados deben a la sucesión intestada del dicho causante todos los frutos percibidos de esas fincas, desde las fechas de otorgamiento de las respectivas escrituras, en que recibieron los bienes que en ellas se mencionan.

Subsidiariamente, para el caso de ser desestimadas las sobredichas peticiones, la actora suplica se le otorguen las siguientes:

Que en el contrato de compraventa entre Nepomuceno Ardila como vendedor y Gilberto Ardila como comprador, contenido en la primera de las escrituras atrás citadas, Nepomuceno sufrió lesión enorme, en cuanto el precio convenido no significa ni remotamente la mitad del valor real de los bienes raíces por ella enajenados, en la época en que el contrato se realizó:

Que las escrituras números 631 y 633, suscritas entre Gilberto Ardila como vendedor en ambas y Ramiro y Hernando Ardila como compradores respectivamente en cada una de ellas, fueron una manera de cumplir el acuerdo que entre estos tres hermanos hubo de lesionar con grave perjuicio pecuniario el patrimonio de Nepomuceno Ardila y, por lo tanto, ostentan el mismo vicio del primero de tales actos, que es su base;

Que, en consecuencia, los contratos contenidos en las tres mencionadas escrituras se rescinden por lesión enorme;

Que, en tal virtud, los bienes materia de esos contratos deben revertir al patrimonio de Nepomuceno Ardila, objeto hoy de juicio de sucesión intestada, previo el reembolso a Gilberto Ardila Villarreal de la suma de sesenta mil pesos, el cual se hará a costa de la referida sucesión;

Que esos bienes deben reintegrarse al patrimonio de la dicha sucesión, libres de todo

gravamen que se les haya impuesto con posterioridad a los contratos rescindidos, gravámenes que deben ser cancelados por los demandados hasta concurrencia de sus respectivos aprovechamientos; y

Que los demandados deben a la sucesión de Nepomuceno Ardila las prestaciones que ordena la ley.

La exposición de los hechos invocados como *causa petendi*, puede resumirse así:

Que Nepomuceno Ardila en su matrimonio con Gilma Villarreal tuvo seis hijos llamados Gilberto, Hernando, Ramiro, Mercedes, Berta y Efraín, el último de los cuales falleció dejando una hija legítima, de nombre Gilma Tulia, hoy de Galvis;

Que por la escritura número 238 de 24 de abril de 1959, Nepomuceno Ardila aparece vendiendo la totalidad de sus bienes raíces a su hijo Gilberto, por el precio de sesenta mil pesos ($ 60.000,00), que escasamente llega a la décima parte del valor real de esos bienes en la época de tal acto;

Que esa venta, otorgada en altas horas de la noche, en la residencia del sedicente vendedor, cuando éste se hallaba en peligro de muerte y sin que recibiera ningún dinero como precio, no fue un contrato real por el cual Nepomuceno Ardila transfiere el dominio de los bienes en él especificados a su hijo Gilberto, sino que fue un acto simulado con dos finalidades: a) Eliminar las posibilidades de Gilma Tulia Ardila de Galvis para reclamar la herencia a que tendría derecho como representante de su finado padre Efraín Ardila Villarreal en la sucesión de su abuelo Nepomuceno Ardila, en orden a lo cual el aparente comprador recibió esa totalidad de bienes con el encargo secreto de transferir posteriormente, antes o después de la muerte de su padre, algunos de ellos, a sus hermanos Ramiro, Hernando, Berta y Mercedes, de modo que la distribución fuera más o menos la equivalente a una partición herencial, sin incluír en ésta a Gilma; b) Eludir el pago del impuesto de sucesión y complementarios y librarse, además de todos los gastos que un juicio de tal naturaleza causa;

Que tal acto fue otorgado a sabiendas de Ramiro, Hernando, Berta y Mercedes Ardila, quienes se enteraron de la realidad del propósito de ambos contratantes ficticios;

Que su simulación fue absoluta, y el acto se halla viciado por ilicitud de la causa verdadera, por inexistensia del objeto y por la falta de acuerdo real de voluntades en relación con la compraventa aparente;

Que los mismos vicios siguen presidiendo las ventas de terrenos que Gilberto hizo luégo a sus hermanos Ramiro y Hernando, según las escrituras números 631 y 633 de 7 de diciembre de 1960, ambas de la Notaría 1ª de Socorro, respectivamente;

Que, aun aceptando que la venta de Nepomuceno a su hijo Gilberto, según la sobredicha escritura número 238 de 24 de abril de 1959, fuese un contrato real y lícito, empero en razón de lo exiguo de su precio daría lugar al vendedor para ejercer la acción de lesión enorme;

Que, en la misma hipótesis, los hermanos de Gilberto, en las posteriores adquisiciones derivadas de este contrato, se beneficiaron de ese precio irrisorio;

Que Nepomuceno Ardila falleció, y su causa mortuoria se encuentra abierta en el Juzgado 1º Civil del Circuito de Socorro; y

Que los demandados están en posesión de esos bienes desde las fechas en que firmaron las respectivas escrituras, y desde entonces son deudores al patrimonio de Nepomuceno Ardila de los respectivos frutos, hasta la fecha de su muerte, y de ésta en adelante a su herencia, hasta cuando se verifique la restitución.

En derecho sustancial, el libelo invoca los artículos 1502, 1508, 1515, 1524, 1748, 1759 y 1766 del C. C. y el capítulo XIII del título 23 de su Libro Cuarto.

Los demandados, por medio de un mandatario común, contestaron en escritos separados, oponiéndose a las peticiones tanto principales como subsidiarias de la demanda. Al efecto, en lo que a cada uno compete, sostienen que los contratos que rezan las escrituras números 238, 631 y 633 en referencia no son simulados, sino reales; que el precio correspondiente a cada uno de ellos fue pagado; que por ellos no se trató de repartir la herencia de don Nepomuceno, y, por lo tanto, no obedecieron a los fines que la demanda supone; que los precios se señalaron, tomando en cuenta que lo que don Nepomuceno vendía eran las fincas desnudas, es decir con prescindencia de las mejoras, puestas por los arrendatarios de tales inmuebles, los que hacía bastantes años no eran administrados por don Nepomuceno a causa de hallarse

enfermo; y que los demandados, son, pues, en lo correspondiente a cada uno, los dueños y poseedores de los respectivos bienes.

La primera instancia, en que se recibieron pruebas de una y otra parte, concluyó con fallo por el cual se declararon absolutamente nulos los contratos contenidos en las sobredichas escrituras, se condenó a los demandados a restituír a la sucesión de Nepomuceno Ardila Guerrero los inmuebles de que tales instrumentos tratan, con sus correspondientes frutos a partir de la contestación de la demanda, y se impuso a la referida sucesión la obligación de pagar a los demandados las mejoras por éstos puestas en tales inmuebles con posterioridad a la celebración de aquellos actos.

El segundo grado del juicio, abierto por apelación de los litigantes vencidos, recibió la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, de 24 de octubre de 1962, en cuya virtud se REVOCA la del inferior y, en su lugar, se niegan las peticiones de la demanda.

Interpuesto por la actora el recurso de casación y tramitado éste hasta quedar en estado de ser definido, se procede ahora a su despacho.

— II —

CONSIDERACIONES DEL FALLO RECURRIDO

El Tribunal, luégo de estimar que, dados los hechos que informan la demanda, la acción principal deducida es la de simulación relativa, y no la de nulidad, de los contratos aludidos, acerca de lo cual hace algunas disquisiciones, a que agrega otras relativas al interés de la actora para obrar en defensa de su derecho hereditario en la sucesión de Nepomuceno Ardila y a la libertad probatoria de que está, en consecuencia, investida, advierte que dentro de esta amplitud de probación le correspondía a la misma demandante presentar las pruebas que desvirtuasen las cláusulas de la escritura número 238 de 24 de abril de 1959, de venta de Nepomuceno Ardila a Gilberto. Sin embargo —dice— es de anotar que "fuera de los documentos traídos con la demanda, apenas hizo llegar a los autos dos declaraciones: la de Julio Enrique Peralta, Notario ante el cual se pasó el instrumento que se ataca, y la de Luis Jesús Camacho, yerno del otorgante Nepomuceno Ardila".

Según el primero de tales testimonios, la escritura fue firmada "a altas horas de la noche", en casa del vendedor, y se refería a todos sus bienes, y el declarante no presenció la entrega de dinero por parte del comprador, como tampoco vio "girar cheque o cheques, letras, documentos o pagarés". Y agrega que como un mes después Nepomuceno Ardila le dijo "que tenía que ir a la Notaría a efecto de que le diera la fórmula para que Gilberto le hiciera devolución de las fincas... porque no se encontraba satisfecho de esa operación". Y según el segundo de estos declarantes, o sea el yerno de don Nepomuceno, éste resolvió hacerle escritura de todos sus bienes al hijo mayor llamado Gilberto, con el fin de que a la muerte de su padre distribuyera tales bienes en forma equitativa entre todos sus hermanos; y que a la esposa del declarante, llamada Mercedes, le escrituró Gilberto una casa, sin que ella le diera dinero alguno, pues se trataba de cumplir la voluntad del padre; y agrega el testigo que Mercedes le hizo el reclamo a Gilberto porque le había dado muy poco, pero que ni por más reclamo que le hiciera, Gilberto nunca le dio nada más fuera de la casa.

Vistas así por el Tribunal estas dos declaraciones, procedió luego a desestimar los que el juez *a quo* había tomado como indicios demostrativos de que el motivo que determinó la voluntad contractual no fue otro que "el de encontrar un método más o menos fácil de distribuír unos bienes patrimoniales en vida, único móvil que impulsó a los contratantes a disfrazar la donación en compraventa, en crear una ficción... donación que está viciada por fraude a la ley, pues no se solicitó la insinuación, y por fraude igualmente al derecho de herencia, ya que se deja por fuera un heredero, lo que implica una nulidad total por causa ilícita".

Al efecto, el sentenciador, previa consideración de las condiciones que debe reunir la demostración por indicios para poder obrar eficazmente, analiza las circunstancias del caso, así:

Que el hecho de que el Notario declare que no presenció entrega de Gilberto a don Nepomuceno, de dinero o documentos representativos del precio, no implica la deducción de que éste no se pagó, pues en la escritura no se afirma que el precio se hubiese pagado en el instante en que los contratantes ponían su firma en ella, sino que, como lo dice su cláu-

sula tercera, $ 50.000,00 fueron recibidos en esa fecha, en billetes contantes, y $ 10.000,00 recibidos a buena cuenta el día 20 de febrero de ese año (1959), igualmente en billetes contantes; y que para destruír esa confesión sobre el pago, tendría que traerse prueba irrebatible que demuestre que éste no se hizo.

Que el hecho de que el precio acordado resulte reducido, atenta la valoración que los bienes enajenados muestran a través de los recibos catastrales y del denuncio de renta del presunto vendedor, no es prueba de que ese precio fuese irrisorio. Porque, aparte que el medio adecuado para apreciar los bienes ha debido ser el de una peritación, aparece que, de acuerdo con prueba testimonial y conforme a la propia declaración de Nepomuceno Ardila formulada en su manifestación de renta, los inmuebles desde años atrás habían sido explotados económicamente por los demandados, quienes pusieron en ellos la valorización que da el trabajo y que se manifiesta en las mejoras. Es que la tierra desnuda no tiene igual significación patrimonial que la que está cultivada y en producción.

Que el hecho de no aparecer en el juicio de sucesión de Nepomuceno Ardila la suma en que fueron vendidos los bienes, tampoco es circunstancia que induzca al convencimiento de que no existió compraventa, sino un acto ficticio. Porque, fuera de la censurable costumbre de las gentes, de "esconder" no solo dinero sino semovientes para escapar a la verdadera tributación sucesoral, podría pensarse que tal valor puede estar representado en las "varias cabezas de ganado vacuno" que el denunciante de bienes en la dicha mortuoria, dijo pastaban en algunas fincas y que "pertenecían a una sociedad con el señor Gilberto Ardila, heredero de la sucesión".

Que la incapacidad económica del comprador, es circunstancia que tenía que aparecer demostrada en los autos. Pero que los recibos de impuestos están diciendo que Gilberto "sí tenía bienes de fortuna antes de la negociación (fs. 39 a 47-57-59-60-67), y, lo que es más, las constancias de las entidades crediticias indican que disfrutaba de préstamos en sus relaciones comerciales (fs. 79-96 v. 97-98). Y nada importa que los organismos bancarios no indiquen la cantidad y la destinación de las sumas dadas en mutuo... Además, son varios los declarantes que hablan de las condiciones trabajadoras de los hermanos Ardila Villarreal y de que desde hacía tiempo tenían en arrendamiento las fincas de su padre, detalles éstos que dan piso lógicamente para creer en posibilidades económicas de Gilberto Ardila".

Que en cuanto a la venta de la gran mayoría de sus bienes, de Nepomuceno Ardila a Gilberto, si bien es lógico que nadie sin razón otorga un acto semejante, en la especie del pleito "se sabe que sí existía motivo para que Nepomuceno Ardila resolviera proceder en ese sentido. Se encontraba enfermo y de años atrás había dejado de administrar sus haberes, función que había dejado a cargo de sus hijos mediante contratos de arrendamiento".

Que la circunstancia del parentesco entre contratantes, que no se acreditó como debiera haberlo sido mediante documentos de estado civil, "pierde vehemencia ante la falla de los otros hechos indicativos. Es que en sí nada de particular hay en los contratos entre padres e hijos, actos que son permitidos por la ley". Aparte lo cual, considera que la "presunción de donación" —de que trata uno de los recibos de Caja anexos a la escritura—, no tiene importancia especial, "porque es indudable que esa presunción se toma únicamente por el aspecto impositivo (art. 66 de la Ley 63 de 1936)".

En conclusión de todo lo cual, el Tribunal afirma lo siguiente:

"El conjunto indicial, fuera de que en sus extremos no se presenta satisfactoriamente acreditado, se abre en varias posibilidades que le restan poder de convicción y que lo hacen insuficiente para desvirtuar el contenido de un documento pasado ante el notario y debidamente llevado además a la formalidad del registro. Las escuetas afirmaciones del testigo Luis Jesús Camacho no modifican la cuestión.

"Vale decir que en el criterio de la Sala no obra prueba suficiente para tener por simulada la escritura número 238 de 24 de abril de 1959 de la Notaría Segunda del Circuito de Socorro, conforme a la cual Nepomuceno Ardila Guerrero dijo vender a Gilberto Ardila Villarreal y éste comprar los inmuebles en ella especificados. Y no siendo próspera la primera petición principal, consecuencialmente no pueden prosperar las otras del mismo capítulo".

Entrando luego en el estudio de las peticiones subsidiarias, el juzgador se expresa así:

"Lo mismo puede decirse respecto de las

peticiones subsidiarias. Al fallar la primera de ellas, la que pretende que hubo lesión enorme en la compraventa que recoge la escritura antes referida, es entendido que sobra entrar al examen de las ventas que detallan las escrituras 631 y 633 de diciembre de 1960, según las cuales Gilberto Ardila dijo vender a Ramiro y Hernando Ardila inmuebles que había adquirido mediante la citada escritura 238. Por ninguna parte del proceso aparecen probados los elementos estructurales de la lesión enorme a que se refiere el artículo 1947 del Código Civil.

"La ruptura del equilibrio económico entre los contratantes o «desequilibrio entre la prestación procurada y la ventaja obtenida del contrato», que a eso equivale la lesión enorme conforme a los términos de la disposición en cita, como es natural es cuestión que ha de ser probada por quien demanda fallo que así lo declare. «La prueba rotunda y definitiva de la lesión, dice Pérez Vives, sin la cual, y no obstante la existencia de otras en el juicio, la acción no puede prosperar, es un dictamen pericial que fije el avalúo, es decir, el justo precio de la finca al tiempo del contrato»".

Tales los fundamentos de la decisión impugnada.

— III —

LA DEMANDA DE CASACION

Presentada en tiempo y contradicha oportunamente por el opositor, la demanda del recurso se sitúa en el ámbito de la causal primera de casación, ofreciéndose en dos capítulos de que se hace el siguiente resumen:

Primer capítulo.—Dice el acusador que la sentencia "viola en forma indirecta los preceptos que señalaré, por indebida aplicación de los mismos. Y, además, viola en forma directa los preceptos que también indicaré, por apreciación errónea de unas pruebas y por falta de apreciación de otras pruebas... incurriendo el Tribunal así en errores de derecho y en errores de hecho que aparecen de modo manifiesto en los autos".

Cita como normas de derecho sustancial infringidas, dando una idea del contenido de cada una de ellas, los artículos 1502, 1524, 1740, 1766, 1849, 1866, 1864, 1443, 1458, 1464, 1244, 1245, 1226, 1239, 1240 y 1746 del Código Civil y 66 de la Ley 63 de 1936. Y en cuanto a los ordenamientos sobre la prueba indiciaria, acerca de cuyo régimen trae a cuento doctrina de la Corte, señala como vulnerados los artículos 594, 660, 663 y 665 del Código Judicial.

La argumentación que intenta con el recuento de todos esos preceptos, puestos en relación con los hechos de la demanda, la encamina a sostener que los actos demandados son ficticios, que ocultan un convenio secreto absolutamente nulo y que "por tanto, los efectos no pueden ser distintos a los declarados en el fallo de primera instancia, invalidando los contratos y ordenando volver los bienes a la masa herencial del presunto primer vendedor".

Con este propósito, se ocupa luégo en hacer un examen crítico de los varios indicios que en su concepto prueban la simulación de los contratos de que se trata, indicios cuyo valor probatorio —dice— les fue quitado por el Tribunal. En su tarea, el recurrente manifiesta guardar "más bien el orden que el Juzgado sigue para luégo hacer ver los errores en que en detalle y en conjunto incurre el Tribunal":

1º - *"La compraventa aparece celebrada entre parientes"*. Se argumenta: Erró el Tribunal al considerar que la "presunción de donación" que al respecto establece la ley es solamente para efectos impositivos. Porque esta interpretación del artículo 66 de la Ley 63 de 1936 "aunque sea para efectos fiscales, no pierde su valor por ello. Y nótese la trascendencia de los términos del ordinal 1º, perfectamente aplicable al caso del proceso".

En el recibo del valor del impuesto, que obra en la propia escritura de Nepomuceno Ardila a Gilberto, se dice: que el vendedor es padre del comprador. No había, pues, necesidad de traer la partida de nacimiento de Gilberto Ardila Villarreal. Su estado civil era un hecho simple, aceptado en la contestación de la demanda (respuestas a los hechos 2º, 7º y 14), y corroborado por la declaración del Notario que asistió a la venta, como también afirmado por el testimonio de Luis Jesús Camacho, yerno de don Nepomuceno.

"El mismo indicio obra, por tanto, en contra de las compraventas ficticias hechas entre Gilberto y sus hermanos Hernando y Ramiro", y está probado plenamente, según los artículos 666 y 665 del C. J., "que fueron violados por el Tribunal".

2º - *"Se vende «una universalidad de bie-*

nes»". Se argumenta: Que en el hecho 7º de la demanda se afirma que don Nepomuceno vende a su hijo Gilberto "la totalidad de sus bienes raíces", y en la contestación respectiva se asiente a ello, diciendo que es cierto que el primero le vende al segundo "los bienes especificados"; que "no se explica sino como una ficción que el padre le venda a su hijo «la totalidad de sus bienes raíces», o al menos, esa cantidad de bienes señalada en la escritura. Y que luégo el ficticio comprador aparezca vendiéndole a sus hermanos Ramiro y Hernando unos bienes determinados, a los cuales les fija, a cada uno, un precio bastante equivalente, a Gilberto (entendió decir Hernando) «Los Alpes» en $ 50.000,00 y a Ramiro «El Salitre» en $ 40.000,00"; que le falló la sindéresis al Tribunal al explicarse la venta de todos los bienes de don Nepomuceno a Gilberto, como ocasionada por encontrarse el primero enfermo y haber dejado de administrar sus haberes de años atrás, pues "si todo marchaba normalmente, por qué de golpe cambia de actitud y busca como testaferro a su hijo para que le traspase los bienes a sus otros hijos".

Este claro indicio de simulación "está plenamente probado y demuestra la inexistencia de la compraventa y la existencia de la donación (arts. 666 y 665 del C. J.)".

3º - *"Las circunstancias de tiempo, modo y lugar del otorgamiento de la escritura"*. Se argumenta: Que, según las declaraciones del Notario Peralta y de Camacho Forero, yerno de don Nepomuceno, la escritura de venta de todos los bienes de éste a Gilberto se otorgó en casa del vendedor, en altas horas de la noche. Camacho Forero, además, expresa que él llevó al Notario, por haber sufrido un síncope don Nepomuceno, que lo tuvo al borde de la muerte esa noche; y que los médicos Luis A. Nova y Rafael Contreras declaran que don Nepomuceno, a quien trataron, el primero durante mucho tiempo y el segundo, durante cinco años, sufría de crisis hipertensivas y de insuficiencia cardíaca, por lo cual no podía hacer esfuerzos.

Que, según el artículo 697 del C. J., las declaraciones de varios testigos concordantes y fehacientes son plena prueba, precepto que quebrantó el Tribunal, quien no tuvo en cuenta este indicio que está plenamente probado y demuestra lo mismo que acreditan los anteriores (arts. 666 y 665 del C. J.).

4º - *"La falta de capacidad económica de los compradores"*. Se argumenta: Según el Tribunal, los recibos de impuestos y las constancias de préstamos de las entidades crediticias indican que los compradores sí tenían bienes de fortuna, conclusión con que entiende armonizan las varias declaraciones que hablan de las condiciones trabajadoras de los hermanos Ardila Villarreal y de que éstos tenían de tiempo atrás en arrendamiento las fincas de su padre.

Pero que "el Tribunal no leyó los recibos de que habla que se hallan en el cuaderno 3º: en diciembre 6 de 1958, paga Gilberto $ 10,15 de intereses por el impuesto de 1956, en dos años largos (f. 39); en noviembre de 1959 paga $ 48,11 por Paz del Río (f. 42); en noviembre de 1959, paga por todo concepto $ 90,60 (f. 43); en noviembre 28 de 1959, paga $ 130,56 por todo concepto (f. 44); en febrero 22 de 1959, paga $ 54,00 por todo concepto por el año de 1957 (f. 45); al Fondo Ganadero le paga $ 69,00 en noviembre de 1958 (f. 46). Siguen luego unos recibos de Hernando Ardila Villarreal por $ 267,36 (f. 48), de Ramiro Ardila por $ 5,69, respecto de 1950 (f. 49), de $ 58,48, por 1952 (f. 50), de $ 12,89 por 1951, de $ 2,06, por 1956 (f. 52), de Hernando Ardila $ 16,62 por 1953 (f. 53), de $ 319,09 del mismo, por impuestos de 1956 (f. 54)".

Ante lo cual, el impugnante se pregunta si una persona que paga tan reducidos impuestos podría comprar fincas por valor de $ 60.000,00. Anota que los comprobantes de impuestos municipales, anteriores a la compraventa, muestran que los hijos de don Nepomuceno pagaban el impuesto en nombre de su padre, porque la escritura fue hecha en abril de 1959, y que los pagos posteriores se explican por sí solos; que Gilberto, después de la ficticia compraventa, aparece pagando el impuesto predial de las fincas compradas a su padre, las que "entonces aparecen en el Catastro valiendo $ 98.700,00 o sea $ 38.000,00 más de lo que dizque pagó como valor comercial... Pero antes de la escritura lo más que llegó a pagar fueron $ 90,60, según se dejó visto antes, y ello por todo concepto".

Que el que los Ardila Villarreal sean personas trabajadoras no explica que tuvieran el dinero suficiente para comprar lo que dicen haber comprado; y que los préstamos tampoco prueban la capacidad económica de los mismos. El pagaré de $ 10.000,00 recibidos por Ramiro y Gilberto Ardila (f. 79, c. 3), fue de fecha 24 de junio de 1959, posterior a la es-

critura de venta de 24 de abril del mismo año; y la constancia del Banco Comercial Antioqueño que obra al folio 96 v. sobre préstamos de importancia a los Ardila Villarreal, se refiere a "préstamos todos POSTERIORES a la escritura ficticia de don Nepomuceno Ardila a su hijo mayor Gilberto. Ya tenían bienes que presentar ante los bancos para obtener crédito. Las otras constancias (fls. 97 y 98) no indican cantidad ni tiempo y por tanto nada prueban".

Y reproduciendo al respecto, apartes de la sentencia de primer grado, transcribe uno según el cual las declaraciones de renta presentadas por los demandados no indican nada en relación con el indicio pecuniario, por ser posteriores a los contratos que se tachan de simulados.

Trátase así de "otro indicio que aparece plenamente demostrado" (arts. 666 y 665 ibid.), que comprueba lo mismo que los anteriores.

5º - *"No aparecer en el acervo sucesorio de Nepomuceno Ardila la suma o valor de los bienes enajenados"*. Se argumenta: Que, según la certificación del Juez que conoce del juicio de sucesión de Nepomuceno Ardila, en que fue reconocida como heredera del causante. Gilma Tulia Ardila de Galvis en representación de su padre Efraín Ardila Villarreal, el "apoderado de la parte actora *únicamente denunció varias cabezas de ganado vacuno*, las que dijo pastaban en las fincas «Santa Bárbara» y «El Salitre», del municipio de Hato, y en la finca «Los Alpes», del municipio de Simacota, semovientes que dijo el mismo apoderado pertenecían a una sociedad con el señor Gilberto Ardila, heredero de la sucesión (f. 19 v. del C. 1º)".

Que si hay prueba elocuente de la simulación es ésta, ya que para el momento de su muerte, el causante había repartido sus bienes, con fraude en perjuicio tanto de su nieta, la demandante, como del fisco. Pero, el Tribunal, suponiendo que el valor de la venta estaría representado en las varias cabezas de ganado vacuno que se denunciaron como pertenecientes a la referida sociedad, rechaza este indicio que está plenamente demostrado (arts. 666 y 665 ibid.) y que prueba que no hubo precio, ni pago alguno por tal concepto en la venta ficticia que se acusa.

6º - *"El precio reducido asignado a los bienes"*. Se argumenta: Que en la declaración de renta de Nepomuceno Ardila para el año de 1958 (f. 6, c. 3º), éste hizo una exposición sobre bienes de los que vendió luego, que según el recurrente totalizan la cantidad de $ 170.200,00, según avalúos catastrales; y que en la escritura de Nepomuceno Ardila a Gilberto, aparece el certificado de Catastro, que coincide en casi todas sus partes con la exposición que se acaba de citar y tiene el mérito de ser un documento público. La suma de estos avalúos le da al recurrente un total de $ 196.800,00, obteniéndose así entre este monto y el precio de la venta impugnada una diferencia de $ 136.800,00. La cual si se calculase con relación al valor comercial de los bienes, resultaría doble. Es decir que si se calcula que el valor comercial de los bienes es el doble del valor catastral, los bienes valdrían $ 393.600,00.

Quiere decir que se asignó a los bienes vendidos por don Nepomuceno un precio que no alcanza ni a la tercera parte de su valor catastral. Sin embargo, el Tribunal no admite el indicio, porque para ello —dice— hubiera sido necesaria una peritación. Mas, no hay disposición alguna que exija el dictamen de peritos para fijar el valor de los inmuebles, con el item de que el avalúo catastral también se fija por peritos.

Otra prueba de que no hubo precio y que el Tribunal no tuvo en cuenta, es la circunstancia de que en las ventas hechas por Gilberto a su hermano Hernando, del terreno "Los Alpes", y a su hermano Ramiro, del terreno "El Salitre", se fijaron como precios, respectivamente, las cantidades de $ 50.000,00 y $ 40.000,00, cuando la venta de los siete inmuebles y de los derechos en sucesiones que reza la escritura número 238 aparece hecha por el precio de $ 60.000,00. Es un indicio que el Tribunal desconoció estando plenamente demostrado (arts. 666 y 665 ibid.). Y como no hay compraventa sin precio, según los artículos 1849 y 1864 del C. Civ., violó estos preceptos.

7º - *"No aparece que se hubiera pagado precio alguno en el momento del contrato"*. Se argumenta: Que lo dicho sobre pago del precio en la escritura otorgada por don Nepomuceno a Gilberto es falso, porque, fuera de haberse otorgado ella en las circunstancias ya alegadas, obran las declaraciones del Notario Julio Enrique Peralta Alfonso y de Luis Jesús Camacho Forero, yerno éste de don Nepomuceno, a que atrás se han hecho referencias, los cuales testimonios, según el impugnante, acreditan que no hubo pago de precio algu-

no, o sea que demuestran este indicio de la "simulación del contrato de compraventa acusado y la realidad de la donación, pero hecha en fraude de la demandante y de los derechos del fisco y con violación de los preceptos anotados al principio... Pero la donación requiere insinuación (art. 1458), debe ser precedida de inventario (1464), no debe cercenar las legítimas (1226) y no deben burlarse los derechos fiscales. Don Nepomuceno quiso hacer una especie de testamento para que lo cumpliera su hijo mayor en cuanto a la distribución de bienes, y esa forma de distribución no está autorizada por la ley. Antes está prohibida (arts. 1113 y ss. del C. C.)".

Y concluyendo el recurrente su estudio de todos esos hechos, que destaca como indicios en pro de las pretensiones de su parte, dice así: "Estos indicios son graves, precisos, concordantes entre sí, pero diferentes unos de otros, están plenamente comprobados y todos y cada uno demuestran que no existió tal escritura de compraventa y que sí se hizo una distribución de bienes entre los presuntos herederos de don Nepomuceno Ardila Guerrero, pero con fraude de su nieta Gilma Tulia, con fraude del fisco, y con violación de las disposiciones que se dejaron señaladas"

Sostiene que "el Tribunal lo que hizo fue analizar cada indicio por separado negándole «la relación o conexión entre los hechos que los constituyen y el que se trata de averiguar» (art. 662 del C. J.) ... incurrió por tanto en errores de hecho que aparecen de modo manifiesto en los autos... El sistema del Tribunal no puede aceptarse: el de separar los indicios unos de otros para negarle al conjunto la evidencia". Y con el intento de respaldar esta afirmación, trae a cuento doctrinas de la Corte y una referencia al tratadista Lessona.

Capítulo segundo.—Para el caso de que no prospere el recurso en relación con la simulación invocada, el impugnante acusa la sentencia por infracción indirecta del artículo 1947 del Código Civil, en cuanto el precepto establece que "el vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende" y que "el justo precio se refiere al tiempo del contrato".

Anotando que el Tribunal echó menos la prueba de los elementos estructurales de la lesión enorme, por falta del dictamen pericial que determine el justo precio al tiempo del contrato, alega el acusador que el avalúo catastral —que también es efectuado por peritos—, que consta en la escritura de la compraventa, constituye un documento público que hace plena fe según el artículo 632 del C. J. y que acredita que el precio recibido por don Nepomuceno era, al tiempo del contrato, inferior a la mitad del justo precio de los bienes que le vendió a Gilberto en la escritura número 238. Y remata así la censura: "Como éste sería un error de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos, el Tribunal violó directamente el artículo 632 del Código Judicial e indirectamente el artículo 1947, por lo cual en subsidio, para si no prospera la causal primera invocada en el aparte anterior por los motivos alegados y demostrados, invoco la misma causal primera del artículo 520 del Código Judicial".

— IV —

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1) Aunque la acusación, en cuanto al rechazo de la acción principal, dice hacerse por errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, que llevaron al juzgador a vulnerar los preceptos de ley sustancial que el recurrente indica, es lo cierto que el libelo no demuestra sus censuras por error de hecho, en el sentido que esta figura tiene en materia de casación. Ni resulta el de derecho, por lo que se verá luego.

2) Exhaustiva ha sido la doctrina de la Corte acerca de que el error de hecho que en asunto probatorio pueda cometer el sentenciador de instancia, no es otro que el que finca en la objetividad misma de los medios, bien porque el juzgador ignore una prueba existente en el proceso, que de haberla visto lo hubiera llevado a una decisión distinta a la por él adoptada, o bien porque se apoye en una prueba no existente en el juicio, sin cuya suposición no se hubiera pronunciado en el sentido en que lo hizo. Sintetizando: que no vea la prueba existente o que suponga la que no existe .

3) Pero, que del examen que de las pruebas haga el Tribunal, deduzca la existencia o inexistencia de determinados hechos, ello es tarea crítica confiada a su autonomía, es decir, al poder de apreciación que de las pruebas le compete, y cuyo resultado no sería susceptible de enmienda o variación en el recurso extraordinario, mientras, con arreglo a la técnica legal que lo preside, no se le convenza de pecado contra la evidencia. Pe-

car contra la evidencia en las deducciones de hecho, implica, ya el obtener éstas de medios de convicción imaginarios, o el hacer decir a una prueba lo que ella no reza, o el ignorar o negar lo que expresa una prueba no desvirtuada.

4) En el caso *sub lite*, frente a la sentencia cuyas conclusiones desestimativas de la simulación alegada son el resultado de un proceso crítico de los hechos aducidos por la parte actora como indicios sustentantes de sus pretensiones, el impugnante consagró sus esfuerzos a hacer el análisis de cada una de las circunstancias o factores de hecho que a su entender constituyen un cúmulo indiciario bastante a demostrar esa pretendida simulación. Pero, sin lograr la demostración de que el juzgador hubiera incurrido en error fáctico en la contemplación de las pruebas de los supuestos indicios, con trascendencia a la cual se debiera la desestimación de éstos, la tarea del impugnante, no obstante su inteligente amplitud discursiva, hubo de limitarse a contraponer a los razonamientos del Tribunal los suyos, con el intento de que por vía de casación éstos se sustituyesen a aquéllos.

5) Mas, vano resulta tal intento, en las circunstancias anotadas. A este propósito, conviene recordar aquí, una vez más, la doctrina de la Corte consignada en numerosas sentencias. Así en la de casación de 12 de junio de 1958, dijo lo siguiente: "Si en la prueba por indicios se trata fundamentalmente de que el juzgador, por el hecho conocido, pase a descubrir el hecho que se controvierte, no existe duda alguna acerca de que por regla general el debate sobre su mérito queda cerrado definitivamente en la instancia, y que la crítica en casación se reduce a determinar si por error evidente de hecho o por error de derecho estuvieron admitidos como probados o como no probados los hechos indicativos; si todas las conjeturas dependen exclusivamente de un indicio no necesario; y si la prueba por indicios es o no de recibo en el asunto debatido. Pero en lo que atañe a la gravedad, precisión, concordancia y nexo de los indicios con el hecho que se averigua, el sentenciador está llamado por ley a formar su íntima convicción, que prevalece mientras no se demuestre en el recurso que contraría los dictados del sentido común o desconoce el cumplimiento de elementales leyes de la naturaleza" (LXXXVIII, 2198, pág. 176).

Concepto que corroboran la sentencia de 20 de marzo de 1959 (XC, 2207/09, pág. 105) y otras más, de las cuales en la de 22 de noviembre último, se lee: "... Aunque sobre el elenco indiciario se pueda ensayar por el crítico interesado un análisis diverso al verificado por el sentenciador, para sacar consecuencias contrarias a las obtenidas por éste, tiénese que en esa contraposición de razonamientos forzosamente ha de prevalecer el del Tribunal, cuyas decisiones, como emanadas de quien es el agente de la justicia, revestidas están de la presunción de acierto.

"Claro es que la valoración de la prueba indiciaria, sujeta esta a las normas que se contienen en los artículos 662 a 667 del Código Judicial, a cuyo abrigo se afianzan los postulados sobredichos. Por eso, no podría tener eficacia de plena prueba la presunción de hombre que consistiera en un indicio único no necesario (663), o no suficientemente grave y preciso para poder ser único (664), o que se extrajese de una coincidencia de indicios no graves, ni precisos, ni conexos entre sí (665), o de hechos que no están plenamente probados (666), o de un concurso de indicios que se refieren a uno solo o en que los argumentos sobre un hecho dependen todos de un solo argumento (667).

"Pero, siendo las calidades de necesidad, unicidad, pluralidad, gravedad, precisión y conexidad de los indicios, cuestiones de hecho cuya apreciación está confiada al juzgador de instancia, es perfectamente claro que la noción que éste se haya formado de tales calidades no puede ser desconocida en el recurso extraordinario, sino por razón de incidencia, demostrada, en error de hecho evidente" (sentencia en juicio de Carlos Londoño Mejía contra Adelaida Giraldo de Piedrahita y otro, aún no publicada).

6) Ahora bien: los razonamientos en que se fundó el Tribunal para no prohijar los indicios acogidos por el juez *a quo* y desechar, en consecuencia, la demanda sobre simulación, expuestos quedaron atrás en el capítulo II, y las argumentaciones del acusador no demuestran que esos razonamientos sacrifiquen la lógica natural o sean contra evidentes.

7) Con todo, como en el reparo tocante a la desestimación del indicio que denomina "la falta de capacidad económica de los compradores", se hacen las ya reseñadas imputaciones que aparentemente podrían dar margen para suponer en el juicio del senten-

ciador visos de errónea apreciación probatoria, no sobra hacer en este punto las siguientes consideraciones:

8) Si los pagos por impuestos de renta y patrimonio, de que tratan los varios recibos a que aludió el Tribunal y que el recurrente comenta, son de cantidades en general reducidas, ello por si solo no demuestra que Gilberto Ardila hubiera carecido de capacidad económica para efectuar la compra de que trata la escritura número 238, como tampoco que Ramiro y Hernando Ardila no hubieran tenido esa capacidad para efectuar las respectivas compras sobre que versan las escrituras números 631 y 633. Porque, fuera de que tales recibos se refieren a conceptos varios y a épocas diversas y descontinuadas entre 1950 y 1959, sin constituír respecto de ninguno de los hermanos Ardila Villarreal un conjunto completo de comprobantes homogéneos que establezca a ciencia cierta el movimiento contributivo en todo ese lapso anterior al otorgamiento de las susodichas escrituras, resulta que, solo teniendo a la vista las denunciaciones patrimoniales y rentísticas respectivas, es como podría establecerse, en razón de consideraciones tributarias, la carencia de posibilidades económicas de los compradores, como quiera que una persona, aún teniendo bienes de fortuna de consideración, podría llegar a no ser gravada considerablemente por razones varias: ya porque los bienes estuviesen bajamente apreciados en los catastros o inventarios, ya por tener deudas que afecten su patrimonio o gozar de exenciones a que hubiera lugar, ya por deficiencias en las denuncias del haber y consiguientemente en las liquidaciones respectivas.

9) Fuera de lo cual obran, entre los comprobantes citados por el Tribunal, los recibos de tributos catastrales que forman los folios 55, 59, 60 y 67 (c. 3), recibos que pasó por alto la censura y en los que figuran como contribuyentes, desde 1955, por razón de la finca "Tucuyala", los hermanos Ramiro, Efraín y Gilberto Ardila Villarreal, y en relación con la finca "El Prado", Efraín y Gilberto. Además, en las declaraciones de renta y patrimonio de Gilberto, Ramiro y Hernando por el año gravable de 1960, visibles a los folios 11 a 33 del c. 3, aunque correspondientes la primera a un tiempo posterior en un año y nueve meses al otorgamiento de la escritura número 238, la segunda a un tiempo posterior en un mes y veintiocho días al otorgamiento de la escritura número 631, y la última a un tiempo posterior en dos meses y dieciocho días al otorgamiento de la escritura número 633, aparece que, aún prescindiendo de las fincas que respectivamente adquirieron por tales escrituras, quedaría para cada uno una situación patrimonial que no se improvisa de un momento para otro.

10) En cuanto a los comprobantes atinentes a créditos obtenidos de entidades bancarias de Socorro por los hermanos Ardila Villarreal, si bien los de fechas 24 de junio de 1959 del Banco de Colombia (f. 79 c. 3), 29 de noviembre de 1960, 24 de mayo y 5 de julio de 1961 del Banco Comercial Antioqueño (f. 96 v. c. ibid.), serían respectivamente posteriores a las referidas escrituras, ello no obstante, tales comprobantes acusarían la continuidad de relaciones crediticias de tiempo anterior, como lo acreditan las constancias que precisa transcribir así: la del Banco Comercial Antioqueño de 5 de septiembre de 1961: "... Que los tres señores ARDILA VILLARREAL antes mencionados son considerados como clientes de gran responsabilidad y gozan de buen crédito en esta entidad bancaria" (f. 96 v. c. cit.). La del Banco de Colombia de 28 de agosto de 1961: "... Que los señores Gilberto, Ramiro y Hernando Ardila Villarreal, son clientes nuestros, personas muy honorables a quienes hemos concedido créditos los cuales en su totalidad han sido atendidos con exactitud y gozan de muy buen crédito dentro de nuestra institución" (f. 97, c. ibid.). Y la de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero de 29 de agosto de 1961:

"... Que a los señores Gilberto, Ramiro y Hernando Ardila Villarreal, se les han concedido créditos en cuantías más o menos apreciables, los cuales han sido atendidos oportunamente. Como son clientes ya experimentados durante largo tiempo nos permitimos conceptuar que gozan de una buena moralidad comercial" (f. 98 c. ibid.). Es de anotar que, aunque esta última entidad no determina las fechas de los créditos a que se refiere, habla de que sus clientes referidos han sido "experimentados durante largo tiempo", lo que induciría que tales relaciones crediticias han sido anteriores en varios años a la fecha de la información así suministrada por la Caja.

11) Finalmente, el sentenciador para desacoger este indicio se apoyó también en los varios testimonios "que hablan de las condiciones trabajadoras de los hermanos Ardila

Villarreal y de que desde hacía tiempo tenían en arrendamiento las fincas de su padre", para concluír que "quien tiene donde trabajar y ordenadamente labora, necesariamente, dentro de lo normal, adquiere una esfera de ahorro y de crédito que le ha de abrir campo de acción comercial". Argumento que respalda el caudal de declaraciones corrientes del folio 102 v. en adelante del cuaderno 3º, y cuya apreciación por el sentenciador no ha sido atacada en el recurso.

12) Todo lo cual permite afirmar que no incurrió el Tribunal en yerro de apreciación probatoria al estimar que los mencionados Ardila Villarreal no eran personas en quienes pudiera inferirse la incapacidad económica para adquirir por los precios en que lo hicieron los bienes del pleito.

13) Otras observaciones que podrían hacerse en relación con ciertos aspectos de los reparos formulados por el impugnante, serían las siguientes:

a) Dice éste que una prueba de que no hubo precio y que abona su tesis de la inexistencia de la compraventa, es la diferencia entre el señalado en la escritura número 238 otorgada por don Nepomuceno en favor de Gilberto y los respectivos precios en que el último vendió a sus hermanos Ramiro y Hernando, los predios sobre que respectivamente versan las escrituras 631 y 633. Pero, el argumento pierde su fuerza si se considera, como lo anota el opositor, que estas dos ventas fueron hechas por Gilberto más de un año después —exactamente un año, siete meses y trece días—; que en esas ventas pudo Gilberto haber incluído mejoras suyas; y que quien compra para vender después, aspira a hacer alguna ganancia.

b) La circunstancia de que, según el testimonio del Notario Peralta, don Nepomuceno le hubiera manifestado a éste, como un mes después de otorgada la escritura 238, que no se encontraba satisfecho con esa operación y que deseaba que le diese una fórmula para conseguir de Gilberto la devolución de las fincas, en lo cual hace hincapié el acusador, es circunstancia deficiente en energía indiciaria, dado que no aparece que don Nepomuceno le hubiera expresado al Notario el motivo de esa insatisfacción, la que podría interpretarse de varias maneras, sin dar así lugar a una consecuencia evidente. Tratándose de una manifestación unilateral del propio vendedor, podría suponerse razonablemente, como motivo de su insatisfacción, el haberse arrepentido de la operación que hizo en los términos de la referida escritura.

c) Como el recurrente se vale en varios de sus razonamientos de la declaración de Luis Jesús Camacho Forero, yerno de don Nepomuceno, cuyo testimonio no encontró convincente el sentenciador, quien dijo del mismo: "Las escuetas afirmaciones del testigo Luis Jesús Camacho no modifican la cuestión", conviene advertir que, fuera de que este testigo no da la razón de sus dichos contenidos en los literales e) y f) de su deposición, acerca de haber sido una escritura de confianza la otorgada por don Nepomuceno a Gilberto, lo que explica el calificativo de "escueta" que le da el Tribunal, y de que el declarante como cónyuge de una de las hijas de don Nepomuceno tiene interés en el asunto, es lo cierto que la apreciación que el sentenciador hizo de ese testimonio no fue atacada singularmente en el recurso.

14) No sirven a las pretensiones del impugnante las referencias que hace a las doctrinas de la Corte acerca de la prueba por indicios, porque si de acuerdo con ellas toca al juzgador indagar sobre cada indicio singularmente considerado, para ver si se encuentra establecida la existencia del hecho que lo constituye, si éste guarda relación alguna con el que se investiga, su conexión con los demás y si del conjunto de ellos le resulta la convicción, en el caso a estudio no aparece que el sentenciador hubiera procedido de modo contrario. Analizó los hechos que pudieran tener la categoría de indicios y su relación con el extremo por probar y, contemplado el haz de los mismos, no encontró que de ellos resultase demostrada la simulación sobre que el pedimento principal versa.

15) La cita que el recurrente hace de la sentencia de casación de 5 de septiembre de 1957 (LXXXVI, págs. 46 y ss.) no es pertinente, porque en la especie que contempló aquel fallo, en que se impetraba la declaratoria de simulación de la cesión de un crédito, el Tribunal encontró "indicios necesarios de la simulación" (págs. 48 y 61), pero, por consideraciones de restricción probatoria, habida cuenta de la calidad en que el actor obraba, desestimó la demanda en tal punto. La Corte entendió entonces, acogiendo una doctrina posteriormente rectificada, que no había lugar a semejante restricción, casó el pronunciamiento del Tribunal y como juzgador de instancia entró a estudiar los indicios y

fallar en consecuencia.

16) Todas las consideraciones que anteceden imponen la conclusión de que si el Tribunal, sin incurrir en error fáctico en la estimación de las pruebas, ni en contraevidencia acerca del significado de los hechos que se le ofrecieron como indicios, y no obstante ver el conjunto de los mismos, desechó éstos, mal pudo incurrir en infracción de las normas de la ley probatoria citadas a tal propósito por el recurrente y, en consecuencia, al denegar la acción principal, no quebrantó ninguno de los preceptos de ley sustancial a que el primer capítulo de la censura se refiere.

Capítulo segundo. - 17) No obstante que el recurrente, al acusar por infracción indirecta del artículo 1947 del C. Civ., lo hace simultáneamente por error de derecho y de hecho en la apreciación de lo que él considera la prueba del caso o sea "el avalúo catastral, hecho también por peritos, como de todos es sabido, y que consta en la propia escritura de compraventa", forma de acusación que es contraria a la técnica del recurso, se le estudia por amplitud el reparo, desde luego con resultado adverso a su pretensión.

18) Si según el artículo 1947 del C. Civ., "el vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende" y si "el justo precio se refiere al tiempo del contrato", es claro que el vendedor que acciona por esta causa debe acreditar tal extremo con la prueba pertinente al efecto.

19) Ciertamente como lo predica una nutrida jurisprudencia de la Corte, esa prueba es el justiprecio de los bienes vendidos, realizado por peritos, con las formalidades legales, para que dictaminen con el debido fundamento y claridad cuál era el justo precio de los inmuebles al tiempo del contrato (cas. 24 agosto 1938, XLVII, 1942, pág. 490; 8 noviembre 1938, XLVII, 1942, pág. 325; 12 diciembre 1940, L, 1964/65, pág. 494; 13 marzo 1958, LXXXVII, 2194, pág. 448; 28 julio 1958, LXXXVIII, 2199/200, pág. 564).

20) Es claro que un certificado de avalúo catastral, no obstante su carácter de documento auténtico, no estaría en principio llamado a hacer las veces del dictamen pericial que la doctrina reclama conforme a la ley (art. 705 C. J.), porque no solamente se ignoran los antecedentes y circunstancias en que aquel se hubiera realizado y la época en que lo fuera, sino porque en su producción no intervinieron las partes, quienes no tuvieron la oportunidad de designar los expertos, ni de discutir sus conceptos, cuando precisamente el punto vital de la controversia estriba en la determinación del justo precio de las cosas vendidas al tiempo del contrato.

21) Y la necesidad de esa prueba era indispensable en el caso del pleito, en que las fincas objeto de la venta de Nepomuceno Ardila a su hijo Gilberto estaban valorizadas con las mejoras puestas por éste y sus hermanos, como arrendatarios que durante varios años habían sido de las mismas, y a cuyo reconocimiento tendrían ellos derecho. Así que, con relación al justo precio de los bienes en la época del contrato, se imponía el discriminar entre el valor de los predios sin las mejoras y el valor de las últimas o el de los mismos predios mejorados, para que ese justo precio se midiese por el primero de tales valores. Mas esa discriminación no consta en el avalúo catastral, el que abarca los inmuebles integralmente considerados, tales como son, con todas sus mejoras y anexidades.

22) En conclusión: Si el juzgador, vista la certificación del valor catastral de los bienes vendidos, la desestimó como prueba, por encontrarla ineficaz para acreditar el extremo *probandum*, y en ello estuvo acertado, quiere decir que no quebrantó ninguna de las normas a que el cargo alude, el que así se desecha.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veinticuatro (24) de octubre de mil novecientos sesenta y dos (1962), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil.

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.

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

FILIACION NATURAL, PETICION DE HERENCIA Y RESTITUCION DE FRUTOS

Las relaciones sexuales no son suceptibles, por lo regular, de prueba directa.- Límite de la autonomía del Tribunal en la apreciación de las pruebas.- Contra quién debe dirigirse la acción de petición de herencia.- Reformatio in pejus.- Restitución de frutos por el poseedor de mala o de buena fe.

1.- La ley permite la declaración judicial de paternidad natural en el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido, de manera notoria, relaciones sexuales estables, aunque no hayan tenido comunidad de habitación, y siempre que el hijo hubiera nacido después de 180 días, contados desde que empezaron tales relaciones, o dentro de los 300 días siguientes a aquel en que cesaron.

Por la índole misma de las relaciones sexuales, que suelen realizarse ocultamente, éstas no son susceptibles, por lo regular, de prueba directa, salvo que se hubiese sorprendido a los amantes en el acto mismo de la cohabitación. Al establecimiento o existencia de tales relaciones se llega mediante una inferencia lógica, deducida de ciertas circunstancias, establecidas por la ley, de las cuales puede concluírse la presunción de la existencia de esas relaciones.

Como no es aceptable que se exija, para la demostración de las relaciones sexuales, prueba directa de testigos que hayan presenciado los actos constitutivos de ellas, los testimonios para acreditarlas sólo pueden darse por referencias a actos, hechos o demostraciones de que tengan pleno conocimiento, en relación con la pareja a quien se atribuye la relación carnal, y de los cuales se infiera la estabilidad y notoriedad del trato carnal entre los amantes.

2.- La apreciación probatoria hecha por el Tribunal no puede ser modificada por la Corte en casación, porque este recurso, de carácter extraordinario, no tiene por objeto la revisión del pleito en su totalidad sino, simplemente, la revisión del fallo del sentenciador de segundo grado en sus relaciones con la ley.

El Tribunal, dentro de la autonomía que le corresponde en la apreciación de las pruebas, hizo en el presente caso el análisis de los testimonios y los valoró en forma que esa apreciación resulta intocable por la Corte, porque el recurrente no logró demostrar el error de derecho en que dice incurrió el sentenciador en la estimación de tales testimonios, que le sirvieron para fundar su convencimiento. El juzgador enjuició las pruebas que se adujeron, y la conclusión que sacó de ese enjuiciamiento no podría ser modificado por la Corte sino en el evento de que el Tribunal hubiese incurrido en errores de derecho, o en evidente error de hecho en el análisis probatorio.

3.- La acción de petición de herencia debe dirigirse por quien es heredero contra quien tenga la herencia en calidad de tal. Esta acción se debate entre el demandante, que ha de probar su derecho a la herencia, y el demandado, que la posee con el carácter de heredero.

4.- En este recurso extraordinario no es posible agravar la situación de la parte recurrente, porque quien recurre en casación aspira a mejorar su situación en el juicio. El principio de la reformatio in pejus, consagrado en el artículo 494 del C. Judicial, es aplicable en casación, según lo ha resuelto la Corte.

5.- El poseedor de mala fe es obligado a la res-

titución de los frutos desde la posesión de la cosa, y no solamente de los percibidos, sino de los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder. El poseedor de buena fe, en cambio, sólo es obligado a la restitución de los frutos percibidos después de la contestación de la demanda, porque solamente desde entonces, una vez trabada la relación jurídica procesal queda advertido que la disputa del bien, y no puede, de allí en adelante, alegar buena fe para exonerarse de la obligación restitutoria de frutos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, marzo ocho de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Flavio Cabrera Dussán).

Procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por ambas partes en este juicio, en relación con la sentencia de 5 de septiembre de 1963, proferida por el Tribunal Superior de Buga.

— I —

EL LITIGIO

a) Como representante legal de sus menores hijos Nancy y Omar Vásquez, Carmen Emilia Vásquez Valencia demandó, por medio de apoderado, a Elisa Tenorio viuda de Paredes, mayor y vecina de Palmira, en su calidad de heredera universal o representante de la sucesión intestada del señor Arnulfo Paredes Tenorio, para que, previos los trámites de un juicio ordinario, se declare:

1º - Que los menores Nancy y Omar Vásquez, nacidos en Palmira el 6 de marzo de 1952 y el 26 de julio de 1953, en su orden, son hijos naturales del causante;

2º - Que, en consecuencia, les asiste el derecho de intervenir en la sucesión del señor Arnulfo Paredes Tenorio a fin de que se les adjudique la cuota que les corresponde en los bienes dejados por el de cujus;

3º - Que se condene a la demandada a restituír a los demandantes, la cuota que les compete como herederos de su padre natural;

4º - Que se le condene al pago de los frutos que hayan producido los bienes de la sucesión, en proporción a la cuota herencial que a los menores corresponda; y

5º - Que se condene a la misma demandada a pagar los perjuicios o deterioros que en su poder puedan haber sufrido los bienes de la sucesión intestada de Arnulfo Paredes Tenorio.

b) Los hechos pertinentes de la demanda pueden sintetizarse así:

A mediados de 1949, Arnulfo Paredes Tenorio inició amores con Carmen Emilia Vásquez Valencia, en la población de El Cerrito en donde trabajaba como empleada de la Droguería "Humanitaria" de ese lugar; establecidas relaciones propias de un noviazgo y aprovechándose del amor que le tenía Carmen Emilia, Arnulfo se la sacó, por allá en el mes de mayo de 1951, y se la llevó a vivir a un apartamento que alquiló, precisamente en una casa que habitaba una hermana de Carmen Emilia; posteriormente la trasladó a Palmira, en noviembre de 1951, en donde la tuvo viviendo en una pieza alquilada en casa de David Ruiz; tanto en El Cerrito como en Palmira, Arnulfo Paredes Tenorio mantuvo relaciones permanentes con Carmen Emilia, a quien atendía en todas las obligaciones que demanda el establecimiento de un hogar; con ella cohabitó en forma regular y permanente y ella atendía a todas las obligaciones propias de la mujer; como resultado de esas relaciones, constitutivas de un verdadero concubinato, que fue público y notorio, del cual dan fe los vecinos de El Cerrito y de Palmira, toda vez que Arnulfo y Carmen Emilia hacían vida marital en forma ostensible, nacieron Nancy y Omar Vásquez, el 6 de marzo de 1952 y el 26 de julio de 1953, respectivamente; Paredes Tenorio pagó con dineros de su exclusiva propiedad los servicios que la enfermera o comadrona, Cecilia Figueroa de Zamorano, prestó a Carmen Emilia en los alumbramientos de sus hijos Nancy y Omar, habiendo sido contratada directamente por Arnulfo; en los nacimientos de los menores Paredes Tenorio estuvo presente, listo a proporcionar las drogas y demás gastos que se necesitaran para el normal desarrollo de los partos; el causante proveyó siempre a la subsistencia y crianza de los menores, a quienes cuidó y trató como a hijos naturales suyos; durante la época en que existieron las relaciones sexuales estables, regulares, permanentes, continuas y notorias, entre Paredes Tenorio y Carmen Emilia Vásquez, ésta observó intachable conducta, guardándole completa lealtad y fidelidad; al tiempo de la concepción de Nancy y Omar Vásquez, sus padres

eran solteros, y en ese estado permaneció Paredes Tenorio hasta su muerte; Carmen Emilia también continuó soltera.

c) La demanda cursó en el Juzgado Promiscuo del Circuito de El Cerrito. El Juez se inhibió de hacer las declaraciones pedidas por la parte actora, porque estimó que faltaba la prueba de uno de los presupuestos procesales, el de la capacidad para ser parte en la demandada.

Apelado el fallo, el Tribunal de Buga, a quien correspondió el segundo grado, revocó la sentencia de primera instancia e hizo las declaraciones de filiación solicitadas en la demanda.

Dice así lo resolutivo del fallo del Tribunal:

"REVOCASE la providencia recurrida y en su lugar, se falla:

"DECLARASE que los menores Nancy y Omar Vásquez son hijos naturales de Arnulfo Paredes Tenorio.

"DECLARASE que tales menores, en su condición de hijos naturales del causante, son herederos de éste, en concurrencia con la demandada señora Elisa Tenorio viuda de Paredes, y en la proporción establecida por el art. 19 de la Ley 45 de 1936;

"La demandada deberá restituír dentro de los quince (15) días siguientes al en que quede ejecutoriada esta sentencia, la cuota o parte que a título de herencia les corresponde a los menores antes nombrados en los bienes pertenecientes a la sucesión de Arnulfo Paredes Tenorio.

"En cuanto a frutos se estará a lo prevenido en la parte motiva de esta providencia.

"Ofíciese al señor Notario Público de El Cerrito y Cura Párroco de la Santísima Trinidad de Palmira en la forma prevista en la ley".

— II —

FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

Empezó el Tribunal por anotar, contra lo afirmado por el Juez, que la prueba constitutiva de la capacidad para ser parte en la demandada, aparecía de autos, porque se allegó al expediente copia de la providencia proferida por el Juzgado Promiscuo de El Cerrito, que abrió el juicio de sucesión de Arnulfo Paredes Tenorio y reconoció como única heredera a la demandada.

Entró luego a considerar la acción de estado ejercida en la demanda, procediendo a analizar la causal cuarta del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, expresando que "para que obre la presunción contenida en el contexto legal, requiérese que aparezcan probados los hechos que la producen. Y esta prueba ha de ser singularmente apta, no solo sobre los hechos indicativos de las relaciones, de su notoriedad y estabilidad, sino también sobre la época exacta en que tales relaciones comenzaron, a efecto de establecer si el hijo nació después de los 180 días contados a partir de su iniciación, o dentro de los 300 siguientes a su terminación".

Expone el sentenciador lo que dice cada uno de los testigos Marco Aurelio Lozano, Pedro Valencia Bejarano, Pablo Emilio Corrales, Francisco Montes L., Peregrino Victoria, Vicente Montaño, Graciliano Saavedra Moya, David Ruiz, Julio César Serrano, Lázaro Suárez, Beatriz Suárez de Meyendorff, Dolores Serrano de Azcárate, Francisco Arango Arce, Cecilia Figueroa de Zamorano y Santiago Quintero Paredes, que forman dos grudos de declarantes, unos vecinos de El Cerrito y otros de Palmira, para hacer luego la siguiente crítica probatoria:

"Los datos aportados por los deponentes de uno y otro grupo relievan, a no dudarlo, la existencia de relaciones sexuales entre Arnulfo Paredes Tenorio y Carmen Emilia Vásquez, primero, en El Cerrito donde se iniciaron, luégo, en Palmira, donde nacieron los menores Omar y Nancy Vásquez.

"De su convivencia amorosa en El Cerrito dan razón, entre otros, los señores Pedro Valencia Bejarano, Graciliano Saavedra y Marco Aurelio Lozano, cuyos testimonios, por exactos y responsivos, tienen una especial significación.

"Efectivamente, el primero, como hijo de Pedro Valencia, a quien Arnulfo le tomó en alquiler una casita contigua a la casa en que vivían padre e hijo («la casita de en seguida»), se encontraba en situación privilegiada para reparar en los sucesos. Desde este ángulo, singularmente favorable para la percepción de los hechos, dióse cuenta de que, una vez alquilado el inmueble, Carmen Emilia Vásquez entró a ocuparlo y de las frecuentes visitas que Paredes le hacía a Carmen «indistintamente en las horas del día o de la noche».

"No menos propicias las circunstancias en

que se hallaba el segundo: ser administrador de la farmacia «Rancho Grande» en que trabajaba Carmen y vivir ésta en casa del testigo, para apreciar los acontecimientos. Pudo así asistir a los amores de Arnulfo y Carmen desde un principio, luégo, a su culminación cuando el primero la sacó «en estado grávido y la llevó a vivir a casa de Pedro Valencia».

"La versión del tercero que relata las frecuentes visitas que Arnulfo le hacía a Carmen en la casa que ésta habitaba (la alquilada a Pedro Valencia), la asiduidad con que allí acudía «durante las horas del día y de la noche», la «suma confianza» con que entraba, todo ello por «un tiempo aproximado de tres meses», encuentra cabal explicación en la circunstancia de hallarse la casa en que vivía el testigo entonces y aún vive, frente a la ocupada por Carmen, con el item de que en aquella funcionaba también el almacén de Lozano y a cuyo frente permanecía éste último.

"Aunque menos dicientes que los anteriores, los demás, que integran el primer grupo antes discriminado, vienen a reforzar su dicho, como quiera que todos coinciden en afirmar que Arnulfo tenía a Carmen en una casa de Pedro Valencia a la que algunos de ellos (Vicente Montaño, Pablo Emilio Corrales y Francisco Montes L.) acudieron alguna que otra vez.

"Estas relaciones siguieron su curso normal en Palmira a donde, según el decir de la mayor parte de los declarantes, Arnulfo llevó a Carmen a fines de 1951 (noviembre).

"De lo ocurrido en esta población dan razón varias personas cuyo aserto destaca y relieva hechos indicativos de la relación que se viene analizando.

"Así, David Ruiz cuyo testimonio, por haber fallecido, fue debidamente abonado por los señores Jaime Rivera y Absalón Calero Gómez, cuenta cómo Paredes le tomó en alquiler una pieza de la casa en que vivía el deponente «por la suma de $ 20,00 mensuales» con alimentación «que se le debía dar a la señora Carmen Emilia Vásquez Valencia, a quien llevó allí como a su mujer... por la suma de $ 70,00 mensuales»; como Arnulfo «no comía allí pero sí dormía», aun cuando no «consecutivamente» por vivir en El Cerrito; cómo Paredes «tuvo en mi casa a su mujer Carmen Emilia Vásquez Valencia desde noviembre de 1951 hasta el mes de marzo de 1953, fecha en que le cambió de habitación»; cómo le tocó al testigo muchas veces levantarse «a abrirle la puerta al señor Paredes Tenorio que entraba a dormir con su mujer Carmen Emilia Vásquez».

"Julio César Serrano y Lázaro Suárez, el primero, como hermano de Nelly Serrano, casada con David Ruiz, el segundo, por vivir en un apartamento de la misma casa del últimamente nombrado, confirman este relato insistiendo sobre la frecuencia con que Arnulfo entraba a la habitación ocupada por Carmen y se quedaba muchas veces a dormir allí.

"De igual manera, Beatriz Suárez de Meyendorff, quien vivió en una casa vecina a la en que vivía Carmen, se dio cuenta, desde fines del año de 1951, que Arnulfo y Carmen hacían vida marital «como si fueran casados». Agrega la testigo un detalle importante que coincide con el que sobre el particular expresa David Ruiz, es a saber, que la estada de Carmen en la casa del último duró cerca de dos años.

"No es posible desatender el contenido de estos testimonios que en concepto de la Sala, revisten una singular aptitud probatoria, como quiera que deponen sobre hechos concretos, percibidos directamente por ellos, sin que se observe contradicción entre ellos, antes uno y otro se refuerzan y complementan.

"Esta convicción que se va formando en el ánimo del juzgador a través del recuento anterior, se robustecen si se considera:

"1º—Que Arnulfo Paredes contrató los servicios de la enfermera que atendió a Carmen Emilia en sus partos y los pagó cumplidamente (declaración de Cecilia Figueroa de Zamorano);

"2º—Que padrinos de bautismo de Nancy Vásquez fueron, a solicitud de Arnulfo, Dolores Serrano de Azcárate y Francisco Aragón y de Omar Vásquez, Jorge Enrique López e Irma Serrano de López, a quienes Paredes les manifestó que los tales eran hijos naturales suyos; y

"3º—Que un primo de Arnulfo, Santiago Quintero Paredes, aun cuando no señala fecha alguna, sí acepta la verdad de las relaciones habidas entre Carmen y Arnulfo y considera que fruto de tales relaciones fueron Nancy y Omar Vásquez. Agrega que «la mamá de Arnulfo reconoce que son sus nietos los niños Nancy y Omar» y que los hermanos legítimos de Arnulfo «reservadamente reconocen a esos niños como hijos de Arnulfo».

"Los testimonios anotados, si se toman en conjunto y se suman uno a otro para obtener la unidad de la prueba, relievan, sin lugar a duda, no solo la existencia de las relaciones a que se viene aludiendo, sino también que ellas fueron estables y notorias, condiciones éstas indispensables para que opere la causal de paternidad que contempla el ordinal 4º del art. 4º de la Ley 45 de 1936.

"Estables, porque si lo estable, por oposición a lo accidental, ocasional o inestable, significa continuidad en el tiempo, estable fue el vínculo que unió a la pareja. Basta pensar que en El Cerrito, Carmen habitó una casa que para ella alquiló Arnulfo desde principios (febrero o marzo) hasta fines (noviembre) de 1951; que en Palmira vivió en una pieza tomada por Paredes para el mismo fin, desde noviembre de 1951 hasta marzo de 1953; que, de ahí en adelante, aun cuando se observa alguna imprecisión en los testigos, cabe, sin embargo, tomando pie en lo dicho por algunos de ellos, tales Lázaro Suárez y la Meyendorff, deducir que Arnulfo llevó a vivir a Carmen a otro sector de la misma población (Palmira).

"En una y otra parte, el comportamiento de Arnulfo fue el de un amante asiduo y cariñoso. Prueba de ello las frecuentes visitas que le hacía a su concubina, las que se sucedieron en cualquier hora del día o de la noche. De esta manera, la situación de hecho que se configura y estructura a través de los diversos elementos allegados al expediente es la de una relación sexual estable aunque no haya habido comunidad de habitación.

"En cuanto a la notoriedad de las relaciones que, según la Corte «ha de interpretarse en el sentido de que deben ser comúnmente conocidas en el lugar en donde residen los amantes dentro del círculo normal de sus relaciones, de tal modo que toda persona que se mueva dentro de él pueda tener conocimiento de ellas», se observa que las de Arnulfo y Carmen llegaron al conocimiento de los amigos, vecinos y aun de los familiares del primero.

"Efectivamente, varios de los declarantes (Marco Aurelio Lozano, Pedro Valencia Bejarano, Pablo Emilio Corrales y Peregrino Victoria), amigos íntimos que fueron de Arnulfo, se dieron cuenta de ellas.

"Y estos mismos testigos exponen que Arnulfo no tenía reparos en reconocer públicamente a los menores Nancy y Omar Vásquez como a sus hijos habidos en Carmen, y en tal carácter los presentaba a sus amigos y relacionados.

"Así, Lozano expresa que Arnulfo le manifestó en varias ocasiones que tenía dos niños en la señora Carmen; Valencia Bejarano enuncia que Paredes le manifestaba a él y a sus amigos que los menores «eran sus hijos»; Corrales relata cómo, cuando ya Carmen tenía dos niños, Arnulfo se los presentaba a él y a sus amigos como a sus hijos; Montes L. narra cómo sorprendió una vez a Arnulfo jugando con Nancy, recién nacida y cómo en otra ocasión, lo encontró en El Cerrito en compañía de los dos niños diciéndole Paredes: «cómo se quiere a un hijo»; «estos hijos lo emboban a uno».

"Detalle revelador de la conciencia de paternidad es el que consigna la enfermera Cecilia Figueroa de Zamorano que atendió a Carmen en sus partos. Según ella cuando nació la niña, se la presentó a Arnulfo diciéndole: «¿La niega?». Contestándole éste: «Cómo se le ocurre cuando es mi hija». Y esto mismo expresó, aunque en otras palabras, cuando nació el niño.

"En síntesis: la relación sexual estable y notoria está debidamente comprobada en autos. Los hechos reseñados por los testigos, ligados entre sí, tomados y analizados en conjunto, son suficientemente indicativos —en sentir de la Sala— de la dicha ocurrencia, la que, a su vez, debidamente configurada, hace presumible la paternidad al tenor de lo dispuesto en el ordinal 4º de la Ley 45 (sic).

"Entonces, si de las probanzas aducidas resulta: 1º—Que entre Arnulfo Paredes Tenorio y Carmen Emilia Vásquez hubo un vínculo sexual estable y notorio; 2º—Que las relaciones en él originadas se iniciaron a principios de 1951 y prosiguieron hasta el fallecimiento de Paredes acaecido el 3 de febrero de 1959, cabe concluír que el nacimiento de Nancy y Omar Vásquez ocurrido el 6 de marzo de 1952 y 26 de julio de 1953, respectivamente, se produjo después de los 180 días contados desde que empezaron las relaciones.

"Aun aceptando que tales relaciones solo se hubieran prolongado hasta marzo de 1953, o sea, hasta la fecha en que de ellas se dieron cuenta testigos incontestables tales como David Ruiz y Beatriz de Mayendorff, aún en ese caso, los menores estarían cobijados por

la presunción legal".

Con relación a la acción de petición de herencia, dijo el Tribunal que acredita la titularidad sobre la herencia, procedía el decreto restitutorio de los bienes sucesorales, en la cuota correspondiente.

Sobre frutos expresó que no había lugar a condena, porque versando la demanda sobre una determinada cuota herencial y no sobre bienes concretos, no era posible saber cuáles serían los que vendrían a atender el pago de dicha cuota.

Ambas partes recurrieron en casación. Por razón de método la Corte se ocupará, en primer lugar, del recurso de la parte demandada.

— III —

RECURSO DE LA PARTE DEMANDADA

1.—Con fundamento en la causal primera de casación se acusa la sentencia por aplicación indebida e interpretación errónea de los artículos 1º, 4º y 19 de la Ley 45 de 1936, y 1321 a 1323 del C. Civil, a causa de error de derecho en la apreciación de las pruebas con infracción del art. 697 del C. J.

Estima el recurrente que hubo error de derecho porque se aceptaron como prueba de las circunstancias de ley, unos testimonios que no constituyen el medio idóneo para ese fin; porque las declaraciones que tuvo en cuenta el Tribunal no arrojan luz ni dan fe sobre tales circunstancias, pues no son un conjunto probatorio irrefragable y fidedigno, no obstante lo cual se habilitan de prueba suficiente; y porque se dió por probado un hecho inferior al que la ley exige y erige en causal presuntiva de filiación.

Agrega que hubo "error en la apreciación de las declaraciones de Marco Aurelio Lozano, Pedro Valencia, Pablo Emilio Corrales, Francisco Montes, Peregrino Victoria, Vicente Montaño, Graciliano Saavedra, David Ruiz, Julio César Serrano, Lázaro Suárez, Beatriz Suárez, Dolores Serrano, Francisco Arango y Cecilia Figueroa, quienes sin responsividad alguna están indicando simplemente su afiliación a uno de los bandos del litigio y no lo que les consta, lo que hayan observado, dando cuenta y razón de lo que percibieron, de cuándo lo percibieron y cómo, pese a lo cual y solamente porque de allí pudiera desprenderse alguna relación amatoria entre los hipotéticos protagonistas, el Tribunal los tiene como razón suficiente de su conclusión.

"Yerros todos que motivaron la aplicación indebida de las normas que definen la condición de hijo natural y le atribuyen a su titular derechos hereditarios y acciones a ellos anejas".

SE CONSIDERA

La ley permite la declaración judicial de paternidad natural en el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido, de manera notoria, relaciones sexuales estables, aunque no hayan tenido comunidad de habitación, y siempre que el hijo hubiere nacido después de 180 días, contados desde que empezaron tales relaciones, o dentro de los 300 días siguientes a aquel en que cesaron.

Por la índole misma de las relaciones sexuales, que suelen realizarse ocultamente, éstas no son susceptibles, por lo regular, de prueba directa, salvo que se hubiese sorprendido a los amantes en el acto mismo de la cohabitación. Al establecimiento o existencia de tales relaciones se llega mediante una inferencia lógica, deducida de ciertas circunstancias, establecidas por la ley, de las cuales puede concluírse la presunción de la existencia de esas relaciones.

Como no es aceptable que se exija, para la demostración de las relaciones sexuales, prueba directa de testigos que hayan presenciado los actos constitutivos de ellas, los testimonios para acreditarlas solo pueden darse por referencias a actos, hechos o demostraciones de que tengan pleno conocimiento, en relación con la pareja a quien se atribuye la relación carnal, y de los cuales se infiera la estabilidad y notoriedad del trato carnal entre los amantes.

En el sub-lite el Tribunal analizó a espacio las declaraciones de los testigos aducidos por la parte demandante, que fueron contrainterrogados en el curso del juicio por el apoderado de la parte demandada, y tomándolos en su conjunto, llegó a la conclusión de que demostraban suficientemente las relaciones sexuales estables y notorias, que existieron entre el presunto padre y la madre de los menores, aunque no hubo entre ellos comunidad de habitación; como consecuencia dedujo que de ellas nacieron Nancy y Omar Vásquez, el 6 de marzo de 1952 y el 26 de julio de 1953, respectivamente, es decir, después de 180 días de iniciadas tales relaciones.

La apreciación que hace el Tribunal sobre el particular no puede ser modificada por la

Corte en casación, porque este recurso, de carácter extraordinario, no tiene por objeto la revisión del pleito en su totalidad sino, simplemente, la revisión del fallo del sentenciador de segundo grado en sus relaciones con la ley.

El Tribunal, dentro de la autonomía que le corresponde en la apreciación de las pruebas, hizo el análisis de los testimonios y los valoró en forma que esa apreciación resulta intocable por la Corte, porque el recurrente no logró demostrar el error de derecho en que dice incurrió el sentenciador en la estimación de tales testimonios, que le sirvieron para fundar su convencimiento. El juzgador enjuició las pruebas que se adujeron, y la conclusión que sacó de ese enjuiciamiento no podría ser modificada por la Corte sino en el evento de que el Tribunal hubiese incurrido en errores de derecho, o en evidente error de hecho en el análisis probatorio.

En casación de 23 de marzo de 1954 (G. J., T. LXXVII, pág. 118) dijo la Corporación: "... Ha sido doctrina constante que la apreciación de las pruebas hecha por el Tribunal debe ser respetada en casación, aun cuando ella no sea compartida por la Corte. Y debe ser respetada, porque el recurso de casación no tiene por objeto hacer un nuevo análisis de los elementos probatorios, ni rectificar el criterio del juzgador de instancia sobre las puras cuestiones de hechos (Casación de 4 de abril de 1936, G. J. Nos. 1909 y 1910, pág. 799). Por eso, para que haya error de derecho en la apreciación de una prueba se necesita que, al estimarla, se haya contravenido a la ley que la establece y valora. Y, por tanto, este concepto de error de derecho no comprende todo error en que haya podido incurrir el Tribunal sentenciador en la estimación de los elementos lógicos que determinaron su convicción, sino que es necesario que el error implique la violación de un precepto legal positivo. La regla jurídica que se dice violada es la del artículo 697, por cuanto implícitamente exige que el testigo deponga sobre hechos concretos. Pero cuál deba ser el grado de concreción o determinación de esos hechos, es cosa que la ley no precisa y que deja, por tanto, a la discreta estimación del tribunal sentenciador".

2.—Como aditamento subordinado expresa el recurrente que se violó el artículo 1321 del C. Civil, el cual resultó indebidamente aplicado, porque para el sentenciador la prosperidad de la acción de petición de herencia dependía de la declaración de paternidad natural, confundiéndose allí la acción de estado con la patrimonial.

Continúa el cargo diciendo que la petición de herencia requiere la prueba de que el demandado es heredero y está en posesión de la herencia.

Se observa sobre el particular que, evidentemente, la acción de petición de herencia debe dirigirse por quien es heredero contra quien tenga la herencia en calidad de tal. Esta acción se debate entre el demandante, que ha de probar su derecho a la herencia, y el demandado, que la posee con el carácter de heredero.

En el sub-lite, declarada la filiación, quedaba por este mismo hecho establecido el derecho a heredar, por parte de los menores demandantes, a su padre natural, en la proporción que indica la ley, y podían demandar, conjuntamente con la acción de estado, la restitución de los bienes, en la cuota que les corresponde, porque dirigieron la acción contra quien había aceptado la herencia del causante y la viene poseyendo como heredera. Basta con ver el poder que obra al folio 21 del cuaderno principal, en el cual la demandada manifiesta que es heredera de Arnulfo Paredes Tenorio, su hijo legítimo, y la copia del auto por el cual el Juzgado Promiscuo del Circuito de El Cerrito la reconoció como heredera, para comprender que la demandada es poseedora de la herencia de su hijo.

Lo dicho pone de manifiesto que el cargo no prospera.

— IV —

RECURSO DEL DEMANDANTE

Primer cargo (2º de la demanda).

La acusación se funda en la causal segunda del artículo 520 del C. Judicial, por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por la parte actora.

Afirma el recurrente que en la demanda se suplicó que se condenara a la parte demandada al pago de los perjuicios o deterioros que pudieran haber sufrido los bienes de la sucesión de Arnulfo Paredes Tenorio, y que el sentenciador, en el fallo acusado, pasó por alto esa petición. "No hay un solo párrafo en la sentencia —dice el recurrente— en donde se puede considerar que el Tribunal estudió

la petición a que me refiero".

LA CORTE OBSERVA

La acusación es fundada, porque efectivamente en la súplica octava de la demanda se pide la condena al pago de perjuicios o deterioros que puedan haber sufrido los bienes de la sucesión del causante, y el sentenciador nada dijo sobre el particular.

El fallo es, pues, incongruente, en este aspecto, con lo pedido por la parte demandante, porque se dejó de resolver sobre un extremo que ha sido objeto del litigio, como quiera que fue planteado en la demanda.

En consecuencia, siendo aceptable la acusación el fallo debería casarse, pero la Corte se abstendrá de hacerlo porque al entrar a resolver como tribunal de instancia, se encontraría en el evento de tener que absolver de este extremo a la parte demandada, toda vez que no hay en el juicio prueba alguna de los daños o deterioros por cuya causa se solicita indemnización de perjuicios; y si hubiera de absolverse en el particular, se agravaría en el recurso la situación de la parte recurrente, lo cual no es posible, porque quien recurre en casación aspira a mejorar su situación en el juicio. El principio de la reformatio in pejus, consagrado en el artículo 494 del C. Judicial, es aplicable en casación, según lo ha resuelto la Corte.

— V —

Segundo cargo (1º de la demanda).

Se funda en violación de ley sustancial por infracción directa de los artículos 1323 y 964 del C. Civil, y aplicación indebida del numeral 3º del artículo 1395 del mismo estatuto.

Sostiene el recurrente que el pensamiento del Tribunal fue no hacer condena en frutos por cuanto no se sabía cuáles eran los bienes con que se les debía de pagar a los demandantes su cuota herencial ,y agrega: "es decir, según el Tribunal, Nancy y Omar no tendrían derecho sino a los frutos de los bienes que les adjudiquen para pagarle su cuota herencial, como si se tratara del caso contemplado en el numeral primero del artículo 1395 del Código Civil, disposición ésta que también violó el Tribunal por haberla aplicado indebidamente, pues ni Omar ni Nancy son asignatarios de especie alguna, ni se discute en este pleito nada relacionado con partición de herencia.

"Por eso acusé también la sentencia de haber violado el artículo 1395 en su numeral tercero, pues citando una jurisprudencia de la Corte, considera el Tribunal que por virtud del artículo 1395, numeral 3º, Omar y Nancy tienen derecho a que se les adjudiquen bienes suficientes para pagarles los frutos, pero el sentenciador no reparó en que en este proceso no se está discutiendo ningún problema relativo a partición de herencia, que es el tema propio para aplicar el citado artículo 1395.

"Ahora bien: como no se trata en este pleito de establecer ningún punto sobre partición de bienes, sino de una acción de petición de herencia, pretender aplicar las reglas que el legislador da para hacer una partición, a este pleito, es violar tales reglas, pues se están aplicando indebidamente".

SE CONSIDERA

El art. 1323 del C. Civil dice que en la acción de petición de herencia se aplicarán las mismas reglas que en la acción reivindicatoria, en lo relativo a la restitución de frutos y al abono de mejoras.

Es, por consiguiente, aplicable el art. 964 del C. Civil, que establece la obligación para el poseedor de restituír los frutos naturales y civiles de la cosa, teniendo en cuenta su buena o mala fe.

El poseedor de mala fe es obligado a la restitución de los frutos desde la posesión de la cosa, y no solamente de los percibidos, sino de los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder. El poseedor de buena fe, en cambio, solo es obligado a la restitución de los frutos percibidos después de la contestación de la demanda, porque solamente desde entonces, una vez trabada la relación jurídica procesal queda advertido de la disputa del bien, y no puede, de allí en adelante, alegar buena fe para exonerarse de la obligación restitutoria de frutos.

El sentenciador, en el caso en estudio, estimó que no había lugar al pago de frutos porque la demanda no versaba sobre bienes concretos, sino sobre una cuota herencial, por cuya razón no era posible saber cuáles eran los bienes que vendrían a atender el pago de esa cuota.

En esta forma dejó de aplicar los artículos 1323 y 994 del C. Civil, los cuales resultan violados, como dice el recurrente.

Por tanto, prospera el cargo y la sentencia debe ser casada.

Al decidir la Corte, como tribunal de instancia, sobre el particular, tendrá en cuenta que la demandada es poseedora de buena fe, porque entró en posesión de los bienes herenciales, como única interesada, hasta ese momento, en la sucesión del causante, y no aparece circunstancia alguna que desvirtúe la presunción del art. 769 del C. C.

También tendrá en cuenta la Corte que es necesario revocar el fallo de primer grado, porque en autos obra la prueba de la legitimación en la causa de la parte demandada; y se reproducirá lo resolutivo de la sentencia acusada, con la adición de la condena al pago de frutos, punto en el cual el recurso prosperó.

— VI —

RESOLUCION

En atención a las consideraciones precedentes, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley CASA la sentencia de cinco (5) de septiembre de mil novecientos sesenta y tres (1963), proferida por el Tribunal Superior de Buga, REVOCA el fallo de primer grado, y en su lugar

RESUELVE:

Primero.—Declárase que los menores Nancy y Omar Vásquez, hijos de Carmen Emilia Vásquez Valencia, nacidos en Palmira (V.) el 6 de marzo de 1952 y el 26 de julio de 1953, en su orden, son hijos naturales de Arnulfo Paredes Tenorio;

Segundo.—Declárase que los menores nombrados, en su condición de hijos naturales del causante Arnulfo Paredes Tenorio, son herederos de éste, en concurrencia con la demandada señora Elisa Tenorio viuda de Paredes, en la proporción establecida por el art. 19 de la Ley 45 de 1936;

Tercero.—La demandada deberá restituír dentro de los quince (15) días siguientes a la ejecutoria del auto de obedecimiento a lo resuelto en esta providencia, la cuota o parte que a título de herencia corresponde a cada uno de los menores antes nombrados, en los bienes pertenecientes a la sucesión de Arnulfo Paredes Tenorio;

Cuarto.—La demandada restituirá igualmente los frutos correspondientes a la cuota de cada uno de los demandantes, desde la notificación de la demanda, y no solamente los percibidos sino los que los demandantes hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad. Tales frutos se liquidarán por el procedimiento indicado en el art. 553 del C. Judicial.

Quinto.—Hágase la anotación correspondiente en los libros de registro del estado civil, de la filiación aquí declarada.

Sin costas en el recurso ni en las instancias.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

ES LEGAL LA PRESENTACION DIRECTA DE LOS INSTRUMENTOS PUBLICOS DURANTE EL TERMINO DE PRUEBAS

Modos varios de llevarlos a un juicio.- Cuando ocurre el error de derecho.

1.- El error de derecho en la estimación de una prueba ocurre cuando a la que es objeto de la tacha se le da un valor que no tiene en la tarifa, o se le desconoce el que ésta le asigna; y también cuando se ha aducido al proceso sin el cumplimiento de las formalidades y en las oportunidades que la ley procesal establece al respecto.

2.- En relación con las pruebas en general, el artículo 597 del C. J. dispone que para estimar su mérito deben formar parte del proceso por haberse acompañado a la demanda, o al escrito de excepciones o a las contestaciones respectivas; por haberse presentado en inspecciones oculares u otras diligencias en que intervienen el Juez y las partes; y por haberse pedido dentro de los términos señalados al efecto. Cuando los documentos públicos que se pretende aducir como prueba no se acompañaron a la demanda, a su contestación o al memorial sobre excepciones, sus copias deben pedirse en el término probatorio para que las expida el funcionario correspondiente y las envíe por conducto del respectivo registrador, cuando es el caso de ponerle la nota de registro (art. 636 del C.J.)..

Por último, la jurisprudencia ha aceptado que tanto las escrituras públicas como los demás documentos públicos, de conformidad con el artículo 630, ibidem, pueden, en razón de la presunción de autenticidad de que están respaldados, ser presentados también con el memorial de pruebas y en las demás oportunidades de que habla el artículo 597 citado.

Las normas en referencia se inspiran en los principios de publicidad de la prueba en el proceso, para que la contraparte tenga conocimiento de ella; en el de contradicción que le asiste a la misma para impugnarla y aducir la contraprueba que tenga en su favor; y en el de la lealtad procesal que busca el que los contendientes en el juicio se hallen en igualdad de condiciones para demostrar sus pretensiones y defensas. Estos requisitos se cumplen con la aducción de los medios de prueba en las oportunidades dichas, con la aceptación o reconocimiento que el Juez dispone de ellos y con la notificación que de tal proveído se hace a la contraparte.

La Corte en sentencia de casación de 24 de junio de 1954, en que hace un estudio completo de la doctrina en cuanto a las oportunidades en que pueden presentarse las escrituras públicas, acepta que fuera de las señaladas por los artículos 597 y 636, está la de la "presentación directa de los instrumentos públicos en el término de pruebas con citación de la parte a quien se oponen" (T. 77 pág. 856).

En definitiva, la jurisprudencia tiene admitido que los documentos públicos, fuera de los momentos procesales primeramente dichos se pueden llevar al expediente directamente por las partes en el término probatorio, pero siempre con conocimiento de la contraria, o sea, con la notificación del auto que tiene dichos documentos como prueba. El instrumento público que no se aduzca así no puede aceptarlo el fallador como prueba.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casa-

ción Civil. — Bogotá, marzo diez de mil novecientos sesenta y seis.

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

María Enriqueta Alzate, por medio de apoderado, demandó en el Juzgado 1º Civil del Circuito de Medellín a Luz Gaviria de Tieck y Gabriela Campuzano de Keopke impetrando las siguientes declaraciones:

"*Primera.*—Que es nulo de nulidad absoluta, por falta de consentimiento, el contrato que consta en la escritura número 4448 de 2 de noviembre de 1956, otorgado en la Notaría 6ª de este circuito, y por medio de la cual Enriqueta Alzate dijo vender a las señoras Luz Gaviria de Tieck y Gabriela Campuzano de Keopke los bienes allí relacionados.

"*Segunda.*—Que como consecuencia de la declaración anterior, las demandadas están en la obligación de volver las cosas al estado que tenían antes del 2 de noviembre de 1956, es decir que ellas nada adquirieron por el instrumento citado y por lo tanto deben ser canceladas las inscripciones verificadas en la Oficina de Registro del Circuito de Puerto Berrío, el nueve (9) de los mismos en el Libro 1º, Tomo XI No. 308, fs. 64 en el duplicado del Libro 1º Tomo II fs. 65 No. 44 y en el Libro 2º fs. 91 No. 97".

Como subsidiaria de la primera, pidió: "Que está rescindido por lesión enorme el contrato de compraventa de que da cuenta la escritura pública No. 4448 de 2 de noviembre de 1956, otorgada en la Notaría 6ª de este circuito, toda vez que la vendedora, según el citado instrumento, recibió un precio muy inferior al ciento por ciento del justo precio de las cosas".

Como consecuencia suplica "se haga la declaración solicitada en la segunda petición principal".

Los hechos en que funda la demanda se pueden resumir así:

En la liquidación de la sociedad de hecho que hubo entre Didacio Marín y María Enriqueta Alzate, se le adjudicaron a ésta, entre otros, los siguientes bienes:

a) Las mejoras existentes en el terreno baldío que mide alrededor de 25 cuadras, situado en el paraje de Calera, Municipio de Puerto Berrío, y alindado así: "por un costado, con faja del Ferrocarril de Antioquia y mejoras de una señora Cecilia; por el otro, con mejoras del finado Manuel Gómez, hoy de sus herederos; por otro, con mejoras que fueron de herederos de Joaquín Agudelo, hoy de Bernardo Angel, propiedad denominada La Solita, hasta encontrar la faja del Ferrocarril de Antioquia, primer lindero".

b) Las mejoras consistentes en un establecimiento para la explotación y extracción de roca calcárea, una casa de habitación, plantaciones y sementeras de maíz, plátano y árboles frutales, potreros de pastos artificiales de Yaragúa, Uribe, cercas de alambre, enramadas, establos, y varios animales domésticos.

La sentencia aprobatoria de esta partición se inscribió el 14 de junio de 1948 en la Oficina de Registro de Puerto Berrío.

El 7 de noviembre de 1953 "María Enriqueta Alzate firmó con el Gobierno Nacional un contrato de concesión para explorar y explotar las rocas calcáreas silicosas en una zona de once hectáreas con novecientos dieciséis milésimos (11-916) aproximadamente, ubicadas en el Municipio de Puerto Berrío paraje de Calera y dentro del globo de terreno alinderado en el ordinal 1º, contrato que posteriormente se elevó a escritura pública protocolizada (sic) bajo el número 1061 de 23 de abril de 1954 de la Notaría 6ª de Bogotá". Este instrumento se registró el 10 de agosto siguiente.

La actora Alzate empezó a explorar y explotar las rocas dichas, y vendía la piedra extraída a Guillermo Keopke para una empresa de granito que tenía en Medellín.

Por fuerza mayor, la concesionaria hubo de abandonar todos sus haberes en Calera. Keopke aprovechó esta circunstancia para proponerle a Alzate la formación de una sociedad. Y como ésta no aceptara la propuesta, el mismo Keopke, valiéndose de la influencia que ejercía sobre la Alzate y aprovechando su ignorancia, le pidió en préstamo la copia de la escritura 1601, y luégo le solicitó un poder "por cuanto ella estaba impedida materialmente para vigilar los trabajos".

Este poder, que Alzate, por su ignorancia y confianza en Keopke, firmó de buena fe, resultó ser una solicitud al Gobierno Nacional para autorizar el traspaso de la concesión a Luz Gaviria de Tieck y Gabriela Campuzano de Keopke.

El Gobierno Nacional por resolución 148 de 17 de octubre de 1956 concedió la autorización.

Con base en esta resolución, se otorgó la es-

critura 4448 de 2 de noviembre de 1956 en la Notaría 6ª del Circuito de Medellín en la cual se hizo constar la cesión o traspaso de María Enriqueta Alzate a favor de Luz Gaviria de Tieck y Gabriela Campuzano de Keopke de los derechos y obligaciones que la primera había adquirido y contraído según el contrato de exploración y explotación de que trata el numeral primero del mencionado instrumento.

En la cláusula 5ª de aquella escritura se expresa que la cesión comprende las obras, instalaciones, edificaciones, plantaciones, maquinarias, herramientas, utensilios, materias primas, productos extraídos, mejoras, anexidades y bienes muebles que se encuentren en los terrenos a que se refiere el contrato de concesión de que se trata.

Los bienes que adquirió Alzate en la liquidación de la sociedad de hecho con Didacio Marín y los gastos que demandó la concesión valieron más de $ 25.000,00.

El precio señalado al traspaso de la concesión fue de $ 10.000,00, que no solo es inferior en un ciento por ciento al real sino que la cedente no recibió de él "un solo centavo".

Las demandadas negaron los hechos fundamentales, manifestaron atenerse a la prueba de los que constaran en documentos, y a la demostración de los demás. Asimismo se opusieron a que se hagan las declaraciones impetradas en la demanda.

Propusieron las excepciones de ineptitud sustantiva de la demanda, basada en que se han instaurado dos acciones incompatibles entre sí, la de nulidad del contrato por falta de consentimiento, y la de rescisión por lesión enorme; y también la de carencia de acción, ya que la rescisión por lesión enorme no se da para la concesión convenida con el Gobierno Nacional.

El Juzgado desató el primer grado del juicio en sentencia de treinta de mayo de mil novecientos sesenta, por la cual decide:

1º—No accede a la petición 1ª de la demanda.

2º—Declara no probadas las excepciones propuestas.

3º—Declara rescindido por lesión enorme el contrato de que da cuenta la escritura 4448 de 2 de noviembre de 1956.

4º—En consecuencia, las demandadas están en la obligación de volver las cosas al estado que tenían antes del 2 de noviembre de 1956, y deben cancelarse las inscripciones del instrumento 4448.

5º—Condena a las demandadas a devolver a la actora, seis días después de ejecutoriada la sentencia, los bienes que dijeron adquirir en aquella escritura con los intereses o frutos que hubieran podido producir tales bienes desde la fecha de la demanda hasta el día en que se haga la entrega.

Asimismo dispone que dentro del mismo lapso la demandante deberá devolver a las demandadas el precio de $ 10.000,00 y los intereses legales de dicha suma comprendidos dentro de las fechas de que trata el punto anterior.

El Tribunal Superior de Medellín en el recurso de alzada en que acudió la parte demandada, confirmó la del Juzgado en sentencia de 8 de noviembre de 1961.

MOTIVACION DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

Considera, en primer término, los siguientes documentos:

a) Copia de las sentencias de 10 de noviembre de 1947 y 3 de abril de 1948 de primera y segunda instancia, por las cuales se decretó la disolución de la sociedad de hecho habida entre Didacio Marín y María Enriqueta Alzate; y del trabajo de partición del haber social, en el cual se le adjudicaron a Alzate "algunos de los bienes relacionados en la demanda".

b) Copia de la escritura 4448, la cual contiene la cesión que Alzate hizo a Luz Gaviria de Tieck y Gabriela Campuzano de Keopke del contrato de exploración y explotación de las rocas calcáreas silicosas existentes en el terreno denominado Calera y demás bienes especificados en el mismo instrumento.

c) Copia de la escritura 1601 en la cual se extendió entre el Ministerio de Minas y Petróleos, en nombre de la Nación, y el apoderado de María Enriqueta Alzate la concesión para explorar y explotar los yacimientos calcáreos existentes en un globo de terreno ubicado en el Municipio de Puerto Berrío.

d) Documentos en que consta que la concesionaria Alzate estuvo explotando las calizas a que se refiere el contrato celebrado con la Nación.

Pasa luego a ocuparse de la acción de nulidad del contrato de cesión o traspaso de la

concesión proveniente de falta de consentimiento de la actora en razón de que Guillermo Keopke le pidió primero la copia de la escritura 1601, y luégo engañosamente le dijo que firmara un poder para vigilar los trabajos de la Calera debido a la circunstancia de estar ella impedida, y resulta que no se trataba de un poder sino de la solicitud al Gobierno para que autorizara el traspaso de la concesión a Luz Gaviria de Tieck y Gabriela Campuzano de Keopke. El Gobierno expidió al efecto la resolución 148 de 17 de octubre de 1956, "y fue así como se celebró el contrato que figura en la escritura pública número 4448 de noviembre 2 de 1956". Halla que la causal de invalidez del acto sería el dolo consistente en los medios engañosos de que se valió Guillermo Keopke para inducir a la demandante Alzate a efectuar el negocio. Pero observa que en el particular el dolo no sería obra de las partes contratantes sino de un tercero, Keopke, contra el cual solo cabría acción de perjuicios ,según lo dispone el artículo 1515 del C. Civil. Y además, "en los autos no obra la prueba necesaria y fehaciente para configurarlo".

Respecto de la acción subsidiaria de lesión enorme del contrato de traspaso de la concesión, objeto del litigio, expone que el artículo 56 del C. C. clasifica las mejoras como bienes inmuebles, y que si bien el Estado en las cosas que pertenecen a su patrimonio no se desprende de la propiedad, el concesionario puede ejecutar sobre ellas algunos actos de disposición como "vender sus derechos, eso sí, previa autorización del Gobierno Nacional". Además el mismo artículo considera como inmuebles por destinación los puestos allí por el dueño para el uso, cultivo y beneficio de un inmueble y las maquinarias, herramientas, semovientes, etc., puestos al servicio de la explotación de una mina.

En el caso sub lite, se conjugan todos estos elementos, pues "mina, maquinaria, herramientas, mejoras que comprende el terreno donde está ubicada la mina forman ellas todo un conjunto inmobiliario" que fue el cedido por la actora a las demandadas.

Concluye así que el contrato en que se incorporan bienes inmuebles y la concesión minera es susceptible de rescisión por lesión enorme, dado que, de conformidad con el artículo 1947 del C. Civil, el precio de $ 10.000,00 fijado a los bienes comprendidos en la escritura 4448 con relación al de $ 166.000,00 que el peritazgo practicado en segunda instancia le señala a dichos bienes, es en mucho inferior a la mitad del segundo, por lo cual la acción debe prosperar confirmando la sentencia que así lo resolvió.

Finalmente, sobre las excepciones alegadas observa el Tribunal:

La de carencia de acción ,es inadmisible porque de lo expuesto aparece que la actora sí podía pedir la rescisión por lesión enorme del contrato *sub lite*.

La genérica no tiene respaldo alguno en el proceso.

Y la de ineptitud sustantiva de la demanda, por la acumulación de la acción principal de nulidad y la subsidiaria de rescisión por lesión enorme, cabría, si ambas acciones fueran principales, pero no, siendo subsidiarias.

Contra lo resuelto por el Tribunal, el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de casación que sustentó en demanda que contiene seis cargos: el primero, por el motivo 6º del artículo 520 del C. Judicial; el segundo lo deriva de incongruencia; y los cuatro restantes, los funda en violación indirecta de normas sustantivas provenientes de errores de hecho y de derecho en la estimación de pruebas.

De estas censuras se estudia la tercera, llamada a prosperar por razón de que el sentenciador le dio mérito probatorio a la copia de la escritura 4448, no aducida legalmente al proceso.

El impugnante formula este cargo en el Capítulo III de la demanda de casación con fundamento en que la sentencia acusada violó disposiciones sustantivas a causa de errores de apreciación de determinada prueba (art. 520 del C. J.).

Las razones se pueden resumir así:

La declaración de cualquiera de las dos peticiones expresadas en la demanda, nulidad del contrato recogido en la escritura 4448 de 2 de noviembre de 1956 o rescisión del mismo por lesión enorme, le imponía a la demandante la obligación de demostrar el acto acusado aduciendo copia debidamente registrada de dicho instrumento en cualquiera de las oportunidades que brindan las dos instancias del juicio.

Ocurre, empero, que esta prueba no se presentó con la demanda para ser estimada en la

sentencia como lo prevé el artículo 597 del C. Judicial; tampoco se adujo con el memorial de pruebas, ni se pidió copia de ella en la forma autorizada por el artículo 636 ibidem. Es decir, no se cumplieron los requisitos y contradicción de la prueba.

La copia segunda de dicha escritura expedida por el Notario 6º de Medellín el 21 de abril de 1956, destinada al interesado, que obra a folios 149 a 151 del Cuaderno 2º, fue traída al expediente por la parte actora extemporáneamente y sin sometimento a las normas que aseguran la lealtad procesal, "para poder producir certidumbre legal en la mente del sentenciador". Por la apreciación de esta prueba dándole pleno mérito, el sentenciador incurrió en error de derecho a consecuencia del cual, entre los muchos otros que cita, violó directamente los artículos 595, 632, 635 y 636 del C. Judicial, e indirectamente, los artículos 1946 a 1954 del C. Civil.

LA CORTE CONSIDERA:

El error de derecho en la estimación de una prueba ocurre cuando a la que es objeto de la tacha se le da un valor que no tiene en la tarifa, o se le desconoce el que ésta le asigna; y también cuando se ha aducido al proceso sin el cumplimiento de las formalidades y en las oportunidades que la ley procesal establece al respecto.

Así en relación con las pruebas en general, el artículo 597 del C. J. dispone que para estimar su mérito deben formar parte del proceso por haberse acompañado a la demanda, o al escrito de excepciones o a las contestaciones respectivas; por haberse presentado en inspecciones oculares u otras diligencias en que intervienen el Juez y las partes; y por haberse pedido dentro de los términos señalados al efecto. Cuando los documentos públicos que se pretende aducir como pruebas no se acompañaron a la demanda, a su contestación o al memorial sobre excepciones, sus copias deben pedirse en el término probatorio para que las expida el funcionario correspondiente y las envíe por conducto del respectivo registrador, cuando es el caso de ponerle la nota de registro (art. 636 del C. J.).

Por último, la jurisprudencia ha aceptado que tanto las escrituras públicas como los demás documentos públicos, de conformidad con el artículo 630, ibidem, pueden, en razón de la presunción de autenticidad de que están respaldados, ser presentados también con el memorial de pruebas y en las demás oportunidades de que habla el artículo 597 citado.

Las normas en referencia se inspiran en los principios de publicidad de la prueba en el proceso, para que la contraparte tenga conocimiento de ella; en el de contradicción que le asiste a la misma para impugnarla y aducir la contraprueba que tenga en su favor; y en el de la lealtad procesal que busca el que los contendientes en el juicio se hallen en igualdad de condiciones para demostrar sus pretensiones y defensas. Estos requisitos se cumplen con la aducción de los medios de prueba en las oportunidades dichas, con la aceptación o reconocimiento que el Juez dispone de ellos y con la notificación que de tal proveído se hace a la contraparte.

La Corte en sentencia de casación de 24 de junio de 1954, en que hace un estudio completo de la doctrina en cuanto a las oportunidades en que pueden presentarse las escrituras públicas, acepta que fuera de las señaladas por los artículos 597 y 636, está la de la "presentación directa de los instrumentos públicos en el término de pruebas con citación de la parte a quien se oponen". (T. 77, pág. 856).

En definitiva, la jurisprudencia tiene admitido que los documentos públicos, fuera de los momentos procesales primeramente dichos se pueden llevar al expediente directamente por las partes en el término probatorio, pero siempre con conocimiento de la contraria, o sea, con la notificación del auto que tiene dichos documentos como prueba. El instrumento público que no se aduzca así no puede aceptarlo el fallador como prueba.

Ahora bien, la copia de la escritura 4448, que obra a los folios 149 a 151 C. 2, en que se contiene el contrato, objeto de la acción de nulidad o de la de rescisión por lesión enorme, no la trajo la parte actora con la contestación de la demanda, ni con la petición de pruebas, ni solicitó que el Notario 6º de Medellín enviara copia de ella, ni en ninguna de las diligencias de inspección ocular practicadas en primera y segunda instancia. Por lo mismo, no fue decretada como prueba por el Juez ni puesta en conocimiento de la parte demandada. Su aceptación por el Tribunal como plena prueba del contrato constituye un error de derecho, por el cual violó directamente los artículos 597 y 636 del C. J. e indirectamente los artículos 1946, 1947 y 1948 del C. C. que aplicó para la declaración de

lesión enorme.

El cargo prospera, por consiguiente, debe casarse la sentencia acusada, para pronunciar la de instancia.

Al respecto, se considera que si bien el contrato sobre transferencia de la concesión de exploración y explotación de los yacimientos calcáreos de Calera por parte de la actora a las demandadas, requería en los términos del artículo 77 del Decreto 805 de 1947, permiso del Gobierno, que fue concedido, en dicho contrato solo son partes la cedente y las cesionarias. En él no intervino el Gobierno. Por lo mismo, éste no tenía por qué ser citado al juicio sobre nulidad o rescisión por lesión enorme del acto de traspaso celebrado por María Enriqueta Alzate, Luz Gaviria de Tieck y Gabriela Campuzano de Keopke. Sabido es que, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 1602 del Código Civil, los contratos no pueden ser invalidados sino por consentimiento mutuo o intervención de las partes.

Por lo mismo, eran competentes para conocer del juicio en que se ha debatido sobre la nulidad o la rescisión del mentado contrato, el Juez del Circuito de Medellín y el Tribunal Superior de aquel distrito (arts. 78-1º, 109-2º, C. J.).

La Corte Suprema de Justicia, en mérito de los considerandos anteriores, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley CASA la sentencia de ocho de noviembre de mil novecientos sesenta y uno, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio ordinario seguido por María Enriqueta Alzate contra Luz Gaviria de Tieck y Gabriela Campuzano de Keopke, y en su lugar,

RESUELVE:

1º—Revócase en todas sus partes la sentencia de primera instancia que lleva fecha treinta de mayo de mil novecientos sesenta.

2º—Absuélvese a Luz Gaviria de Tieck y Gabriela Campuzano de Keopke de todos los cargos de la demanda.

3º—Las costas de la primera instancia son decargo de la demandante.

Sin costas en la segunda instancia y en el recurso de casación.

Notifíquese, publíquese, cópiese, devuélvase e insértese en la *Gaceta Judicial.*

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

CAUSAL 1ª DE CASACION CIVIL

En qué consiste y maneras varias e inconfundibles de producirse.- Carácter de los artículos 601 y 698 del C. Judicial, 1757, 1758, 1759, 1767 y 1768 del C. Civil y 91 y 92 de la Ley 153 de 1887.

1.- La Corte tiene dicho y repetido que la primera causal de casación establecida antes por el art. 520 del C. Judicial y hoy por el art. 52 del Decreto No 528 de 1964, consiste siempre en la violación de ley sustancial y que dicho quebranto puede producirse de dos maneras distintas e inconfundibles, esto es, en forma directa y por vía indirecta. Se infringe la ley sustancial de modo directo cuando, sin consideración a las pruebas que le hayan servido al sentenciador para formar su juicio, el fallo deja de aplicar al caso del litigio el precepto que lo regula, cuando entiende erróneamente la norma legal o cuando aplica a ese caso una disposición que le es extraña. La violación directa se origina, pues, en la falta de aplicación, en la interpretación errónea o en la aplicación indebida de un precepto sustancial, aparte de toda consideración relativa a las pruebas sobre las cuestiones de hecho.

La violación de la ley se produce en forma indirecta cuando la sentencia incurre en un error manifiesto de hecho o en un error de derecho en la apreciación de las pruebas y a consecuencia de tal yerro deja de aplicar al caso del pleito la norma que lo rige o le aplica una disposición extraña. Esta infracción indirecta es, pues, el resultado de un error de hecho o de un error de derecho en la apreciación de las pruebas relativas a los hechos que generan la litis.

El aludido error de derecho en la apreciación de las pruebas, consiste en el quebranto de algunas de las normas que regulan la producción o el mérito demostrativo de los distintos medios de prueba, bien por reconocérsele valor a un elemento probatorio que no llegó al proceso en forma regular, ora pro atribuírsele a uno de esos medios una fuerza de convicción diferente de la que le fija la ley, o ya por desconocérsele a una prueba el mérito que le corresponde dentro de la tarifa legal. Cuando se alega violación indirecta de ley sustancial a causa de un error de esta especie, la técnica del recurso exige que se señale en concreto la prueba mal apreciada y que se citen en forma individual tanto el precepto de carácter probatorio que haya sido quebrantado al valorar tal prueba como la disposición sustancial infringida también a consecuencia de ese yerro, explicando si esta última infracción consiste en falta de aplicación o en aplicación indebida de la norma.

En esta misma materia de la causal primera de casación el error manifiesto de hecho "consiste en que el juzgador haya tenido como probado un hecho, por haber ignorado o no haber tenido en cuenta la existencia de un medio de prueba que obra en autos y que demuestra evidentemente que tal hecho no existió; o bien, en que lo haya tenido como no probado, por haber ignorado o no haber tenido en cuenta la existencia, en el proceso, de un medio de prueba que demuestre, evidentemente, que ese hecho existió. Y la recíproca es verdadera: hay también error de hecho cuando el fallador tiene como probado un extremo en virtud de un medio probatorio que no existe u obra en el proceso; o cuando lo tiene como no probado, en virtud de un medio de prueba que no consta u obra en los autos. En todos estos casos, el error del juzgador

no versa sobre la existencia del extremo que se trata de probar, sino sobre la existencia del medio con el cual se trata de probarlo" (Cas. marzo 23 de 1954, LXXVII, 2138, pág. 119).

2.- Los artículos 601 y 698 del C. Judicial, 1757, 1758, 1759, 1767 y 1768 del C. Civil, y 91 y 92 de la Ley 153 de 1887, son normas de orden probatorio, pero no de carácter sustancial, y por tanto su violación no es por sí sola suficiente para producir la infirmación de un fallo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., marzo doce de mil novecientos sesenta y seis.

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

La señorita Agustina Machado Lozano demandó al señor Abel Sanmiguel Hómez ante el Juez Segundo Civil del Circuito de Ibagué para que, en sentencia dictada por la vía ordinaria, se declarara que pertenece a la demandante un solar con casa de habitación ubicado en el barrio de "El Carmen", del área urbana de la ciudad nombrada, y se condenase al demandado a restituír ese inmueble con sus frutos y a pagar las costas del juicio.

La demanda se fundó en varios hechos que pueden resumirse así:

1) Por la escritura No. 555, extendida en la Notaría Segunda de Ibagué el nueve de abril de 1960, Agustina Machado compró a Rosa Ruiz Guerrero el inmueble que es objeto de la litis, pero como la vendedora no puso a la compradora en posesión de dicho bien, ésta promovió contra aquélla un juicio posesorio para obtener que le hiciera entrega material del mismo inmueble.

2) La tradente Rosa Ruiz Guerrero adquirió el bien mencionado así: la mitad por adjudicación que se le hizo en la mortuoria de Ignacio Ruiz Guerrero y la otra mitad por compra que había hecho a Antonio María Aguilar y Anadelfa Palacios de Aguilar, según consta en la escritura No. 1311, otorgada en la Notaría Primera de Ibagué el 29 de agosto de 1951.

3) El juicio posesorio antes aludido concluyó con la orden de entrega del inmueble, pero al practicarse la diligencia respectiva se halló que Abel Sanmiguel estaba ocupando ese bien lo que le fue atendida la oposición que formuló al acto de entrega.

4) Ventilado el incidente de oposición, se dejó a Sanmiguel en posesión del inmueble en referencia.

5) En el expresado incidente de oposicón Sanmiguel afirmó que hacía diez años poseía el inmueble sin reconocer dominio ajeno, que había hecho allí mejoras y que no pagaba arrendamiento a persona alguna, pero lo cierto es que dicho Sanmiguel entró como arrendatario, que cubrió arrendamientos y que dejó de pagarlos después del fallecimiento de Ignacio Ruiz Guerrero.

6) El señor Sanmiguel sirvió el cargo de perito avaluador de los bienes relictos dentro del juicio sucesorio del difunto Ruiz Guerrero y reconoció como tal perito que todas las mejoras existentes en el inmueble dicho pertenecían al causante nombrado.

7) El mismo Sanmiguel ocupa el inmueble en mención, desconoce el derecho de dominio de la demandante, no ha puesto allí mejoras de ninguna clase y disfruta de ese bien desde la muerte de Ignacio Ruiz Guerrero.

El demandado evacuó el traslado de la demanda oponiéndose a las pretensiones de la actora, admitiendo unos hechos y negando otros.

El Juez del conocimiento cerró la primera instancia del juicio con el fallo de tres de octubre de 1962, en el cual se hicieron las declaraciones pedidas en la demanda, condenando al demandado a restituír el inmueble mentado y a pagar sus frutos desde el nueve de abril de 1960 y las costas del juicio.

LA SENTENCIA ACUSADA

Apelado el fallo de primera instancia y surtido el segundo grado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué profirió la sentencia de dos de septiembre de 1963, por la cual confirmó la decisión apelada y condenó también en costas al mismo demandado.

La motivación de esta sentencia examina y encuentra demostrados los elementos constitutivos de la acción reivindicatoria, consistentes en el dominio de la demandante, en la posesión del demandado, en la singularidad y en la identificación del inmueble a que se refiere la litis. Estima comprobada la propiedad de la actora con las escrituras números 555, de abril nueve de 1960, y 1311 de 29

de agosto de 1951, y con el certificado de tradición de aquel bien expedido por el Registrador de II. PP. de Ibagué. Agrega sobre este punto que la parte demandada ha modificado su posición, pues que en segunda instancia su mandatario reconoció el dominio de la demandante y redujo sus pretensiones al pago de unas mejoras.

El fallo analiza también las pruebas relacionadas con la posesión del demandado y con las mejoras que éste dice haber puesto en el inmueble; transcribe las afirmaciones principales de los testigos llamados por ambas partes litigantes, y concluye este examen sosteniendo, de una parte, que la referida posesión del demandado es de mala fe porque él no explicó satisfactoriamente cómo entró a ocupar el inmueble citado, y de otra parte que las pruebas mencionadas acreditan que todas las mejoras existentes en el mismo bien pertenecen a la demandante.

LA IMPUGNACION

La parte demandada recurrió en casación y en escrito que no consulta la técnica de este recurso ensaya formular contra la sentencia de segundo grado dos cargos con fundamento en la primera de las causales que establecía el art. 520 del C. Judicial. Las censuras dichas se exponen así:

Primer cargo.—Se hace consistir en la "aplicación indebida de la ley, relacionada con la estimación como prueba plena de un título traslaticio del dominio que no existe dentro del expediente".

Para sustentar este cargo expresa en resumen el recurso que la sentencia dió por establecido el dominio de la actora sobre el fundo en litigio con las escrituras números 555, de nueve de abril de 1960, y 1311 de 29 de agosto de 1951, y con un certificado sobre tradición de ese inmueble, pero que, habiendo alegado la propia demandante que su antecesora Rosa Ruiz Guerrero hubo tal predio por adjudicación que se le hizo en la mortuoria de Ignacio Ruiz Guerrero, no se adujo la hijuela respectiva y quedó por tanto incompleta la cadena de títulos de adquisición. "Por consiguiente —dice el recurso— la sentencia debe ser casada por este aspecto legal, ya que está infringiendo indirectamente la ley positiva al decretar la reivindicación de un inmueble cuya tradición no se ha demostrado plenamente dentro del proceso. Además, dentro de la sentencia acusada se habla únicamente de la escritura número 555 de 9 de abril de 1960, por medio de la cual la señorita Ruiz Guerrero vendió la totalidad del inmueble a la demandante y en que se afirma la forma de adquisición del mismo inmueble, sin que se hubiera acreditado la existencia de la hijuela de adjudicación a la vendedora dentro del juicio de sucesión del señor Ignacio Ruiz Guerrero.

"Por consiguiente fueron violados e infringidos los arts. 1757, 1758 y 1759 del C. Civil, ya que las deducciones hechas en la sentencia no se hallan acordes con las citadas disposiciones".

Segundo cargo.—Versa sobre la "violación indirecta de ley por interpretación errónea de la misma".

El recurso sustenta esta censura diciendo que la sentencia acogió los testimonios allegados por la parte demandante como prueba de que el demandado no había puesto ni tenía mejoras en el inmueble en litigio, y ello no obstante que los testigos no afirman nada en concreto, que se limitan a aseverar hechos que supieron "de oídas", y que, en consecuencia, antes que constituír plena prueba en favor de la actora, benefician los intereses del demandado. Entre esos declarantes figura el señor Luis Antonio Rodríguez, cuyo testimonio no puede ser admitido porque la diligencia en que se lo recibió no lleva la firma del secretario quien la practicó. También figura entre dichos testigos el señor Antonio María Aguilar, quien fue uno de los vendedores del inmueble a los hermanos Ignacio y Rosa Ruiz Guerrero y cuyo testimonio es por lo mismo inadmisible de acuerdo con lo prescrito por el art. 91 de la Ley 153 de 1887.

Luégo de estas consideraciones el recurso concluye así la exposición de este motivo: "Dentro de esta causal, la sentencia acusada violó indirectamente, por interpretación errónea, las siguientes disposiciones positivas: arts. 601 y 698 del C. Judicial, arts. 1767 y 1768, inciso primero, del C. Civil, arts. 91 y 92 de la Ley 153 de 1887".

LA CORTE CONSIDERA:

I) La Corte tiene dicho y repetido que la primera causal de casación establecida antes por el art. 520 del C. Judicial y hoy por el art. 52 del Decreto No. 528 de 1964, consiste siempre en la violación de ley sustancial y que dicho quebranto puede producirse de dos maneras distintas e inconfundibles, esto es, en forma directa y por vía indirecta. Se infrin-

ge la ley sustancial de modo directo cuando, sin consideración a las pruebas que le hayan servido al sentenciador para formar su juicio, el fallo deja de aplicar al caso del litigio el precepto que lo regula, cuando entiende erróneamente la norma legal o cuando aplica a ese caso una disposición que le es extraña. La violación directa se origina, pues, en la falta de aplicación, en la interpretación errónea o en la aplicación indebida de un precepto sustancial, aparte de toda consideración relativa a las pruebas sobre las cuestiones de hecho.

La violación de la ley se produce en forma indirecta cuando la sentencia incurre en un error manifiesto de hecho o en un error de derecho en la apreciación de las pruebas y a consecuencia de tal yerro deja de aplicar al caso del pleito la norma que lo rige o le aplica una disposición extraña. Esta infracción indirecta es, pues, el resultado de un error de hecho o de un error de derecho en la apreciación de las pruebas relativas a los hechos que generan la litis.

El aludido error de derecho en la apreciación de las pruebas, consiste en el quebranto de alguna de las normas que regulan la producción o el mérito demostrativo de los distintos medios de prueba, bien por reconocérsele valor a un elemento probatorio que no llegó al proceso en forma regular, ora por atribuírsele a uno de esos medios una fuerza de convicción diferente de la que le fija la ley, o ya por desconocérsele a una prueba el mérito que le corresponde dentro de la tarifa legal. Cuando se alega violación indirecta de ley sustancial a causa de un error de esta especie, la técnica del recurso exige que se señale en concreto la prueba mal apreciada y que se citen en forma individual tanto el precepto de carácter probatorio que haya sido quebrantado al valorar tal prueba como la disposición sustancial infringida también a consecuencia de ese yerro, explicando si esta última infracción consiste en falta de aplicación o en aplicación indebida de la norma.

En esta misma materia de la causal primera de casación el error manifiesto de hecho "consiste en que el juzgador haya tenido como probado un hecho, por haber ignorado o no haber tenido en cuenta la existencia de un medio de prueba que obra en autos y que demuestra evidentemente que tal hecho no existió; o bien, en que lo haya tenido como no probado, por haber ignorado o no haber tenido en cuenta la existencia, en el proceso, de un medio de prueba que demuestre, evidendentemente, que ese hecho existió. Y la recíproca es verdadera: hay también error de hecho cuando el fallador tiene como probado un extremo en virtud de un medio probatorio que no existe u obra en el proceso; o cuando lo tiene como no probado, en virtud de un medio de prueba que no consta u obra en los autos. En todos estos casos, el error del juzgador no versa sobre la existencia del extremo que se trata de probar, sino sobre la existencia del medio con el cual se trata de probarlo" (Cas., marzo 23 de 1954, LXXVII, 2138, 119).

II) El primer cargo que en este negocio se formula contra la sentencia deja traslucir que ésta cometió un error de derecho al dar por comprobado el dominio de la demandante sobre el inmueble en litigio con unos títulos incompletos, ya que no se adujo la hijuela por la cual se le adjudicó a Rosa Ruiz Guerrero la mitad de ese fundo en la sucesión de su hermano Ignacio Ruiz Guerrero. Por causa de este yerro se quebrantaron, según el recurso, los arts. 1757, 1758 y 1759 del C. Civil.

El primero de estos preceptos consagra el principio de la carga de la prueba y señala los diversos medios probatorios; el segundo explica lo que es instrumento auténtico y lo que se entiende por escritura pública, y el tercero establece el mérito demostrativo del instrumento público. Las tres normas son de orden probatorio, pero no de carácter sustancial, y por tanto su violación no es por sí sola suficiente para producir la infirmación de un fallo. Lo cual significa que, en relación con la censura que se examina, el recurso se contrajo a citar como violadas tres disposiciones de índole probatoria y que no indicó ningún precepto sustancial que hubiera sido quebrantado por causa del supuesto error de derecho que le atribuye a la sentencia. Este primer cargo no se ajusta, pues, a la técnica de la casación y resulta por ello ineficaz e inepto, desde luego que la Corte no puede proceder a examinar de oficio si el fallo infringió determinadas normas sustanciales.

La misma consideración es valedera respecto del segundo cargo. Las razones que sustentan esta otra censura permiten descubrir que el recurso le imputa a la sentencia la comisión de otro error de derecho al tener por demostrado con los testimonios traídos al juicio que las mejoras existentes en el fundo del litigio pertenecen a la demandante y que el

demandado no puso allí mejora alguna. Según el impugnante, este error condujo al fallo a violar los arts. 601 y 698 del C. Judicial, 1767 y 1768 del C. Civil, 91 y 92 de la Ley 153 de 1887. Todas estas normas son también de carácter probatorio y su quebranto no es por sí solo bastante para determinar la infirmación de una sentencia. El recurso no citó como violada ninguna disposición sustancial y esta deficiencia en la formulación de este segundo motivo basta para considerarlo también ineficaz e inepto.

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 dos de septiembre de mil novecientos sesenta y tres, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en este juicio sobre reivindicación propuesto por Agustina Machado Lozano contra Abel Sanmiguel Hómez.

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.

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

PRUEBAS

Requisitos indispensables para estimar su mérito.- A quién compete alegar la falta de citación o emplazamiento.- Es legal la presentación directa de los instrumentos públicos durante el término de pruebas.

1.- El interés para reclamar por falta de citación o emplazamiento en la forma legal, lo tiene solamente la persona mal citada o emplazada, quien es la única que puede alegar la nulidad de lo actuado por el motivo indicado en el numeral 3o del artículo 448 del C. Judicial, según lo ha repetido la jurisprudencia de la Corte.

2.- Para reconocer mérito a las pruebas en los negocios judiciales, es requisito indispensable el de que ellas sean públicas, esto es, conocidas de la parte contra la cual se aducen, a fin de que ésta quede en posibilidad de debatirlas.

Exige por eso el rito procesal que la prueba solicitada por cualquiera de los interesados sea decretada con citación de la parte contraria, pues no hay pruebas secretas en los procesos civiles. La citación se cumple con la notificación de la providencia que ordena la práctica de la prueba, o con la del auto en que el Juez tiene como prueba la presentada directamente por alguno de los litigantes, dentro del término probatorio.

Dice el artículo 597 del C. Judicial, que para estimar el mérito de las pruebas éstas deben formar parte del proceso por haberse acompañado a la demanda, o al escrito de excepciones o a las contestaciones respectivas; por haberse presentado en inspecciones oculares u otras diligencias en que intervienen el Juez y las partes; por haberse pedido dentro de los términos señalados al efecto y practicado antes de la citación para sentencia; y por haberse decretado sin petición de parte, cuando el Juez tenga esta facultad.

Cuando las pruebas no se acompañan a la demanda, a su contestación o al memorial de excepciones, deben ser pedidas o presentadas dentro del término probatorio, a fin de que sean decretadas con conocimiento de la parte contra la cual se aducen, mediante auto en que así se disponga y se notifique legalmente.

Las reglas del artículo 597 del C. Judicial, se inspiran en los principios de publicidad de las pruebas, de contradicción y de lealtad procesal; el principio de publicidad garantiza a la contraparte el conocimiento de la prueba aducida por el contendor; el de contradicción el derecho que le asiste para aducir una contraprueba en favor suyo; y el de lealtad coloca a los contendientes en el juicio, en igualdad de condiciones para demostrar sus pretensiones o los medios de defensa. "Estos requisitos se cumplen –ha dicho la Corte– con la aducción de los medios de prueba en las oportunidades dichas, con la aceptación o reconocimiento que el Juez dispone de ellos y con la notificación que de tal proveído se hace a la contraparte" (sentencia de 10 de marzo de 1966, proferida en el juicio de María Enriqueta Alzate contra Luz Gaviria de Tieck y otro).

3.- La jurisprudencia de la Corte tiene admitido que los documentos públicos pueden llevarse directamente al expediente por las partes dentro del término probatorio, pero es necesario que la aducción se haga con conocimiento de la parte contraria, lo cual se logra con la notificación del auto que manda tener dichos documentos como prueba. En consecuencia, el instrumento público que se aduzca fuera del tér-

mino probatorio, no puede aceptarse como prueba si no ha sido mandado tener como tal, dentro de dicho término, con conocimiento de la contraparte.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, marzo quince de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Flavio Cabrera Dussán).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte demandada en este juicio, contra la sentencia de 25 de agosto de 1964, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué.

EL LITIGIO

1) Merenciana García Gómez, por sí misma, y Lucrecia Gómez, como representante legal de sus menores hijos Moisés, Ruth Delia, Elvia y Pedro Luis García Gómez, mediante apoderado, demandaron, ante el Juzgado Civil del Circuito de Fresno, a la sucesión de Carlos García Gómez, representada por Pedro Antonio García, padre legítimo del causante, y Elvia García Gómez como cesionaria de Merenciana Gómez, madre legítima del mismo, para que mediante los trámites de un juicio ordinario se hagan estas declaraciones:

a) Que Merenciana, Moisés, Ruth Delia, Elvia y Pedro Luis García Gómez son hijos naturales de Carlos García Gómez; y

b) Que en su condición de hijos naturales del causante, tienen derecho a intervenir en el juicio de sucesión de su padre y, en consecuencia, a recoger la cuota hereditaria que les corresponda, en concurrencia con los ascendientes legítimos.

Expresa la demanda, en lo pertinente, que en el año de 1937, Lucrecia Gómez fue requerida en amores por el señor Carlos García Gómez, quien vivía en compañía de sus padres en la finca "El Remolino", fracción "Aguasal", del municipio de Fresno; que la llevó a convivir con ellos, en la misma casa, en donde tuvieron comunidad de habitación por espacio de varios meses, iniciando relaciones sexuales estables y notorias, que se prolongaron hasta la fecha del fallecimiento de Carlos; que más tarde éste y Lucrecia adquirieron un predio rural denominado "Villamaría", en donde hicieron vida en común hasta cuando Carlos murió; que en ese lapso procrearon a Merenciana, nacida el 25 de mayo de 1938; a Moisés nacido el 15 de septiembre de 1944; a Ruth Delia nacida el 26 de julio de 1947; a Elvia nacida el 4 de septiembre de 1950; y a Pedro Luis nacido el 6 de febrero de 1956, los cuales fueron bautizados en el municipio de Fresno, a excepción de Merenciana, la hija mayor, que fue bautizada en Honda; y que los demandantes tienen respecto de Carlos García Gómez la posesión notoria del estado de hijos naturales, porque él los trató como a sus hijos, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, razón por la cual los deudos y amigos y el vecindario en general, los reputaron como hijos del causante en virtud de aquel tratamiento.

2) El señor Juez del conocimiento, o sea el Civil del Circuito de Fresno, encontró abundante prueba que lo llevó al convencimiento de que los demandantes son hijos naturales del de cujus, habidos en Lucrecia Gómez; pero se abstuvo de hacer la declaración de paternidad natural, por no haberse desvirtuado la presunción de paternidad legítima, que ampara a los actores, por haber sido concebidos por su madre cuando estaba casada con Lucas Noriega o Pinto.

El apoderado de la parte demandante apeló y el Tribunal de Ibagué, al desatar el recurso, revocó el fallo del Juzgado y en su lugar hizo el reconocimiento de paternidad natural.

Dice así la parte resolutiva de dicho fallo:

"1º—Reconócese a Merenciana García Gómez, Moisés García Gómez, Ruth Delia García Gómez, Elvia García Gómez y Pedro Luis García Gómez, como hijos naturales de Carlos García Gómez, para todos los efectos civiles señalados en las leyes;

"2º—Condénase al demandado Pedro Antonio García al pago de las costas del juicio".

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Dice el Tribunal que en la segunda instancia se adujo copia del fallo por el cual el Juez Civil del Circuito de Fresno declara que los demandantes en el presente juicio no son hijos legítimos de Lucas Noriega o Pinto, y que en tal forma quedó allanado el obstáculo que encontró el juzgador de primer grado para la prosperidad de la demanda.

E hizo los reconocimientos solicitados porque al analizar la prueba presentada, adquirió la convicción de que los demandantes eran hijos naturales de Carlos García Gómez.

Sobre la legitimación en causa de la parte demandada, expuso que Pedro Antonio García, padre legítimo del causante, tenía debidamente acreditada esa calidad, porque se acompañó a la demanda copia del auto que abrió el juicio de sucesión de Carlos García Gómez y le reconoció personería para intervenir en él.

Sobre la base de que el fallo declarativo de una filiación natural, proferido en juicio seguido contra los herederos como continuadores de la personalidad jurídica del causante, no produce efectos erga omnes sino solamente relativos, pues apenas hace tránsito a cosa juzgada en relación con quienes fueron partes en el litigio, anotó que a los herederos no traídos al pleito no les perjudicaba la sentencia, y que, por tanto, "Elvia García Gómez no puede ser condenada en costas toda vez que, no produciendo este fallo efectos contra su cedente Merenciana Gómez, tampoco puede producirlos contra ella. Es decir, no es litigante vencido".

EL RECURSO

Cuatro cargos formula el recurrente contra la sentencia acusada.

Uno con fundamento en la causal sexta del artículo 520 del C. Judicial; otro por violación indirecta proveniente de error de derecho en la apreciación de una prueba; y dos más por violación directa de disposiciones sustantivas.

Primer cargo (cuarto de la demanda).

Se acusa el fallo del Tribunal por haberse incurrido en las nulidades determinadas en los numerales 2º y 3º del artículo 448 del C. Judicial.

En desarrollo de este cargo expresa el recurso que el abogado gestor del juicio tenía poder para demandar a la sucesión de Carlos García Gómez, representada por Pedro Antonio García y Merenciana Gómez, en su condición de padres legítimos del causante, pero omitió demandar a la nombrada Merenciana e incluyó, en cambio, en la demanda, a su cesionaria Elvia García Gómez, sin tener poder para ello; y que, por otra parte, fueron demandadas personas inciertas y desconocidas, y la sentencia se produjo sin que éstas hubiesen sido emplazadas conforme al art. 317 del C. Judicial.

LA CORTE OBSERVA:

Es evidente que Lucrecia Gómez, como representante de sus menores hijos, otorgó poder al doctor José Ramírez Castaño para demandar a la sucesión de Carlos García Gómez, representada por Pedro Antonio García y Merenciana Gómez.

También es cierto que el apoderado dirigió la demanda contra la referida sucesión, representada por Pedro Antonio García y Elvia García Gómez, como cesionaria de Merenciana Gómez, careciendo de facultad para hacerlo contra Elvia.

Pero esta deficiencia no puede ser alegada en casación como causal de nulidad, por la parte demandada, sino por la demandante porque es en ésta en quien radica el interés para reclamar de la ilegitimidad de la personería adjetiva de quien figura como su apoderado o representante. "La nulidad por ilegitimidad de la personería —ha dicho la Corte— no puede ser propuesta con eficacia legal por cualquiera de las personas que intervienen en un litigio judicial; la razón jurídica de esa causal general de nulidad, que no es otra que la violación del derecho de defensa, circunscribe el interés indispensable para pedirla a la persona o parte que no haya estado debidamente representada en el juicio" (T. XLVII, pág. 282).

En cuanto al hecho de que no se emplazaron los demandados inciertos o desconocidos, es de anotar que no se trata aquí de un juicio erga omnes, que hubiera de seguirse por el procedimiento de edictos, sino de uno adelantado contra personas determinadas, como representantes de la sucesión demandada.

Por otra parte, el interés para reclamar por falta de citación o emplazamiento en la forma legal, lo tiene solamente la persona mal citada o emplazada, quien es la única que puede alegar la nulidad de lo actuado por el motivo indicado en el numeral 3º del art. 448 del C. Judicial, según lo ha repetido la jurisprudencia de la Corte.

No prospera el cargo.

Segundo cargo (tercero de la demanda).

Por error de derecho en la apreciación de una prueba.

El impugnante formula este cargo con fundamento en que el fallo violó el artículo 597 del C. Judicial, a causa de que el Tribunal le dio mérito de plena prueba a la sentencia recaída en el juicio de impugnación de la paternidad legítima, propuesto por Lucas Noriega o Pinto, contra Lucrecia Gómez o Ro-

dríguez, cuya copia adujo en forma irregular, pues no fue presentada en ninguna de las oportunidades que establece la ley, ni fue tenida como prueba. Como consecuencia de este error, infringió también las disposiciones del ordinal 4º del artículo 19 y el artículo 3º de la Ley 45 de 1936.

Este fallo —dice el recurrente refiriéndose al que es objeto de la censura— tuvo su respaldo precisamente en la sentencia sobre impugnación de paternidad adelantada por Lucas Noriega contra los actores en este negocio, pues el fallador así lo dice en sus dos últimos apartes de la motivación de la sentencia. "... Al apreciar como prueba la copia del fallo sobre impugnación de paternidad, traída a los autos sin que se hubiera tenido oportunidad de contradicción, por cuanto la prueba no fue decretada, pues únicamente el juicio se abrió a pruebas pero nada más, el Tribunal ha incurrido en violación de la ley por error de derecho en la apreciación de la prueba, ya que le ha dado un valor probatorio que no tiene; y, que si hubiera desestimado ese documento como prueba, necesariamente el fallo hubiera sido absolutorio, por cuanto la base de la sentencia fue la copia del citado fallo y no hubiera violado como lo hizo con la sentencia recurrida las disposiciones del ordinal 4º del art. 19 y el art. 3º de la Ley 45 de 1936; y el art. 597 del C. J.".

LA CORTE CONSIDERA:

a) Se observa en verdad que la sentencia que admitió la impugnación de la paternidad legítima de los demandantes, en el juicio adelantado por Lucas Noriega o Pinto fue introducida en la segunda instancia del presente juicio, cuando había subido el expediente, por apelación, al Tribunal, y aún no se había iniciado la tramitación del recurso, pues el negocio todavía no había sido fijado en lista.

Por medio de memorial que obra al folio 64 del cuaderno No. 1, el apoderado de la parte actora solicitó que el juicio se abriera a prueba, a fin de que se tuviera como tal la copia del fallo de impugnación de que se ha hecho mérito, la cual acompañó.

Con posterioridad el juicio se fijó en lista por auto de 25 de enero de 1964 (folio 65 cuaderno No. 1), y, luégo, según providencia de 13 de febrero del mismo año, el Tribunal abrió el negocio a prueba, en atención a la solicitud hecha por el apoderado de la parte demandante. Pero la resolución correspondiente nada dijo en relación con el documento presentado (la copia del fallo de impugnación), indudablemente en espera de que, dentro del término legal, el interesado solicitara se tuviera como prueba. Este guardó silencio y ejecutoriado el auto de apertura a prueba, el negocio pasó al Despacho del Magistrado Ponente, con la constancia secretarial de que había vencido el término señalado a las partes para pedir y practicar pruebas, y que éstas ninguna solicitaron (folio 66 cuaderno No. 1).

En estas circunstancias el Tribunal, al fallar el negocio, tuvo como prueba legalmente aducida la copia del fallo de impugnación de la paternidad legítima, exponiendo lo siguiente sobre el particular:

"El mismo convencimiento obtuvo el Juez de primera instancia; pero observó que Lucrecia Gómez, desde 1931 había contraído matrimonio con Lucas Noriega o Pinto (cuaderno No. 3); y que no se había acompañado «sentencia ejecutoriada en donde Lucas Noriega impugnara la paternidad de los hijos concebidos fuera del matrimonio por Lucrecia Gómez» por lo cual no hizo los reconocimientos solicitados en el juicio.

"Pero en esta instancia se trajo copia del fallo, que fue confirmado y se encuentra ejecutoriado, por el cual el señor Juez Civil del Circuito de Fresno declara que los demandantes en este juicio no son hijos legítimos de Lucas Noriega o Pinto. Se ha allanado así el obstáculo que encontró el señor Juez, para la prosperidad de la demanda.

"En consecuencia debe revocarse el fallo de primera instancia y hacer los reconocimientos solicitados".

El Tribunal tuvo en cuenta la copia del fallo de impugnación, no obstante que él mismo anotó en su sentencia que la parte recurrente no había hecho uso del término probatorio, incurriendo así en una inexplicable inconsecuencia. "Contra dicho fallo —dice el sentenciador refiriéndose al del Juzgado— apeló la parte actora y llegados los autos a este Tribunal, se les dio el trámite correspondiente a la instancia, en donde el apoderado de la parte recurrente solicitó se abriera el juicio a prueba, a lo cual se accedió, *pero dicha parte no hizo uso de este término*". (subraya la Corte).

b) Para reconocer mérito a las pruebas en los negocios judiciales, es requisito indispensable el de que ellas sean públicas, esto es,

conocidas de la parte contra la cual se aducen, a fin de que ésta quede en posibilidad de debatirlas.

Exige por eso el rito procesal que la prueba solicitada por cualquiera de los interesados sea decretada con citación de la parte contraria, pues no hay pruebas secretas en los procesos civiles. La citación se cumple con la notificación de la providencia que ordena la práctica de la prueba, o con la del auto en que el Juez tiene como prueba la presentada directamente por alguno de los litigantes, dentro del término probatorio.

Dice el artículo 597 del C. Judicial, que para estimar el mérito de las pruebas éstas deben formar parte del proceso por haberse acompañado a la demanda, o al escrito de excepciones o a las contestaciones respectivas; por haberse presentado en inspecciones oculares u otras diligencias en que intervienen el Juez y las partes; por haberse pedido dentro de los términos señalados al efecto y practicado antes de la citación para sentencia; y por haberse decretado sin petición de parte, cuando el Juez tenga esta facultad.

Cuando las pruebas no se acompañan a la demanda, a su contestación o al memorial de excepciones, deben ser pedidas o presentadas dentro del término probatorio, a fin de que sean decretadas con conocimiento de la parte contra la cual se aducen, mediante auto en que así se disponga y se notifique legalmente.

Las reglas del artículo 597 del C. Judcial, se inspiran en los principios de publicidad de las pruebas, de contradicción y de lealtad procesal; el principio de publicidad garantiza a la contraparte el conocimiento de la prueba aducida por el contendor; el de contradicción el derecho que le asiste para aducir una contraprueba en favor suyo; y el de lealtad coloca a los contendientes en el juicio, en igualdad de condiciones para demostrar sus pretensiones o los medios de defensa. "Estos requisitos se cumplen —ha dicho la Corte— con la aducción de los medios de prueba en las oportunidades dichas, con la aceptación o reconocimiento que el Juez dispone de ellos y con la notificación que de tal proveído se hace a la contraparte" (sentencia de 10 de marzo de 1966, proferida en el juicio de María Enriqueta Alzate contra Luz Gaviria de Tieck y otro, no publicada aún en la *Gaceta Judicial*).

En sentencia de casación de 24 de junio de 1954, publicada en el tomo LXXVII, pág. 853 y siguientes de la *Gaceta Judicial*, hizo la Corte un completo estudio de la doctrina referente a las oportunidades para la aducción de las pruebas, expresando que tales oportunidades "determinadas en el artículo 597, persiguen la igualdad de las partes en el proceso, y, de consiguiente, la lealtad que debe inspirar la producción de sus pruebas, de modo que no haya formas y procederes imprevistos, contra los cuales no puedan reaccionar eficazmente. Se trata de una norma de igualdad en el campo procesal, conforme a la cual las partes se mueven en un mismo plano de idénticas prerrogativas; ambas disponen por igual de los mismos medios de ataque y defensa y ninguna puede sorprender a la otra haciendo uso de recursos inusitados; en una palabra, de una regla de equidad procesal".

La jurisprudencia de la Corte tiene admitido que los documentos públicos pueden llevarse directamente al expediente por las partes dentro del término probatorio, pero es necesario que la aducción se haga con conocimiento de la parte contraria, lo cual se logra con la notificación del auto que manda tener dichos documentos como prueba. En consecuencia, el instrumento público que se aduzca fuera del término probatorio, no puede aceptarse como prueba si no ha sido mandado tener como tal, dentro de dicho término, con conocimiento de la contraparte.

Por tanto, la aceptación por el Tribunal, como plena prueba, de la copia del fallo de impugnación de la paternidad legítima, en el juicio adelantado por Lucas Noriega o Pinto contra los demandantes, constituye un error de derecho, en razón del cual el sentenciador violó directamente el artículo 597 del C. Judicial, y de modo indirecto los artículos de la Ley 45 de 1936, citados por el recurrente.

Prospera, pues, el cargo, y, en consecuencia, debe casarse la sentencia acusada, sin necesidad de considerar los otros cargos formulados.

c) De conformidad con lo dispuesto por el artículo 3º de la Ley 45 de 1936, el hijo concebido por mujer casada no puede ser reconocido como natural, salvo que el marido lo desconozca y por sentencia ejecutoriada se declare que no es hijo suyo.

Si no puede darse mérito a la sentencia sobre la impugnación de la paternidad legítima, introducida por el apoderado de la parte actora en el segundo grado del juicio, de

conformidad con lo expuesto anteriormente, los demandantes Merenciana, Moisés, Ruth Delia, Elvia y Pedro Luis García Gómez, no pueden ser reconocidos como hijos naturales del causante señor Carlos García, porque en este caso hay que tenerlos como amparados por la presunción de paternidad legítima, que los cobijaba al ser concebidos por su madre Lucrecia Gómez o Rodríguez, cuando estaba casada con Lucas Noriega o Pinto.

En conclusión, vistas las circunstancias apuntadas, la acción de estado para el reconocimiento de los actores como hijos naturales del causante, no puede prosperar, y, por lo tanto, debe confirmarse el fallo del Juzgado a quo.

RESOLUCION

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué proferida en este juicio el veinticinco de agosto de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), y en su lugar,

RESUELVE:

1º—CONFIRMASE en todas sus partes la sentencia de primera instancia de fecha treinta (30) de agosto de mil novecientos sesenta y tres (1963) proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Fresno;

2º—Las costas del segundo grado son de cargo de la parte demandante.

No hay lugar a costas en el recurso.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

NULIDAD DE UN JUICIO DE SUCESION

Uno de los casos en que se comete error de hecho.- De qué depende la naturaleza de una acción.- Violación directa de la ley.- Acción de petición de herencia para ejercitarla en otro juicio.

1.- En el ámbito de la causal primera de casación, uno de los casos en que se comete error de hecho en la apreciación de las pruebas es aquel que consiste en dejar de estimar una prueba que demuestra la existencia de un hecho de influencia determinante en la decisión del litigio. Y se requiere además que el error sea manifiesto, es decir, que el hecho acreditado por la prueba que se omitió considerar aparezca de bulto, con toda claridad y sin largos y prolongados razonamientos o sin un laborioso trabajo de interpretación.

2.- La naturaleza de una acción no depende del nombre o calificación que se le haya dado, sino de los hechos y peticiones que concurren a estructurarla e individualizarla.

3.- En el presente caso, la sentencia tuvo en cuenta la demanda y las demás pruebas aducidas por la demandante, pero estimó que en la primera no se había promovido la acción de petición de herencia, aunque sí probado con las segundas el derecho de la propia actora. Lo cual demuestra que el fallo no omitió considerar los referidos elementos de juicio y que por este aspecto no incurrió en el error de hecho que se le atribuye. Si los términos de la demanda, tales como en ésta aparecen y como la sentencia los consideró, permitieran concluír que entrañan el ejercicio de una acción de petición de herencia, como lo sostiene el recurso, querría ello decir que ese fallo habría incurrido, no en un error de hecho en la apreciación probatoria, sino en un yerro sobre la calificación jurídica de tal acción, esto es, en un error jurídico deducible en casación por la vía del quebranto directo de la ley sustancial, o sea con independencia de toda falla en la apreciación de los medios de prueba; pero como la censura no se planteó por este aspecto, sino que se encaminó por la senda de la violación indirecta por error de hecho en la apreciación de las pruebas, resulta que, formulado de este modo, el cargo no está llamado a prosperar, porque en realidad la sentencia no olvidó considerar las probanzas que se han mencionado.

4.- Como al declararse probada en este litigio la excepción denominada de petición de un modo indebido, le queda a salvo a la demandante su acción de petición de herencia para ejercitarla en otro juicio, el recurso considera injusta esta perspectiva y contraria al principio de economía procesal; pero este argumento de instancia no es de recibo en casación ni motivo bastante para determinar la infirmación del fallo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., marzo dieciocho de mil novecientos sesenta y seis. (Magistrado ponente: Dr. Enrique López de la Pava).

La señora María Ligia Valencia de Rengifo, diciendo hablar en su propio nombre y en representación de la mortuoria de su padre Luis Vicente Valencia Moncaleano, demandó ante el Juez Civil del Circuito de Ibagué a los señores Andrés, Roberto y Cenaida Valencia Moncaleano y a la sucesión de Ana María Valencia Moncaleano, representada por los otros tres demandados aludidos, para que,

en sentencia dictada por la vía ordinaria, se hicieran las siguientes declaraciones que la demandante expone en tres grupos, así:

Primer grupo.—Súplicas principales: que la actora María Ligia Valencia "es accionada en la sucesión de la señorita Ana María Valencia Moncaleano, por derecho de representación de su padre legítimo Luis Vicente Valencia Moncaleano"; que son nulas la diligencia de inventario y avalúo y la partición de bienes, llevadas a cabo dentro del juicio sucesorio de la nombrada Ana María Valencia Moncaleano que se ventiló en el Juzgado del Circuito de Armero; que se ordene cancelar la inscripción en el Registro Público de la expresada partición de bienes y de la sentencia aprobatoria, y como consecuencia de lo anterior se declare también que está ilíquida la referida mortuoria de la señorita Ana María Valencia.

Segundo grupo.—Primeras peticiones subsidiarias: que la demandante María Ligia Valencia "es accionada en la sucesión de la señorita Ana María Valencia Moncaleano, por derecho de representación de su padre legítimo, el señor Luis Vicente Valencia Moncaleano"; que se excluyan de la diligencia de inventario y avalúo practicada dentro de la mortuoria de Ana María Valencia Moncaleano los bienes que se relacionaron en ese inventario y que en cambio se incluya, "como de propiedad de la sucesión, el interés social" que la causante tenía en la sociedad "Valencia Hermanos, Limitada" que se constituyó por la escritura No. 642, extendida en la Notaría Segunda de Ibagué el 29 de marzo de 1954; que se decrete la reforma de la partición de bienes realizada en el citado juicio sucesorio para que se incluya en ese acto a la señora María Ligia Valencia como representante de su padre Luis Vicente Valencia Moncaleano y se dividan "entre los accionados en esa sucesión el interés social de la causante en la sociedad «Valencia Hermanos, Limitada»y aquellos otros bienes que asimismo pertenezcan a aquélla; y que se ordene cancelar las inscripciones en el Registro Público de la partición de bienes efectuada en la misma mortuoria de Ana María Valencia Moncaleano y de la sentencia que la aprobó.

Tercer grupo.—Segundas peticiones subsidiarias: que la señora María Ligia Valencia de Rengifo "es accionada en la sucesión de la señorita Ana María Valencia Moncaleano, por derecho de representación de su padre legítimo, señor Luis Vicente Valencia Moncaleano"; que se declare nulo el juicio de sucesión de la señorita Ana María Valencia Moncaleano que se ventiló en el Juzgado del Circuito de Armero; que como consecuencia de lo anterior, se disponga que la sucesión de la misma señorita Ana María Valencia debe adelantarse y ser liquidada ante el Juez del Circuito de Ibagué; y que se ordene cancelar las inscripciones en el Registro Público de la partición de bienes realizada en la mortuoria dicha y de la sentencia que la aprobó.

Los fundamentos de la demanda aparecen expuestos en una introducción y en veintinueve hechos que pueden compendiarse así:

1) El cinco de noviembre de 1955 falleció la señorita Ana María Valencia Moncaleano, sin dejar descendientes legítimos ni naturales.

2) "Son únicos accionados, por vocación a la herencia de dicha causante, sus hermanos legítimos Andrés, Roberto, Cenaida Valencia Moncaleano" y María Liga Valencia de Rengifo, esta última en representación de su difunto padre Luis Vicente Valencia Moncaleano, también hermano de la causante.

3) Como único bien relicto quedó el interés social que la causante nombrada tenía en la sociedad "Valencia Hermanos, Limitada", constituída por la escritura No. 642, otorgada en la Notaría Segunda de Ibagué el 29 de marzo de 1954.

4) El aporte de Ana María Valencia Moncaleano a la nombrada sociedad "Valencia Hermanos, Limitada" consistió en varios bienes raíces y en ochenta cabezas de ganado vacuno.

5) El juicio mortuorio de la extinta Ana María Valencia Moncaleano se abrió en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Ibagué, y en él se reconoció a María Ligia Valencia de Rengifo como heredera de la causante en representación de su padre Luis Vicente Valencia Moncaleano y se pidieron y practicaron varias medidas preventivas.

6) Enterados de la apertura de la mencionada sucesión en Ibagué, los herederos Andrés, Roberto y Cenaida Valencia Moncaleano se apresuraron a promover un segundo juicio mortuorio ante el Juez del Circuito de Armero, juicio éste que se tramitó con una velocidad inusitada.

7) En ese otro juicio sucesorio de Ana María Valencia que se propuso en Armero, fueron denunciados y relacionados en el inventario como bienes relictos, no el interés social

de la causante en la sociedad "Valencia Hermanos, Limitada", sino los bienes que aquélla había aportado en vida a la misma compañía bienes que, como es obvio, no pertenecían ya a dicha causante.

8) En el mismo juicio mortuorio de Armero, se practicaron el inventario y el avalúo de bienes, se llevaron a cabo todas las demás diligencias pertinentes y se practicó y aprobó la partición de esos bienes con una celeridad vertiginosa.

9) Esa partición y la adjudicación de bienes se hicieron en forma absurda, porque no recayeron sobre los bienes incluídos en el inventario, sino que a cada uno de los herederos Andrés, Roberto y Cenaida Valencia se le adjudicó un crédito a cargo de la sociedad "Valencia Hermanos, Limitada".

10) Practicada y aprobada la partición de bienes en la forma expuesta, se la registró y en seguida se llevó al protocolo el juicio sucesorio, con la misma velocidad denunciada.

11) Ese juicio mortuorio de Armero y el modo veloz como se lo ventiló tenían por finalidad excluír a María Ligia Valencia de la sucesión de su tía Ana María Valencia Moncaleano.

12) Los demandados están en posesión de los bienes que dejó la causante Ana María Valencia.

Los demandados contestaron el libelo oponiéndose a las pretensiones de la actora, aceptando unos hechos y negando la mayoría de ellos.

El primer grado del juicio terminó con el fallo de cuatro de agosto de 1959, en el cual se declaró "probada la excepción perentoria de ineptitud sustantiva de la demanda o petición de modo indebido" y se condenó en costas a la parte actora.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Abierta y surtida la segunda instancia por apelación de la misma parte demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué profirió la sentencia de once de diciembre de 1961, por la cual se confirmó la decisión apelada y se condenó también en costas a la parte actora.

La sentencia de primer grado se fundó, en síntesis, en que la demandante no había ejercitado la acción de petición de herencia, sino otras acciones contradictorias en sí mismas. El fallo de segunda instancia, o sea el que es aquí motivo de acusación, afirma que en realidad la parte actora se equivocó en la forma de pedir, porque su demanda se encaminó a obtener que se la reconociera como "accionada" en la mortuoria de Ana María Valencia y que se decretase la nulidad del inventario y de la partición de bienes que allí mismo se efectuaron para que tal partición se realice de nuevo con intervención de la propia demandante. Esta no propuso la acción de petición de herencia, y, aunque más tarde alegó haberla instaurado, la verdad es que no lo hizo oportunamente y que equivocó de camino, porque los hechos expuestos en la demanda no confluyen a estructurar esa pretensión.

También anota la sentencia que la interpretación de la demanda corresponde al juez y que ha de hacerse con respaldo en los hechos que en esa pieza se exponen, porque estos hechos son los que configuran la acción que se ejercita, de tal modo que no se puede reconocer una acción que no aparece estructurada por los hechos que se alegan. En seguida agrega:

"Tenemos entonces que, muy plausible el interés del actor en probar, como lo ha hecho, sus pretensiones, los hechos que expone en el libelo demandatorio no consuenan, aun demostrados como lo han sido, con los presupuestos de la acción de petición de herencia que a la postre ha pretendido escoger".

La sentencia concluye diciendo que en realidad aparece comprobada la excepción de petición de un modo indebido.

LA IMPUGNACION

La parte demandante recurrió en casación y con respaldo en la primera de las causales establecidas por el art. 520 del C. Judicial, formuló contra la sentencia del Tribunal el siguiente cargo que la Corte procede a examinar, previa la advertencia de que la parte opositora replicó la demanda respectiva.

Consiste el cargo en el quebranto, por falta de aplicación, de los arts. 1321, 1322, 1323, 1324, 1325, 1326, 665 y 670 del C. Civil, a causa de error de hecho en la apreciación de las pruebas.

Sostiene el recurso que la sentencia violó los preceptos antes anotados a consecuencia de un error de hecho consistente en no haber tenido en cuenta varias pruebas que demuestran que la parte demandante sí promovió y ejercitó en este juicio la acción de petición de

herencia.

Las pruebas que, según el recurso, omitió apreciar el fallo consisten en el poder conferido por la demandante María Ligia Valencia a su abogado, la demanda que éste propuso en nombre de aquélla, las partidas que acreditan que Ana María y Luis Vicente Valencia Moncaleano eran hermanos y que ambos murieron, el acta que demuestra que la misma actora Valencia es hija legítima del nombrado Luis Vicente Valencia y las partidas que comprueban el parentesco entre la propia demandante y la extinta Ana María Valencia y los demandados en este litigio.

En el poder que María Ligia Valencia otorgó a su abogado, se faculta a éste para pedir que se declare que aquélla "sucede por derecho de representación a la señorita Ana María Valencia Moncaleano", que se decreten la nulidad de unas actuaciones judiciales y la exclusión de unos bienes, que se ordene la reforma de una partición y que "se hagan otras declaraciones". Según el recurso, el mandatario autorizado para deprecar todas estas declaraciones, lo estaba asimismo para promover y ejercitar la acción de petición de herencia, y el no haberlo visto así constituye un error manifiesto de hecho.

Además, en las súplicas y hechos de la demanda se hallan contenidos los elementos integrantes de esa acción de petición de herencia. En efecto, en las peticiones principales se invoca la declaración de que María Ligia Valencia Moncaleano, por derecho de representación de su padre legítimo Luis Vicente Valencia Moncaleano". La expresión "accionada" que allí se emplea, es un término amplio que equivale a los de heredera, tener derecho o acción, ser accionista, participante o causahabiente. Así entendido ese vocablo, la petición transcrita entraña la de que se reconozca a la demandante su calidad de heredera de la difunta Ana María Valencia en representación de su padre Luis Vicente Valencia, lo cual satisface el primer requisito o elemento de la acción de petición de herencia, consistente en el reconocimiento de la calidad de heredero en el demandante.

El segundo requisito de la acción citada quedó también cumplido al sustentarse la demanda en el derecho real de herencia que tiene y alega la actora.

El tercer elemento de la misma acción aparece satisfecho con la solicitud de que se reconozca a María Ligia Valencia derecho en la universalidad hereditaria como accionada o heredera de Ana María Valencia, en representación de su padre legítimo Luis Vicente Valencia Moncaleano.

Y por último, al juicio se trajo la prueba de que la demandante tiene la sobredicha calidad de heredera.

El fallo no vio los referidos pedimientos de la demanda ni las pruebas que demuestran la calidad de heredera de la actora como representante de su difunto padre Luis Vicente Valencia, elementos que configuran la acción de petición de herencia; cometió por tanto un error de hecho que lo condujo a violar, por falta de aplicación, los preceptos que consagran y regulan esa acción de petición de herencia.

En respaldo de sus argumentos, el recurso transcribe unas doctrinas de la Corte que se refieren a la acción de petición de herencia y afirma finalmente que obligar a la actora a repetir un litigio que está agotado en este proceso, sería una injusticia y el desconocimiento del principio de economía procesal.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En el ámbito de la causal primera de casación, uno de los casos en que se comete error de hecho en la apreciación de las pruebas es aquel que consiste en dejar de estimar una prueba que demuestra la existencia de un hecho de influencia determinante en la decisión del litigio. Y se requiere además que el error sea manifiesto, es decir, que el hecho acreditado por la prueba que se omitió considerar aparezca de bulto, con toda claridad y sin largos y prolongados razonamientos o sin un laborioso trabajo de interpretación.

Como queda visto, la demanda inicial de esta litis se encamina en substancia a obtener la declaración de que la actora María Ligia Valencia "es accionada en la sucesión de la señorita Ana María Valencia Moncaleano", que se decrete la nulidad del juicio mortuorio de esta causante que se ventiló en el Juzgado del Circuito de Armero y en subsidio que se ordene excluír unos bienes de su inventario, incluír otros y efectuar una nueva partición con intervención de la misma demandante.

La sentencia impugnada transcribió el texto completo de las súplicas, tanto principales como subsidiarias, que se formularon en la demanda dicha y no encontró allí expues-

tos los elementos constitutivos e identificadores de la acción de petición de herencia. Expresó además que los hechos narrados en el mismo libelo no consonaban o no guardaban concordancia con aquellos elementos, es decir, que no configuraban la acción mencionada. Ni aun recordando y aplicando en la especie el criterio mantenido por la Corte de que la naturaleza de una acción no depende del nombre o calificación que se le haya dado, sino de los hechos y peticiones que concurren a estructurarla e individualizarla, pudo ver la sentencia que en la demanda se hubieran formulado súplicas y hechos que pudiesen interpretarse y tenerse como factores integrantes y definidores de la acción de petición de herencia. El fallo no omitió, pues, considerar y tener en cuenta la demanda.

En el poder conferido por la demandante a su abogado, se autorizó a éste para solicitar la declaración de que aquélla sucede a la finada Ana María Valencia por derecho de representación, que se decretasen unas nulidades procesales, que se excluyeran unos bienes de un inventario y que se hiciesen otras declaraciones. Apreciando estas facultades con amplitud, podría admitirse que el personero de la actora quedó en realidad autorizado para promover la acción de petición de herencia; pero sucede que el fallo no encontró que, en desempeño de su mandato, dicho podatario hubiera instaurado de veras esa acción de petición de herencia en la demanda.

En cuanto concierne a las pruebas que, en sentir del recurrente, demuestran el parentesco de la actora con la causante Ana María Valencia y con los demandados y una de las condiciones de la acción expresada, es de advertir que la sentencia reconoció que la misma demandante había comprobado su derecho con esos medios de prueba, pero expresó a la vez que, por no haberse propuesto la acción dicha, no procedía hacer ningún pronunciamiento sobre el derecho aludido.

En resolución, la sentencia tuvo en cuenta la demanda y las demás pruebas aducidas por la demandante, pero estimó que en la primera no se había promovido la acción de petición de herencia, aunque sí probado con las segundas el derecho de la propia actora. Lo cual demuestra que el fallo no omitió considerar los referidos elementos de juicio y que por este aspecto no incurrió en el error de hecho que se le atribuye. Si los términos de la demanda, tales como en ésta aparecen y como la sentencia los consideró, permitieran concluír que entrañan el ejercicio de una acción de petición de herencia, como lo sostiene el recurso, querría ello decir que ese fallo habría incurrido, no en un error de hecho en la apreciación probatoria, sino en un yerro sobre la calificación jurídica de tal acción, esto es, en un error jurídico deducible en casación por la vía del quebranto directo de la ley sustancial, o sea con independencia de toda falla en la apreciación de los medios de prueba; pero como la censura no se planteó por este aspecto, sino que se encaminó por la senda de la violación indirecta por error de hecho en la apreciación de las pruebas, resulta que, formulado de este modo, el cargo no está llamado a prosperar, porque en realidad la sentencia no olvidó considerar las probanzas que se han mencionado.

Como al declararse probada en este litigio la excepción denominada de petición de un modo indebido, le queda a salvo a la demandante su acción de petición de herencia para ejercitarla en otro juicio, el recurso considera injusta esta perspectiva y contraria al principio de economía procesal; pero este argumento de instancia no es de recibo en casación ni motivo bastante para determinar la infirmación del fallo.

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 once de diciembre de mil novecientos sesenta y uno, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en este juicio ordinario de María Ligia Valencia de Rengifo contra la sucesión de Ana María Valencia Moncaleano y los señores Andrés, Roberto y Cenaida Valencia Moncaleano.

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.

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REIVINDICACION

La identidad de la cosa que se persigue queda establecida cuando el demandado acepta estar en posesión de la misma.

Por el hecho mismo de que el demandado acepte estar en posesión de la cosa cuya reivindicación se demanda, la identidad de ella queda establecida, según lo ha dicho la Corte, pues en este caso no cabe duda en cuanto al objeto sobre el cual incide el derecho cuya titularidad demuestra el actor, que arraiga sobre la misma cosa respecto de la cual se predica la posesión del demandado.

El demandante al singularizar en la demanda la cosa reivindicable por sus linderos, la determina como elemento objeto del litigio; y si el demandado acepta estar en posesión de lo que se le demanda, así singularizado, no discute entonces la titularidad del bien, porque lo que posee es lo mismo que se le demanda. En este evento, lógicamente no puede negarse que haya identidad entre la cosa poseída y la que se pretende reivindicar. Lo contrario sería un contrasentido.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, marzo veinticuatro de mil novecientos sesenta y seis.
(Magistrado ponente: Dr. Flavio Cabrera Dussán).

— I —

1.—Según consta en la escritura pública No. 182 de 21 de noviembre de 1959, corrida en la Notaría de San Martín, debidamente registrada, Jorge Helí Rojas compró a José Gregorio Gutiérrez una casa ubicada en la calle 20 de la ciudad de Villavicencio, distinguida con los números 21-47 a 21-59, determinada como allí se indica.

2.—Con fundamento en ese título Jorge Helí Rojas demandó a la señora Cristina Morato de Gutiérrez, esposa del vendedor, para que previos los trámites de un juicio ordinario, se hicieran estas declaraciones y condenas:

"a) Que pertenece en dominio pleno y absoluto al señor Jorge Helí Rojas, mayor de edad y vecino de Villavicencio la casa de habitación situada en el perímetro urbano de la ciudad de Villavicencio, marcada en sus puertas de entrada con los números que van del veintiuno A cuarenta y siete (21-A-47) al veintiuno A cincuenta y nueve (21-A-59) de la calle veinte (20) y que se identifica por los siguientes linderos: «Por el frente, con la calle veinte (20); por el fondo, con propiedades de Julia Rodríguez o familia Rodríguez y Carlos Gutiérrez; por un costado, con casa de Clímaco Parrado y por el último costado, con propiedad de Rosa Enciso».

"b) Que como consecuencia de la anterior declaración de dominio a favor de mi mandante Jorge Helí Rojas, se condene a la demandada Cristina Morato de Gutiérrez, mayor de edad y vecina de Villavicencio a restituír, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, a favor del señor Jorge Helí Rojas, mayor de edad y vecino de Villavicencio, dos piezas, el zaguán, los corredores, el cuarto de baño, el cuarto de cocina, los lavaderos, el cuarto del sanitario y el patio interior que hacen parte de la casa de habitación que se describe en la anterior declaración de esta sentencia.

"c) Que la señora Cristina Morato de Gutiérrez debe pagar al señor Jorge Helí Rojas,

dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, el valor de los frutos naturales o civiles de la parte del inmueble descrita y enumerada anteriormente, y no solamente los percibidos sino también aquellos que el dueño hubiese podido percibir, con mediana inteligencia y cuidado desde el veintiocho (28) de noviembre de mil novecientos cincuenta y nueve (1959) hasta el momento de la entrega de la parte de la casa que se ordena restituír en esta sentencia, tasados por peritos, más el precio de costo de las reparaciones que hubiese sufrido tal parte, por culpa del poseedor.

"d) Que se absuelva al demandante Jorge Helí Rojas de indemnizar las expensas necesarias a que se refiere el artículo 965 del Código Civil en razón de ser la demandada poseedora de mala fe.

"e) Que la restitución de que trata esta sentencia comprende las cosas que forman parte de la parte restituída o que se reputan como inmuebles, por conexión con él según lo previsto por el título I, Libro 2º del C. Civil.

"f) Que una vez ejecutoriada esta sentencia, se inscriba en el libro correspondiente de la oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Villavicencio.

"g) Que la demandada debe pagar al demandante las costas y costos del presente juicio".

El actor corrigió la demanda para indicar que lo poseído por la demandada es solamente la parte interior del inmueble (dos piezas, el zaguán, los corredores interiores, los cuartos de servicios, tales como baño, cocina, lavaderos, sanitario y el patio interior), parte demarcada por esta alinderación especial: "Por el frente, en la extensión que abarca el portón de la calle 20 distinguido con el No. 21-A-51, con la calle 20, y los lados del zaguán, como el resto de la parte delantera de lo detentado por la demandada, colindan con locales de propiedad del demandante Jorge Helí Rojas y que hacen parte del inmueble todo que se describe en el punto primero de los hechos alegados; por el noreste, con predios de Clímaco Parrado; por el norte con propiedades de la familia Gutiérrez y Carlos Gutiérrez; y por el occidente, con parte de la misma casa del demandante Rojas, con predios de Rosa de Enciso y encierra".

Pidió, en consecuencia, que se declare que la demandada es poseedora de mala fe de lo que detenta el inmueble, y que se le condene a su restitución.

3.—La demandada se opuso, pero aceptó estar en posesión, como señora y dueña, de la parte del bien objeto de la demanda así corregida, y expresó que la ocupaba de buena fe. A la vez propuso la excepción de prescripción, que hizo consistir en el hecho de poseer "de manera quieta, pacífica e ininterrumpida la parte del inmueble descrita en el hecho sexto de la demanda, desde antes del día 18 de mayo de 1943".

4.—Tramitada la primera instancia, el Juez 1º Civil del Circuito de Villavicencio, funcionario a quien correspondió el negocio, decretó inhibición de conocimiento, por faltar, en su sentir, el presupuesto procesal de demanda en forma, en consideración a que la parte del inmueble materia de reivindicación estaba ocupada, a más de la demandada, por otras personas, familiares suyos.

5.—Por apelación del demandante, subió el expediente al Tribunal de Villavicencio, entidad que, después de criticar la decisión del Juzgado, concluyó confirmándola en todas sus partes, por razones distintas ,a saber: porque estimando que estaba indeterminada la parte del inmueble objeto de la demanda, no podía, sin embargo, absolver a la demandada, en consideración a que haría más gravosa la situación del apelante, en detrimento del principio consagrado en el art. 494 del C. Judicial.

El apoderado del demandante recurrió en casación contra la sentencia del Tribunal, de fecha 3 de agosto de 1964.

— II —
CONSIDERACIONES DEL FALLO ACUSADO

6.—Dice el sentenciador que no pudiéndose aceptar la tesis del funcionario de primer grado, precisa indagar, al resolver el recurso, si se encuentran o no satisfechos los presupuestos de la acción reivindicatoria, la cual se configura por los siguientes elementos: derecho de dominio en el demandante; cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular; posesión en el demandado; e identidad de la cosa que se pretende y la poseída.

Halla plenamente acreditado el primer elemento de la acción, el derecho de dominio en el demandante, con el título por él aducido, el cual demuestra plenamente que en su ca-

beza radica el derecho sobre el inmueble en donde se encuentra la parte poseída por la demandada.

Pero expresa que no sucede lo propio respecto del segundo elemento, cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular, porque la "cosa que se trata de reivindicar no se encuentra determinada con precisión en forma que no haya lugar a confusiones, ni a violación del derecho ajeno, tal como lo exige la ley".

Agrega el Tribunal que la singularización implica la determinación cierta de la cosa reivindicada, de modo que, distinguiéndola de las demás, no puede confundirse con éstas, y que en el caso de autos, "se trata de reivindicar dos piezas que hacen parte de una casa, sin saberse cuáles, el zaguán, los corredores interiores, los cuartos de servicio, baño, cocina, lavaderos, sanitarios y el patio interior, sin dar la ubicación de tales partes de la casa lo cual impide la prosperidad de la acción, pues lo que se pretende reivindicar —piezas— están indeterminadas".

— III —

EL RECURSO

7.—El recurrente formula tres cargos en casación contra la sentencia del Tribunal: el primero con fundamento en la causal séptima del art. 520 del C. Judicial; el segundo por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes; y el tercero por error de hecho en la apreciación de algunos elementos probatorios.

Se ocupará la Sala del estudio de este último cargo por encontrarlo fundado.

TERCER CARGO

8.—Se acusa la sentencia como violatoria de ley sustancial por infracción proveniente de error de hecho, que aparece de manifiesto en la apreciación de la demanda, de su contestación y de la inspección ocular que se practicó por el Juzgado.

Dice el impugnante que la conclusión a que llegó el Tribunal en relación con la indeterminación del bien, obedece a que no vio que al folio 18 del cuaderno principal aparece la corrección de la demanda, aceptada por el Juez, de la cual se corrió el correspondiente traslado, en la que se determina la parte de la casa objeto de la acción; que tampoco vio el Tribunal la confesión que al folio 20 del cuaderno principal hace la demandada, al contestar el hecho sexto del libelo, contestación que dice textualmente: "es cierto que la ocupa y posee como señora y dueña, pero no de mala fe"; que igualmente no vio que a los folios 33 y siguientes está la inspección ocular practicada sobre el cuaderno No. 2, el 20 de septiembre de 1963, en la cual se determinó la ubicación del inmueble objeto de la demanda.

Sostiene el recurrente que por no haber visto esas pruebas, violó el Tribunal los artículos 593, 603, 604, 606, 722 y 730 del C. Judicial, violación que a la vez lo llevó a violar el artículo 946 del C. Civil, porque de haber tenido en cuenta la demanda, su contestación y la inspección ocular, el Tribunal habría tenido que llegar a la conclusión "de que las cosas objeto de la reivindicación estaban plenamente determinadas y en consecuencia había debido condenar a la demandada para que las restituyera"; agrega que violó además los artículos 950, 952, 962, 963 y 964 del C. Civil, por haberse abstenido de decretar la reivindicación y, en consecuencia, conculcó el Tribunal el derecho de la parte demandante a que se le paguen los frutos que demanda.

CONSIDERA LA CORTE:

9.—Como se advirtió antes, el actor corrigió la demanda para aclarar que la parte del inmueble poseída por la demandada, se refiere solamente a dos piezas interiores, el zaguán, los corredores, cuartos de servicios, tales como baño, cocina, lavadero, sanitario, y el patio interior; y que todo ello está demarcado por la alinderación especial que el demandante indicó en la corrección. En esta forma quedó claramente determinada por el actor la cosa singular reivindicable.

De otro lado, la demandada, según se dijo, contestó por medio de apoderado legalmente constituído, la corrección de la demanda; aceptó que estaba en posesión de la parte del inmueble objeto de la acción reivindicatoria, pero que no era poseedora de mala fe; y adujo esa posesión como excepción de prescripción adquisitiva del dominio.

En esta forma se pone de manifiesto la identidad del bien, porque por el hecho mismo de que el demandado acepte estar en posesión de la cosa cuya reivindicación se demanda, la identidad de ella queda establecida, según lo ha dicho la Corte, pues en este caso no cabe duda en cuanto al objeto sobre

el cual incide el derecho cuya titularidad demuestra el actor, que arraiga sobre la misma cosa respecto de la cual se predica la posesión del demandado.

El demandante al singularizar en la demanda la cosa reivindicable por sus linderos, la determina como elemento objeto del litigio; y si el demandado acepta estar en posesión de lo que se le demanda, así singularizado, no discute entonces la identidad del bien, porque lo que posee es lo mismo que se le demanda. En este evento, lógicamente no puede negarse que haya identidad entre la cosa poseída y la que se pretende reivindicar. Lo contrario sería un contrasentido.

Se deduce de lo anterior que de la contestación de la demanda, por la aceptación de la demandada de ser poseedora del bien objeto de la acción, se viene en conocimiento de la identidad del bien, extremo éste a cuya demostración contribuye la diligencia de inspección ocular practicada en el juicio, de la cual se infiere la identificación de todo el inmueble en donde se encuentra la parte poseída por la demandada.

Como lo advierte el recurrente, el Tribunal no tuvo en cuenta los elementos de juicio de que se ha hecho mención, e incurrió, por ello, en el error de creer que la singularización e identidad de la cosa no estaban establecidas, por indeterminación de las partes del inmueble poseídas por la demandada; no advirtió que de la corrección de la demanda, hecha por el actor, aparece claramente la singularización, por los linderos especiales que el demandante indicó, en relación con la parte del inmueble que detenta la demandada; que de la contestación dada a la corrección del libelo inicial, se viene en conocimiento de que la demandada posee la cosa; y que por el hecho de haber aceptado ésta ser poseedora del mismo bien que se le demanda quedó establecida su identidad, prueba complementada con la de la identidad del inmueble en donde radica la parte poseída por la demandada, según diligencia de inspección ocular, practicada por el Juez.

El error manifiesto de hecho en que incurrió el Tribunal, lo llevó a violar las disposiciones sustanciales que el recurrente cita como infringidas.

En consecuencia, prospera el cargo, y la Corte debe, por tanto, casar el fallo recurrido para proferir la sentencia de instancia que en derecho corresponda. A ello se procede mediante las siguientes consideraciones:

10.—La Corte encuentra demostrado que el demandante es dueño de la cosa que reivindica; que dicha cosa está determinada o singularizada por linderos especiales, tal como aparece en la corrección de la demanda; que la demandada es poseedora, según su propia confesión; y que hay identidad entre lo que la demandada posee y lo singularizado por el actor. Se reúnen, en consecuencia, los elementos estructurales de la acción de dominio.

11.—La demandada opuso la excepción de prescripción y adujo tres declaraciones tendientes a acreditarla.

Ella carece de todo título, porque ninguno ha exhibido. Su posesión entonces tendría que ser de 20 años continuos, por lo menos, en las condiciones de la ley, para que pudiese ganar el dominio por prescripción extraordinaria.

Pero de los declarantes solo dos manifiestan que la señora Cristina Morato de Gutiérrez viene poseyendo la casa, con sus familiares, desde hace más de 20 años. Sin embargo, esta afirmación resulta desvirtuada por la confesión de la misma demandada, quien al ser interrogada en posiciones, a petición de la parte actora, manifestó que fue en el año de 1947 cuando entró a vivir con su hermano y su esposo, en la parte interior de la casa que todavía ocupa en Villavicencio, pues habiéndose casado en 1944, su marido la llevó a vivir a casa de un señor de nombre Ricardo Morales, en dicha ciudad, y que solo cuando terminó la construcción de la casa que ahora ocupa, fue a vivir en ella.

Por otra parte, resulta claro que si la demandada poseyó con su esposo el inmueble de que se trata, que luégo su marido vendió al actual demandante, significa eso que no tuvo ella una posesión exclusiva, que la capacite para adquirir por prescripción el dominio del inmueble: su posesión, conjunta con la de su marido, se explica por el vínculo matrimonial, pues siendo ella la esposa del vendedor del inmueble al actual demandante, era natural que siguiera su domicilio y viviera bajo un mismo techo con él.

No hay, por tanto, lugar a declarar la excepción invocada.

12.—En cuanto a frutos debe darse aplicación a lo dispuesto por el art. 964 del C. Civil.

La demandada debe ser considerada como poseedora de mala fe, por carecer en absolu-

to de título que dé base a una posesión de buena fe, circunstancia ésta que en el caso del pleito excluye la aplicación del art. 769 del C. C.

Se deberán los frutos desde cuando el demandante se hizo dueño del inmueble, o sea desde la fecha del registro de su título.

— IV —
RESOLUCION

En mérito de las consideraciones anteriores la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia acusada, revoca la de primer grado y como Tribunal de instancia falla el pleito de la manera siguiente:

1º—Se declara no probada la excepción de prescripción propuesta;

2º—Pertenece al señor Jorge Helí Rojas la casa de habitación situada en el perímetro urbano de Villavicencio, marcada en sus puertas de entrada con los números 21-A-47 a 21-A-59 de la calle 20, determinada por los siguientes linderos: "Por el frente, con la calle veinte (20); por el fondo, con propiedades de Julia Rodríguez o familia Rodríguez y Carlos Gutiérrez; por un costado, con casa de Clímaco Parrado y por el último costado, con propiedad de Rosa Enciso";

3º—Condénase a la demandada Cristina Morato de Gutiérrez a restituír al actor, dentro de los seis días siguientes, contados a partir de la notificación del auto en que el Juzgado del conocimiento ordene cumplir lo resuelto por el superior, los corredores, las piezas, el zaguán, el cuarto de baño, el cuarto de cocina, los lavaderos, el cuarto sanitario, y el patio interior, alinderados así: "Por el frente, en la extensión que abarca el portón de la calle 20 distinguido con el No. 21-A-51, con la calle 20, y los lados del zaguán, como el resto de la parte delantera de lo detentado por la demandada, colindan con locales de propiedad del demandante Jorge Helí Rojas y que hacen parte del inmueble todo que se describe en el punto primero de los hechos alegados; por el Noreste, con predios de Clímaco Parrado; por el Norte con propiedades de la familia Gutiérrez y Carlos Gutiérrez; y por el Occidente, con parte de la misma casa del demandante Rojas, con predios de Rosa de Enciso y encierra".

La restitución comprenderá el inmueble con sus accesorios, de conformidad con la ley.

4º—La demandada restituirá los frutos del inmueble objeto de la demanda, al demandante, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, desde el 28 de noviembre de 1959.

Los frutos se liquidarán por el procedimiento indicado en el art. 553 del C. Judicial;

5º—Inscríbase la sentencia en el libro correspondiente de la oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Villavicencio; y

6º—Las costas de la primera instancia, son de cargo de la parte demandada.

Sin costas en la segunda instancia, ni en casación.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

NULIDAD RELATIVA

La rescisión atiende sólo al interés privativo del beneficiario, no al de otra persona, menos al de la contraparte en litis sobre el contrato.- Por eso la acción únicamente se concede en el primer caso.

Cuando ordena el artículo 1743 del Código Civil que la nulidad relativa no puede ser declarada por el juez sino a pedimento de parte, ni pedirse por el Ministerio Público en el sólo interés de la ley y que no "puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes", no hace otra cosa que destacar la protección de las normas para quienes por su incapacidad relativa no están habilitados con plenitud para el manejo personal de su patrimonio, o para quienes han sido víctimas de lesión, error, dolo o violencia en el negocio jurídico.

Por este carácter tutelar, la rescisión atiende nada más que al interés privativo del beneficiario. De ninguna manera atañe el favor de la ley a cualquiera otra persona, y menos aún podría entenderse en provecho de la otra parte contratante, contra la cual precisamente está concedida la acción. Por eso mismo la nulidad relativa no puede ser declarada de oficio por el Juez, ni a petición del Ministerio Público en el solo interés de la ley, sino que exige demanda del que por ser beneficiario de la rescisión está legitimado activamente en el litigio que por tal causa pretenda el regreso de las cosas a su estado anterior.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, treinta y uno de marzo de mil novecientos sesenta y seis.
(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán).

Ante el Juzgado 3º Civil del Circuito de Manizales, Alberto Botero Sánchez, Mariela Botero Sánchez y Luis Evelio Sepúlveda fueron demandados en juicio ordinario por Ana Pastora García, quien dijo obrar en nombre de la sucesión de su marido Jesús María Marulanda, para lo siguiente:

"*Petición principal.*

"Primero.—Es nulo, de nulidad absoluta, en cuanto se refiere a Alberto Botero, el contrato contenido en la escritura pública número 106, de 14 de junio de 1948, otorgada en la Notaría de Palestina.

"Segundo.—Como consecuencia de la declaración anterior, se ordene cancelar, en lo que se refiere a Alberto Botero, tanto la escritura citada como su inscripción en el registro.

"Tercero.—Es nulo, de nulidad relativa, en cuanto se refiere a Mariela Botero, el contrato contenido en la escritura pública número 106, de 14 de junio de 1948, otorgada en la Notaría de Palestina.

"Cuarto.—Como consecuencia de la declaración anterior, la sucesión intestada de Jesús María Marulanda, representada por la demandante Ana Pastora García, y la demandada Mariela Botero, tienen derecho para ser restituídas al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el contrato de compraventa contenido en la escritura citada, y por ello se ordene cancelar ese instrumento tanto en la Notaría donde fue otorgado como en la Oficina de Registro.

"Quinto.—Por motivo de la nulidad relativa a que se refieren las dos declaraciones precedentes, se declare también nulo por la misma causa el contrato contenido en la escritura pública número 1755, de 25 de octubre de 1962, otorgada en la Notaría Tercera del Cir-

cuito de Pereira, escritura por la cual Mariela Botero Sánchez le hipoteca a Evelio Sepúlveda Jaramillo la mitad, en proindiviso con la otra mitad, del inmueble relacionado en el hecho 9º de esta demanda. En consecuencia, se ordene cancelar ese título tanto en la Notaría antes citada, como en la Oficina de Registro.

"Sexto.—Son de cargo de la parte demandada las costas.

"*Petición subsidiaria.*

"Para el caso de que no se hagan las declaraciones suplicadas, pido se resuelva:

"Primero.—Es nulo por falta de causa, el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 106, de 14 de junio de 1948, otorgada en la Notaría de Palestina, por la cual Jesús M. Marulanda y Rosario Villegas dicen venderle a Mariela Botero y Alberto Botero, y éstos dicen comprarles, los inmuebles allí descritos, ubicados en los Municipios de Palestina y Chinchiná.

"Segundo.—Como consecuencia de la declaración anterior, se ordene cancelar en la Notaría donde fue otorgada la escritura en referencia, y su registro en la Oficina de Registro del Circuito de Manizales.

"Tercero.—La nulidad decretada abarca igualmente la escritura pública número 1755, de 25 de octubre de 1962, otorgada en la Notaría Tercera del Circuito de Pereira, escritura por la cual Mariela Botero Sánchez le hipoteca a Evelio Sepúlveda Jaramillo la mitad, en proindiviso con la otra mitad, del inmueble relacionado en el hecho 9º de esta demanda. En consecuencia se ordene cancelar ese título en la Notaría donde fue otorgado, como en la Oficina de Registro del Circuito de Manizales, donde se hizo su inscripción.

"Cuarto.—Las partes en este juicio tienen derecho para ser restituídas al mismo estado en que se hallarían si no hubiesen existido los actos nulos.

"Quinto.—Son de cargo de la parte demandada las costas del juicio".

Las afirmaciones de hecho se compendian así:

Que el 30 de octubre de 1916 Jesús María Marulanda contrajo primeras nupcias con Rosario Villegas, la cual falleció el 4 de octubre de 1948; que Marulanda contrajo segundo matrimonio el 1º de agosto de 1949 con la demandante Pastora García, unión de que nació el 10 de Enero de 1953 José Omar Marulanda García; que Jesús María Marulanda falleció el 20 de noviembre de 1953; que los cónyuges Marulanda y Rosario Villegas por escritura 106 de 14 de junio de 1948, Notaría de Palestina, dijeron vender a Mariela Botero, mayor de dieciocho años, y a Alberto Botero, menor de edad, un lote de terreno denominado *El Manzano* en el Municipio de Palestina, y cuatro casas incorporadas en una sola en el Municipio de Chinchiná, todo por linderos y con la condición de que los compradores "no podrán vender ni empeñar los inmuebles que compran, mientras existan los vendedores, cualquiera de los cónyuges", quienes además dijeron haber adquirido esos bienes durante el matrimonio;

Que Mariela Botero nació el 22 de octubre de 1930 y Alberto el 5 de abril de 1938, o sea que la primera no había llegado a 19 años el día de la venta, y el segundo no había cumplido once, no obstante lo cual aceptaron personalmente el contrato; que ellos no han tenido nunca la posesión del predio ubicado en Palestina, pues la tuvo hasta su muerte Jesús María Marulanda y la ha continuado hasta ahora la demandante, y que se ignora quien ocupa los bienes ubicados en Chinchiná;

Que por escritura 1755 de 25 de octubre de 1962, Mariela Botero Sánchez se declaró deudora de Evelio Sepúlveda Jaramillo por la suma de $ 4.000,00 con plazo de diez días e hipoteca sobre la mitad proindiviso del terreno denominado *El Manzano*, lo que sirvió de recaudo al juicio hipotecario seguido por el acreedor en el Juzgado 2º Civil del Circuito de Pereira; y

Que por otro aspecto el contrato contenido en la escritura 106 carece de causa, porque los compradores no dieron valor alguno, toda vez que por su edad y su absoluta pobreza carecían del dinero que se expresa como precio en la compraventa.

La actora adicionó después la demanda para pedir la declaración de nulidad, por objeto ilícito, del registro del remate verificado el 15 de abril de 1963 en el aludido juicio hipotecario, por estar ya registrada la demanda con que se inició el presente litigio.

Trabada la controversia, el Juez del conocimiento le puso fin en primera instancia con fallo absolutorio del 17 de marzo de 1964, por falta de legitimación en causa de la parte demandante, la cual apeló.

En su sentencia de 12 de septiembre de 1964 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales resolvió así:

"1º—Con respecto a la nulidad relativa, se ABSUELVE a los demandados Mariela Botero y Luis Evelio Sepúlveda de todos los cargos que les fueron formulados en el libelo por falta de legitimación en la causa de la parte actora.

"2º—En cuanto a la nulidad absoluta, el Tribunal se inhibe para fallar por falta del presupuesto procesal de demanda en forma.

"3º—Sin costas en la segunda instancia porque no se causaron.

"4º—Dése cumplimiento a lo dispuesto en el inciso 4º del artículo 2º de la Ley 38 de 1945".

Corresponde en esta oportunidad a la Corte resolver el recurso de casación interpuesto por la actora.

LA SENTENCIA ACUSADA

Sobre la legitimación en causa expone el sentenciador:

"Por legitimación en la causa (legitimatio ad causam) se entiende, como lo tiene definido la jurisprudencia, la identidad del actor con la persona a quien la ley concede la acción instaurada, legitimación activa; y la de identidad del demandado con la persona contra quien es concedida la acción, legitimación pasiva. Esa legitimación es cuestión que hace relación directa y sustancial a la titularidad del derecho de acción o de contradicción.

"En otras palabras, la legitimación en la causa hace relación directa al interés jurídico que se tenga para accionar o para contradecir, es decir, interés en lo activo y en lo pasivo. Porque si es cierto que el derecho de acción se concede a todo el que tenga capacidad jurídica para provocar la actividad del órgano jurisdiccional, el derecho a una solución favorable, o más claramente a una solución de fondo, solo se otorga a aquella persona que tenga interés jurídico para demandar y frente a aquella contra la cual pueda aducirse ese mismo interés.

"Para que se tenga interés jurídico en la acción o legitimación en la causa, es necesario, pues, que la persona sea titular del derecho invocado; que la pretensión esté protegida por la ley sustantiva; que como consecuencia de la acción vaya a obtener un derecho para su patrimonio, o impedir un perjuicio para el mismo; que el actor o los causahabientes que representa vayan a obtener un efectivo reconocimiento de derechos cuya titularidad está consagrada en la ley. Cuando esta situación no se plantea, cuando la sentencia de fondo no aprovechará ni perjudicará al actor, en cuanto a su positivo interés no está respaldado por la ley, se dice entonces que hay falta de personaría sustantiva para accionar o como más propiamente ahora dice la jurisprudencia, hay ausencia de legitimación en la causa. Y en el mismo sentido puede decirse de la legitimavión pasiva, que ocurre cuando la parte demandada no es la obligada a responder de la acción propuesta porque contra ella no es aducible el derecho invocado en el libelo".

Trae varias citas en la materia, recapitula la historia de los hechos, puntualiza las súplicas de nulidad y de rescisión, y de la consecuencial invalidez de la hipoteca constituída por Mariela Botero Sánchez a favor de Luis Evelio Sepúlveda, y expresa:

"Se estudiará por aparte el problema de la nulidad relativa y el de la nulidad absoluta en atención a que, frente a ellas, serán distintas las conclusiones a que ha de llegar el Tribunal.

"NULIDAD RELATIVA.—Preceptúa el art. 1743 del C. Civil: «La nulidad relativa no puede ser declarada por el Juez o Prefecto sino a petición de parte; ni puede pedirse su declaración por el Ministerio Público en el solo interés de la ley; *ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes,* o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso de tiempo o por ratificación de las partes». (Se subraya).

"De acuerdo con esto, es cuestión evidente que la actora carece de legitimación en la causa para demandar la nulidad relativa de la escritura a que se ha hecho alusión; la ley no le protege su acción porque ella pertenece exclusivamente a la menor demandada Mariela Botero Sánchez, en cuyo beneficio está establecida por la ley. De manera que solo los menores tienen la capacidad jurídica, la personería sustantiva, para demandar la nulidad relativa de un contrato en que ellos han intervenido. En estas condiciones, habrá de absolverse a la citada demandada por falta de legitimación en la causa en la parte actora y consecuencialmente al señor Luis Evelio Sepúlveda Jaramillo porque, como se vió, su situación jurídica está íntimamente ligada a

la de la citada demandada en forma tal que al producirse respecto de ésta, una absolución ello repercute inmediatamente en la misma condición favorable sobre el aludido Sepúlveda Jaramillo.

"NULIDAD ABSOLUTA.— . . . Establece el art. 2º de la Ley 50 de 1936 que: «La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el Juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede asimismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en interés de la moral y de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria".

Aporta al fallo numerosas doctrinas de la Corte sobre las condiciones necesarias para la declaración judicial oficiosa de la nulidad absoluta, y continúa:

"De acuerdo con las doctrinas que acaban de citarse, la nulidad absoluta que se solicita no puede ser declarada de oficio pórque, en primer lugar, ella no aparece de manifiesto en la escritura 106, toda vez que en ese instrumento no están los elementos necesarios que la demuestren en forma protuberante; pero es que aunque eso fuera así, al presente juicio no han concurrido todas las partes que intervinieron en la celebración del contrato de compraventa atacado, porque en primer lugar, la demandante no tiene la calidad de causahabiente del contratante Jesús María Marulanda y no representando a su hijo menor en razón de que no tiene la patria potestad por haber contraído segundas nupcias, según aparece del auto sobre declaratoria de herederos, no podría afirmarse que fueron citados al juicio los causahabientes de la señora Rosario Villegas que fue la otra covendedora y por tanto, por este aspecto, tampoco podría hacerse la declaración de nulidad.

"De acuerdo con lo expuesto, en cuanto a la nulidad relativa hay falta de interés jurídico o legitimación en la causa en la parte demandante porque la acción correspondería exclusivamente a la demandada Mariela Botero Sánchez.

"En relación con la nulidad absoluta, que dicho sea de paso abarca tanto la acción principal como la subsidiaria, ya que la falta de causa implica nulidad por ser aquella uno de los elementos esenciales para la validez de los contratos, el problema tiene un aspecto interesante:

"Indudablemente al ordenar que se citen a juicio determinadas personas para poder producir una decisión de fondo, se crea lo que en doctrina se conoce con el nombre de litis consorcio necesario. Cuando existe el litis consorcio necesario, si no se llena la formalidad de llamar a juicio a todos los litis consortes, consideran algunos que la acción no puede acogerse por falta del elemento denominado legitimación en la causa. Sin embargo, la Sala considera que debe producirse más bien decisión inhibitoria por falta del presupuesto procesal de demanda en forma.

"En efecto: estrictamente no puede hablarse de falta de legitimación en la causa respecto de los que fueron citados; lo que ocurre es que la ley exige la presencia total de las partes, no simplemente parcial. De tal manera que si se declarase la falta de interés jurídico en los que fueron demandados, indudablemente se caería en una falta de lógica y en una incongruencia en la sentencia porque como se dijo antes, ellos pueden estar legitimados en la causa, lo que ocurre en estos casos es que la ley exige que se presenten a juicio como demandantes o como demandados, en concurrencia con otras personas. Si esa concurrencia no se presenta, lo que ocurre es que la demanda adolece de un vicio inicial que hace caer el juicio en la falta del presupuesto procesal de demanda en forma; más claramente, en tales circunstancias debe producirse sentencia inhibitoria por falta del aludido presupuesto procesal".

LA ACUSACION

Aduce la causal primera con estos argumentos:

"a) No haberse aplicado al caso del pleito, en cuanto se refiere a la personería de la parte actora, el artículo 85 de la Ley 153 de 1887, por el cual son llamados a la sucesión intestada, entre otros, el cónyuge supérstite".

Por el carácter de Ana Pastora García como cónyuge sobreviviente de Jesús María Marulanda, "no se encuentra a mi entender —dice el recurrente— razón o motivo legal para desconocerle el derecho a demandar la nulidad del contrato que Marulanda y su primera esposa celebraron con Mariela y Alberto Botero, porque en el supuesto de tener derecho a los bienes que en el juicio se reclaman los herederos de la primera esposa del causante

señora Rosario Villegas, el Tribunal dejó de aplicar por este aspecto el artículo 1398 del Código Civil: «Si el patrimonio del difunto estuviere confundido con bienes pertenecientes a otra persona por razón de bienes propios o gananciales del cónyuge, contratos de sociedad, sucesiones anteriores indivisas, u otro motivo cualquiera, se procederá en primer lugar a la separación de patrimonios, dividiendo las especies comunes según las reglas procedentes»".

Agrega que la recuperación de los bienes enajenados a los Botero favorecería a los herederos de la primera consorte de Marulanda; y que "aceptando también que la demandante no representa a su hijo menor, por haber ella contraído segundo matrimonio, ella ha demandado para la sucesión de «Jesús María Marulanda, representada por la demandante Ana Pastora García», y su calidad de cónyuge supérstite le da personería conforme a la ley para ser actora en el juicio".

b) ..."Error de derecho al decir (el Tribunal) que el artículo 1743 del Código Civil no protege la acción de mi representada, porque esa acción pertenece exclusivamente a la menor demandada Mariela Botero".

"Cuando se celebró el contrato escriturario de compraventa, Mariela Botero Sánchez era menor adulta, porque había cumplido doce años y no tenía veintiuno. Dejó de aplicarse en el caso el inciso 2º del artículo 1504 del Código Civil, y también el artículo 1746 de la misma obra, respecto a las restituciones mutuas, por ser efecto legal y natural de toda declaración judicial en esa materia, la restauración completa de las cosas «al estado en que se hallarían si no hubiesen existido el acto o contrato anulado», por lo cual la relación de causalidad o dependencia que existe entre las acciones de nulidad del contrato y la de dominio o reivindicatoria, da derecho a las partes a la restitución al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo".

"c) Se viola en la sentencia recurrida, y por ello la acuso —se lee en el libelo—, tanto el artículo 1741 del Código Civil como el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, que subrogó el 1742 de dicho código. Si la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato, y pueda alegarse por todo el que tenga interés en ello, constando como efectivamente aparece en la escritura número 106, de 14 de junio de 1948, corrida en la Notaría de Palestina, que la compraventa allí relacionada fue aceptada por Mariela y Alberto Botero, siendo la primera mayor de 18 años y menor de 19, y el segundo menor de once años, el aludido contrato no podía producir en lo tocante con Alberto Botero ni una obligación natural, por tratarse de un incapaz, y haberse dado la prueba pertinente en la respectiva partida de nacimiento; no sucede lo mismo en relación con Mariela Botero, que era menor adulta, por lo cual en cuanto a ella se refiere ese acto produce nulidad relativa.

"Si en la escritura de que vengo tratando aparece que la venta se hace a los jóvenes Mariela Botero, mayor de dieciocho años, y Alberto Botero, menor de edad, y si como dice el H. Tribunal en la sentencia, «si es verdad que como consecuencia de la nulidad los bienes no entrarían a la sociedad conyugal de la causante con su difunto esposo», no debe olvidarse que por el hecho de haberse casado la señora Ana Pastora García con Jesús M. Marulanda surgió a la vida del derecho esta segunda sociedad conyugal (artículo 180 del Código Civil), y por lo mismo, al disolverse la segunda sociedad conyugal, el sobreviviente o los herederos del otro, representan la comunidad generada por causa de esta muerte.

"Mal podía haberse citado a este juicio, para los efectos de la nulidad a que hago referencia a los finados Jesús M. Marulanda y Rosario Villegas, lo que demuestra que no hubo error alguno al enderezar la demanda contra las personas que intervinieron en el contrato y están vivas. Desconocer el derecho de mi representada para esta acción, implica violación directa de las disposiciones a que antes aludo".

d) Violación del artículo 1521 del Código Civil "por no haberlo aplicado... ya que el inmueble en parte rematado por Sepúlveda no estaba en el comercio por haberse registrado antes de la demanda, registro que se encontraba vigente cuando se efectuó el del remate".

Se refiere el recurrente al juicio hipotecario de Evelio Sepúlveda contra Mariela Botero, y agrega: "Si la cosa estaba en litigio, se infringió también, por no haberle dado aplicación, el artículo 2º de la Ley 38 de 1945, sustitutivo del artículo 42 de la Ley 57 de 1887, preceptos todos que eran aplicables al

caso . . .".

SE CONSIDERA:

1.—Cuando ordena el artículo 1743 del Código Civil que la nulidad relativa no puede ser declarada por el juez sino a pedimento de parte, ni pedirse por el Ministerio Público en el solo interés de la ley y que no "puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes", no hace otra cosa que destacar la protección de las normas para quienes por su incapacidad relativa no están habilitados con plenitud para el manejo personal de su patrimonio, o para quienes han sido víctimas de lesión, error, dolo o violencia en el negocio jurídico.

Por este carácter tutelar, la rescisión atiende nada más que al interés privativo del beneficiario. De ninguna manera atañe el favor de la ley a cualquiera otra parsona, y menos aún podría entenderse en provecho de la otra parte contratante, contra la cual precisamente está concedida la acción. Por eso mismo la nulidad relativa no puede ser declarada de oficio por el juez, ni a petición del Ministerio Público en el solo interés de la ley, sino que exige demanda del que por ser beneficiario de la rescisión está legitimado activamente en el litigio que por tal causa pretenda el regreso de las cosas a su estado anterior.

2.—Es entonces palmario que en el presente juicio la titularidad para pedir la pretendida rescisión de la compraventa consignada en la escritura 106 de 14 de junio de 1948, Notaría de Palestina, en razón de la menor edad de Mariela Botero, solo a esta misma persona se encuentra atribuída por la ley. De ningún modo a quien, como la actora, alega ser causahabiente de uno de los dos vendedores que actuaron en el contrato con plenitud de capacidad jurídica.

Igualmente es claro que ningún interés jurídico asiste a la actora para pretender que se anule la hipoteca constituída por Mariela Botero a favor de Luis Evelio Sepúlveda o se desconozca su mérito al procedimiento para hacer efectiva la garantía.

Por tanto, la circunstancia de que al tiempo del remate en aquel juicio hipotecario se hubiera inscrito la demanda con que se inició la presente litis, no demuestra nada contra la prevalencia del embargo de la cosa hipotecada y su eficacia plena, bien alejada por cierto del objeto ilícito.

3.—Acerca de la nulidad absoluta debatida en lo tocante con Alberto Botero, por impubertad al tiempo del contrato, no admite censura el sentenciador. Es cuantioso el acervo doctrinal que lo respalda.

Dentro de numerosos fallos de casación se presentan por vía de ejemplo los siguientes apartes del que con fecha 18 de agosto de 1958 aparece publicado en la *Gaceta Judicial* (LXXXVIII, 2199-2200, 632):

"Cuanto a la cuestión fundamental de la facultad que compete al juzgador para declarar de oficio las nulidades absolutas, es importante establecer que no se trata ciertamente de que la Corte en casación entre a decidir en ejercicio de atribuciones que competen exclusivamente al juez de instancia. Su papel se limita a determinar si el sentenciador, al no decretar la nulidad absoluta, violó las normas sustantivas. Y para saberlo, precisa esclarecer primeramente el significado y alcance de los poderes que al respecto se encuentran conferidos por la ley al juez de segunda instancia.

"Las normas vigentes en materia procesal civil se fundan en el sistema dispositivo, por oposición al sistema inquisitivo. Si a este último corresponde la declaración oficiosa de nulidades absolutas, se sigue para el juez una facultad que reviste el carácter de excepcional y estricta, en lugar de aparecer como campo abierto el ejercicio de facultades discrecionales por el sentenciador.

"Ante todo, es necesario que el acto o contrato revele por sí mismo y en forma palmar el vicio absoluto que lo afecta, y no que la convicción judicial sobre su existencia pueda acaso formarse por el examen de otras pruebas. Pero esto no basta: es indispensable además que el acto o contrato esté invocado como soporte del derecho de acción o de contradicción ventilados en el proceso. Y, por último, debe también reunirse el requisito de que figuren como partes en el litigio todas las personas que concurrieron a la celebración del negocio a que la nulidad se refiere.

"Si el vicio absoluto no es ostensible en el mismo acto o contrato, la declaración de nulidad se subordina a lo pedido, alegado y probado en el proceso por los medios de la tarifa. Si no sustenta los derechos de acción o de contradicción, queda por fuera del lazo jurídico procesal que la sentencia está llamada a desatar. Y si no son partes en la litis todas las personas que concurrieron a la celebración del acto o contrato, la nulidad declarada

a espaldas de cualquiera de ellas, produciría fallo adverso sin oportunidad para la defensa, lo que es contrario al orden público. (26. C. N.).

"No es otra la jurisprudencia que la Corte ha repetido en numerosos fallos: «El poder excepcional que al juez le otorga el artículo 2º de la Ley 50 de 1936 para declarar de oficio la nulidad absoluta no es irrestricto o ilimitado, sino que, por el contrario, está condicionado por la concurrencia de tres circunstancias:

«1ª—Que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato, es decir, que a la vez que el instrumento prueba la celebración del acto o contrato, muestre o ponga de bulto por sí solo los elementos que configuran el vicio determinante de la nulidad absoluta;

«2ª—Que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos u obligaciones para las partes; y

«3ª—Que al pleito concurran en calidad de partes las personas que intervinieron en la celebración de aquel o sus causahabientes en guarda del principio general que enseña que la declaración de nulidad de un acto o contrato en su totalidad no puede pronunciarse sino con audiencia de todos los que lo celebraron. (Casación: junio 9 de 1893, Tomo VIII, 406, 340 y 341; junio 12 de 1923, Tomo XXX, 1458, 59 y 60, agosto 19 de 1935, Tomo XLII, 1900, 372 y 373; agosto 26 de 1938, Tomo XLVII, 1940, 66; abril 5 de 1946, Tomo LX, 3032 y 3033, 363; diciembre 13 de 1954, Tomo LXXIX, 2149, 246; septiembre 22 de 1955, Tomo LXXXI, 2157 y 2158, 148)».

De todo lo cual aparece que la acusación no está llamada a prosperar.

RESOLUCION

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, de fecha doce (12) de septiembre de mil novecentos seseinta y cuatro (1964), proferida en este juicio ordinario de Ana Pastora García contra Alberto Botero Sánchez y otros, sobre nulidad de unos contratos.

No se causaron costas en casación.

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

Enrique López de la Pava, Flavio Cabrera Dussán, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SALA DE CASACION PENAL

HOMICIDIO AGRAVADO

Invocación de la causal 4a de casación consagrada en el art. 567 del C. de P. P.- Nulidades.- A los juzgadores no les es lícito elevar a la categoría de causales de nulidad, cualquier irregularidad en el proceso penal, con apoyo en el art. 26 de la Constitución.- Interpretación y alcance del art. 39 del D. No 1358 de 1964.- No es dable a la Corte convertirse en "juez de defensores".- Defensa del inculpado.- Competencia por razón de la materia y por la del territorio que confería la ley a los jueces de instrucción criminal.-

1.- El art. 26 de la Constitución, en forma directa, no establece causales de nulidad, sino que se atiene a las normas propias de cada juicio dictadas por el legislador en cumplimiento del citado precepto, que se remite a "las formas propias de cada juicio"; y como éstas no están previstas o determinadas en la Carta, necesariamente debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el C. de P. P., para saber qué omisiones, vicios o errores pueden traer como sanción la nulidad de la actuación. En otras palabras, como las causales de nulidad no pueden inventarse ad libitum, necesariamente debe estarse a las previstas en los arts. 198 y 199 del citado Código, el último modificado por el art. 38 del D. No 1358 de 1964, lo cual significa que a los juzgadores, con apoyo del art. 26 de la Constitución, no les es lícito elevar a la categoría de causales de nulidad cualquier clase de irregularidad en el proceso penal, porque no pueden ni deben convertirse en legisladores, ni menos enmendar "las formas propias de cada juicio", determinadas por el legislador.

El art. 39 del D. No 1358 de 1964 confirma las anteriores conclusiones, por cuanto allí se dice que, para considerar que "un acto no se ha verificado", se requiere que la ley "exija expresamente para la validez de determinado acto, se llenen ciertas formalidades", es decir, tales formalidades deben estar expresamente determinadas por la ley como elementos estructurales y esenciales del acto o de la diligencia; en consecuencia, si la ley expresamente no ha determinado, por ejemplo, que en la diligencia de posesión del defensor, para su validez, se requiere la expresión de la fecha, mes y año, la omisión de alguno de estos datos no autoriza al juez para declarar la nulidad de la diligencia o que el "acto no se ha verificado", expresión semejante a la de inexistencia o nulidad.

En síntesis, el art. 39 del D. No 1358 de 1964, si bien emplea términos un tanto distintos, sustancialmente ratifica el viejo principio de que las nulidades deben ser expresas y taxativas, quizá como una reacción del legislador a las llamadas "nulidades constitucionales", que en la práctica han dejado al criterio de los jueces y magistrados determinar cuáles son "las formalidades propias de cada juicio", y como una secuela, crear a su arbitrio las causales o motivos de nulidad, por ejemplo, si según su criterio el defensor no fue eficiente en la defensa, o que

ésta pudo ser mejor y más fundada, o bien que debió pedir la práctica de ciertas pruebas, quizá consideradas inconvenientes por el defensor para los intereses de su cliente.

2.- Según doctrina sentada por esta Sala, la Corte no puede convertirse en juez de defensores y, además, se agrega, tendría que asumir el criterio de abogado para señalar los defectos, errores o vacíos que, de acuerdo con su criterio, adolece la defensa para que se corrijan o enmienden posteriormente, labor totalmente impropia del juzgador.

3.- La omisión de la mención del año en la diligencia de posesión del defensor, en nada sustancial afecta a la defensa ni a la válida representación del reo por el defensor nombrado, porque no limita los medios disponibles para hacerlos valer en pro de los justos y legítimos intereses del inculpado, o sea, es una irregularidad intrascendente para establecer un error "in procedendo".

4.- La falta de competencia del juez de instrucción criminal, alegada por el recurrente con fundamento en la falta de la copia de la respectiva resolución de comisión, a más de existir en el proceso testimonios respecto de tal acto, como lo demuestra el procurador delegado en su vista, basta observar que la competencia por razón de la materia y por la del territorio, la confería la ley a los jueces de instrucción criminal, respecto de la primera, sin limitación en cuanto a su naturaleza, y en cuanto atañe a la segunda, en relación con todo el territorio de la República; de manera que las resoluciones que dictaban o el Ministerio de Justicia o las seccionales de vigilancia judicial, solamente tenían por objeto la división del trabajo entre los jueces de instrucción, o sea, no era sino una mera diligencia de repartimiento que nada agregaban a la competencia absoluta o relativa que tenían tales funcionarios por ministerio de la ley (art. 449 ord. 4o. C. J.; art. 7o. C. de P. P.).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, once de febrero de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Efrén Osejo Peña).

VISTOS:

El Juez 4º Superior del Distrito Judicial de Ibagué, mediante sentencia de fecha 25 de marzo de 1965, condenó a José del Carmen Reyes a la pena de 17 años de presidio, como responsable del homicidio agravado consumado en Arnulfo Gordillo Rivera; y como el Tribunal Superior del Distrito Judicial citado la confirmara en todas sus partes en fallo de 21 de julio del año pasado, el apoderado del reo ha interpuesto contra éste el recurso de casación que se resuelve en esta providencia con fundamento en las consideraciones siguientes.

I) *Historia de los hechos.*—El procurador segundo delegado en lo penal, en forma sintética, narra así el acontecimiento: "En las últimas horas de la tarde del día seis de octubre de 1963 el señor Arnulfo Gordillo Rivera en compañía del menor Ernesto Naranjo, se disponía a atravesar a lomo de mula el puente sobre el río «Coello», en inmediaciones del sitio denominado «Puerto Peñaranda», comprensión de la Corregiduría de «Cocora», cuando intempestivamente se interpuso en su camino un individuo que resultó ser José del Carmen Reyes quien, sin mediar palabra alguna, atacó con arma blanca —machete— a Gordillo Rivera haciéndolo caer lesionado de su cabalgadura y luégo corriendo tras él le dio muerte al producirle, principalmente, dos heridas inciso-contusas sobre la nuca que lo semi-decapitaron". (fs. 15 y 16 C. No. 2º).

II) *Demanda de Casación.*—El apoderado del inculpado, después de hacer un resumen de los hechos tal como él los aprecia y de referirse a la actuación, en especial a la intervención de los jueces de instrucción criminal, invoca la 4ª causal de casación consagrada en el art. 567 del C. de P. P., por cuanto se ha incurrido en una nulidad constitucional conforme al art. 26 de la Carta, por estos motivos:

a) El reo no tuvo una defensa efectiva y seria, pues no se solicitaron pruebas ni durante el sumario, ni en la causa, para que el proceso terminara con la condenación del inculpado; pues al efecto expone:

"En el presente caso en ningún momento antes del simulacro de la audiencia tuvo José del C. Reyes defensa. No hubo quién solicitara una prueba en su favor, no hubo quién sustentara un recurso, no hubo quién plan-

teara una situación jurídica que viniera a favorecerlo, en un proceso como éste, en el cual la prueba del cargo es lo más deleznable y carente de respetabilidad. Me atrevo a pensar que si hubiera tenido un defensor que hubiera contrainterrogado a los testigos y hubiera solicitado algunas pruebas en defensa del procesado, muy distinta hubiera sido la situación jurídica sobre el particular y tal vez no se hubiera llegado al auto de proceder sino a un sobreseimiento temporal". (fs. 10 ib.).

Más adelante añade:

"En estas condiciones considero que el proceso está viciado de nulidad constitucional por haberse violado el artículo 26 de la Carta Fundamental y como la sentencia recurrida es posterior a este vicio constitucional, se puede concluír que fue dictada dentro de un proceso viciado de nulidad y es por consiguiente violatoria de la ley procedimental. Así lo debe declarar la Honorable Corte como muy respetuosamente me permito solicitarlo en esta demanda de casación". (fs. 11 ib.).

b) El otro motivo de nulidad que aduce el apoderado recurrente consiste en que el juez de instrucción criminal intervino en el informativo sin competencia, porque no obra copia de la resolución que lo hubiera comisionado para adelantarla, pues, dice el recurrente:

"... Yo considero que estas resoluciones son esenciales para efectos de conocer la competencia y para efectos de adquirirla, porque no se puede entrar a coger una investigación arrebatándosela a un funcionario sin que medie una orden de autoridad competente. Considero que el Juez 338 de Instrucción Criminal practicó la mayor parte de las diligencias en este proceso sin competencia para ello, porque no está en auto la prueba legal de esa atribución que le fuera conferida por la Seccional de Instrucción Criminal para ejercer el cargo de funcionario instructor. Es claro que legalmente los Jueces de Instrucción Criminal tienen competencia para aprehender una investigación o para iniciarla de oficio. Pero estando la investigación en poder de un funconario, también competente, no pueden arrebatársela sin una orden proferida también por la autoridad correspondiente". (fs. 11 a 12 ib.).

c) El último motivo de nulidad tiene como fundamento que en el acta de posesión del defensor de oficio aparece el día y el mes, pero se omitió el año, y agrega: "... Considero que es esencial en estas diligencias la expresión del año, porque de lo contrario no queda claramente manifestado el hecho de la posesión. No se crea que es hilar delgado sino exigir el pleno cumplimiento de las leyes que ordenan que en esta clase de diligencias conste claramente la fecha, el mes y el año.

"La posesión del defensor es nula y por consiguiente el referido doctor Rodríguez jamás fue defensor de oficio del sindicado José del Carmen Reyes, lo que tanto quiere decir que mi defendido no tuvo defensor en el proceso penal, lo que constituye causal de nulidad constitucional.

"Por éstos y otros motivos también debe ser casada la sentencia en virtud del mandato del artículo 26 de la Constitución Nacional, toda vez que el proceso estaba viciado de nulidad constitucional y la sentencia fue dictada con posterioridad a ese vicio". (fs. 12 ib.).

III) *Contestación del procurador 2º delegado en lo penal.*—Antes de contestar los cargos en concreto, se refiere de modo general a la demanda para expresar:

"Ha venido observando últimamente esta Procuraduría Delegada que demandas de casación como la anterior, carentes de técnica y de fundamentos jurídicos y probatorios proliferan en forma sorprendente con menoscabo, eso sí, de los intereses de los acusados; sin embargo procede a su estudio a pesar de que, además, la causal invocada se apoya en el numeral 4º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, derogado por el artículo 56 del Decreto 528 de 1964 vigente para la época en que se concedió el recurso y de que la demanda no expresa el concepto de la violación de la norma constitucional, ni demostró el perjuicio cierto que se ocasionó a los intereses de la justicia con la pretermisión de los preceptos procedimentales considerados violados en el juicio". (fs. 17 y 18 ib.).

Respecto del primer motivo de nulidad, o sea, la falta de una defensa efectiva, el procurador observa que el funcionario de instrucción lo informó sobre el derecho que le asistía al inculpado para designar un apoderado, pero como no lo hiciera, "... le nombró de oficio una persona honorable de la localidad a falta de abogado titulado ..."; y que, posteriormente, todas las providencias le fueron notificadas personalmente, y que cuando "... el Juzgado Cuarto Superior le nombró defensor de oficio para que lo asistiera en la causa, las notificaciones de los autos y la sen-

tencia fueron hechas tanto a éste como a aquel". (fs. 18 ib.).

Advierte que los recursos interpuestos contra el auto de detención, primero, luégo contra el del de proceder y por fin contra la sentencia condenatoria "... se tramitaron y resolvieron por los Jueces respectivos y el Tribunal Superior con la intervención del Ministerio Público, dando estricto cumplimiento a las normas de procedimiento.

"El reo, en opinión de este Despacho, fue juzgado de conformidad con las leyes preexistentes al acto que se imputó, ante tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias del juicio, así que no existe en éste violación alguna del principio consagrado en el artículo 26 de la Carta". (fs. 18 y 19 ib.).

Sobre el segundo motivo de nulidad dice que existen en el proceso constancias no desvirtuadas, según las cuales la seccional de instrucción criminal y vigilancia del Tolima comisionó al 277 por Resolución No. 1372 de 10 de octubre de 1963, pero que este funcionario no intervino porque la misma oficina, cuatro días después, por resolución 1389, dispuso que las investigaciones adelantadas por el Juez 277 pasaran al Juez No. 338 "quien perfeccionó este informativo para dar cumplimiento a la citada providencia".

Alude a los esfuerzos que llevó a efecto el defensor del inculpado en la audiencia, para que el jurado aceptara que había obrado en legítima defensa o por lo menos suprimiera la agravante del homicidio.

Menciona las reiteradas doctrinas de esta Sala sobre la libertad de los apoderados o defensores para llevar a efecto su cometido, de acuerdo con las circunstancias del proceso, sin que le sea dable convertirse en "juez de los defensores"

Por fin, en cuanto atañe a la falta del año en el acta de posesión del defensor, dice que tal irregularidad no está catalogada "como motivo de nulidad en los arts. 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal, reglamentarios de la materia".

En conclusión, solicita que no se invalide el fallo recurrido.

IV) *Consideraciones de la Sala.*—El art. 26 de la Constitución, en forma directa, no establece causales de nulidad, sino que se atiene a las normas propias de cada juicio dictadas por el legislador en cumplimiento del citado precepto, que se remite a "*las formas propias de cada juicio*"; y como éstas no están previstas o determinadas en la Carta, necesariamente debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el C. de P. P., para saber qué omisiones, vicios o errores pueden traer como sanción la nulidad de la actuación. En otras palabras, como las causales de nulidad no pueden inventarse ad libitum, necesariamente debe estarse a las previstas en los arts. 198 y 199 del citado Código, el último modificado por el art. 38 del D. No. 1358 de 1964, lo cual significa que a los juzgadores, con apoyo del art. 26 de la Constitución, no les es lícito elevar a la categoría de causales de nulidad cualquier clase de irregularidad en el proceso penal, porque no pueden ni deben convertirse en legisladores, ni menos enmendar "las formas propias de cada juicio", determinadas por el legislador.

El art. 39 del D. No. 1358 de 1964 confirma las anteriores conclusiones, por cuanto allí se dice que, para considerar que "un acto no se ha verificado", se requiere que la ley "exija *expresamente* para la *validez* de determinado acto, se llenen ciertas formalidades", es decir, tales formalidades deben estar expresamente determinadas por la ley como elementos estructurales y esenciales del acto o de la diligencia; en consecuencia, si la ley *expresamente* no ha determinado, por ejemplo, que en la diligencia de posesión del defensor, *para su validez,* se requiere la expresión de la fecha, mes y año, la omisión de alguno de estos datos no autoriza al juez para declarar la nulidad de la diligencia o que el "acto no se ha verificado", expresión semejante a la de inexistencia o nulidad.

En síntesis, el art. 39 del D. No. 1358 de 1964, si bien emplea términos un tanto distintos, sustancialmente ratifica el viejo principio de que las nulidades deben ser expresas y taxativas, quizá como una reacción del legislador a las llamadas "nulidades constitucionales", que en la práctica han dejado al criterio de los jueces y magistrados determinar cuales son "las formalidades propias de cada juicio", y como una secuela, crear a su arbitrio las causales o motivos de nulidad, por ejemplo, si según su criterio el defensor no fue eficiente en la defensa, o que ésta pudo ser mejor y más fundada, o bien que debió pedir la práctica de ciertas pruebas, quizá consideradas inconvenientes por el defensor para los intereses de su cliente.

En razón de los elementales principios ex-

puestos, como ninguno de los tres motivos alegados en este recurso de casación para fundar la causal 4ª, está expresamente previsto como motivo de nulidad, bastaría lo dicho para declararlos infundados y desechar el recurso; pero para mayor abundamiento se observa, no sin el riesgo de repetir algo de lo ya expuesto:

a) Como bien lo anota el procurador segundo delegado, según doctrina sentada por esta Sala, la Corte no puede convertirse en juez de los defensores y, además, se agrega, tendría que asumir el criterio de abogado para señalar los defectos, errores o vacíos que, de acuerdo con su criterio, adolece la defensa para que se corrijan o enmienden posteriormente, labor totalmente impropia del juzgador.

b) La omisión de la mención del año en la diligencia de posesión del defensor, a más de lo ya dicho antes, en nada sustancial afecta a la defensa ni a la válida representación del reo por el defensor nombrado, porque no limita los medios disponibles para hacerlos valer en pro de los justos y legítimos intereses del inculpado, o sea, es una irregularidad intrascendente para establecer un error "in procedendo";

c) La falta de competencia del juez de instrucción criminal, alegada por el recurrente con fundamento en la falta de la copia de la respectiva resolución de comisión, a más de existir en el proceso testimonios respecto de tal acto, como lo demuestra el procurador delegado en su vista, basta observar que la competencia por razón de la materia y por la del territorio, la confería la ley a los jueces de instrucción criminal, respecto de la primera, sin limitación en cuanto a su naturaleza, y en cuanto atañe a la segunda, en relación con todo el territorio de la República; de manera que las resoluciones que dictaban o el Ministerio de Justicia o las seccionales de vigilancia judicial, solamente tenían por objeto la división del trabajo entre los jueces de instrucción, o sea, no era sino una mera diligencia de repartimiento que nada agregaban a la competencia absoluta y relativa que tenían tales funcionarios por ministerio de la ley (art. 449 ord. 4º C. J.; art. 7º C. de P. P.).

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación interpuesto por el apoderado de José del Carmen Reyes contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué de fecha 21 de julio de 1965.

Notifíquese, cópiese y devuélvase al tribunal de origen.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo, Luis Carlos Zambrano.

Pioquinto León L., Secretario.

ROBO AGRAVADO

Sentencia acusada con fundamento en la primera causal prevista en el num. 1o del art. 56 del Decreto No 528 de 1.964.- Configuración del delito de robo definido y sancionado en el art. 404 del C. P.- Medios probatorios para establecer los elementos esenciales que integran el cuerpo del delito de robo.- Estimación legal de la prueba en procesos penales.- Valoración crítica del testimonio.- Libre apreciación del juez de derecho respecto de los informes rendidos por agentes del "DAS".- Presunción legal de responsabilidad en el delito de robo o hurto a que se refiere el art. 221 del C. de P. P.-

1.- Considera el recurrente que se ha violado el art. 404 del C. P., porque, en su concepto, además del escalamiento o del uso de llaves falsas o sustraídas, debe concurrir otro acto o hecho de violencia, según el art. 402; sin embargo, tal interpretación del art. 404 citado resulta del todo inaceptable, pues allí se sanciona un delito específico de robo y basta, por tanto, una cualquiera de las circunstancias previstas en el numeral 3o para que se imponga la sanción allí prevista; en otras palabras, las circunstancias enumeradas en esta norma integran, por sí mismas, actos, hechos o circunstancias de violencia por definición legal, además de que la enumeración que aparece en la última parte (con escalamiento de muros, o con llaves sustraídas.) es disyuntiva y no copulativa; de manera que basta cualquiera de ellas para que se configure el delito de robo definido y sancionado en el art. 404 del C. P.

2.- De acuerdo con doctrina de la Corte, el elemento de violencia en el delito de robo no tiene como prueba específica o única la inspección ocular o el dictamen pericial, sino que también es admisible la testimonial.

Para que la inspección ocular o el concepto pericial puedan practicarse en forma eficiente, deben tener por objeto hechos permanentes, o sea, que tanto los peritos como el juez puedan apreciarlos en cualquier momento, más estos dos medios probatorios resultan inadecuados o inoperantes en relación con hechos transitorios.

No se han violado, por tanto, los arts. 296, 298 y 311 del C. de P. P., ya que existen otros medios probatorios, como la prueba testimonial, hábiles e idóneos para establecer los elementos esenciales que integran el cuerpo del delito de robo, porque este medio probatorio como la inspección ocular con intervención de peritos, tienen por objeto hechos que puedan ser percibidos por los sentidos, pues el art. 215 del C. de P. P., dice: "El acta de inspección ocular hace plena prueba respecto de los hechos y circunstancias sujetos a los sentidos externos y observados personalmente por el juez y los testigos o los peritos que hayan intervenido y la suscriban". (Subrayan la Sala).

3.- Aún cuando el abogado recurrente dice que el sentenciador de instancia "incurrió en grave error" en la estimación de las pruebas encaminadas a demostrar la responsabilidad del procesado, debe entenderse que se refiere a un error de derecho en la estimación de aquellas; en consecuencia, el art. 203 del C. de P. P., como norma de carácter general, no puede ser violada sino en forma indirecta, en cuanto el juez haya quebrantado la respectiva norma que fija su estimación legal, si existiere, pues así lo enseña el art. 204 del mismo Código: "En los procesos penales las pruebas se apreciarán por su es-

timación legal".

4.- De acuerdo con la disposición citada (art. 224 del C. de P. P.) el legislador no le fijó un valor determinado al testimonio, ni en relación con el número de declarantes, ni en cuanto al contenido, pues dijo que al juez "corresponde apreciar razonadamente su credibilidad, teniendo en cuenta las normas de la crítica del testimonio, y especialmente las condiciones personales y sociales del testigo, las condiciones del objeto a que se refiere el testimonio, las circunstancias en que haya sido percibido y aquellas en que rinda la declaración". En otras palabras, corresponde al juez de instancia apreciar los testimonios en forma soberana, sin que le sea lícito a la Corte de Casación sustituir por su criterio el que se formó aquel en el estudio y apreciación de las declaraciones que obran en el proceso; por esto, no son errores de derecho aquellos en que pudieran incurrir los sentenciadores de instancia "al analizar y ponderar las declaraciones de los testigos en que se apoyan sus conclusiones."

Por tanto, como no existe una estimación legal de la prueba testimonial en el C. de P. P., como sí lo hace el C. de P. C. (art. 697 del C. J.), mal puede considerarse como violado el art. 224 del Código primeramente mencionado, que el recurrente citó o invocó sin mayores explicaciones ni demostraciones para poner de manifiesto el error de derecho en que hubiera incurrido la sentencia acusada al apreciar como plena prueba de la responsabilidad del reo los testimonios aportados al proceso.

5.- En cuanto al valor probatorio de los informes rendidos por los agentes del DAS el art. 65 del Decreto 1717 de 18 de agosto de 1960, dispone que: "Los detectives del Departamento Administrativo de Seguridad rendirán sus informes bajo la gravedad del juramento, sin que sea necesario la ratificación posterior, y no serán sometidos a careos con las personas a quienes formulen cargos. La fuerza probatoria de tales informes será de libre apreciación por parte de los jueces, respecto de los hechos o circunstancias que los informantes hayan conocido por declaración de terceros, o que sean deducidos por criterio personal". (D.O, No 30307).

Como se vé, expresamente el artículo copiado dejó a la libre apreciación del juez el valor probatorio de tales actos, no solo respecto de los hechos percibidos por los detectives sino de los conocidos por declaraciones de terceros y por deducción personal de ellos, o sea, por testimonio deductivo; por tanto, esta prueba de libre apreciación para el juez, no puede ser objeto del cargo de error de derecho en su apreciación, porque ésta como la testimonial, no están estimadas por la ley en forma imperativa y obligatoria para los juzgadores de instancia.

Por otra parte, el artículo 65 del Decreto-Ley citado no fué invocado en la demanda; y por tanto, mal se podría en casación, sin este indispensable requisito, desestimar el mérito probatorio de tales informes dando por violado, oficiosamente, la mencionada disposición.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, once de febrero de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Efrén Osejo Peña).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Jairo de Jesús Quiceno Quiceno, contra la sentencia de fecha 29 de julio de 1965 del tribunal superior de Popayán, mediante la cual, al confirmar la del Juez 2º Penal del Circuito de la citada ciudad, fue condenado a la pena principal de seis años y tres meses de presidio y a las accesorias de rigor.

El procurador segundo delegado en lo penal, respecto de las sentencias de instancia, hace esta observación: "... Debe agregarse sí, que la sentencia de primera instancia se limita a transcribir la motivación del auto de proceder y la del Tribunal Superior hace lo mismo respecto de aquella providencia, procedimiento criticable en cualquier funcionario judicial y con mayor razón en tratándose de Magistrados de un Tribunal Superior, pues en esta forma se incumple lo dispuesto por el artículo 159 del Código de Procedimiento Penal". (fs. 23 C. No. 3º).

I) *Hechos.*—Los hechos que dieron origen a este proceso están relatados en el denuncio, hecho bajo juramento, por el Rector del Se-

minario Conciliar de Popayán, Pbro. Francisco Vargas Ordóñez, ante el inspector segundo de policía del lugar indicado, así: "... En la noche del martes quince a miércoles dieciséis del presente mes fue sustraído del teatro del Seminario Consiliar (sic) de esta ciudad ubicado en la autopista del norte, un equipo de cine sonoro de dieciséis milímetros, marca «R.C.A. Víctor», compuesto del proyector amplificador y de su correspondiente parlante, que tiene un precio de tres mil quinientos pesos ($ 3.500,00). Fue robado además un transformador de corriente de un kilovatio cuyo precio se estima en ciento cincuenta pesos ($ 150,00). Como señales particulares del equipo de cine robado se anota que el parlante está reparado (embobinado a mano), color gris, no recuerdo el número de fábrica. Para llevar a cabo el robo, según los hechos posteriores, se ha demostrado que los antisociales entraron al teatro por una ventana lateral y para salir con lo robado abrieron las puertas del teatro por dentro, que sí se pueden abrir, y salieron del Seminario por una puerta secundaria asegurada con dos candados que también fueron robados y seguramente abiertos con llave falsa, o duplicado de las llaves respectivas, previamente fabricado. Anoto que estas llaves respectivas de esos candados desaparecieron del lugar donde se las solía dejar en un cuarto y aparecieron en el mismo lugar como a los dos días después, o sea el mismo martes quince de este mes y ya por la noche fue el robo". (fs. 1, C. No. 1º).

El denunciante, en el mismo acto, indica como posible autor del delito a Efraín Zúñiga, trabajador del Seminario y despedido por su mala conducta, en especial por su comportamiento grosero hacia sus superiores.

Los Pbros. Mario García y Alberto García, citados en el denuncio, corroboran o ratifican el testimonio del denunciante en cuanto al modo y demás circunstancias como fue consumado el ilícito.

II) *Demanda de Casación.*—El apoderado recurrente acusa la sentencia con fundamento en la primera causal prevista en el numeral 1º del art. 56 del D. No. 528 de 1964, y al efecto expone:

"Acomodándome a la reglamentación que del recurso extraordinario de casación contiene el Decreto Ley número 528 de 1964, aduzco el motivo previsto en el ordinal 1º del artículo 56 de ese estatuto, que equivale, dentro de la técnica del recurso a invocar, en su orden, las causales 2ª y la 1ª del artículo 567 del C. de P. P.

"Dispone la norma aducida:

"«1º—Cuando la sentencia sea violatoria de la ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea.

"«Si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos».

"CARGOS A LA SENTENCIA

"Con apoyo en la causal transcrita formulo contra la sentencia estos cargos:

"PRIMERO.—La sentencia viola la ley penal sustantiva (Código Penal), por aplicación indebida o interpretación errónea de los artículos 404 y 402, derivada esa violación, como se demostrará, de haber incurrido el Tribunal, tanto en *error de derecho* como en *error de hecho*, al hacer la evaluación de algunas de las pruebas del proceso.

"SEGUNDO.—La sentencia, igualmente, viola las disposiciones citadas, por descansar la condenación sobre pruebas que se apreciaron indebidamente frente a los artículos 203, 204 y 205 del C. de P. P., de un lado, y 221, 296, 298, 311 y 272 del ibidem, tanto por lo que respecta al cuerpo del delito como a los elementos de la responsabilidad penal". (fs. 7 a 8, C. No. 3º).

1º *Primer cargo.*—Expuestos por el recurrente los motivos de casación que atañen tanto a la especificación del ilícito, como respecto de la imputabilidad y consiguiente responsabilidad de Quiceno, pasa a hacer la demostración, separadamente, de cada uno de ellos; y así en cuanto al primero de los cargos sostiene que, en las sentencias de instancia, "erradamente calificaron de robo, atribuyéndole las circunstancias específicas contempladas en el ordinal 3º del art. 404 del C. P.".

Luégo procede a explicar que el delito de robo consiste en "apoderarse de una cosa mueble ajena, o hacérsela entregar, «por medio de violencia a las persona o a las cosas, o por medio de amenazas, o abusando de la debilidad de un menor (artículo 402, Ley 4ª de 1943, art. 2º)»"; y que, por tanto, la violencia

física o moral especifica el delito de robo y lo distingue del simple hurto, a la vez que tal elemento integra el cuerpo del delito (art. 272 del C. de P. P.), "cuya demostración tiene que ser plena para los efectos del auto de proceder y sentencia condenatoria (arts. 429 y 203)".

Indica, por otra parte, que el delito de robo se califica de robo agravado cuando además de los elementos previstos en el art. 402 del C. P., se consuma con la concurrencia de las circunstancias enumeradas en el art. 404 ibidem, como con escalamiento de muros o "con llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar", que "integran una violencia presuntiva o preceptiva", según el decir del recurrente.

Hecha la anterior exposición, según el criterio del apoderado, pasa a referirse a las providencias dictadas en las instancias, en estos términos:

"El auto de proceder en este negocio sienta en la parte motiva la ligera y no sobrepesada consideración de que «siendo evidente que dadas las características dentro de las cuales obró el sindicado, debe calificarse el ilícito como tal, con el agravante del numeral 3º del art. 404 del C. Penal».

"El agravante a que quiere aludir la providencia enjuiciatoria se descompone, en verdad, en dos motivos de agravación: escalamiento y empleo de llaves sustraídas, o falsas.

"Como no hay en ese proveído ninguna otra referencia y como el afirmar las circunstancias específicas de agravación parece provenir de una aceptación plena de la denuncia en lo que dice a hechos y presunciones del denunciante, para que se vea de bulto el error del sentenciador conviene, desde ahora, citar lo pertinente de los fallos de instancias:

"«Este Juzgado al dictar auto de proceder contra Quiceno Quiceno, aceptó en su integridad el dicho del denunciante, dadas sus calidades de insospechable moralidad... y si él en el denuncio de fs. 1 dijo haberse demostrado que los antisociales entraron al teatro por una ventana lateral y para salir con lo robado abrieron las puertas del teatro por dentro y salieron del Seminario por una puerta secundaria asegurada con dos candados que también fueron robados y seguramente abiertos con llaves falsas, o duplicado de las llaves respectivas, previamente fabricado, al caso subjudice podría aplicarse también la siguiente doctrina:

"«Tanto la doctrina como la legislación nuestra califican de robo la utilización de llaves falsas o de las verdaderas, cuando han sido sustraídas. Comete robo, o hurto agravado o calificado, según el sistema que adopte cada código, la persona que usa la llave legítima sin el consentimiento del dueño, bien porque a éste se le haya sustraído o porque se haya retenido...» (Corte Suprema, sentencia 13 septiembre 1944)...". (fs. 9 y 10 C. No. 3º).

Hecha la transcripción de algunos párrafos de las sentencias, añade:

"Por su parte, el Tribunal se limitó a esta lánguida e infundada consideración; tomada, sin reservas del concepto fiscal:

"«Según la manera como ocurrieron los hechos, si nos atenemos al relato de los Reverendos Padres Vargas y García, el acceso al salón de cine se verificó por una ventana y para salir abrieron las puertas por dentro, sin ninguna dificultad. Pero para abandonar el Seminario tuvieron que usar llaves falsas o romper los candados de la puerta lateral, todo lo cual constituye actos que califican el evento punible como un robo agravado de aquello que sanciona y define el art. 404 del C. P.»" (fs. 11 ib.).

Dice que, en el auto de proceder la calificación del delito se fundó en haberse cometido "con llaves sustraídas o falsas"; pero que no aludió a "ganzúas o a cualquier otro instrumento similar"; y como igual planteamiento contiene la sentencia de primera instancia, se alejó de los elementos previstos en el ordinal 3º, como el escalamiento, "y de todo medio real de violencia de los exigidos por el art. 402".

Después de afirmar que el sentenciador de instancia incurrió en una antinomia jurídica al afirmar a la vez que el ilícito se consumó mediante ruptura de los candados y uso de llaves falsas; y de que el robo simple y calificado, o sea el cuerpo del delito, reclama una prueba idónea, dice textualmente esto:

"No existiendo esa prueba de que la sustracción y apoderamiento de los efectos a que se refiere la denuncia, tuvo cumplimiento por medios violentos reales sobre las personas o las cosas, o de que se recurrió por el agente o agentes al empleo de llaves sustraídas o falsas, necesariamente hubo error en la calificación del delito, pues los elementos de juicio que obran en el proceso no conducen a la de-

mostración del ilícito jurídicamente denominado por el Código robo.

"7º—Ciertamente merece todo crédito la denuncia del Rdo. Padre Vargas Ordóñez, e igualmente lo merecen los testimonios de los otros dos sacerdotes, en cuanto informan de la sustracción ilícita del equipo cinematográfico, porque de cierto el hecho ocurrió, pero lo que en sus declaraciones exponen sobre la manera como pudieron penetrar los delincuentes al edificio y la manera como debieron salir, cabe anotar que es una humana presunción, muy respetable, pero que el instructor estaba en el deber de verificar, por medio de inspección ocular y prueba de peritos. Porque los distinguidos sacerdotes hacen una común inferencia partiendo del supuesto, para ellos lógico, de que el autor del delito tenía que ser Efraín Zúñiga, ex-empleado del Seminario y conocedor de sus pertenencias, familiarizado con sus costumbres y, sobre todo, en capacidad de tomar las llaves originales para hacer sacar duplicados y regresarlas á su lugar, sin dar motivo a sospechas.

"Por ello, si dichos testimonios hubiera que recibirlos en su integridad, como verdad material acerca de los hechos, la autoría del delito se mantendría en el individuo de nombre Efraín Zúñiga, respecto del cual guarda absoluta lógica la presunción de los deponentes". (fs. 12 ib.).

Por último, para fundar un error de derecho en la apreciación de la prueba, recalca que el cargo contra la sentencia no atañe a la responsabilidad sino "a la prueba sobre los elementos que jurídicamente estructuran el delito de robo"; y así considera se violó en la sentencia recurrida el art. 272, como también el art. 311 del mismo Código, aun cuando advierte esto: "Si bien es cierto, como lo ha dicho la Corte, que este nítido ordenamiento «no significa que esa prueba sea la única eficaz, ya que tratándose de huellas o señales accesibles a los sentidos, la prueba testimonial puede sustituir a la pericial, lo mismo que a la inspección ocular o al reconocimiento judicial», en el caso de autos, donde se omitió el dictamen de peritos y la inspección ocular, tampoco se cuenta con testimonios que den fe acerca del verdadero medio de comisión del delito, pues los antes comentados integran una inferencia que tiene sentido lógico, de haber sido ejecutado el hecho por Zúñiga. Descartada esta imputación, los testimonios sacerdotales carecen de toda eficacia probatoria en lo que respecta al elemento tipificante del robo.

"c) «Para la comprobación de los elementos constitutivos de la infracción, cuando sean susceptibles de esta prueba, el funcionario practicará una inspección ocular sujetándose a lo dispuesto en el capítulo II del título V del libro I». (art. 296). Nada más indicado y menos difícil para el funcionario instructor que haber ordenado la inspección ocular y cerciorarse, desde un principio, en el teatro de los acontecimientos, de las posibles modalidades y circunstancias del delito, a efecto de despejar en el sumario toda duda en cuanto a la denominación jurídica propia de la conducta investigada.

"d) No satisfechas en lo mínimo las reglas transcritas, que no son caprichosas y, por el contrario, obedecen a la técnica probatoria, quedan en el vacío los mandatos contenidos en los artículos 429 y 203 del Código de Procedimiento, base el uno del pliego de cargos, y el otro de la sentencia de mérito. El quebrantamiento de dichas normas, indirectamente condujeron al sentenciador a la violación de las disposiciones penales sustantivas atrás citadas". (fs. 13 y 14 ib.).

III) Respuesta del procurador segundo delegado en lo penal.

Dice el procurador delegado que los testimonios de los sacerdotes del Seminario Conciliar, Francisco Vargas Ordóñez, Alberto García y Mario García, son afirmativos en cuanto a la sustracción del equipo de cine, sobre lo cual no existe contradicción alguna, pues solamente se ha planteado en "lo atinente a la violencia que distingue a este delito de otras infracciones penales contra la propiedad, así que es el caso de analizar ese elemento estructural del robo a través de las pruebas allegadas al proceso".

Transcritas las declaraciones de los sacerdotes citados, concluye: "Los anteriores testimonios, los cuales merecen plena credibilidad, dan base evidente para afirmar que el delincuente penetró por una de las ventanas del edificio del Seminario, es decir, que en este caso recurrió al escalamiento. Es oportuno advertir que la palabra escalar, según el diccionario de la Academia Española de la Lengua, significa por extensión: "Entrar subrepticia o violentamente en alguna parte" e indudablemente esa primera forma de conducta la asumió el procesado y configura por tanto el elemento "violencia" a que se refiere el artículo 402 del Código Penal.

"El propio actor así lo reconoce en la parte especial de su libro de Derecho Penal Colombiano cuando comenta:

"¿Entraña violencia? Es cierto que para escalar y por este medio burlar la protección de la propiedad, se requiere a más de habilidad un cierto esfuerzo del ladrón. Pero el escalamiento no siempre entraña violencia a las cosas, en un sentido propio. Lo que ocurre es que la ley ha hecho una ficción para integrar debidamente el delito de robo, asimilando a fuerza o violencia material recursos habilidosos especialmente destinados a la realización de los atentados contra la propiedad. En nuestro Código Penal, el escalamiento es elemento constitutivo del robo y en tal carácter se le equipara a la violencia, en la misma forma que el empleo de llaves sustraídas o falsas, ganzúas, etc., que tampoco constituye exactamente violencia (pág. 325)". (fs. 27 y 28 ib.).

Agrega que, además del escalamiento, el autor del robo empleó llaves falsas, pues las verdaderas fueron sustraídas días antes de consumarse el delito y restituídas "el mismo quince de marzo, fecha del acontecimiento, según la declaración del presbítero Vargas Ordóñez".

La prueba testimonial dicha, dice, fue apreciada de acuerdo "con el criterio del juzgador quien le dio plena credibilidad dadas las condiciones personales de los declarantes"; y en consecuencia, todos los elementos del delito de robo quedaron acreditados a cabalidad, como también se demostró "la agravante contemplada en el numeral 3º del art. 404 del Código Penal".

Previas tales razones concluye que no es equivocada la apreciación de las pruebas hechas por los jueces de instancia y, por tanto, no resultan infringidos los arts. 429 y 203 del C. de P. P. citados por el apoderado recurrente.

También sostiene que es infundada la pretendida violación de los arts. 296 y 311 del C. de P. P., por cuanto ni la inspección ocular ni el concepto pericial tienen la calidad de pruebas únicas y exclusivas para demostrar el elemento violencia en el delito de robo, como así lo ha admitido la Corte Suprema de Justicia, en la siguiente doctrina que transcribe:

"«La ley procesal (art. 311) establece la prueba pericial para comprobar la violencia cuando ella constituye elemento del delito (el robo y la extorsión, por ejemplo), mas ello no significa que esa prueba sea la única eficaz, ya que tratándose de huellas o señales accesibles a los sentidos, la prueba testimonial puede sustituir a la pericial, lo mismo que a la inspección ocular o al reconocimiento judicial, sin mengua alguna de los intereses del procesado y del proceso» (Casación, 21 marzo 1950. LXVII, 216). (pág. 572)". (fs. 29 ib.).

Concluye que el elemento violencia está demostrado con los testimonios de los tres sacerdotes del Seminario Conciliar, que resultan idóneos para la acertada y jurídica calificación del ilícito; y, por lo mismo, el cargo resulta infundado.

IV) *Consideraciones de la Sala sobre el primer cargo.*—El recurrente invoca la primera causal que indica el art. 56 del Decreto No. 528 de 1964, con fundamento, principalmente, en el segundo inciso, por cuanto en la sentencia acusada se ha incurrido en errores de derecho en la apreciación de las pruebas y en errores de hecho, que deben aparecer de modo manifiesto en los autos para que prosperen, según la citada norma.

Según la dicha causal, la violación de los arts. 402 y 404 del C. P. sería indirecta, como consecuencia del error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, así como el quebrantamiento de los arts. 203 y 272 del C. de P. P., por los mismos motivos, sería también mediata, como consecuencia de la equivocada apreciación de los medios probatorios allegados al juicio.

En el primer cargo, se hace alusión tanto a posibles errores de hecho, como a errores de derecho en la apreciación de las pruebas, que se exponen en la demanda en forma conjunta, los cuales se proceden a estudiar en el mismo orden.

a) *Error de hecho.*—Considera el recurrente que en el proceso no existe prueba alguna que demuestre el elemento violencia, para establecer o demostrar el cuerpo del delito de robo agravado, esto es, en la sentencia acusada se dió por demostrado tal extremo sin existir tal prueba, porque los testimonios de los tres sacerdotes del Seminario de Popayán, en el sentir del recurrente, no son tales sino meras opiniones, conjeturas o suposiciones, que están dentro de la lógica respecto de Efraín Zúñiga, pero que carecen de validez en cuanto atañe a Jairo de Jesús Quiceno Qui-

ceno.

Para poner de manifiesto la falta de fundamento de la acusación, se pasa a estudiar las exposiciones de los dichos testigos.

Al principio de esta providencia se copió, textualmente, la declaración del Pbro. Vargas Ordóñez, rector del Seminario.

El Pbro. Alberto García expone: "... El martes quince del mes de marzo del presente año, estuve levantado hasta las once de la noche y no sentí nada de ruidos extraños. A la mañana siguiente me di cuenta que faltaban los dos candados de la puerta lateral del Seminario, creyendo que habían venido a robar bicicletas me cercioré de que se habían robado la máquina de cine, y dicho equipo consta de la máquina y el parlante que estaban separados, la máquina estaba en el balcón de proyección y el parlante estaba en el procenio, para hacer dicho robo se han entrado por la ventana del salón del teatro y para salir lo hicieron por la puerta lateral y los dos candados desaparecieron al parecer usaron llaves falsas. El equipo de cine que se robaron es marca «R.C.A. Víctor», el parlante estaba reparado. También se robaron un transformador de corriente de un kilovatio y era el que graduaba la corriente al equipo de cine, todo esto me consta que es de propiedad del Seminario ya que hace ocho meses que resido en este seminario" (fs. 3 vto. a 4, C. No. 1º).

Preguntado por el investigador sobre las sospechas contra Efraín Zúñiga, el declarante dice: "Me consta que dicho señor trabajó en este Seminario como mesero y salió por incumplimiento de su deber demostrando además falta de cultura en las reclamaciones que hizo posteriormente, hasta atreverse a propagar un suelto por la radio en contra del Rector del Seminario aunque por su conducta adquirió no se pudiera sospechar de él pudiera ser que por esta salida y en tales circunstancias quisiera vengarse haciendo un robo al Seminario". (fs. 4 ib.).

El Pbro. Mario García manifiesta: "El martes quince a miércoles dieciséis del mes de marzo del presente año, notamos la desaparición del equipo de cine el cual se encontraba en el teatro del Seminario, la misma noche se perdieron los dos candados que aseguraban las puertas de salida del Seminario hacia los campos de juego y apareció roto uno de los vidrios de las ventanas posteriores del teatro y supongo que para hacer tal robo tuvieron que entrar por una de las ventanas del teatro ya que las puertas estaban debidamente aseguradas con llaves. Lo que sí es que para sacar el equipo tuvieron que haberlo hecho por la puerta ya que dicha puerta por el interior sí se abre. Los amigos de lo ajeno se llevaron lo siguiente: Una máquina de cine marca R.C.A. Víctor con su correspondiente parlante; un transformador de corriente de un kilovatio no recuerdo la marca y era el que graduaba la corriente para el equipo de cine, todo eso vale tres mil seiscientos cincuenta pesos, y hago constar que como hace que yo estoy en este Seminario por espacio de cuatro años me consta que todo lo robado es de propiedad del Seminario". (fs. 4 vto. ib.).

También el P. Mario García manifiesta, en la dicha declaración, que sospechaba o conjeturaba que el autor del robo podría haber sido el ex-trabajador del Seminario, Efraín Zúñiga.

En las tres declaraciones mencionadas, se distinguen dos partes independientes y distintas, con efectos jurídicos propios; pues, en la primera, los tres deponen sobre *hechos físicos* en cuanto al modo y circunstancias como se consumó el ilícito, o sea, mediante escalamiento al penetrar el autor del ilícito por una ventana al recinto del teatro; y luego, después de abrir por dentro la puerta lateral del mismo salón, salió a la vía pública por otra que estaba asegurada con dos candados, los cuales desaparecieron, o bien porque usaron llaves falsas, o porque los rompieron; y en estas hipótesis disyuntivas cobra mayor fuerza la primera si se tiene en cuenta que días antes fueron sustraídas las llaves y restituídas a su lugar el mismo día 15 de marzo, como lo explican los tres testigos.

Los hechos a que aluden los tres deponentes, por tratarse de acontecimientos que caen bajo la acción de los sentidos, son materia propia de la prueba testimonial; y en consecuencia, resulta un medio probatorio hábil e idóneo para establecer en juicio el elemento violencia que integra, en este caso, el delito de robo agravado en la forma específica prevista en el art. 404 numeral 3º del C. P.

En la otra parte de las exposiciones, en la cual los testigos aluden a las sospechas o conjeturas sobre la posible responsabilidad de Efraín Zúñiga, no es sino una mera apreciación personal, o mejor todavía, un mero concepto u opinión de ellos, que en nada modi-

fica los otros *hechos* percibidos por ellos con el sentido de la vista, porque vieron la ventana abierta y palparon la falta de los dos candados que daban seguridad a la puerta que comunica el claustro del Seminario con la vía pública.

Por tanto, no existe el error de hecho manifiesto, porque, para la demostración de los elementos integrantes del cuerpo del delito, tal como lo sancionaron las sentencias de instancia, existe la plena prueba que exige el art. 272 del C. de P. P.

2º—Los testimonios de los sacerdotes, por otra parte, fueron apreciados en forma legal, tal como lo ordena el art. 205 del C. de P. P. en armonía con el art. 224 del mismo Código que confiere al juez la facultad de "apreciar razonadamente su credibilidad, teniendo en cuenta las normas de la crítica del testimonio, y especialmente las condiciones del testigo, las condiciones del objeto a que se refiere el testimonio, las condiciones en que haya sido percibido y aquellas en que se rinda la declaración".

3º—Considera el recurrente que se ha violado el art. 404 del C. P., porque, en su concepto, además del escalamiento o del uso de llaves falsas o sustraídas, debe concurrir otro acto o hecho de violencia, según el art. 402; sin embargo, tal interpretación del art. 404 citado resulta del todo inaceptable, pues allí se sanciona un delito específico de robo y basta, por tanto, una cualquiera de las circunstancias previstas en el numeral 3º para que se imponga la sanción allí prevista; en otras palabras, las circunstancias enumeradas en esta norma integran, por sí mismas, actos, hechos o circunstancias de violencia por definición legal, además de que la enumeración que aparece en la última parte (con escalamiento de muros, o con llaves sustraídas...) es disyuntiva no copulativa; de manera que basta cualquiera de ellas para que se configure el delito de robo definido y sancionado en el art. 404 del C. P.

Como se ha visto antes, según las declaraciones de los tres sacerdotes del Seminario de Popayán, en este caso concurrieron dos elementos: escalamiento de muros para penetrar al teatro por una ventana y el uso de llaves falsas para abrir la puerta que daba acceso a la vía pública, como así lo reconoce el mismo apoderado recurrente.

4º—Tampoco existe contradicción alguna ni en la sentencia ni en las declaraciones antes examinadas, en relación con la forma como fueron abiertos los dos candados de la puerta, porque allí no se afirma, según parece sugerirlo el recurrente, que fueron abiertos con las llaves *y a la vez* rotos, sino que estando cerrados, no pudieron ser abiertos sino o bien con llaves falsas o bien rompiéndolos. Ahora, en tratándose de dos candados, el uno pudo ser abierto con la llave prefabricada y el otro roto, si no operaba la llave, por ejemplo.

5º—Aludiendo a un posible error de derecho en la apreciación de la prueba testimonial, afirma el recurrente que los elementos de violencia debieron comprobarse mediante "inspección ocular y prueba de peritos"; pero semejante tesis resulta del todo infundada, por estos motivos:

a) Las deposiciones de los tres profesores del Seminario no son, como ya se dijo, de mera inferencia, sino por lo que ellos pudieron ver ya en cuanto atañe al escalamiento para entrar por la ventana, ya en relación con la apertura de los candados que aseguraban la puerta de acceso a la calle.

b) De acuerdo con la doctrina de la Corte, (citada y transcrita en la vista del procurador delegado), el elemento de violencia en el delito de robo no tiene como prueba específica o única la inspección ocular o el dictamen pericial, sino que también es admisible la testimonial;

c) Para que la inspección ocular o el concepto pericial puedan practicarse en forma eficiente, deben tener por objeto hechos *permanentes*, o sea, que tanto los peritos como el juez puedan apreciarlos en cualquier momento, más estos dos medios probatorios resultan inadecuados o inoperantes en relación con hechos transitorios, como sucede con los elementos de violencia realizados en la comisión de este delito de robo, porque los peritos ni el investigador estaban en capacidad de verificar la desaparición de los dos candados que aseguraban la puerta que daba acceso a la autopista, ni en relación con la ventana que fue abierta para penetrar al teatro, o sea, dos hechos que, como transitorios, no podían ser objeto sino de la prueba testimonial, porque era necesario establecer una relación entre el modo como estaban tanto la ventana como la puerta antes del hecho ilícito y cómo aparecieron después.

Por tanto, no se han violado los arts. 293, 298 y 311 del C. de P. P., ya que existen otros

medios probatorios, como la prueba testimonial, hábiles e idóneos para establecer los elementos esenciales que integran el cuerpo del delito de robo, porque este medio probatorio, como la inspección ocular con intervención de peritos, tienen por objeto hechos que puedan ser percibidos por los sentidos, pues el art. 215 del C. de P. P., dice: "El acta de inspección ocular hace plena prueba respecto de *los hechos y circunstancias sujetos a los sentidos externos y observados personalmente por el juez y los testigos o los peritos* que hayan intervenido y la suscriban". (Subraya la Sala).

V) *Segundo cargo.*—El segundo cargo contra la sentencia recurrida se refiere a la imputación y responsabilidad de Quiceno Quiceno, "a quien, dando por bueno que hubo un delito de robo, se lo condenó por ese hecho sin que los autos acrediten la autoría o participación en el ilícito, todo por violación indirecta de la ley penal sustantiva, es decir, por error valoratorio de los elementos de juicio que el proceso comporta".

Sostiene el apoderado de Quiceno que no existe contra su representado "imputación directa por la autoría" sino que su vinculación al proceso y su posterior condenación provinieron de ciertas circunstancias, "a modo de indicios, que los falladores no solo sobrevaloraron errada e indebidamente, sino que los desviaron en su contenido y alcance hasta desfigurar la verdad material del proceso . . .".

Transcribe, en primer lugar el informe de los agentes del DAS de fecha 12 de abril de 1961 (fs. 7 y 8), para que se tome nota de las explicaciones que se atribuyen a Sandoval, que no concuerdan con las fechas allí mencionadas, así como la "facturación falsa (sic) del equipo tuvo que ser posterior a la captura de Quiceno".

Dice que el testigo de cargo Julio Rómulo Sandoval Idrobo, con antecedentes judiciales por él mismo reconocidos en la indagatoria, dió al principio una versión más o menos acomodada a lo que dice el informe de los agentes del DAS, al afirmar que Quiceno "llegó a su casa con el equipo de cine que le confesó haberlo robado al Seminario". Transcribe a continuación lo dicho por Sandoval en su indagatoria en relación con su pretendida cooperación con el cabo Cruz, encaminada a descubrir a dónde había llevado Quiceno el aparato de cine después de que lo retiró de casa de aquél.

También menciona la diligencia de careo entre Sandoval y Quiceno, llevada a efecto el 3 de junio de 1964, para poner de manifiesto la contradicción entre lo que Sandoval afirmó en su indagatoria con lo que expuso en esta diligencia en el sentido de que no conocía el contenido de las cajas llevadas por Quiceno; y que éste, a su vez, sindicó al propio Sandoval como posible autor del robo al Seminario.

Se refiere también a que Pedro Antonio Cruz, dragoneante de la policía, "a quien dijo aquel (Sandoval) haber ayudado en la investigación del robo del equipo de cine, lo desmiente categóricamente", y al efecto transcribe varios apartes del testimonio del dicho agente.

También alude a que el equipo de cine se decomisó en lugar distinto al en que fue capturado Quiceno, pues aquél se encontró en la casa de José María Varona, mientras la detención de éste se efectuó en la lavandería de Octaviano Granja.

Por fin alude a que Quiceno negó toda participación en el delito y aun trató de probar una coartada, como advierte, asimismo, que "la hoja prontuarial de fls. 49 da cuenta de los antecedentes judiciales y de policía, pero no hay en los autos copia alguna de las sentencias condenatorias", proferidas contra Quiceno.

Dice textualmente el recurrente:

"Con los elementos de prueba acerca de la responsabilidad de Quiceno Quiceno, por el delito de robo, apreciados por las instancias para la condenación, no es procesalmente factible decir que el sentenciador tuvo para su decisión los presupuestos del artículo 203 del C. de P. P., y en este aspecto el Tribunal incurrió en error grave, al estimar plenamente demostrada la responsabilidad de Quiceno.

"Consistió el error de hecho (o probatorio) grave en estas indebidas estimaciones, conforme a derecho:

"a) Haber dado crédito a la mendaz afirmación de Sandoval de que Quiceno le dijo haberse robado el equipo de cine del Seminario, cuando aquel sindicado fabulador negó posteriormente lo que primero había aseverado, e ideó otras versiones, también contradichas por el agente Cruz, quizá con el propósito de eludir la imputación muy concreta de haber estado tratando de conseguir una factura simulada para vender el equipo, que bien pudo ser robado por Efraín Zúñiga, o por éste y

Sandoval, hecho que en todo caso no hay forma legal de atribuír a Quiceno, y menos con el tenebroso testimonio de Sandoval, cuyo examen crítico autoriza negarle la más mínima credibilidad;

"b) Dar por hecho cierto que a Quiceno le fue decomisado el equipo de cine, cuando otra cosa enseñan los autos, a efecto de hacer obrar irregularmente la presunción creada por el artículo 221 del C. de P. P., presunción que, aunque se aceptara el hecho del decomiso no sería de recibo porque la prueba de condenación anterior (judicial) no puede ser otra que la copia de las sentencias, con la identificación y la constancia de su carácter «irrevocable».

"c) Dar por demostrado, con el solo testimonio de Sandoval, la comisión del hecho por parte de Quiceno, en las circunstancias propias del robo, no simple sino calificado.

"3º—Si respecto al primer motivo de acusación al fallo del Tribunal creo haber demostrado el error esencial en cuanto a la evaluación de los elementos de prueba sobre el cuerpo del delito, ninguna duda hay, en lo que toca con los elementos demostrativos de la imputabilidad y responsabilidad, en los que erró el sentenciador violando los artículos 203, 204, 221, 224 y pertinentes del C. de P. P., para a través de esa violación quebrantar, como ya se expresó para el primer cargo, los artículos 202 y 204 del C. P., principales normas sustantivas a que se contrae la demanda de casación". (fs. 18 y 19 C. No. 3º).

VI) *Réplica del procurador delegado.* — Principia por afirmar que el informe de los detectives Nos. 2080 y 2062 (fs. 7), cuyo valor probatorio determina el art. 65 del D. No. 1717 de 1960, relacionado con la investigación para descubrir la autoría del delito de robo, resultó confirmado con las declaraciones de Rómulo Sandoval Idrobo y Octavio Granja, a quienes Quiceno encargó el equipo robado, con la circunstancia que al primero de los nombrados le confesó haberlo sustraído del Seminario de Popayán.

Advierte que si es verdad que en las declaraciones de Sandoval Idrobo existen algunas contradicciones, con el fin de desvirtuar el cargo de encubrimiento por las gestiones hechas para conseguir la factura en blanco y haber recibido el equipo de cine en su casa; "pero en lo que se refiere a la imputación formulada a Quiceno no aparece desacuerdo, pues la parte final de la indagatoria dijo:

"«El único autor de ese delito es el señor JAIRO DE JESUS QUICENO QUICENO, ya que el mismo me lo dijo que él se había entrado al seminario por una ventana y que se había comido hasta tocino ya que no había nadie en dicho establecimiento y que había hecho varios viajes, y que se había hasta pelado la espalda todo eso me lo dijo Quiceno». (fl. 24 del cuaderno principal)".

Aún en el supuesto de que se desechara en su totalidad el testimonio de Sandoval Idrobo, dice el procurador delegado, quedará en pie el testimonio de Octavio Granja que ratifica lo expuesto por los agentes del DAS; y se robustece con el hecho de haber hallado el equipo robado en poder de Quiceno, "si no físicamente en su poder, sí bajo su disponibilidad jurídica, facultad que iba a ejercer cuando fue capturado por los representantes de la autoridad", como se demuestra con las declaraciones de Octaviano Granja y de José María Varona (fs. 51 y 52).

Después de hacer mención de la fuga de Quiceno de los calabozos del permanente de Popayán, se refiere a sus antecedentes penales según la hoja prontuarial, en la cual, en el lapso de 10 años le aparecen siete sindicaciones por delitos contra la propiedad y que por uno de ellos fue condenado como él mismo lo admite en su indagatoria y se deduce de la atestación que obra en el folio 141; sin embargo, como no se trajo copia de la sentencia, no puede aplicarse la presunción prevista en el art. 221 del C. de P. P.

"Existiendo, termina el procurador delegado, en el proceso la prueba plena de la responsabilidad de Jairo de Jesús Quiceno como autor del delito de robo, el cargo formulado contra la sentencia que lo condenó no prospera".

VII) *Consideraciones de la Sala.*—El cargo que se hace a la sentencia de segunda instancia consiste en el "error valorativo de los elementos de juicio que el proceso comporta"; pero es obvio advertir que los "elementos de juicio" a que se refiere el recurrente atañen a un error de derecho en la apreciación de la prueba por violación de las normas que regulan su estimación; más no resulta demostrado este motivo por las razones que se exponen a continuación.

1º—En primer término no se ha hecho observación alguna en cuanto concierne a la

idoneidad de las pruebas, ni respecto de su conducencia ni a la forma o modo como se recibieron en el proceso ni a la violación de ninguna disposición de rito que pudiera afectar la validez de alguno de los medios probatorios del juicio.

2º—Aún cuando el abogado recurrente dice que el sentenciador de instancia "incurrió en grave error" en la estimación de las pruebas encaminadas a demostrar la responsabilidad de Quiceno, debe entenderse que se refiere a un error de derecho en la estimación de aquellas; en consecuencia, el art. 203 del C. de P. P., como norma de carácter general, no puede ser violada sino en forma indirecta, en cuanto el juez haya quebrantado la respectiva norma que fija su estimación legal, si existiere, pues así lo enseña el art. 204 del mismo Código: "En los procesos penales las pruebas se apreciarán por su estimación legal".

3º—En este proceso aparecen estimadas, para demostrar la responsabilidad de Quiceno, varios testimonios, es decir, que para poner de manifiesto el error de derecho en su apreciación debe considerarse el valor probatorio que la ley atribuye a esta clase de medio probatorio, o sea, debe estudiarse si el art. 224 del C. de P. P., citado por el recurrente, ha sido desconocido por el juzgador de instancia.

De acuerdo con la disposición citada, el legislador no le fijó un valor determinado al testimonio, ni en relación con el número de declarantes, ni en cuanto al contenido, pues dijo que al juez "corresponde apreciar razonadamente su credibilidad, teniendo en cuenta las normas de la crítica del testimonio, y especialmente las condiciones personales y sociales del testigo, las condiciones del objeto a que se refiere el testimonio, las circunstancias en que haya sido percibido y aquellas en que rinda la declaración". En otras palabras, corresponde al juez de instancia apreciar los testimonios en forma soberana, sin que le sea lícito a la Corte de Casación sustituír por su criterio el que se formó aquel en el estudio y apreciación de las declaraciones que obran en el proceso; por esto, no son errores de derecho aquellos en que pudieran incurrir los sentenciadores de instancia "al analizar y ponderar las declaraciones de los testigos en que se apoyan sus conclusiones".

Por tanto, como no existe una estimación legal de la prueba testimonial en el C. de P. P., como sí lo hace el C. de P. C. (art. 697 del C. J.), mal puede considerarse como violado el art. 224 del Código primeramente mencionado, que el recurrente citó o invocó sin mayores explicaciones ni demostraciones para poner de manifiesto el *error de derecho* en que hubiera incurrido la sentencia acusada al apreciar como plena prueba de la responsabilidad de Quiceno con fundamento en los testimonios de Julio Rómulo Sandoval Idrobo, Octaviano Granja y Jesús María Varona.

4º—Además de los testimonios últimamente citados, existen varios informes de los agentes del DAS que intervinieron en la investigación para descubrir el responsable y decomisar el equipo de cine objeto del delito de robo, el cual si físicamente no fue hallado en poder de Quiceno, sí se encontró en el aposento de Granja, en donde lo depositó aquel, como atinadamente lo observa el procurador segundo delegado, a quien le ha correspondido colaborar en este proceso.

El art. 65 del Decreto No. 1717 de 18 de agosto de 1960, dispone, en cuanto a valor probatorio de tales informes: "Los Detectives del Departamento Administrativo de Seguridad rendirán sus informes bajo la gravedad del juramento, sin que sea necesaria la ratificación posterior, y no serán sometidos a careos con las personas a quienes formulen cargos. La fuerza probatoria de tales informes será de libre apreciación por parte de los Jueces, respecto de los hechos o circunstancias que los informantes hayan conocido por declaración de terceros, o que sean deducidos por criterio personal". (D. O., No. 30307).

Como se ve, expresamente el artículo copiado dejó a la libre apreciación del juez el valor probatorio de tales actos, no solo respecto de los hechos percibidos por los detectives sino de los conocidos por declaraciones de terceros y por deducción personal de ellos, o sea, por testimonio deductivo; por tanto, esta prueba de libre apreciación para el juez, no puede ser objeto del cargo de error de derecho en su apreciación, porque ésta como la testimonial, no están estimadas por la ley en forma imperativa y obligatoria para los juzgadores de instancia.

Por otra parte, el artículo 65 del Decreto-Ley citado no fue invocado en la demanda; y por tanto, mal se podría en casación, sin este indispensable requisito, desestimar el mérito probatorio de tales informes dando por violado, oficiosamente, la mencionada disposición.

5º—Bastaría lo expuesto para desechar la demanda de casación, sin embargo, se procede a estudiar la violación del art. 221 del C. de P. P. que contiene una presunción legal "de que una persona es responsable del delito de robo o hurto, el hecho de encontrarse en su poder la cosa robada o hurtada, o el de haberla enajenado con posterioridad a su sustracción ilícita, siempre que esa persona haya sido anteriormente condenada en sentencia irrevocable por un delito contra la propiedad".

En el proceso, quizá por una notoria negligencia de los funcionarios, no se allegó copia de la sentencia o de otro documento público fehaciente, pero la atestación de la Asesoría Jurídica de la Cárcel de Popayán (fs. 141), unida a la hoja prontuarial de 26 de julio de 1962 (fs. 49), si no son suficientes para declarar probada la presunción prevista en tal disposición, sirve cuando menos para fundar un grave indicio que el sentenciador de instancia podía apreciar, si bien, como se dijo antes, este medio probatorio no es indispensable en este caso porque existen otros, en los cuales los jueces de instancia encontraron la plena prueba de la responsabilidad de Quiceno en el delito de robo que se le imputa.

6º—Si bien en casación resulta impertinente entrar a "analizar y ponderar los testimonios", no está por demás observar:

a) Como lo dice el procurador segundo delegado, la afirmación de Rómulo Sandoval Idrobo respecto de la imputación hecha a Quiceno sobre el robo del equipo de cine, no fue jamás rectificada; por el contrario, en el careo con Quiceno dijo: "Lo que dije en mi indagatoria es la verdad, pues lo que pasa es que desde la fecha ya no me acuerdo de todo"; y realmente fue indagado el 26 de abril de 1961 y el careo se llevó a efecto el 3 de junio de 1964 (fs. 21, 22, 103 C. No. 1º).

b) Según las referencias contenidas en las indagatorias, Sandoval Idrobo estuvo detenido por homicidio, aún cuando tampoco existe copia de la respectiva sentencia condenatoria.

c) Quiceno Quiceno no adujo ningún hecho en su descargo, y aún cuando manifestó que Sandoval era su enemigo, ninguna prueba se adujo para demostrar esta tacha, así como tampoco comprobó la coartada con el fin de establecer la imposibilidad física para la comisión del delito.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Popayán el 29 de julio de 1965 y que ha sido recurrida en casación por el apoderado de Jairo de Jesús Quiceno Quiceno.

Notifíquese, cópiese y devuélvase al Tribunal de origen.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo, Luis Carlos Zambrano.

Pioquinto León L., Secretario.

DELITO DE ROBO.- CAUSAL SEGUNDA DE CASACION

Planteamiento de situaciones jurídicas incompatibles y opuestas respecto de la responsabilidad penal y la responsabilidad agravada.- Técnica de casación.- Criterios del demandante y del fallador en la apreciación de pruebas.- La Corte no puede entrar al estudio de causales que no han sido alegadas pues su campo está limitado estrictamente por la demanda.

1.- En esta demanda se plantean a la Corte, como fundamento de la causal segunda invocada, dos situaciones jurídicas incompatibles y opuestas, como son la falta de responsabilidad penal y la responsabilidad agravada.

Si se acepta la primera, se llega necesariamente a la absolución del procesado, por no haberse demostrado la responsabilidad penal del mismo en el hecho que se le imputa; si se admite la segunda, será de toda necesidad sostener la condenación, pero no de cualquier manera, sino con una reformatio in pejus.

Cuando en casación se proponen, aunque sea en forma subsidiaria, cargos incompatibles, no es el recurrente quien señala con precisión la disposición legal infringida, sino que sería la Corte la que tendría que elegir entre dos proposiciones opuestas, lo cual no puede hacer dada la naturaleza del recurso extraordinario de casación, en el que su facultad decisoria queda circunscrita por las precisas solicitudes de la demanda, la que no puede enmendar, ni corregir, supliendo sus defectos o deficiencias.

En una demanda de casación perfectamente se puede sostener y tratar de demostrar que el reo condenado en la sentencia recurrida es completamente irresponsable, por tales o cuales razones. Pero sería perfectamente ilógico sostener: que el reo es irresponsable, pero si esa situación no se acepta por la Corte, sería responsable, aunque en forma atenuada, por las mismas razones.

2.- Cuando se impugna la sentencia con base en la causal segunda de casación, no basta un simple alegato tendiente a demostrar que hubo equivocación en la apreciación de las pruebas hecha por el Tribunal de instancia. Preciso es que se indique, con mejores bases que las señaladas por el fallador, que éste ha incurrido en un error protuberante o grave porque se desconoció totalmente el valor que las pruebas tenían o bien porque se dió a ellas un valor del cual carecían realmente. "La disparidad de criterios entre el Juez y el Tribunal no indica, ni mucho menos, que el primero esté en la verdad y el segundo en el error; Como no debe pensarse tampoco que el concepto del demandante contrapuesto al del Tribunal, venga a demostrar, de modo evidente, que la interpretación de la prueba dada por el sentenciador, vaya contra la lógica, se aparte fundamentalmente de la verdad e implique, por lo mismo, una notoria e irrefragable violación de la ley".

Es natural que el criterio del demandante, en la apreciación de la prueba, se encuentre en oposición con el criterio que guió al fallador. Pero de ello no se sigue, necesariamente, que deba prevalecer aquél. Y solo cuando la censura alcanza a señalar el error manifiesto en que se haya podido incurrir, es admisible la causal.

3.- Cuando se habla de violación directa de la ley penal sustantiva, "por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma", no se trata de la causal segunda, sino de la primera,

"y como ésta no fue alegada por el recurrente, la Corte no podía entrar a su estudio, ya que su campo está limitado estrictamente por la segunda, sin que le sea dado hacer correcciones a ella o examinar causales de casación que no fueron invocadas".

Corte Suprema de Justicia, — Sala de Casación Penal. — Bogotá, dieciocho de febrero de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Samuel Barrientos Restrepo).

VISTOS:

Procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal del Tribunal Superior de Cúcuta contra la sentencia dictada por esta Corporación, el 7 de abril de 1965, en la cual condena a Víctor Guevara o Daniel García, a tres años de prisión, por el delito de robo en bienes de la Parroquia de Sardinata, hecho ocurrido en la noche del 19 al 20 de agosto de 1964.

Esta sentencia revocó la absolutoria proferida por el Juzgado Segundo Penal de Cúcuta el 23 de febrero del año pasado.

ANTECEDENTES

Los hechos son estos:

De la Iglesia Parroquial de Sardinata desaparecieron, en la noche del 19 al 20 de agosto de 1964, algunos accesorios de un equipo amplificador. La persona que se apoderó de ellos, debió escalar un muro, según se desprende de la diligencia de inspección ocular practicada al sitio en donde se cumplió el robo.

Del hecho se dió cuenta, en la madrugada del 20 de agosto, el señor Vicente Guarín Rivera, sacristán de la mencionada Iglesia. Este puso el caso en conocimiento de las autoridades, las que capturaron, a poco, a un sujeto que dijo llamarse Víctor Guevara o Daniel García, el que llevaba consigo los objetos robados.

Adelantada la investigación, se dio término a ella con la sentencia absolutoria de primer grado, la que fue revocada por el Tribunal, en el fallo que es motivo del presente recurso, interpuesto, como se indicó antes por el Agente del Ministerio Público.

DEMANDA DE CASACION

Se aduce contra la sentencia del Tribunal Superior de Cúcuta, la causal segunda de casación, descrita por el artículo 567 del C. de P. P.

Con base en ella se hacen dos cargos contra el fallo, así:

"Primer cargo.—Incurrió el Tribunal en un error de hecho, y violó indirectamente la ley sustancial, al apreciar la prueba de responsabilidad, porque la consideró demostrada sin que obre en el proceso la prueba plena o completa de que el sindicado Víctor Guevara o Daniel García cometió el delito de robo en bienes de la Parroquia de Sardinata".

"Segundo cargo.—En el supuesto caso de que se reúnan los requisitos para dictar sentencia condenatoria, cabe formular contra ella el cargo de haber sido equivocada la pena que le impuso el Tribunal al procesado, porque estando acreditado que el robo se cometió con escalamiento de muros, no se tuvo en cuenta este agravante para sancionarlo de acuerdo con el artículo 404 del C. P. y lo sancionó conforme al artículo 2º de la Ley 4ª de 1943".

La demanda termina con la solicitud de que se "invalide la sentencia recurrida y dicte el fallo que debe reemplazarla".

CONCEPTO DEL SEÑOR PROCURADOR

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, con base en el artículo 3º del Decreto Legislativo No. 1154 de 1954, se "abstiene de hacer uso en esta ocasión de la facultad de que trata la norma precitada".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1º—En esta demanda se plantean a la Corte, como fundamento de la causal invocada, dos situaciones jurídicas incompatibles y opuestas, como son la falta de responsabilidad penal y la responsabilidad agravada.

Si se acepta la primera, se llega necesariamente a la absolución del procesado, por no haberse demostrado la responsabilidad penal del mismo en el hecho que se le imputa; si se admite la segunda, será de toda necesidad sostener la condenación, pero no de cualquier manera, sino con una reformatio in pejus.

Esta situación de peticiones incompatibles fue estudiada por la Corte, en pasada ocasión, sentencia de 8 de junio de 1963— y entonces se dijo:

"Planteamientos como los que se presentan

en la demanda que se comenta han sido rechazados por esta Sala por los motivos que se copian a continuación:

"Uno de los requisitos que debe reunir toda demanda de casación, de conformidad con el artículo 531 del C. Judicial, aplicable también a la casación penal, es el que se indiquen en forma *clara y precisa* los fundamentos de la causal o causales invocadas; pero este requisito no se cumple cuando se proponen motivos de impugnación que necesariamente entrañan el planteamiento de situaciones o soluciones incompatibles, que recíprocamente se destruyen, ya que este planteamiento crea duda acerca de su verdadera existencia, pues la proposición de primer término descarta la de segundo término, y a su vez ésta descarta a aquélla.

"Por esto, cuando en casación se proponen, aunque sea en forma subsidiaria, cargos incompatibles, no es el recurrente quien señala con precisión la disposición legal infringida, sino que sería la Corte la que tendría que elegir entre dos proposiciones opuestas, lo cual no puede hacer dada la naturaleza del recurso extraordinario de casación, en el que su facultad decisoria queda circunscrita por las precisas solicitudes de la demanda, la que no puede enmendar, ni corregir, supliendo sus defectos o deficiencias.

"En una demanda de casación perfectamente se puede sostener y tratar de demostrar que el reo condenado en la sentencia recurrida es completamente irresponsable, por tales o cuales razones. Pero sería completamente ilógico sostener: El reo es irresponsable, pero si esta situación no se acepta por la Corte, sería responsable, aunque en forma atenuada, por las mismas razones.

"La acertada valoración de los mismos hechos o pruebas del proceso lógicamente no puede conducir a demostrar, a la vez, que el reo es completamente irresponsable, o en subsidio, que sí es responsable, aunque con responsabilidad atenuada".

Esto sería suficiente para que la Sala desechara el recurso. No obstante, se harán algunas consideraciones ya en concreto, sobre los cargos propuestos.

2º—La sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta contra Víctor Guevara o Daniel García, trae este razonamiento:

"Tanto el cuerpo del delito, como la responsabilidad en el «robo» perpetrado en la Iglesia de Sardinata, están probados plenamente en los autos, con los indicios surgidos de la declaración de Vicente Guarín Rivera, sacristán de la Iglesia, la constancia del Alcalde Municipal y su secretario, como la Inspección o acta de avalúo de los bienes sustraídos, el encuentro sorpresivo en las afueras de la población, salida de Sardinata hacia Cúcuta, momentos después del robo y sobre todo, el haberle encontrado la autoridad al requisar al sindicado Víctor Guevara o Daniel García, "la paca que contenía parte del equipo de amplificadores del templo parroquial. Un elevador marca Acme Electric serial No. T-10307 de 350 voltios Amperes, 50-60 ciclos, 115 voltios con su correspondiente cable. Una fuente poder al parecer de fabricación casera, un micrófono con 15 metros de cable y sus enchufes. Se encontró también dentro de la paca: Un puñal de fabricación casera con funda; un punzon de acero de fabricación casera". (fl. 15 del segundo cuaderno).

A ello arguye el recurrente que la declaración de Guarín Rivera "no acredita ningún hecho del cual se infiera lógicamente la imputabilidad y consiguiente responsabilidad del procesado", pues aquél dice "que no sospechaba de nadie".

Luego, tampoco tiene valor el hecho de haberse encontrado el procesado, pasadas algunas horas después del robo, pues solo conociendo el instante preciso en que el delito se cometió, podría decirse que Guevara o García fue capturado "momentos después".

En tercer lugar, afirma la demanda, que "la explicación dada por el procesado no fue desvirtuada en el proceso", no es "inverosímil, porque es posible", es "clara y sencilla" y no envuelve contradicciones.

Finalmente, para el Agente del Ministerio Público no tiene mayor importancia el hecho de que se hubieran encontrado los objetos robados en poder del procesado, pues no existe constancia de que éste hubiera sido condenado anteriormente por delitos contra la propiedad.

Así fue desarrollado el primer cargo, al cual responde la Corte:

Cuando se impugna una sentencia con base en la causal segunda de casación, no basta un simple alegato tendiente a demostrar que hubo equivocación en la apreciación de las pruebas hechas por el Tribunal de instancia. Pre-

ciso es que se indique, con mejores bases que las señaladas por el fallador, que éste ha incurrido en un error protuberante o grave, porque se desconoció totalmente el valor que las pruebas tenían o bien porque se dió a ellas un valor del cual carecían realmente. "Porque si el Tribunal ha realizado un juicioso análisis de la misma, no sería procedente que en la revisión que conlleva el recurso de casación se desconociera la facultad discrecional que la ley otorga a los jueces para que de conformidad con los principios que informan la teoría general de la prueba, sobre la que está estructurada la legislación vigente en relación con la prueba criminal, valoren los elementos de juicio y concluyan dando preferentemente más fuerza a unos que a otros, facultad que no es posible desconocer a los falladores sin riesgo de desvertebrar el principio en que se fundamenta la libre apreciación, atemperada por la tarifa legal, siempre que dentro de ésta se encuentre bases para hacer viable el criterio de la verdad legal-moral en que aquella se sustenta". (Sentencia de 10 de febrero de 1961).

En sentencia más reciente —7 de agosto de 1964— se dijo:

"La disparidad de criterios entre el Juez y el Tribunal, no indica, ni mucho menos, que el primero esté en la verdad y el segundo en el error. Como no debe pensarse tampoco el concepto del demandante, contrapuesto al del Tribunal, venga a demostrar, de modo evidente, que la interpretación de las pruebas dada por el sentenciador, vaya contra la lógica, se aparte fundamentalmente de la verdad e implique, por lo mismo, una notoria o irrefragable violación de la ley".

Esta doctrina ha sido constante en la Corte, por lo cual sería inútil citar más fallos sobre el particular. Es natural que el criterio del demandante, en la apreciación de la prueba, se encuentre en oposición con el criterio que guió al fallador. Pero de ello no se sigue, necesariamente, que deba prevalecer aquél. Y solo cuando la censura alcanza a señalar el error manifiesto en que se haya podido incurrir, es admisible la causal.

Sin necesidad de entrar al análisis minucioso de las pruebas examinadas por el Tribunal de Cúcuta, conviene afirmar que para éste los varios indicios analizados, unidos entre sí, tuvieron la fuerza suficiente a aceptar la responsabilidad penal de Guevara o Garcia. En cambio, para el autor de la demanda, tales indicios, examinados independientemente los unos de los otros, no son suficientes a probar que el procesado sea el autor del delito investigado. Con ello no se llega a la conclusión de que el sentenciador esté en un error esencial en cuanto a la apreciación de los hechos.

Por lo cual se concluye que el cargo no es procedente.

2º—El segundo cargo no trata, ni remotamente, de impugnar la apreciación de las pruebas. Por el contrario: se admite que está "acreditado que el robo se cometió con escalamiento de muros". Se estima, en cambio, que hubo violación de la ley penal sustantiva, "por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma".

Tal acusación sería admisible con invocación de la causal primera, y como ésta no fue alegada por el recurrente, la Corte no podrá entrar a su estudio, ya que su campo está limitado estrictamente por la demanda, sin que le sea dado hacer correcciones a ella o examinar causales de casación que no fueron invocadas.

Por ello, y por lo indicado en el numeral 1º de estas consideraciones, se tiene por improcedente el cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación de que se trata y ordena devolver el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Insértese en la *Gaceta Judicial*.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Primitivo Vergara Crespo, Julio Roncallo Acosta, Efrén Osejo Peña, Luis Carlos Zambrano.

Pioquinto León L., Secretario.

REPRESENTACION LEGAL DE LOS MENORES.- LA CAUSAL SEGUNDA DE CASACION PENAL EN JUICIOS CON INTERVENCION DEL JURADO

Las irregularidades que se cometan o puedan cometerse en la designación de apoderado o de defensor de menores, no son vicios constitutivos de nulidad.- Nulidades legales y nulidades constitucionales.- Correcta interpretación de la Carta.- La Corte reitera la tesis de que en los juicios en que interviene el Jurado no es pertinente la causal 2a prevista en el aparte 2o del numeral 1o del art. 56 del Decreto-Ley No 528 de 1964.- Libertad del tribunal popular para apreciar las pruebas.- El veredicto como base insustituíble de la sentencia.- Su contraevidencia está reservada al Juez y al Tribunal por los arts. 537 y 554 del C. de P.P.- Razones por las cuales el veredicto contraevidente no está erigido en causal de casación.- Circunstancias de mayor peligrosidad en la ejecución del homicidio agravado cometido en mutua complicidad.- Graduación de la pena imponible.

1.- El art. 104 del C. de P.P. contempla dos eventos: el nombramiento de curador al procesado menor de 21 años que carezca de representante legal, y el nombramiento de apoderado, "el cual será designado por el representante legal del menor". Lo que quiere decir que uno u otro, o el mismo para desempeñar los dos cargos, pueden 'nombrarse', el curador por el Juzgado o aún por el investigador o por el menor, y el defensor por el menor si no hay representante legal.

Sobre la representación de los menores cabe repetir lo que ya en otras oportunidades ha dicho la Corte: "Lo interesante es que el menor esté asistido por un representante legal, pero deducir nulidades por el solo hecho de que el apoderado no fue designado por el representante legal o por el curador ad litem, sería extremar el rigor de la ley y sacrificar el aspecto sustancial del precepto al contenido material del mismo. Las irregularidades que se cometan o puedan cometerse en la designación de apoderado o defensor no son vicios constitutivos de nulidad. Otra cosa sería si el menor careciere en absoluto de una persona que lleve su personería para su defensa. En este caso, como así lo ha reconocido la Corte, sí prospera la nulidad deducida del principio constitucional del art. 26 (de la Constitución) por ausencia de defensor que asuma la personería del menor". (Sentencias de 28 de junio de 1949 y de 2 de diciembre de 1965).

2.- Insiste la Corte en sostener la tesis de que en los juicios en que interviene el Jurado no es pertinente la causal segunda de casación prevista por el art. 567 del C. de P.P., hoy reemplazada por el aparte 2o del numeral 1o del art. 56 del Decreto-Ley 528 de 1964, cuyos términos enlazan, con la violación de la ley penal sustantiva, la apreciación errónea o la falta de apreciación de determinada prueba, siempre que se demuestre haberse incurrido en error de derecho o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos.

Bien se mire el problema a la luz de una u otra de las disposiciones que acaban de citarse, debe concluírse que el estudio de esa causal comporta la necesidad de analizar las probanzas del proceso para evidenciar, con razones mejores que las del sentenciador, que la conclusión de éste es equivocada, de tal suerte que no se trate simplemente de oponer un criterio —el del impugnador— a otro diferente —el de la senten-

cia acusada— sino que se demuestre, sin lugar a dudas, que se ha cometido un error manifiesto, protuberante, porque se han contrariado los principios jurídicos y filosóficos que informan la sana crítica probatoria.

Pues tratándose, como se trata, en materia penal, de justipreciar elementos de prueba cuya valoración no está sometida a un estricto catálogo legal y cuyo poder de convicción no emana de reglas matemáticas, es lógico que la persuasión que aportan a los falladores de instancia, solo puede combatirse con éxito, en casación, demostrando plenamente un error tal en la apreciación del acervo probatorio que su discordancia con la verdad no aparezca de simples apreciaciones más o menos subjetivas del impugnador sino que provenga de una realidad objetiva indiscutible.

Lo anterior aplicable a la causal segunda del art. 567 del C. de P.P., se dice en tesis general. Mas tratándose de juicios en que interviene el Jurado, existen variantes apreciables como en seguida se verá.

Con los elementos demostrativos del cuerpo del delito y de la responsabilidad a que se refiere el art. 429 del C. de P.P., se dicta auto de proceder.

Conforme a dicho auto se someten al Jurado los cuestionarios del caso, redactados en armonía con él (art. 28 de la Ley 4a de 1943), y "la sentencia se hará de acuerdo con la calificación que éste dé a los hechos sobre los cuales ha versado el debate" (art. 480 del C. de P.P.).

Esta calificación, que tiene su raíz primordial en el llamamiento a juicio, la hace el tribunal popular según el dictado de su "personal conciencia" y atendiendo a su "convicción íntima sobre los hechos respecto de los cuales se interroga", lo que vale decir que el Jurado puede atribuírle a una prueba un valor que las reglas jurídicas y de filosofía probatoria le desconocen, o negarle un valor adscrito a ellas por normas legales o principios científicos sobre la materia, o no tomarlas en cuenta, porque para su convicción íntima puede ser desechable una que legalmente esté acreditada en el proceso. El Jurado, v. gr., puede preferir el dicho de un sindicado que, fundadamente, estima sincero, al dicho de varios testigos en quienes su conciencia advierta un interés de falsear la verdad, o puede rechazar un peritazgo, formalmente perfecto, porque su convicción íntima lo lleve a creer que los peritos, por algún interés, dieron dictamen desechable.

Vale, entonces, afirmar que el veredicto del Jurado, base insustituíble de la sentencia, y por consiguiente ésta, no son vulnerables por los motivos que enpresa el art. 567 del C. de P.P., sintetizados en las palabras del estatuto de 1964 sobre casación penal, porque entonces se contrariaría esa libertad del tribunal popular para apreciar las pruebas, nacida del claro texto de la ley.

Ni puede afirmarse, en consecuencia de lo anterior, que un veredicto desprovisto de fundamento debe acatarse. Las normas procesales han establecido, al efecto, que si apareciere claramente contrario a la evidencia de los hechos así lo declarará el Juez y consultará su decisión con el Tribunal, la que debe prosperar si "no hay en el proceso elementos de prueba que hayan permitido anclar una decisión". Pero los elementos de convicción que el Jurado aprecia en conciencia no pueden sopesarse por los jueces de derecho, para fundar la contraevidencia de un veredicto, en reglas jurídicas sobre técnica probatoria, puesto que ésto sería oponer un criterio objetivo a una persuasión de conciencia. Sólo deben parar mientes en su ausencia.

Esta declaración de contraevidencia del veredicto está reservada al Juez y al Tribunal por ministerio de los arts. 537 y 554 del Código de Procedimiento Penal. No se ha establecido como causal de casación, por la razón clarísima de que evaluados los hechos y las probanzas por el Jurado y admitida la realidad del veredicto por los falladores, mal podría someterse el examen de la legalidad del fallo —objeto propio de la casación— a una tercera instancia que desvirtúa la fisonomía misma de este recurso extraordinario, pues se haría prevalecer un simple punto de vista, en la valoración de los elementos de juicio, contra otra convicción —la del Jurado— que, si

fundada en elementos probatorios simplemente existentes, es soberana.

Y no se diga, como lo hace el impugnador, que donde la ley no distingue no es lícito distinguir, porque la doctrina que hoy se reitera no establece tal distinción sino que armoniza los diversos textos de la ley, a fin de que no se desvirtúe la función del Jurado ni la naturaleza misma de la casación.

Desde luego, son muy respetables los conceptos adversos a la tesis de la Corte; pero cabe observar que su sola autoridad no es bastante a rectificarla, ni la pretendida interpretación histórica, hecha por un miembro de la Comisión Redactora del Código de Procedimiento Penal, es suficiente para olvidar que la necesaria concordancia de las normas procedimentales, para mantener la inexorable lógica en el desarrollo de las diversas etapas del proceso penal, deba ceder el campo al inicial pensamiento de uno de tales redactores, porque la interpretación sistemática que se ha hecho busca, precisamente, que el contexto armónico de la ley responda a la integridad de todos los principios que guían la aplicación del derecho.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veintiséis de febrero de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

Pedro Estrella Jiménez, Aníbal Estrella Cortés, Pascual Estrella Cortés, Onofre Estrella Cortés y César Triana interpusieron recurso de casación contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el veintiocho (28) de mayo de mil novecientos sesenta y tres (1963) mediante la cual esa entidad confirmó en todas sus partes la proferida por el Juzgado Décimo Superior de dicha ciudad el veintitrés (23) de julio del año anterior.

Los tres primeros fueron condenados a la pena principal de dieciocho (18) años de presidio; los tres últimos, a dieciséis (16) de la misma sanción, y todos a las accesorias correspondientes y a la indemnización de los perjuicios causados por el delito, que fue el de homicidio (asesinato), perpetrado en la persona de Carlos Abril Núñez.

LOS HECHOS

Los relata el Juez a-que de la siguiente manera:

"En las horas de la noche del veintiséis de mayo de mil novecientos cincuenta y nueve, Carlos Abril Núñez acompañado de algunos familiares y amigos, con quienes había departido cordialmente en asuntos diferentes de poca importancia, se disponía a regresar a su casa, situada en la Vereda de «Las Varas», de comprensión municipal de Ricaurte (Cund.). Cuando caminaban en esa dirección, pero sin salir aún de la Vereda de «Llano de Pozo», donde habían permanecido hasta última hora fueron sorpresivamente abordados por los sujetos Estrella, padre e hijos, y también por César Triana, quienes armados de piedras y machetes, acometieron contra la indefensa humanidad de Carlos Abril, dándole violenta y despiada muerte, no obstante que éste evitó ofrecer resistencia, y, por el contrario, huyó precipitadamente tratando de escapar a las sanguinarias agresiones de sus victimarios". (F. 430, cuaderno principal).

Conforme a la autopsia, el cadáver presentaba las siguientes heridas, causadas todas con machete o peinilla:

Una sobre la porción inferior del antebrazo izquierdo, con sección de todos los tejidos y músculos y con sección de los dos huesos, radio y cúbito, causando una amputación de la mano izquierda. Otra herida sobre porción inferior del antebrazo derecho, con sección de los dos huesos, radio y cúbito, así como de los vasos radiales. Otra sobre el segundo espacio interdigital, de dirección sagital, que llegó hasta los huesos del carpo. Otra sobre el antebrazo derecho en su parte media, de dirección oblicua, que interesó la piel, el tejido celular y los músculos regionales llegando hasta el plano óseo. Otra herida sobre la extremidad inferior del brazo derecho, de dirección oblicua, que interesó todos los músculos y tejidos blandos de la región, llegando hasta el húmero. Otra herida sobre la región fronto-parietal derecha, de ocho centímetros de longitud, que seccionó las dos tablas del frontal, causando hemorragia intracraneana, por corte meníngeo. Otra herida en la región parietal derecha, de seis centímetros, con corte del hueso y herida de las meninges. Otra herida sobre la región occipital,

en su parte media, de seis centímetros de longitud, con corte de hueso occipital, y herida meníngea. Otra herida sobre la misma región occipital, hacia abajo de la anterior, en la misma región occipital, de seis centímetros de longitud, con corte del hueso y herida meníngea. Otra herida un poco más hacia abajo de la anterior, en la misma región occipital, de seis centímetros de longitud, con corte del hueso y herida meníngea", (F. 46, Cd. principal).

LA DEMANDA DE CASACION

El apoderado de los recurrentes realizando un encomiable esfuerzo profesional, impugna la sentencia por las causales cuarta, segunda, primera y hasta séptima —en su orden— contempladas en los numerales correspondientes del artículo 567 del C. de P. P.

Causal cuarta.—La invoca diciendo que la sentencia es violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

Para sustentar esta aseveración presenta razonamientos que pueden sintetizarse así:

a) En el juicio aparecen dos menores de veintiún (21) años, Onofre Estrella Cortés y César Triana, el primero de dieciocho años cuando se realizo el ilícito y el segundo que, según dijo, tenía diecinueve en esa misma fecha.

A Onofre Estrella Cortés "se le nombro" un curador ad-litem por el Juzgado. Pero éste, al designar al doctor Ismael Rincón Zamudio, quien actuó como tal, prescindió —dice el impugnador— de los derechos del padre del menor, Pedro Estrella Jiménez, quien se encontraba detenido por el mismo delito y en la misma cárcel en donde estaba su hijo; no había sido privado de la patria potestad y le correspondía la curaduría de éste y el derecho de nombrarle su curador.

Añade que, al discernir el cargo y autorizar para ejercerlo, los autos en que tales cosas se hicieron, que son verdaderos decretos judiciales, no llenaron los requisitos que para pronunciamientos interlocutorios exigen los artículos 158 y 160 del C. de P. P. "... apenas —termina diciendo— se dictó una especie de auto como si fuera de sustanciación".

b) "Con respecto a César Triana —escribe el demandante— se le notificó directamente el auto, prescindiendo de pedirle curador". Alude al de enjuiciamiento.

Enumera luégo una serie de actuaciones procesales y de notificaciones cumplidas sin curador antes del enjuiciamiento. Al notificársele éste, tenía veinte años y se le exigió defensor y nombró al doctor Rincón Zamudio y así le siguen notificando todos los autos del proceso.

Fuera de algunas anotaciones sobre el caso de Onofre Estrella Cortés, a que se referirá la Corte más adelante, el apoderado recuerda las tesis sobre la nulidad constitucional preconizadas por la Corte como queriendo sostener que estas irregularidades la conforman, pues dice:

"Es un hecho cierto que la persona humana desde que existe, es capaz de derechos, pero no todas ellas tienen capacidad para ejercerlos y de ahí, que la ley haya fijado un límite a la edad, con el objeto que dichas personas no queden abandonadas, porque es de interés general y cuestión de orden público, que todos los derechos que las leyes confieren, se encuentren en seguridad y en ejercicio y de ahí, la institución de las guardas, tutelas o curadurías. Por eso el cargo de tutor tiene un carácter público. En el derecho romano y luégo en el español, la tutela se daba principalmente para amparar los derechos de las personas y en segundo para protegerle sus bienes". (f. 14, Cuaderno No. 4).

Y en otra parte agrega, copiando a la Corte: "Del mismo modo que en el Derecho Civil todo acto ejecutado contra expresa prohibición de la ley es nulo, también en el Derecho Penal, están afectados de nulidad, todos aquellos actos, hechos o actuaciones que violen bien el derecho de defensa, patrimonio de todo procesado o bien aquéllos, en que se omiten formalidades, que la Constitución y la ley han mandado observar y cumplir. Por eso cuando se trata de la violación de un principio constitucional, como es el contemplado en el presente caso, en que se ha prescindido de formalidades, no solo prescritas, sino indispensables para la constitución del juicio, esta nulidad es llamada sustantiva a diferencia de las otras que se conocen con el nombre de adjetivas o procedimentales.

c) Impugna también la notificación del auto del Tribunal que confirmó el enjuiciamiento del juzgado y afirma que los procesados son seis y solamente aparecen allí los nombres de cuatro procesados, por lo cual Pedro Estrella Cortés y Pascual Estrella Cortés quedaron sin notificar.

d) Dice que César Triana aparece firmando no solo la notificación del auto aludido en el literal anterior sino también la del de apertura a pruebas, la del auto de fs. 337, cuaderno 1º, la del que señaló día y hora para el sorteo de jurados, la del que ordenó un nuevo sorteo, la de la designación de un nuevo jurado y la del auto que señaló *nueva* fecha para la audiencia pública (sic).

Y que la realidad es que César Triana no sabe firmar porque "como en el proceso existen dos analfabetos, Pascual Estrella y César Triana, no se sabe, quién de éstos, es el de «no saber firmar»" (sic).

Estas notificaciones —en su sentir— carecen de valor legal "por no haber estado ni asistido por un curador, especialmente la de los autos de proceder y también porque no sabiendo firmar es claro que su nombre puesto allí, no nos indica, ni indicar puede que efectivamente se le hizo dicha notificación".

Copia el recurrente una jurisprudencia de la Corte sobre notificaciones en que se sostiene que ellas surgen del principio constitucional de que nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio, y termina afirmando que toda su alegación "justifica" la causal invocada.

Causal segunda.—Esta parte de la demanda puede dividirse en dos capítulos: el primero dedicado a invitar o persuadir a la Corte a que rectifique la doctrina de que la causal segunda del artículo 567 del C. de P. P. —hoy aparte segundo del numeral 1º del artículo 56 del Decreto-Ley 528 de 1964— no tiene cabida en los juicios en que interviene el jurado, y el segundo a atacar la prueba en un largo alegato tendiente a demostrar la errada interpretación o apreciación de los hechos, o que en la sentencia se les ha atribuído un valor probatorio que no tienen, o se les ha negado el que sí tienen, o no se les ha tomado en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso.

Causal primera.—Sostiene el impugnador que "la sentencia es violatoria de la ley penal por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma".

Resulta tan impreciso este cargo en su planteamiento que bien puede decirse que es —en el fondo— una recapitulación del capítulo segundo. Expresa:

"Esta causal tiene su fundamento en todo cuanto he expuesto al fundamentar la causal anterior. Evidentemente. Las circunstancias que alega el Tribunal para hacer la calificación del delincuente en la forma en que lo hizo no tiene (sic) asidero legal ninguno.

"No existe aquí el motivo innoble y fútil, como lo he dejado ampliamente expresado al analizar este proceso y sus hechos tal como se sucedieron.

"Con respecto a la tercera causal circunstancia de que obraron con mutua complicidad previamente concertada. ¿Dónde está la prueba de ese concierto, ni anterior ni momentáneo a la ejecución del delito?

"Es claro que el hecho solo de que hubieran sido varios los responsables no es por sí solo suficiente para justificar esta circunstancia y mucho menos en un caso como el presente, en donde en el punto y análisis anterior dejé claramente demostrado que por lo menos tres de los procesados, Pedro Estrella Cortés, César Triana y Onofre Estrella Cortés no intervinieron en forma alguna. Tampoco aparece acreditado que hubieran intervenido Pedro Estrella viejo, según lo que declaran los testigos cuyas exposiciones dejé analizadas en el aparte anterior, aparte que doy por reproducido en este nuevo examen de circunstancias.

"Es claro que si las palabras de la ley deben entenderse en su sentido natural y obvio como lo dice el C. C. la complicidad de otro previamente concertada, no quiere decir que se configure la agravante. Es necesario algo más. Ese acuerdo no puede indicarse con la presencia de las varias personas solamente cuando se compruebe en forma plena, que hubo identidad de mira y de propósito para realizar el hecho. Mientras este hecho no se demuestre por algún medio, no existir (sic) la circunstancia.

"Aquí el artículo que ha debido aplicarse es el 39 del C. P. y calificarlo (sic) delincuencia en mínimo porque está dentro de las atribuciones del Juez el hacerlo. Por lo demás es ir contra la equidad el aplicar unas sanciones tan graves a todos los procesados cuando no se sabe según la misma sentencia cuál fue el autor material del hecho.

"Es muy distinto condenar en el caso de que se sabe quién fue el autor, porque cuando sobre el hecho reina una incertidumbre cuando se ignora como en el presente caso cuál fue el grado de participación de cada uno de los procesados en el delito, ya que no es posible individualizar esa responsabilidad".

Y agrega citando en parte al señor Fiscal del Tribunal:

"«¿A cuál de los procesados se le puede achacar, estrictamente hablando, la innobleza o futilidad de los motivos? ¿Quién actuó por venganza, quién por odio, quién por ira (que serían innobles motivos) o en quién de los tales influyó cualquier nadería, motivadora de la futileza, puesta de manifiesto por Abril, de modo que eso hubiera determinado la reacción homicida? Sin riesgo de equivocarse no se podría responder concreta y ciertamente. En cambio, uno cualquiera de los hijos o varios pudieron por nobleza colaborar con el padre —o éste con sus hijos— o los hermanos entre sí, por pura y neta confraternidad.

"«En este orden de ideas, pues, lo odioso debe ceder el paso a lo que sea o puede serle favorable a los acusados. Y esta Fiscalía (sic), modestamente, que la bajeza o la futilidad de los motivos no está clara y, por tanto, no es razonable cargársela.

"«Por último. La complicidad de que habla la causal 9ª de la norma que ha venido citándose, sirvió preponderantemente para, considerándola preferencialmente, declarar que hubo entre los delincuentes el concurso recíproco, la ayuda mutua, la colaboración personal e intencional de todos con respecto a todos. Si esto es así ¿cómo podríase, sin pecar de excesivos, esgrimirse la complicidad para tornar más grave por este aspecto también, la situación de los Estrellas y Triana en lo que se refiere a la punición?

"Pero hay algo más: no basta la complicidad de acuerdo con la causal 9ª, es menester que haya sido *previamente concertada.* ¿Y dónde está la prueba sobre que el ataque no fue súbito, sin preparación previa? Y en este caso, cómo quedaría el concurso recíproco que tuvieron en consideraciones los jueces del hecho?

"Además de lo anterior, el veredicto es contraevidente en grado sumo y lo es por la siguiente razón:

"Ya vimos cómo el Jurado, le cargó a Pedro Estrella Jiménez, Aníbal Estrella y Pascual Estrella Cortés, las circunstancias de la asechanza y de la alevosía y la de sevicia, pero a los procesados Onofre Estrella Cortés, Pedro Estrella y César Triana, les quitó la sevicia.

"Es contraevidente el veredicto, no solo porque en ninguna parte del expediente consta, la tal asechanza, sino porque si el Jurado, estimó con las respuestas que dió a las cuestiones principales, que todos seis procesados, habían golpeado, lesionado y descargado sus machetes contra la persona de Carlos Abril, no tiene por qué excluír a unos de una circunstancia, que si hubiera existido los cobijaría a todos.

"Esto nos está indicando el poco juicio, la ninguna certeza de los jueces de hecho. Porque si no, ¿por qué, de dónde, obtuvieron la convicción, de que los tres primeros procesados nombrados habían procedido a matar en una forma, modo, condiciones y circunstancias haciendo uso y empleando la sevicia, y los otros tres restantes habían procedido en otra forma y modo distintos, sin emplear la tal sevicia?

"¿En dónde, muestra el proceso esa distinción, en el modo de obrar, de cada uno de los procesados? Si todos hirieron, si todos mataron, como lo dice el Jurado, ¿de dónde sacar la certeza de que no todos procedieron lo mismo? ¿Acaso donde hay razones iguales, las conclusiones, no deben ser iguales?

"Si acaso una muestra nos faltara, de la irresponsabilidad del Jurado, estas respuestas nos las estarían probando.

"¿Es legal, es justo, es equitativo proceder en esa forma? ¿Puede acaso acojerse semejante adefesio, con la disculpa de que el Jurado es soberano? ¿Soberano para qué? ¿Para bestializar, para hacer uso de su personal capricho y para fallar solo por ésto, prescindiendo de las reglas de la lógica y de la sana razón? ¿Debe respetarse semejante fallo? Argumentar con la mentida soberanía del Jurado para sostener, estos fallos injustos, sería asimilarnos a nuestros primitivos indígenas que se fabrican sus ídolos, para luégo venerarlos y tenerlos.

"Esas respuestas casi hacen contradictorio el veredicto, porque de acuerdo con el principio de contradicción, una cosa es, o no es. Si es, esa existencia es parte de la esencia de la cosa, si no es, como no hay existencia no hay esencia, si en el homicidio hubo sevicia, de esa sevicia forzosamente, usaron todos los procesados o no la hubo y entonces estas circunstancia no es otra cosa que el fruto malévolo e imaginativo, de tres ciudadanos, tan irresponsables como injustos.

"Casi que este hecho, tan claramente resaltado en el proceso, daría lugar a invocar la

causal 7ª del artículo 537 del C. J. causal, que si no prosperan las anteriores, la invoco y cuyos fundamentos, están en los párrafos anteriores".

EL CONCEPTO FISCAL

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal conceptúa que los menores en ningún momento estuvieron legalmente desprovistos de la asistencia de persona que llevara su defensa, por cuya razón no puede prosperar la causal primeramente invocada.

De otro lado, "convencido de la solidez jurídica de los argumentos de la H. Corte para no admitir la citada causal segunda en juicios en que ha intervenido el Tribunal Popular", considera que, para el caso sub-judice, no ha debido proponerse.

No estudia la causal aducida en tercer término ni la parte final de la demanda en que se menciona, apenas, la causal séptima, quizá porque están propuestas confusamente, según se desprende de su solo enunciado y como se verá adelante.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

CAUSAL CUARTA

a) Onofre Estrella Cortés fue notificado del auto de enjuiciamiento proferido por el Juzgado Décimo Superior de Bogotá. (f. 305 del C. 1º).

Se le requirió "para que manifieste si sus representantes legales el padre o la madre están en condiciones de comparecer al Juzgado para efectos de proveer lo concerniente a su curaduría". A lo cual manifestó que sus padres no residen en esta ciudad y por consiguiente no es posible que vengan al Juzgado, pero que designa al doctor Ismael Rincón Zamudio como curador". Esta diligencia aparece firmada por el menor y por el Secretario del Juzgado. (f. 306 del C. 1º).

Todas las demás actuaciones, y la defensa, se entendieron con el susodicho curador, que fue tenido por tal. Se ordenó darle posesión y se le discernió el cargo por auto de 14 de julio de 1960, visible al folio 307 del cuaderno 1º y se le autorizó para ejercerlo (f. 308 v.), autos que si no tienen todos los elementos sacramentales de que hablan los artículos 158 y 160 del C. de P. P., no por eso pierden su calidad, pues admitiendo que el discernimiento y la autorización sean objeto de autos interlocutorios, la omisión de formalismos no los vicia de nulidad por no estar contemplada como tal entre las que enumera la ley (artículos 198 y 199 del C. de P. P.) y no afectar ninguna garantía constitucional para que pueda erigirse, jurisprudencialmente, en nulidad supra-legal.

El menor Onofre Estrella Cortés no careció de curador para las diligencias que siguieron a la vocación a juicio, incluso la notificación de esa providencia.

En cuanto a las diligencias anteriores al enjuiciamiento, el menor careció de curador. Es esta una irregularidad, pues debió nombrársele desde que, en la indagatoria declaró tal circunstancia. Pero no comporta nulidad legal porque estas son taxativas, es decir, previamente erigidas en la ley como tales, y los artículos 198 y 199 del C. de P. P., que regulan íntegramente la materia, no mencionan dicha informalidad como capaz de viciar el proceso.

El curador, abogado graduado, atendió la defensa en aquellos pasos del juicio en que su ausencia sí implicaría vicio procesal por cuanto no quedan debidamente notificadas providencias que deben serlo adecuadamente, so pena de nulidad legal y aun constitucional.

El artículo 104 del C. de P. P. contempla dos eventos: El nombramiento de curador al procesado menor de 21 años que carezca de representante legal, y el nombramiento de apoderado, "el cual será designado por el representante legal del menor". Lo que quiere decir que uno u otro, o el mismo para desempeñar los dos cargos, pueden "nombrarse", el curador por el Juzgado o aún por el investigador o por el menor, y el defensor por el menor si no hay representante legal.

En este caso concreto ocurrió que el propio interesado expresó que sus padres no podían atender a su defensa, manifestación que el Juzgado acogió por no reparar que era el padre quien estaba procesado conjuntamente con el hijo.

Pero sobre esta representación de los menores cabe repetir lo que ya en otras oportunidades ha dicho la Corte: "Lo interesante es que el menor esté asistido por un representante legal, pero deducir nulidades por el solo hecho de que el apoderado no fue designado por el representante legal o por el curador ad-litem, sería extremar el rigor de la ley y sacrificar el aspecto sustancial del precepto al contenido material del mismo. Las irregularidades que se cometan o puedan cometerse

en la designación de apoderado o defensor no son vicios constitutivos de nulidad. Otra cosa sería si el menor careciese en absoluto de una persona que lleve su personería para su defensa. En este caso, como así lo ha reconocido la Corte, sí prospera la nulidad deducida del principio constitucional del artículo 26 (de la Constitución) por ausencia de defensor que asuma la personería del menor". (Sentencias de 28 de junio de 1949 y 2 de diciembre de 1965).

b) César Triana nombró defensor al mismo que atendió la representación de todos los procesados. Cuando se le indagatorió el 31 de marzo de 1959 dijo tener diecinueve (19) años. Como no se trajo su partida bautismal, parece posible que al ejecutoriarse el enjuiciamento, en enero de mil novecientos sesenta y uno (1961), ya tuviera los 21 años, por lo cual la causa siguió entendiéndose con su defensor.

Por otra parte, lo dicho hace poco sobre la índole de estas irregularidades debe entenderse repetido con respecto a este último caso.

c) La notificación del auto del Tribunal que confirmó el vocatorio del Juzgado se hizo a todos los procesados, como consta claramente a folios 334 y 335 del C. 1º. Y, además, todos ellos siguieron compareciendo al juicio sin que de esa notificación, suponiéndola defectuosa, hayan reclamado a pesar de las numerosas que se les hicieron en el curso de las dos instancias (artículo 198 del C. de P. P., numeral 3º).

d) César Triana aparece firmando todas las notificaciones y no existe prueba de que no sabe firmar. Pascual Estrella siempre rogó a alguien que lo hiciera por él. Si hay dos analfabetos, quizá alguno sabe dibujar la firma.

Finalmente, conviene repetir lo que sobre el tema de las nulidades constitucionales ha expresado la Corte:

"No sobra advertir, para finalizar estas consideraciones, que la Corte ha venido notando, no sin sorpresa, que ante la falta de verdaderas nulidades procesales (198 y 199 del C. de P. P.), se recurre a la ya famosa nulidad constitucional pretendiendo que, reales o presuntas informalidades de menor gravedad que las erigidas por la ley como tales nulidades, lo son nada menos que de orden constitucional.

"La jurisprudencia, basándose en el texto del artículo 26 de la Carta Fundamental, en cuanto este precepto garantiza que nadie puede ser juzgado sino con la plenitud de las formas propias del juicio, creó esa nulidad, por lo mismo llamada constitucional, pero no para que se entendiese que cualquiera informalidad procesal, de menor categoría que las contempladas en los preceptos citados, fuese elevada a un rango más alto que las nulidades legales, sino para asegurar los derechos del indiciado cuando se omite un requisito procesal esencial cuya omisón cause la violación de una garantía fundamental o de un presupuesto básico de la acción y el proceso penales que no esté definido como causa de nulidad legal. Como por ejemplo, cuando la defensa se ha limitado a la posesión del apoderado, o cuando no se ha oído en indagatoria al sindicado presente en el sumario y en el juicio, o cuando falta la prueba del cuerpo del delito.

"Extremar esta tesis, nacida de la interpretación correcta de la Constitución, sería nada menos que convertir a ésta, que debe tutelar el interés del Estado de castigar la delincuencia, en protectora irrazonada de la impunidad. El excesivo celo en favor de pretendidos derechos individuales, conlleva la traición de los intereses de la comunidad". (Sentencia de 2 de diciembre de 1965).

CAUSAL SEGUNDA

Insiste la Corte en sostener la tesis de que en los juicios en que interviene el Jurado no es pertinente la causal segunda de casación prevista por el artículo 567 del C. de P. P., hoy reemplazada por el aparte 2º del numeral 1º del artículo 56 del Decreto-Ley 528 de 1964, cuyos términos enlazan, con la violación de la ley penal sustancial, la apreciación errónea o la falta de apreciación de determinada prueba, siempre que se demuestre haberse incurrido en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos.

Bien se mire el problema a la luz de una u otra de las disposiciones que acaban de citarse, debe concluírse que el estudio de esa causal comporta la necesidad de analizar las probanzas del proceso para evidenciar, con razones mejores que las del sentenciador, que la conclusión de éste es equivocada, de tal suerte te que no se trate simplemente de oponer un criterio —el del impugnador— a otro diferente —el de la sentencia acusada— sino que se demuestre, sin lugar a dudas, que se ha come-

tido un error manifiesto, protuberante, porque se han contrariado los principios jurídicos y filosóficos que informan la sana crítica probatoria.

Pues tratándose, como se trata, en materia penal, de justipreciar elementos de prueba cuya valoración no está sometida a un estricto catálogo legal y cuyo poder de convicción no emana de reglas matemáticas, es lógico que la persuasión que aportan a los falladores de instancia, solo puede combatirse con éxito, en casación, demostrando plenamente un error tal en la apreciación del acervo probatorio que su discordancia con la verdad no aparezca de simples apreciaciones más o menos subjetivas del impugnador sino que provenga de una realidad objetiva indiscutible.

Lo anterior, aplicable a la causal segunda del artículo 567 del C. de P. P., se dice en tesis general. Mas tratándose de juicios en que interviene el Jurado, existen variantes apreciables como en seguida se verá.

Con los elementos demostrativos del cuerpo del delito y de la responsabilidad a que se refiere el artículo 429 del C. de P. P., se dicta auto de proceder.

Conforme a dicho auto se someten al Jurado los cuestionarios del caso, redactados en armonía con él (art. 28 de la Ley 4ª de 1943), y "la sentencia se hará de acuerdo con la calificación que éste dé a los hechos sobre los cuales ha versado el debate" (art. 480 del C. de P. P.)

Esta calificación, que tiene su raíz primordial en el llamamiento a juicio, la hace el tribunal popular según el dictado de su "personal conciencia" y atendiendo a su "convicción íntima sobre los hechos respecto de los cuales se interroga", lo que vale decir que el Jurado puede atribuírle a una prueba un valor que las reglas jurídicas y de filosofía probatoria le desconocen, o negarle un valor adscrito a ellas por normas legales o principios científicos sobre la materia, o no tomarlas en cuenta, porque para su convicción íntima puede ser desechable una que legalmente esté acreditada en el proceso. El Jurado, v. gr., puede preferir el dicho de un sindicado que, fundadamente, estima sincero, al dicho de varios testigos en quienes su conciencia advierta un interés de falsear la verdad, o puede rechazar un peritazgo, formalmente perfecto, porque su convicción íntima lo lleve a creer que los peritos, por algún interés, dieron dictamen desechable.

Vale, entonces, afirmar que el veredicto del Jurado, base insustituíble de la sentencia, y por consiguiente ésta, no son vulnerables por los motivos que expresa el artículo 567 del C. de P. P., sintetizados en las palabras del estatuto de 1964 sobre casación penal, porque entonces se contrariaría esa libertad del tribunal popular para apreciar las pruebas, nacida del claro texto de la ley.

Ni puede afirmarse, en consecuencia de lo anterior, que un veredicto desprovisto de fundamento deba acatarse. Las normas procesales han establecido, al efecto, que si apareciere claramente contrario a la evidencia de los hechos, así lo declarará el Juez y consultará su decisión con el Tribunal, la que debe prosperar si "no hay en el proceso elementos de prueba que haya permitido anclar una decisión". Pero los elementos de convicción que el Jurado aprecia en conciencia no pueden sopesarse por los Jueces de Derecho, para fundar la contraevidencia de un veredicto, en reglas jurídicas sobre técnica probatoria, puesto que ésto sería oponer un criterio objetivo a una persuasión de conciencia. Solo deben parar mientes en su ausencia.

Esta declaración de contraevidencia del veredicto está reservada al Juez y al Tribunal por ministerio de los artículos 537 y 554 del Código de Procedimiento Penal. No se ha establecido como causal de casación, por la razón clarísima de que, evaluados los hechos y las probanzas por el Jurado y admitida la realidad del veredicto por los falladores, mal podría someterse el examen de la legalidad del fallo —objeto propio de la casación— a una tercera instancia que desvirtúa la fisonomía misma de este recurso extraordinario, pues se haría prevalecer un simple punto de vista, en la valoración de los elementos de juicio, contra otra convicción —la del Jurado— que, si fundada en elementos probatorios simplemente existentes, es soberana.

Y no se diga, como lo hace el impugnador, que donde la ley no distingue no es lícito distinguir, porque la doctrina que hoy se reitera no establece tal distinción sino que armoniza los diversos textos de la ley, a fin de que no se desvirtúe la función del Jurado ni la naturaleza misma de la casación.

Desde luego, son muy respetables los conceptos adversos a la tesis de la Corte; pero cabe observar que su sola autoridad no es bastante a rectificarla, ni la pretendida interpretación histórica, hecha por un miem-

bro de la Comisión Redactora del Código de Procedimiento Penal, es suficiente para olvidar que la necesaria concordancia de las normas procedimentales, para mantener la inexorable lógica en el desarrollo de las diversas etapas del proceso penal, deba ceder el campo al inicial pensamiento de uno de tales redactores, porque la interpretación sistemática que se ha hecho busca, precisamente, que el contexto armónico de la ley responda a la integridad de todos los principios que guían la aplicación del derecho.

No prospera, pues, la causal invocada, si bien conviene decir que las probanzas analizadas tanto en el enjuiciamiento como en las sentencias de primero y segundo grados sustentaron un veredicto cuya evidencia se aceptó plenamente.

TERCERA CAUSAL INVOCADA

Si se relee con cuidado esta parte de la demanda, se concluye que ella tiene varias partes. En una de ellas el recurrente ataca la sentencia diciendo que el Jurado cargó a los procesados Pedro Estrella Jiménez, Aníbal Estrella y Pascual Estrella Cortés, las circunstancias de asechanza, alevosía y sevicia, pero a los otros tres les quitó la última de tales circunstancias. Lo que no pasa de ser otro planteamiento de la causal segunda, involucrado en un capítulo en que se alega la primera, pues constituye un taque al veredicto a la luz de las pruebas. Se afirma que, de existir la sevicia, cobijaría a todos, aseveración que se refuta recordando lo que a ese propósito dice el Juzgado, es decir "que existen elementos varios en el proceso que permiten deducir que la actividad psico-física de César Triana, Pedro (hijo) y Onofre Estrella revistió menor grado de crueldad, que la ejercida por Pedro Estrella Jiménez, Aníbal y Pascual Estrella Cortés".

Significa lo anterior que tampoco se está en presencia del veredicto contradictorio a que se alude al final de la demanda sin mayores detalles ni argumentos pero enunciando la causal séptima.

En otra parte de este capítulo se dice que la delincuencia debió calificarse en el grado mínimo. Las razones de este aserto se copiaron atrás, para mejor precisión. Sobre lo cual dijo el Juzgado:

"Por lo tanto, teniendo en cuenta lo anterior, y habida consideración de que respecto de los procesados no milita ninguna circunstancia de menor peligrosidad, y, en cambio, sí las de mayor peligrosidad, derivadas del haber obrado por motivos innobles o fútiles; en horas de la noche, dificultando así la defensa de la víctima; y con la complicidad de otro, previamente concertada, (artículo 37, ords. 3º, 6º y 9º del C. P.), no podrá imponérseles la sanción mínima enunciada con antelación; y estima el Juzgado, en consecuencia, que la pena que justamente les corresponde purgar a los tres primeros (Pedro Estrella Jiménez, Aníbal y Pascual Estrella Cortés) es la de dieciocho años de presidio, y a los tres últimos (Pedro y Onofre Estrella Cortés y César Triana) la de dieciséis años de la misma naturaleza" (fs. 453 y 454 del C. Principal).

Es evidente que el Juzgado no se expresó con acierto, porque si no militase ninguna circunstancia de menor peligrosidad, debió aplicar el máximo previsto en el artículo 363 del C. P.; pero en realidad aplicó dieciocho (18) y dieciséis (16) años de presidio, lo que implica el reconocimiento de que sí hubo circunstancias de peligrosidad menor. Lo que sobre el particular expresa el Tribunal constituye una anticipada refutación al impugnador:

"d) La disposición violada fué el art. 362 del C. P. en relación con el art. 363 ibidem, puesto que el Jurado declaró que la totalidad de los procesados cometieron el hecho en condiciones que elevan el homicidio a la categoría de asesinato. La segunda de tales disposiciones señala pena de quince a veinticuatro años de presidio. Ciertamente, como lo apunta el Ministerio Público, a favor de todos los justiciales concurre la circunstancia de menor peligrosidad de su buena conducta anterior, la cual se debe presumir por no aparecer demostrado lo contrario. El Juzgado contabilizó en contra de los procesados las circunstancias de mayor peligrosidad previstas en los numerales 3º, 6º y 9º del artículo 37 del C. P. La primera se actualiza cuando el agente del delito ha obrado por motivos innobles o fútiles, y bien se puede afirmar que todos los seis justiciables actuaron por motivos cuya desproporción con la acción delictiva y sus resultados es indiscutible, porque lo que los determinó a cometer el crimen fué el simple hecho de que los niños Dagoberto Estrella y Arnulfo Abril tuvieron un altercado sin mayores consecuencias en presencia de la Directora de la Escuela de «Llano del Pozo», señorita Alcira Martínez (fls. 154). Necio sería desconocer que quien procede así, por motivos tan pequeños, revela mayor peligrosi-

dad.

"La segunda, referida a «el tiempo, el lugar, los instrumentos o el modo de ejecución del delito, cuando hayan dificultado la defensa del ofendido o perjudicado, o demuestren una mayor insensibilidad moral en el delincuente», no se podría tener en cuenta para la graduación de la pena sin correr el riesgo de quebrantar el principio universal de derecho «non bis in idem». Porque el Jurado de Conciencia para aceptar la causal de asesinato prevista en el ordinal 5º del art. 363 del C. P. tuvo en cuenta que el occiso fue colocado en condiciones de indefensión, justamente sobre la base de la hora, el lugar y el modo de la ejecución del hecho. Y entonces, como es obvio, al tomar en consideración esos mismos hechos para deducir mayor peligrosidad en los justiciables, se violaría protuberantemente el citado principio.

"Y con respecto a la tercera, aparece claro que los seis procesados obraron con mutua complicidad previamente concertada. Todos ellos dieron muestras inequívocas del propósito homicida que los animaba y de su previo acuerdo en tal sentido, lo cual lleva a la conclusión de que sus voluntades estaban plenamente identificadas en orden a segar la vida del señor Abril. Tanto más patente resulta la citada circunstancia de mayor peligrosidad si se atiende a lo expresado por nuestro máximo Tribunal en el sentido de que la concurrencia de más de una persona a la consumación de un delito, revela «la perversidad criminal de quienes así proceden, por la seguridad y eficacia con que actúan, y por la mayor alarma social que produce el ilícito ejecutado en esas condiciones». (Cas. 3 octubre de 1952, LXXIII, 468).

"La falta de ilustración de todos los procesados es innegable, y muy a las claras se ve que ella influyó en la ejecución del hecho, por cuya razón es preciso decir que concurre la circunstancia de menor peligrosidad de que trata el ordinal 11 de art. 38 de C. P.

"En resumen, aparecen dos circunstancias de mayor peligrosidad en contra de los justiciables y dos de menor a su favor. Sin embargo, no merece ninguna glosa la pena aplicada por el señor Juez de instancia: dieciocho años de presidio para los procesados Pedro Estrella Jiménez, Pascual Estrella Cortés y Aníbal Estrella Cortés, y dieciséis años de la misma calidad para Pedro Estrella Cortés, César Triana y Onofre Estrella Cortés. Porque los tres primeros cometieron el homicidio bajo dos causales de asesinato y los tres últimos solo con una.

"«... El sentido común indica que en esa especie grave del homicidio se puede establecer toda una graduación, desde el cometido con una sola de las circunstancias, el perpetrado con varias y el llevado a término con todas o casi todas las previstas para que revista esa calificación... La ley no veda que se aumente el mínimo por haberse perpetrado el hecho ilícito con varias circunstancias de agravación, es decir, que el hecho resalte como de mayor gravedad...»".

No prospera, en consecuencia, esta impugnación basada en la causal primera, si bien como se vio, en su desarrollo aparece confundida con la segunda de casación.

RESOLUCION:

Por las razones expuestas, 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 de que se ha hecho mérito y ordena devolver el expediente al Tribunal de su origen.

Cópiese, notifíquese y publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo, Luis Carlos Zambrano.

Pioquinto León L., Secretario.

DELITO DE ROBO

Investigación penal.- Sus etapas principales.- Improcedencia de la causal 4a con fundamento en la errónea apreciación de la prueba por razones de hecho o de derecho.- Apreciación de los testimonios en sí mismos, por los jueces de instancia.- Interpretación de los artículos 311 y 297 del C. de P. P.- La prueba pericial, la inspección ocular y la prueba testimonial como medios probatorios en la apreciación de hechos permanentes o de hechos transitorios.- Causales 1a y 2a consagradas en el numeral 1o del artículo 56 del Decreto No 528 de 1964.

1.- En toda investigación penal, sin excepción alguna, el Juez tiene que recorrer tres etapas principales, a saber: primero establecer o demostrar los hechos mediante la apreciación de los medios probatorios allegados al proceso: segundo, demostrados los hechos, calificarlos, o sea, determinar dentro de que precepto legal encajan; y en fin determinar las consecuencias legales que emergen de estos dos antecedentes.

Obviamente se comprende que si el Juez de instancia incurre en errores en alguna de estas etapas, como son diferentes en naturaleza y en sus consecuencias jurídicas, también corresponden a distintas causales de casación, en cada uno de sus casos.

En efecto, si se trata de la demostración de los hechos mediante la apreciación de los medios probatorios, puede incurrir en error de hecho manifiesto o bien en un error de derecho por una equivocada valoración de la prueba o por admitir un medio que no es idóneo o conducente para la demostración del hecho, es decir, debe invocarse la primera causal de casación prevista en el inciso 2o del art. 56 del D. No. 528 de 1964.

Supuestos los hechos demostrados en el proceso con pruebas eficientes, si el Juez incurre en error en la calificación, significa que incurriría en un error de derecho, por cuanto a los elementos fácticos demostrados les aplica una norma legal equivocada, como hubiera sucedido si en este caso, en lugar de calificar el ilícito como robo, se le hubiese nominado hurto o estafa, etc.

En otras palabras, cuando se ataca una sentencia por error en la calificación del delito, el recurrente debe aceptar los hechos que sirvieron de base al Juez para hacer la calificación, porque si se modifican éstos, es claro que la denominación del ilícito también tiene que cambiar. Ahora, si no acepta los hechos que el Juez dió por demostrados, entonces debe invocar la primera causal, como sucede en este caso en que el recurrente, en lugar de aducir, equivocadamente, la causal cuarta, si estimaba que el elemento "violencia" u otros no estaban probados, debió invocar la causal a que se refiere el inciso 2o del ya citado artículo 56 del D. No. 528 de 1964.

En consecuencia, la causal cuarta con fundamento en la errónea apreciación de la prueba por razones de hecho o de derecho, resulta improcedente.

2.- En cuanto a la apreciación de los testimonios en sí mismos, o sea, en cuanto a su credibilidad y ponderación y en relación con la convicción formada por los Jueces de instancia es una cuestión que aprecian y estiman en forma soberana, porque no sería de recibo, en casación, que la Sala sustituyera por su criterio y convicción el formado y aceptado por el Tribunal.

En consecuencia, no existe un error de hecho manifiesto por cuanto no hay contradicción alguna entre los hechos aceptados y la sentencia con la realidad procesal contenida en los elementos de prueba.

3.- Como lo advierte el Procurador Delegado, desde antigua data y en virtud de sucesivos fallos, la Corte ha interpretado el art. 311 del C. de P.P. y el precepto similar contenido en el art. 297 del mismo Código, en el sentido de que tales medios no son únicos ni exclusivos para demostrar los extremos allí previstos, sino que también pueden establecerse con fundamento en otros medios probatorios que lleven a iguales conclusiones como la prueba testimonial.

Por otro aspecto, tanto la prueba pericial como la inspección ocular, para el establecimiento de los hechos materiales como las huellas de violencia, se sirven de los sentidos, es decir, que los peritos y el Juez dejan testimonio en el acta de lo que ellos pudieron ver durante la diligencia, ya se haya practicado al tiempo o en forma independiente; por tanto, en la prueba pericial y en la inspección ocular como en el testimonio que rinden los testigos se valen de los sentidos externos para llegar a la certeza de la ocurrencia de un determinado hecho; y por ésto, el art. 215 del C. de P.P., dice: "El acta de la inspección hace plena prueba respecto de los hechos y circunstancias sujetos a los sentidos externos y observados personalmente por el Juez y los testigos o los peritos que en ella hayan intervenido y y la suscriban...".

Además, no todos los hechos son posibles de establecer mediante la inspección ocular con la intervención de peritos, porque para que puedan observar personalmente lo ocurrido se requiere que tengan carácter permanente, vale decir, que se pueda apreciar y ver en cualquier momento; pero si ésto no es así, sino que se trata de hechos transitorios por su misma naturaleza o que se tornan tales por ciertas circunstancias, ninguno de los dos medios probatorios resulta apto o idóneo, sino que, necesariamente, debe acudirse a la prueba testimonial, pues solo los testigos pueden narrar los hechos que percibieron en alguna forma, para así reproducirlos en el proceso como un acontecimiento histórico.

4.- La causal primera prevista en el derogado art. 567 del C. de P.P., se refería no a la violación indirecta de las normas sustantivas, sino a la directa, pues aquélla, la violación indirecta, es una consecuencia de la segunda del derogado artículo cuando prosperaba; sin embargo, ahora ambas aparecen consagradas en el numeral 12 del art. 56 del Decreto 528 de 1964, si bien, en incisos separados.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veintiocho de febrero de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Efrén Osejo Peña).

VISTOS:

Corresponde a la Sala resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 29 de mayo de 1965 del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual confirmó la de primera instancia proferida por el Juez 6º Penal del Circuito que condenó al recurrente Rafael Antonio Hurtado Puerto a la pena de seis años de presidio y a las accesorias de rigor, como responsable de un delito de robo perpetrado en esta ciudad de Bogotá y en daño de los bienes de Andrés Novoa.

I) *Hechos.*—Después de las cuatro de la mañana del día 28 de julio de 1963, cuando Alfonso Ospina en compañía de sus amigos Urbano Escobar Salas y Napoleón Baños llegaban a su residencia en el hotel situado en la carrera 12 No. 20-56, sorprendieron en el zaguán a un sujeto sospechoso, identificado después como Rafael Antonio Hurtado Puerto, que intentaba salir afirmando ser uno de los inquilinos, pero como les fuera completamente desconocido, procedieron a detenerlo y, al llevar a cabo esta operación, se dieron cuenta que tenía en su poder tres maletas, varios vestidos de hombre y un radio de tres bandas punto azul, color caoba, enseres que resultaron de propiedad de Andrés Novoa, cuya habitación había sido abierta en forma violenta.

La propiedad de tales objetos, la violencia ejercida contra la cerradura de la puerta del aposento de Andrés Novoa y el haber sido hallados en poder del inculpado son elementos de que dan cuenta los testigos Andrés Ospina, Helí Rodríguez Velásquez, Urbano Camilo Es-

cobar, Alfonso Ospina y otros, que los identificaron como de propiedad del damnificado.

II) *Demanda de Casación.*—El apoderado del reo, en tiempo oportuno, presentó la correspondiente demanda de casación, en la cual, después de la narración de los hechos y de la actuación procesal, alega las siguientes causales.

a) *Causal cuarta.*—1º En primer término invoca la causal cuarta de acuerdo con el derogado art. 567 del C. de P. P., ahora sustituído por el 56 del D. No. 528 de 1964, que procede "cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad".

Con el fin de fundar el motivo expone:

"1º—El Código de Procedimiento Penal en su artículo 198 clasifica varias causales de nulidad de orden legal, entre las cuales prevé la contemplada en el numeral 8º referente al «error relativo a la denominación jurídica de la infracción», cuya esencia radica en la vulneración del principio en que descansa la estabilidad de las formas procesales, las cuales, inciden necesariamente, en la protección de los derechos de las partes en el proceso penal.

"Como se ve, en la sentencia acusada se condenó a mi poderdante Rafael Antonio Hurtado Puerto por el delito de robo que define, tipifica y sanciona el Código Penal en su Libro II, Título XVI, Capítulo II, respecto de cuyos elementos —violencia—, el Tribunal sentenciador simple y lacónicamente expresó:

"«... La violencia ejercida sobre la puerta de la pieza que pertenece a la casa de habitación y desdetinada (sic) ella a pensión de varios comensales, igualmente se estableció con la correspondiente prueba testimonial...»" (fs. 9 C. No. 4º).

El recurrente continúa su exposición en el sentido de que, para establecer los elementos del delito de robo, existen pruebas específicas, como lo advirte el art. 297 del C. de P. P. y agrega:

"Si, pues, la prueba apta y conducente en la demostración de los medios violentos usados para el apoderamiento de las cosas muebles, es la inspección ocular y la pericial que exige el artículo 256 *ibidem* y si ésta no se practicó no obstante que el señor Juez del conocimiento así lo ordenó por medio del aparte c) del auto de fecha doce de septiembre de mil novecientos sesenta y tres que obra al folio 40 del cuaderno principal, es el caso de concluír forzosamente que no se establecieron ni la forma ni los medios usados en que se dice se violentaron las seguridades de la puerta de entrada de la pieza de habitación ocupada por el señor Andrés Novoa, víctima de la ilicitud y, por tanto, no podría practicarse la denominación jurídica de robo porque equivocadamente se condenó a mi representado, el señor Rafael Antonio Hurtado Puerto en la sentencia impugnada" (fs. 10 y 11 ib.).

Por fin termina el cargo con la afirmación de que el tribunal "... incurrió en error respecto de la calificación jurídica de la infracción, por cuanto, lo repito, en los autos no se pudo establecer mediante la prueba pertinente e idónea los elementos jurídicos que configuran tal ilicitud...".

2º—El Procurador 1º Delegado en lo Penal, respecto de este motivo, anota que la causal de nulidad ahora alegada fue desechada en primera instancia, porque, según el D. 14 de 1955, no exigía que se dictara auto de calificación; y luego dice que, si no existiera realmente probado el elemento violencia "se habría incurrido en error en la denominación jurídica de la infracción". Pasa luégo a estudiar el alcance de los arts. 298 y 311 del C. de P. P., argumentos que se tendrán en cuenta al estudiar la segunda causal.

3º—Con el fin de contestar a los argumentos del recurrente, para tratar de establecer la causal cuarta del art. 567 del Código citado la Sala considera.

En toda investigación penal, sin excepción alguna, el juez tiene que recorrer tres etapas principales, a saber: primero establecer o demostrar los hechos mediante la apreciación de los medios probatorios allegados al proceso; segundo, demostrados los hechos, *calificarlos*, o sea, determinar dentro de qué precepto legal encajan; y en fin determinar las consecuencias legales que emergen de estos dos antecedentes.

Obviamente se comprende que si el juez de instancia incurre en errores en alguna de estas etapas, como son diferentes en naturaleza y en sus consecuencias jurídicas, también corresponden a distintas causales de casación, en cada uno de sus casos.

En efecto, si se trata de la demostración de los hechos mediante la apreciación de los medios probatorios, puede incurrir en error de hecho manifiesto o bien en un error de derecho por una equivocada valoración de la

prueba o por admitir un medio que no es idóneo o conducente para la demostración del hecho, es decir, debe invocarse la primera causal de casación prevista en el inciso 2º del art. 56 del D. No. 528 de 1964.

Supuestos los hechos demostrados en el proceso con pruebas eficientes, si el juez incurre en error en la calificación, significa que incurriría en un error de derecho, por cuanto a los elementos fácticos demostrados les aplica una norma legal equivocada, como hubiera sucedido si en este caso, en lugar de calificar el ilícito como robo, se lo hubiese nominado hurto o estafa, etc.

En otras palabras, cuando se ataca una sentencia por error en la calificación del delito, *el recurrente debe aceptar los hechos que sirvieron de base al juez para hacer la calificación*, porque si se modifican éstos, es claro que la denominación del ilícito también tiene que cambiar. Ahora, si no acepta los hechos que el juez dio por demostrados, entonces debe invocar la primera causal, como sucede en este caso en que el recurrente, en lugar de aducir, equivocadamente, la causal cuarta, si estimaba que el elemento "violencia" u otros no estaban probados, debió invocar la causal a que se refiere el inciso 2º del ya citado art. 56 del D. No. 528 de 1964.

En consecuencia, la causal cuarta con fundamento en la errónea apreciación de la prueba por razones de hecho o de derecho, resulta improcedente y, por tanto, se la desecha.

b) *Causal segunda.*—1º El recurrente, en subsidio de la cuarta, alega la segunda que indica el numeral 2º del art. 567 de C. de P. P., que debe interpretarse, por cuanto el artículo invocado se halla derogado, en el sentido de referirse al segundo inciso del art. 56 del Decreto 528 de 1964 por error de hecho manifiesto o de derecho en la apreciación de las pruebas allegadas para establecer los elementos integrantes del cuerpo del delito de *robo*.

En primer término, sin decir en qué clase de error incurrió el tribunal, critica estos dos párrafos de la sentencia:

"«... Los requisitos sobre propiedad, preexistencia y consiguiente falta de los objetos y prendas sustraídos se acreditaron ampliamente en el informativo ...». Y

"«... La violencia ejercida sobre la puerta de la pieza que pertenece a la casa de habitación y destinada ella a pensión de varios comensales, igualmente se estableció con la correspondiente prueba testimonial ...»" (fs. 13 ib.).

Sobre los anteriores conceptos, en primer término, dice que el fallo de segunda instancia no observó cumplidamente la norma contenida en el numeral 2º del art. 159 del C. de P. P., pues debía aducir los hechos que estimara probados y, además, "... señalar los elementos de probanza que así los establecen ...".

Después dice:

"Y en segundo término, el mismo sentenciador de segundo grado erró en la interpretación y apreciación no solo de los hechos, sino de las pruebas tenidas en cuenta para afirmarlos, por cuanto se les atribuyó un valor probatorio que no tienen y que es más: no existen dentro del proceso" (fs. 13 y 14 ib.).

Afirma que en este caso no se probaron los elementos del delito de robo, en cuanto concierne a la propiedad de los objetos robados; y al efecto analiza y pondera las declaraciones de Gabriel Méndez y Helí Rodríguez para poner de manifiesto, según el criterio del recurrente y de acuerdo con la interpretación que él les da, los vacíos o deficiencias de que se hallan afectadas, pues "es entendido, dice, qué la propiedad y preexistencia de las cosas tienen un carácter eminentemente pretérito, antelado y no de presente, como sí tiene esa característica la circunstancia relativa a la consiguiente falta de las cosas ...".

E incurriendo en una confusión respecto de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, el recurrente dice:

"El error de apreciación en lo relativo a la prueba del CUERPO DEL DELITO, afirmado por el sentenciador de segunda instancia, es notorio y manifiesto, al punto que debe ser subsanado cuando la Honorable Corte Suprema de Justicia entre a analizar y resolver el recurso de casación interpuesto contra el fallo emanado de dicha entidad.

"Y en lo relativo a la afirmación que el mismo Tribunal Superior de Bogotá hace en cuanto a la violencia ejercida para cometerse el ilícito, no solamente enerva fundamentalmente la prueba recaudada en el proceso, por no ser cierta, sino que al hacerlo viola flagrantemente lo dispuesto en el artículo 311 del Código de Procedimiento Penal, sin cuya estricta aplicación es inconsulto y precipitado hacer esa clase de infundada aseveración jurisdiccional" (fs. 16 y 17 ib.).

Con esta premisa, agrega: "...Por eso, cuando enuncié y demostré la causal cuarta de casación, sostuve y ahora nuevamente sostengo, que el delito de robo, cuya característica jurídica y primordial es la VIOLENCIA CONTRA LAS PERSONAS O LAS COSAS, no puede establecerse mediante testimonios, ni caben presunciones ni indicios, sino por medio de la prueba pericial, por cuanto la misma ley así lo dispone y exige perentoriamente" (fs. 17 ib.).

Y como remate de esta causal afirma que en la sentencia se violó el art. 311 del C. de P. P., por cuanto se admitió un medio probatorio que no es idóneo para demostrar el elemento violencia, y que, en forma indirecta, se violó la ley penal sustantiva "por errónea interpretación y por indebida aplicación de la misma", si bien no indicó cuáles eran las normas del C. P. que consideraba infringidas.

2º—Al dar contestación a los argumentos del recurrente, el Procurador 1º Delegado en lo Penal observa que en el proceso, además de los testimonios criticados, existen los de Jesús Novoa, Alfonso Ospina y Urbano Camilo Escobar, con los cuales se demuestran los elementos del delito de robo.

"Por otra parte —dice el Procurador Delegado—, la causal alegada por el señor apoderado solo puede prosperar cuando se presenta un error manifiesto del fallador; y en el presente caso, tal error no aparece en forma alguna.

"En consecuencia, dicho cargo no puede prosperar" (fs. 30 ib.).

3º—Procede la Sala a considerar la causal expuesta por el recurrente, haciendo la debida separación entre el error de hecho manifiesto y el error de derecho en la estimación de las pruebas, que el recurrente parece alegar conjuntamente.

a) Desde luego, las declaraciones de Alfonso Ospina (fs. 14 y ss.), Alfonso de Jesús Novoa (fs. 18), Urbano Camilo Escobar (fs. 12), son una realidad procesal, por cuanto fueron recibidos sus testimonios; y, por otra parte, no existe una contradicción u oposición entre lo que afirman los declarantes con los elementos fácticos que el fallo admite como fundamento para dar por demostrado el cuerpo del delito de robo.

Los testigos citados y Rito Antonio Duarte (fs. 19), dan cuenta sobre la propiedad de los objetos del delito de robo, porque, como amigos y algunos por residir en el mismo hotel, habían estado en el aposento del damnificado Andrés Novoa y habían tenido oportunidad de conocerlos y, por esto, cuando fueron exhibidos por el funcionario de instrucción para que los reconocieran, pudieron hacerlo con toda seguridad y usando el tiempo presente por tenerlos a la vista.

En cuanto a la apreciación de los testimonios en sí mismos, o sea, en cuanto a su credibilidad y ponderación y en relación con la convicción formada por los jueces de instancia, es una cuestión que aprecian y estiman en forma soberana, porque no sería de recibo, en casación, que la Sala sustituyera por su criterio y convicción el formado y aceptado por el tribunal.

En consecuencia, no existe un error de hecho manifiesto, por cuanto no hay contradicción alguna entre los hechos aceptados en la sentencia con la realidad procesal contenida en los elementos de prueba.

b) Respecto del error de derecho en la apreciación de la prueba testimonial, porque, según el recurrente, el tribunal violó el art. 311 del C. de P. P., por cuanto admitió un medio probatorio que no era idóneo para establecer en juicio el elemento violencia en el delito de robo, sino el previsto en la mencionada disposición, vale decir, el dictamen pericial.

Tampoco este motivo resulta aceptable, por estas razones:

Primero, como lo advierte el Procurador Delegado, desde antigua data y en virtud de sucesivos fallos, la Corte ha interpretado el art. 311 del C. de P. P. y el precepto similar contenido en el art. 297 del mismo Código, en el sentido de que tales medios no son únicos ni exclusivos para demostrar los extremos allí previstos, sino que también pueden establecerse con fundamento en otros medios probatorios que lleven a iguales conclusiones, como la prueba testimonial.

Por otro aspecto, tanto la prueba pericial como la inspección ocular, para el establecimiento de los hechos materiales como las huellas de violencia, se sirven de los sentidos, es decir, que los peritos y el juez dejan *testimonio* en el acta de lo que ellos pudieron ver durante la diligencia, ya que se haya practicado al tiempo o en forma independiente; por tanto, en la prueba pericial y en la inspección ocular como en el *testimonio* que

rinden los testigos se valen de los sentidos externos para llegar a la certeza de la ocurrencia de un determinado hecho; y por esto, el art. 215 del C. de P. P., dice: "El acta de la inspección hace plena prueba respecto de los hechos y circunstancias sujetos a los sentidos externos y observados personalmente por el juez y los testigos o los peritos que en ella hayan intervenido y la suscriban...".

Además, no todos los hechos son posibles de establecer mediante la inspección ocular con la intervención de peritos, porque para que puedan observar personalmente lo ocurrido se requiere que tengan carácter permanente, vale decir, que se pueda apreciar y ver en cualquier momento; pero si esto no es así, sino que se trata de hechos *transitorios* por su misma naturaleza o que se tornan tales por ciertas circunstancias, ninguno de los dos medios probatorios resulta apto o idóneo, sino que, necesariamente, debe acudirse a la prueba testimonial, pues solo los testigos pueden narrar los hechos que percibieron en alguna forma, para así reproducirlos en el proceso como un acontecimiento histórico.

En este caso, las huellas de violencia dejadas en la cerradura del aposento del damnificado no podían ser permanentes, ya que había necesidad de dar seguridad a la habitación mediante la reposición de aquella; de ahí que, pasado el tiempo, resultaba perfectamente inoperante la inspección ocular decretada.

Resulta, pues, también infundado el cargo sobre error de derecho en la apreciación de las pruebas y violación *indirecta* de las disposiciones sustantivas que el recurrente no citó en esta causal, como debía hacerlo.

4º—Por fin, el recurrente invoca la primera causal de las señaladas por el derogado art. 567 del C. de P. P. "como motivo subsidiario de la causal a que se refiere el anterior capítulo" pues estima el recurrente insistiendo en lo expuesto antes, que el tribunal en la sentencia "...atribuyó por errada interpretación y apreciación de los hechos, un valor probatorio que no tienen y en cambio se negó el que sí tienen, violó la ley sustantiva como lo son los arts. 402, 404 del Código Penal, así como también el 203 del Código de Procedimiento Penal, es claro que indirectamente se incurrió en la causal primera de casación que aquí invoco, por cuanto, repito, tal sentencia es violatoria de la ley sustantiva por errada interpretación y por indebida aplicación de la misma" (fs. 19 ib.).

Respecto de esta causal cabe advertir, que como la anterior no prosperó, ésta corre la misma suerte por ser, en la intención del recurrente, una consecuencia de aquella.

Además, la causal primera prevista en el derogado art. 567 del C. de P. P. se refería *no a la violación indirecta* de las normas sustantivas, *sino a la directa,* pues aquella, la violación indirecta, es una consecuencia de la segunda del memorado artículo cuando prosperaba; sin embargo, ahora ambas aparecen consagradas en el numeral 1º del art. 56 del Decreto 528 de 1964, si bien en incisos separados.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA la demanda de impugnación de la sentencia de fecha 29 de mayo de 1965 del Tribunal Superior de Bogotá, presentada por el apoderado de Rafael Antonio Hurtado Puerto.

Notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase al tribunal de origen.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo, Luis Carlos Zambrano.

Pioquinto León L., Secretario.

DELITO DE ROBO COMETIDO EN COMPLICIDAD PREVIAMENTE CONCERTADA

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, marzo nueve de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación que interpuso el procesado Julio Sánchez contra la sentencia del 6 de abril del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta lo condenó, como responsable, al lado de Angel María Cáceres Peña, del delito de robo en cuantía de $ 5.055,00, a la pena de "DIEZ AÑOS DE PRESIDIO" y accesorias consiguientes.

HECHOS Y ACTUACION:

La tarde del 17 de agosto de 1964, en el paraje de "Maquillales", sobre la carretera que va de Cúcuta a Puerto Santander, a unos pocos kilómetros de aquella ciudad, fueron interceptados por cinco sujetos armados, entre los que se encontraban Angel María Cáceres Peña y Julio Sánchez, un camión de Guillermo Castro, un jeep de Incora, otro jeep de Richmond y una volqueta de la Secretaría de Obras Públicas del Departamento, vehículos de los que hicieron bajar, en medio de violentas amenazas, a sus ocupantes para arrebatarles lo que llevaban, logrando de ese modo un botín que alcanzó a la suma de $ 5.055,00, luégo de lo cual "abalearon las llantas" de aquellos carros y "huyeron con dirección a Cúcuta" en la camioneta que utilizaban, "marca Ford, modelo 1946, tipo pick-up, placas No. H8-60-16 de Venezuela", lugar donde se encontró llevada por el mismo grupo de asaltantes, dentro de un garaje de la señora Paulina Rivera de Hernández, ubicado en la Avenida 3ª No. 18-08.

El Juzgado 2º Superior de la expresada ciudad, fundado en estos hechos, a los que calificó de robo, mediante sentencia del 18 de diciembre de 1964, condenó, en razón de ellos, a Julio Sánchez y a Angel María Cáceres Peña a la pena de "DIEZ AÑOS DE PRESIDIO" y accesorias del caso, fallo que el Tribunal confirmó en el suyo, materia del recurso, del 6 de abril del año pasado.

LA DEMANDA DE CASACION:

En la demanda el mencionado recurrente Julio Sánchez, por conducto de su apoderado, invoca las causales de casación previstas en los ordinales 2º y 1º del artículo 567 del C. de P. Penal.

Con apoyo en la causal 2ª formula estos tres cargos:

a) En la sentencia acusada, por errada "interpretación y apreciación", se atribuyó al testimonio de José de los Angeles Castaño, en cuanto pretende haber reconocido entre los asaltantes a Sánchez, un valor probatorio de que carece, cuestión que de suyo es clara, puesto que resulta "inadmisible" que solo aquél, de los varios ocupantes de los carros interceptados, hubiera logrado la expresada identificación, la cual, de aceptarse, no obstante el reparo anotado, tendría que ser sobre la base de que Castaño la hizo, alterado "su psiquismo" en fuerza de lo "intempestivo del ataque", obedeciendo a "una falsa impresión", generada en el hecho de haber visto al procesado, por "varias ocasiones", en Cúcuta.

b) El hallazgo de la camioneta "marca Ford, modelo 1946, tipo pick-up, placas No. H8-60-16 de Venezuela en el garaje de la señora Paulina Rivera de Hernández, considerado a través de la afirmación de que a ese sitio fue llevada por los autores del asalto y, en particular, por los procesados Sánchez y Cáceres, fue erróneamente apreciado, atribuyéndosele un valor probatorio que no tiene, cues-

tión que resalta si se tiene en cuenta que ese vehículo es distinto al empleado por los delincuentes para su movilización y que tampoco se entró al predicho lugar, según el testimonio de la señora Rivera de Hernández, la tarde del 17 de agosto sino la del 20 del mismo mes.

c) En la sentencia, por último, también por errada interpretación y apreciación, se negó al dictamen pericial del folio 21 del 2º cuaderno del expediente el valor probatorio que le es propio y que, en esencia, no es otro que el de excluír la intervención de Sánchez en la consumación de los sucesos criminosos que se comentan, puesto que, como allí se expresa, la distancia entre "Maquillales" y Cúcuta es de 12½ kilómetros, cuyo recorrido en automóvil se hace, según también se advierte, en "cincuenta y dos (52) minutos", tiempo que, desde luego, imposibilitaba la presentación del procesado, de haber participado en el asalto, acaecido en torno a las 3½ de la tarde del mencionado día, en el Juzgado 1º Penal del Circuito, precisamente a las 5 de esa misma tarde, hecho que aparece debidamente comprobado.

Como fundamento en la causal 1ª se proponen estos cargos:

1º—La sentencia es violatoria de la ley penal, "por indebida aplicación de la misma", en atención a que, no existiendo "prueba plena" en torno a la "responsabilidad" de Sánchez, en vez de condenársele, ha debido absolvérsele.

2º—En el fallo acusado, a más de no haberse consignado la razón que permitió fijar el delito en la esfera del artículo 404 del Código Penal, la cual, desde luego, no pudo ser la de que se consumó en despoblado, ya que por allí el tránsito es muy concurrido, como lo establece el hecho de que, interceptado el primer vehículo, "quedaron atrapados" otros varios, se incurrió en el error de tomar uno de los aspectos del delito, el relativo a que sus autores fueron más de tres personas, primero, acorde con lo dispuesto en el ordinal 2º del precitado texto legal, en el carácter de "circunstancia modificadora" y luego, con fundamento en el ordinal 9º del artículo 37 del invocado Código, "como circunstancia de mayor peligrosidad".

EL MINISTERIO PUBLICO:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, después de un largo y cuidadoso estudio de la demanda, realizado en orden a las dos causales invocadas, solicita que se deseche el recurso.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

I) El solo hecho de que José de los Angeles Castaño hubiera sido, de los varios ocupantes de los carros, el único en reconocer a Julio Sánchez entre el grupo de asaltantes, no invalida su testimonio al respecto, particularmente si se tiene en cuenta que ello es explicable en razón de que con anterioridad lo había visto en diversas ocasiones en Cúcuta, factor que, como es comprensible, lo colocaba en una situación de privilegio para lograr esa identificación.

II) El vehículo empleado en el asalto y el del hallazgo en el garaje de la señora Paulina Rivera de Hernández corresponde al mismo, según se desprende del conjunto probatorio que ofrece el proceso al respecto, donde solo se advierte una ligera discrepancia de Hernán Mosquera, uno de los ocupantes del primer carro interceptado, quien adujo que la camioneta de los ladrones, aunque marca Ford, vieja y de placas venezolanas, como todos los demás testigos lo subrayan, era de un modelo, no de 1946, sino de 1942, detalle que carece de entidad en el objetivo indicado, si se tiene en cuenta que para despejar la cuestión se dispuso, además, de "fragmentos de pintura", generados en choques, dejados por aquel vehículo "en el sitio donde ocurrieron los hechos", los cuales "coinciden con la pintura de la camioneta" llevada al garaje.

III) Aparece establecido de manera concreta a través de los testimonios de la señora Paulina Rivera de Hernández y Luis Afanador que el procesado Julio Sánchez iba dentro del grupo de personas que llevó la camioneta al garaje, precisamente como conductor de ella.

IV) El indicio contra Sánchez deriva del hecho, no de que la camionta hubiera sido llevada al garaje la tarde del 17 o del 20 de agosto, sino de que ese vehículo fue el mismo que se empleó en el asalto de "Maquillales".

V) El dictamen pericial, acorde con lo dispuesto en el artículo 268 del C. de P. Penal, "no es por sí plena prueba" y puede, según ese mismo texto, rechazarse, que fue lo que se hizo en relación con el que obra al folio 21 del 2º cuaderno del expediente, precisamente por que no es aceptable, bajo ningún punto de vista, que para recorrer en automóvil 12 y

medio kilómetros de carretera sean necesarios, como allí se dice, "cincuenta y dos (52) minutos". Ese recorrido se consigue, sin esfuerzo alguno, en vehículo de regulares condiciones, en unos 15 minutos, por lo que ha de concluírse que Sánchez, después de haber participado en el asalto, ocurrido en torno a las 3½ de la tarde, dispuso de tiempo suficiente para trasladarse en la camioneta con sus compañeros desde "Maquillales" hasta Cúcuta y para luégo presentarse, a las 5, sin afanes ni tropiezos, en el Juzgado 1º Penal del Circuito de esa ciudad.

VI) De modo que la causal 2ª de casación no prospera en orden a ninguno de los cargos que a su amparo se formulan.

VII) El primer cargo aducido en la esfera de la causal 1ª se plantea como consecuencia de la 2ª y entonces, al no prosperar ésta, tampoco puede prosperar aquella en razón de ese cargo.

VIII) El robo se fijó en la órbita del artículo 404 del Código Penal, porque, como se recalca en el fallo de primera instancia y se repite en el de segunda, se consumó "con armas", hecho que aparece plenamente comprobado y que de suyo destaca la modalidad advertida en el ordinal 1º del citado artículo 404 del Código Penal.

IX) El factor relativo a que los autores del delito fueron más de tres solo se tuvo en cuenta, sobre la base de que obraron en complicidad previamente concertada, para actualizar, con relación a Sánchez y su compañero Cáceres, la circunstancia de mayor peligrosidad prevista en el ordinal 9º del artículo 37 del Código Penal.

X) En estos términos, tampoco puede prosperar la causal 1ª con fundamento en el segundo cargo que a su amparo se formula.

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 materia de estudio en la motivación de esta sentencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo, Luis Carlos Zambrano.

Pioquinto León L., Secretario.

LA CORTE CARECE DE COMPETENCIA PARA CONOCER, EN SEGUNDA INSTANCIA, DE LOS PROCESOS A QUE SE REFIERE EL ARTICULO 12 DEL DECRETO 528 DE 1964.

La Corte perdió, a partir de la vigencia del Decreto 528 de 1964, el carácter de juzgador de segunda instancia en los procesos a que alude el art. 12 de dicho decreto. Y en estas condiciones, no puede entrar a revisar la providencia apelada, por cuanto carece de competencia.

Es cierto que el artículo 2o. del Decreto 1358 de 1964 establece que pueden interponerse los recursos ordinarios (entre los cuales se cuenta el de apelación) contra el proveído del juez o del funcionario de instrucción en el que resuelva abstenerse de abrir investigación. Pero, atendida la falta de competencia de la Corte para conocer en segunda instancia en los negocios de que se ha hecho referencia, es evidente que resulta exceptuado el recurso de apelación, en estos casos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, marzo veintitrés de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez)

VISTOS:

El Tribunal Superior de Bucaramanga, mediante providencia de 14 de febrero del corriente año, resolvió "abstenerse de abrir investigación criminal contra el Juez 4º Civil Municipal... "de esa misma ciudad... "doctor GONZALO AFANADOR, decisión que se toma con fundamento en el artículo 2º del Decreto No. 1358 de 1964".

Contra este auto interpuso el denunciante, doctor Ciro Ríos Nieto, el recurso de apelación.

Pues bien:

El delito imputado al doctor Gonzalo Afanador es el de falsedad en documentos, el que —según el denunciante— fue cometido por razón de las funciones de juez que desempeña el acusado, motivo por el cual avocó el conocimiento de la queja el Tribunal Superior de Bucaramanga, de acuerdo con el precepto contenido en el artículo 12 del Decreto 528 de 1964, que dice:

"Los Tribunales Superiores de Distrito Judicial conocen por medio de su Sala Penal y en única instancia de los procesos que se sigan a los Jueces Superiores, de menores y municipales, a los Procuradores de Distrito, a los fiscales instructores y a los fiscales de juzgado superior, por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas".

Es obvio, entonces, que la Corte perdió, a partir de la vigencia del Decreto 528 de 1964, el carácter de juzgador de segunda instancia en los procesos a que alude la norma antes transcrita. Y en estas condiciones, no puede entrar a revisar la providencia apelada, por cuanto carece de competencia.

Es cierto que el artículo 2º del Decreto 1358 de 1964 establece que pueden interponerse los recursos ordinarios (entre los cuales se cuenta el de apelación) contra el proveído del juez o del funcionario de instrucción en el que resuelva abstenerse de abrir investigación. Pero, atendida la falta de competencia de la Corte para conocer en segunda instancia en los negocios de que se ha hecho referencia, es evidente que resulta exceptuado el recurso de apelación, en estos casos.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se ABSTIENE de resolver sobre la apelación interpuesta contra la providencia

del Tribunal Superior de Bucaramanga, de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal Superior de Bucaramanga.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Pioquinto León L., Secretario.

COLISION DE COMPETENCIAS POSITIVAS

Procedimiento que debe observarse en la tramitación del incidente de colisión de competencias.- Distinción consagrada en los arts. 40, 43 y 44 de la ley 153 de 1.887, en cuanto concierne a las normas sustantivas, a las de procedimiento y a la competencia de los Jueces.- Facultad y atribuciones que tiene el Legislador conforme a los arts. 26 y 76 de la Carta.- Aplicación del art. 3o del Decreto No 1290 de 1.965.

1.- Debe tenerse en cuenta que el procedimiento para decidir las colisiones, cuando existen, es distinto al ordinario, porque, de acuerdo con las normas del art. 67 del C. de P.P., deciden los Jueces entre quienes se suscita la colisión; y en caso de insistir cada uno en sus puntos de vista incompatibles, resuelve el respectivo superior de los dos Jueces, sin que la ley conceda a las partes recurso alguno, quizá porque se trata de un punto de orden público como el que atañe a la competencia,-y hecha salvedad de la facultad de hacer la correspondiente solicitud para que el Juez provoque la colisión, si lo estima procedente.

Si alguna de las partes estima que el Juez no es competente para seguir conociendo de un negocio, puede pedir la nulidad de lo actuado, cuando ello es admisible, para interponer después los recursos legales contra la providencia del Juez que admite o niegue la nulidad demandada.

2.- Cuando el Legislador haciendo uso de las facultades que le confiere el art. 76 de la Carta modifica el procedimiento penal adjetivo y cambia la competencia funcional de los Jueces para que estas modificaciones tengan inmediata aplicación dentro de los procesos en curso, no viola en ninguna forma el art. 26 ibidem, porque no tiene efecto retroactivo por regular hechos consumados, sino que se aplicarán a actuaciones posteriores a su vigencia, vale decir, acontecimientos futuros sobre cuya regulación no tiene el sindicado o procesado ningún derecho: porque si el Legislador introduce modificaciones en el procedimiento o en la competencia de los Jueces, obedece a motivos superiores relacionados con la más pronta, oportuna y eficaz administración de justicia, que está por encima de las conveniencias personales de los sindicados como ocurre con toda norma de orden público.

3.- Si el art. 3o del D. No. 1290 de 1.965 ordenó que "Los procesos penales en curso por los delitos de secuentro y extorsión pasarán inmediatamente a la jurisdicción penal militar en el estado en que se hallen", debe dársele aplicación porque está dentro de las facultades y atribuciones que tiene el Legislador conforme a los arts. 26 y 76 de la Carta.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veinticuatro de marzo de mil novecientos sesenta y seis.
(Magistrado ponente: Dr. Efrén Osejo Peña).

VISTOS:

Se procede a resolver la colisión de competencias positiva entre el Juez 5º Superior de Medellín con el Comando de la IV Brigada, con sede en la misma ciudad, en relación con el proceso que se adelanta contra Robinson Correa y otros sindicados de la comisión de los delitos de secuestro y tentativa de extorsión.

1º—Inicialmente, el Juez Quinto Superior de Medellín, doctor Gabriel Upegui Palacio dispuso enviar el proceso al Comando de la

IV Brigada ya que, dada la naturaleza de los ilícitos y en función con el art. 3º del D. No. 1290 de 1965, le correspondía al dicho Comando avocar el conocimiento de él.

2º—Algunos de los apoderados de los sindicados, por no compartir la opinión del juez, interpusieron el recurso de reposición y el de apelación, en subsidio, pero como ambos fueran negados, recurrieron de hecho al Tribunal Superior de Medellín, que resolvió, conocer el recurso de apelación denegado, para luégo, por auto de fecha 24 de noviembre de 1965 decir: "1º—Se revoca el auto de dos de junio de 1965, por medio del cual el Juzgado Quinto Superior ordena pasar el proceso por secuestro y tentativa de extorsión contra Robinson Correa y otros, al Comando de la IV Brigada del Ejército Nacional, con sede en Medellín. En su lugar, se dispone que el despacho judicial mencionado proceda en la forma indicada en la parte motiva de la presente resolución" (fs. 85 C. No. 3º).

3º—De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67 del C. de P. P., cuando la colisión se ha provocado de oficio, la decisión queda encomendada al Tribunal que tenga jurisdicción sobre los dos jueces; y así en este caso, le corresponde decidirla a esta Sala de la Corte, pero no el Tribunal de Medellín cuya decisión sobre competencia del Juez Quinto Superior para continuar conociendo de este proceso resulta a todas luces improcedente, por haber sido proferida sin competencia.

Debe tenerse en cuenta que el procedimiento para decidir las colisiones, cuando existen, es distinto al ordinario, porque, de acuerdo con las normas del citado art. 67 del C. de P. P., deciden los jueces entre quienes se suscita la colisión; y en caso de insistir cada uno en sus puntos de vista incompatibles, resuelve el respectivo Superior de los dos jueces, sin que la ley conceda a las partes recurso alguno, quizá porque se trata de un punto de orden público como el que atañe a la competencia, y hecha salvedad de la facultad de hacer la correspondiente solicitud para que el juez provoque la colisión, si lo estima procedente.

Si alguna de las partes estima que el juez no es competente para seguir conociendo de un negocio, puede pedir la nulidad de lo actuado, cuando ello es admisible, para interponer después los recursos legales contra la providencia del juez que admite o niegue la nulidad demandada.

4º—El fundamento de la providencia del Tribunal de Medellín, para considerar competente al juez superior no obstante lo dispuesto en el art. 3º del D. No. 1290 de 1965, se halla en los siguientes apartes:

"Cabe preguntar, ante lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 153 de 1887 en el sentido de que «la ley preexistente prefiere a la ley *ex-post-facto* en materia penal . . .», si la afirmación contenida en el mismo artículo en cuanto a que «esta regla solo se refiere a las leyes que definen y castigan los delitos, pero no a aquellas que establecen los Tribunales y determinan (sic) el procedimiento, las cuales se aplicarán con arreglo al artículo 40», es pertinente al caso de autos o, en otros términos, si la ley posterior puede variar la competencia y formas del juicio preexistentes al acto que se juzga, con detrimento de los derechos del procesado y, en fin, si, si tal variación ocurre, se acata con ella tanto la primera como la última parte del artículo 26 de la Carta Fundamental.

"El Tribunal se pronuncia por la negativa, es decir, que cuando el establecimiento de una nueva competencia o de un nuevo procedimiento va en desmedro de las garantías del procesado, debe aplicarse la legislación anterior so pena de violar el artículo 26 de la Constitución" (fs. 71 ib.).

5º—Respecto del problema planteado precisa hacer la distinción consagrada en los arts. 40, 43 y 44 de la Ley 153 de 1887, esto es, en cuanto concierne a las normas sustantivas, a las de mero procedimiento y en fin, a los jueces competentes para decidir del proceso.

a) En cuanto a las normas sustantivas, esto es, a las que definen nuevos delitos o imponen penas más graves, es obvio que el art. 26 de la Constitución debe tener plena aplicación, pues si así no fuera, sería darle efecto retroactivo a la nueva ley que vendría a regir hechos ya *consumados*, con evidente violación del principio de no contradicción que enseña que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo y bajo el mismo aspecto;

b) Respecto de las normas de procedimiento, primero, por ser de orden público, y segundo, por no referirse a *hechos consumados* sino que están en vía de realización, pues todo juicio es de tracto sucesivo, son de inmediata aplicación, sin que pueda siquiera sugerirse que el inculpado tiene *derecho* a que no se altere por el legislador las normas adjetivas existentes cuando consumó el delito por

cuanto tal prohibición no está contenida ni expresa ni tácitamente en el art. 26 de la Carta, sino autorizada expresamente en los numerales 1º y 2º del art. 76 ibidem.

c) Al decir el memorado art. 26 que deben ser juzgados "observando la plenitud de las formas propias de cada juicio", indudablemente se refiere a las leyes vigentes al momento del juzgamiento, porque mal podría ordenar la Constitución que el juicio se efectuara de acuerdo con leyes ya inexistentes por haber sido derogadas, o ante jueces que ya no existen como sucede con los extinguidos jueces penales del circuito que tenían, entre otras, la atribución de conocer de las apelaciones de las sentencias proferidas por los municipales; o bien ante jueces que carecen de competencia funcional (art. 151 C. J.) según la nueva ley, o sea, ya no existen para el juzgamiento de tales delitos.

d) Cuando un procedimiento dado, juntamente con la competencia de determinados jueces, se señala a un grupo de delitos en consideración a su naturaleza, no puede hablarse con propiedad jurídica de que es un juzgamiento de excepción, porque está contenida en una norma objetiva de valor general e impersonal; en cambio sería de excepción si el procedimiento y la competencia se fijaran en forma individual, teniendo en cuenta la persona del sindicado, o sea, para cada caso en particular.

e) El Tribunal competente de que trata el artículo 26 se refiere al que lo fuere al momento del juzgamiento, mas no en la época en que se hubiere cometido el delito, porque si tal juez ha desaparecido, mal puede comparecer un sindicado ante un juez inexistente, como sucede con los extinguidos jueces de circuito en lo penal; o bien porque si la judicatura existe, la competencia funcional la haya atribuído la ley a otro funcionario o juez, pues el legislador no tiene ninguna limitación para ello, sino que hace uso de una facultad que le compete según el ya citado art. 76 de la Constitución.

f) En resumen, pues, cuando el legislador haciendo uso de las facultades que le confiere el art. 76 de la Carta modifica el procedimiento penal adjetivo y cambia la competencia funcional de los jueces para que estas modificaciones tengan inmediata aplicación dentro de los procesos en curso, no viola en ninguna forma el art. 26 citado, porque no tiene efecto retroactivo por regular hechos *consumados,* sino que se aplicarán a actuaciones *posteriores* a su vigencia, vale decir, a acontecimientos futuros sobre cuya regulación no tiene el sindicado o procesado *ningún derecho:* porque si el legislador introduce modificaciones en el procedimiento o en la competencia de los jueces, obedece a motivos superiores relacionados con la más pronta, oportuna y eficaz administración de justicia, que está por encima de las *conveniencias personales* de los sindicados como ocurre con toda norma de orden público.

6º—Por tanto, si en el art. 3º del D. No. 1290 de 1965 ordenó que "los procesos penales en curso por los delitos de secuestro y extorsión *pasarán* inmediatamente a la jurisdicción penal militar en el estado que se hallen", debe dársele aplicación porque está dentro de las facultades y atribuciones que tiene el legislador conforme a los arts. 26 y 76 de la Carta.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, dirime la colisión de competencia positiva en este asunto en el sentido de declarar que su conocimiento corresponde al Comando de la IV Brigada con sede en Medellín; y al efecto, se le remitirá directamente el expediente y se dará el aviso del caso al Juez 5º Superior de Medellín.

Notifíquese y cópiese.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Antonio Moreno Mosquera, Luis Carlos Zambrano.

Pioquinto León L., Secretario

FALSEDAD DOCUMENTAL

El dolo en el delito de falsedad en documentos exige que el actor proceda con la intención de llevar a cabo una inmutación de la verdad, sabiendo que causa daño o que puede ocasionarlo.

1.- Todo reato, como es bien sabido, requiere una acción síquica que oriente y guíe la acción física (según anota Enrique Ferri). Esto es, que se cuente con la intención del agente, en los delitos dolosos; o con la negligencia o imprudencia en el comportamiento del actor en las infracciones culposas.

De manera expresa, el artículo 12 del Código Penal enseña que "las infracciones cometidas por personas que no están comprendidas en la disposición del artículo 29, son intencionales o culposas". Es decir, que la responsabilidad penal exige que el comportamiento típico (que se acomode a una definición punible) y antijurídico (contrario a derecho), sea culpable, esto es, que se pueda imputar subjetivamente al agente.

2.- No se puede ser falsario sin querer la alteración de la verdad. El dolo en el delito de falsedad en documentos exige que el actor proceda con la intención de llevar a cabo una inmutación de la verdad, sabiendo que causa un daño o que puede ocasionarlo. En fallo de 6 de Febrero de 1.953 (G.J.T. LXXIV, p. 200), dijo esta Sala que "la falsedad punible implica una alteración consciente de la verdad, en orden a crear un juicio equivocado sobre un hecho cierto. Falsedad tanto quiere decir como faltar maliciosamente a la verdad".

Y ese conocimiento de que la inmutación de la verdad causa un daño o puede producirlo, es pertinente en los distintos casos que reprime la ley penal colombiana al ocuparse del delito de falsedad en documentos, porque es condición del dolo genérico, en este reato. A este respecto, cabe señalar lo que sigue, de lo cual se ocupó la Corte en providencia de 25 de Agosto de 1.959, (G.J.T. XCI, p. 564 a 573):

Siendo de la esencia del dolo la conciencia, la voluntad o la intención, según la doctrina que se prefiera, de realizar un hecho ilícito, y ocurriendo para los fines represivos de la ley penal que solamente pueden constituír hechos ilícitos aquellos que acarreen un daño o arrojen la posibilidad de causarlo, no era necesario, a los fines de precisar el dolo genérico en los casos de falsedad documentaria, que en cada una de las definiciones punibles sobre esta materia se dijese, de una parte, que el hecho representara, al menos, una posibilidad de daño (delito de peligro), y, de otra, que el agente, al proponerse cumplir esa inmutación de la verdad o ese atentado a la "genuinidad documentaria" o a la "recta efectividad de la prueba" (como señalan Antonio Quintano Ripolles y Binding, respectivamente), conociera, al menos, que puede ocasionar un daño en los intereses jurídicos ajenos. Esto, porque actúa con dolo únicamente quien en el momento de la acción toma conciencia de un resultado delictuoso cierto, probable o posible, esto es, de un resultado dañoso o que represente un peligro de daño.

El tratadista Quintano Ripolles, ya citado, en su obra "La Falsedad Documental", (p. 97 y 98), dice que "si la razón de ser de la falsedad documental es la alteración de una genuinidad susceptible de perturbar el orden jurídico, sólo la antijuricidad de este dolo finalista dinámico

es la que ha de servir para estructurar plenamente la infracción. En este sentido tan solo es lícito afirmar que el dolo genérico basta en la falsedad, porque en él se ha prefigurado el resultado legal en la voluntad del agente".

Y en páginas anteriores, expresa este mismo autór lo que pasa a transcribirse:

"En una sistemática formalista de la falsedad, en que el documento se concibe a modo de tabú sacrosanto, toda modificación de sus formas y elementos originales, aún los accesorios, constituiría delito de falsedad. Tan deshumanizado concepto de ritualismo es, naturalmente, contrario a los más elementales principios de derecho, especialmente de los del penal, tan inevitablemente impregnado de sustancias humanísticas. Aún en los sistemas de legalismo tan estricto como el nuestro y todos los que nacieron a la sombra del código napoleónico, la falsedad documental no puede ser ya tratada de ese modo cuasi-mágico, bien que no pueden ser desconocidos en absoluto los fueros de lo ritual, especialmente en los documentos auténticos portadores de la fe pública. En términos generales, como ya se dijo, a éstos sólo conviene el máximo de protección y rigor formal, debiendo sentarse la tesis de que a mayor categoría procesal del documento corresponde una más estricta rigidez formalística, la que va desarticulándose hasta llegar al extremo bajo de la escala, el documento privado, en el cual la forma no cuenta ni basta, exigiéndose precisamente el resultado perjudicial o la intención de causarlo".

3.- El código penal colombiano es finalista en los casos de falsedad en documento privado (art. 240) y en los eventos de uso, a sabiendas, de un documento público o en el de aquellos que mencionan los artículos 232 y 233 (art. 234 del C. Penal), pues en todas estas hipótesis delictivas se requiere, como expresamente lo indican estas disposiciones, que la actividad falsificadora cause un perjuicio a tercero, o que, al menos, exista en el agente el propósito de lucro o el de perjudicar a alguien, constituyendo dicho resultado dañoso o ese dolo específico ("intentio lucrandi" o "intentio nocendi") condiciones típicas, elementos específicos del hecho en esos casos de falsedad documentaria. En cambio, no señala el Código Penal ninguna de esas condiciones como elementos constitutivos del delito en los casos de falsedad en documento público, ni en aquellos a que se refieren los artículos 232 y 233 (salvo en el uso, a sabiendas, de que se hizo ya mención) y en los eventos previstos en los artículos 235, 236, 237, 238, 239, 243, 244, 245 y 246, pues en ninguna de estas disposiciones se indica que la conducta debe ocasionar un daño a tercero o que, al menos, exista en el agente el propósito o la intención de perjudicar a alguien.

No obstante y por cuanto no puede existir delito sin que ocasione un daño o represente, siquiera, un peligro de daño, en los casos de los artículos últimamente citados, ya sea que se lesione lo que BINDING llama "la recta efectividad de la prueba" o lo que QUINTANO RIPOLLES denomina "la genuinidad documentaria", dicha lesión no puede resultar inocua en cuanto, asimismo, ocasione un daño a los derechos ajenos o representante, siquiera, un peligro de daño para los mismos. Esto, porque si de la falsedad en documentos se trata, y no pudiéndose hablar de documento sin la presencia de un escrito con atinencia jurídica, es lógico que la actividad falsaria debe incidir en lo concerniente a los efectos jurídicos del documento y dar lugar, en consecuencia, a un daño en el interés ajeno que esa atinencia jurídica representa, o por lo menos producir un peligro de daño a dicho interés.

Es obvio, entonces, que —como se dejó anotado— el dolo, en el delito de falsedad, implica que se proceda con la intención o conciencia de llevar a cabo una inmutación de la verdad, sabiendo que daña o puede dañar.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, marzo veintiocho de mil novecientos sesenta y seis.
(Magistrado ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Dentro de la averiguación ordenada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta con respecto a cargos que aparecían contra el

doctor MANUEL PERNIA SAIEH, Juez 3º Superior de la misma ciudad, en el trámite del proceso penal seguido contra Eleuterio Núñez, por el delito de homicidio, se dispuso SOBRESEER DEFINITIVAMENTE en favor del acusado mediante providencia del dieciocho de octubre último, la cual revisa la Sala Penal de la Corte en virtud de la consulta ordenada.

Señaló el Tribunal Superior de Cúcuta en el auto de 24 de octubre de 1965, recaído en el proceso que se siguiera al nombrado Eleuterio Núñez por el delito de homicidio, que "es un hecho cierto que se alteró el acta de la diligencia de sorteo que figura al fl. 407, o «se faltó a la verdad en la narración de los hechos...», al hacer aparecer a los señores Jorge Daniel Joves y Cristina Uribe de Duarte como pertenecientes a la lista de jurados correspondiente al Juzgado 3º Superior, incurriéndose con ello en una posible falsedad. Esto, como es obvio, impone una investigación, previa compulsa de las copias respectivas".

Perfeccionado el sumario, se desprende lo siguiente:

Según el acta de la diligencia de sorteo de jurados verificado en el proceso penal de que se ha hecho referencia (f. 407), resultaron escogidos la señora Cristina Uribe de Duarte y los señores Luis Raúl López y Jorge Daniel Joves, bajo los números 159, 63 y 58, respectivamente. Se observa claramente que entre los apellidos "Uribe" y "Duarte" de la señora Cristina, se escribió a mano y entre líneas la preposición "de", y, asimismo, que el nombre "Daniel" fue puesto sobre una raspadura hecha sobre las palabras "Jorge Joves", a fin de que se leyera "Jorge Daniel Joves".

Al folio siguiente (407 v.) aparece el siguiente informe de la Secretaría del Juzgado 3º Superior de Cúcuta: "Al despacho del señor Juez paso la presente causa con el informe de que habiéndose efectuado el sorteo total de jurados, salieron electos los siguientes (sic) personas: Cristina Uribe Duarte, Luis Raúl López y Jorge Joves...". Y al final del mismo folio aparecen firmando la notificación correspondiente la señora Cristina Uribe de Duarte y el señor Jorge Daniel Joves, personas éstas que intervinieron en la audiencia pública.

La Presidencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta, a solicitud del señor Agente del Ministerio Público, informó que en la lista de jurados del Juzgado 3º Superior de la misma ciudad, para el año de 1964 y bajo los números 58 y 159, figuran los nombres de Jorge Joves y Cristina Uribe Duarte.

Esto dio lugar a que el señor Fiscal del Tribunal Superior de Cúcuta manifestara que "se había incurrido en una nulidad y en un delito de falsedad que..." era del caso averiguar.

Ahora bien:

El señor Jorge Daniel Joves dice que "al llevarme lo notificación de sorteo de jurados del Juzgado 3º Superior y dentro de la causa que ese Despacho adelantaba contra Eleuterio Núñez por homicidio en Julio Misael Barreto, me negué a firmarla porque aparecía solamente Jorge Joves. No estoy seguro si fue ese mismo día o al día siguiente, un empleado del mismo Juzgado me presentó de nuevo la misma notificación, pero ya estaba corregido el nombre por Jorge Daniel Joves, en vista de eso, firmé".

Igualmente, la señora Cristina Uribe de Duarte expresa que "un día se presentó a mi casa de habitación un señor y me dijo que iba de parte del Juzgado 3º Superior para que firmara una notificación, pues yo había salido sorteada como jurado; yo miré la letra y decía Cristina Uribe Duarte. Como viera que mi nombre no estaba correcto, le dije que no firmaba, porque yo era de Duarte. No recuerdo si fue al día siguiente o siguientes; el mismo señor se me volvió a presentar con la misma notificación y como yo viera que decía Cristina Uribe de Duarte, le firmé y asistí a la audiencia del señor ese que absolvimos".

Llamados a declarar los empleados del Juzgado 3º Superior de Cúcuta sobre la enmienda hecha con los nombres de los señores Jorge Joves y Cristina Uribe Duarte, dan las siguientes explicaciones:

a) *Fernando Mauro Jáuregui J.* (f. 38), manifiesta que "en mi calidad de mensajero citador del Juzgado 3º Superior de esta ciudad, me dieron el acta del sorteo de jurados en la causa contra Eleuterio Núñez, por homicidio en Julio Misael Barreto... A veces salen nombres incompletos y doña Corina de Rangel, como conoce el personal, dice: este se llama fulano de tal, como pasó con el señor Jorge Daniel Joves y Cristina Uribe Duarte. Yo me llevé el acta de sorteo de jurados para notificarles el sorteo. El señor Jorge Daniel Joves me dijo que el acta estaba correcta en cuanto al nombre, pero en la notificación esta-

ba Jorge Joves simplemente. El me dijo que así no me firmaba; que fuera y les dijera allá al Juzgado. Yo no recuerdo quién fue el que arregló ese nombre. Unicamente les hice saber que el señor Joves no me había querido firmar, porque el nombre completo de él era Jorge Daniel Joves. Al ver el acta correcta, entonces sí me firmó y con él se celebró la audiencia pública. Con la señora Cristina Uribe Duarte me hizo saber que era Cristina Uribe de Duarte...".

b) *Azael Murillo,* (Secretario del Juzgado 3º Superior de Cúcuta), dice a los fs. 40 y ss.: "...En el caso concreto informo que los sorteos de jurados se hacían normalmente dentro de la ley; la señora Corina, como secretaria del señor Fiscal del Juzgado, conoce mucha gente; ella informó que Jorge Joves, como aparece en la lista de jurados enviada por el Tribunal, no era Jorge Joves, sino Jorge Daniel Joves, el dueño de la Papelería Hispana, y con base en eso la señorita Carmen Maldonado, mecanógrafa del Juzgado, quien era la persona que escribía las actas dictadas por el juez, puso Jorge Daniel Joves. De ahí que en el acta el nombre de Jorge Daniel Joves no aparece ni enmendado, ni tachado; en cuanto a la señora Cristina Uribe Duarte, el «de» aparece escrito entre líneas tanto en el acta de sorteo como en la notificación, pero no tengo conocimiento quién lo haya puesto, ya que una vez elaborada el acta respectiva pasa al notificador para que recaude las firmas y haga las notificaciones respectivas. Aclaro que la intervención de doña Corina de Rangel... la hacía, nó con la intención de falsear la verdad, sino más bien con la de ayudar a la pronta localización de los jurados, ya que el suscrito no puede identificar a los jurados".

c) *Carmen Maldonado Villamizar* (Escribiente del mismo Juzgado), expresa al f. 41 que "...la señora Corina manifestó el día del sorteo, que dicho señor no era Jorge Joves, sino Jorge Daniel Joves, dueño de la Papelería Hispana y por tal motivo yo lo escribí tal como me fue indicado; naturalmente considero que la intervención de la señora Corina no fue dolosa, sino con sentido de colaboración con el juzgado, para así facilitar la consecución rápida de los jurados, pues debido, como dije antes, a que el personal del Juzgano no conoce a quienes figuran como jurados, y en cambio ella sí, por eso prestaba este servicio y es por eso que en la referida acta aparece el nombre de Jorge Daniel Joves...".

Y la señora *Corina de Rangel,* secretaria de la Fiscalía del Juzgado 3º Superior de Cúcuta, refiere al f. 42 del expediente que "al salir las balotas en presencia de los sindicados, salió el número que correspondía en la lista al nombre de Jorge Joves, que fue el que salió, pero como yo conozco personalmente, desde años atrás, a dicho señor, informé que el nombre completo era Jorge Daniel Joves...".

Resulta, entonces, evidente que no se buscó con las alteraciones de que se ha hecho referencia, modificar la verdad, sino precisar la identidad de las personas que realmente resultaron elegidas, mediante sorteo, para componer el Jurado que debía juzgar al señor Eleuterio Núñez.

No se quiso faltar a la verdad en la narración de los hechos (ord. 4º del art. 231 del C. P.), ya que únicamente se buscó indicar los nombres que verdaderamente correspondían a las personas que fueron sorteadas, en la ocasión aludida; ni se tuvo el propósito de verificar una intercalación o una alteración que variara el sentido del documento tachado de falso (ord. 6º del mismo art. 231), puesto que el real alcance de ese escrito se mantuvo en lo que correspondía a la verdad: que el señor Jorge Joves es el señor Jorge Daniel Joves, y que la señora Cristina Uribe Duarte es la señora Cristina Uribe de Duarte.

En estas condiciones no puede existir el delito de falsedad en documentos, puesto que todo reato, como es bien sabido, requiere una acción psíquica que oriente y guíe la acción física (según anota Enrique Ferri). Esto es, que se cuente con la intención del agente, en los delitos dolosos; o con la negligencia o imprudencia en el comportamiento del actor, en las infracciones culposas.

De manera expresa, el artículo 12 del Código Penal enseña que "las infracciones cometidas por personas que no estén comprendidas en la disposición del artículo 29, son intencionales o culposas". Es decir, que la responsabilidad penal exige que el comportamiento típico (que se acomode a una definición punible) y antijurídico (contrario a derecho), sea culpable, esto es, que se puede imputar subjetivamente al agente.

No se puede ser falsario sin querer la alteración de la verdad. El dolo en el delito de falsedad en documentos exige que el actor proceda con la intención de llevar a cabo una inmutación de la verdad, sabiendo que causa un daño o que puede ocasionarlo. En fallo de 6 de febrero de 1953 (G. J. t. LXXIV, p. 200),

dijo esta Sala que "la falsedad punible implica una alteración consciente de la verdad, en orden a crear un juicio equivocado sobre un hecho cierto. Falsedad tanto quiere decir como faltar maliciosamente a la verdad".

Y ese conocimiento de que la inmutación de la verdad causa un daño o puede producirlo, es pertinente en los distintos casos que reprime la ley penal colombiana al ocuparse del delito de falsedad en documentos, porque es condición del dolo genérico en este reato. A este respecto, cabe señalar lo que sigue, de lo cual se ocupó la Corte en providencia de 25 de agosto de 1959, (G. J. t. XCI, p. 564 a 573):

Siendo de la esencia del dolo la conciencia, la voluntad o la intención, según la doctrina que se prefiera, de realizar un hecho ilícito, y ocurriendo, para los fines represivos de la ley penal que solamente pueden constituír hechos ilícitos aquellos que acarreen un daño o arrojen la posibilidad de causarlo, no era necesario, a los fines de precisar el dolo genérico en los casos de falsedad documentaria, que en cada una de las definiciones punibles sobre esta materia se dijese, de una parte, que el hecho representara, al menos, una posibilidad de daño (delito de peligro), y, de otra, que el agente, al proponerse cumplir esa inmutación de la verdad o ese atentado a "la genuinidad documentaria", o a la "recta efectividad de la prueba" (como señalan Antonio Quintano Ripolles y Binding, respectivamente), conociera, al menos, que puede ocasionar un daño en los intereses jurídicos ajenos. Esto, porque actúa con dolo únicamente quien en el momento de la acción toma conciencia de un resultado delictuoso cierto, probable y posible, esto es, de un resultado dañoso o que representa un peligro de daño.

El tratadista Quintano Ripolles, ya citado, en su obra "La Falsedad Documental", (p. 97 y 98), dice que "si la razón de ser de la falsedad documental es la alteración de una genuinidad susceptible de perturbar el orden jurídico, solo la antijuricidad de este dolo finalista dinámico es la que ha de servir para estructurar plenamente la infracción. En este sentido tan solo es lícito afirmar que el dolo genérico basta en la falsedad, porque en él se ha prefigurado el resultado legal en la voluntad del agente".

Y en páginas anteriores, expresa este mismo autor lo que pasa a transcribirse:

"En una sistemática formalista de la falsedad, en que el documento se concibe a modo de tabú sacrosanto, toda modificación de sus formas y elementos originales, aún los accesorios, constituiría delito de falsedad. Tan deshumanizado concepto de ritualismo es, naturalmente, contrario a los más elementales principios de derecho, especialmente de los del penal, tan inevitablemente impregnado de sustancias humanísticas. Aún en los sistemas de legalismo tan estricto como el nuestro y todos los que nacieron a la sombra del código napoleónico, la falsedad documental no puede ser ya tratada de ese modo cuasi-mágico, bien que no puedan ser desconocidos en absoluto los fueros de lo ritual, especialmente en los documentos auténticos portadores de la fe pública. En términos generales, como ya se dijo, a éstos solo conviene el máximo de protección y rigor formal, debiendo sentarse la tesis de que a mayor categoría procesal del documento corresponde una más estricta rigidez formalística, la que va desarticulándose hasta llegar al extremo bajo de la escala, el documento privado, en el cual la forma no cuenta ni basta, exigiéndose precisamente el resultado perjudicial o la intención de causarlo".

El Código Penal colombiano es finalista en los casos de falsedad en documento privado (art. 240) y en los eventos de uso, a sabiendas, de un documento público o en el de aquellos que mencionan los artículos 232 y 233 (art. 234 del C. Penal), pues en todas estas hipótesis delictivas se requiere, como expresamente lo indican estas disposiciones, que la actividad falsificadora cause un perjuicio a tercero, o que, al menos, exista en el agente el propósito de lucro o el de perjudicar a alguien, constituyendo dicho resultado dañoso o ese dolo específico (*"intentio lucranti"* o *intentio nocendi"*) condiciones típicas, elementos específicos del hecho en esos casos de falsedad documentaria. En cambio, no señala el Código Penal ninguna de esas condiciones como elementos constitutivos del delito en los casos de falsedad en documento público, ni en aquellos a que se refieren los artículos 232 y 233 (salvo en el uso, a sabiendas, de que se hizo ya mención) y en los eventos previstos en los artículos 235, 236, 237, 238, 239, 243, 244, 245 y 246, pues en ninguna de estas disposiciones se indica que la conducta debe ocasionar un daño a tercero o que, al menos, exista en el agente el propósito o la intención de perjudicar a alguien.

No obstante y por cuanto no puede existir delito sin que ocasione un daño o represente, siquiera, un peligro de daño, en los casos de los artículos últimamente citados, ya sea que se lesione lo que Binding llama "la recta efectividad de la prueba" o lo que Quintano Ripolles denomina "la genuinidad documentaria", dicha lesión no puede resultar inocua en cuanto, asimismo, ocasione un daño a los derechos ajenos o represente, siquiera, un peligro de daño para los mismos. Esto, porque si de la falsedad en documentos se trata, y no pudiéndose hablar de documento sin la presencia de un escrito con atinencia jurídica, es lógico que la actividad falsaria debe incidir en lo concerniente a los efectos jurídicos del documento y dar lugar, en consecuencia, a un daño en el interés ajeno que esa atinencia jurídica representa, o por lo menos producir un peligro de daño a dicho interés.

Es obvio, entonces, que —como se dejó anotado— el dolo, en el delito de falsedad, implica que se proceda con la intención o conciencia de llevar a cabo una inmutación de la verdad, sabiendo que daña o puede dañar.

Tiene, pues, razón el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal cuando solicita que se confirme el sobreseimiento definitivo que consulta el Tribunal Superior de Cúcuta, con apoyo, dice en que "la intención no resulta acreditada por parte alguna... Por el contrario, surge... que lo que se propusieron los empleados que intervinieron en dichas actuaciones y diligencias, fue simplemente identificar debidamente a los sorteadores, para colaborar en forma eficiente con la justificia en desarrollo de sus funciones, y si en ésto hubo equivocación y se produjeron las consecuencias anotadas, no por ello puede desconocerse la indiscutible buena fe de quienes así procedieron".

En fin, no tuvo el juez acusado la intención de dañar y ni siquiera de poner en peligro esos intereses de la fe pública o de la "genuinidad documentaria" o de "la recta efectividad de la prueba", al suscribir los documentos a los cuales se refiere la averiguación penal adelantada.

Es aplicable, por tanto, el ordinal 1º del artículo 437 del C. de P. P.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, CONFIRMA el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Cúcuta en favor del Juez 3º Superior de la misma ciudad, doctor MANUEL PERNIA SAIEH, en cuanto al cargo de falsedad en documentos que le fue formulado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Pioquinto León L., Secretario.

VIOLENCIA CARNAL

Violación del art. 316 del C. P. por apreciación errónea y falta de apreciación de determinadas pruebas del proceso.- Acceso carnal obtenido sin el consentimiento de la víctima o contra su consentimiento.- Análisis e interpretación de la prueba.- Elementos tipificadores de la violencia carnal en el caso de autos.- El elemento intención en el evento estudiado.- Estudio de la prueba del estado de inconsciencia.- Tesis de la embriaguez.- Manifiesto yerro interpretativo de las constancias procesales al confundir el alicoramiento con una inconsciencia de tal naturaleza que no permita a una mujer virgen darse cuenta de su desfloración.- Sentencia edificada sobre una base totalmente equivocada.- La soberanía del fallador en la apreciación de las pruebas en materia penal.-

1.- El delito de violencia carnal aparece definido en nuestro estatuto penal en su art. 316.

Se deduce de él que se caracteriza por el acceso carnal obtenido sin el consentimiento de la víctima o contra su consentimiento.

Contra el consentimiento, cuando la introducción del miembro viril se realiza mediante violencia física o moral, ya que en el último caso la aquiescencia física no corresponde, tampoco, a la determinación libre de realizar el acto.

Sin el consentimiento, cuando se verifica el acceso carnal en persona a la cual se haya puesto por cualquier medio en estado de inconsciencia. No hay lugar a decir, lógicamente, que hubo rechazo, porque la inconsciencia descarta tanto los actos positivos como los negativos.

También considera que el acceso carnal con una menor de catorce años es punible, porque aunque haya prestado su consentimiento por tener capacidad intelectual para discernir libre escogencia entre el bien y el mal, la ley, para proteger a la menor, la considera legalmente incapaz para discernir y dar su voluntaria aquiescencia.

2.- No se ataca la soberanía del fallador en la admisión y apreciación de las pruebas en materia penal, que por cierto, para su valoración, no tienen fijada, en la ley, una regla matemática, pues la persuasión del Juez no se forma a través de precisas reglas de aplicación milimétrica. Porque la libertad racional que nuestro estatuto procesal dá a los jueces de instancia, no puede llevarlos a dar a unas pruebas valor absoluto de convicción como en el caso de los testimonios contradictorios de una ofendida ni menos a rechazar, de las distintas aseveraciones de ésta, lo que no conviene a la tesis condenatoria, ni a interpretar extensivamente un hecho para adjudicarle a su realizador fines inequívocos donde no hay prueba para ellos, ni a exagerar el significado de otros convirtiendo unas copas, tal vez dañosas, en un estado de inconciencia.

La Corte, en cada paso de este fallo, aún en la simple relación de los hechos, ha mostrado los manifiestos yerros del Tribunal, o su olvido o desconocimiento de las pruebas, o sus erradas interpretaciones que lo condujeron a aplicar el artículo 316 del Código Penal tratándose del acceso carnal con una mujer de casi diez y ocho años, de la que no se demostró que hubiese sido puesta intencionalmente, inconsciente, o siquiera lo hubiera estado cuando fué, o pudo ser accedida por el hasta hoy incriminado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, marzo veintiocho de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Eduardo Fernández Botero).

VISTOS:

El veintiséis (26) de mayo de mil novecientos sesenta y cinco (1965), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dictó sentencia confirmatoria de la del Juez Primero Penal del Circuito de la misma ciudad que condenó al doctor Javier Valderrama Reinales a la pena principal de tres (3) años de prisión, a las accesorias de rigor y a la indemnización en abstracto de "los daños y perjuicios causados por la infracción", como autor responsable del delito de violencia carnal de que hizo víctima a María Eugenia Uribe Ahumada.

Contra dicho fallo se interpuso recurso de casación que, concedido y tramitado en debida forma, corresponde a la Corte decidir como pasa a hacerlo, considerando:

CAUSA Y CULMINACION DE LA INVESTIGACION

El veintidós (22) de septiembre de mil novecientos sesenta y tres (1963), a las tres de la tarde, el Juzgado Primero de Instrucción Criminal en Bogotá, en asocio del médico de turno, doctor Eduardo Correra P., practicó el levantamiento del cadáver de Leonor Uribe Ahumada que apareció muerta cerca de la esquina en que confluyen la carrera 13-A con la calle 24-A de la capital de la república.

El cuerpo de la joven cayó desde el tercer piso del edificio de la calle 24-A No. 13-A-08, se ignora si arrojándose voluntariamente o por accidente debido a la situación de ebriedad en que se hallaba (fs. 1 a 3 del C. 1º).

Llamada a declarar, en las diligencias levantadas para investigar dicha muerte, la hermana de la occisa, María Eugenia Uribe Ahumada, cuatro días después de ocurrido el deceso de aquélla, relató varios hechos sin aludir, siquiera de manera velada o indirecta, a que en los sucesos que antecedieron inmediatamente a la tragedia la declarante hubiese sufrido algún atropello en su persona o hubiese sentido algún síntoma revelador de tal insuceso. Esto a pesar de haber sido preguntada, oficiosamente, si había recibido propuestas de realizar el acto sexual o requerida de amores, circunstancias que negó con toda sencillez y con claro énfasis. (fs. 9 a 11 del C. 1º).

El mismo día de esta declaración —veintiséis (26) de septiembre— el Instructor envió a María Eugenia al Instituto de Medicina Legal.

En el proceso consta una copia, autenticada por Gustavo Castillo, Secretario de la oficina, del dictamen médico-legal rendido el mismo día, donde se lee: "Bogotá, 26 de sep. de 1963 —No. 20970— María Eugenia Uribe Ahumada: Por su aspecto, actitud y demás revela dieciséis (16) años de edad. Presenta el himen desgarrado, hacia los meridianos de las tres, y de las nueve, con colgajos equimóticos y tumefactos. Esto indica que fue desflorada, y que la desfloración, es reciente. No hay huellas de violencia, ni signos de embarazo". (fs. 13, C. 1º).

Se desconoce donde reposa el original de dicho dictamen.

Ahí mismo fue interrogada sobre su desfloración la presunta ofendida (fs. 12, C. 1º), y como dijese que "el único responsable tiene que ser Javier Valderrama, ya que yo jamás había estado con hombres", se adelantó la deficiente investigación que culminó con la sentencia de cuya casación se trata.

LOS PERSONAJES Y LOS HECHOS

I) El procesado, Javier Valderrama Reinales, es un abogado en ejercicio, hoy de treinta y cuatro años de edad y soltero. Los testigos Humberto de Castro (fs. 68) y Santander Noguera (fs. 80), lo consideran: persona honorable, de buenas costumbres, que ejerce con decoro la profesión y que hizo una meritoria carrera a base de especiales sacrificios (de Castro), dueño de una personalidad digna de aprecio y estimación sin límites, de limpios antecedentes y de altas y elevadas ejecutorias (Noguera).

Y aunque afirmó que a su apartamento acudían, por invitación suya, diversas clases de mujeres, hasta familiares, con fines lícitos de diversión como se acostumbra —dice— en Estados Unidos, donde vivió, y también algunas para satisfacer sus deseos carnales, no por eso puede afirmarse, como lo hace la sentencia con tan precarias bases, que posee "una falta total de escrúpulos morales, proveniente de la vida licenciosa que solía llevar con mujeres dedicadas al comercio sexual".

II) María Eugenia Uribe Ahumada, que dijo tener dieciséis años (fs. 48, C. 1º), en curiosa concomitancia con el dictamen pericial citado, resultó tener diecisiete (17) años, siete (7) meses y veintidós (22) días cuando ocu-

rrieron los sucesos.

Al doctor Valderrama le manifestó que "nosotras —ella y su hermana Leonor— nunca habíamos tomado licor" (fs. 9, C. 1º), pero a fs. 11 confiesa que tanto ella como su hermana, en las fiestas, se tomaban dos o tres tragos, antecedente olvidado en el fallo y que, según se verá, tiene capital importancia.

En abril de ese año —1963— cursaba primer año de bachillerato, del que fue retirada o se retiró. En él observó buena conducta. Y la vecina dice que era niña honesta, dedicada al colegio y a la casa en la época de los hechos (fs. 15 del C. 1º).

III) Los protagonistas eran vecinos.

Dice la presunta ofendida que el doctor Valderrama Reinales la había invitado *varias veces,* y a su hermana Leonor, para que fuesen a su apartamento, situado en la carrera 13-A No. 24-A-80, entre cuyas veces una fue "como una noche anterior" en que no aceptaron por estar haciendo unas compras. (fs. 9, C. 1º).

A fs. 46 relata que no conocía al doctor Valderrama; que éste saludó a Leonor e "insistió" en saludarla a ella; que ella le dijo: "perdone pero no lo recuerdo a usted no lo conozco"; que después de algunas explicaciones, las invitó a pasar a su apartamento, cosa que no aceptaron porque estaban de afán "haciendo unas compras". (fs. 46 del C .1º).

De donde se deduce que no hubo sino una sola invitación —la del día de las compras— y no las varias de que habló en su primera declaración, lo que saca avante la relación hecha, al respecto, por el sindicado (fs. 46), si bien la sentencia no estimó estos elementos de prueba que es preciso analizar desde ahora para poder hacer la relación de hechos realmente ajustada a las constancias procesales.

Dice María Eugenia en su segunda declaración (fs. 42, C. 1º) algo que no dijo en la primera: que Javier (así lo trata), les ofreció una tarjeta suya para que lo llamaran (por teléfono) pero que al esculcarse los bolsillos no la halló.

El sindicado insiste en que sí les entregó esa tarjeta y que el viernes anterior al veintidós (22) de septiembre lo llamaron por la noche para avisarle que irían el domingo y que fue muy categórico al solicitarles que debían llamarlo nuevamente por teléfono porque tenía muchos compromisos y no podía garantizarles el que pudiera recibirlas (fs. 40, 41 y 47 del c. 1º) y "sin embargo llegaron a mi casa de habitación más o menos a las doce menos cuarto de la mañana del domingo cuando ni siquiera las esperaba".

María Eugenia, de su lado, cuenta a fs. 9 del C. 1º que iban —ella y Leonor— para la Iglesia de San Diego por la carrera 13 (después explicó que era la 13-A) y que "venía Javier Valderrama Reinales" y "este día nos invitó y le dijimos que no podíamos porque en la casa no nos dejaban; entonces él dijo que seguiría adelante y nosotras detrás; eran como las doce menos cuarto cuando nos encontramos con él; él subió adelante solo y llegó al apartamento de él, pero nosotras no sabíamos en qué piso vivía; llegamos nosotros (sic) y golpeamos en el primer piso y salió un muchacho y le preguntamos que si había visto al abogado y dijo que no, entonces subimos al cuarto piso y golpeamos y salió una señora que nos dijo que él vivía era en la puerta del frente; golpeamos en esa puerta y salió él y nos invitó a seguir . . .".

Pero, borrando lo anterior —que fue lo considerado en el fallo— narró más adelante lo que pasa a transcribirse y que fue olvidado en absoluto por el Tribunal:

"Nos pusimos de acuerdo una noche que nos encontramos con Javier para encontrarnos el domingo por ahí por la trece. El dijo que se iba a estar por ahí, otra noche después de que nos conocimos fue como un viernes, nos encontramos y fijamos la cita para vernos el domingo, acordamos la hora a las once y media" (fs. 69).

"Ibamos aproximadamente por ahí frente al edificio donde vive Javier y en ese momento él venía y nos miramos y él siguió y dejó abierto el portón y en ese momento bajaba una señora y por eso no queríamos entrar al fin decidimos y entramos" (fs. 70, C. 1º).

"Todo esto, es decir, el plan de la hora de misa, lo que debíamos decir en la casa lo acordamos aquella noche que nos encontramos con Javier". (fs. 73).

". . . Javier dijo que dijéramos que cuando fuéramos a misa y calculando que se acabara la misa, es decir a la una, ya nos fuéramos para la casa" (fs. 72, C. 1º).

De donde se concluye que sí hubo un plan previo como lo ha aseverado el sindicado, y hasta la llamada telefónica, ya que a fs. 48 dice María Eugenia: ". . . él dice que nosotros

lo llamamos por teléfono y sí, claro que él entró un poco de tiempo primero que nosotras...".

Y este plan previo tiene importancia, porque no resulta cierto, como lo asevera el Tribunal, que las hermanas iban "en dirección a la Iglesia de San Diego con el fin de asistir a la misa dominical del mismo día, cuando en la vía pública se encontraron con el doctor Javier Valderrama Reinales, quien les reiteró la invitación que venía haciéndoles en distintas ocasiones", sino que hubo un plan en que las hermanas engañaban a su madre y se iban a divertir mientras en su hogar las hacían cumpliendo deberes religiosos.

Y de otro lado, el famoso plan ya indicaba por sí solo que no se trataba de una absoluta inocencia sino que se comenzaba, al menos, el camino de las citas clandestinas...

IV) Ya en el apartamento del soltero, bien fuese porque, como dice la no verídica María Eugenia, tuviesen miedo, o porque, como afirma el sindicado (fs. 17 vto.), le preguntaron qué tenía para beber, comenzó el holgorio.

El primer ofrecimiento, que el Tribunal trata, sin fundamento, de "mañoso", consistió en un trago de ron con Coca-cola, extraído de una botella que se agotó y que hubo de ser reemplazada por la que el doctor Valderrama solicitó y le fue llevada por un sujeto que jamás fue llamado a declarar.

Narra María Eugenia, en efecto: "... como en la botella de ron había poco trago, entonces de ahí sirvió tres tragos y les echó Coca-cola... Como no había ron sino aguardiente, llamó por teléfono a la tienda para que le trajeran otra botella de ron". (fs. 9, C. 1º).

Después de este primer trago ocurrió que "cuando golpearon para entrar el ron nos dijo que nos entráramos al otro cuarto porque de pronto nos veían y entonces... Después de que se fue el que había traído el ron nos dijo: "ya pasó el susto. Salgan". (fs. 9 y 10 del C. 1º).

De esa botella sirvió y apuraron otros dos tragos, es decir, dos para cada una de las personas asistentes (fs. 10, C. 1º). Salieron a relucir los discos y, escogidos los de gusto de las damas, "él bailó con nosotras". (fs. 10, C. 1º).

Refiere María Eugenia que "con el segundo trago sentimos como sueño". Agrega que "Javier nos ofreció otro trago y nosotras nos lo tomamos pero no nos acordamos *si antes de este último*, cuando estábamos en la cama, nos dormimos, y después fue cuando nos tomamos el tercero".

Según su relación primera, que es la que acaba de acotarse, y que la hizo antes de descubrirse su desfloración, las dos hermanas solo tomaron tres tragos de ron con Coca-cola, el que le pareció suave a María Eugenia y al que no encontró diferencia con el que otras veces había tomado. (fs. 11 del C. 1º).

Desde su primera indagatoria (fs. 21 vto. del C. 1º) el sindicado sostuvo que se habían tomado tres tragos. Pero que Leonor tomó más. (fs. 41 del C. 1º).

Repitiendo que al segundo trago se encontraban "como mal, como mareadas", agrega la ofendida en su declaración de fs. 39 del C. 1º, cuando ya está acusando a su contertulio, lo siguiente: "... bueno, nosotras nos encontramos y después más o menos (sic) unos cinco tragos cada uno... entonces Javier dijo que si bailábamos y sacó unos discos, escogimos unos, Javier bailó con nosotras entonces golpearon la puerta del apartamento...".

Debiéndose, pues, descartar lo de los cinco tragos, y atenernos a los tres, detalle que se analizará adelante. Aunque Leonor "en cambio se tomaría algunos más" (fs. 41, C. 1º).

¿Qué ocurrió, después de estos tres tragos?

"Aseguro que en el segundo trago quedamos dormidas en la cama de Javier... y yo desperté primero", expresa a fs. 48 y 49 del C. 1º.

Antes aseveró que después del segundo trago (fs. 10, C. 1º) y después del quinto más o menos (fs. 39 del C. 1º), bailaron.

Y no fue corto este baile según se infiere de la relación que la misma presunta ofendida hace a fs. 45: "... Javier tenía en la radiola Long-play de boleros y dijo bailemos, nosotras le dijimos no a nosotras no nos gustan los boleros nos gusta es la música alegre pero sin embargo bailó con Leonor y después bailó conmigo y fue cuando dijimos que nos quitara ese disco que nosotras no sabíamos bailar bolero, entonces alcanzamos uno llamado Carnaval y lo bailamos, Javier bailó entonces con ambas, luégo ofreció otro trago, que fue cuando nos dio sueño y nos quedamos en la cama de Javier". A fs. 40 dice algo, también olvidado en la sentencia: "... yo no sé si nos cogió un rato el sueño en la cama de Javier".

Más en otra parte asegura: "... en ese momento en que tomábamos el segundo trago

llegaba la señora que le lava la ropa a Javier entonces fue cuando él dijo váyanse para la alcoba para que no las vean y ajustó la puerta... después de haberse ido la lavadora conversamos otro rato y ahí fue cuando empezó a cogernos el sueño". (fs. 49 del C. 1º).

Se encuentra el narrador perplejo ante la imposibilidad de reconstruír fielmente los hechos, relatados en la sentencia sobre la base única de las dos primeras declaraciones de esta joven. Pero la perplejidad sube de punto cuando se lee a fs. 50 del C. 1º que no obstante estar dormida, está segura de que su hermana no se levantó, ni se trasladó a la sala, ni tocó discos. ¿Es que no estuvo realmente dormida?

Lo evidente es que afirma que despertó primero que su hermana; que se dedicó a despertarla y luégo a bregar por restituírla a su estado normal; que el doctor Valderrama suministró y ambos le ofrecieron un Sonrisal, que no tomó; y que después de muchas idas y venidas, las jóvenes abandonaron el apartamento.

Y ahí, en estos episodios, María Eugenia, con gran dominio de sí, aparece auxiliando a Leonor y demostrando una apariencia de normalidad atestiguada así:

V) Ernesto Bahamón Torres se encuentra con las dos hermanas en el zaguán del edificio donde acaban de acaecer los hechos, observa que Leonor "no se podía tener en pie" pero que María Eugenia "... estaba bien. No creo que hubiera ingerido licor" (fs. 8 y vto. del C. 1º). Recuérdese que Leonor tomó más que María Eugenia.

Y el compañero de Bahamón, Jairo Agudelo Escobar (fs. 4 y ss. del mismo cuaderno), afirma: "... pero yo no vi a María Eugenia tomada, no sé si ella tomaría".

VI) A esta altura de los hechos, con unos centavos que consigue según deponen los testigos acabados de mencionar, desaparece yéndose a la casa de una amiga (fs. 166) a la dice que les "habían dado trago y le había hecho daño a Leonor", no a ella.

Regresa a su casa, traída por un hermano, cuando ya Leonor hacía varias horas —más de dos— había fallecido.

VII) En su primera declaración (fs. 9 a 11 vto.), cuando nadie la ha enviado a examen, ni siquiera alude a su violación ni menciona ninguna actitud sospechosa de parte del doctor Javier Valderrama.

Noticiada de que acababa de darse un dictamen en donde se dice que ha sido violada, afirma que "el único responsable tiene que ser Javier Valderrama, ya que yo jamás había estado con hombres" y agrega que "sí me dí cuenta que él estaba arreglándose el cinturón y abotonándose la bragueta", trascendental detalle enteramente nuevo.

A fs. 40 ya crece su aserto: "... yo veía —narra— a Javier estaba como afanado y estaba como vistiéndose".

Y a fs. 45 hace intervenir un nuevo factor, pues relata: "... yo despertaba y veía a Javier todo afanado que entraba y salía del baño".

A fs. 75 cambia la versión: "... cuando despertamos yo lo ví afanado y a medio vestir y salía y entraba al baño".

VIII) Está demostrado que cuando despertó del sueño que dizque tuvo, llevaba puestas todas sus prendas de vestir (fs. 12 vto.) y "no tenía ninguna prenda en desorden", detalle bien significativo, por cierto.

Tampoco sintió dolor ni vio manchas en sus pantalones (fs. 76, C. 1º). Lo sintió solo el día en que fue a donde el Juez (fs. 76, C. 1º).

Y el día de los sucesos no vio, ni sintió, ni experimentó (sic) "pero afirmó que fue él puesto que en una hora y cuarto que quedamos dormidas, pudo hacerlo" (fs. 77, C. 1º).

LA SENTENCIA

Comienza relatando los hechos.

a) Asevera, en primer término, que las jóvenes iban para misa y se encontraron con el acusado quien les reiteró la invitación, y olvida, a este propósito, las propias manifestaciones de la ofendida, ya puntualizadas.

b) Afirma que, entradas al apartamento del abogado, éste se dedicó a calmarles la excitación que les producía su "comportamiento furtivo" mediante el ofrecimiento *mañoso* de *abundantes* cantidades de licor (la subraya es de la Corte).

c) Continúa diciendo que así logró embriagarlas y que perdieran el control de sus actos, "en cuyo *estado de inconsciencia* las acostó para someter a María Eugenia Uribe Ahumada al acoplamiento carnal", y que luégo se movió a "preocuparse para que recuperara el conocimiento la menor que acababa de poseer sexualmente".

d) En el primer resultado analiza la faz objetiva del delito, de la cual afirma que se estructura con el dictamen médico unido a la copia de la partida de bautismo que demuestra que la ofendida para la época (o el día) de los sucesos tenía diecisiete (17) años, siete meses y veintidós (22) días de edad.

e) En el segundo dice que la autoría material por parte del doctor Valderrama se demuestra:

Con la versión de la ofendida, tomada de su primera y segunda declaración y olvidadas del todo las manifestaciones posteriores de que ya se hizo mérito;

Con la indagatoria de Javier Valderrama Reinales, quien niega el hecho fundamental y discrepa en detalles importantes con la ofendida;

Con las diligencias de careo, en donde resaltan las afirmaciones de María Eugenia sobre lo de "afanado" y "vistiéndose" y se afirma que estaba "azorado" y yendo y viniendo al baño. También se asevera allí que lo de la llamada telefónica fue una mentira del abogado Valderrama, olvidándose la sentencia de la confesión que a tal respecto hizo María Eugenia, según lo ya visto en este fallo.

Con las versiones de la ofendida que le producen al Tribunal "la íntima convicción sobre el hecho de haber sido el doctor Javier Valderrama Reinales el autor material y único del ayuntamiento carnal de que la hizo víctima, como también de los medios empleados para colocarla en estado de inconsciencia", aparte éste de la sentencia que repite el primero y en parte el tercer fundamento probatorio de autoría.

f) Analiza luégo el delito, repitiendo que aún consumado en una mujer mayor de dieciséis años, se realizó por la circunstancia "de haber sido viciado su consentimiento".

g) El considerando final lo dedica a la fijación y graduación de la pena.

LA DEMANDA DE CASACION

El recurrente, aunque con fallas en el método, sostiene que se ha violado el artículo 316 del C. P. por "apreciación errónea y falta de apreciación de determinadas pruebas" (fs. 14 y 15 y 20 del C. 5º), o sea la causal primera prevista en el artículo 56 del Decreto-Ley 528 de 1964.

Formula cinco cargos, a saber:

1º—Que el Tribunal al hablar de que les ofreció a las hermanas Uribe Ahumada "abundantes cantidades de licor", incurrió en errónea apreciación de la prueba, lo mismo que cuando aseguró que el procesado se movió "a preocuparse para que recuperara el conocimiento la menor que acababa de poseer carnalmente".

2º—Apreciación errónea en cuanto no aparece probado que las jóvenes Uribe Ahumada se hubieran acostado en la cama del abogado en estado de inconsciencia, como lo afirma el Tribunal.

3º—Que, aceptando por vía de hipótesis, la embriaguez, también yerra el Tribunal al dar por probada "la inconsciencia", elemento fundamental, en el caso, para configurar la violencia a la luz del apartado final del inciso 2º del artículo 316 del C. P., que así ha quedado violado.

4º—Error en la interpretación del dictamen médico legal por cuanto en él se dijo que no existían pruebas de violencia, lo que lo induce a decir que suponiendo el acceso carnal, el consentimiento resalta por la voluntariedad de los actos que llevó a cabo la presunta ofendida.

5º—El cuarto error consiste, según el demandante, en haberle dado pleno crédito al testimonio de María Eugenia para acreditar "el estado de inconsciencia" en que se hallaba cuando el procesado dizque la sometió al acceso carnal.

Cada uno de estos cargos los desarrolla analizando las pruebas del proceso y las interpretaciones del Tribunal.

Termina, lógicamente, pidiendo la invalidez del fallo y la consiguiente absolución.

EL CONCEPTO FISCAL

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal opina que no debe casarse la sentencia recurrida.

Empieza su vista transcribiendo una relación de hechos escrita por el Fiscal 4º del Tribunal Superior de Bogotá que sigue las mismas orientaciones de la verificada en la sentencia, sin discriminar otras probadas ocurrencias de que ya se habló.

Divide los cargos en cuatro, olvidando el que acaba de enunciarse bajo el número 4º.

Y rechaza los cuatro cargos por él analizados, así:

El primero con varias transcripciones de los dichos de la víctima y del acusado a través de los cuales concluye: "Por manera, que, sí, como dice la ofendida y lo admite en varias oportunidades el procesado, tomó tres tragos, debe reconocerse que éstos contenían suficiente cantidad de alcohol para producir la embriaguez".

El segundo, lo refuta diciendo que está probado que las hermanas Uribe Ahumada sí se acostaron en el lecho del abogado como consecuencia de haber ingerido licor embriagante suministrado por el procesado.

No analiza el cargo completo que el mismo señor Procurador anuncia consiste en que no aparece probado que se hubieran acostado *en estado de inconsciencia.*

El cuarto, que enumera como el tercero, lo refuta diciendo que como se trata de una violencia presunta debida al estado de inconsciencia de la ofendida producido por el alcohol que tomó, mal podía haber señales de violencia física, ya que ésta solo podía ser el resultado de una resistencia que no estaba en capacidad de oponer. Que la ofendida no consintió, como está plenamente probado y que el anfitrión la puso en estado de inconsciencia —no analiza cómo—, el que hizo posible el ayuntamiento.

En cuanto al quinto cargo, llamado cuarto por el señor colaborador fiscal, dice:

Que ya se vio que el licor suministrado fue suficiente para producir la *completa* embriaguez de Leonor Uribe y que no se vé razón alguna para no admitir la embriaguez de María Eugenia; que el testimonio de ésta no es posible desecharlo por el solo hecho de haber incurrido en contradicciones secundarias, ya que desde el primer momento sostuvo haberse quedado dormida en el lecho del procesado.

CONSIDERA LA CORTE

I) Se relacionan tan estrechamente los diversos cargos; están tan lógicamente unidos en el desarrollo de los hechos y desembocan de tal manera en un solo problema —según se verá— que basta estudiarlos en su conjunto.

II) El delito de violencia carnal aparece definido en nuestro estatuto penal en su artículo 316.

Se deduce de él que se caracteriza por el acceso carnal obtenido sin el consentimiento de la víctima o contra su consentimiento.

Contra el consentimiento, cuando la introducción del miembro viril se realiza mediante violencia física o moral, ya que en el último caso la aquiescencia física no corresponde, tampoco, a la determinación libre de realizar el acto.

Sin el consentimiento, cuando se verifica el acceso carnal en persona a la cual se haya puesto por cualquier medio en estado de inconsciencia. No hay lugar a decir, lógicamente, que hubo rechazo, porque la inconsciencia descarta tanto los actos positivos como los negativos.

También considera que el acceso carnal con una menor de catorce años es punible, porque aunque haya prestado su consentimiento por tener capacidad intelectual para discernir y libre escogencia entre el bien y el mal, la ley, para proteger a la menor, la considera legalmente incapaz para discernir y dar su voluntaria aquiescencia.

III) En el caso contemplado se trata de una mujer mayor de diecisiete años como antes quedó expresado.

No se considera, siquiera sea como posibilidad, la violencia física o moral, porque el dictamen, según se vió, la descarta y porque la presunta ofendida también aleja esa posibilidad.

Por exclusión, pues, se colige que el acceso carnal que se discute tuvo lugar o con el consentimiento de la mujer, o aprovechándose el violador de su estado de ebriedad o de inconsciencia, o poniéndola en tal estado con ese fin precisamente.

Hace a un lado la sentencia toda posibilidad de la primera hipótesis. Para ello da crédito a lo aseverado por María Eugenia, quien nunca confesó que su desfloración proviniera de una entrega voluntaria al acusado o a un tercero.

Como se ve, ésto significa dar un total asentimiento a la declaración de la ofendida.

Y ello constituye el primer error grave del Tribunal, por dos razones: una de carácter general y otra de índole particular, aplicable al caso sub-judice.

La de carácter general consiste en que la declaración del ofendido, si bien enruta la investigación en cuanto señala la persona del agresor, y su dicho puede adquirir consistencia probatoria si se confirma con otros elementos de convicción, no puede tomarse en

su integridad como lo hizo el Tribunal olvidando lo que el interés de la Uribe Ahumada pudo ocultar por temor a su familia —temor ampliamente demostrado con las propias aseveraciones de María Eugenia— o por otras causas.

Y la de índole particular consiste en que, como se ha visto, la ofendida incurre en contradicciones que afectan no a los simples detalles incidentales sino a elementos importantes en el análisis del caso. Lo que debió poner en guardia al fallador de instancia.

Para demostrar, como desembocó el Tribunal en la tesis que informa la sustancia del fallo, tuvo que rechazar, primero, la tesis del libre consentimiento. Y como lo hizo errando gravemente en el análisis e interpretación de la prueba síguese que edificó su sentencia sobre una base fundamentalmente equivocada.

Bastaría la anterior consideración para casar el fallo recurrido si no existiesen más poderosos argumentos que la Corte entra a analizar en seguida para agotar la materia, dada la importancia del caso sometido a su decisión.

Admítase, en efecto, que se trata de una desfloración proveniente de un acceso carnal cuando la víctima fue puesta, con tal finalidad, en estado de inconsciencia, lo que es bastante admitir no solo por lo que se deja dicho sino porque se descarta, en gracia de que no hay fundamento plausible para ello, que la desfloración no obedeció a causas diversas de la introducción de un miembro viril. Los esfuerzos de la defensa a este propósito, aunque el peritazgo no afirme causa de la pérdida de la virginidad física, a lo sumo podrían crear dudas en un fallador de instancia pero no caen dentro de la restringida órbita de la casación.

Y entonces, el caso de violencia carnal de que se trata es aquel que se tipifica por tres elementos:

a) Acceso carnal;

b) Verificado en persona inconsciente;

c) Que el estado de inconsciencia haya sido provocado, no aprovechado, por el violador.

¿Cuándo ocurrió ese acceso?

El peritazgo habla de "desfloración reciente", o sea ordinariamente dentro de los diez días anteriores al examen, según conocidos principios científicos.

Por su parte, la ofendida afirma que puesto que no tuvo acceso carnal con otro hombre, tuvo qué ser desflorada ese día, o "pudo" serlo, como afirma en otro lugar, mientras estaba sumida en el sueño. Para creerle hay que empezar por admitirle, sin lugar a dudas, la última parte de su razonamiento, y esto porque ni ella misma se dio cuenta del hecho sino a los cuatro días, cuando le encontraron (fs. 12 del C. 1º) que estaba desflorada.

Inquietan, sobre manera, pruebas que no tuvo en cuenta ni siquiera comentó el Tribunal. Es a saber:

Al despertar del sueño, durante el cual ella presume que ocurrió el hecho, sus ropas estaban en perfecto orden; ni ese día, ni al día siguiente en que cambió pantalones, vio manchas de sangre ni tuvo dolor en sus órganos genitales (ni externo ni interno). Curiosamente asevera que tuvo sangre el día que fue donde los médicos, circunstancia que no se registra en el peritazgo y que no es aceptable ya que aquellos hablan de "colgajos quimóticos y tumefactos", lo que indica que no había desangre en esa fecha.

Pero si la desfloración se realizó aquel día, cabe preguntar —siguiendo el curso trazado para el razomanieto— si el procesado ¿puso a María Eugenia Uribe en estado de inconsciencia para accederla carnalmente?

Analizando, primeramente, este elemento finalista, o sea la intención del acusado al suministrarle licor a la presunta ofendida, encuentra la Corte que el solo suministro de tres tragos de ron es una prueba equívoca, y que, por tanto, de tal hecho no puede deducirse esa intención que es elemento tipificador de delito en el evento estudiado .Y ello por varias razones: porque el plan convenido entre las jóvenes Uribes y el abogado era de tan corta duración que excluía todas esas maniobras, y apenas se alargó por la situación de Leonor; porque la cantidad de licor suministrada a jóvenes acostumbradas a tomar, en las fiestas, dos o tres tragos, según lo expresa la propia María Eugenia, no podía hacer pensar a un hombre de experiencia que iba a poner a sus invitadas en una inconsciencia tal que le permitiera violar una doncella mientras la otra no reparaba, también inconsciente, en lo que ocurría a su atropellada hermana; porque tres tragos se suministran para la común diversión, para animar el baile, para —concediendo una mala intención inmediata— provocar una excitación sexual y una

entrega voluntaria, etc., pero no son, ordinariamente, un medio deliberadamente puesto ni de suyo suficientemente apto para llevar a una mujer de casi dieciocho años a la inconsciencia.

¿O es que el Tribunal, al apreciar con tan marcado error esa prueba del suministro de los tres tragos, consideró que, pues el acceso se realizó, esa era la intención?

No se ve, si ese es el pensamiento profundo envuelto en las consideraciones del fallo, ¿una petición de principio?: se prueba la intención por el acto, y éste se prueba por el suministro de licor para poderlo realizar en persona reducida a la inconsciencia por ese licor.

Pero es más: afirma el Tribunal que el acusado les suministro a las hermanas Uribe Ahumada, en forma mañosa, abundantes cantidades de licor hasta lograr embriagarlas y que perdieran el control de sus actos, "en cuyo estado de inconsciencia las acostó para someter a María Eugenia Uribe Ahumada al acoplamiento carnal".

Entra, la Corte, a esta altura del fallo, a estudiar la prueba del estado de inconsciencia de la ofendida.

Debe anotarse, primeramente, que en relación con lo dicho por ésta, el Tribunal admitió la parte de sus declaraciones en que asegura que se durmió y que no pudo darse cuenta de lo que, durante ese sueño, le acaeció.

Desconoció así, en el fallo, aquella parte en que la misma acusadora del doctor Valderrama, contradice lo anterior cuando contesta: "... Yo no sé si nos cogió un rato el sueño en la cama de Javier".

Y como esa inconsciencia dizque procede, según el fallo acusado, de la embriaguez completa, conviene anotar:

Primero: Yerra el Tribunal al convertir la acostumbrada insuficiencia de tres tragos en una "embriaguez completa", y desconoce, al hacer esa interpretación, la prueba que emana de la confesión de María Eugenia Uribe quien afirma su costumbre de tomarse dos o tres tragos, costumbre que de haberse tenido en cuenta por el susodicho fallador, lo hubiera inducido a pensar que los tres consumidos en ese día no eran aptos para producir embriaguez, ni menos completa, salvo causas especiales no aducidas por la ofendida ni averiguadas en el proceso.

Segundo: Pero aún suponiendo una embriaguez producida por tres rones con Coca-cola, hay también un manifiesto yerro interpretativo de las constancias procesales, en confundir ese alicoramiento con una inconsciencia de tal naturaleza que no permita a una mujer virgen darse cuenta de su desfloración.

Tercero: Las circunstancias posteriores, que desvirtúan la tesis de la embriaguez hasta el extremo de la inconsciencia, tampoco las analizó el Tribunal y olvidó aludir a las probanzas respectivas. Porque los esfuerzos de María Eugenia con su hermana y las aseveraciones, destacadas al comienzo, de los testigos Bahamón y Agudelo Escobar, hacen pensar seriamente en la no existencia de la ebriedad, ya que en pocos minutos no pudo desaparecer en forma tal que habilitaran a María Eugenia para la brega con su hermana y que Bahamón diga que cree no había tomado y Agudelo Escobar afirme que no la vio tomada, que no sabe si tomaría.

Cuarto: No es cierto, como lo afirma la sentencia, "que Valderrama se movió a preocuparse para que recuperara el conocimiento la menor que acababa de poseer", porque tamaña afirmación carece del más insignificante respaldo probatorio. El acusado se preocupó, no de que Leonor recuperara el conocimiento, sino de disminuírle la ebriedad, dándole café, consiguiendo una soda, etc. A María Eugenia simplemente le preguntaba si no tenía nada, cosa a que ella asintió, claro que dizque para ayudar a su hermana.

No existe, por consiguiente, plena prueba ni cosa parecida, del estado de inconsciencia a que redujo el violador presunto a su víctima para someterla a un acceso carnal no consentido.

Este hecho básico, no presenciado por nadie, contradictoriamente afirmado y negado por la ofendida presunta, requeriría, dadas las circunstancias, una prueba pericial que hubiese demostrado la inconsciencia. No puede asirse a una cadena de conjeturas: suministro del trago con finalidad abusiva; embriaguez completa producida por tres tragos y una consecuencial inconsciencia que no deja sentir la violación, y que perdura hasta que terceros le revelan ésta, pues ni siquiera, en cuatro días, la ofendida descubre síntomas de un hecho que —puede asegurarse sin temor de equivocación— no pasa desapercibido.

Siguiendo, como se ha seguido, los linea-

mientos de la demanda, han quedado, pues, demostrados los cargos esenciales (1º, 2º, 3º y 5º), y la consiguiente violación del artículo 316 del Código Penal, por cuanto el Tribunal, ora a través de erradas interpretaciones o de desconocimiento de pruebas existentes en el proceso, ora por haber dado crédito absoluto a algunos dichos de la ofendida desoyendo otros de la misma que no consideró en la sentencia, dio por establecido que el doctor Javier Valderrama tuvo intención, y la realizó, de poner a María Eugenia Uribe en estado de inconsciencia mediante el mañoso suministro de abundantes cantidades de licor, situación durante la cual la poseyó carnalmente.

Y no se diga que así ataca la Corte la soberanía del fallador en la admisión y apreciación de las pruebas en materia penal, que por cierto, para su valoración, no tienen fijada, en la ley, una regla matemática, pues la persuación del Juez no se forma a través de precisas reglas de aplicación milimétrica. Porque la libertad racional que nuestro estatuto procesal dá a los Jueces de instancia, no puede llevarlos a dar a unas pruebas valor absoluto de convicción como en el caso de los testimonios contradictorios de una ofendida ni menos rechazar, de las distintas aseveraciones de ésta, lo que no conviene a la tesis condenatoria, ni a interpretar extensivamente un hecho para adjudicarle a su realizador fines inequívocos donde no hay prueba de ellos, ni a exagerar el significado de otras convirtiendo unas copas, tal vez dañosas, en un estado de inconsciencia.

La Corte, en cada paso de este fallo, aún en la simple relación de los hechos, ha mostrado los manifiestos yerros del Tribunal, o su olvido o desconocimiento de las pruebas, o sus erradas interpretaciones que lo condujeron a aplicar el artículo 316 del Código Penal tratándose del acceso carnal con una mujer de casi dieciocho años, de la que no se demostró que hubiese sido puesta intencionalmente, inconsciente, o siquiera lo hubiera estado cuando fue, o pudo ser, accedida carnalmente por el hasta hoy incriminado.

FALLO

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida y en su lugar absuelve al doctor Javier Valderrama Reinales del cargo de violencia carnal de que se ha tratado y que se le formuló en auto de vocación a juicio pronunciado por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bogotá el diecinueve (19) de mayo de mil novecientos sesenta y cuatro (1964) y confirmado por el Tribunal del Distrito Judicial respectivo el dos (2) de julio de mil novecientos sesenta y cuatro (1964).

Dése inmediata orden de libertad.

Notifíquese, cópiese y publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Samuel Barrientos Restrepo, Humberto Barrera Domínguez, Eduardo Fernández Botero, Antonio Moreno Mosquera, Simón Montero Torres, Efrén Osejo Peña (con salvamento de voto), *Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.*

Pioquinto León L., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL H. MAGISTRADO DOCTOR EFREN OSEJO PEÑA AL FALLO ANTERIOR

SALVAMENTO DE VOTO

Por no compartir los puntos de vista de la sentencia precedente, me veo en la necesidad de salvar mi voto, para lo cual expongo en la forma lo más sumaria posible, las razones que me asisten.

I) *Historia fidedigna de los hechos.*—El Procurador 1º Delegado en lo Penal, doctor Rafael Campo Restrepo, prohija con toda justicia la narración de los hechos que hace el fiscal del tribunal, que dice así:

"Aparece en los autos, que el día 22 de septiembre del año próximo pasado (1963) el doctor Javier Valderrama Reinales, abogado soltero de 32 años para la fecha, vivía a la sazón en su departamento de soltero situado en el 4º piso del edificio distinguido en su puerta de entrada con el No. 24-A-80 de la carrera 13-A de esta ciudad capital. Por afirmación hecha por el sindicado en su injurada, manifiesta que en dicha habitación recibía visitas de toda clase de mujeres ya que posiblemente por falta de matrimonio tenía que apelar a mujeres de distinta índole para satisfacer sus apetitos sexuales. La vida plácida de este abogado hizo que se topara, por efecto de sus conquistas con las señoritas María Eugenia y Leonor Ahumada, hermanas entre sí, quienes en compañía de su madre y su abuela y otros familiares habitaban en otro edificio del mismo sector; y en una noche anterior a los acontecimientos, materia de esta apelación, las invitó a sus habitaciones con el fin según él de oír discos y bailar, pero las requeridas por cualquier razón que no es del caso averiguar no aceptaron la invitación, sino hasta el día domingo 22 del mes y año ya citados y en el momento en que se dirigían a cumplir con un deber religioso fueron interceptadas en la calle por Valderrama, a eso de las doce menos cuarto con invitación obligante la que aceptaron habiendo llegado al departamento precedidas de su invitante .Una vez allí, el anfitrión al notar que sus invitadas se encontraban asustadas y sin deseos de permanecer más tiempo en su compañía, les brindó ron con Coca-cola, primero y luégo haciéndoles escoger y poner discos bailó con ellas especialmente con María Eugenia. La fiesta hubo de ser interrumpida por la presencia de una persona que fue a llevarle una botella de ron y luégo por la lavandera, pero el acucioso doctor Valderrama las hizo pasar a su dormitorio para evitar que fueran vistas por los inoportunos visitantes, pero esta interrupción terminó momentos después y en seguida continuaron tomando y bailando hasta cuando se hicieron sentir en las menores los efectos del trago, habiéndose retirado a la alcoba quedaron profundamente dormidas en la cama del dueño de casa. Cuando María Eugenia despertó lo primero que vio fue a su anfitrión arreglándose la bragueta de su pantalón y colocándose la correa en él, y entrando y saliendo del baño con algún afán. Lo primero que hizo la menor María Eugenia fue atender a su hermana, quien seguramente por efectos del alcohol ingerido continuaba enferma y no podía ponerse en pie. Ante esta situación, María Eugenia consideró que debía llevar a su hermana a su apartamento, cosa que consiguió con la ayuda de unos jóvenes amigos de ella, con tan mala suerte que a eso de las dos y cuarto de la tarde Leonor caía

en la vía pública desde la ventana de su propia habitación en donde su hermana y sus amigos la habían dejado acostada, produciéndose su deceso al instante. Por razón de este desgraciado accidente y con motivo de su averiguación el señor Juez que conoció de estos hechos, ordenó un examen médico legal en la persona de María Eugenia, constatando la pericia médica de que dicha menor había sido recientemente desflorada". (fs. 23, 24 y 25, C. No. 5).

II) Sobre los antecedentes personales de las dos hermanas Uribe Ahumada María Eugenia y Leonor, la menor de ellas, el procurador expresa:

"La Procuraduría considera que no está probado que la víctima hubiera consentido tener acceso carnal con el procesado. Las menores acudieron al apartamento de Valderrama por invitación repetida e insistente de éste. La buena conducta de las menores está acreditada en autos. Una de ellas contaba 15 años y la otra 17 años de edad. Carecían de experiencia en lides de amores. Accedieron no más que a visitar el apartamento del acusado para escuchar allí música y bailar. No consintió la ofendida tener acceso carnal con Valderrama. Solo el alcohol que les ofreció su anfitrión y que la puso en estado de inconsciencia, hizo posible el ayuntamiento carnal de que se habla en autos". (fs. 37 a 38 ib.).

III) En la sentencia de fecha 26 de mayo de 1965, dictada en este proceso por el tribunal y recurrida por el reo, se lee:

"Las versiones suministradas por la ofendida en las distintas oportunidades que registran los autos, ciertamente producen la íntima convicción sobre el hecho de haber sido el doctor Javier Valderrama Reinales el autor material y único del ayuntamiento carnal de que la hizo víctima, como también de los medios empleados para colocarla en estado de inconciencia con el fin de asegurar su ejecución, lo que viene a resultar plenamente corroborado, por otra parte, con los indicios de la presencia material o física en el sitio preciso y tiempo exacto donde el ilícito ocurrió entre los protagonistas, la facilidad personal que tuvo el acusado para disponer de los medios engañosos con el fin de vencer la voluntad de la víctima mediante el ofrecimento de licor en cantidad suficiente hasta lograr colocarla en estado de embriaguez y la capacidad o móvil delictuoso que es propio del mismo incriminado, consistente en la falta total de escrúpulos morales, proveniente de la vida licenciosa que solía llevar con mujeres dedicadas al frecuente comercio sexual y con desprecio a una buena reputación personal, la que había perdido entre los inquilinos del edificio, algunos de los cuales declararon su real animadversión por las visitas femeninas que recibía en su apartamento cuyo aspecto físico les era censurable". (fs. 31 a 32, C. No. 3).

Como puede verse, los fundamentos de la sentencia descansan en su parte principal en *indicios* que los jueces de instancia valoran soberanamente, menos cuando han incurrido en error de derecho.

Respecto de la personalidad del reo se deduce de lo que él mismo afirma en alguna de sus indagatorias respecto de las mujeres de toda clase y condición que concurrían a su apartamento.

IV) *Demanda de Casación.*—El reo, como abogado, redactó su propia demanda de casación, en la cual, después de las narraciones de rigor, dice que acusa la sentencia del Tribunal de Bogotá, "con base en la causal 1ª del art. 56 del Decreto 528 de 1964 por apreciación errónea y falta de apreciación de determinadas pruebas. Lo cual llevó al Honorable Tribunal a confirmar la sentencia dictada en mi contra por el Juez Primero Penal del Circuito".

Invocada la causal en la forma que se deja copiada literalmente, hace la crítica del testimonio de la ofendida María Eugenia Uribe Ahumada, con el fin de contraponer su criterio al de los jueces de instancia; y al efecto, en síntesis, expone lo que se estudia a continuación, con las correspondientes observaciones o respuestas.

Desde luego, cabe advertir que la declarante María Eugenia fue careada con el reo, quien personalmente y con la intervención de su abogado, la interrogaron largamente, no sin antes amonestarla de que lo hacía bajo juramento y que el faltar a la verdad la llevaría a la cárcel; pero no obstante esta reiterada amonestación, su inexperta juventud y lo desagradable del tema, no incurrió en contradicciones sustanciales; porque las que aduce el reo no tienen ninguna importancia por ser puramente accidentales, por una parte, por otra, dado su estado psíquico e intelectual el día de los sucesos, no es raro que tenga ciertas lagunas, como ella misma lo dijo en su declaración o careo .

1º—Dice el reo recurrente que existe una apreciación errónea del tribunal cuando afirma que "les ofreció a las Uribe Ahumada abundantes cantidades de licor", porque fueron dos o tres tragos. Sin embargo, sobre este cargo, cabe advertir, para rechazarlo, que los tragos fueron hasta cinco; y aun cuando hubiesen sido menos se tiene lo siguiente: la ofendida expresa que desde el segundo trago ya estaba "mareada"; tampoco se conoce la *cantidad de licor contenida en cada vaso,* ni lo podían apreciar las víctimas por hallarse mezclado con Coca-cola, y por esto el número de tragos o tandas resulta accidental o inoperante, además de que debe tenerse en cuenta que los sucesos comenzaron a realizarse a las once de la mañana, circunstancia que provoca una más rápida intoxicación o embriaguez en cualquier persona. Ahora si no fue la cantidad de licor ni la hora, dados los *efectos* producidos, debe llegarse a la conclusión de que el licor contenía alguna sustancia especialmente tóxica, que provocó en Leonor la alteración de sus facultades mentales.

No está por demás recordar que, agotado el licor o ron que tenía Valderrama en su aposento, pidió otra botella a un expendio vecino.

No existe un error manifiesto del tribunal sobre este elemento de hecho.

2º—María Eugenia manifiesta que, en alguna de las ocasiones que golpearon la puerta, entraron a la alcoba del reo, y, en la primera declaración (fs. 39) dice "yo me senté en la cama, Leonor se sentó en la silla"; en la segunda diligencia de careo manifestó "yo en la silla y Leonor en la cama" (fs. 70, C. No. 1º); pero esto carece en absoluto de importancia, pues fue algo accidental y antes de la consumación del delito, ya que en la diligencia de careo de 3 de octubre de 1963 continúa diciendo: "... la puerta quedó abierta y después fue él y la ajustó; después nos fuimos para la alcoba y nos asomamos a la ventana, entonces Javier dijo que no nos asomáramos porque nos podían ver, después nos acostamos en la cama de Javier porque estaba muy mareada...". Por tanto, en ningún momento ni en la sentencia ni en las declaraciones se ha afirmado que el reo haya acostado a las dos hermanas en su lecho.

3º—También acusa la sentencia por haber incurrido en error de derecho (sic) en la apreciación del dictamen pericial, en el cual, si bien se da cuenta de una reciente desfloración, no existían huellas de violencia; pero este sofisma de distracción a nada conduce, porque no se le ha imputado violencia física, sino que abusó de ella en estado de inconsciencia como efecto del licor ingerido, sin que hubiese podido oponer resistencia, y por esto, no era dable encontrar en el cuerpo de la ofendida huellas de violencia, ni golpes, ni desgarraduras en los vestidos, etc., etc.

4º—Dice también que el consentimiento de la ofendida para el acto carnal "resalta por todas partes: acudieron espontáneamente al apartamento y accedieron a tomar trago". En estas afirmaciones le traiciona el subconsciente al reo, porque presupone que las dos hermanas conocían sus perversas intenciones, pero la realidad procesal revela que acudieron a oír un disco por insistente invitación de Valderrama; y si tomaron los tragos fue también por insinuaciones de él para que dominaran el susto y los nervios.

5º—También dice el recurrente que una mujer virgen debe sentir dolor en el momento del desfloramiento; y si esto es así en la generalidad de los actos no ocurre lo propio cuando se abusa, como en este caso, de una mujer en estado de inconsciencia. Y la manifestación de la ofendida respecto de que no pudo darse cuenta de su situación, resulta corroborada con la actitud que asumió cuando el juez, con ocasión de la investigación de las causas de la trágica muerte de su hermana Leonor y sospechando el dicho funcionario la realidad de los sucesos, le insinuó si *consentía* en someterse a un examen médico, lo aceptó sin ninguna vacilación; y si ella hubiera *consentido* en el acto carnal, conociendo su verdadero estado físico, simplemente habría declinado tal invitación, porque a ella más que nadie le convenía ocultar su accidente en relación con su familia, amigos y relacionados.

6º—Son tan exactas y coordinadas las respuestas de la ofendida que, no obstante las preguntas capciosas de los dos abogados, siempre fueron respondidas sin contradicciones, pues el recurrente solamente ha podido indicar que manifestó tener 16 años y aquello de las sillas, pero ambas, si realmente existieren, sin ninguna trascendencia, pues la edad se fijaría con la partida de nacimiento, no mediante su dicho, y ya antes se estudió la concerniente a si fue Leonor o María Eugenia la que se sentó en la silla.

Los testimonios de Jairo Agudelo, Ernesto

Bahamón Torres y Arturo Guzmán Coba que el recurrente dice apreció mal el tribunal, sin indicar si el error fue de hecho o de derecho, tampoco tiene ningún fundamento el reparo, pues los declarantes no se refieren a hechos que ellos hubieran visto o captado mediante los sentidos externos, sino que simplemente hacen una conjetura, cuando dicen, según la transcripción del reo, "María Eugenia se habrá tomado una cantidad máxima de dos tragos". No debe olvidarse que los testigos vieron a la ofendida cuando ya se había recuperado, después de una hora y cuarto de sueño en la cama de Valderrama.

8º—Finalmente, como remate y resumen de todo lo dicho, basta considerar que decidir o apreciar qué cantidad de licor fue suficiente para poner a la ofendida en estado de inconsciencia es un punto de hecho que aprecia y resuelve el juez de instancia en forma soberana, sin que la Corte de Casación pueda modificarla, porque no implica la violación de ninguna norma sustantiva, pues no existe disposición alguna al respecto, por una parte, y por otra, está demostrado que la ofendida aceptó y tomó los tragos de ron con Coca-cola que le ofreció Valderrama, quien quiso establecer que él tomó del vaso de María Eugenia y que Leonor servía el trago, pero ambas circunstancias fueron negadas por la víctima. Es decir, ni existe error de derecho en la dicha apreciación, como tampoco de hecho manifiesto, evidente y ostensible.

Si el reo hubiera demostrado que sus huéspedes tomaron única y exclusivamente agua pura, es claro que el tribunal habría incurrido en error de hecho evidente; pero no es así, porque lo que tomaron fue una bebida alcohólica hábilmente mezclada, *por lo menos* con Coca-cola, que disimulaba la verdadera cantidad de ron sin quitarle la idoneidad para provocar el estado de inconsciencia en las víctimas.

En esta forma queda refutada la parte fáctica de la demanda de casación suscrita por el reo Valderrama.

V) *La causal alegada.*—En la demanda de casación dice el recurrente que acusa la sentencia "con base en la causal 1ª del artículo 56 del decreto 528 de 1964 por apreciación errónea y falta de apreciación de determinadas pruebas. Lo cual llevó al Honorable Tribunal a confirmar la sentencia dictada en mi contra por el Juez Primero Penal del Circuito".

Respecto de esta parte de la demanda, en cuanto a la determinación de la causal de casación como a la determinación de las disposiciones violadas, cabe anotar:

1º—No indicó la norma del C. P. que considera violada por la sentencia del tribunal, ya sea directa o indirectamente, requisito indissensable y necesario para que la Corte pudiera entrar en un estudio de fondo de la demanda presentada por el reo, pues no puede proceder de oficio ni menos llenar los vacíos dejados por la parte.

2º—En cuanto atañe a la "apreciación errónea y falta de apreciación de determinadas pruebas", para que el cargo pudiera estudiarse, "es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos", de acuerdo con las palabras textuales del inciso 2º del numeral 1º del dicho art. 56; sin embargo, el recurrente no indicó si era por error de derecho o de hecho manifiesto; de manera que no existe materia para entrar a fallar en el fondo el recurso de casación; pero vamos a suponer que alegó tanto el error de hecho como el de derecho, para que así pudiera configurarse la violación indirecta del art. 316 del C. P.

a) De acuerdo con lo dicho antes, se debe descartar la violación directa del art. 316 del C. P., porque dada la calificación de los hechos delictuosos, es la sanción aplicable, además de que la pena impuesta es inobjetable, ni podía ser menor.

b) Por tanto queda la violación indirecta; y desde luego, debe desecharse la modalidad del error de hecho manifiesto, pues no existe en ninguna forma según lo expuesto antes al contestar los cargos del recurrente a la declaración de la ofendida y a los demás elementos de prueba, que corroboró el Procurador Delegado en lo Penal en su vista como se verá más adelante.

c) El tribunal podía, como en efecto lo hizo, darle toda credibilidad a la declaración de la ofendida, aún más, en mi concepto, podía atribuírle el valor de plena prueba; y para demostrar o establecer el error de derecho en esta apreciación, se requería citar la norma legal que regula el valor del testimonio, más esto no lo hizo el recurrente.

d) El art. 224 del C. de P. P. dispone: "Toda persona sana de mente es hábil para rendir

testimonio. Pero al juez le corresponde apreciar razonadamente su credibilidad, teniendo en cuenta las normas de la crítica del testimonio, y especialmente las condiciones personales y sociales del testigo, las condiciones del objeto a que se refiere el testimonio, las circunstancias en que haya sido percibido y aquellas en que se rinda la declaración".

En la teoría del derecho probatorio en general, se distinguen tres sistemas en cuanto se refiere a la apreciación del mérito probatorio de un elemento determinado: el que deja a la libre convicción del juez sin someterlo a ninguna tarifa o estimación por la ley, llamado de la certeza moral; el que señala una tarifa estricta de prueba que el juez debe atribuír el valor señalado en la ley, como sucede en los arts. 593 y 794 del C. J., que se califica como el de la certeza legal o formal; y en fin el ecléctico que participa de los dos sistemas, porque fija ciertas bases, pero deja amplio campo al juzgador para apreciar el mérito probatorio de las probanzas, como ocurren, por regla general, en el sistema colombiano, en especial al fijar el valor del testimonio.

En efecto, el art. 224 antes transcrito no indica el número de testigos y las demás circunstancias concomitantes, para que pueda atribuírle el valor de plena prueba en ejercicio del poder discrecional de que dispone; y por esto, como acontece aquí, el tribunal y el juez de primera instancia le dieron pleno valor probatorio al testimonio de María Eugenia, que se halla corroborado en numerosos y distintos indicios descritos en aquellos fallos.

Ahora, si en esta apreciación los jueces de instancia incurrieron en error de derecho, el recurrente ha debido indicar la disposición legal que le quita todo valor a la declaración de la ofendida, pero tal requisito indispensable no se ha cumplido ni la Corte puede llenarlo oficiosamente, sin tomarse atribuciones que la ley no le confiere.

Sobra advertir que la casación está establecida para velar por el exacto cumplimiento de la ley mediante una adecuada aplicación e interpretación; de modo que solamente autoriza la infirmación del fallo la violación de la ley sustantiva, pero no de las doctrinas y jurisprudencias que no tienen eficacia legal.

En consecuencia, la apreciación hecha por los jueces de instancia tanto del testimonio de María Eugenia Uribe como de los demás elementos e indicios, son intocables en casación; y ésto resulta más exigente dada la naturaleza del delito que no es posible establecerlo en juicio mediante pruebas directas, pues no se ejecuta en público ni en lugares abiertos.

VI) *Concepto del Procurador 1º Delegado en lo Penal.*—En la sentencia de la Corte se guarda un discreto silencio sobre el concepto del Procurador 1º Delegado en lo Penal, pues apenas se menciona su oposición a la prosperidad del recurso; de ahí que resulte oportuno conocer sus argumentos.

El Procurador reduce a cuatro los cargos del recurrente, así:

El primero consiste, según el decir del recurrente, en que el tribunal incurrió en errónea apreciación probatoria al sostener que el reo ofreció a las hermanas Uribe Ahumada "abundantes cantidades de licor".

Sobre este cargo observa el doctor Rafael Campo Restrepo en su vista:

"En cuanto al primer cargo se anota que en autos aparece establecido, sin lugar a dudas, que habiéndose agotado el contenido de una botella de ron que tenía el procesado, al servir éste sendos tragos para las tres personas presentes, solicitó el envío de otra botella que le fue suministrada poco después. Este hecho resulta de su misma indagatoria (fls. 17 v. y 18) y de lo que manifestó durante el careo del folio 41 del cuaderno 1º, también lo prueba el dicho de la ofendida". (fs. 31 y 32, C. No. 5).

Más adelante agrega el mismo funcionario, prohijando el parecer del personero (fs. 152 del C. No. 1º):

"«... Más existe otra particularidad que no se debe despreciar. El sostiene que Leonor ingirió bastante licor hasta embriagarse, pero que María Eugenia no pasó de quizás tres tragos y por lo tanto no perdió el conocimiento. La coartada es muy conveniente para su situación. Para la primera hay que demostrar que el accidente ocurrió por este efecto y para la segunda que era imposible la violación estando en sus cabales»". (fs. 33 ib.).

Después de hacer una confrontación entre el dicho del reo con el de la víctima, concluye:

"De las anteriores transcripciones aparece que Leonor y María Eugenia permanecieron en compañía, durante todo el tiempo que estuvieron en el apartamento de Valderrama, es decir, que no estuvieron separadas; que és-

te bailó con ambas pero no por mucho tiempo y no en más ocasiones con María Eugenia que con Leonor. Siendo esto así, no resulta admisible la razón dada por el procesado, de que Leonor hubiera ingerido mucho más licor que María Eugenia, con la consecuencia de que aquélla se hubiera embriagado y ésta no. Lo que puede deducirse es que ambas tomaron licor más o menos en igual cantidad. Y si en esta forma, Leonor se embriagó hasta el punto de no poder caminar, reviste seriedad la afirmación de María Eugenia de haberse dormido.

"Por manera, que si, como dice la ofendida y lo admite en varias oportunidades el procesado, tomó tres tragos, debe reconocerse que éstos contenían suficiente cantidad de alcohol para producir la embriaguez.

"En consecuencia, el primer cargo debe ser desechado". (fs. 34 a 35 ib.).

"En relación con el segundo cargo —continúa el Procurador— consistente en sostener que no aparece probado que el procesado hubiera acostado en su cama a las menores en estado de inconsciencia, se observa lo que sigue:

"No existe duda alguna de que las menores entraron a la alcoba del procesado en la ocasión a que venimos refiriéndonos y se acostaron en su cama bajo los efectos del alcohol. Esto resulta de lo expresado tanto por María Eugenia Uribe, como por el procesado en las diversas diligencias practicadas". (fs. 35 ib.).

Corrobora su afirmación con lo dicho por María Eugenia y por el reo Valderrama.

Aludiendo al error de derecho, alegado por el recurrente en relación con el dictamen médico, dice el procurador al contestar el tercer cargo:

"Considera este Despacho que no existe tal error en virtud de la naturaleza de la violencia imputada al procesado. Siendo ésta presunta y debida al estado de inconsciencia de la ofendida producido por el alcohol que tomó, mal podía presentar señales de violencia física, ya que ésta solo podría ser el resultado de una resistencia que no estaba en capacidad de oponer". (fs. 37 ib.).

Al contestar el último cargo dice el Procurador:

"En cuanto al cargo cuarto consistente en que el Tribunal consideró erróneamente establecido el estado de inconsciencia y apreciación errónea de los testimonios de la ofendida y de otros testigos, se contesta lo siguiente:

Ya se vió, al analizar el primer cargo, que si el licor suministrado a Leonor Uribe fue suficiente para producir su completa embriaguez, no aparece razón alguna para no admitir también por la misma causa la embriaguez de María Eugenia, toda vez que no está demostrado que Leonor su hermana tomara mucho más que ella.

"El testimonio de María Eugenia no es posible desecharlo por el solo hecho de haber incurrido en contradicciones relacionadas con circunstancias secundarias, ya que desde el primer momento sostuvo haberse quedado dormida en el lecho del procesado y sus afirmaciones coinciden en general con las de éste, salvo en el punto fundamental.

"Es pertinente citar los siguientes apartes de la sentencia en cuanto a la circunstancia de que venimos ocupándonos:

"«Es cierto que el coito lo consumó en una mujer mayor de dieciséis años, en cuyo caso no constituye infracción penal alguna, siempre que no haya mediado ninguna violencia moral o física, en razón de tener plena capacidad fisio-psíquica para disponer libremente de su cuerpo, pero si ella ha sido objeto de medios idóneos para coartar su voluntad o limitar su facultad de autodeterminación, o neutralizar su poder de resistencia material con el fin de ser puesta, total o parcialmente, en imposibilidad de querer u obrar con libertad, ya mediante la fuerza, ya por medio de la beodez alcohólica o el uso de sustancias estupefacientes, para conseguir en esa forma el acceso carnal, entonces viene a configurarse jurídicamente el delito de violencia sexual, no en consideración a la mayor edad de la víctima, sino a la circunstancia de haber sido viciado su consentimiento».

"«Está plenamente comprobado en el proceso que el doctor Javier Valderrama Reinales invitó a las hermanas Leonor y María Eugenia Uribe Ahumada a su apartamento, donde les ofreció bebidas alcohólicas en cantidad necesaria para embriagarlas, cuya copiosa ingestión produjo atroces y dramáticas consecuencias como el desequilibrio total de los mecanismos psíquico en la primera, que la llevó a la culminación trágica de perder su vida en forma macabra, lanzándose desde el tercer piso de su domicilio, en tanto que en

la segunda le hizo destruír el dominio de las fuerzas internas del intelecto humano, hasta caer en un profundo sueño, dentro del cual fue sometida al acto carnal, no pudiendo concluírse, por lo mismo, que en estas condiciones medió la propia determinación de la víctima».

"«Establecida como está la responsabilidad del doctor Javier Valderrama Reinales, es en puro rigor jurídico acreedor a la sanción correspondiente, mucho más que obra la prueba plena y completa exigida por el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal para fundar su condena» (fs. 33 y 34, c. 4º), (fs. 38 y 39, c. No. 5º).

VII) CONSIDERACIONES DE LA SALA

Hasta aquí se han expuesto los argumentos y razones de los jueces de instancia, como los de todos los demás funcionarios que han intervenido en esta causa, incluyendo el parecer del Procurador Primero Delegado en lo Penal. Se han contestado los motivos aducidos por el reo en su demanda de casación, con el fin de poner de presente su falta de fundamento tanto desde el punto de vista de hecho como de derecho. Ahora procedo a referirme a los razonamientos de la Sala, corriendo el riesgo de repetir lo antes expuesto.

1º—Después de hacer los exámenes de rutina, entra la Sala a fundar la sentencia de casación y al efecto, una vez expuestos los elementos integrantes del delito de violencia carnal, sostiene:

"Hace a un lado la sentencia toda posibilidad de la primera hipótesis (el consentimiento de la víctima). Para ello da crédito a lo aseverado por María Eugenia, quien nunca confesó que su desfloración proviniera de una entrega voluntaria al acusado o a un tercero".

"Como se ve, esto significa dar un total asentimiento a la declaración de la ofendida.

"Y ello constituye el primer error grave del Tribunal, por dos razones: una de carácter general y otra de índole particular, aplicable al caso sub judice.

"La de carácter general consiste en que la declaración del ofendido, si bien enruta la investigación en cuanto señala la persona del agresor, y su dicho puede adquirir consistencia probatoria sí se confirma con otros elementos de convicción, no puede tomarse en su integridad como lo hizo el Tribunal olvidando lo que el interés de la Uribe Ahumada pudo ocultar por temor a su familia —temor ampliamente demostrado con las propias aseveraciones de María Eugenia o por otras causas". (fs. 20 y 21 de la sentencia).

A estos apartes de la sentencia procede hacer las siguientes observaciones:

a) No aclara la Sala, por lo menos en forma expresa, de qué clase de error se trata; más por lo que dice luégo, se deduce que el cargo formulado a la sentencia consiste en un error de derecho al haber dado crédito o apreciado la declaración de la ofendida; pero es lo cierto, como se dijo ya, que el recurrente no formuló el cargo ni indicó cuál era la norma violada, que ordenara el juez desestimar en este caso la declaración de la víctima; y al respecto, tampoco la sentencia de la Sala llena este vacío mediante la indicación de la norma legal violada, en cuanto regula la prueba en materia penal, y si así lo hiciera, se tomaría atribuciones que la ley no le confiere, pues en casación no puede proceder en forma oficiosa.

b) Si no se ha demostrado ni se ha invocado siquiera un error de derecho en la apreciación de tal testimonio, el juez de instancia tenía facultad para apreciarlo y darle el valor probatorio que le indicara su conciencia, que la Corte de Casación no puede suplantar, conforme a precepto contenido en el art. 224 del C. de P. P.

c) Tampoco resulta exacto que sea el único medio probatorio allegado a los autos, porque existen los numerosos indicios estudiados en las dos sentencias de instancia, como por ejemplo, el hecho innegable de que las dos jóvenes adolescentes, a las once de la mañana del día 22 de septiembre de 1963, ingirieron bebidas embriagantes suministradas por Valderrama; las perturbaciones mentales que la bebida causó a la desafortunada Leonor; la cita previa que les hizo el mismo encausado, en los días lunes y viernes anteriores a la dicha fecha; la conducta del mismo sujeto, quien admite que acostumbraba llevar mujeres a su apartamento; el hecho de tener una dudosa "agencia de empleos". (fs. 2, C. 1º), etc., etc.

d) En la sentencia se incurre en una grave equivocación al decir que el Tribunal olvidó tomar en consideración "... que el interés de la Uribe Ahumada pudo ocultar por el temor a su familia...". No, no existió tal interés si se tiene en cuenta los acontecimientos exactos que relata el proceso, o sea, que solo el 26

de septiembre, cuatro días después, se descubrió que María Eugenia había sido atropellada; y esto con ocasión de la investigación de la muerte de su hermana Leonor, pues, como antes lo dije, el funcionario de instrucción sospechó lo ocurrido e insinuó a la ofendida someterse a un examen médico, que ella aceptó. Si el acto se hubiera realizado con su voluntad, con declinar o no aceptar la insinuación del funcionario de instrucción, el hecho hubiera quedado oculto para todo el mundo; y para esto a ella le bastaba decir que "no le había pasado nada" o declinar la insinuación sin explicación alguna. Y *así lo hubiera hecho,* porque *su interés,* en caso de que hubiera consentido en el acto carnal, era que el acto quedara oculto para propios y extraños; de manera que su conducta, demuestra que ignoraba el atropello de que había sido víctima y procedió, precisamente, en contra del supuesto interés a que alude la sentencia de la Sala.

Por otra parte, este proceso se ha adelantado sin parte civil, sin que la ofendida o sus representantes legales hubieran intervenido para nada; ni siquiera para pedir se allegara el examen de laboratorio con el fin de establecer si la causa de la intoxicación de Leonor fue únicamente por otra del alcohol ingerido.

En resumen, la hipótesis sobre el interés de la ofendida resulta gratuito e inexacto dentro de la lógica.

2º—Después de desechar "que la desfloración no obedeció a causas diversas de la introducción del miembro viril", porque "a lo sumo podrían crear dudas en un fallador de instancia pero no caen dentro de la restringida órbita de la casación", enumera los elementos que configuran en este caso el delito de violencia carnal, consumado en lapso no mayor de diez días atrás de la fecha del examen médico y de la inferencia o deducción que hace la víctima al indicar a Valderrama como el autor, expresa que "inquietan sobre manera, pruebas que no tuvo en cuenta ni siquiera comentó el tribunal", como aquella de que al despertar encontró "sus ropas estaban en perfecto orden", ni en ese día ni en los siguientes observó sangre, ni manchas en la ropa ni dolor en los órganos genitales, ni internos ni externos.

Pues sobre esta "prueba" como la llama la Sala, cabe hacer las siguientes observaciones:

a) El tribunal no consideró estas circunstancias porque carecen de seriedad y de importancia, pues el haber encontrado sus ropas en orden, al despertar, no excluye que durante su estado de inconsciencia hubiera podido haber sido, como en efecto lo fue, atropellada por Valderrama, despojándola de las prendas que impedían el acto.

b) Tratándose de un atropello efectuado cuando la víctima estaba inconsciente, es natural que quien la violó, consumado el acto, procediera a poner las ropas y demás objetos en orden, para que la misma ofendida no se diera cuenta, como no se dio, y para evitar así una inmediata investigación que hubiera puesto de presente no solo la desfloración, sino los medios empleados por el reo para consumar el delito. Si a una persona inconsciente se la puede desvestir, con la misma facilidad podrán ponerse en orden sus vestidos, es decir, vestirla con las prendas antes quitadas.

c) Si mediante una prueba médico legal se hubiera establecido que, en caso de desfloración, es *imposible* que la víctima no sienta dolor o tenga hemorragia más o menos abundante, se podría tener en consideración la falta de estas consecuencias, con el fin de deducir alguna conclusión jurídica, pero como tal dictamen, concepto o prueba no existe, mal podría un juez de instancia, menos todavía la Corte de Casación, inferir de allí que no hubo violación ni atropello. Y lo mismo podría decirse de la hemorragia.

d) Ahora, si de lo que se trata es de emitir conceptos u opiniones personales, adquiridos en cualquier manual de medicina legal, podría establecerse que, aún en estado de vigilia, existen desfloraciones indoloras e incruentas; en estado de inconsciencia, necesariamente la víctima no experimentará ningún dolor; y en cuanto a la hemorragia, con fáciles procedimientos caseros se pueden suspender, como con la aplicación de compresas de agua fría u otros semejantes.

e) No debe extrañarse que la ofendida haya encontrado manchas de sangre el día que fue donde los médicos, porque esto no es sino una consecuencia del "tacto" profesional para verificar el estado de sus órganos genitales, que posiblemente debió ser interno también porque en el dictamen afirmaron que no había signos de embarazo.

f) Tampoco creo que sea de recibo que la declaración de la ofendida, en unos casos no sea prueba, pero sí para otros que se supo-

nen la perjudican, porque un elemento probatorio debe tomarse en su integridad, no solo en lo favorable sino también en lo adverso. De otro modo, se rompería la equidad y la igualdad de las partes en el juicio.

3º—¿Se pregunta en la sentencia si el reo "puso a María Eugenia en estado de inconsciencia para accederla carnalmente?"

Luégo continúa: "Analizando, primeramente, este elemento finalista, o sea la intención del acusado al suministrarle licor a la presunta ofendida, encuentra la Corte que el solo suministro de tres tragos de ron es una prueba equívoca, y que, por tanto, de tal hecho no puede deducirse esa intención que es elemento tipificador de delito en el evento estudiado". (fs. 23 ib.).

En estos conceptos pretende confundir dos elementos distintos: uno de derecho, o sea, la intención; y otro de hecho en cuanto a la cantidad de licor ingerido por la víctima, que se consideran separadamente, así:

a) No es exacto que la intención del inculpado sea un elemento tipificador del delito de violencia carnal, que se especifica por el acceso carnal a una mujer *sin su consentimiento,* bien por ser menor de 14 años, por violencia física o moral, o porque estuviere inconsciente por haber ingerido una sustancia tóxica, ya por obra del mismo autor de la violación, o de un tercero y aún por mero accidente o enfermedad de la víctima, pues, se repite, el elemento "tipificador" del delito *es la falta de consentimiento de la víctima;* y si así no fuera, la inconsciencia provocada por un tercero o por una enfermedad o por accidente autorizaría para que cualquiera tenga acceso carnal a la mujer que se halla en tal situación, lo cual, a más de absurdo, resulta inmoral.

b) En el supuesto de que la intención fuera elemento que especificara el delito, como lo quiere la sentencia, se trataría de un elemento nuevo en casación que no fue objeto de las sentencias de instancia, ni el recurrente lo alegó en su demanda; y, en consecuencia, no puede ser objeto de la sentencia de casación.

c) Nótese la existencia de varios indicios que demuestran plenamente la intención del reo: según lo reconoce en la indagatoria, el día lunes que se encontró con las menores María Eugenia y Leonor a poca distancia del domicilio de ellas, las invitó a su apartamento, pero como no aceptaran, dice que les dio su tarjeta para que fueran; el día viernes convinieron la cita para el domingo próximo a las 11½ de la mañana; en la hora expresada, las esperó y se fue adelante, con el fin de dejarles abierto el portón y evitar que timbraran; una vez en el apartamento, como estuvieran nerviosas, les ofreció algo para calmarlas, y para esto, sacando tres vasos del bar de la radiola, *los llevó para la cocina* y después de ésto, sirvió los rones con Coca-cola. Pretendió Valderrama que el licor lo había servido Leonor, como también que él había tomado del vaso de María Eugenia, pero estas dos afirmaciones fueron terminantemente desechadas por la ofendida (fs. 70, c. No. 1º).

¿Por qué si sus intenciones eran sanas, no entró con ellas al edificio y subió al apartamento? ¿Por qué cuando llegó la lavandera las hizo seguir a la alcoba y lo propio cuando llegó el empleado de la cigarrería que traía la botella de ron? ¿Por qué cuando se asomaron a la ventana les dijo que no lo hicieran, pues las podrían ver?

Todos estos interrogantes no tienen sino una sola respuesta: por las perversas intenciones que abrigaba hacia las menores y quería de antemano desvanacer sospechas, ya que harto lo conocían los vecinos por sus indeseables costumbres. Como es obvio, las intenciones por ser algo interno y oculto no pueden probarse sino en forma indirecta, mediante indicios.

4º—En cuanto a la cantidad de licor ingerido por las hermanas Uribe Ahumada, al contestar igual alegación hecha por el reo en la demanda, se expusieron las razones suficientes para desecharla. Entre otras, que como cuestión de hecho, queda sujeto a la libre apreciación de los jueces de instancia; también como lo expresa el Procurador 1º Delegado en lo Penal en su vista, existen suficientes indicios para afirmar que María Eugenia ingirió más de dos tragos; y por otra parte, porque se desconoce la cantidad de licor contenida en cada vaso, en especial en los de las hermanas Uribe.

El que las hermanas Uribe, según el decir de María Eugenia, en algunas fiestas hubiesen tomado uno o dos tragos, nada demuestra, porque la "costumbre" no inmuniza contra la embriaguez; por el contrario, la provoca más rápidamente y con menor cantidad; y luégo para que el argumento tuviera algún valor jurídico se necesitaría que la cantidad de licor ingerido por las hermanas Uribe en las

fiestas hubiera sido de la misma *naturaleza, calidad y cantidad* al que les hizo tomar Valderrama. Todo lo demás es argumentar sobre meras suposiciones que si no son procedentes en un juez de instancia, menos se podrán aceptar en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación, cuya misión no es revisar hechos sino atender a la recta aplicación de la ley bajo la base de la parte facticia admitida por la sentencia recurrida.

Además el hecho de haber tomado María Eugenia dos o tres tragos en las fiestas, no lo afirmó de una manera escueta, como pasa a verse:

"Preguntado: Sírvase decir si usted anteriormente, o su hermana, habían ingerido bebidas embriagantes. Contestó: En las fiestas, pero mi mamá nos cuidaba mucho. Nosotras nos tomábamos dos o tres tragos y mi hermana también. Preguntado: ¿Y en esas oportunidades sintió usted el mismo malestar que en esta ocasión o no? Contestó: No lo sentí". (fs. 11, C. No. 1º).

Claramente se deduce que los dos o tres tragos tomados en la fiesta no le produjeron el mismo malestar o los mismos efectos a los provocados por los ofrecidos por Valderrama.

Como se ha demostrado antes que la *intención* no es elemento integrante del delito de violencia carnal, inventado como tal en la sentencia, no es menester insistir más sobre este punto, pues, además resulta del todo imposible sostener que un hombre tenga acceso carnal con una mujer en estado de inconsciencia "sin intención", para luégo argumentar que no ha cometido el delito en cuestión.

5º—Procede la Corte en la sentencia a estudiar lo concerniente al estado de inconsciencia de la víctima, que pone en tela de juicio, principalmente porque ella dijo: "... Yo no sé si nos cogió un rato de sueño en la cama de Javier"; sin embargo, este aparte de la declaración no se puede tomar en forma fragmentaria, ya que en otros manifiesta que se durmió como a la una de la tarde y despertó como a las dos y cuarto (fs. 76, C. No. 1º); y es natural que la ofendida tenga vacíos y lagunas en la coordinación de los hechos y de las ideas en relación con lo ocurrido el día de los acontecimientos, que lejos de desvirtuar su testimonio confirman o ponen de manifiesto el estado de perturbación mental en que se hallaba como efecto del licor ingerido en el apartamento de Valderrama en las horas de la mañana del día 22 de septiembre de 1963.

En la declaración rendida por la ofendida el día 26 de septiembre de 1963 (fs. 10 ib.), ante el juez que adelantaba el informativo sobre la muerte de su hermana, es decir, antes de iniciarse la investigación por el delito de violencia carnal, se lee: "... Ya pasó el susto. Salgan. «Entonces destapó la botella y sirvió tres tragos, sacó unos diez discos, los puso sobre la radiola y nos dijo que escogiéramos los que nos gustaran; eran todos long play y escogimos algunos de música bailable y él bailó con nosotras. Entonces con el segundo trago sentimos como sueño. Entonces Javier me preguntó que qué me pasaba y lo le dije que no me pasaba nada, auncuando sí me sentía mal, pero era por ayudar a Leonor que estaba que se caía y pidió permiso para acostarse en la cama y se acostó. Estando Leonor y yo recostadas en la cama, Javier llamó por teléfono pero yo no entendí qué hablaría ni con quién. Entonces Javier nos ofreció otro trago y nosotras nos lo tomamos pero no nos acordamos si antes de este último, cuando estábamos en la cama, nos dormimos, y después fue cuando nos tomamos el tercero". (fs. 10 ib.).

Según se dijo antes, María Eugenia tuvo oportunidad de verse con Jairo Agudelo Escobar (fs. 5) y con Ernesto Bahamón (fs. 7) cuando ya salía del apartamento de Valderrama, después de haber dormido y con el afán y la angustia de llevar a su hermana a su casa, mientras Valderrama le proponía la dejara mientras ella iba a la casa a traer una droga. De manera que estos testigos no presenciaron los hechos, sino que simplemente se limitan a hacer conjeturas respecto de si la ofendida había ingerido licor o no; además esta relativa recuperación no se llevó a efecto "en pocos minutos", como dice la sentencia, ya que los acontecimientos en el apartamento de Valderrama se prolongaron desde las once y media hasta las dos y cuarto de la tarde del citado día 22 de septiembre de 1963.

María Eugenia con el fin de complacer a su hermana Leonor, una vez que ésta quedó en su aposento, se marchó a casa de Eva Gutiérrez, condiscípula de Leonor, a donde llegó como a las tres de la tarde hasta las cinco en que fue su hermano a traerla; y esta amiga en su declaración (fs. 166, C. No. 1º), dice: "... ella llegó allá muy asustada y parecía que hubiera tomado trago o yo no sé". El apoderado de Valderrama le preguntó: "Por qué supuso Ud. que María Eugenia había tomado trago ese día. Contestó: Porque olía a trago".

La ofendida en ningún momento ha puesto en tela de juicio que estuvo, como ella dice, dormida en la cama del encausado, por más de una hora, lapso en el cual ella presume que aquél consumó el acto.

6º—En la sentencia se dice que, para establecer el estado de inconsciencia en este caso, "se requería una prueba pericial", pero esto es totalmente inadmisible, por decir lo menos; por esto:

a) No existe disposición alguna que determine que el estado de inconsciencia de una persona solamente se puede establecer mediante dictamen pericial, para que el tribunal hubiera incurrido en un error de derecho;

b) La prueba pericial, dada su naturaleza, necesita de hechos permanentes o *presentes* para que los peritos, mediante los sentidos externos, puedan captar los elementos de hecho que después les servirán de base para deducir las conclusiones de acuerdo con su ciencia o arte; pero esto, después del día 22 de septiembre de 1963, resultaba imposible por haber desaparecido los hechos, ya que no se puede imaginar que tal prueba hubiera sido posible practicarla entre las 11½ a las 2½ del día 22 de septiembre de 1963.

c) Si la prueba se hubiera pretendido llevar a efecto durante el proceso, los peritos, como tales, carecían de los elementos necesarios para su juicio, pues se ignora, por lo menos, la cantidad de licor contenida en cada vaso, como también su naturaleza, calidad y si se hallaba mezclado o no con otras sustancias.

d) La falta de la prueba pericial, en caso de que fuera procedente, no la alegó el recurrente ni menos indicó la disposición violada con su omisión, como tampoco la cita la sentencia de la Corte, es decir, se trata de un mero concepto personal, que no puede servir de fundamento para casar una sentencia.

7º—Se menciona que la ofendida afirmó que su hermana Leonor, mientras estaban dormidas, no se levantó en ningún momento; de ahí pretende concluírse que ni estaba dormida y ni en estado de inconsciencia; y tal sería la conclusión lógica si la deponente hubiese afirmado que le constaba, pero no fue así sino que lo afirmó por mera deducción, suposición o hipótesis, como pasa a verse tomando en toda su integridad sus deposiciones.

Preguntada por el apoderado de Valderrama si, mientras estaban acostadas en la cama de éste, Leonor se levantaba con el fin de tocar discos, contestó: "En ningún momento, se levantaba pero volvía acostarse porque no se podía sostener". (fs. 50, C. No. 1º).

Esto para su cabal inteligencia, hay que relacionarlo con lo dicho por la ofendida en su declaración de 26 de septiembre de fs. 10, transcrita antes, o sea, ésto sucedía antes de que las dos jóvenes se quedaran dormidas, pues allí se lee: "... pero era por ayudar a Leonor que estaba que se caía y pidió permiso para acostarse en la cama y se acostó ...".

En el careo de 11 de octubre de 1963, en la página 74 del C. No. 1º, para aclarar su pensamiento dijo: "Aseguro que ella no se levantó aunque yo estuviera dormida, lo aseguro, puesto cuando desperté la encontré como se había quedado desde un principio ...". Es decir, hace la declarante una deducción de los dos hechos por ella conocidos: el uno cómo quedó o en qué posición quedó su hermana Leonor antes de dormirse ella, con la forma o manera cómo la vio cuando María Eugenia despertó; "... la encontré como se había quedado desde el principio"; y agrega la testigo: "... Además, yo después para levantarla me costó mucho trabajo puesto que se caía y no se podía sostener, esta es una prueba de que anteriormente menos se pudiera levantar estando recién tomada".

8º—*Conducta del reo.*—La buena o mala conducta anterior del encausado servirá para la graduación de la pena, más no para decidir si cometió o no un delito en un momento dado, pues todo hombre es honrado hasta la víspera de dejar de serlo.

En este caso de Valderrama su conducta sexual acertadamente la calificó el tribunal, como el juez de primera instancia, pues, según lo expuesto por Jairo Agudelo Escobar y Ernesto Bahamón (fs. 5 y 7, c. No. 1º), en el edificio en donde residía aquel les informaron que tenía una "agencia de empleos", aclarando el primero de los nombrados haber leído en la prensa "... que mandaba mujeres a Estados Unidos para ponerlas de sirvientas" (fs. 5 vto. ib.). Además, él mismo manifiesta que a su apartamento llevaba toda clase de mujeres para satisfacer sus apetitos sexuales.

RESUMEN.—Lo expuesto puede resumirse a pocas palabras, así:

a) No existe un error de hecho manifiesto, como lo exige el inciso del numeral 1º del art. 56 del D. No. 528 de 1964, ni el recurrente lo alegó expresamente;

b) Existe disparidad de criterios en relación con la ponderación de la prueba, en cuanto a circunstancias de hecho, entre la Corte de Casación y los jueces de instancia, que no le corresponde definir a aquella, sino a éstos en forma soberana, pues su convicción no puede lícitamente ser sustituído en la sentencia de casación.

c) Son dos principalmente las circunstancias de hecho en cuya ponderación no coincide el criterio de la Sala de Casación con el de los jueces de instancia: primero si la cantidad de licor ingerido por María Eugenia fue suficiente para causarle la embriaguez e inconsciencia; y segundo si realmente existen discrepancias sustanciales en la declaración de ésta; y ambos extremos son de mero hecho y sujetos a la soberana decisión de los jueces de instancia, pues no existe norma alguna o regla objetiva que sirviera de guía al juez de derecho, como lo es la Corte de Casación, para decidir la cuestión, pues no se trata de sustituír un criterio personal por otro de la misma naturaleza.

d) Por demás está advertir que la sentencia no se impugnó por error de derecho en la apreciación de la prueba, pues ni el recurrente señaló las normas infringidas, ni la sentencia lo hace tampoco para llegar a la violación indirecta del art. 316 del C. P.

Tales son los motivos, razones y argumentos que me han impuesto, como un deber de conciencia, salvar mi voto.

Fecha ut supra.

Efrén Osejo Peña.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

OTRAS SENTENCIAS NO PUBLICADAS

La Sala de Casación Penal de la Corte también dictó, durante los meses de enero, febrero y marzo de 1966, las siguientes sentencias, que no se publican en la presente edición de la GACETA, en consideración al reducido espacio de que se dispone para ello:

	Recurrente	Fecha	Magistrado Ponente
1.–	Jesús Orlando Bernal y otros	9/febrero/66	Dr. Montero Torres
2.–	Arturo Gómez Gelves	11/febrero/66	" Osejo Peña
3.–	Jorge Antonio Patino Nivia	24/marzo /66	" Osejo Peña
4.–	Luis David Carrillo Tuta	30/marzo /66	" Osejo Peña

SALA DE CASACION LABORAL.

SUPUESTO CONTRATO DE CORRETAJE CIVIL

El error de hecho que se imputa a la sentencia no es manifiesto, como el art. 87 del C.P.L. quiere que lo sea para que dé lugar a casación.- Acusación a la sentencia por violación directa y por vía indirecta en cuanto se apoya en la falta de legitimación pasiva en la causa.- Impropio planteamiento de técnica de casación, en el caso de autos.-

La violación directa consiste, como lo enseña la Corte, en no aplicarla o en hacerlo en forma errada o indebida, a un hecho claro suficientemente comprobado, en todo acorde con el supuesto de hecho que la norma contempla, por lo que a la respectiva infracción supone el quebranto de la regla en sí misma, independientemente de cualquier error de hecho en que el fallador hubiera podido incurrir.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, diez (10) de febrero de mil novecientos sesenta y seis (1966).
(Magistrado ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio ordinario la-

boral del señor Luis Humberto Ramírez Hidalgo contra la señora Clementina Portocarrero de Uribe.

— I —

LA LITIS Y SU DESARROLLO

El doctor Antonio José Uribe Portocarrero, apoderado general de la demandada, encomendó al actor, Luis Humberto Ramírez Hidalgo, por encargo de aquella, afirma éste, gestionar ante el Instituto de Crédito Territorial la venta de un predio o lote de propiedad de la señora Portocarrero de Uribe, situado en el barrio Las Cruces de la ciudad de Bogotá, distinguido en la nomenclatura urbana con los números 1-93 Sur, 2-03 Sur y 2-07 Sur de la carrera 9ª, el que, con una cabida aproximada de quince fanegadas, hizo parte de la hacienda denominada San José de Fucha. En cumplimiento de su encargo, en los primeros meses de mil novecientos cincuenta y tres entró Ramírez en contacto con el Instituto, ofreciéndole en venta el mencionado lote. En agosto del mismo año formalizó la oferta por escrito, y desde entonces continuó actuando ante aquella institución, ya haciendo levantar con destino a ella croquis y planos del inmueble, ora celebrando conferencias con los funcionarios, bien acompañándolos en visitas de inspección para llevar a buen término su propósito. De todo ello mantuvo informado a Uribe Portocarrero, quien se encontraba en Nueva York, de donde regresó a fines de mil novecientos cincuenta y tres. De retorno éste a Colombia, visitó el Instituto en unión de Ramírez Hidalgo, y allí ratificó personalmente la oferta y demás gestiones hechas por él. Algún tiempo después, el diecinueve de abril de mil novecientos cincuenta y cinco, la demandada celebró con el Instituto una promesa de compraventa por la suma de dos millones de pesos, de los cuales recibió cien mil al firmarse el respectivo instrumento, promesa que cumplió el veintiséis de agosto del mismo año, mediante la venta al Instituto del inmueble por la cantidad expresada (seiscientos mil pesos de contado y un millón cuatrocientos mil con plazos), por medio de la escritura pública número cuatro mil cuatrocientos cincuenta de la Notaría Cuarta de Bogotá.

El doctor Antonio José Uribe Portocarrero, en carta de Nueva York, de veintitrés de octubre de mil novecientos cincuenta y tres, convino en reconocer al demandante como remuneración por sus gestiones: a) la comisión usual; b) veinte centavos adicionales por cada vara cuadrada vendida de contado; c) una participación adecuada en caso de venta a plazos; y d) la mitad de toda suma que excediera del precio de diez pesos la vara cuadrada, en venta de contado o en circunstancias que permitieran hacer efectiva la suma total en descuentos inmediatos.

Estos son, resumidamente, los hechos en que se apoya la demanda presentada por Luis Humberto Ramírez Hidalgo contra la señora Clementina Portocarrero de Uribe, ante el Juez Segundo Laboral de Bogotá, en que solicita el pago de doscientos setenta y siete mil ochocientos sesenta y cuatro pesos con sesenta y cuatro centavos, o lo que se demuestre en el juicio, por concepto de comisión o remuneración de sus servicios, más los intereses de esta suma y las costas procesales.

En derecho, invocó lo dispuesto en los artículos 333, 338, 341 y 379 del C. de Co., 2142, 2143, 2149 y 2184 del C. C., 1º del Decreto 456 de 1956 y 1º y 3º del Decreto 931 del mismo año.

En su contestación la parte demandada acepta que Uribe Portocarrero regresó a Colombia, procedente de Nueva York, a fines de mil novecientos cincuenta y tres, la celebración de la promesa de compraventa aunque aclarando que en su celebración Ramírez no tuvo parte alguna, y la del contrato de venta manifestando atenerse a los términos de la respectiva escritura. Niega algunos hechos como están redactados o expuestos en el libelo, y respecto de otros manifiesta que no son hechos personales por los cuales deba responder.

Indica, además, que "el Instituto de Crédito Territorial tuvo a su estudio dos propuestas de venta de los terrenos de San José de Fucha: la primera a fines de 1953, sobre bases determinadas, que no tuvo aceptación; la segunda a fines de 1954, renovada en 1955, sobre bases distintas, que fue la acogida". En la primera no intervino la señora de Uribe; la segunda fue gestionada directamente por Uribe Portocarrero con la autorización y participación de aquella. Después del fracaso de la primera oferta, Uribe Portocarrero concedió opción para la venta, en junio de mil novecientos cincuenta y cuatro, por sesenta días, a Ricardo y Rafael Núñez y Compañía; los ofreció directamente, en noviembre del año citado, a la Universidad de los Andes; volvió a confiarlos para su venta a Ricardo y Ra-

fael Núñez y Compañía, en enero de mil novecientos cincuenta y cinco; y en abril del mismo año a Caro y Díaz Plaza.

En la primera audiencia de trámite el actor corrigió la demanda para adicionar la relación fáctica con los siguientes hechos: la demandada, por instrumento público número cuatro mil ciento treinta y cinco de ocho de agosto de mil novecientos cincuenta, de la Notaría Cuarta de Bogotá, confirió poder general para representarla a los doctores Antonio José Uribe Portocarrero y Hernando Carrizosa Pardo, con facultad para que conjunta o separadamente pudieran vender sus propiedades inmuebles, y para delegar total o parcialmente el poder; en agosto de mil novecientos cincuenta y tres el actor entró en contacto con el Instituto a fin de interesarlo en la compra de los terrenos de propiedad de la demandada; después de varias visitas al inmueble con funcionarios de aquella institución, en septiembre de mil novecientos cincuenta y tres se dirigió a la señora Portocarrero de Uribe, entonces en Rochester, "notificándola de tener un cliente en Bogotá interesado en la compra de los referidos terrenos, solicitándole datos, instrucciones y autorización para continuar los negocios en su nombre, así como también que se sirviera ponerlo en contacto con su distinguido hijo, doctor Antonio José Uribe Portocarrero, entonces en Nueva York"; la demandada remitió la carta a su hijo para que la contestase y resolviera lo más conveniente; éste respondió, el veintitrés de octubre del año mencionado, autorizando al actor para continuar las gestiones y ofreciéndole la remuneración expresada en el libelo de demanda; también se dirigió el mismo mes a funcionarios del Instituto pidiéndoles estudiar la propuesta presentada por Ramírez Hidalgo y comunicándoles ser éste el único representante autorizado para adelantar el negocio y concluírlo; el veintiséis del mismo octubre cablegrafió a Ramírez para informarle el envío de los mensajes a que se acaba de aludir y el número de su teléfono en Nueva York; el actor, con tan reiterada facultad, continuó sus gestiones ante el Instituto, de las que informó a Uribe Portocarrero, habiendo tenido con él algunas conferencias telefónicas; debido a su intervención Uribe regresó a Bogotá y acompañó al demandante al Instituto de Crédito Territorial.

En su respuesta a esta adición, la opositora acepta que confirió poder a los señores Uribe Portocarrero y Carrizosa Pardo mediante la escritura citada por el demandante, pero advierte que ese poder fue revocado y sustituído por el contenido en instrumento público número cuatro mil ciento cincuenta de ocho de agosto de mil novecientos cincuenta, de la Notaría Cuarta de Bogotá, y que tanto el otorgado en esta escritura como el conferido por la número cuatro mil ciento treinta y cinco de las mismas fecha y Notaría fueron revocados en su totalidad por medio del instrumento público número seis mil quinientos diecinueve de cinco de diciembre de mil novecientos cincuenta, de la mencionada Notaría Cuarta. Niega otros hechos en la forma como están expresados y manifiesta que no puede contestar los demás por no ser personales.

Realizadas las audiencias de trámite y recibidas las pruebas ofrecidas por las partes, la primera instancia concluyó con sentencia pronunciada en audiencia de juzgamiento, en la cual se absuelve a la parte demandada. Contra este fallo interpuso apelación el actor.

— II —

LA SENTENCIA DE SEGUNDO GRADO

Confirma la de primera instancia con los siguientes fundamentos: a) El artículo 65 del C. P. L. permite al juez formar su convencimiento con libertad. b) De las pruebas "se infiere que el actor no entendió tratar o contratar con Uribe Portocarrero como si este fuera apoderado general de la demandada, y que aquél no aceptó el ofrecimiento en tal calidad, actitud que sostuvo a lo largo de sus relaciones con el demandante, sin que en ninguna ocasión hubiere pretendido o declarado tener facultades de apoderado general", por lo cual no se demostró que la demandada se hubiera obligado para con el actor, directamente o por medio de su apoderado general, lo que impide a la demanda prosperar por falta de legitimación pasiva en la causa. c) Aún suponiendo la existencia del vínculo entre el actor y la demandada, las pruebas describen, no un mandato, sino un contrato de corretaje civil, que como el comercial solo da derecho a remuneración cuando concurren las siguientes condiciones: que el comitente haya solicitado o aceptado los servicios del intermediario; que éste haya efectuado gestiones idóneas para el logro de lo que se propone; y que el negocio se haya concluído como consecuencia de las gestiones realizadas por el corredor. El cumplimiento de este último requisito no aparece comprobado en los autos.

Contra esta sentencia interpuso la parte actora el recurso de casación que se decide.

— III —
LA IMPUGNACION

Con ésta aspira el actor a la casación total del fallo para que la Corte, en función de instancia, condene a la parte demandada a tenor de las pretensiones del libelo.

Invoca la causal 1ª de casación laboral, y con apoyo en ella formula a la sentencia los siguientes cargos:

1) Que viola "por vía indirecta, y por falta de aplicación, el ordinal 3º del artículo 2184 del C. C., en relación con los artículos 2142, 2143, 2149, 2161 y 2199 del mismo Código, y por aplicación indebida los artículos 1497 y 2177 del citado C. C."; infracciones a que llegó el sentenciador por errada apreciación de unas pruebas y falta de aplicación de otras que le indujeron a incurrir en errores de hecho consistentes "en no dar por demostrado, estándolo, que el doctor Antonio José Uribe Portocarrero, al conferir el encargo al actor, obraba como apoderado de la demandada, y en dar por demostrado, sin estarlo, que el actor actuaba a sabiendas de que el doctor Uribe Portocarrero no era apoderado de la demandada".

Señala como pruebas mal apreciadas las cartas que obran a folios 72 y 206 a 207 del cuaderno primero, dirigidas por Ramírez Hidalgo a Uribe Portocarrero y por aquél a éste, respectivamente; el cable visible a folio 16 del mismo cuaderno, dirigido por el demandante a Uribe; y la prueba instrumental del poder general conferido a éste por la señora Portocarrero de Uribe. Y como no apreciadas, los cables visibles a folios 19, 20 y 150 del cuaderno mencionado, dirigidos por Uribe Portocarrero a funcionarios del Instituto de Crédito Territorial.

Para demostrar el cargo expone:

El sentenciador se apoya en las cartas de folios 72 y 206 a 207 que constituyeron apenas el primer contacto entre el actor y Uribe Portocarrero, y pasa por alto los mensajes cablegráficos de folios 19, 20 y 150; en éstos asuma la representación de la dueña de los terrenos cuando dice: "Manifiesto atentamente único representante autorizado ofrecer, negociar terrenos Fucha es Luis Humberto Ramírez"; en la carta del folio 72 dice el actor: "Por considerar que usted es la persona más apropiada *por todo motivo* para procurar sacar adelante esta negociación", y en la de folios 206 a 207 contesta Uribe: "Debo agradecer a usted la carta sin fecha que remitió a mi madre a la ciudad de Rochester, la que *me fue remitida inmediatamente por ella*"; los términos en que está escrita esta correspondencia son suficientes para constituír apoderado conforme a lo dispuesto en el artículo 2149 del C. C.; el sentenciador invoca el cable de folio 16 para sustentar la tesis de que el actor sabía que Uribe carecía de autorización de la demandada para contratar con él, cuando lo que Ramírez pide a Uribe en ese mensaje es que éste obtenga de la propietaria de los terrenos autorización para venderlos en su totalidad en vez de una parte de ellos solamente; consta, por último, que Uribe Portocarrero estaba facultado para actuar como apoderado general de la señora Portocarrero de Uribe, sin que importe en relación con los actos ejecutados por el apoderado la revocación del poder, a tenor de lo dispuesto en el artículo 2199 del C. C., "pues no aparece en los autos la prueba de que el actor, cuya buena fe se presume, tuviera conocimiento de la revocación".

2) Que asimismo viola, "por vía directa, y por aplicación indebida, los artículos 20, ordinal 13, 65, 66, 68, 69, 88 y 89 del C. de Co., infracción de medio que condujo a la falta de aplicación del ordinal 3º del artículo 2184 del C. C.".

Dice para demostrarlo:

El sentenciador prohija la apreciación del juez de primera instancia de que el contrato es de corretaje, solo porque en su carta inicial el demandante dijo ser "corredor de finca raíz"; la diferencia entre la comisión mercantil y el contrato de corretaje —al que se asimila el corretaje civil, según la jurisprudencia— está en el elemento *profesionalismo* del agente, y en su calidad de simple intermediario para poner en contacto al vendedor y al comprador; si no está demostrado en los autos (y así lo admiten ambos falladores) que el actor tuviera el carácter de comerciante, ni que estuviera registrado como corredor mercantil, ni que tuviera esa profesión, no es desde luego un corredor de comercio; como tampoco puede ser un corredor civil en el único acto de gestión y representación que aparece probado en el expediente; el oficio de corredor está circunscrito a poner en contacto al vendedor y al comprador sin ejercer ni invo-

car ninguna representación; los argumentos de las sentencias sobre este punto no se apoyan en determinados hechos sino que,independientemente de ellos, los falladores califican la intervención de cualquier intermediario en una compraventa de bien inmueble como acto de corretaje civil; por esta última razón el cargo se presenta en concepto de violación directa.

En la réplica expone, por su parte, el opositor:

1) No obstante que el demandante recurrente al exponer el primer cargo se impone una limitación al describir los dos errores de hecho que en su concepto cometió el sentenciador, al desarrollarlo sugiere otro consistente en que el tribunal *ad quem* no dió por acreditado que las relaciones habidas entre Ramírez Hidalgo y Antonio José Uribe Portocarrero estuvieron regidas por las normas del C. C. que definen el contrato de mandato, sus requisitos, su forma y sus consecuencias jurídicas; pero como el sentenciador de segundo grado "entendió desde un principio, al estudiar la vinculación entre Luis Humberto Ramírez Hidalgo y Antonio José Uribe Portocarrero, que la actividad desplegada por aquél fue la de corredor o intermediario de carácter civil, razón por la cual, con base en la interpretación que a las normas pertinentes del Código de Comercio ha dado la Honorable Corte Suprema de Justicia, aplicó analógicamente aquellas normas a aquella vinculación o actividad", resulta que el cargo, tal como está planteado adolece de las siguientes deficiencias técnicas: "el apoderado del recurrente olvidó señalar como mal aplicadas las normas del referido Código de Comercio que fueron precisamente las que el *ad quem* aplicó", y "olvidó, además, que éste, para concluír que las actividades de Luis Humberto Ramírez Hidalgo fueron de correduría o intermediación civil, no se apoyó solamente en los mensajes cablegráficos visibles a folios 19, 20 y 150, sino en «las afirmaciones de la demanda» y en «las pruebas aportadas para respaldarlas», así como en la interpretación, ya mencionada, de la Honorable Corte Suprema de Justicia y en el hecho de que el actor no es un comerciante; las normas aplicadas por el sentenciador no fueron los artículos 1497 y 2177 del C. C., sino las del C. de Co. que la sentencia invoca como sustente de su decisión; aunque esta falla no le fuera imputable al cargo, es lo cierto que el recurrente no pormenorizó todas las pruebas en que se fundó el sentenciador, para concluír que las actividades de Ramírez Hidalgo fueron de correduría civil.

2) Al exponer el segundo cargo imputa a la sentencia violación directa, porque las argumentaciones de las sentencias no se apoyan en determinados hechos sino que califican la intervención de cualquier intermediario en un contrato de compraventa como acto de correduría civil, independientemente de ellos; sin embargo, el tribunal *ad quem* se fundó, para llegar a aquella calificación, en hechos demostrados y no demostrados en el juicio; el cargo ha debido presentarse por infracción indirecta, procedente de apreciación errónea o falta de apreciación de las pruebas en que se apoya el sentenciador.

— IV —
EXAMEN DE LOS CARGOS

a) Primer cargo

Violación indirecta.—Las cartas de folios 72 y 206 a 207 en que, según la afirmación del impugnante, se apoya la hipótesis admitida como cierta en el fallo de segundo grado, y que conforme al cargo fueron erróneamente apreciadas, dicen en lo pertinente: la dirigida por Ramírez a Uribe el quince de septiembre de mil novecientos cincuenta y tres (fs. 72): "Con fecha 8 de septiembre del presente año le escribí a su señora madre una carta a Rochester manifestándole que yo en *mi calidad de corredor de propiedad raíz* tengo un presunto comprador de los terrenos situados al sur de la ciudad y denominados con el nombre de la Quinta de Fucha"; y la de veintitrés de octubre del mismo año, de Uribe para Ramírez (fls. 206 a 207): "Debo agradecer a usted la carta sin fecha que remitió a mi madre (...). En dicha carta usted menciona mi nombre pues *considera que con la intervención de mi persona sería más fácil adelantar el negocio* (...), muy bien ha comprendido que todo negocio en tratándose de una mujer viuda, de avanzada edad y sin información mayor sobre finca raíz, no sería delicado avanzar *sin la anuencia natural y lógica de sus hijos, especialmente varones* (...). Las anteriores consideraciones bien valen la pena de ser meditadas y de poner (sic) en su conocimiento pues ellas mismas le servirán para adelantar las gestiones que *como corredor de finca raíz* corresponden (los subrayados son de la Sala).

Cuando de los términos de estas comunicaciones el sentenciador infiere que el actor "no contrató con Uribe Portocarrero sobre la base de que éste tenía la calidad de apoderado general de la demandada", y que el contrato fue de corretaje de finca raíz, se ciñe al tenor literal de una correspondencia en la cual Ramírez explícitamente ofrece sus servicios de "corredor de propiedad raíz" y Uribe los acepta en la inteligencia de que el agente acude a él no atribuyéndole la calidad de representante o apoderado de la señora Portocarrero de Uribe, sino la de *hijo varón* de ésta, informado del movimiento de la propiedad inmueble, y porque además considera que con la *intervención* de él era "más fácil adelantar el negocio". No es evidente, por lo tanto, que el tribunal de instancia errara de modo manifiesto en la apreciación de estas pruebas, sobre todo si se las relaciona con "las diversas comunicaciones cruzadas entre Uribe Portocarrero y Ramírez acerca de tal asunto", que también fueron tenidas en cuenta en la sentencia como se desprende de la proposición transcrita; como, por ejemplo, con la carta de primero de diciembre del ya mencionado año en que Uribe, después de anunciar a Ramírez su viaje a Colombia, le dice (fs. 166): "(...). No quiere ello decir que con mi regreso al país y mis gestiones personales termine su actuación como *intermediario* y *comisionista*. Todo lo contrario, sobre las mismas bases estipuladas, que yo pagaré a usted directamente sin tener en cuenta como dispone usted de ese dinero, trabajaré con mi presencia personal a fin de obtener y asegurar un mejor éxito en el negocio (...). Por ello el margen amplio para que se realice la operación claramente queda fijado dentro de los seis (6) meses que me propuso en nuestra conversación, los cuales espero sean tenidos en cuenta desde su primera carta de septiembre (...)" (el subrayado de la Sala). En el resto de la correspondencia no se lee alusión alguna, ni por parte del actor ni por la de Uribe, a un poder que desde hacía cerca de tres años había sido revocado por la poderdante cuando Ramírez entró en relación con el antiguo procurador, ni siquiera en el cablegrama de veintiocho de octubre de mil novecientos cincuenta y tres (fl. 16), susceptible de distintas interpretaciones según el concepto que el juzgador se forme delante de las demás pruebas que obran en el proceso. Que es lo que también sucede con los cablegramas visibles a folios 19, 20 y 150 del cuaderno primero, que según el recurrente no fueron apreciados por el sentenciador, y en los cuales Uribe informa a funcionarios del Instituto de Crédito Territorial que Ramírez es el único *"representante autorizado"* para ofrecer los terrenos de Fucha y para negociarlos, concepto, el de *representante autorizado,* cuyo contenido exacto no podría ponerse en claro, en este caso, si no es poniéndolo en relación con el resto de los elementos probatorios, pues lo mismo puede significar que Ramírez es el único representante *apoderado* por la oferente vendedora, como que es el único *agente* intermediario autorizado para ofrecer los terrenos, bien por ella, ora solamente por el remitente de la comunicación cablegráfica. Nada de ello aparece enunciado con claridad en esa comunicación, mayormente cuanto que en el lenguaje corriente a la voz *representar* no se le da solamente el restringido significado jurídico de *obligar* o *comprometer* sino también el más amplio de *hablar* por otro o en vez de otro. Que es lo que hace el corredor cuando ofrece por su comitente, sea en nombre del dueño de la cosa objeto de la oferta, sea por un tercero interesado en el negocio.

Todo lo cual está poniendo de resalto que el error de hecho que se imputa a la sentencia no es manifiesto, como el artículo 87 del Cod. Proc. Lab. quiere que lo sea para que dé lugar a casación, sino que para descubrirlo fuera menester que la Corte se comprometiese en un nuevo y minucioso balance del valor de los medios instructorios, según el contenido, alcance y eficacia que a cada uno le asignare, tarea propia, únicamente, del fallador de instancia, e impertinente, por tanto, en casación.

Consiguientemente, no prospera el cargo.

b) Segundo cargo

Violación directa.—El impugnante lo presenta como violación de ley sustantiva por infracción directa, "porque las argumentaciones de ambas sentencias no se apoyan en determinados hechos sino que, independientemente de ellos, los falladores califican la intervención de cualquier intermediario en una compraventa de bien inmueble como un acto de corretaje civil".

El sentenciador de segundo grado infiere la existencia del contrato de correduría "de las afirmaciones de la demanda y de las pruebas aportadas para respaldarlas", según lo expresa el fallo; y en aquella se hace referencia a la *comisión usual* a que tiene derecho el demandante, y de éstas el sentenciador de ins-

tancia se refiere expresamente a las comunicaciones cruzadas entre el actor y Uribe Portocarrero fechadas el quince de septiembre y el veintitrés de octubre de mil novecientos cincuenta y tres (fls. 72 y 206 a 207), en las cuales Ramírez Hidalgo ofrece sus servicios invocando la calidad de "corredor de propiedad raíz", y Uribe alude al contestarle a esa condición de su corresponsal y a la suya propia de "hijo" de la propietaria del inmueble, a la cual atribuye que aquél, además de a su madre, también se dirigiera a él. La argumentación del fallo se apoya, así, en hechos o situaciones personales que el Tribunal halló comprobados con pruebas que menciona en la sentencia, y cuyo examen no podría eludir la Corte si hubiera de hacer el estudio a fondo del cargo; es decir, que al hacerlo no podría evitar entrar en consideraciones sobre la cuestión de hecho, mediante un nuevo examen de las pruebas aducidas, para esclarecer si se ciñe o no a la ley la conclusión que de ellas dedujo el fallador de instancia; técnica impropia tratándose de acusación de la sentencia por violación directa, entendido que, como lo enseña la Corte, tal violación consiste en no aplicarla o en hacerlo en forma errada o indebida, a un hecho claro por suficientemente comprobado, en todo concorde con el supuesto de hecho que la norma contempla, por lo que la respectiva infracción supone el quebranto de la regla en sí misma, independientemente de cualquier error de hecho en que el fallador haya podido incurrir.

Por lo cual tampoco prospera el cargo.

Y como, por lo demás, el demandante recurrente solo acusa la sentencia por vía indirecta en cuanto se apoya en la falta de legitimación pasiva en la causa, el recurso no podría prosperar aún en el caso de que un nuevo examen de la cuestión de hecho demostrase que Uribe sí tenía carácter de mandatario, y que como tal contrató con Ramírez Hidalgo, porque la sentencia se funda no solamente en la calidad con que aquél contrató con éste, sino también en el carácter con que Ramírez obró y en la falta de comprobación de la causalidad entre sus gestiones y la venta del inmueble, fundamentos, estos dos últimos, que por apoyarse en pruebas requerían ser atacados invocando error de hecho que el fallador de instancia hubiera cometido, y no por vía de la infracción directa como se hizo.

En mérito de todo lo cual, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida en este juicio por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá que es objeto del recurso.

Se condena a la parte demandante recurrente en las respectivas costas.

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

Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes, Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía O., Secretario.

TECNICA DE LA DEMANDA DE CASACION

Necesidad de demostrar Jurídicamente la Infracción de las disposiciones legales indicadas en el fallo de segunda instancia.- La Corte reafirma su doctrina sobre este particular.- Correcta aplicación del art. 56 del C.P.L.-

1.- En toda demanda de casación, ya se trate de quebranto directo de ley o de infracción por causa de error manifiesto al apreciar las pruebas, es indispensable no sólo la indicación numérica de las disposiciones legales infringidas sino principalmente la demostración jurídica de la infracción misma de cada una de ellas cometidas en el fallo de segunda instancia. Esa demostración debe precisar en qué consiste la pretendida infracción de la ley, ya por no haberse aplicado la norma, ya por habérsela aplicado indebidamente, ya por ser interpretada con equivocación.

La doctrina permanente de la Corte respalda estos postulados; en efecto, en sentencia de 30 de Octubre de 1.906 (G.J.T. XVIII, página 31) dijo lo siguiente ". . . . . para que el recurso pueda prosperar no basta que el recurrente haga en general citas de leyes, ni exponga doctrinas jurídicas, ni diga que se violaron las disposiciones relativas a tal o cual contrato, sino que es preciso que indique los artículos de la ley que creen infringidos y el concepto en que lo han sido, pues de otra manera no puede determinarse el punto legal materia de la casación".

Y en fallo de 14 de Junio de 1.957 (G.J.T. LXXXV, 516) expuso: "En casación no basta la simple enumeración de determinados preceptos; las acusaciones no pueden hacerse de manera vaga y es necesario concretar la manera como pudiera producirse las diversas violaciones de la ley".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., febrero once de mil novecientos sesenta y seis.

(Proyectó: Dr. Manuel V. Jiménez, Auxiliar de Casación Laboral).

JULIO E. CACERES GOMEZ, propuso demanda ante el Juez del Trabajo de Bogotá, contra la Empresa "ACERIAS PAZ DEL RIO S. A.", para que sea condenada al pago de lo siguiente:

PRIMERO.—TRES MIL VEINTITRES PESOS, TREINTA CENTAVOS ($ 3.023,30) por concepto de horas extras;

SEGUNDO.—UN MIL PESOS ($ 1.000,00), valor de la atención quirúrgica y hospitalaria causada por una hernia inguinal derecha contraída por razón del trabajo realizado para el patrono demandado;

TERCERO.—DOS MIL CUATROCIENTOS PESOS ($ 2.400,00) de indemnización por la perturbación funcional aparejada a tal enfermedad;

CUARTO.—SETECIENTOS PESOS ($ 700,00) por reajuste de prestaciones, y

QUINTO.—UN MIL PESOS ($ 1.000,00) por las costas del juicio y los demás derechos reconocibles fuera de lo pedido.

Alegó los siguientes hechos fundamentales:

Durante el tiempo de su contrato con la empresa, el demandante trabajó horas extras, según cuadro que adjuntó y mediante órdenes de trabajo que allí se enumeran.

Tuvo un sueldo básico mensual de TRESCIENTOS PESOS ($ 300,00) y una prima de

CIENTO CINCUENTA PESOS ($ 150,00) mensuales por riesgo en el movimiento de carga peligrosa.

Salió del empleo voluntariamente, y por un examen médico posterior se dió cuenta de que los dolores que lo aquejaban de tiempo atrás se debían a una hernia inguinal derecha que no figuraba en el examen de retiro practicado por el médico de la empresa, lesión causada por un esfuerzo excepcional que tuvo que realizar al servicio de ésta.

La demanda fue contestada sin expresar ni aceptación ni oposición a ella y a los hechos enunciados.

El juicio recibió el trámite legal, y el Juzgado le dió fin con la sentencia correspondiente en que dispuso:

1º—Condenar a la EMPRESA DE PAZ DEL RIO S. A. a pagar a Julio E. Cáceres Gómez... la cantidad de TRES MIL VEINTITRES PESOS TREINTA CENTAVOS ($ 3.023,30) por concepto de horas extras.

2º—Absuélvela de las demás peticiones.

3º—Costas a cargo de la empresa.

Ambas partes recurrieron en apelación, y el Tribunal Superior de Bogotá, en Sala Laboral, revocó la sentencia apelada y en su lugar absolvió a la Empresa Acerías Paz del Río S. A. de las súplicas de la demanda con costas a cargo del demandante.

La parte no favorecida ha acudido a la Corte en Casación, recurso que, admitido y sustentado oportunamente, se entra a decidir.

El recurrente, cuanto al alcance de la impugnación, expresa: "En el recurso se plantearán dos motivos de Casación que tienden a hacer reconocer claros derechos laborales. Por el primero se busca el rompimiento de la sentencia en cuanto el fallador que la profirió se equivocó ostensiblemente tanto en la apreciación de la prueba como en la falta de apreciación de la misma, resultando un error de hecho manifiesto que al subsanarse determinará el reconocimiento por parte de la parte demandada y a favor de la demandante del tiempo suplementario probado a través del informativo.

Por la segunda se trata de que se corrija la recortada interpretación del contenido de normas de derecho de índole laboral que han influído en el desconocimiento de categóricos derechos que asistían a la parte demandante. Por la estrechez de la interpretación del contenido de una disposición legal el Tribunal de instancia redujo a la inocuidad el acervo probatorio del expediente que determinaba las obligaciones laborales a favor de mi demandante, causando el desconocimiento de su derecho al pago de horas extras y de indemnización por accidente de trabajo que con la amplitud en la interpretación de la ley hubiera conseguido en su favor mi poderdante".

MOTIVOS DE CASACION

Al respecto, presenta el acusador dos cargos, así:

PRIMER CARGO

A consecuencia de errores de hecho en la apreciación de pruebas o falta de apreciación de las mismas, la sentencia es violatoria de los arts. 158, 159, 161 y 168 del C. S .T. en concordancia con el art. 56 del Código Procedimental y con los arts. 199, 204 y 218 del Código primeramente citado.

El impugnante expresa que el acta de la inspección ocular y los memoriales del demandante relacionados con ella "no fueron apreciados por el Tribunal o lo fueron erróneamente" aunque con ellos se proponía demostrar los hechos de la demanda como lo admitió el Juez en auto del folio 75 al reconocer que Julio Ernesto Cáceres trabajó 1.381½ horas suplementarias.

Insiste en que la apreciación de esos documentos por el Tribunal es recortada en cuanto limita la facultad del litigante para señalar los hechos que intenta demostrar con una inspeceión ocular, al requerir que ellos se expresen en un cuestionario sometido a los peritos, lo cual "en el presente caso lleva al Tribunal a impedirse de apreciar la prueba que determinaba un número exacto de horas extras trabajadas por el actor...".

En seguida se refiere a las declaraciones dadas por los testigos Carlos Triana, José A. Prieto y Luis E. Roa, como prueba de que el demandante trabajó las horas extras cuyo pago demanda, y comenta: "Tenía el Honorable Tribunal que hacer cálculos diabólicos, metafísicos o suposiciones acomodaticias para no respetar siquiera el mínimo de 10 horas diarias de febrero a diciembre de 1953 probados con la declaración de Triana Quintero y corroborada con extensión por los dos testigos?; el único cálculo que cabía al Tribunal era el de sacar la cuenta de cuánto valía una hora extra a razón de $ 10,00 diarios de sueldo

y multiplicar por el número de horas probado, cálculo que en ningún caso sería acomodaticio por haber estado probados los extremos del expediente".

Dice por último que el sentenciador se equivocó al no tener en cuenta el documento de contrato firmado con la empresa, el cual puesto en concordancia con las demás pruebas, contribuía a demostrar el trabajo en horas extras.

Y concluye así: "Si el Honorable Tribunal hubiese analizado la diligencia de inspección ocular, el libelo de demanda, el contrato de trabajo, las declaraciones de los testigos, la declaratoria hecha por el Juez, o no hubiera apreciado erróneamente, algunos de ellos, sin necesidad de cálculos que esforzaran su capacidad de raciocinio, hubiera evitado el error de hecho manifiesto que denunció y que cometió por no apreciar las pruebas o por haberlas apreciado erróneamente.

SEGUNDO CARGO

Afirma el recurrente que "la sentencia es violatoria por errónea interpretación de los artículos 199, 204, 209, 218, 158, 159, 168 del Código Sustantivo del Trabajo, por la incidencia que la interpretación errónea del artículo 56 del Código de Procedimiento del Trabajo tuvo para la violación de los derechos consagrados por ellos".

Cita el art. 56 del C. P. L. según el cual si la inspección ocular no se llevare a efecto por renuencia de la parte que debe facilitarla se tendrán como probados en su contra los hechos que de otra parte se proponía demostrar, en los casos en que sea admisible la prueba de confesión, y considera que el Tribunal lo interpreta equivocadamente al sostener que esos hechos son exclusivamente los "formulados de una manera clara y concreta", y de modo que pueden demostrarse con la confesión. De esa manera el fallador recorta el alcance de la norma y la quebranta restringiendo su alcance.

A causa de violación del art. 56 concluye el impugnante resultaron infringidos los demás preceptos sustantivos "por interpretación errónea, por cuanto la incidencia del error cometido en la interpretación de la norma adjetiva, lleva al juzgador a confundirse en la eficacia de los derechos por ellos reconocidos".

LA CORTE CONSIDERA:

1º—En toda demanda de casación, ya se trate de quebranto directo de ley o de infracción por causa de error manifiesto al apreciar las pruebas, es indispensable no solo la indicación numérica de las disposiciones legales infringidas, sino principalmente la demostración jurídica de la infracción misma de cada una de ellas, cometidas en el fallo de segunda instancia. Esa demostración debe precisar en qué consiste la pretendida infracción de la ley, ya por no haberse aplicado la norma, ya por habérsela aplicado indebidamente, ya por ser interpretados con equivocación.

No comenta siquiera el casacionista los preceptos que cita, ni indica el concepto de la infracción que le atribuye al sentenciador, ni expresa la incidencia del error de hecho que alega, en la decisión que el Tribunal debía adoptar.

La doctrina permanente de la Corte respalda estos postulados; en efecto, en sentencia de 30 de octubre de 1906 (G. J. T. XVIII, página 31) dijo lo siguiente: "... Para que el recurso pueda prosperar no basta que el recurrente haga en general citas de leyes, ni exponga doctrinas jurídicas, ni diga que se violaron las disposiciones relativas a tal o cual contrato, sino que es preciso que indique los artículos de la ley que creen infringidos y el concepto en que lo han sido, pues de otra manera no puede determinarse el punto legal materia de la casación".

Y en fallo de 14 de junio de 1957 (G. J. t. LXXXV, 516, expuso): "En casación no basta la simple enumeración de determinados preceptos; las acusaciones no pueden hacerse de manera vaga y es necesario concretar la manera como pudieron producirse las diversas violaciones de la ley".

Por estos motivos, el primer cargo no puede prosperar.

Y en cuanto al segundo, el recurrente solo fundamenta el entendimiento erróneo de la ley sustantiva en que el Tribunal le dio al art. 56 del C. P. L. una interpretación recortada, errada o restringida. Cree que este precepto debe interpretarse extensivamente para que siempre se dén por demostrados los hechos de la demanda cuando la inspección ocular solicitada en juicio no pueda llevarse a efecto por renuencia de la parte a quien deba perjudicar, sin que sea necesario señalar el objeto concreto de la inspección ocular. El Tribunal aplicó el art. 56 diciendo: "Como puede verse claramente, en el caso contemplado

se cometió una equivocación por parte del señor Juez del conocimiento ya que se declararon probados los hechos que no fueron motivo de la inspección ocular pedida. En tales condiciones el Tribunal deberá desechar la prueba decretada por el Juzgado en la inspección ocular prenombrada".

De lo expuesto en la acusación no se infiere que el Tribunal haya entendido mal el art. 56 sino que el recurrente está en desacuerdo con la interpretación acogida en el fallo.

Pero además, la interpretación errónea de las normas de derecho sustancial, como simple consecuencia de la equivocada interpretación de otra de derecho probatorio, no es evidente o axiomática; la tesis requeriría algún intento de demostración, que en este caso no se hizo.

El cargo debe ser desechado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia que fue objeto del recurso.

Las costas a cargo del recurrente.

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

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

MEDIOS LEGALES DE PROBAR LAS OBLIGACIONES EN JUICIOS DEL TRABAJO.- SANCION MORATORIA CONTEMPLADA EN EL ART. 65 DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO

Instrumentos públicos.- Sus condiciones esenciales y su calificación de auténticos según el artículo 1758 del C. C.- Otros documentos auténticos que hacen plena prueba.- Supuesto error de derecho.- Renuencia injustificada del patrono a pagar prestación debida al trabajador.-

1.- Conforme a lo preceptuado por el art. 51 del C.P.L., en los juicios del trabajo son admisibles todos los medios de prueba establecidos por la ley, que el art. 1757 del C.C. los hace consistir en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido o inspección personal del Juez. Tiene aceptada la jurisprudencia de esta Sala de la Corte, que los juicios laborales, al igual de lo que ocurre en el proceso civil, no se dispone de libertad en lo relativo a la aducción y práctica de las pruebas, pues esa actividad debe sujetarse a las normas que regulan su producción y recepción, consignadas en el Capítulo XIII del C.P.L., y además, a las establecidas en el Título XVII del Libro II del C.J. aplicables a los juicios de la primera clase, a falta de normas procesales en materia del trabajo.

De acuerdo con las normas invocadas, entre los medios legales de probar las obligaciones, se consignan y destacan por su propia importancia el instrumento público y la confesión de parte. El art. 1758 del C.C. dice que instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario. Según se colige del texto de esta disposición, y así lo ha expresado la jurisprudencia de la Corte en reiteradas oportunidades, para que de un instrumento pueda decirse que es público, deben reunirse cuatro condiciones esenciales, a saber: que éste autorizado por un funcionario público, que a éste otorgue la ley la facultad suficiente para abonar ese instrumento, que éste se haya producido dentro del sector territorial en que aquél pueda ejercer sus funciones, y que en la formación del instrumento se hayan observado las previsiones legales al respecto. La calificación de auténtico que la misma disposición da al instrumento público depende según la doctrina, de la doble prerrogativa que asiste al instrumento de esa clase: a) la consistente en que la firma del funcionario que la autoriza, por el carácter público de éste no necesita verificación, y b) la de que dicha apareja una prueba absoluta de lo afirmado por el funcionario como acaecido en su presencia.

Por otra parte, el C.J. al regular lo atinente a los instrumentos públicos, establece en el art. 532 que hacen también plena prueba acerca de su contenido, como documentos auténticos: los demás instrumentos provenientes de funcionarios que ejerzan cargos por autoridad pública en lo referente al ejercicio de sus funciones; las copias de tales documentos expedidas formalmente y autorizadas por los Secretarios o empleados encargados de los archivos, y los demás documentos que menciona la citada disposición.

2.- La Sala estima improcedente, en el caso de autos, el que se acuse indebida aplicación de

la ley como consecuencia de un supuesto error de derecho, en razón de que en materia laboral, conforme a lo previsto por el art. 87 del C.P.L. y en armonía con el art. 60 del Decreto-Ley 528 de 1964, solo habrá lugar a error de derecho en la casación del trabajo, cuando se haya dado por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley por exigir ésta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto. Ahora bien, la prueba impugnada por el recurrente la tuvo en cuenta el sentenciador para apoyar en ella y en otras que el cargo no menciona la condena sobre indemnización por la falta de pago prevista en el art. 65 del C.S.T. El no pago de las acreencias a favor del trabajador por concepto de salarios y prestaciones debidos en el momento de terminar el contrato, sin estar autorizado por la ley o por convenio para retener y sin que se discuta el contrato por ser evidente o cuando se controvierte sin razones valederas, es lo que da origen a la sanción moratoria contemplada en el art. 65 del C.S.T., todo lo cual está referido a cuestiones de hecho que se pueden establecer por los medios probatorios ordinarios sin necesidad de una prueba específica.

Tampoco basta la simple impugnación de que el vínculo laboral no tuvo vida jurídica para que la citada norma del art. 65 del C.S.T. deje de aplicarse, sino que, es indispensable que esa negativa encuentre apoyo racional en las pruebas aportadas al proceso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., once de febrero de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en el juicio ordinario laboral seguido por Bernardo Pinzón Barrera contra José A. Mendoza García.

Dice el apoderado de Pinzón Barrera, en la demanda promotora del juicio, que éste le prestó servicios a Mendoza García, mediante contrato de trabajo, como administrador de la Reencauchadora Americana y Supermaster Universal, empresa que funciona en la ciudad de Bucaramanga, en forma continua e ininterrumpida del 21 de junio de 1955 hasta el 30 de abril de 1956, con un sueldo fijo de $ 400,00 más el 5% del valor de las ventas brutas, las cuales no fueron inferiores a $ 22.000,00 en promedio mensual. Que fue despedido por el patrono sin causa justificativa, y sin que le hubiese pagado el valor de las prestaciones sociales a que tiene derecho, no obstante los requerimientos que por repetidas ocasiones le ha hecho personalmente y también por intermedio del Inspector de Trabajo. Que el demandado le retiene indebidamente el documento en que consta el contrato de trabajo que celebró con el demandante.

Con base en tales hechos suplica el actor que Mendoza García sea condenado a pagarle los salarios por el tiempo que faltaba para cumplirse el plazo presuntivo del contrato, o sea, por el tiempo comprendido del 1º de mayo al 20 de junio inclusive de 1956, teniendo en cuenta una remuneración de $ 1.500,00, como promedio mensual; la cesantía correspondiente al tiempo trabajado; el valor de las vacaciones; $ 2.250,00 por preaviso; la indemnización por mora en el pago de las prestaciones reclamadas a razón de $ 50,00 diarios, a partir del 1º de mayo de 1956. Que se hagan a su favor todas las declaraciones y condenas que puedan corresponderle de acuerdo con el derecho del Trabajo y las pruebas que se aduzcan al proceso, lo mismo que las costas del juicio, en caso de oposición.

José Mendoza García, por medio de apoderado, en la respuesta a la demanda se opone a que se hagan las condenas que solicita el actor, expresando que con éste no hubo vínculo jurídico laboral, pues que su trabajo en relación con "Supermaster Universal" y no con la "Reencauchadora Americana" fue ocasional, sin jornada fija, sin horarios, sin dependencia alguna, es decir, con ausencia total del elemento esencial configurador del contrato de trabajo". Agrega que la inexistencia de un vínculo contractual laboral con el demandante se hace más notoria si se tiene en cuenta que Pinzón Barrera, durante el tiempo a que se refiere en la demanda, ha estado ligado a la Compañía de Seguros Bolívar por el contrato especial de trabajo que se contempla en el art. 98 del C. S. T.

En cuanto a los hechos dijo no ser ciertos,

y agregó que cualquiera actividad de Pinzón Barrera en relación con la industria del demandado, fue simplemente de carácter ocasional, particularmente determinada por los nexos de amistad personal entre ambos.

La controversia siguió su curso conforme el trámite de rigor. La sentencia que le puso término, proferida por el Juez del Trabajo de Bucaramanga, únicamente acogió la petición referente al auxilio de cesantía, por un total de $ 306,85 y absolvió al demandado de los demás cargos formulados en la demanda. No condenó en costas.

El apoderado del demandante interpuso el recurso de apelación contra la anterior providencia. La sentencia decisoria del recurso de alzada, dictada por el Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Laboral, confirma la condena por cesantía contenida en el fallo de primer grado, y reforma éste en el sentido de condenar al demandado a pagar a Pinzón Barrera como indemnización "una suma igual al salario diario por cada día de retardo ,sobre la base de un sueldo de cuatrocientos pesos ($ 400,00) mensual y a partir del primero de abril de mil novecientos cincuenta y seis (1956) hasta el día en que se haga ese pago". Confirma el fallo apelado en cuanto absuelve al demandado de las demás peticiones de la demanda. No hizo condenación en costas.

El apoderado del demandado interpuso el recurso de casación contra el fallo del Tribunal, recurso que ha sufrido el trámite de rigor y ha sido debidamente sustentado ante la Corte mediante la presentación de la demanda y el respectivo escrito de oposición.

LA DEMANDA DE CASACION
ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Aspira a que la Corte case parcialmente la sentencia del Tribunal "en cuanto REFORMA la de primera instancia —al revocar tácitamente la absolución que el Juez del conocimiento había impartido respecto de la aplicación del art. 65 del C. S. T.—, y condena al demandado a pagarle al demandante una indemnización equivalente a los salarios que correspondan, a la rata de cuatrocientos pesos mensuales, desde el 1º de abril de 1956 hasta la fecha cuando el demandado pague" y para que como Tribunal de instancia absuelva al demandado de la mencionada condena.

Con apoyo en la causal primera del art. 87 del C. P. L. formula cuatro cargos, el segundo como subsidiario del primero. La Sala estudiará conjuntamente los tres primeros, por razón de la íntima conexión y casi identidad que existe entre ellos, ya que se indican como violadas las mismas normas por el concepto de aplicación indebida, como consecuencia de errores de hecho en la apreciación de las pruebas que se mencionan en los cargos primero y tercero y a consecuencia de error de derecho en el que se presenta como subsidiario del primero, según se dijo antes.

PRIMER CARGO

Lo formula así:

"Violación de la ley sustantiva, por infracción indirecta del art. 65 del C. S. del T. el que aplicó indebidamente. A esta violación llegó el sentenciador por virtud de la infracción —medio de los artículos 632 del C. J. y 1758 del C. C. y de la consiguiente apreciación equivocada de un documental al que le dio carácter de prueba sin tenerlo, incurriendo así en evidente y ostensible error de hecho".

Señala como prueba equivocadamente apreciada el documento que obra a folios 2 y 3 del primer cuaderno al que el Tribunal "le atribuyó, erróneamente, mérito probatorio suficiente, teniéndolo como documento auténtico, de completa y plena validez".

En el desarrollo del cargo expresa que el acta levantada ante el Inspector del Trabajo que obra a folios 2 y 3, en manera alguna y por ningún motivo tiene mérito de prueba; no se le puede considerar como tal, pues carece de los requisitos y exigencias que previene la ley para que el sentenciador la hubiera podido estimar como documento auténtico, depositario de la fe pública, demostrativo de todo cuanto en él asevera un funcionario público, que para el caso sería el Inspector del Trabajo. Dice que para que pudiera exhibir esa fuerza o eficacia probatoria, tenerse como acta auténtica, o como instrumento proveniente de funcionario que ejerce cargo por autoridad pública, debería cumplir las correspondientes exigencias legales, esto es, haber sido expedida formalmente, como lo ordenan los arts. 632 del C. J. y 1758 del C. C. Que el acta en cuestión es una copia "a carbón", pura y simple, sin firma que la autorice legalmente y sin la atestación, también autorizada, de ser fiel copia de su original. Que es un papel informal en que se advierte la comparecencia de dos personas a un despacho público sin que conste el nombre o calidad de los funcionarios ante los cuales se efectuó la compare-

cencia. Que el nombre que aparece al final de la primera página no tiene firma autógrafa u original ni se indica la calidad o carácter en que actúa la persona que lleva el nombre "Alberto Domínguez Parra"; que los tres nombres que aparecen en la segunda página del mismo documento no tienen firma original, y el que corresponde a Luis E. Arciniegas, que se dice "Secretario", no indica de qué.

Agrega que como el sentenciador encontró acreditada al mala fe del demandado para producir la condena por los llamados "salarios caídos", con fundamento en el acta levantada por el Inspector del Trabajo que obra al folio 2 ha incurrido en un ostensible error al dar por establecido un hecho que no se encuentra demostrado de autos, cual fue el de equivocadamente aceptar "... que el demandado lo que menos pensó fue en pagar la prestación debida", violando así las disposiciones que señala en el cargo como infracciones de medio, y el art. 65 del C. S. del T., que únicamente tiene aplicación "en aquellos casos en que existe, porque está demostrada plena y fehacientemente, la mala fe patronal para negarse a pagar las deudas laborales al tiempo de la extinción del contrato". Que la mala fe atribuída al demandado no está demostrada en los autos, ni siquiera con el documento apreciado equivocadamente por el Tribunal, el que además carece de todo mérito probatorio.

SEGUNDO CARGO

Lo presenta como subsidiario del anterior y acusa "violación de la ley sustantiva, por violación indirecta del art. 65 del C. S. del T., violación ésta a que llegó el sentenciador previo una infracción —medio de los artículos 632 del C. J. y 1758 del C. C., incurriendo con ello en un evidente error de derecho, al dar por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por no reunir ciertos requisitos o exigencias prescritas por ésta".

Expresa que al plantear este cargo como modalidad del primero, lo diferencia únicamente en la clasificación del error, con apoyo en una doctrina del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, que cita en el cargo. Agrega que el sentenciador incurrió en error de derecho por cuanto "dió por establecido un hecho —la mala fe patronal para negarse al pago de las deudas laborales— a través de un medio probatorio no autorizado por la ley positiva, ya que ésta exige la presencia de una serie de cualidades o requisitos para su completa validez y correspondiente fuerza y eficacia probatoria". Repite los mismos reparos que en el cargo anterior hace al documento que señala como apreciado equivocadamente.

TERCER CARGO

Acusa "violación de la ley sustantiva por violación indirecta del artículo 65 del C. S. del T. al haberlo aplicado indebidamente, violación a la que llegó el sentenciador por haber incurrido en evidente y ostensible error de hecho, al apreciar equivocadamente unas pruebas y haber dejado de apreciar otras lo que le permitió dar por establecido, sin estarlo, el hecho de la mala fe del demandado".

Como pruebas equivocadamente apreciadas señala: a) el documento que obra a folios 2 y 3 del primer cuaderno, y b) la carta que obra al folio 21.

Con relación al acta de la Inspección del Trabajo (fls. 2 y 3) manifiesta que si se acepta como prueba no obstante las glosas que contra ella formula en los cargos anteriores, resultaría una equivocada apreciación al deducir de ese documento la mala fe del demandado para producir la condena por los denominados "salarios caídos". Que de esa prueba nadie puede inferir la demostración de una mala fe, "pues que la mera sugerencia vaga y abstracta hecha por un compareciente ante un funcionario administrativo, de estar dispuesto a pagar unas prestaciones sociales únicamente sobre sueldo fijo, cuando previamente ha advertido el mismo compareciente que no está dispuesto a arreglar" no significa confesión de mala fe, sino una manifestación amplia de "no estar dispuesto a arreglar" pues que las prestaciones sociales se las debe pagar la Compañía de Seguros en donde ha estado y está trabajando el demandante. Que el sentenciador fracciona lo expresado en esa acta tomando lo perjudicial y haciendo caso omiso a lo conveniente para deducir la mala fe del demandado para negarse a pagar una deuda laboral.

Con relación a la carta que obra al folio 21 dice que aunque el sentenciador en nada se sirve de ese documento para establecer la presunta mala fe del demandado, puesto que el análisis que de él hace es para los efectos de deducir la existencia del contrato de trabajo, sin embargo, "ha debido apreciarla correctamente, no como escrito espontáneo y

voluntario del demandado sino como audaz intento del futuro demandante para pre-constituír una prueba.

PRUEBAS NO APRECIADAS

Señala como tales: a) La declaración de Domingo Ramírez, fls. 15 del primer cuaderno y la confesión del demandante efectuada a través de las posiciones que absolvió, pues de haberlas apreciado el sentenciador hubiera concluído que de autos aparecía probado que el demandante estuvo vinculado a la Compañía de Seguros Bolívar, como agente colocador, durante el lapso que indica en su libelo como de prestación de servicios al demandado. Que este hecho justificaba la negativa del demandado a considerar "que por la sola circunstancia de que el demandante le hubiera traído accidentalmente unas llantas para reencauche se configurara un contrato de trabajo, y por ende la existencia de obligación de reconocer prestaciones sociales.

b) El indicio que se infiere acerca de las fechas de terminación del presunto contrato y de presentación de la demanda inicial ante el Juzgado del Trabajo, pues de autos aparece que un contrato de trabajo que se dice existió y que se extinguió el 30 de abril de 1956 (f. 5 del primer c.) solo viene a ser objeto de controversia el día 3 de febrero de 1958. Esto indica o explica que el demandante perseguía no tanto se considerara su relación como contractual laboral, sino el que se condenara al demandado al pago de unos fantásticos "salarios caídos" en cuantía muy superior a la que le correspondería por prestaciones.

Que la equivocada apreciación de las pruebas a que se ha hecho referencia como la no apreciación de las que señala el cargo, llevaron al Tribunal a incurrir en el manifiesto y ostensible error de hecho "de dar por establecida la mala fe del demandado al negarse a pagar la pretendida prestación social que se le reclamaba" lo cual condujo a aplicar indebidamente el art. 65 del C. S. del T.

CUARTO CARGO

Acusa la sentencia como violatoria de la ley sustantiva "en infracción directa, por interpretación errónea del art. 65 del C. S. del T., ya que tuvo un equivocado entendimiento de dicho artículo".

Al sustentarlo manifiesta que para el Tribunal la aplicación del art. 65 tendría ocurrencia "cuando de autos está demostrada la mala fe del demandado", la que hace consistir "en la inexistencia de prueba de «QUE EL PATRONO HA ESTADO LISTO A PAGARLE LO QUE CREE DEBERLE POR CONCEPTO DE SUS PRESTACIONES»". Lo anterior significa que para el Tribunal "es necesario demostrar de autos que el demandado ha estado listo a satisfacerle al demandante lo que aquél cree deberle por concepto de sus prestaciones, para de ese modo suponer la buena fe del demandado; y que si no se demuestra en el expediente que estuvo listo a esa satisfacción entonces presume la mala fe", y cabe la sanción prevista en el art. 65. Dice que la jurisprudencia de la Corte referente a esta disposición es la de que para que obre, es necesario que esté acreditada de autos la mala fe del demandado para no pagar las deudas sociales a raíz de la finalización de la relación laboral. Que si no está demostrado esa mala fe —que nunca se presume en derecho— en manera alguna puede aplicarse el citado art. 65 aunque la sentencia condene a pagar una prestación social, como ocurre en el presente caso. Expresa que la mala fe atribuída por el sentenciador al demandado no es conforme con la acertada interpretación que debe hacerse de acuerdo con la jurisprudencia para que sobrevenga la aplicación del art. 65 del C. S. T., por lo cual es forzoso deducir que el Tribunal al aplicarla al caso de autos la violó por haberla interpretado erróneamente, atribuyéndole un sentido y un alcance que no tiene.

El opositor en su escrito de réplica formula observaciones sobre supuestas deficiencias de orden técnico en la presentación de los cargos, en cuanto el recurrente habla de infracción indirecta de las normas legales por aplicación indebida, pues estima que este modo de violación de la ley solo tiene ocurrencia por vía directa. Refiriéndose a lo sustancial de los cargos dice que el Tribunal fundamentó su decisión no solo con apoyo en el documento emanado de la Oficina del Trabajo, que obra a folios 2 y 3 del expediente, sino también en la confesión del demandado contenida en las posiciones que absolvió y en la carta suscrita por éste que el demandante acompañó a la demanda. En cuanto al segundo cargo dice el opositor que la mala fe es cuestión que puede demostrarse por cualquier medio probatorio, sin que la ley exija una solemnidad especial al respecto. Con relación al tercero, manifiesta que el Tribunal sí estimó con todo acierto las pruebas que mencio-

na el recurrente, lo que le permitió formarse la convicción absoluta de la mala fe con que obró el demandado en todo el curso del juicio, circunstancia que también había sido anotada por el juez a-quo. Que en el expediente no hay constancia de que Mendoza García hubiese consignado o pagado lo que confesó deber al demandante ante el Inspector del Trabajo de Bucaramanga y que su actitud y comportamiento procesales ponen de manifiesto su renuencia a cumplir sus obligaciones para con el demandante, haciéndose responsable de la sanción prevista por el art. 65 del C. S. T. En cuanto al último cargo, hace algunos reparos sobre deficiencias de orden técnico en su formulación y agrega que la acusación se funda en la artificiosa argumentación de que en autos no está probada la mala fe del demandado, lo que implica una cuestión de hecho que el Tribunal halló demostrada plenamente.

SE ESTUDIAN LOS CARGOS

Como puede apreciarse de la relación que se ha hecho de los cargos formulados por el recurrente, el ataque en casación se endereza a conseguir el quebranto de la sentencia únicamente en lo relativo a la condena indemnizatoria prevista por el art. 65 del C. S. T.

Sobre el mencionado extremo de la litis la sentencia impugnada hace estas consideraciones:

"También demanda el pago de la indemnización correspondiente por la mora en cancelarle las prestaciones. El Juzgado absolvió al demandado por este concepto diciendo: «No hay lugar a esta indemnización por cuanto que el patrono ha estado listo a pagarle lo que cree deberle por concepto de sus prestaciones».

"Este Tribunal ha tenido como norma para fijar la sanción al patrono la buena o mala fe de éste. Siempre ha aceptado por parte del patrono las explicaciones que llevan a creer que el acreedor ha demorado el pago creyendo que no estaba obligado a ello. Pero en el caso de autos el Tribunal no encuentra en parte alguna del proceso «que el patrono ha estado listo a pagarle lo que cree deberle por concepto de sus prestaciones». Al contrario la contradicción entre lo aceptado por el señor Mendoza García ante el Inspector del Trabajo y la negativa rotunda dada al absolver las posiciones, llevan al Tribunal al convencimiento de que el demandado lo menos que pensó fue en pagar la prestación debida. En el acta ante el Inspector del Trabajo dijo el demandado: «Con relación a las prestaciones sociales estoy dispuesto a pagarle únicamente sobre el sueldo fijo. Nada más, es decir de $ 400,00 mensual». Pero esa manifestación no fue cumplida por el señor Mendoza y por consiguiente tiene aplicación lo dispuesto en el art. 65 del Código Sustantivo del Trabajo, especialmente lo ordenado en el inciso segundo que a la letra dice: «Si no hay acuerdo respecto al monto de la deuda, o si el trabajador se niega a recibir, el patrono cumple con sus obligaciones consignando ante el Juez del Trabajo y, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese deber, mientras la justicia del Trabajo decide la controversia». Lejos de cumplir con el mandato anteriormente transcrito el demandado lo que hizo fue colocarse en el plano opuesto negando las relaciones laborales que ya estaban demostradas en el acta ante el Inspector del Trabajo y con la carta del diez (10) de abril de mil novecientos cincuenta y seis (1956), cuya firma fue reconocida en las posiciones absueltas, folio 27. Por esta razón el Tribunal considera de toda justicia modificar el fallo en la parte que absolvió al demandado del pago de los salarios caídos".

En el primer cargo el recurrente impugna la admisión como prueba del documento que obra a folios 2 y 3 del cuaderno principal y su valoración hecha por el Tribunal para apoyar en ella la condena por los denominados "salarios caídos", porque incurrió en el error de hecho evidente de aceptar como medio de prueba autorizado por la ley la copia del acta de conciliación realizada ante el Inspector del Trabajo, siendo así que ese documento no se acomoda y antes bien contraría los preceptos contenidos en los arts. 632 del C. J. y 1758 del C. C.

Se ataca, pues, el medio probatorio en sí y el valor asignado al documento por el fallador, con apoyo en la afirmación de que el acta cuestionada es una copia "a carbón", pura y simple, sin firma que la autorice legalmente y sin la atestación de ser fiel copia de su original.

SE CONSIDERA

Conforme a lo preceptuado por el art. 51 del C. P. L., en los juicios del trabajo son admisibles todos los medios de prueba establecidos por la ley y que el art. 1757 del C. C. los hace consistir en instrumentos públicos o pri-

vados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido o inspección personal del Juez. Tiene aceptada la jurisprudencia de esta Sala de la Corte, que en los juicios laborales, al igual de lo que ocurre en el proceso civil, no se dispone de libertad en lo relativo a la aducción y práctica de las pruebas, pues esa actividad debe sujetarse a las normas que regulan su producción y recepción, consignadas en el capítulo XII del C. P. L., y además, a las establecidas en el Título XVII del Libro II del C. J. aplicables a los juicios de la primera clase, a falta de normas procesales en materia del trabajo.

De acuerdo con las normas invocadas, entre los medios legales de probar las obligaciones, se consignan y destacan por su propia importancia el instrumento público y la confesión de parte. El art. 1758 del C. C. dice que instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario. Según se colige del texto de esta disposición, y así lo ha expresado la jurisprudencia de la Corte en reiteradas oportunidades, para que de un instrumento pueda decirse que es público, deben reunirse cuatro condiciones esenciales, a saber: que esté autorizado por un funcionario público, que a éste otorgue la ley la facultad suficiente para abonar ese instrumento, que éste se haya producido dentro del sector territorial en que aquél pueda ejercer sus funciones, y que en la formación del instrumento se hayan observado las previsiones legales al respecto. La calificación de auténtico que la misma disposición da al instrumento público depende según la doctrina, de la doble prerrogativa que asiste al instrumento de esa clase: a) la consistente en que la firma del funcionario que la autoriza, por el carácter público de éste no necesita verificación, y b) la de que dicha firma apareja una prueba absoluta de lo afirmado por el funcionario como acaecido en su presencia.

Por otra parte, el C. J. al regular lo atinente a los instrumentos públicos, establece en el art. 632 que hacen también plena prueba acerca de su contenido, como documentos auténticos: los demás instrumentos provenientes de funcionarios que ejerzan cargos por autoridad pública en lo referente al ejercicio de sus funciones; las copias de tales documentos expedidas formalmente y autorizadas por los secretarios o empleados encargados de los archivos, y los demás documentos que menciona la citada disposición.

De conformidad con las normas legales y la doctrina jurisprudencial reseñada antes, para la Sala no ofrece duda alguna el poder afirmar que fué acertada la admisión y valoración probatoria hecha por el Tribunal del acta que obra a fls. 2 y 3, impugnada por el recurrente. En efecto, ese documento constituye un medio legal de prueba, pues consiste en un instrumento público o auténtico, por cuanto aparece expedido o producido por un funcionario público como es el Inspector del Trabajo que lo suscribe y a quien la ley, por medio del art. 20 del Código de Procedimiento Laboral, le otorga competencia al facultarlo para intervenir en la conciliación de un diferendo antes del juicio y porque, además, en la formación del instrumento aparecen observadas las previsiones que contempla este precepto en armonía con lo dispuesto por los arts. 42, 46, 47 y 78 del mismo Código Procesal Laboral. Al respecto, el acta de conciliación relaciona lo actuado en la audiencia celebrada ante el mencionado funcionario público y registra hechos, obligaciones y descargos que se atribuyen a las partes que en ella intervinieron (las mismas que como litigantes comparecen en el juicio). Estas manifestaciones u ocurrencias que el funcionario percibió con sus propios sentidos, referidas a sucesos que por razón de su cargo eran susceptibles del amparo de la fe pública y cuya atentación en dicho acto conciliatorio están circunscritas a un tiempo y a un espacio territorial que aparece relacionado en la propia acta, imprimen al instrumento su certeza legal y su autenticidad evidente.

Del documento cuya idoneidad y validez probatoria ataca el recurrente, no puede predicarse, como él lo pretende, que constituya "una copia" si se toma esta expresión en el concepto que le corresponde dentro del campo jurídico, o sea, como "traslado de cualquier escrito o documento hecho por un funcionario competente y con las formalidades que la ley determina". Ese escrito lo que representa o constituye es un "ejemplar" del propio instrumento proveniente o emitido por el Inspector Nacional del Trabajo de la Seccional de Bucaramanga, que como funcionario público y en lo referente al ejercicio de sus funciones y a la petición de parte interesada, dio origen a un acto de eficacia jurídica y valor probatorio como lo prevé el art. 632 del C. J., que se hizo constar en Acta que constituye un documento auténtico, firmado por él, y por las demás personas que intervinieron en la

diligencia y por el Secretario del Despacho, instrumento que se produjo o emitió simultáneamente en varios ejemplares que, por consiguiente, tienen un mismo valor probatorio llámense, "original" o "duplicado", y que pueden ser aportados al juicio directamente por las partes, en su oportunidad procesal. El hecho de que las firmas de los interesados (patrono y trabajador) y del Secretario aparezcan impresas o estampadas en el ejemplar acompañado al juicio por aplicación de un medio mecánico (papel carbón) que permitió la suscripción simultánea de varios ejemplares, no implica ni significa que falte la firma del funcionario y de las partes que intervinieron en el acto que dio origen a la emisión del instrumento público denominado Acta de Conciliación.

Si como antes se vio, el ejemplar de la mencionada acta constituye un instrumento público, la certeza legal que le confiere el art. 1759 del C. C., prueba por sí mismo su existencia, comprendidas en ella las declaraciones que expresa. Al respecto ha dicho la Corte: "Conforme al artículo 1759, en todo instrumento público es menester distinguir la parte enunciativa de la dispositiva; se refieren a la primera las afirmaciones puramente accesorias, como las que contengan los preliminares del acto, o en general aquella cuya omisión no incide en el hecho o acto jurídico a cuya prueba tiende el instrumento; a la segunda corresponde cuanto constituye la esencia de tal hecho o acto, su objeto, materia, en una palabra lo que contribuya a destacarlo jurídicamente como una realidad. Entre estas dos partes ha de mediar la necesaria correspondencia y armonía, y, de haberla, la fe de que está dotado el instrumento las abarca conjuntamente respecto de las personas que lo otorgaron, o que intervinieron en los hechos de que se da cuenta". (Casación 10 de julio de 1948, G. J. T. LXIV, 495).

De todo lo anterior resulta que el Tribunal apreció adecuadamente el documento obrante a folios 2 y 3 del expediente, producido y recibido en juicio conforme al rito procesal, al reconocer su existencia e idoneidad como medio legal de prueba para apoyar su decisión.

No se configura el supuesto error de hecho que predica el primer cargo.

Para el rechazo del segundo cargo, que se presenta como subsidiario del primero, además de las razones aducidas por la Sala al estudiar el cargo principal para no aceptar la alegación sobre la supuesta inadmisibilidad del documento de fls. 2 y 3 por no ser un medio legal de prueba, argumento que el recurrente repite en el cargo que se examina, basta decir que la Sala estima improcedente, en este caso, el que se acuse indebida aplicación de la ley como consecuencia de un supuesto error de derecho, en razón de que en materia laboral, conforme a lo previsto por el art. 87 del C. P. L. y en armonía con el art. 60 del Decreto Ley 528 de 1964, solo habrá lugar a error de derecho en la casación del trabajo, cuando se haya dado por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir ésta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto. Ahora bien, la prueba impugnada por el recurrente la tuvo en cuenta el sentenciador para apoyar en ella y en otras que el cargo no menciona, la condena sobre indemnización por la falta de pago prevista en el art. 65 del C. S .T. El no pago de las acreencias a favor del trabajador por concepto de salarios y prestaciones debidos en el momento de terminar el contrato, sin estar autorizado por la ley o por convenio para retener, y sin que se discuta el contrato por ser evidente o cuando se controvierte sin razones valederas, es lo que dá origen a la sanción moratoria contemplada en el art. 65 del C. S. T., todo lo cual está referido a cuestiones de hecho que se pueden establecer por los medios probatorios ordinarios, sin necesidad de una prueba especifica, pues la ley no lo exige así. El cargo subsidiario no prospera.

En el tercer cargo el recurrente atribuye una equivocada apreciación del Tribunal respecto del acta de conciliación y de la carta que obra al fl. 21, pues considera que de esas pruebas el sentenciador "extrajo equivocadamente la supuesta presencia de la mala fe del demandado". La Sala no estima equivocada la apreciación de las citadas pruebas por parte del sentenciador. En efecto, el Tribunal para producir la condena sobre indemnización moratoria dejó previamente establecido en el fallo, como antes lo había hecho el Juez a-quo, la existencia del contrato de trabajo que vinculó al demandante Pinzón Barrera con Mendoza García, convicción a la cual llegó con apoyo en lo consignado en el acta suscrita ante el Inspector del Trabajo de Bucaramanga (fs. 2 y 3) y con la carta que obra al fl. 21 del cuaderno principal, suscrita por el demandado.

Del primero de esos documentos la Sala

transcribe, para destacar, lo siguiente: "Concedido el uso de la palabra al señor Mendoza, dijo: primeramente no es verdad que exista contrato escrito de trabajo. El señor Pinzón Becerra entró a trabajar conmigo el día 20 de junio en la Reconstructora Super Master mediante arreglo que hicimos personalmente. En diciembre de 1956, antes de ese mes, le había llamado la atención sobre que él se dedicaba a la venta de seguros ahí mismo y era imposible que él atendiera dos negocios a la vez, es decir el mío y el de la Compañía de Seguros que agencia. En diciembre volví a llamarle la atención, antes del vencimiento de los seis meses sobre el particular. El señor Pinzón Barrera me manifestó que no podía dejar ese negocio, que eran clientes viejos que él tenía y me manifestó que se retiraría en los últimos días de enero. Es decir al vencerse los seis meses. Después me dijo que lo dejara otro par de meses al frente del negocio mientras conseguía algún otro negocio para él. Y así fue como se estuvo hasta el 30 de marzo de 1956. Hasta ese día trabajó, día en que no volvió más a la Empresa. Con relación a las prestaciones sociales estoy dispuesto a pagarle únicamente sobre el sueldo fijo. Nada más, es decir de $ 400,00 mensuales. Sobre comisiones nó porque ese era otro negocio muy aparte que hicimos. En este estado se dá por terminada la diligencia, tras advertir el patrono que «considero que las prestaciones sociales se las debe pagar la Compañía de Seguros pues con ella es que ha trabajado antes de estar en mi empresa y después»".

Del segundo documento, o sea de la carta dirigida a Pinzón Barrera por Mendoza García el 10 de abril de 1956, terminado el contrato de trabajo, la Sala transcribe lo siguiente: "Al vencerse el Contrato de Administración de la Reencauchadora Super Master Universal, quiero expresarle en primer lugar mi profundo agradecimiento por su inteligente y eficaz colaboración que desarrolló en la Empresa, lo mismo que su solícito afán y consagración que le dedicó a esta actividad del reencauche y felicitarlo al mismo tiempo por la rápida y pronta asimilación en este renglón de la industria del caucho, pues Ud. aprendió esta actividad en menos del tiempo que yo ideé, y seguramente, Ud. está hoy, perfectamente capacitado para administrar una planta de reencauche, como lo pudiera estar otra persona de larga trayectoria en esta labor...". "Gustoso lo autorizo para que haga el uso que a bien tenga de esta carta y quiero expresarle, de modo especial, el celo y la actividad con que Ud. contribuyó al éxito económico de mi Empresa, la que lo seguirá contando como un decidido propulsor y animador".

Establecida plenamente la existencia del contrato de trabajo, con apoyo en los citados documentos el juzgador consideró que no tenía justificación alguna la renuencia del demandado a cumplir con sus obligaciones de carácter social para con el demandante. Como el Juez a-quo había absuelto a Mendoza García de la indemnización moratoria, con fundamento en que éste había estado listo a pagarle al trabajador lo que creía deberle por concepto de sus prestaciones, el Tribunal estimó que la situación era contraria, pues lo que aparecía de manifiesto era la renuencia del demandado quien lejos de cumplir con su obligación de pagar el auxilio de cesantía al trabajador, según lo prometido ante el Inspector del Trabajo de Bucaramanga (fs. 2 y 3), lo que hizo fue colocarse en el plano opuesto negando las relaciones laborales que ya había reconocido no solo mediante la diligencia ante el citado Inspector del Trabajo, sino también por confesión contenida en la carta que obra al folio 21 y que en lo pertinente se dejó transcrita. Como de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala de la Corte, la sanción que contempla el art. 65 del C. S. T. tiene carácter punitivo, el Tribunal para aplicarla investigó la conducta del responsable y del análisis probatorio encontró demostrado que el rechazo del vínculo contractual y la consiguiente renuencia del demandado al pago de las acreencias laborales no ofrecía ningún fundamento plausible, que pudiera acreditar la buena fe en su proceder, por lo cual aplicó correctamente la sanción allí prevista, pues no basta la simple impugnación de que el vínculo laboral no tuvo vida jurídica para que la citada norma deje de aplicarse, sino que, como ya se expresó, es indispensable que esa negativa encuentre apoyo racional en las pruebas aportadas al proceso.

No aparece, por tanto, la equivocada apreciación de las pruebas que el recurrente cita en el cargo.

Tampoco sirve para destruír la decisión del sentenciador respecto a la condena indemnizatoria por mora, el hecho de que el Tribunal al resolver sobre dicho extremo de la demanda no hubiese tenido en cuenta la declaración de Domingo Ramírez, (fs. 15), ni la circuns-

tancia que el recurrente califica como indicio, de que habiendo terminado el contrato de trabajo el 30 de abril de 1956, el demandante solo hubiese iniciado el presente juicio el 3 de febrero de 1958.

Ninguna incidencia podía tener la referida prueba en la decisión adoptada, porque en el supuesto de que se hubiese demostrado que el demandante trabajó también al servicio de la Compañía de Seguros Bolívar como Agente Colocador de pólizas, tal hecho no impediría ni anularía la existencia del contrato de trabajo que vinculó a Pinzón Barrera con el demandado Mendoza García, conforme a lo previsto por el art. 26 del C. S. T., que permite la coexistencia de contratos en las condiciones que allí determina. El otro aspecto de la acusación ninguna fuerza tiene, pues si a la terminación del contrato el demandante se hubiese negado a recibir el valor de las prestaciones que le correspondían, el demandado tenía a su disposición el camino que la propia ley le franquea para liberarse de la sanción prevista en el art. 65 del C. S. T., mediante la consignación, ante el funcionario competente, de la suma que confesase deber.

Por todo lo anterior, estima la Sala que no se configura el supuesto error de hecho que se contempla en el tercer cargo. Tampoco resultan las infracciones de las normas legales que invoca el recurrente en los tres cargos que se dejan examinados, los cuales no prosperan.

Al examinar los anteriores cargos se vió como el Tribunal para producir la condena de la indemnización moratoria, tuvo en consideración el comportamiento del demandado al negar en el proceso el contrato y no efectuar el pago de lo debido, lo cual estimó contrario a lo que él mismo había aceptado y ofrecido antes del juicio, todo con fundamento en las pruebas aportadas al proceso. De tal proceder dedujo que existía una renuencia injustificada del patrono a pagar la prestación debida al trabajador, que había reconocido en la diligencia de conciliación verificada ante el Inspector del Trabajo de Bucaramanga, por lo que estimó debía darse aplicación a lo dispuesto por el art. 65 del C. S. T.

Lo anterior lleva a la conclusión de que la condena que se discute se apoya en una cuestión fáctica que el Tribunal encontró demostrada plenamente y a la cual no hizo más que aplicar la norma legal que el recurrente estima violada en el cuarto cargo, sin que para ello tuviese necesidad de detenerse en buscarle interpretaciones al precepto acusado que aparezcan contrarias a su texto y al recto entendimiento del mismo. El cargo resulta ineficaz.

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 recurrida en este juicio.

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 A., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INVALIDEZ PERMANENTE PARCIAL A CONSECUENCIA DE ENFERMEDAD NO PROFESIONAL, NI DE ACCIDENTE DE TRABAJO

La impugnación contra la sentencia del Tribunal carece de fundamento porque el sentenciador no incurrió en el error imputado.- Fallo en armonía con la demanda y con las pruebas aportadas al proceso.- Correcta aplicación del art. 278 del C. S. L.-

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., febrero catorce de mil novecientos sesenta y seis.

(Proyectó: Dr. Manuel V. Jiménez, Auxiliar de Casación Laboral).

Ante el Juzgado Cuarto Laboral de Bogotá, presentó demanda LUIS ALFREDO ALMANZA, por medio de apoderado contra la EMPRESA "ACERIAS DE PAZ DEL RIO S. A." para el pago de las siguientes prestaciones a que cree tener derecho:

1º—UN MIL QUINIENTOS SESENTA PESOS ($ 1.560,00) por concepto de plazo presuntivo de trabajo; 2º—Una pensión de invalidez por consecuencia de accidente laboral; 3º—Primas de servicio; 4º—Las sumas correspondientes al accidente de trabajo sufrido por causa y con ocasión del servicio; 5º—El auxilio de asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria; 6º—En subsidio, las sumas correspondientes a preaviso.

Sustentó la demanda en 22 hechos relacionados con el accidente de trabajo, con sus enfermedades y pérdida de capacidad laboral y con los tratamientos y operaciones quirúrgicas a que había sido sometido, y sobre el tiempo de sus servicios en la empresa.

En la primera audiencia de trámite corrigió la demanda pidiendo que la empresa sea condenada al pago de las cantidades que le corresponden al demandante en razón de la invalidez e incapacidad que padece a consecuencia de enfermedad no profesional adquirida en el tiempo en que prestó sus servicios a la empresa y correspondientes a lo dispuesto en el artículo 278 del Código Sustantivo del Trabajo.

La demanda se notificó debidamente al representante de la empresa, y el juicio siguió sus trámites legales a los que el juzgado puso fin con el fallo de primera instancia en que dispuso lo siguiente:

1º—Condénase a la Empresa denominada "ACERIAS PAZ DEL RIO S. A." a pagar al señor Luis Alfredo Almanza las siguientes cantidades:

a) Por concepto de Presuntivo la suma de UN MIL QUINIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS ($ 1.548,00), y b) por concepto de la invalidez permanente parcial la cantidad de $ 3.600,00.

2º—Declárase probada la excepción de pago conforme a la parte motiva del fallo.

3º—Absuélvese a la empresa demandada de las demás peticiones.

4º—Costas a cargo de la demandada.

Este fallo fue apelado por el representante de la empresa y en tal virtud el Tribunal Superior de Bogotá, en Sala Laboral decidió la apelación disponiendo lo siguiente:

1º—Revócase el numeral primero de la sentencia apelada y en su lugar se dispone: Condénase a "ACERIAS PAZ DEL RIO S. A." a pagar a Luis Alfredo Almanza por concepto de invalidez permanente parcial la suma de SEISCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS

($ 672,00).

2º—Absuélvese a "ACERIAS PAZ DEL RIO S. A." de las peticiones formuladas en el libelo.

3º—Confírmanse los numerales segundo y tercero de la misma providencia.

4º—Condénase a la parte demandada a pagar el cincuenta por ciento (50%) de las costas de la primera instancia, y por consiguiente, en esta forma queda reformado el numeral cuarto de la misma sentencia.

5º—Sin costas en esta instancia.

Ambas partes interpusieron el recurso de casación contra la sentencia de segundo grado, el cual fue admitido por la Corte oportunamente.

Es de notar que la parte demandante no presentó en la debida oportunidad su demanda de casación y por ese motivo la Corte declaró desierto el recurso.

En cambio la parte demandada sí formuló su demanda de casación a cuyo análisis procede la Corte en la forma siguiente:

Dice el recurrente:

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Con el recurso que sustento, la Empresa demandada persigue obtener se case parcialmente el fallo de segunda instancia en cuanto por él se le condenó a pagar a favor del demandante una indemnización por concepto de invalidez permanente parcial, con base en el accidente de trabajo sufrido.

Combate la sentencia en los dos cargos siguientes:

PRIMER CARGO

"Acuso el fallo... de ser violatorio por aplicación indebida del artículo 278 numeral primero, ordinal a) del C. S. T. a consecuencia del error de hecho evidente y manifiesto en los autos al cual llegó el sentenciador por la errónea apreciación de la prueba del folio 45 y falta de apreciación de la contenida a folios 2 a 7 y 86.

DEMOSTRACION DEL CARGO

"El fallo, parte de la base equivocada de considerar inválido al trabajador. Llegó a este error por apreciar indebidamente el dictamen del Departamento Nacional de Medicina e Higiene Industrial (folio 45) que conceptuó que las enfermedades y lesiones sufridas por el trabajador le producían una invalidez. También llegó al error por dejar de apreciar el concepto del folio 86 y los hechos afirmados en la demanda. Estas dos pruebas no fueron tomadas en consideración. En la primera los médicos insisten en considerar que hay invalidez causada por trastornos digestivos post-operatorios. Es decir, atribuye únicamente a una de las lesiones o enfermedades de las referidas en su primer dictamen, la gástrica, la causa generadora de la invalidez, excluyendo cualquiera otra. En la segunda, la demanda, aparece confesado en forma repetida y concordante ("hechos 7, 8, 9, 10, 12 y peticiones") que el demandado sufrió un accidente de trabajo, señalando todas las condiciones de lugar, tiempo, modo, testigos presenciales, hora exacta, medio que intervino, etc.

"De haber apreciado el dictamen del folio 86, analizándolo con el del folio 45, señalado como erróneamente apreciado, hubiera llegado el sentenciador a la conclusión única posible de que el actor padecía una disminución en su capacidad física por razón de lesiones o perturbaciones gastrointestinales originadas en intervenciones quirúrgicas. Y apreciando los hechos y peticiones de la demanda, cosa que no hizo, habría encontrado confesado que esos "trastornos digestivos, irreparables, como consecuencia de serias intervenciones quirúrgicas..." los mismos a que se refieren los dictámenes citados, se habían originado en un accidente de trabajo sufrido al servicio de la demandada el 12 de agosto de 1952, a las 3 p.m., cuando laboraba en compañía de los trabajadores Justo Gallo Ramírez y Alfonso Niño. de lo cual tomaron conocimiento un capataz y el médico Dr. Juan José Archila, y a consecuencia del cual "le aparecieron tres úlceras y una inflamación estomacal, de carácter grave que hicieron necesaria la práctica de una gastroctomía. (hecho 12, fol. 4.)".

"Por ignorar dos pruebas fundamentales como son, la de confesión plena y el dictamen médico definitivo, y apreciar una sola erróneamente, el primer dictamen, no se encontró la causa generadora de la pretendida invalidez. Además, se dio por probado, sin estarlo, que el actor estaba por razón de las lesiones o perturbaciones orgánicas imposibilitado "para procurarse una remuneración mayor de un tercio de la que estuviera devengando", como en forma expresa la exige, para la viabilidad del auxilio de invalidez, el texto apli-

cado".

"Consecuencia de lo anterior es la aplicación indebida del art. 278 del C. S. T., en su ordinal a) numeral 1º, ya que este texto tiene aplicación cuando la causa de la invalidez es distinta de enfermedad profesional o accidente de trabajo, y está acreditado por confesión, que la lesión, causa de la invalidez para los médicos que la dictaminaron, tuvo origen en un accidente de trabajo".

SEGUNDO CARGO

"Acuso el fallo proferido por el Honorable Tribunal... de ser violatorio por aplicación indebida del artículo 278, numeral 1º ordinal a) del C. S. T.

DEMOSTRACION

"El actor afirmó y la Empresa no lo ha discutido, que sufrió un accidente de trabajo a consecuencia del cual se encuentra inválido. Todos los hechos y peticiones de la demanda demuestran con precisión de detalle el acaecimiento de este accidente.

"El artículo 278 del C. S. T. prescribe que la indemnización por razón de un invalidez solo cabe por reducción de la capacidad laboral sobrevenida a consecuencia de enfermedades distintas a las profesionales o accidentes de trabajo.

"Si en el caso de autos la invalidez es consecuencia de un accidente de trabajo, como está demostrado, significa que el artículo 278 del Código no podía ser aplicado, y al hacerlo, se rebeló el sentenciador de instancia contra un claro precepto sustantivo".

La Corte procede a examinar los cargos en la forma siguiente:

PRIMER CARGO

La primera objeción contra la sentencia del Tribunal la construye el recurrente sobre el supuesto de que la demanda solo pidió una pensión de invalidez como consecuencia de accidente de trabajo, con base en los hechos 7 a 12 de la misma al paso que los dictámenes de folios 45 y 86 de la División de Medicina Industrial del Ministerio del Trabajo señalan en el trabajador demandante una disminución de su capacidad por lesiones gástricas fruto de intervenciones quirúrgicas, esto es una causa distinta del accidente del trabajo.

Empero el recurrente dejó de ver que el actor sí había solicitado "que la Empresa demandada sea condenada a pagar... las cantidades que le corresponden (al demandante) en relación con la invalidez o incapacidad de que padece a consecuencia de lesión o enfermedad no profesional adquiridas durante el lapso de prestación de su servicio a la empresa demandada. Esas cantidades corresponderán a lo dispuesto por el artículo 278 del Código Sustantivo del Trabajo según el grado de invalidez que lo incapacite para trabajar" y allí también expresó los siguientes hechos fundamentales diciendo: son los mismos que se relacionan con el escrito de demanda original, sino que al corregir esta demanda debo aclarar que la consecuencia de la incapacidad no fue debida ni a enfermedad profesional ni a lesión producida en accidente de trabajo. Como consecuencia de la enfermedad o lesión no profesionales ni consecuenciales a accidentes de trabajo mi poderdante resultó gravemente enfermo e incapacitado para trabajar.

Como se ve la impugnación sustentada contra la sentencia del Tribunal carece de fundamento, y en tal virtud se impone la conclusión de que el sentenciador no incurrió en el error imputado al apreciar los dictámenes a los folios 45 y 86 del expediente. De ahí se deduce que el fallo sí está en armonía con la demanda y con las pruebas.

SEGUNDO CARGO

Según el impugnador, el art. 278 del C. S. L. fue indebidamente aplicado por haberse pedido en la demanda una indemnización de invalidez consecuencial a accidente de trabajo, el cual evento no está regulado por el expresado canon legal.

Sobre esta objeción la Corte observa que el sentenciador como se vió anteriormente sí aplicó en forma correcta el texto legal citado al caso en litigio, o sea considerando la existencia de una invalidez que no proviene de accidente de trabajo.

Por esta razón el cargo no puede prosperar.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá, que ha sido materia del recurso.

Costas a cargo del demandado.

Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

HONORARIOS PROFESIONALES

1.- No obstante la tendencia expansiva de la legislación social, que cada día comprende nuevos fenómenos en su empeño de ofrecer mayor seguridad al trabajador y de dignificarlo, no debe olvidarse que los servicios personales del mandatario se disciplinan por las normas del código civil, no obstante que el conocimiento de las respectivas acciones se halla atribuído a la jurisdicción laboral, por lo cual ese código continua siendo la fuente o matriz a que hay que acudir cuando quiera que se trate de averiguar las normas legales que regulan los efectos de dicha convención.

2.- El deber de acatamiento a la palabra dada, que se ha expresado en el sencillo principio fundamental pacta sunt servanda, supone implícita en las obligaciones recíprocas la facultad de exigir su ejecución, que la ley consagra en el artículo 1546 del C.C.

Establece esta norma, como constantemente lo ha expuesto la Corte en sus Salas de Casación Civil y de Casación Laboral, y en la extinguida de Negocios Generales, dos acciones principales alternativas: la resolutoria del contrato o la de ejecución del mismo, y una accesoria que, como tal, sólo puede ser invocada como consecuencia de la principal que se propone: la indemnizatoria. Esta última, consiguientemente, es apenas un efecto de la principal que se intenta, por lo cual no puede ejercitarse en forma aislada sino siempre como dependiente de la principal a que accede. No es acción independiente; es, a fuero de accesoria, subordinada a otra de la cual es consecuencia.

El resarcimiento es, por otra parte, compensatorio o moratorio. Compensatorio, cuando representa la ventaja o beneficio que el acreedor hubiera derivado del cumplimiento efectivo del contrato; moratorio, si suple el perjuicio emergente de la mora. De suerte que el compensatorio sustituye al objeto o prestación debidos por el solvens, mientras que el moratorio apenas representa el beneficio que a el accipiens le hubiera procurado el cumplimiento oportuno de la obligación. El primero se cumple mediante la sustitución de la prestación objeto del contrato por su equivalente en dinero; el segundo mediante el pago del perjuicio causado por el retardo culpable.

De lo cual se deducen dos claras conclusiones:

a) Que, puesto que la acción de perjuicios, bien la compensatoria o la moratoria, es accesoria de otra principal que bien puede ser la de resolución del contrato o la de ejecución de él, por lo cual no puede proponerse de modo independiente, forzoso es que se someta a la jurisdicción competente para conocer de la principal a que accede.

b) Que en virtud de lo prescrito en el artículo 1o del Decreto 456 de 1.956, que atribuye a los jueces laborales el "reconocimiento de honorarios o remuneraciones por servicios personales de carácter privado", aquella jurisdicción es hoy la especial del trabajo, pues demandar por los honorarios o la remuneración pactados es lo mismo que exigir el pago de la prestación a que el acreedor tiene derecho, o sea, la ejecución de lo convenido entre las partes; y pedir su resolución si así se obrase, con indemnización de perjuicios, tampoco vendría a ser distinto de exigir aquella prestación por la identidad en este caso

entre su equivalente en dinero y "los honorarios o remuneraciones" cuyo reconocimiento la ley encomienda a la jurisdicción especial del trabajo.

Yerra pues el Tribunal sentenciador cuando expresa que el conocimiento de lo que concierne a la indemnización de perjuicios, sea compensatoria o moratoria, compete a la jurisdicción ordinaria, pues atribuída competencia a la laboral en lo relativo a "honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado", obviamente la tiene también para decidir sobre el pago, bien de la prestación tal como fue convenida, ora de la indemnización correspondiente, que por su equivalencia al objeto de la obligación, y sobre todo, por substituírlo, se identifica con él.

3.- La violación de las normas procesales sobre competencia tiene apenas el carácter de una violación medio que conduce a la violación fin de las sustanciales que consagran el derecho desconocido o vulnerado, y el rigor formal a que la casación está sometida inhibe a la Corte para suplir oficiosamente las omisiones en que haya incurrido la demanda.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, dieciséis de febrero de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo).

En virtud de recurso de casación interpuesto por las dos partes litigantes, se revisa la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio ordinario laboral de José Antonio Corso Castañeda contra Ariosto Acevedo Gutiérrez.

— I —

EL LITIGIO Y SU DESARROLLO

El abogado José Antonio Corso Castañeda promovió el juicio contra el señor Acevedo Gutiérrez para que se le condenase a pagarle "dentro de los seis (6) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, la suma de veintiocho mil novecientos diez pesos con sesenta y cuatro centavos ($ 28.910,64), o la suma mayor o menor que resulte acreditada en el juicio por concepto de los servicios profesionales que como abogado aquél le prestó en el juicio de sucesión de su señora esposa, Cecilia Valcárcel de Acevedo", así como también "los intereses, computados a la tasa legal, de la suma que resulte acreditada como capital desde la fecha en que intempestivamente le fue revocado el poder" y las costas judiciales.

Son hechos en los cuales se apoya la demanda:

Entre las partes se celebró un contrato de prestación de servicios profesionales, en virtud del cual el abogado Corso Castañeda se obligó a atender el juicio de sucesión de la señora Cecilia Valcárcel de Acevedo, esposa del demandado, y éste a mantener al mencionado profesional en la representación indicada y a pagarle en Bogotá "el ocho por ciento (8%) del valor que de conformidad con los inventarios y avalúos lleguen a tener las cuotas de adjudicación que correspondan tanto a Acevedo como a sus hijos Anatolia, Manuel, Carlos y María del Carmen Acevedo Valcárcel, en el correspondiente trabajo de partición".

En la partición nominal de bienes a que se refiere la aludida cláusula del contrato, le fueron hechas a Acevedo Gutiérrez adjudicaciones por valor de ciento cincuenta mil ciento ochenta y cinco pesos, y por la cantidad de cincuenta y tres mil setecientos treinta y siete pesos a cada uno de sus hijos Anatolia, Manuel, Carlos y María del Carmen; o sea, que las expresadas cuotas ascienden a la suma de trescientos sesenta y cinco mil ciento treinta y tres pesos. La partición fue aprobada por sentencia proferida el veintinueve de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá, ejecutoriada el veintiuno del siguiente mes de septiembre.

El abogado Corso Castañeda actuó en el expresado juicio mortuorio hasta los inventarios y avalúos, que se practicaron en Bogotá y El Cocuy el primero de diciembre de mil novecientos cincuenta y el siete de mayo de mil novecientos cincuenta y uno.

El once de junio de mil novecientos cincuenta y uno el señor Acevedo Gutiérrez revocó intempestivamente el poder que había otorgado al abogado Corso, y en su lugar confirió uno nuevo al abogado Jorge A. Velásquez, cuya personería fue reconocida en auto

de trece del mismo mes de junio.

Al tener conocimiento de este hecho, el demandante consignó ante el juzgado *a quo* su protesta por la revocación del poder, manifestando a la vez estar dispuesto a continuar cumpliendo las obligaciones surgidas del contrato de prestación de servicios.

En derecho, el actor invocó las normas de los artículos 1494, 1495, 1498, 1502, 1503, 1546, 1602, 1603, 1609, 1617, 1761, 2142, 2143, 2144, 2150 y 2184 del C. C.

En la contestación de la demanda el demandado se opone a la acción incoada, y, en cuanto a los hechos, manifiesta atenerse a lo que resulte probado, salvo respecto del tercero y cuarto, los cuales acepta, con la aclaración de que la revocación del poder se produjo por incumplimiento del apoderado.

En la audiencia de conciliación y trámite celebrada el veintidós de mayo de mil novecientos cincuenta y siete, la parte opositora alegó la excepción de prescripción "por haber transcurrido más de tres años desde el día en que (los honorarios) se hicieron exigibles, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2542 del C. C.".

Concluyó la primera instancia con sentencia en la cual el juzgado quinto laboral de Bogotá declara no probada la prescripción alegada, condena al demandado a pagar al actor la suma de doce mil pesos por concepto de honorarios profesionales y el setenta y cinco por ciento de las costas judiciales y lo absuelve de los demás cargos formulados en el libelo.

De este fallo apelaron ambas partes ante el Tribunal Superior de Bogotá, cuya Sala Laboral desató el doble recurso en sentencia en que confirma la de primer grado, más con las siguientes reformas: reduce la condena por concepto de honorarios a la suma de diez mil trescientos pesos y declara probada la excepción de incompetencia de jurisdicción respecto de la petición sobre indemnización moratoria.

Contra este fallo interpusieron ambas partes recurso de casación.

— II —

LA SENTENCIA ACUSADA

La decisión adoptada se apoya en la siguiente motivación:

El actor pretende el pago de servicios profesionales acreditados con la convención concluída con el demandado y con Lorenzo Botía que obra en los autos.

La demanda se limita a pedir el pago de la remuneración por el servicio efectivamente prestado, sin que pueda ser interpretada en el sentido de que comprende la indemnización compensatoria de perjuicios causados con el incumplimiento de aquel convenio, pues solo la acción para el pago de la remuneración debida es de competencia de la jurisdicción especial del trabajo conforme a lo prescrito en los Decretos 456 y 931 de 1956.

Las partes pactaron tal remuneración "en forma aleatoria, es decir sometida a la fijación cuantitativa de las hijuelas", lo que quiere decir que solo a partir de la ejecutoria de la sentencia aprobatoria de la partición la deuda se hizo exigible, pues solo entonces fue posible conocer su cuantía. Y como a la fecha de la presentación de la demanda no habían transcurrido, desde la en que quedó aprobada la partición, los tres años que para prescribir la acción señala el artículo 2542 del C. C., la incoada no ha prescrito.

Esta acción es viable por el procedimiento del juicio ordinario laboral para obtener el pago de los honorarios causados hasta el momento en que intervino el actor en la facción de los inventarios y avalúos, más no para alcanzar el reconocimiento de la indemnización compensatoria —que tampoco está comprendida en las pretensiones de la demanda, según el Tribunal—, pues la acción respectiva es de competencia de la jurisdicción ordinaria.

También corresponde a esta última jurisdicción el conocimiento de lo relativo a la indemnización moratoria, pues los Decretos 456 y 931 de 1956 solo atribuyen a la laboral las reclamaciones por honorarios y, en general, por remuneraciones por trabajo personal de carácter privado.

De la cantidad de doce mil pesos en que mediante peritación fueron calculados los honorarios profesionales del actor hasta los inventarios y avalúos, es menester deducir un mil setecientos en que aproximadamente se estima la gestión realizada en representación de la señora María del Carmen Acevedo de Botía, ya que dicha gestión no fue convenida con el demandado señor Acevedo sino con el esposo de María del Carmen, señor Lorenzo Botía, quien no figura demandado en el juicio. La condena se reduce, por eso, a diez mil trescientos pesos.

— III —
LA IMPUGNACION

1) Del demandante.

Imputa al fallo violación de los artículos 1º del Decreto 456 de 1956 y 1º del Decreto 931 del mismo año, por infracción directa; con lo cual aspira a que la Corte lo case parcialmente para que, en función de tribunal de instancia, condene al demandado a pagar "la totalidad de los honorarios pactados, o sea la suma de veintiocho mil novecientos diez pesos con sesenta y cuatro centavos ($ 28.910,64), cuantía impetrada en el libelo, más los intereses legales correspondientes".

Para demostrar el cargo razona así:

En la providencia acusada se ha recortado el alcance y desvirtuado el espíritu de los Decretos 456 y 931 de 1956.

Ellos están inspirados en el ánimo de acordar a las controversias sobre honorarios provenientes de contratos de prestación de servicios un procedimiento rápido, ágil y expedito, distinto del lento procedimiento común ante la jurisdicción ordinaria, debido al carácter vital o alimenticio de tales remuneraciones que por su índole reclaman el pago oportuno y la consiguiente protección del Estado, tal como expresamente se dice en los considerandos del Decreto 456.

La doctrina del Tribunal rompe la unidad lógica y la unidad jurídica del contrato de prestación de servicios, porque con ella se tendría que una misma relación jurídica podría dar lugar a dos acciones distintas ante jurisdicciones separadas, con quebranto de la economía procesal y escisión de la unidad jurisdiccional.

Para prevenir que así ocurriera los autores del Decreto 931 de 1956 establecieron, en el artículo 2º, que la demanda de reconvención propuesta en estos juicios sería también de conocimiento de la jurisdicción laboral "cuando la acción o acciones que en ella se ejerciten provengan de una misma causa que las de la demanda principal".

En el caso del litigio la causa es el contrato de prestación de servicios, y así los perjuicios se confunden o identifican con los honorarios mismos, lo que olvidó el Tribunal.

2) Del demandado.

Acusa la sentencia por violación indirecta del artículo 2542 del C. C., por falta de aplicación, como consecuencia de errores de hecho provenientes de errónea apreciación de una prueba y falta de estimación de otra.

Persigue con ello la casación total del fallo a fin de que se absuelva al demandado de los cargos formulados en el libelo.

No expresa con precisión cuáles son los errores de hecho en que incurrió el sentenciador, pero del contexto de la demanda se infiere que consisten:

a) En haber entendido, contra la evidencia, que el procedimiento de fijar los honorarios con base en la cuantía de las cuotas herenciales era aplicable incluso en el caso de prestación parcial del servicio; y

b) En haber entendido que la obligación no era exigible desde la fecha de la revocación del poder, sino desde la formación de las hijuelas.

Señala como erróneamente apreciado el contrato de prestación de servicios y como no estimada la confesión contenida en la demanda.

Para demostrar el cargo expone:

La obligación nacida del contrato no es a plazo ni condicional, sino pura y simple, pues la de pagar honorarios según la cuantía de las cuotas hereditarias solo regía para el caso, que no llegó a realizarse, de que el juicio fuera llevado por el demandante hasta su terminación. Lo demuestra la dificultad que en caso contrario se presentaría para establecer el porcentaje parcial de honorarios que debieran corresponder a un cumplimiento parcial de lo pactado.

El actor solicitó el pago de intereses sobre el monto de la obligación "desde la fecha en que intempestivamente le fue revocado el poder"; y como se trata de intereses moratorios, y éstos no se causan sino desde cuando la obligación se ha hecho exigible, "el actor confiesa que los honorarios eran exigibles desde la fecha de la revocación del poder".

— IV —
EXAMEN DE LOS CARGOS

1) Como la impugnación del demandado recurrente persigue la quiebra total del fallo, mientras que la del demandante recurrente aspira a su casación parcial, lo que haría inútil el examen de los cargos formulados por éste si los de aquél prosperan, se procede primero al estudio de la impugnación del pri-

mero.

I) Impugnación del demandado recurrente.

2) Formula un único cargo: violación indirecta del artículo 2542 del C. C., por falta de aplicación, como consecuencia de errores de hecho provenientes de errónea interpretación del contrato de prestación de servicios y falta de apreciación de la confesión que en sentir del impugnante contiene la demanda.

3) Son cláusulas del contrato convenido entre el demandante, por una parte, y por la otra Ariosto Acevedo, en su propio nombre y como representante de Anatolia, Manuel y Carlos Acevedo Valcárcel, y Lorenzo Botía, en representación de su esposa María del Carmen Acevedo Valcárcel:

"*Primera.*—Corso Castañeda, en su condición de abogado en ejercicio, se compromete a asistir y dirigir, de conformidad con la ley, el juicio de sucesión intestada de la señora Cecilia Valcárcel quien tuvo su último domicilio en esta ciudad y dejó bienes tanto en la provincia de Gutiérrez (Boyacá) como en esta ciudad y en el municipio de Topaipí, llevándolo hasta su culminación, incluyendo diligencias para registro, protocolización y expedición de hijuelas.

"*Segunda.*—Los primeramente nombrados, o sean Acevedo y Botía, en la doble condición indicada, se comprometen, en compensación por el trabajo profesional de Corso Castañeda a pagar en esta ciudad el ocho por ciento (8%) del valor que de conformidad con los inventarios y avalúos lleguen a tener las cuotas de adjudicación que correspondan tanto a Acevedo como a sus hijos Anatolia, Manuel, Carlos y María del Carmen Acevedo Valcárcel, en el correspondiente trabajo de partición.

"*Sexta.*—Acevedo y Botía se comprometen, además, a mantener al doctor Corso Castañeda con la representación indicada, no pudiendo revocar el poder mientras éste (sic) cumpla con sus obligaciones".

4) La obligación a cargo del demandado no es ciertamente condicional, como lo afirma la demanda, pero sí a plazo, y a plazo tácito que es "el indispensable para cumplirlo" (C. C., artículo 1551). Cuando en la cláusula segunda del contrato las partes acordaban acoger la cuantía o monto de las cuotas hereditarias para con base en ellas calcular los honorarios profesionales del actor en el juicio, estaban conviniendo implícitamente en un término para satisfacer la prestación, puesto que el *accipiens* otorgaba al *solvens* el tiempo indispensable para poder pagarla a tenor de lo estipulado, esto es, para calcular su importe con base en el valor de las cuotas herenciales. La función del plazo es suspender el cumplimiento de la obligación, y la del plazo tácito retardar el pago durante el lapso que sea necesario para que el deudor pueda efectuarlo, que es precisamente uno de los efectos que claramente surten de la cláusula segunda arriba transcrita: puesto que con anterioridad a la partición nominal de los bienes herenciales era imposible conocer el importe de la remuneración pactada, y realizar, consiguientemente, el pago; y como de conformidad con el artículo 982 del C. J. se necesita, para que la obligación sea exigible, que sea por "una cantidad líquida de dinero" cuando de tal especie se trata, es notorio que en caso como el controvertido la exigibilidad del crédito requería el tiempo necesario para que su importe pudiera calcularse, tiempo que no podía expirar antes de la sentencia aprobatoria de la partición. Sin que a demostrar lo contrario conduzca la dificultad de calcular parcialmente los honorarios, en proporción a la tarea realizada, como lo sugiere el demandado recurrente, porque la remuneración debida no es parcial sino total, ya que el pago se convino por la asistencia profesional de Corso Castañeda hasta la "culminación" de la causa, obligándose aquél a mantenerlo "con la representación indicada, no pudiendo revocar el poder mientras éste (sic) cumpla con sus "obligaciones", lo que da derecho al profesional damnificado con el injustificado retiro del poder a exigir de su deudor el pago completo de la prestación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1546 del C. C., desde luégo que en los autos no aparece acreditada infracción cometida por ese profesional que exonere al recurrente demandado del cumplimiento integral de su obligación.

No se observa, por tanto, la errónea apreciación de la prueba que pueda conducir al error de hecho que se alega.

5) Tampoco se nota el error de hecho en que pudiera haber incurrido el tribunal de instancia por falta de apreciación de la "confesión" que se supone existente en el libelo, pues la sola petición de intereses a partir de la fecha de la infracción del contrato no puede interpretarse como declaración sobre el plazo. El artículo 1615 del C. C. prescribe que se debe la indemnización de perjui-

cios (...) si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención", lo que explica la demanda así formulada, sin distinguir la indemnización compensatoria de la moratoria, para los efectos concernientes a su exigibilidad; mayormente cuanto la petición no alude a la *mora*, esto es, que no se funda en la exigibilidad del crédito, sino en el *hecho* que se invoca para apoyar la acción.

Lo que indica que por este aspecto, como por el anterior, el cargo es infundado, y que por consiguiente no puede prosperar.

II) Impugnación del demandante recurrente.

6) En un cargo único acusa la sentencia por violación directa de ley sustantiva mediante infracción de los artículos 1º del Decreto 456 de 1956 y 1º del Decreto 931 del mismo año, que atribuyen a la jurisdicción especial del trabajo el conocimiento "de honorarios o remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cualquiera que sea la relación jurídica o motivo que les haya dado origen", "que se instauren a partir del dos (2) de abril del presente año, fecha de iniciación de la vigencia del referido decreto" (el 456), o sea, de 1956.

7) No obstante la tendencia expansiva de la legislación social, que cada día comprende nuevos fenómenos en su empeño de ofrecer mayor seguridad al trabajador y de dignificarlo, no debe olvidarse que los servicios personales del mandatario se disciplinan por las normas del Código Civil, no obstante que el conocimiento de las respectivas acciones se haya atribuído a la jurisdicción laboral, por lo cual ese Código continúa siendo la fuente o matriz a que hay que acudir cuando quiera que se trate de averiguar las normas legales que regulan los efectos de dicha convención.

8) El deber de acatamiento a la palabra dada, que se ha expresado en el sencillo principio fundamental *pacta sunt servanda*, supone implícita en las obligaciones recíprocas la facultad de exigir su ejecución, que la ley consagra en el artículo 1546 del C. C.

Establece esta norma, como constantemente lo ha expuesto la Corte en sus Salas de Casación Civil y de Casación Laboral, y en la extinguida de Negocios Generales, dos acciones principales alternativas: la resolutoria del contrato o la de ejecución del mismo, y una accesoria que, como tal, solo puede ser invocada como consecuencia de la principal que se propone: la indemnizatoria. Esta última, consiguientemente, es apenas un efecto de la principal que se intenta, por lo cual no puede ejercitarse en forma aislada sino siempre como dependiente de la principal a que accede. No es acción independiente; es, a fuero de accesoria, subordinada a otra de la cual es consecuencia.

El resarcimiento es, por otra parte, compensatorio o moratorio. Compensatorio, cuando representa la ventaja o beneficio que el acreedor hubiera derivado del cumplimiento efectivo del contrato; moratorio, si suple el perjuicio emergente de la mora. De suerte que el compensatorio substituye al objeto o prestación debidos por el *solvens*, mientras que el moratorio apenas representa el beneficio que al *accipiens* le hubiera procurado el cumplimiento oportuno de la obligación. El primero se cumple mediante la substitución de la prestación objeto del contrato por su equivalente en dinero; el segundo mediante el pago del perjuicio causado por el retardo culpable.

De lo cual se deducen dos claras conclusiones:

a) Que, puesto que la acción de perjuicios, bien la compensatoria o la moratoria, es accesoria de otra principal que bien puede ser la de resolución del contrato o la de ejecución de él, por lo cual no puede proponerse de modo independiente, forzoso es que se someta a la jurisdicción competente para conocer de la principal a que accede.

b) Que en virtud de lo prescrito en el artículo 1º del Decreto 456 de 1956, que atribuye a los jueces laborales el "reconocimiento de honorarios o remuneraciones por servicios personales de carácter privado", aquella jurisdicción es hoy la especial del trabajo, pues demandar por los *honorarios* o la *remuneración* pactados es lo mismo que exigir el pago de la *prestación* a que el acreedor tiene derecho, o sea la *ejecución* de lo convenido entre las partes; y pedir su *resolución* si así se obrase, con indemnización de perjuicios, tampoco vendría a ser distinto de exigir aquella *prestación* por la identidad en este caso entre su equivalente en dinero y "los honorarios o remuneraciones" cuyo reconocimiento la ley encomienda a la jurisdicción especial del trabajo.

9) Yerra pues el tribunal sentenciador cuando expresa que el conocimiento de lo que concierne a la indemnización de perjuicios, sea compensatoria o moratoria, compete a la jurisdicción ordinaria, pues atribuída compe-

tencia a la laboral en lo relativo a "honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado", obviamente la tiene también para decidir sobre el pago, bien de la prestación tal como fue convenida, ora de la indemnización correspondiente, que por su equivalencia al objeto de la obligación, y sobre todo, por substituírlo, se identifica con él.

10) Sin embargo, invocada como motivo de casación la infracción de solo los artículos 1º del Decreto 456 y 1º del Decreto 931 de 1956, que no son normas materiales sino procesales —procesales orgánicas, las ha llamado la Corte—, sin que la acusación se haya extendido por infracción de las disposiciones sustantivas que establecen y regulan el derecho a la prestación que el demandante reclama, ni se haya citado las reglas que serían aplicables al caso de prosperar el recurso, éste no puede ser resuelto favorablemente, porque la violación de las normas procesales sobre competencia tiene apenas el carácter de una *violación medio* que conduce a la *violación fin* de las substanciales que consagran el derecho desconocido o vulnerado, y el rigor formal a que la casación está sometida inhibe a la Corte para suplir oficiosamente las omisiones en que haya incurrido la demanda.

Por ello no prospera el cargo no obstante el error del tribunal *ad quem*.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

No hay lugar a condenación en costas.

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

Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes, Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía O., Secretario.

TECNICA DE CASACION EN MATERIA LABORAL

Infundada acusación por falta de aplicación de los arts. 57 y 132 del C.S.T. y por indebida aplicación de los arts. 59 y 65 ibidem y 50 del C. de P. L.- La entrega de sumas a buena cuenta de comisiones, es una forma de pago de salarios que favorece a los trabajadores que pactan ese sistema de remuneración.-

1.- Los reparos de orden técnico que el opositor formula a la demanda de casación no aparecen suficientemente fundados. Como lo expresa la propia jurisprudencia en que el se apoya, la involucración inadmisible en un solo cargo es la de distintos conceptos de la transgresión legal respecto de una misma norma; pero en el presente caso la falta de aplicación se predica en los artículos 57 y 132 del Código Sustantivo del Trabajo; la aplicación indebida, de los artículos 59 y 65 ibidem y 50 del C. de P. L., y la "vía indirecta" (o sea la que se recorre a través de las pruebas para desembocar en errores de hecho o de derecho), no es otro concepto antitécnico sino apenas un camino que puede conducir a cualquiera de aquellos tipos de infracción, o a ambos. De otro lado, la mención de una norma procesal no invalida la impugnación si, como ahora ocurre, su violación se atribuye a la sentencia como "medio" para la de preceptos sustantivos.

2.- La entrega de determinadas sumas a buena cuenta de comisiones sobre operaciones ya realizadas pero pendientes de su cancelación por la clientela o de otras circunstancias análogas, es una forma de pago fraccionado del salario que, sin violar los arts. 134 y 149 del C.S.T., evidentemente favorece a los trabajadores que pactan ese sistema de remuneración.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., febrero diecíocho de mil novecientos sesenta y seis. (Magistrado ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau).

GABRIELA LONGAS DE VILLA trabajó durante varios años como agente vendedora de ERNESTO VIVAS & CIA. LTDA., "ERVICO". La remuneración estipulada por escrito fue del 5% sobre sus ventas, con un mínimo garantizado de $ 350,00 mensuales; pero más tarde, en marzo de 1960, se convino verbalmente en que ganaría, además de la referida comisión, un sueldo fijo de $ 300,00 mensuales, arreglo que la sociedad aplicó con retroactividad de ocho meses. La empleada renunció a fines de marzo de 1962, y solo a comienzos de junio de ese año hizo "ERVICO" la consignación judicial de las comisiones del último mes, la prima de servicios por el trimestre y la cesantía.

Invocando algunos salarios insolutos, deficiencias en la liquidación de sus prestaciones y mora en el pago, la señora de Villa demandó a "ERVICO" ante el Juzgado 7º del Trabajo de Bogotá. La sociedad se opuso y presentó demanda de recovención.

El Juzgado decidió la controversia así: absolvió a ERVICO por concepto de los sueldos fijos y los "dominicales y festivos" reclamados; la condenó apenas por el saldo de una comisión deficientemente liquidada ($ 1.176,13), por el reajuste de primas de servicio ($ 188,89) y cesantía ($ 1.152,40), y por indemnización moratoria desde la renuncia hasta la consignación judicial ($ 4.390,75); denegó lo pedido en reconvención e hizo de cargo de la sociedad el 40% de las costas.

Por apelación de ambas partes subieron los autos al Tribunal de Bogotá, cuya Sala La-

boral desató la alzada en sentencia que reforma la del inferior en cuanto al reajuste de cesantía, rebajándolo en $ 303,41; confirma los $ 1.176,13 de la comisión mal liquidada; revoca el reajuste de primas de servicio y la absolución por sueldos fijos; declara que éstos fueron "retenidos" todos los meses, durante los dos últimos años, porque se deducían de las comisiones, y ordena cancelarlos por un total de $ 6.274,80; reemplaza la sanción moratoria global de $ 4.390,75, por la de $ 86,35 diarios a partir del 1º de abril de 1962 y hasta que se satisfagan todas las condenas; mantiene lo referente a la reconvención y eleva al 70% la cuota de las costas.

Esta sentencia ha sido recurrida en casación por "ERVICO", cuyo ataque pretende se la invalide en lo relacionado con "salarios retenidos", indemnización por mora y costas, a fin de que, en función de instancia, la Corte absuelva por el primer concepto, mantenga lo resuelto por el *a-quo* respecto de sanción moratoria y revoque la condena en costas.

Al efecto, con apoyo en la causal 1ª de casación laboral, formula un solo cargo: Violación, por vía indirecta, de los arts. 57 y 132 del C. S. T. al dejar de aplicarlos y 59 y 65 del mismo estatuto al aplicarlos indebidamente, "como consecuencia de la aplicación indebida del art. 50 del C. P. L.", por haber incurrido el sentenciador en manifiestos errores de hecho provenientes de la falta de apreciación de unas pruebas y de la estimación equivocada de otras.

Como no apreciadas se individualizan las preguntas 5ª, 8ª y 9ª de las posiciones extrajuicio pedidas al gerente de la sociedad y la 5ª de las solicitadas al mismo dentro del juicio; el hecho 8º afirmado en el libelo promotor de la litis; la diligencia de consignación judicial, y los comprobantes de pago visibles a folios 13, 57 y 73 a 120. Y como erróneamente estimadas, las respuestas dadas por el absolvente a las posiciones mencionadas; el referido libelo inicial, en su conjunto; las diligencia de inspección ocular; los recibos de comisiones que obran a fs. 121 a 153; el documento en que consta el contrato de trabajo y la carta de renuncia.

La acusación puntualiza, en consecuencia, los siguientes errores de hecho:

"1) Dar por demostrado, sin estarlo, que en el ordinal c) de la demanda se solicita el pago de los salarios básicos retenidos.

"2) Dar por demostrado, sin estarlo, que los salarios básicos fueron retenidos arbitrariamente por la sociedad demandada.

"3) Dar por demostrado, sin estarlo, que los $ 150,00 que se le pagaban por la demandada y que la señora Longas de Villa recibía a satisfacción por concepto de salarios básicos fueron descontados posteriormente de las comisiones liquidadas y pagadas a la demandante.

"4) Dar por demostrado, sin estarlo, que las deducciones de los anticipos de comisiones no fueron autorizados por la demandante.

"5) Dar por demostrado, sin estarlo, que la sociedad demandada no consignó a favor de la señora Gabriela Longas de Villa los salarios, comisiones, prestaciones sociales que dicha empresa creía adeudarle.

"6) No dar por demostrado, estándolo, que en la demanda solamente se reclamó el pago de salarios básicos de la segunda quincena de marzo de 1962, comisiones por ventas a la Caja Nacional de Previsión, Norberto Wastman, Departamento Nacional de Provisiones, reajuste de cesantía y primas, dominicales y festivos y salarios caídos.

"7) No dar por demostrado, estándolo, que la demandante recibió a satisfacción la totalidad de los salarios básicos, a razón de $ 150,00 quincenales en el tiempo de vigencia del contrato de trabajo.

"8) No dar por demostrado, estándolo, que la demandante en forma expresa y para cada caso autorizó con su firma a la sociedad demandada para deducirle o descontarle de las comisiones devengadas los anticipos que recibía (bien diferentes a los pagos de salarios básicos).

"9) No dar por demostrado, estándolo, que la sociedad Ernesto Vivas & Cía. Ltda., Ervico, consignó en el Juzgado Cuarto Laboral de Bogotá a favor de la señora Gabriela Longas de Villa la cantidad de $ 8.233,66 moneda corriente el día 4 de junio de 1962, según comprobante número 061597 del Banco de la República, por concepto de comisiones-sueldo, prima semestral y cesantía, única deuda reconocida por la citada empresa.

"10) No dar por demostrado, estándolo, que la demandante solamente reclamaba por salarios caídos y por reajuste de cesantía y primas de servicio la cantidad de $ 7.189,56, limitando la solicitud de indemnización mora-

toria al lapso comprendido de la terminación del contrato de trabajo a la fecha en que la sociedad demandada efectuó la consignación ante el Juzgado Cuarto Laboral".

A su turno, el representante judicial de la señora de Villa se opone a las pretensiones del recurso, y tacha la demanda de casación por fallas técnicas que hace consistir en la involucración, en un solo cargo, de aspectos tan distintos como son la violación indirecta de la ley, su falta de aplicación, su aplicación indebida y los errores de hecho; en la singularización de unas mismas pruebas como no estimadas y como mal apreciadas por el sentenciador, y en la mención de una disposición adjetiva (el art. 50 del C. P. L.) entre las pretendidas infracciones.

Contra lo afirmado por el acusador, dice que en el *petitum* de su libelo, bajo la letra c), solicitó expresamente la condena por cualesquier salarios insolutos, en razón de lo cual no puede reputarse *ultra-petita* la que en la segunda instancia se despachó a su favor. Agrega que los recibos de fs. 121 a 154, en los que constan descuentos de "anticipos" y pago de saldos de comisiones en cada mes, no pueden tenerse como autorizaciones válidas para tales descuentos porque, conforme al art. 59 del C. S. T., las autorizaciones deben ser "previas". Observa que en el memorial de consignación, la empresa discriminó los distintos conceptos (saldo de comisiones, cesantía y prima de servicios) "pero en ninguna forma se pretendió hacer abono a los salarios fijos pactados, que no fueron reconocidos". Y termina:

"Al no haberse hecho ningún abono mínimo siquiera a esos salarios retenidos, el Tribunal, en interpretación perfecta y lógica, dio aplicación al art. 65 del C. S .T., por no haberse aducido *razón valedera y justificativa* para el no pago de $ 1.176,13 y $ 6.274,80 por salarios retenidos".

LA CORTE CONSIDERA:

1) Los reparos de orden técnico que el opositor formula a la demanda de casación no aparecen suficientemente fundados. Como lo expresa la propia jurisprudencia en que él se apoya, la involucración inadmisible en un solo cargo es la de distintos conceptos de la transgresión legal respecto de una misma norma; pero en el presente caso la falta de aplicación se predica de los artículos 57 y 132 del Código Sustantivo del Trabajo; la aplicación indebida, de los artículos 59 y 65 ibidem y 50 del C. de P. L., y la "vía indirecta" (o sea la que se recorre a través de las pruebas para desembocar en errores de hecho o de derecho), no es otro concepto antitético sino apenas un camino que puede conducir a cualquiera de aquellos tipos de infracción, o a ambos. De otro lado, la mención de una norma procesal no invalida la impugnación si como ahora ocurre, su violación se atribuye a la sentencia como "medio" para la de preceptos sustantivos.

2) Sentado lo anterior pasa la Sala al estudio de los diversos extremos impugnados de la sentencia.

a) SALARIOS RETENIDOS.—No es necesario entrar a dilucidar si efectivamente en la demanda no se pidió la condena a salarios retenidos distintos a los correspondientes a la segunda quincena de marzo de 1962 y si, en consecuencia, el Tribunal falló *extra petita* al respecto. Para los fines del recurso basta anotar que, en todo caso, el Tribunal sí incurrió en error de hecho evidente al dar por demostrado, sin estarlo, que la sociedad demandada le retuvo a la demandante arbitrariamente salarios básicos.

En efecto: de acuerdo con la modificación introducida al contrato primitivo, la demandante debía recibir un sueldo básico de $ 300,00 al mes, y además, como comisión, el 5% de las ventas que hiciera la empresa por su intermedio. Con relación al sueldo básico la demandada exhibió una serie de recibos firmados por la demandante, sobre pago, por quincenas de a $ 150,00 cada una, de los sueldos correspondientes al tiempo del contrato. Y con relación al 5% de comisiones exhibió igualmente una pluralidad de recibos con la firma de la demandante, que acreditan que recibió las correspondientes a cada mes. Como en tales recibos se hace mención de "anticipos" hechos a la demandante, y la cuantía de éstos coincide en muchos con la del sueldo básico, concluye el Tribunal que estos descuentos correspondían al dicho sueldo básico. Se lee al respecto en la sentencia:

"En cuanto al salario fijo que se le asignó a la demandante y que se solicita en el ordinal c) de la demanda, es pertinente hacer notar que de las documentales visibles a folios 121 a 153 se desprende, en forma por demás clara, que la demandante recibía como anticipos en cada quincena $ 150,00, o sea $ 300,00 al mes los cuales le eran descontados del va-

lor equivalente al 5% de las comisiones que le correspondían por las ventas que ella efectuara. El hecho de que las documentales de folios 73 a 120, indiquen que la demandante recibía quincenalmente $ 150,00 por concepto de sueldos, no está indicando que en realidad los hubiera percibido porque, como ya se dijo, se los descontaban al liquidarle las comisiones y con posterioridad a la novación del contrato escrito que obra a folios 19 a 21. Lo que sí debe observarse es que de conformidad con este primer contrato la demandada se comprometió a reconocerle a la actora, a título de remuneración mensual el 5% sobre las ventas que realizara "garantizándole un salario mínimo de $ 350,00 mensuales". Pero, al modificarse lo relativo a la remuneración, y que tuvo lugar a partir del mes de marzo de 1960, según lo indica la documental de folio 129, se convino además de un sueldo fijo de $ 300,00, un 5% sobre las ventas que realizara la actora como puede verse de la contestación de la demanda y de las posiciones absueltas por el Gerente de la demandada. Entonces esta última le está adeudando el sueldo fijo causado desde el mes de abril de 1960 hasta el último día del mes de marzo de 1962, fecha de la terminación del contrato de trabajo a razón de $ 300,00 en cada mes con la excepción del mes de diciembre de 1960 en el cual se le descontó únicamente la suma de $ 137,40 y los meses de enero de 1961 y marzo de 1962 en los cuales se le descontó un total de $ 300,00. Hechas las operaciones aritméticas, el valor de esta condena asciende a $ 6.274,80. Se revoca en esta forma lo dispuesto por el *a-quo*".

Ahora bien, esta argumentación del Tribunal va contra toda lógica, pues a falta de prueba en contrario, hay que dar pleno crédito a los enunciados de un recibo. Si la demandante firmó recibos por el importe de las distintas quincenas, es natural concluir que recibió esos importes. Y si de otro lado firmó recibos por el valor de comisiones, de los cuales se restan ciertos valores como "anticipos", es apenas lógico concluir que dichos "anticipos" correspondían a las comisiones. Y no que eran una deducción del sueldo básico. Una simple coincidencia entre las sumas deducidas y las correspondientes al sueldo básico no es suficiente para concluir lo contrario. Máxime si se tienen en cuenta las siguientes circunstancias: a) que la coincidencia no se da respecto a todos los recibos, y así en tres de ellos los "anticipos" se limitan a $ 150,00 (fs. 123, 133 y 139), en otros corresponden a sumas mucho mayores ($ 800,00, f. 133 y $ 1.300,00 f. 142); hay uno en que la suma anticipada no pasa de $ 137,40 (f. 138) y hay otro en que no aparece deducida suma alguna (f. 152); b) que en varios recibos se advierte expresamente que se trata de "anticipos de comisiones" (fs. 127 y 128); c) que al formular la quinta pregunta de las posiciones extra-juicio el apoderado de la demandante dijo: "cómo es cierto, sí o no, que sumadas las comisiones *con los $ 3.600,00 fijos pagados por la empresa durante el último año,* la extrabajadora ganó un promedio durante el último año de $ 2.492,54"; d) que la quinta pregunta de las posiciones dentro del juicio contiene la análoga afirmación de que "cómo es cierto, sí o no, que la renovación del contrato tuvo la forma verbal y se siguió *pagando* a la trabajadora los *trescientos pesos por quincenas y además las comisiones sobre las ventas que hiciera*"; e) que no está bien claro que en la demanda se hubiera solicitado el pago de sueldos retenidos, pues si en la petición c) se pide "pago de comisiones que no fueron pagadas y salarios", en la fundamentación fáctica de esta petición (hecho 8º) tan solo se afirma que a la trabajadora se le dejaron de pagar el salario básico de la segunda quincena de marzo de 1962 y comisiones por ventas a la Caja Nacional de Previsión, Norberto Wesman, Departamento Nal. de Provisiones y otros". Pruebas todas citadas por el recurrente, unas como no estimadas y otras como mal apreciadas ,según ya se indicó.

Para la Sala es, pues, claro que el Tribunal erró ostensiblemente al concluír de los recibos sobre comisiones que los "anticipos" en ellos mencionados correspondían al sueldo básico de cada mes. Como consecuencia de este error evidente de hecho violó, por aplicación indebida, el art. 59, ordinal 1º, y 65, ordinal 1º del C. S. T.

La prohibición de "deducir, retener o compensar suma alguna del monto de los salarios", a que alude el ordinal primero del art. 59 citado no se refiere a una situación como la presente, en que el patrono no se quedaba con parte alguna del salario de la demandante, sino que, al cubrirle a ésta el valor exacto que le correspondía por comisiones en cada mes, se limitaba a no incurrir en un nuevo pago de la fracción del mismo salario suministrada con anterioridad. La entrega de determinadas sumas a buena cuenta de comisiones sobre operaciones ya realizadas pero

pendientes de su cancelación por la clientela o de otras circunstancias análogas, es una forma de pago fraccionado del salario que, sin violar los arts. 134 y 149 del C. S. T., evidentemente favorece a los trabajadores que pactan ese sistema de remuneración.

La decisión condenatoria por los supuestos salarios retenidos será, pues, casada, y en función de instancia, se confirmará la absolución de primer grado al respecto.

b) El otro extremo impugnado de la sentencia es el constituído por la condena al pago de la suma de $ 86,35 diarios, a partir del primero de abril de 1962, como indemnización moratoria.

Para sustentar tal pronunciamiento dijo el Tribunal:

"Se vió anteriormente que la parte demandada, sin aducir razón valedera, justificativa alguna, resultó adeudándole a la demandante $ 1.176,13 por concepto de comisiones y $ 6.274,80 por salarios retenidos. Ahora bien: De conformidad con el art. 59 del C. S. del T., está prohibido a los patronos deducir, retener o compensar suma alguna del monto de los salarios y prestaciones en dinero que corresponda a los trabajadores, sin autorización previa escrita de éstos para cada caso, o sin mandamiento judicial. Y como ésto último no sucedió en el caso *sub-judice,* sino que, por el contrario, la parte demandada se encargó de confesar que fuera de un *salario fijo de $ 300,00 mensuales* la demandante tenía derecho al 5% de *comisiones,* pese a lo cual *aquél le era descontado* de *éstas en forma arbitraria* (subraya la Sala), necesario es concluír que el patrono ha incurrido en la sanción por mora a que se contrae el art. 65 del C. S. del T. En consecuencia se le condenará a pagar los salarios comprendidos entre el 1º de abril de 1962 hasta el día en que se le paguen a la demandante las sumas a que se contrae este fallo, a razón de $ 86,35 diarios".

Resulta claro de lo transcrito que, aunque menciona incidentalmente el saldo atribuído al pago incompleto de una comisión, el Tribunal fundamentó la condena a indemnización moratoria en la retención de los salarios fijos que le imputó a la empresa en capítulo especial. Por consiguiente, al caer el pronunciamiento sobre esa retención de salarios, debe caer también la condena a la indemnización consecuencial.

Y si se hubiera argüido por el opositor que la sola mención de aquel saldo de comisión por el Tribunal, dentro del mismo párrafo en que se motiva la sanción por mora, debe entenderse como un segundo fundamento de la misma condena, bastaría observar que entre los elementos probatorios "mal apreciados" por el sentenciador en sentir del recurrente, éste invoca la liquidación de f. 152, referente a la comisión del 2% sobre la venta hecha a la Caja Nacional de Previsión (la única, de las treinta y tres que obran en los autos, en la que aparece esa rata, al lado de la del 5% habitual, y la única en donde, aparte del "recibí", figura esta leyenda con la firma de la actora: "Estando conforme con la anterior liquidación, firmo en constancia"); y que entre los errores de hecho consecuenciales a la pretendida equivocación en la apreciación de las pruebas, el impugnante dedujo los que numeró "5)" y "9)", transcritos al comienzo de esta providencia, y los cuales se concretan a la buena fe de la empresa al consignar judicialmente todo lo que consideraba adeudar a la señora de Villa, con obvia exclusión de la diferencia entre el 2% y el 5% de la comisión en disputa.

La Sala admite esa buena fe en la consignación, como lo hizo el fallador de primer grado sin que el Tribunal de apelación intentara ningún argumento en contrario, pero también coincide con aquél en que la prueba del convenio especial para la reducción del 5% al 2% sobre una operación concreta o de que la señora de Villa no intervino hasta el perfeccionamiento de la misma, no es concluyente, y en todo caso la condena al dicho pago de comisión de ($1.176,13) no fue objeto de ataque por el casacionista, sin que ello sea óbice para casar parcialmente la decisión del *ad quem* respecto de la sanción moratoria, como se hará, a fin de reducirla a los términos temporales previstos en la sentencia de primera instancia, o sea, a los días transcurridos entre la terminación del contrato y la consignación judicial hecha por la demandada. Ahora bien, habiendo transcurrido 67 días entre los expresados momentos, y estando acreditado como último salario diario el de $ 86,35, la suma a que será condenada la empresa por concepto de indemnización moratoria es de $ 5.775,45.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida en cuanto, por su ordinal 4º, condena al pago de $ 6.274,80, "por

concepto de salarios retenidos", y en cuanto, por su ordinal 7º modifica el literal d) del fallo de primer grado sobre indemnización moratoria; y en función de instancia, RESUELVE: 1º) Confírmase la absolución contenida en el fallo apelado respecto de los "salarios retenidos", y 2º) Refórmase el literal d) del mismo fallo, el cual quedará así: "d) La suma de $ 5.775,45 por concepto de indemnización moratoria".

No se casa en lo demás.

Sin costas en el recurso.

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PRUEBA TESTIMONIAL.- LIBRE FORMACION DEL CONVENCIMIENTO EN EL FALLADOR DE INSTANCIA AL EJERCITAR LA FACULTAD DISCRECIONAL QUE LE OTORGA EL ART. 61 DEL C. DE P. L.- RECHAZO DE LA TACHA DE ERROR EVIDENTE

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., marzo dos de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau).

Manuel Sabas Manchego (o Sabas Cedeño) demandó ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de San Marcos, por medio de apoderado, a Vicente Tous Patrón, vecino, lo mismo que aquél, del citado municipio, para que fuera condenado a pagarle diversas sumas de dinero a título de "cesantía", domingos y días feriados, primas de servicios, vacaciones e indemnización por falta de pago". Fundamentó su pedimento en el hecho de haber laborado para el demandado durante varios años en virtud de contrato verbal de trabajo, y no haber recibido el importe de las prestaciones e indemnizaciones antes apuntadas. Este fundamento fáctico fue negado por el demandado.

El juzgado puso fin a la primera instancia en sentencia absolutoria para el demandado, y, apelado este proveído por el actor, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, lo confirmó en la sentencia correspondiente, por no haber encontrado acreditada la existencia de un contrato laboral entre las partes.

Interpuesto recurso de casación por el actor, éste en su demanda, pide que se case la sentencia del *ad quem,* y, que constituída la Sala en Tribunal de instancia, haga las condenas que impetró ante el *a quo.*

Aduciendo la causal primera contemplada por el art. 87 del C. P. L., formula dos cargos, que pasan a estudiarse.

"PRIMER CARGO.—La sentencia recurrida viola, por vía indirecta, los preceptos sustantivos de carácter nacional contenidos en los artículos 22, 23, 24, 65, 127, 129, 144, 186, 189, 249, 306 y demás normas concordantes del Código Sustantivo del Trabajo, como consecuencia del error de hecho en que incurrió el H. Tribunal al estimar equivocadamente las pruebas testimoniales rendidas por los señores Marino Sierra Pastrana (fls. 22 a 25); Armando Alvarado Díaz Granados (fls. 25 a 27); y Tomás Alvarez Canchila (fls. 29 a 30); todas visibles al primer cuaderno del expediente".

Y continúa:

"Al efecto, dice el Tribunal a manera de conclusión en su fallo: "Por lo tanto no están acreditados en el expediente los elementos integrantes del contrato de trabajo, con subordinación al artículo 23 del Código de Procedimiento (sic) Laboral".

"Sinembargo, cuando se pregunta a los testigos antes nombrados si es cierto o no que Manuel Sabas Manchego trabajó al servicio de Vicente Tous Patrón en la finca «Tierra Grata», en labores de ganadería, tales como ordeño, reparación de cercas, corrales, desmontes de fincas, etc., éstos responden de la siguiente manera:

Marino Sierra Pastrana.—"Sí me consta que el señor Sabas Manchego o Sabas Cedeño trabajó con el señor Vicente Tous Patrón, por tener yo una finca vecina del señor Tous Patrón y el señor Manchego en calidad de trabajador del señor Tous Patrón iba con frecuencia al Delirio, o sea la finca de mi propiedad, en actividades relacionadas con el trabajo, tales como llevar reses que se pasaban para mi finca, burros, así como también llevando semovientes de propiedad del señor Tous Patrón que a veces mantenía en mi

finca en calidad de arrendamiento, además de eso como yo frecuento la finca del señor Tous Patrón veía al señor Sabas Manchego trabajando en la finca Tierra Grata en actividades como construcción de cercas, desmontes, etc., etc., y demás trabajos que se ofrecen en una finca".

"*Armando Alvarado Díaz Granados.*—Sí es cierto que el señor Sabas Manchego trabajó al servicio del señor Tous Patrón y me consta porque varias veces lo vi en dicha finca ordeñando, macaniando, y vaquiando, además yo en una ocasión lo busqué para que trabajara conmigo y me dijo que lamentaba mucho, pero que no podía porque trabajaba con Vicente Tous Patrón y en varias ocasiones que yo le arrendé a Vicente Tous para llevar ganado a su finca, el señor Sabas Cedeño, en su calidad de trabajador de Vicente Tous Patrón, siempre salía y madrugaba a coger los ganados".

"*Tomás Alvarez Canchila.*—Sí lo conocí trabajando a Sabas Manchego en la finca «Tierra Grata» en labores de vaquerías, composturas de alambres y desmontes de pajas y demás oficios de la casa".

"Como puede apreciarse, el Tribunal estimó equivocadamente los testigos transcritos e incurrió en el error de dar por no probado un hecho plenamente acreditado en juicio, como es el de que está comprobado plenamente el elemento "prestación personal del servicio", lo mismo que el de "subordinación o dependencia". Porque no otra cosa se desprende con toda nitidez de las declaraciones de Sierra Pastrana, Alvarado Díaz Granados y Alvarez Canchila".

Para rechazar las pretensiones del demandante dijo el Tribunal:

"...Fueron recibidos los de las siguientes personas: Marino Sierra Pastrana, Armando Alvarado Díaz Granados, Miguel Severiche, Tomás Alvarez Canchila, Manuel Uparela Hoyos, Carlos Madera, Rafael de Hoyos, Walberto Pastrana, Manuel Salvador Madera Alvarez y José Tapia. Al mirar detenidamente el contenido de las declaraciones que rindieron estos testigos, se observa que algunos, la mayoría de ellos, afirman haber visto trabajando a Manuel Sabas Manchego en la finca de Vicente Tous Patrón, denominada «Tierra Grata». Pero ninguno afirma con caracteres de certeza, desde qué fecha inició Sabas Manchego la prestación de sus servicios en esa finca, ni hasta qué fecha dejó de trabajar en ella. Los que se presentan demostrando mejores conocimientos de los hechos que afirman, dicen, uno de ellos, que sabe cuánto devengaba por razón de su salario el demandante, desde cuándo principió a trabajar y cuándo se retiró, porque le arregló las *cuentas al trabajador*. El otro afirma que sabe lo que declara porque le arregló las cuentas al patrono, y vió los asientos en un libro que éste llevaba, pero el cual no estaba registrado. Son dos testigos que se unen mediante la coincidencia de haber colaborado en las cuentas del trabajador y del patrono, pero que a pesar de tal coincidencia, sus afirmaciones no son aptas para producir convicción, porque ellos mismos están revelando que no presenciaron la formación verbal del contrato de trabajo, sino que oyeron lo que dijeron a este respecto el obrero y el patrono, y vieron sus papeles o libros. Sábese que lo afirmado por un testigo en virtud de haberlo oído no tiene valor alguno, y que el conocimiento emanado de un libro de contabilidad o documento cualquiera de una de las partes, solo puede actuar como prueba y con la relatividad que la ley concede en este caso, cuando tal prueba se toma directamente del libro o documentos, para lo cual es necesario por otra parte, que el libro esté registrado de conformidad con la ley. Esto es, era necesaria una inspección ocular para traer al expediente el contenido de los asientos del libro y apreciarlo después en la sentencia, a condición de que el libro presentara el registro que dispone el Código de Comercio Terrestre. Los demás testigos, declaran que vieron trabajando a Sabas Manchego en la finca de Vicente Tous Patrón en diversos oficios. Entre los que afirman esto hay unos que no saben cuándo principió a trabajar ni cuándo se retiró, y ninguno de ellos declara ni intenta declarar que le consta por percepción directa que el trabajador devengaba un salario, y menos intenta decir, siquiera por información de terceros, cuál era la cuantía de ese salario. Algunos dicen con franqueza que no pueden precisar la fecha, por no tener información, en que principió el trabajo de Manchego. Hay dos testigos que se contradicen. Dice Armando Alvarado Díaz Granados que Manchego dejó de trabajar desde noviembre de mil novecientos cincuenta y ocho. Y declara por otra parte Marino Sierra Pastrana, que Manchego dejó de trabajar en el mes de julio del mismo año. Cuatro meses de diferencia. Otros testigos declaran que Manchego no trabajaba perma-

nentemente o invariablemente, al servicio de Tous Patrón, y que lo vieron en labores diferentes al servicio de varias personas. En resumen, en el considerable número de personas que rindieron su testimonio no hay dos que rindan en completo acuerdo declaraciones de las cuales pueda deducirse con certeza, con la convicción necesaria para condenar al demandado, que Manchego laboraba bajo continuada subordinación o dependencia de Tous Patrón durante un tiempo expresado con exactitud, para que el fallador de primera instancia hubiera podido calcular con fundamento en hechos bien acreditados, la cuantía total de las prestaciones que se demandan. No hay tampoco dos testigos que en completo acuerdo declaren qué presenciaron la estipulación de un salario y su cuantía, convenida entre patrono y trabajador, ni que por otros medios que merecen credibilidad adquirieron ese conocimiento. Por lo tanto no están acreditados en el expediente los elementos integrantes del contrato de trabajo, con subordinación al artículo 23 del Código de Procedimiento Laboral".

Y concluye el Tribunal:

"Todo lo expuesto se debe al propósito de la Sala de darle un fundamento indubitable a la sentencia. Pues le hubiera sido suficiente transcribir algunos párrafos de la sentencia recurrida, en la cual examina el juez del conocimiento con exactitud y suficiencia el caso resuelto, para el cual no son necesarias mayores consideraciones que las expuestas por el juzgado...".

Incorporó, pues, a su fallo la motivación del *a quo*.

De éste son las siguientes consideraciones:

"... A folio 22 del proceso declara Marino Sierra Pastrana así: «Sí me consta que el señor Sabas Manchego o Sabas Cedeño trabajó con el señor Vicente Tous Patrón, por tener yo una finca vecina del señor Tous Patrón, y el señor Manchego en su calidad de trabajador del señor Tous Patrón iba con frecuencia al Delirio, o sea la finca de mi propiedad, en actividades relacionadas con el trabajo, tales como llevar reses que se pasaban para mi finca, etc.... Sí es cierto que el señor Sabas Manchego trabajó con el señor Tous Patrón desde esa fecha de abril del año de mil novecientos cincuenta y dos, hasta julio de mil novecientos cincuenta y ocho.... Me consta que ganaba la suma de sesenta pesos mensuales porque, varias veces me tocó ayudarle a arreglar las cuentas correspondientes a temporadas de trabajo, y de los datos que me daba resultaba que ganaba la partida de sesenta pesos mensuales , y en eso era sin perjuicio de la alimentación y dormida que Sabas Manchego recibía». Asimismo este declarante afirma que Sabas Manchego dejó de trabajar en la finca del demandado, a fines del mes de julio de mil novecientos y cincuenta y ocho".

Otro testigo, Armando Alvarado (fl. 25): «Sí es cierto que el señor Sabas Manchego trabajó al servicio del señor Tous Patrón y me consta porque varias veces lo ví en dicha finca ordeñando, macaneando y vaqueando, además yo en una ocasión lo busqué para que trabajara conmigo y me dijo que lamentaba mucho, pero no podía porque trabajaba con Vicente Tous y en varias ocasiones yo le arrendé a Vicente Tous Patrón para llevar ganado a su finca, el señor Sabas Cedeño, en su calidad de trabajador de Tous Patrón, siempre salía a la madrugada a recoger los ganados de Tous Patrón. Sí es cierto que el señor Sabas Cedeño trabajó desde esa fecha (desde principios de abril de 1952 hasta fines de julio de 1958) y me consta porque en esa ocasión el señor Vicente Tous Patrón me dijo que le ayudara a arreglar la cuenta del señor Sabas Cedeño, y ví en el libro que empezó a trabajar en esa fecha». Al ser repreguntado este testigo por el apoderado de la parte demandada, en una de las preguntas contestó: «No sé qué día celebraron el contrato dichos señores». En cuanto al retiro del trabajador, manifiesta el testigo: «Eso fue en el mes de noviembre de 1958».

"Miguel Severiche (fl. 28) dice: «que él vió trabajando a Sabas Cedeño en la finca de Tous Patrón, más no sabe de las fechas ni de entrada ni de salida, dice que lo vió trabajando, en los años de 1953, pero que no sabe hasta cuándo. Que no sabe si Sabas trabajaba los años completos. Tomás Alvarez Canchila (fl. 29) declara: «Sí lo conocí (a Sabas) trabajando en la finca "tierra Grata", en labores de vaquería, composturas de alambres y desmontes de pajas y demás oficios de la casa». Este testigo —según él mismo manifiesta en su declaración— no sabe de fechas, pero sabe que Sabas en el año 1952, lo vió trabajando, y afirma que Cedeño trabajó hasta el año pasado de 1958".

"La prueba testimonial ha sido la escogida por el demandante para establecer el tiempo que su poderdante estuvo al servicio del em-

pleador. Hemos transcrito dichos testimonios que ahora pasamos a analizar a la luz de la crítica del testimonio. Dice este declarante que él sabe que Sabas Cedeño trabajó desde abril de 1952 hasta julio de 1958 en la finca de Tous Patrón, y que eso le consta porque él era o es vecino de Tous Patrón, luégo afirma que el demandado le llamó para arreglar unas cuentas y allí vió el día de entrada de Sabas Cedeño, como el de salida, el salario que éste devengaba. Para este sentenciador es bastante imposible que una persona ocupada, como surge del testimonio de Sierra Pastrana, esté atento a llevar en la memoria las fechas lejanas de relaciones laborales entre personas ajenas al resorte de sus actividades. Y es que una de las cosas más infieles es la memoria, de allí que para el juzgador —se repite— tenga en tela de juicio las declaraciones de testigos que en materia de fechas sea una especie de máquinas modernas, que guarde en compartimientos especiales las fechas diferentes que se sucedan en los actos y las actividades de la vida".

"Cierto es que hay fechas de fácil recordación, por el relieve de ellas, ciertas fechas de carácter particular pegadas indeleblemente a la memoria de los hombres, fechas de carácter familiar o afectivo que recordamos con fruición, pero fechas que no atañen a una actividad particular, es probable que no se retengan, por obvias razones. El testigo Armando Alvarado Díaz Granados afirma en su declaración, primeramente, que él sabe que Sabas Cedeño trabajó con Tous Patrón desde principios de abril de 1952, hasta fines del mes de julio de 1958. Más adelante al ser repreguntado por el apoderado de la parte demandada, dice que no sabe qué día celebraron contrato dichos señores, cuando él mismo manifiesta en su declaración, que una vez le arregló la cuenta a Sabas Cedeño en el libro de Tous Patrón, y allí debió él ver el día en que los litigantes celebraron el contrato de trabajo o la relación laboral. Más adelante manifiesta que Sabas Cedeño salió del trabajo en noviembre de 1958, cuando en respuesta anterior había manifestado que había salido en julio de 1958, incurriendo en contradicción, y haciendo con ello llegar la duda al ánimo del juzgador. Por otra parte, en el caso de las fechas, el Despacho a este deponente le aplica las mismas críticas que le hizo a la declaración de Marino Sierra Pastrana".

"En cuanto a los otros deponentes Miguel Severiche (fl. 28), Tomás Alvarez Canchila (fl. 29), de sus declaraciones se saca la conclusión de que Sabas Cedeño trabajó en la finca del demandado Tous Patrón, pero en cuanto a fechas de entrada y salida ellos no saben, ni dicen nada al respecto. Pero lo esencial, la fecha precisa que debiera haberse aportado, o mejor, la prueba para establecerla, no se trajo a los autos, para de allí tomar pie y entrar a la liquidación de las prestaciones solicitadas en el libelo de la demanda. Para el apoderado del actor hubiera sido fácil pedir una inspección ocular a los libros que lleva el demandado y allí se hubiera podido establecer, sin lugar a dudas, la fecha exacta tanto de entrada de Cedeño como el de su salida. Cree el Despacho que negando los testigos traídos a los autos por parte de la oposición, el estudio de sus dichos no tenga objeto ninguno, ya que según el principio universal de derecho, es el actor a quien incumbe la carga de la prueba".

De las anteriores transcripciones de las sentencias de instancias —se repite que el Tribunal incorporó a su fallo la motivación del Juzgado se desprende con meridiana claridad que aquél rechazó los testimonios citados por el recurrente sobre la base principal de que no le merecieron entera fe, ejercitando la facultad discrecional que le otorgaba el art. 61 de C. P. L. y dando al efecto razones que no son arbitrarias. La falta de motivos plausibles para recordar fechas de ningún interés para los deponentes; la contradicción observada en un mismo declarante respecto a una fecha importante, etc., son razones que no pugnan con los dictados de la sana crítica para desechar testimonios, o que, por lo menos salvan a un tal rechazo de la tacha de error evidente.

Así las cosas se impone la desestimación del cargo.

SEGUNDO CARGO.—Como éste se refiere exclusivamente al salario devengado por el supuesto trabajador, es claro que rechazado el primero, es innecesaria su consideración.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Las costas del recurso a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expe-

diente a la oficina de origen.

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

VINCULACION JURIDICA DE LA DEMANDANTE CON LA SUCESION DEMANDADA.- EXISTENCIA DE LA RELACION LABORAL ENTRE LAS PARTES LITIGANTES

Supuesto error de hecho que el recurrente atribuye a la decisión del Tribunal.- Pruebas relacionadas con la diligencia de inspección ocular para definir lo relativo al contrato de trabajo.- Ineficaz impugnación respecto de la existencia de diversos contratos celebrados entre la demandante y los supuestos patrones a que se refiere el cargo en el caso de autos.-

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., nueve de marzo de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.).

María Axelinta Bustamante González, demandó a la sucesión de Juan de J. Ogliastri representada por la cónyuge sobreviviente Trinidad viuda de Ogliastri y por el heredero Héctor Ogliastri Hurtado, para que se condenara a pagarle lo que se le adeuda por reajuste de auxilio de cesantía y prima de servicios; la remuneración por trabajo en horas extras y en dominicales y festivos; el valor de las vacaciones por un año de servicios; el valor de los salarios del tiempo que faltaba para cumplirse el plazo presuntivo del contrato de trabajo; la indemnización por mora en el pago de las prestaciones demandadas y las costas del juicio.

La demandante sustentó la acción afirmando que trabajó al servicio de Juan de J. Ogliastri y luégo de la sucesión de éste, en forma continua, desde el 23 de septiembre de 1935 hasta el 11 de abril de 1960, en labores de oficina, especialmente como ayudante de contabilidad, habiendo sido despedida en esta última fecha, sin causa justificativa, por Héctor Ogliastri heredero de don Juan de J. Ogliastri y actual patrono de la demandante. Que al tiempo del despido el patrono le negó el valor correspondiente a 45 días de preaviso y le liquidó la cesantía teniendo en cuenta únicamente el tiempo de trabajo a partir del 23 de julio de 1956, fecha en que se le había hecho un pago parcial de cesantía. Que a la terminación del contrato su sueldo era de $ 555,00 mensuales. Que laboró permanentemente por lo menos dos horas diarias extras, y medio día durante los domingos y feriados sin que se le hubiese pagado su valor. Que el patrono únicamente le pagó la mitad de lo que legalmente le correspondía por prima de servicios, y que se le adeudan las vacaciones por el último año de trabajo completo comprendido entre el 23 de septiembre de 1955 y el 23 de septiembre de 1956. Que por concepto de cesantía recibió la suma de $ 4.105,00.

Los representantes de la sucesión, por medio de apoderado, dieron respuesta conjunta a la demanda oponiéndose a las pretensiones de la demandante; manifestaron además que ésta les era deudora de $ 2.542,64. Propusieron las excepciones de prescripción y compensación. En cuanto a los hechos, se aceptó que la demandante prestó servicio en la forma indicada en el hecho primero de la demanda. Se expresó que la trabajadora fue despedida por grave deslealtad para con su patrono; en el desempeño de las funciones de su cargo, habiéndosele liquidado y pagado las prestaciones sociales. Los demás hechos, fueron negados, con algunas aclaraciones al respecto.

Correspondió decidir el negocio en primera instancia al Juez del Trabajo de Bucaramanga, por sentencia en que condena a la sucesión de Juan de J. Ogliastri a pagar a la demandante las siguientes sumas de dinero: $ 6.040,69 por reajuste del auxilio de cesantía

definitiva; $ 1.413,68 por primas de servicios; y $ 2.294,00 "por concepto de presuntivo" (punto primero, numerales a), b) y c). Declara probada la excepción de prescripción respecto de las vacaciones y primas de servicio anteriores al 24 de septiembre de 1957, (punto segundo). Declara no probada la excepción de compensación (punto tercero). Absuelve a la parte demandada de los demás cargos de la demanda y la condena en costas (numerales 4 y 5).

La parte vencida interpuso el recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado. Resolvió la alzada el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, por sentencia en que reforma el punto primero del fallo apelado, para reducir la condena a la cantidad de $ 7.236,85, según la siguiente discriminación: por reajuste del auxilio de cesantía $ 4.300,75; b) por reajuste de prima de servicios $ 771,60; y c) por lucro cesante $ 2.164,50. Confirma lo resuelto en los puntos segundo, tercero y cuarto y reforma el punto quinto para reducir las costas de la primera instancia a un 80%. No hizo condenación de costas en el recurso.

La parte demandada, por medio de su apoderado, interpuso el recurso de casación que le fue concedido. Admitido y tramitado en legal forma, la Corte procede a decidirlo teniendo en cuenta la demanda presentada y el correspondiente escrito de réplica.

EL RECURSO
ALCANCE DE LA IMPUGNACION

"Que se revoque la sentencia del Tribunal de Bucaramanga para que consecuencialmente se absuelva a la parte demandada, sucesión de Juan de J. Ogliastri, de los reajustes de cesantía definitiva, prima de servicios, indemnización por plazo presuntivo y costas de la acción, condenando al actor a los gastos y costas de la litis".

CARGO UNICO

Con apoyo en la causal primera del art. 87 del C. P. L., formula un solo cargo, así:

Acusa la sentencia por "aplicación indebida de la ley por apreciación errónea" de la carta de despido que obra al folio 2. Dice que el error cometido consistió "en tener tal carta como proveniente de la sucesión de Juan de J. Ogliastri cuando dicho documento en razón de sus membretes, firma y contenido determina que proviene de una persona natural existente, el señor Héctor Ogliastri Hurtado, quien actuaba en su propio nombre, como propietario «de mi oficina», según lo escribió en tal documento".

Agrega que ese error llevó al Tribunal "a considerar como unas solas y continuas las relaciones de trabajo iniciadas por la demandante desde el 23 de septiembre de 1935 con el señor Juan de J. Ogliastri y las concluídas con el señor Héctor Ogliastri Hurtado el día 11 de abril de 1960 a consecuencia de lo cual las autoridades judiciales desconocieron la existencia real de dos contratos de trabajo diferentes y sin tener conocimiento de cuál fue la fecha en la cual concluyeron las relaciones de trabajo de la demandante con la entidad demandada y su causante". Añade que como en el caso de autos no se ha alegado la sustitución patronal, que por otra parte no aparece demostrada en el proceso, el Tribunal incurrió en la aplicación indebida de los artículos 23, 38, 47, 49, 61, 186, 190, 192, 249, 254 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo. Que no apareciendo demostrada la fecha en la cual se concluyeron las relaciones de trabajo entre la demandante y la entidad demandada o su causante, las condenas pronunciadas en la sentencia no tienen base legal, puesto que la prueba sobre terminación del contrato que obra en el expediente se refiere a uno diferente del alegado como fundamento de la acción.

Por su parte el opositor dice que en el proceso aparece claro que la controversia se desarrolló en relación con los negocios de oficina que tuvo el causante Juan de J. Ogliastri, en los cuales prestó sus servicios la demandante; que el mismo heredero de la sucesión Héctor Ogliastri Hurtado contestó la demanda y atendió al juicio a nombre de ella, y para su defensa adujo elementos probatorios pertenecientes a la misma sucesión, como libros de contabilidad, documentos, cuentas bancarias, etc.; que al contestar la demanda aceptó el hecho del despido como acto para la sucesión, aunque ahora pretenda que la carta de despido la suscribió en su carácter particular e independiente de la sucesión demandada. Que en la demanda de casación no se puntualiza el error de hecho o de derecho en que haya podido incurrir el Tribunal, ni su incidencia en la aplicación indebida de las normas que cita el cargo.

SE ESTUDIA LA ACUSACION

Como puede apreciarse del cargo que en lo

fundamental se deja transcrito, el recurrente sustenta su ataque en casación atribuyéndole al sentenciador el supuesto error de hecho de no haber dado por demostrado que la demandante prestó los servicios que relaciona en la demanda, sometida a dos relaciones jurídicas distintas, la primera, mediante el contrato de trabajo que se ejecutó en vida del causante Juan de J. Ogliastri, y la segunda desde la fecha del fallecimiento de éste hasta el día del despido de la trabajadora ocurrido el 11 de abril de 1960, período este último en que le prestó sus servicios personales a Héctor J. Ogliastri Hurtado. Agrega que dentro del juicio no aparece demostrada la fecha en que terminó el primer contrato de trabajo.

El Tribunal, al examinar lo atinente a la vinculación jurídica de la demandante con la sucesión demandada, expresó lo siguiente: "La existencia de la relación laboral entre demandante y demandada aparece plenamente probada con varios documentos presentados con la contestación de la demanda y fue confesada por el señor Héctor Ogliastri al efectuarse la inspección ocular sobre los libros de contabilidad de su Oficina de Arrendamientos. En tales constancias procesales figura el tiempo servido y los salarios devengados por la actora durante la vigencia del contrato de trabajo (fls. 14, 25 a 29, 33, 34 y 36).

"Según las pruebas de autos, la señorita María Axelinta Bustamante G., trabajó al servicio del señor Juan de J. Ogliastri y de sus herederos, desde el 23 de septiembre de 1935 hasta el 11 de abril del año próximo pasado, fecha ésta en que el señor Ogliastri le comunicó a la demandante que desde ese día daba por terminado el contrato de trabajo que existía entre ella y la oficina del señor Ogliastri, a la vez que le anunciaba «la liquidación de sus prestaciones sociales, incluyendo el último sueldo y el preaviso legal de 45 días» (fl. 2)".

La prueba que el recurrente considera interpretada erróneamente por el Tribunal, obra al folio 2 del cuaderno principal, consiste en la carta de despido de la trabajadora y el del siguiente tenor:

"Bucaramanga, abril 11 de 1960.—Señorita Chela Bustamante González.—L. C.—Comunico a usted que desde la fecha de la presente carta he dado por terminado el contrato de trabajo entre usted y mi oficina. Adjunto le acompaño la liquidación de sus prestaciones sociales incluyendo el último sueldo y el preaviso legal de 45 días.—(Firmado) Héctor Ogliastri Hurtado".

Del contenido de este documento no se sigue, como pretende el recurrente, que fueron dos los contratos de trabajo entre la demandante y la oficina a la cual prestó sus servicios, celebrado el primero con el causante de la sucesión demandada y el segundo con el autor de la carta de despido, señor Héctor Ogliastri Hurtado.

Por otra parte, el hecho referente a la existencia de diversos contratos de trabajo celebrados entre la demandante y los dos supuestos patronos a que se refiere el cargo, es cuestión que se plantea por primera vez en casación. Esta afirmación que podría llegar a constituír un medio nuevo, inadmisible por ello en el recurso, aparece, sin embargo, totalmente desvirtuada en el juicio con la propia contestación de la demanda y con la confesión del demandado Héctor Ogliastri Hurtado, hecha en la diligencia de inspección ocular, prueba en la cual se apoya el Tribunal al proferir el fallo y que no siendo materia de ataque en el cargo que se examina, continúa siendo soporte de la sentencia. En esa diligencia, que obra a folios 49 a 52 del primer cuaderno, consta lo siguiente:

"Una vez en el sitio indicado, a donde acudieron los doctores Rito A. Cote C., y Angel María Carrascal, la señorita María Axelinta Bustamante, y el señor Ogliastri, el señor Juez se constituyó en audiencia pública y procedió como primera medida, a verificar los hechos puntualizados en el punto 3º del decreto de pruebas de la parte demandante. Al entrar a constatar el tiempo de servicio de la señorita Bustamanlte, el señor Héctor Ogliastri manifiesta que ella entró a trabajar el veintitrés (23) de septiembre de mil novecientos treinta y cinco (1935), en forma continua hasta el once (11) de abril de mil novecientos sesenta (1960) *y que la mencionada señorita fue la contabilista de la oficina desde el año de mil novecientos treinta y ocho (1938) hasta el día de su retiro*". (Ha subrayado la Sala).

Más adelante, en la misma diligencia, consta lo siguiente: "Se pasa, luégo, a verificar lo relativo a los sueldos devengados por la demandante, y las partes manifiestan, de común acuerdo, que se acogen a los sueldos mensuales que sirvieron de base para las liquidaciones que obran a los folios 29, la que existe al folio 14, donde se tomó la base de $ 555,00

para la liquidación conforme a la manifestación hecha allí por el señor Ogliastri desde septiembre de 1958 en que se hizo cargo de la oficina; lo mismo los sueldos que sirvieron de base en la liquidación que obra al folio 45".

Estas pruebas que se relacionan en la diligencia de inspección ocular, coinciden con las que invoca el Tribunal al definir lo relativo al contrato de trabajo, al término de su duración y al sueldo devengado por la demandante.

De lo anterior se concluye que no existe el supuesto error de hecho que el recurrente atribuye a la decisión del Tribunal y, por consiguiente, tampoco aparece la violación de las normas legales que se citan en el cargo, por el concepto indicado en el mismo. Por tanto, el cargo no prospera.

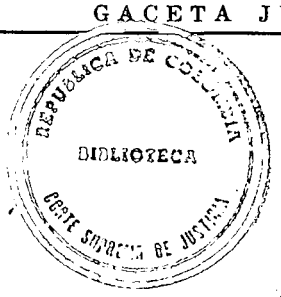
Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala Laboral.

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 A., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



DEFICIENCIAS DE ORDEN TECNICO AL FORMALIZAR EL RECURRENTE LA ACUSACION

Impugnación de la sentencia por violación de los artículos 22 y 23 del CST, en concordancia con el 60 del CPL.- Análisis de las pruebas.- De las que obran en el informativo no resultan establecidos, de manera indudable, los extremos del contrato de trabajo.- La Corte no puede suplir las deficiencias del recurrente de casación.-

1.- Deficiencias de orden técnico que hacen ineficaz e inestimable, la acusación. En la formulación del cargo se advierte la contradicción del recurrente al afirmar simultáneamente que la prueba testimonial fue desestimada y que fue erróneamente interpretada por el sentenciador, pues ambas cosas no pueden suceder al mismo tiempo. Con todo, lo cierto es que el Tribunal no desconoce la posibilidad de la existencia de un contrato de trabajo entre las partes sino que estima que de las pruebas que obran en el informativo no resultan establecidos, de manera indudable, los extremos del contrato laboral, por lo que no pueden prosperar las peticiones que se hacen con apoyo en la existencia de ese contrato de trabajo.

2.- Ninguna de las disposiciones legales que el recurrente señala como violadas por la sentencia, consagra derechos sustantivos cuya violación puede servir de base al recurso extraordinario que se examina. Los arts. 22 y 23 del C.S.T. que el acusador cita como infringidos, se limitan a definir el contrato de trabajo y a determinar los elementos esenciales requeridos para que tenga existencia. El art. 60 del Código de Procedimiento Laboral que también se menciona, se limita a señalar al Juez una regla de derecho probatorio. Esas disposiciones no consagran ninguno de los derechos y prestaciones que el demandante discute en el presente juicio. En tales circunstancias, la proposición jurídica que debe contener la acusación resulta incompleta, sin que sea permitido a la Corte suplir la deficiencia del recurrente en ese campo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., nueve de marzo de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.).

LUIS DANEL BORRAY G., por medio de apoderado, demandó a PABLO IZQUIERDO para que se le condenase al pago del auxilio de cesantía, vacaciones, prima de servicios, trabajo en dominicales y festivos, horas extras, indemnización por ruptura del contrato y por mora en el pago de las prestaciones debidas, "a lo demás que resultare probado" y por las costas del juicio.

Para sustentar la demanda, relató los siguientes hechos:

Que fue contratado por el señor Pablo Izquierdo, para prestarle sus servicios como chofer de uno de los camiones de su propiedad destinado al transporte interdepartamental. Que el trabajo lo desarrolló en varios lapsos así: del 6 de marzo de 1955 al 30 de octubre del mismo año, o sea durante 235 días; del 4 de febrero de 1956 al 30 de abril de 1957, o sea durante 14 meses 27 días; del 3 de julio de 1958 hasta marzo de 1959, o sea durante 267

días, y finalmente, durante el período comprendido entre el 26 de marzo y el 9 de octubre de 1960, es decir durante 225 días. Que el total de días laborados fue de 1.173, en cuyos períodos se causaron primas que no le han sido reconocidas, ni el trabajo realizado en los domingos y festivos durante el mismo tiempo. Que fue despedido el 9 de noviembre de 1960 sin causa justificativa. Que la remuneración por su trabajo fue de $ 15,00 diarios; que trabajó durante 125 domingos y 45 días de fiesta civiles y religiosas; que su jornada de trabajo era de las 5 a.m. hasta las 7 p.m., con descanso de una hora intermedia, para tomar el almuerzo.

El demandado dió respuesta a la demanda negando el derecho del actor y oponiéndose a las condenas pedidas. Respecto a los hechos negó unos y dijo no constarle los otros. Propuso las excepciones de inepta demanda, de inexistencia de la obligación, la de prescripción, abandono del empleo y compensación.

Surtido el trámite legal, decidió la litis el Juez Tercero Laboral de esta ciudad mediante sentencia en que condena a Pablo Izquierdo a pagar al demandante Luis Daniel Borray, las siguientes sumas de dinero: $ 262,50, por cesantía, $ 112,50 por prima de servicios, y la suma de $ 15,00 diarios desde el 1º de diciembre de 1960 hasta el día en que se cancelen las condenas anteriores, por concepto de "salarios caídos" (punto primero, numerales a), b) y c). Absuelve al demandado de las demás peticiones de la demanda (punto segundo), y lo condena al pago del 60% de las costas, (punto tercero).

Apeló la parte vencida. Decidió el recurso la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por sentencia que revoca el fallo apelado y en su lugar absuelve al demandado de todos los cargos que le fueron formulados en el libelo con que se inició este juicio. No hizo condenación en costas de la instancia.

El apoderado del demandante interpuso el recurso de casación, que le fue concedido. Admitido y tramitado en legal forma, se procede a decidirlo teniendo en cuenta la demanda presentada y el correspondiente escrito de réplica.

EL RECURSO
ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Persigue que la Corte case en su totalidad el fallo acusado para que constituída en Tribunal de instancia "acceda a condenar al señor Pablo Izquierdo en lo tocante a las prestaciones emanadas del contrato de trabajo aceptado y confesado por la parte demandada en aplicación del artículo 22 y 23 del C. S. del Trabajo en relación con el art. 60 del C. de P. del T.".

Con base en la causal primera del art. 87 del Código de Procedimiento Laboral formula el siguiente cargo:

CARGO UNICO

"Al absolver a la parte demandada de todos los cargos de la demanda y en especial a lo que ya había sido condenada en primera instancia, el fallo impugnado viola por vía indirecta y como consecuencia de evidentes errores de hecho en la desestimación de varias pruebas".

Señala como pruebas dejadas de estimar: a) la que obra al folio 6. Dice que por este documento las Autoridades de Tránsito y Transporte autorizan a Luis D. Borray como chofer de Izquierdo para cargar el camión en cualquier parte del país. La que obra a folios 10 y 11. Manifesta que en la contestación de la demanda se admite el contrato de trabajo y el último lapso servido por el trabajador y el sueldo devengado. La que obra a folios 22 a 25 y 26. Dice que los testimonios rendidos en el juicio confluyen a demostrar la existencia del contrato de trabajo.

En el desarrollo del cargo se refiere al artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo y a los presupuestos básicos requeridos por esa norma para que se configure el contrato de esa clase. Transcribe luégo algunos apartes de la respuesta a la demanda, para manifestar que de ese documento resulta la aceptación del contrato de trabajo por parte del demandado, contrato en que se reunen los elementos exigidos por la norma antes citada, que no apreció el sentenciador.

Que el Tribunal tampoco tuvo en cuenta la prueba testimonial traída por la parte demandada; que hay que darle credibilidad a lo dicho por los testigos Carlos Fraile Castilblanco (fl. 22), Jairo Ruiz (fl. 25), y lo que consta en la declaración que aparece al folio 26. Que esos testimonios demuestran lo afirmado en la demanda y lo dicho por el demandado, sobre el último lapso de servicios prestados por éste. Agrega que el Tribunal aceptó los testimonios a que antes se ha referido, pero solo en cuanto perjudican al demandante,

para demostrar que éste abandonó su trabajo. Que si hubo abandono del cargo fue porque sí prestó sus servicios.

El opositor en su escrito de réplica dice que no existe el error de hecho que el recurrente atribuye al sentenciador. Que éste sí analizó la prueba documental y la valoró adecuadamente y con acierto llegó a la conclusión de que nó estaban establecidos en forma clara y precisa los extremos del contrato de trabajo que pudo existir entre las partes.

SE EXAMINA EL CARGO

Se vió antes que el Juez de primer grado accedió a decretar algunas de las condenas pedidas en la demanda inicial del juicio, por los conceptos de cesantía, prima de servicios, e indemnización moratoria y absolvió al demandado de los demás cargos formulados contra él. El trabajador demandante se conformó con la decisión del Juzgado, pues el único apelante fue el demandado. Por tanto, el interés jurídico del demandante y recurrente en casación contra la sentencia del Tribunal que revocó las condenas del Juzgado y absolvió al demandado de todos los cargos de la demanda no puede exceder el límite de dichas condenas concretadas por la sentencia de primera instancia a los extremos de la demanda referentes a cesantía, prima de servicios, e indemnización moratoria, que fue consentida por el demandante.

Así las cosas, sucede que el recurrente al formalizar su acusación incurre en deficiencias de orden técnico que la hacen ineficaz e inestimable. En efecto, en la formulación del cargo se advierte la contradicción del recurrente al afirmar simultáneamente que la prueba testimonial fue desestimada y que fue erróneamente interpretada por el sentenciador, pues ambas cosas no pueden suceder al mismo tiempo. Con todo, lo cierto es que el Tribunal no desconoce la posibilidad de la existencia de un contrato de trabajo entre las partes sino que estima que de las pruebas que obran en el informativo no resulta establecido, de manera indudable, los extremos del contrato laboral, por lo que no pueden prosperar las peticiones que se hacen con apoyo en la existencia de ese contrato de trabajo. Por otra parte, el alegato del acusador no desvirtúa las razones expresadas por el Tribunal para revocar el fallo del Juzgado. En efecto, el documento que obra al folio 6 que el recurrente señala como dejado de apreciar por el sentenciador, aunque ello sea cierto, no tiene el alcance y efectos que le atribuye la acusación ni puede servir de base para quebrantar la decisión del Tribunal, pues él no demuestra la existencia del contrato de trabajo que se alega en la demanda, ni menos los extremos del mismo, ni es un documento originario del demandado. Se trata de un aviso o información suministrada por el Gerente de la sociedad denominada "Federación Colombiana de Transportes Ltda.", para las autoridades de Tránsito y Transportes del país, respecto a que un vehículo de propiedad de Juan Pablo Izquierdo, manejado por el conductor Luis Borray, está afiliado a esa empresa y tiene autorización de la misma para el cargue y transporte, por conducto de otra empresa, entre aquellas ciudades donde la Colombiana de Transportes Ltda. no tenga oficinas.

Con relación a la contestación de la demanda, antes se vió que la parte demandada no aceptó los hechos y negó el derecho invocado por el demandante. Y respecto a los testimonios que cita el recurrente como dejados de apreciar por el Tribunal, la realidad es que sí los estimó, como puede apreciarse de los apartes de la sentencia que en seguida se transcribirá:

"El testimonio de Carlos Fraile Castilblanco, no merece credibilidad alguna, porque el testigo se contradice entre lo que declara al principio y lo que dice posteriormente. Los declarantes Jairo Ruiz Camargo y Pablo Emilio Alarcón Ramos apenas hacen afirmaciones sobre el último lapso de servicios del demandante al demandado, de que habla la demanda, pero esas afirmaciones no aclaran como es debido, las fechas de iniciación y terminación de la relación laboral y además son contradictorias unas con otras".

A todo lo anterior debe agregarse que ninguna de las disposiciones legales que el recurrente señala como violadas por la sentencia, consagra derechos sustantivos cuya violación pueda servir de base al recurso extraordinario que se examina. Los artículos 22 y 23 del C. S. T. que el acusador cita como infringidos, se limitan a definir el contrato de trabajo y a determinar los elementos esenciales requeridos para que dicho contrato tenga existencia. El art. 60 del Código de Procedimiento Laboral que también se menciona, se limita a señalar al Juez una regla de derecho probatorio. Esas disposiciones no consagran ninguno de los derechos y prestaciones que el demandante discute en el presente juicio.

En tales circunstancias, la proposición jurídica que debe contener la acusación resulta incompleta, sin que sea permitido a la Corte suplir la deficiencia del recurrente en ese campo. Lo anterior es suficiente para el rechazo del cargo.

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 recurrida, proferida en este juicio.

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 A., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONDENA POR CESANTIA

Acusación a la sentencia del ad-quem con base en la causal primera del art. 87 del C.P. del T., por supuesta violación de la ley sustancial.- Apreciación de las pruebas aportadas al juicio.- Libre formación del convencimiento por parte del juez, a tenor de lo preceptuado en el art. 61 del CPL.- Cuándo procede la indemnización por mora de que trata el art. 65 del CST.- El error de hecho en la casación laboral.-

1.- Es abundante y conocida suficientemente la jurisprudencia de la Corte en cuanto dice relación a la libre formación del convencimiento por parte del Juez, quien no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, salvo cuando la ley exige determinada solemnidad ad-substantiam actus, caso en el cual no se podrá admitir su prueba por otro medio distinto.

Además, cuando el contrato de trabajo termina por una cualquiera de las formas a que se refiere el art. 61 del CST. no puede tener aplicación lo dispuesto por el art. 64 ibidem, por la razón elemental de que la terminación se ha producido acorde con el mandanto de la ley.

Respecto del convencimiento del fallador, "cuando de dos grupos de testimonios éste prefiere el uno al otro, siendo como es libre en la formación de su convencimiento al tenor de lo preceptuado en el art. 61 del CPL. no resulta justificada la acusación de su fallo, pues si tuvo facultad para escoger mal pudo incurrir en error de hecho por haber escogido".

2.- La sanción prescrita en el art. 65 del CST. "no opera cuando se paga o consigna lo que se considera deber, cuando el patrono obra de buena fe". A este respecto ha afirmado también la Corte "que la indemnización por mora de que trata el citado artículo no procede siempre que el fallo es condenatorio, sino cuando, además, como se ha dicho, la falta de pago carece de justificación, por ser el elemento buena fe el soporte sustancial de la institución comentada". Por otra parte "el entendimiento del art. 65 del CST. conlleva a la luz de la jurisprudencia la apreciación de los elementos subjetivos de mala fe o de buena fe, para la aplicación de la norma". La sanción de que trata la disposición tantas veces citada, el correctivo que ella entraña se ejecuta frente al proceder habilidoso del patrono que apareciere demostrado en los autos. Esto lo puede apreciar el sentenciador y pronunciarse en consecuencia. Además, al decir de la Corte "la infracción directa de la ley es independiente de toda cuestión probatoria".

3.- Solo procede en casación el error de hecho cuando "es ostensible la equivocación en que incurre el fallador; esto es, cuando la estimación que se hace de los elementos probatorios resulta contraria a la realidad de los hechos.-

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., nueve de marzo de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Víctor G. Ricardo).

Juan Antonio Ruiz, por medio de apoderado, demandó a José Antonio Moreno por la vía ordinaria laboral para que por sentencia definitiva se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

1º—Que se declare laboralmente responsable del incumplimiento del contrato verbal de trabajo celebrado con Juan Antonio Ruiz, por

haberlo terminado sin justa causa y en forma intempestiva;

2º—Que como consecuencia de la anterior declaratoria, se condene al demandado a pagar a Ruiz a título de lucro cesante y como indemnización por la ruptura unilateral del contrato la suma de $ 1.550,00 m.c. correspondientes a los salarios faltantes para completar el término de expiración del plazo presuntivo del contrato;

3º—Que se le condene a pagar a Ruiz la suma de $ 1.665,00 por concepto de 900 horas extras de trabajo suplementario en horas nocturnas;

4º—Que se le condene a reajustar el auxilio de cesantía que se le liquidó, tomando en cuenta las horas extras trabajadas;

5º—Que se le condene a pagar como sanción por mora en la cancelación de las prestaciones, indemnizaciones, salarios y demás obligaciones, un día de salario por cada día de retardo desde el 7 de febrero de 1959 (fecha del despido) hasta cuando se efectúe el pago;

6º—Que se hagan las condenaciones a que haya lugar por aplicación de los principios *ultra* y *extra-petita*, y

7º—Las costas y costos del juicio, en caso de oposición.

Los hechos los relató de la siguiente manera: "el demandante trabajó bajo la dependencia del demandado en los Talleres Gráficos Mundo al Día a partir del 12 de enero de 1957, mediante contrato verbal de trabajo; el demandado trabajó hasta el día 7 de febrero de 1959, fecha en que fue despedido intempestivamente y sin justa causa; el demandante trabajó 900 horas extras en jornada nocturna durante la vigencia del contrato y hasta la fecha de la presentación de la demanda no le han sido pagadas; al serle liquidada la cesantía no se tuvieron en cuenta los salarios de las horas extras nocturnas como base para hacer dicha liquidación; a la terminación del contrato el salario era de $ 10,00 diarios; hasta la fecha el demandado no se ha allanado a cumplir sus obligaciones patronales".

En derecho fundó la demanda en los arts. 47, 49, 64, 168, 249, 253 y 65 del C. S. T. y en cuanto a procedimiento en el Decreto 2158 de 1948 y C. J.

La parte demandada contestó el libelo, por medio de apoderado, negando los hechos, salvo la fecha de terminación del contrato. Tramitada la controversia, el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, que fue el del conocimiento, la desató por medio del fallo cuya parte resolutiva dispuso: "1º—Condénase a José Antonio Moreno a pagar a su trabajador Juan A. Ruiz Niño las siguientes cantidades: por concepto de lucro cesante la cantidad de $ 2.043,28; por concepto de cesantía, la cantidad de $ 892,71; por concepto de indemnización por falta de pago, la cantidad $ 11,81 diarios a partir del 7 de febrero de 1959 hasta el día en que el patrono cubra al trabajador el valor de las condenas hechas en el presente fallo. 2º—Absuélvese al demandado José Antonio Moreno de las demás peticiones formuladas en el libelo de la demanda. 3º—Costas a cargo de la parte demandada en un 85%".

Apelada la anterior sentencia por ambas partes, el Tribunal Superior del Distrito de Bogotá —Sala Laboral—, modificó el fallo del *a-quo* y dispuso: "1º—Condénase al señor José Antonio Moreno a pagar al señor Juan Antonio Ruiz la suma de $ 733,16 por concepto de cesantía. 2º—De la anterior condena se deducirán las sumas de $ 212,60 y $ 236,00 conforme a la parte motiva de esta providencia. 3º—Absuélvese al demandado de los demás cargos formulados en la demanda. 4º—Costas de la primera instancia a cargo del demandado en un 50%. 5º—Sin costas en esta instancia".

El apoderado del demandante recurrió en casación. Concedido el recurso, admitido y debidamente tramitado, pasa a decidirse, previo el examen de la demanda presentada para sustentarlo. El escrito de oposición fue presentado extemporáneamente.

Pretende el recurrente que se case parcialmente el fallo del Tribunal por cuanto modificó la sentencia del *a-quo* en la condena de cesantía, lucro cesante y "salarios caídos" y solamente condenó al demandado a pagar cesantía y absolvió de las demás súplicas de la demanda. Asimismo persigue que convertida la Corte en tribunal de instancia, confirme el numeral 1º del fallo de primer grado y condene al demandado a pagar al demandante cesantía, lucro cesante e indemnización moratoria en la forma establecida en dicha providencia, así como las costas de las instancias y del recurso.

Invoca la causal primera del artículo 87 del C. P. del T., por ser la sentencia violatoria de ley sustancial y con fundamento en ella

formula tres cargos.

PRIMER CARGO

"La sentencia acusada viola por vía indirecta las normas sustantivas de carácter laboral contenidas en el numeral 2 del art. 64 del C. S. T. en relación con el art. 49 del mismo estatuto vigente por falta de aplicación de estos preceptos y aplicación indebida del art. 62 de la misma obra, infracción que se produjo a consecuencia de los errores de hecho ostensibles en que incurrió el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, por equivocada apreciación de unas pruebas y falta de apreciación de otras". Las pruebas equivocadamente apreciadas, las singulariza así: a) Carta de despido (f. 9) dirigida por José A. Moreno a Juan Antonio Ruiz con fecha 2 de febrero de 1959; b) Declaración de Leonor Diva de Sanders (f. 55); c) Declaración de Vicente Soto Chaves. Y como no apreciadas cita las siguientes: declaración de Alvaro López Bejarano (f. 65) y declaración de Félix Alba Cristancho (f. 51).

SEGUNDO CARGO

"La sentencia es violatoria de ley sustantiva laboral por infracción directa del art. 65 del C. S. T. en su numeral 1º por falta de aplicación de dicho precepto siendo procedente aplicarlo en el caso *sub-lite*", cuya sustentación lo presenta en los siguientes términos:

"El Juzgador de segunda instancia incurrió en violación directa del art. 65 del C. S. T. ya que habiendo condenado, como en efecto lo hizo, a José A. Moreno, a pagar por «cesantía» (subraya el recurrente) no por reajuste de cesantía caso en el cual tal vez pudiera haberse hablado de duda razonable y consecuencialmente predicarse la buena fe patronal, para finalmente exonerar del castigo indemnizatorio a que se contrae el precepto en comento; lógica y necesariamente como secuela inexorable de dicha condena, se imponía que el ad-quem hubiera proferido contra José A. Moreno condena por salarios caídos e indemnización moratoria; por tanto al no hacerla ha dejado de aplicar una norma sustancial creadora de un derecho en favor del trabajador; siendo procedente aplicarla, lo que a su vez determina la violación directa de la ley, en que incurrió el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, en la sentencia que se acusa, razón suficiente para que el presente cargo prospere".

Como cargo subsidiario del anterior presenta el de que la "sentencia atacada en casación, viola indirectamente el art. 65 del C. S. T. en su numeral 1º en las modalidades de falta de aplicación de dicha norma en relación con el artículo 249 de la misma obra, infracción que se produjo a través del error evidente de hecho en que incurrió el *ad-quem* por falta de apreciación de las pruebas que a continuación se singularizan: a) Documental que obra a folios 44 a 48 inclusive de los autos; b) Escrito de contestación de la demanda (fl. 22); c) Diligencia de absolución de posiciones del demandado (fl. 36); d) Del dictamen pericial consiguiente a la inspección ocular practicada sobre los libros y archivos del demandado y cuyo aparte pertinente obra al folio 76 del expediente".

Para fundamentar el cargo sostiene que "el sentenciador de segundo grado dio por probada, sin estarlo, la buena fe patronal, para llegar a la conclusión de que precisamente por la falta de estimación de las pruebas indicadas, incurrió en el hecho (sic)que lo condujo a la infracción indirecta a que se contrae esta acusación al absolver de este pedimento por indemnización moratoria".

Para terminar su alegato dice el recurrente que la "consignación que hizo el demandado de $ 212,60, frente a un derecho cierto y prestación determinada como es el auxilio de cesantía de $ 733,16, la consideró el juzgador de segunda instancia como no írrita, sin que se hubiera hecho un análisis del haz probatorio en general. De allí, según él, surge el error evidente de hecho.

SE CONSIDERA:

El Tribunal hace las apreciaciones siguientes en cuanto a la fecha de iniciación de la relación laboral:

"No comparte la Sala la apreciación hecha por el a-quo respecto de la fecha de iniciación de labores del demandante. En el curso del juicio se practicó una inspección ocular y el perito designado para el efecto, al rendir su dictamen (fl. 72 y 74) en forma por demás clara, manifiesta que en el lapso comprendido entre el 1º de septiembre de 1956 y el 7 de enero de 1957, el señor Ruiz no aparece como empleado permanente de la empresa, sino únicamente recibiendo la suma de $ 81,95 por concepto de horas extras. Conclúyese, entonces, que durante ese tiempo fue un trabajador eventual o transitorio.

"El perito indica como fecha de iniciación

del contrato de trabajo el 7 de enero de 1957; pero como en la demanda se señala el 12 del mismo mes y año, esta última fecha será la que se tome en cuenta como comienzo de la relación laboral. En cuanto a la terminación del vínculo las partes están acordes en que fue el 7 de febrero de 1959 (fl. 2 y 22). En cuanto al salario, el perito al rendir su dictamen fija en la suma de $ 354,33 mensuales el devengado por el actor durante el último año de servicios (fl. 95)". Y continúa el juzgador de segunda instancia:

"*Presuntivo.*—Al folio 9 del informativo se encuentra la carta que la empresa pasó a Juan Antonio Ruiz el 2 de febrero de 1959, y en virtud de la cual le comunicaba que prescindía de sus servicios, alegando como causal de despido la falta de asistencia al trabajo y el desobedecimiento de las órdenes impartidas por la empresa. Procede, entonces, a analizar las pruebas que obran en autos para determinar si el despido fue o no legal.

"La declarante Leonor Diva de Sanders (fl. 54) dice que Ruiz fue despedido por incumplir el reglamento de trabajo, «pues llegaba tarde, no iba, se le llamaba la atención y se disgustaba», y que lo anterior le consta por estar a su cuidado el control de las entradas y salidas del personal. De otro lado, el señor Vicente Soto Chaves (fl. 57) manifiesta en su testimonio que «el señor Ruiz empezó como primera medida por entrar tarde, con la disculpa de que le tocaba trasnochar, que no podía estar a las ocho de la mañana en punto. En términos de que muchas veces, faltaba las mañanas, iba por las tardes, con la disculpa de que había tenido qué hacer, y miles más disculpas. Y entraba a trabajar de noche un rato y se salía. Ultimamente ni una cosa ni otra. Iba cuando le provocaba. Por el hecho yo como Jefe de Taller de llamarle la atención fui ultrajado y desafiado dentro de los talleres. Hubo muchas veces que estuvo la máquina parada todo el día. Que estaba enfermo, que la señora enferma, y en fin más cosas, que la señora llamaba por teléfono a pedir excusa...». Los anteriores testimonios merecen toda credibilidad ya que son claros, precisos y detallados; además, por provenir de personas a las cuales les constaba directamente la conducta del demandante, pues la declarante Leonor Diva de Sanders era la encargada del control del personal, y el testigo Soto Chaves, el inmediato superior de Ruiz, hecho éste que les permitía estar enterados de la falta de asistencia al trabajo por parte de aquél.

"Lo anterior lleva al convencimiento de que el incumplimiento a sus obligaciones por parte del actor fue constante, y, por ende, los motivos que llevaron a la empresa a dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, encuentran pleno asidero en los autos. En este sentido se modificará la sentencia de primera instancia, y en su lugar se absolverá a la demandada de la petición de lucro cesante.

"*Horas extras.*—Reclama la demanda el valor de novecientas horas extras trabajadas por el actor. Ya se anotó anteriormente que el dictamen pericial se refiere al hecho de que el trabajador Ruiz en el período del 1º de septiembre de 1956 al 7 de enero de 1957 sirvió algunas «horas extras», y se consigna que éstas fueron debidamente canceladas.

Respecto de las posibles horas extras en el período estrictamente laboral, no existe comprobación de las mismas. Dijo el perito en la ampliación de su dictamen: "... En el período comprendido entre el 7 de enero de 1957 y la fecha del despido no hay constancia del trabajo de horas extras por parte del demandante. Las «extras» de que hablo en mi dictamen no se trata de horas sino de sumas de dinero que le pagaban al demandante por trabajo a destajo...".

"*Auxilio de cesantía.*—Habiendo laborado el actor por espacio de dos años, veinticinco días, con un último salario de $ 354,33, por concepto de cesantía le corresponde la suma de $ 733,16.

"De la anterior condena habrá de deducirse las siguientes sumas: $ 212,60 que el demandado consignó en el Banco de la República, a órdenes del Juzgado Primero Laboral del Circuito y a favor del trabajador, según Título No. A 036783 que éste recibió (fl. 45 y 48), y $ 236,00 que el mismo demandado giró a favor de la Cooperativa Central de Distribución Ltda., según constancia visible al folio 61 v., en virtud de un crédito que la Cooperativa le concediera al actor.

"*Indemnización moratoria.* — No comparte el Tribunal la tesis del Juzgado a este respecto. La suma consignada por el demandado no puede estimarse como irrita, habida consideración de las condenas a que se contrae este fallo, y el monto de las sumas pagadas por el demandado al trabajador, a que anteriormente se ha hecho referencia. Se revocará el

fallo apelado, y en su lugar se absolverá al demandado de esta petición".

Como se vé, con el anterior análisis el *adquem* modificó el fallo apelado, condenando a José Antonio Moreno a pagar a Juan A. Ruiz la suma de $ 733,16 por concepto de cesantía, debiendo deducirse de dicha cantidad las sumas de $ 212,60 y $ 236,00 conforme a la parte motiva de la sentencia.

LA CORTE CONSIDERA:

La decisión del sentenciador de segunda instancia, encuentra sólido respaldo y a juicio de la Sala no se alcanza a configurar el error de hecho ostensible, en el que hubiera incurrido el Tribunal por equivocada apreciación o falta de apreciación de las pruebas; sino que antes por el contrario se observa el cuidado que tuvo al analizarlas, y como consecuencia de ello formó su convencimiento. Sobre el particular es abundante y conocida suficientemente la jurisprudencia de la Corte en cuanto dice relación a la libre formación de aquél por parte del juez, quien no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, salvo cuando la ley exige determinada solemnidad *adsubstantiam actus*, caso en el cual no se podrá admitir su prueba por otro medio distinto. El Juzgador de segundo grado, indicó con toda claridad las circunstancias y anotó los hechos que causaron su convencimiento. Del haz probatorio escogió las declaraciones de Leonor Diva de Sanders y Vicente Soto Chaves para concluír que el trabajador incumplía sus obligaciones y por ello, reconoció que el patrono puso fin al contrato en forma legal (arts. 61 y 63 del C. S. T.).

Además, cuando el contrato de trabajo termina por una cualquiera de las formas a que se refiere el art. 61 del C. S. T. no puede tener aplicación lo dispuesto por el art. 64 ibidem, por la razón elemental de que la terminación se ha producido acorde con el mandato de la ley.

Respecto del convencimiento del fallador, "cuando de dos grupos de testimonios éste prefiere el uno o el otro, siendo como es libre en la formación de su convencimiento al tenor de lo preceptuado en el art. 61 del C. P. L. no resulta justificada la acusación de su fallo, pues si tuvo facultad para escoger mal pudo incurrir en error de hecho por haber escogido". No prospera el cargo.

El segundo cargo que formula el recurrente, va encaminado a quebrar la sentencia de segundo grado por violación directa del art. 65 del C. S. T. como aparece de su texto antes transcrito, por cuanto que, si el sentenciador condenó por cesantía a la parte demandada no por reajuste de esta prestación, se imponía, según el acusador, la condena por indemnización moratoria. Al no hacerlo, dejó de aplicar una norma de carácter sustancial.

LA CORTE CONSIDERA:

Al tenor de las mismas voces de la demanda, se pidió el "reajuste" de la cesantía, tomando en cuenta el valor de las horas extras (f. 3), por cuanto el demandado no lo hizo en esa forma al elaborar la liquidación final al trabajador. En consonancia con esa petición se entiende que falló el juez de primera instancia y en la misma forma el sentenciador de segundo grado al considerar el alegato del apelante, que para los efectos del recurso lo fue la parte demandada. No se ve claro que el Tribunal hubiera incurrido en la violación directa del art. 65 del C. S. T. por la sola circunstancia formal de no haber dicho "reajuste", expresamente, si eso era lo que se estaba demandando por el actor.

De otro lado la sanción prescrita en el art. 65 del C. S. T. "no opera cuando se paga o consigna lo que se considera deber, cuando el patrono obra de buena fe". A este respecto ha afirmado también la Corte "que la indemnización por mora de que trata el citado artículo no procede siempre que el fallo es condenatorio, sino cuando, además, como se ha dicho, la falta de pago carece de justificación, por ser el elemento buena fe el soporte sustancial de la institución comentada". Se ha visto ya que el demandado hizo oportunamente la consignación de lo que él consideraba deber y el Tribunal no la consideró írrita en su fallo con los argumentos que él aduce. Por otra parte "el entendimiento del art. 65 del C. S. T. conlleva a la luz de la jurisprudencia la apreciación de los elementos subjetivos de mala fe o de buena fe, para la aplicación de la norma". La sanción de que trata la disposición tantas veces citada, el correctivo que ella entraña se ejecuta frente al proceder habilidoso del patrono que apareciera demostrado en los autos. Esto lo puede apreciar el sentenciador y pronunciarse en consecuencia. Además, al decir de la Corte "la infracción directa de la ley es independiente de toda cuestión probatoria". No era el caso de aplicar el art. 65 del C. S. T. y la Sala considera que el Tribunal no violó la norma en referencia. Por tanto, el cargo no

prospera.

Respecto del cargo subsidiario que formula el recurrente, y como se vió antes al hacer la relación de ellos, está íntimamente vinculado a los dos principales que no han prosperado. Si como dice el acusador, el *ad-quem* incurrió en error evidente por falta de apreciación de las pruebas singularizadas, esa afirmación carece de fundamento serio, porque precisamente a todo lo largo de la parte motiva de la sentencia hace referencia el *ad-quem* a las documentales de autos y por eso pudo escoger para dictar el fallo aquellas que más fuerza le hacían. A juicio de la Sala no aparece error evidente de hecho, como se ha venido observando a través del presente análisis. Y siendo así, que solo procede en casación el error de hecho cuando "es ostensible la equivocación en que incurre el fallador; esto es, cuando la estimación que se hace de los elementos probatorios resulta contraria a la realidad de los hechos", para la Sala no hay duda alguna acerca de la conformación de la sentencia al haz probatorio.

Por consiguiente 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.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

VINCULACION LABORAL SOLIDARIA

Pueden ser solidariamente responsables, conforme al artículo 34 del C. S. T., el contratista independiente, el sub-contratista y el beneficiario de la obra.- Herederos del trabajador muerto en accidente de trabajo.- De qué depende tal calidad y su prueba.-

No depende la calidad de heredero del hecho de que así se haga constar en providencia dictada por el Juez de la sucesión, sino de los vínculos de parentesco entre el causante y quien se considere su causahabiente universal, para cuya demostración la prueba idónea son las correspondientes partidas de estado civil, si de la sucesión ab-intestato se trata. Tanto es así, que la providencia sobre declaratoria de herederos se funda en las pruebas que acrediten el parentesco entre el causante y sus asignatarios universales. En este sentido es uniforme la jurisprudencia de la Corte en Sala de Casación Civil.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., once de marzo de mil novecientos sesenta y seis.
(Magistrado ponente: Dr. Luis Alberto Bravo).

Por medio de apoderado, y ante el Juzgado Segundo del Trabajo de Manizales, la señora Luzmila Cárdenas vda. de Arroyave, en su propio nombre, y como representante legal de sus hijos menores Fernando, Jaime, Duván, Jairo y Alberto Arroyave Cárdenas, demandó a la empresa Robledo y Borrero Limitada, representada por los señores Gustavo Robledo Isaza y Oscar Borrero, a fin de que se le condenase a pagar lo siguiente:

a) A Luzmila Cárdenas de Arroyave y a sus hijos menores citados, en la proporción indicada por la ley, la suma de ocho mil seiscientos cuarenta pesos, por el fallecimiento de Hernando Arroyave, en accidente de trabajo, y

b) A la sociedad conyugal disuelta e ilíquida de Hernando Arroyave Jiménez y Luzmila Cárdenas, representada por la expresada señora y sus hijos menores, ciento cincuenta y seis pesos ($ 156,00) por salarios devengados y no pagados, computando los días jueves y viernes santos del año que corría; ciento setenta y cinco pesos ($ 175,00) por cesantía; noventa pesos ($ 90,00) por prima de servicios; indemnización moratoria y las costas del juicio.

Dijo en el libelo que la demandante fue casada con el señor Hernando Arroyave y que del matrimonio existen los menores hijos Fernando, Jaime, Duván y Jairo Arroyave Cárdenas; que con domicilio en Manizales existe una empresa denominada Robledo & Borrero Ltda. constituída por los señores Gustavo Robledo Isaza y Oscar Borrero Molina, quienes tienen la representación de la misma; que el 10 de octubre de 1955 ingresó al servicio de dicha Compañía, como bulldozero, el señor Hernando Arroyave Jiménez; que en la última semana de marzo de 1956 la empresa mencionada comisionó a Arroyave para trasladar el bulldozer al Municipio de Abejorral, en cuyo transporte ocurrió un accidente que costó la vida al citado Arroyave; que los gastos de conducción del cadáver y entierro fueron costeados por sus parientes; que la empresa Robledo & Borrero hizo publicar en "La Patria" de Manizales los avisos para el pago del seguro del trabajador fallecido, pero que cuando la señora Luzmila vda. de Arroyave se presentó a solicitar el pago de tal seguro la empresa se negó a efectuarlo, no obstante estar amparado Arroyave por la póliza

de Seguros No. 0275 contratada por Robledo & Borrero con la Pan-American Life Insurance Company; que fuera del seguro de vida la empresa mencionada debe los salarios correspondientes al tiempo corrido entre el 26 de marzo y el 5 de abril de 1956, el auxilio de cesantía, la prima correspondiente al lapso trabajado durante un semestre y la indemnización por falta de pago oportuno de las prestaciones; que el salario diario de Arroyave fue de doce pesos, y que los beneficiarios del seguro y únicos representantes de la sucesión ilíquida son el cónyuge sobreviviente de Arroyave y sus hijos menores.

La sociedad Robledo & Borrero se opuso a que se hicieran las declaraciones pedidas; negó los hechos y propuso las excepciones de inepta demanda, inexistencia de la obligación e ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, por cuanto el verdadero patrono del trabajador fallecido fue el doctor Raúl Hoyos.

En la primera audiencia de trámite se adicionó la demanda en el sentido de dirigirla también contra el Dr. Raúl Hoyos P., y la Central Hidroeléctrica de Caldas Ltda., representada por su Gerente Dr. Luis Eduardo Ochoa Gutiérrez, a fin de que respondiera solidariamente con la firma Robledo & Borrero Ltda.

Tanto la Hidroeléctrica de Caldas como el Dr. Raúl Hoyos rechazaron los hechos afirmados por el actor. La primera alegó la excepción de inepta demanda, por considerar que la empresa jamás tuvo vinculación laboral con el señor Hernando Arroyave Jiménez, y que por consiguiente, la demanda fue dirigida contra persona distinta de la obligada; y que, además, las actividades que le son propias nada tienen qué ver con las que efectuaba, en virtud de contrato, la sociedad Robledo & Borrero Ltda., por lo cual no puede existir la solidaridad alegada.

En cuanto al demandado Dr. Raúl Hoyos, negó también los hechos y manifestó que el demandante prestó sus servicios directamente a la empresa demandada, a la cual él había dado en arrendamiento el bulldozer. Dice también qué fue esa empresa, la de Borrero & Robledo Ltda., la que pagó el salario a Arroyave y le amparó con la póliza de seguro colectivo.

El Juzgado del conocimiento profirió sentencia definitiva y en ella condenó a la Sociedad Robledo & Borrero Ltda. y a la Central Hidroeléctrica de Caldas a pagar, solidariamente, a la señora Luzmila Cárdenas de Arroyave, y a sus menores hijos Fernando, Jaime, José Alberto Duván y Jairo Arroyave Cárdenas, la suma de once mil treinta y siete pesos con sesenta centavos ($ 11.037,60) por concepto de seguro de vida por muerte en accidente de trabajo del señor Arroyave Jiménez. Condenó, igualmente, al pago de $ 347,47 por auxilio de cesantía y prima de servicios y de $ 132,00, por salarios debidos a indemnización moratoria a razón de doce pesos por día, desde el 6 de abril de 1956 hasta cuando se verifique el pago de las condenas anteriores, todas a cargo de los demandados Robledo & Borrero Limitada y Central Hidroeléctrica de Caldas, en forma solidaria. Absolvió al doctor Raúl Hoyos.

Dicha Providencia fue apelada para ante el Tribunal Superior de Manizales —Sala Laboral—, entidad ésta que la revocó, y, en su lugar, condenó al Dr. Raúl Hoyos a pagar a la señora Luzmila Cárdenas de Arroyave, por concepto de la mitad del seguro de vida de Hernando Arroyave, la suma de $ 4.320,00 e igual cantidad en favor de los menores hijos de la expresada señora. Lo condenó, asimismo, al pago en favor de la sucesión de Arroyave, representada por la señora Luzmila Cárdenas vda. de Arroyave y sus hijos menores, de las siguientes cantidades: $ 174,00, por cesantía; $ 94,00 por prima; $ 144,00 por salarios insolutos. Además le condenó al pago de salarios caídos desde el 15 de octubre de 1956 hasta el día en que se verifique el pago, a razón de trece pesos diarios. Absolvió a Robledo & Borrero Limitada y a la Hidroeléctrica de Caldas Ltda.

EL RECURSO

Contra la expresada sentencia, la actora y uno de los demandados, el doctor Raúl Hoyos, interpusieron el recurso de casación, que va a decidirse, previo el estudio de las demandas que lo sustentan y de los escritos de oposición.

LA DEMANDA DE LA PARTE ACTORA

Propone el recurrente la casación total o parcial de la sentencia, en la forma que indica en cada uno de los cargos. Al efecto formula cuatro, el primero como principal y los restantes como subsidiarios.

La Sala limitará su examen al segundo, que prospera según va a verse.

Acusa por violación indirecta, a través de

error de hecho, del artículo 34 del C. S. del T., que no se aplicó, cuando ha debido serlo, y de los artículos 249 y 65 de la misma obra, indebidamente aplicados.

Singulariza las siguientes pruebas, de las cuales dice que no obstante haberlas apreciado el fallador, dejó de sacar de ellas "consecuencia probatoria tan obvia y evidente como la de que hasta el día 25 de marzo de 1956 los servicios personales se habían prestado en obras y para beneficio de R&B y de la CHEC":

"a) Los estatutos de la Central Hidroeléctrica de Caldas Ltda. (fol. 131 y ss.); b) el escrito de contestación de la demanda suscrita por el apoderado de la CHEC (fol. 47); c) el contrato celebrado entre la CHEC y R&B (fol. 94 a 103); d) el contrato celebrado entre R&B y los ingenieros sub-contratistas, entre los cuales el Ing. Raúl Hoyos (fol. 31); e) la declaración de Alonso Arango Vallejo, Inspector de obra y maquinaria de R&B (fol. 87 v. y ss.); f) las declaraciones de Hernando Posada Hoyos (fol. 124) y Jorge Muñoz Botero (fol. 127), sub-contratista de R&B junto con el demandado Raúl Hoyos; g) la declaración de Gilberto Muñoz (fol. 69 v.); h) la carta liquidación de las prestaciones debidas a Arroyave del 15 de octubre de 1955 al 25 de marzo de 1956, suscrita por el almacenista de R&B (fol. 29) y reconocida por éste (fol. 117); i) las inspecciones oculares sobre planillas, libros y documentos de R&B (fol. 73 a 76 y 163 a 165)"

Hace consistir el error de hecho en que el fallador, a pesar de haber apreciado las referidas pruebas, no dedujo de ellas "que los servicios prestados por el bulldozero Hernando Arroyave entre el día 15 de octubre de 1955 y el día 25 de marzo de 1956 mediante su vinculación laboral con el Ing. Raúl Hoyos, fueron servicios personales de los cuales se beneficiaron las firmas R&B y CHEC de Manizales, y que, además, tales servicios se realizaron en obras de propiedad de esta última empresa, obras que estaban dentro del giro normal de actividades de ambas firmas".

Pretende el recurrente el quebrantamiento parcial del fallo con el fin de que se modifiquen los puntos tercero y cuarto de éste en el sentido de hacer extensiva a Robledo & Borrero y a la CHEC la condena a pagar el auxilio de cesantía debido al trabajador Arroyave por los servicios que prestó entre el 15 de octubre de 1955 y el 25 de marzo de 1956 y también la relativa a indemnización moratoria. Solicita igualmente que se modifiquen los puntos quinto y sexto del mismo fallo en concordancia con las anteriores modificaciones.

LOS OPOSITORES

El apoderado de Robledo & Borrero Limitada, sostiene que dicha sociedad fue ajena a la vinculación jurídica que ligó a Arroyave con Hoyos y solicita que se mantenga el fallo recurrido. El del doctor Raúl Hoyos observa que si no existió la obligación demandada, tampoco podrá hacerse extensiva la condena en razón de una solidaridad inexistente. Y el de la Central Hidroeléctrica de Caldas arguye "que si acaso hubo solidaridad ella terminó al terminar tal contrato" (el de Hoyos con Robledo & Borrero).

SE CONSIDERA:

El Tribunal sentenciador da por establecido que el trabajador Arroyave no tuvo con las empresas Robledo & Borrero y la Central Hidroeléctrica de Caldas Limitada (CHEC) una relación laboral que implicara subordinación directa, "sino con el dueño del bulldozer Dr. Hoyos por cuya cuenta trabajaba en su contrato de movimiento de tierra . . .".

Dice al respecto:

"El juez de primera instancia se detuvo a hacer un agudo análisis sobre el aspecto de la solidaridad habida entre las partes demandadas por el planteamiento hecho por el Dr. Arturo Gutiérrez Castro, al proponer la excepción de inexistencia de la obligación (f. 57), análisis que la Sala no entra a considerar por innecesario si se tiene en cuenta que a la fecha del accidente —abril 6 de 1956— el señor Arroyave estaba ya desvinculado por completo de toda labor en los predios de la Central Hidroeléctrica de Caldas dentro de la jurisdicción de Chinchiná bajo la dependencia directa o indirecta de la empresa dueña de la obra en donde cumplió su labor de bulldozero. Desde que la máquina —el bulldozer de propiedad del Dr. Hoyos— fue retirada de las dependencias de la Chec para ser trasladado a otro departamento por disposición de su dueño, la vinculación laboral solidaria con la Chec y con la firma «Robledo & Borrero Ltda.» si es que la hubo, terminó. No hay en el expediente, ni como principio de prueba siquiera, algo que informe la vinculación de la Chec o la firma «Robledo & Borrero Ltda.» en el municipio de Abejorral, hacia donde viajó el bulldozero Arroyave Jiménez"; la parte ac-

tora ni demostró su afirmacion de la demanda en tal sentido, ni de ninguna de las pruebas se infiere que estas empresas tuvieran tal vinculación por aquellos predios. Así, la responsabilidad patronal se desplaza entonces hacia el Dr. Raúl Hoyos únicamente, y en consecuencia las excepciones propuestas por las empresas comerciales "Central Hidroeléctrica de Caldas Limitada" y "Robledo & Borrero Limitada", deben prosperar.

Menciona el fallador las siguientes pruebas como fundamento de sus conclusiones:

La escritura 1760 del 9 de septiembre de 1950, relativa a la constitución de la Central Hidroeléctrica del Caldas Limitada; los estatutos de ésta; la escritura 244 del 17 de febrero de 1947 sobre constitución de la sociedad Robledo & Borrero Ltda.; el contrato entre la Central Hidroeléctrica y Robledo & Borrero Ltda.; el contrato entre la firma Robledo & Borrero Ltda. y los Ingenieros Raúl Hoyos P. y Jorge Muñoz Botero; las declaraciones de Alonso Arango Vallejo, Hernando Posada Hoyos, Jorge Muñoz Botero y Gilberto Muñoz; el dictamen pericial; las planillas de trabajadores pagados por Robledo & Borrero Limitada; la liquidación de la cesantía del trabajador Hernando Arroyave, hecha por Néstor López para el doctor Raúl Hoyos, por encargo de éste; la comunicación dirigida al señor Rafael Cruz Vásquez, representante de "Panamerican Life Insurance Company", en que se requiere el pago del seguro de Arroyave; declaración del Gerente de la Compañía aseguradora y publicaciones atinentes al mismo seguro.

OBSERVA LA SALA:

Ciertamente de las referidas pruebas puede deducirse, como lo hizo el fallador, que Hernando Arroyave estuvo al servicio del Ingeniero doctor Hoyos, como bulldozero, en la obra de movimiento de tierras que éste y otros ingenieros llevaron a cabo en virtud de convenio con la sociedad Robledo & Borrero Ltda., la que a su turno tenía celebrado contrato con la Central Hidroeléctrica de Caldas para ejecutar esa obra. Y es evidente también que cuando el trabajador falleció en accidente el 6 de abril de 1956, si bien continuaba al servicio del doctor Hoyos, ya no realizaba una actividad que pudiese aprovechar a Robledo & Borrero ni a la Central Hidroeléctrica de Caldas. Resulta así fundado el razonamiento del Tribunal en el sentido de que ni Robledo & Borrero Limitada ni la CHEC están obligados al pago de la prestación derivada del accidente en que perdió la vida el trabajador Arroyave.

Más ocurre que de las mismas pruebas aparece que desde el 15 de octubre de 1955 hasta el 25 de marzo de 1956 Arroyave prestó sus servicios en la obra de movimiento de tierras que para la CHEC realizaba la sociedad Robledo & Borrero Limitada en asocio, entre otros, del Ingeniero Hoyos, propietario de la máquina que manejaba Arroyave, y que, al retirarse éste de la obra, no se le pagó el auxilio de cesantía correspondiente a este lapso.

Al efecto conviene destacar los siguientes datos:

a) El contrato celebrado entre la Central Hidroeléctrica de Caldas Limitada y Robledo & Borrero Limitada, cuya cláusula primera dice: "LOS CONTRATISTAS se obligan para con LA CENTRAL a realizar las siguientes obras: a) A verificar la excavación o movimiento de tierras hasta dejar lista para ser ocupada la banca destinada a la construcción del canal de conducción de aguas para la Planta de La Esmeralda que construirá LA CENTRAL en el Municipio de Chinchiná. El movimiento de tierras o excavaciones a que se obligan LOS CONTRATISTAS por el presente documento, corresponde a la zona localizada entre las abscisas K7+000 a K13+830 del Proyecto respectivo, sin incluír el movimiento de tierras del sifón de Moravo; b) A construír todas las obras de arte, zanjas y drenajes, desagües transversales, alcantarillas, etc., que se requieran para la estabilidad del canal de conducción de que se habla bajo el aparte a) de la presente cláusula; y c) Construír los terraplenes y rellenos necesarios para la estructura". (Folio 94, primer cuaderno).

b) La carta suscrita por los Ingenieros Raúl Hoyos y Jorge Muñoz Botero, dirigida a Robledo & Borrero Limitada, que da cuenta de los precios y demás condiciones en que dichos ingenieros se obligaron a efectuar la explanación "en el canal de la CHEC", en los tramos que de común acuerdo convengamos con Uds. y que estén en cerrados claro está, en el tramo total por Uds. contratado, con la antes citada empresa" (folio 31);

c) La declaración del inspector de obra y maquinaria de Robledo & Borrero Limitada, señor Alonso Arango Vallejo, en la que se lee: "PREGUNTADO.—¿Si Ud. conoció a Hernan-

do Arroyave Jiménez, sírvase decirnos dónde lo conoció y qué negocio o relaciones tuvo con él? CONTESTA.—Conocí a Hernando Arroyave aquí en Manizales y lo conseguí para bulldozero, por cuenta del Dr. Raúl Hoyos; yo estaba encargado de dos máquinas de dicho doctor, las cuales estuvieron trabajando en la carretera Manizales-Chinchiná y luégo se llevaron a trabajar en el contrato que tenía «Robledo y Borrero» en Las Mercedes y Morabo, para trabajos de la CHEC. El Dr. Raúl Hoyos vino un día de la ciudad de Medellín y me dijo que le consiguiera un bulldozero para un T-14 que venía nuevo; aclaro que era un T-18 y entonces yo conseguí al señor Hernando Arroyave para el manejo de esta máquina". "... Máquina que estuvo manejando en los trabajos de la CHEC —explanación del canal de la Chec— en el sector «Mercedes Morabo» jurisdicción de Chinchiná". "PREGUNTADO.—¿En qué obra o en qué obras trabajó Hernando Arroyave? CONTESTA: Arroyave trabajó en la instalación que se estaba haciendo para la CHEC, en el sector «Mercedes-Morabo», jurisdicción de Chinchiná. PREGUNTADO.—¿Cuál es la entidad propietaria de dicha obra? CONTESTA: "La entidad propietaria es la Central Hidroeléctrica de Caldas (CHEC)". "PREGUNTADO: ¿Cuál es la empresa o firma contratista que desarrolla o construye esa obra y mediante qué contrato? CONTESTA: Son varias compañías contratistas las que están haciendo esa instalación de la CHEC, entre ellas la firma «Robledo & Borrero», «Itrulca»". "PREGUNTADO: ¿Hernando Arroyave trabajaba en el sector correspondiente, a cuál compañía contratista? CONTESTA: Arroyave trabajaba en el de la compañía «Robledo & Borrero»". PREGUNTADO: ¿El propietario de la máquina manejada por Hernando Arroyave qué negocio o negocios tenía con la empresa "Robledo & Borrero Limitada" para la ejecución de los trabajos en los cuales prestó sus servicios el citado Arroyave? CONTESTA: Tenía un sub-contrato el doctor Raúl Hoyos, con "Robledo & Borrero", en el movimiento de tierra; en eso era que trabajaba la máquina manejada por Arroyave". PREGUNTADO: ¿Cuándo y con ocasión de qué hecho o por qué motivo Hernando Arroyave Jiménez dejó de trabajar en el movimiento de tierra que se hacía para la CHEC en el lugar y en las condiciones de que Ud. ha hablado? CONTESTA: Por el hecho de que el doctor Hoyos canceló el contrato que tenía con "Robledo & Borrero" y se llevó las máquinas a trabajar a Antioquia, dejó de trabajar en ese sector".

d) La declaración del doctor Jorge Muñoz Botero, quien manifestó. "PREGUNTADO: Díga el declarante lo que le conste personalmente sobre las relaciones de la Empresa «Robledo &Borrero Limitada», con el Dr. Raúl Hoyos en cuanto toca con el trabajador Hernando Arroyave? CONTESTO: Conocí a Hernando Arroyave como maquinista o bulldozero de un aparato de propiedad del señor Ingeniero Raúl Hoyos P., aparato el cual estuvo trabajando a fines del año de 1955 y a principios de 1956 en la ampliación de la carretera Manizales-Chinchiná. Luégo este bulldozer y su maquinista pasaron a trabajar en el contrato que la firma «Robledo & Borrero Ltda.» tenía con la «Central Hidroeléctrica de Caldas» para la construcción de la banca de la conducción del ensanche de la citada empresa llamado «Ampliación de La Esmeralda»".

e) La declaración de Néstor López, almacenista de "Robledo & Borrero Limitada", en la que afirma que el doctor Hoyos le pidió personalmente que le hiciera la liquidación de que trata la carta de fecha 15 de mayo de 1956, dirigida por el declarante a dicho doctor Hoyos, carta así ratificada, cuyo texto es como sigue:

"Manizales, mayo 15 de 1956.—Señor doctor RAUL HOYOS.—Medellín .....

.....

"De acuerdo con nuestra conversación sostenida antes de regresar usted a Medellín, el sábado pasado, le envío la liquidación de cesantía de Hernando Arroyave por el tiempo que trabajó en las obras del canal de la Chec.

"Cesantía por 5 meses y 10 días, $ 213,87.

"Fuera de la cesantía, Arroyave tenía derecho a la liquidación de su prima semestral por el mismo tiempo (5 meses y 10 días); no le hice la liquidación de esta prima por desconocer su capital y por lo tanto no sé cuánto estará obligado por la ley. Para su conocimiento me permito informarle que Arroyave trabajó desde el 15 de octubre de 1955 hasta el 25 de marzo de 1956". (Folio 29 y 118 vtq.).

f) La inspección ocular en que el Juzgado del conocimiento examinó las siguientes planillas presentadas por el apoderado de "Robledo & Borrero Limitada".

"Planilla correspondiente al lapso del 10 al 22 de octubre de 1955. OBRA: "Explanación

para Canal Chec". Aparece Hernando Arroyave con un total de ocho (8) días de trabajo, dieciocho (18) horas extras, jornal de doce pesos ($ 12,00) y total recibido: $ 123,00. Firma "Hernando Arroyave". Quincena del 24 de octubre al 6 de noviembre de 1955. OBRA: "Movimiento de tierra para canal Chec". Figura Hernando Arroyave, con un total de doce días y doce pesos ($ 12,00) y total recibido: $ 193,50. Firma: "Hernando Arroyave". Planilla del 7 al 20 de noviembre de 1955. OBRA: Chec, Bulldozeros, ayudantes, obreros (tiene al margen una anotación manuscrita que dice: "c/go. Dr. Muñoz Botero. Dr. Raúl Hoyos. Dr. Orozco"). Figura Hernando Arroyave con un total de dieciséis días y medio trabajados, cuarenta y siete horas extras, jornal de doce pesos ($ 12,00), total recibido: $ 268,50. Firma: "Hernando Arroyave". Quincena del 21 de noviembre al 4 de diciembre de 1955. OBRA: "CHEC —Cgo. Dr. Muñoz Botero & Cía.". Figura Hernando Arroyave con un total de catorce (14) días trabajados; cuarenta y una horas (41) extras, jornal de doce pesos ($ 12,00). Total devengado: $ 229,50. Firma ilegible. Planilla del 5 al 18 de diciembre de 1955, que empieza así: "Planilla de Trabajadores de Muñoz B. y Cía....". "Figura Hernando Arroyave con un total de catorce días trabajados, total recibido: $ 213,00. Firma "Hernando Arroyave", al margen en la casilla correspondiente a este trabajador se lee la siguiente anotación: "177,60". Planilla del 19 de diciembre de 1955 al 1º de enero de 1956. "OBRA: «CHEC-CGO. Dr. Muñoz Botero». Figura Hernando Arroyave con catorce días trabajados, treinta y dos (32) horas extras, jornal de doce pesos ($ 12,00). Total devengado: $ 216,00. Firma "Hernando Arroyave". Quincena del 2 al 15 de enero de 1956. OBRA: "Canal para la Chec. Cgo. Dr. Muñoz Botero y Cía.". Figura Hernando Arroyave con catorce (14) días trabajados, veintisiete (27) horas extras, jornal de doce pesos ($ 12,00). Total devengado: $ 208,50. Firma: "Hernando Arroyave. Planilla del 16 de enero al 30 del mismo de 1956. OBRA: Chec-Cgo. "Muñoz Botero y Cía.". Figura Hernando Arroyave, con un total de catorce (14) días trabajados, cincuenta y dos (52) horas extras, jornal de doce pesos ($ 12,00), total devengado: $ 246,00. Firma "Hernando Arroyave". Quincena del 30 de enero a 12 de febrero de 1956. OBRA: "Canal Chec, cgo. Dr. Muñoz Botero y Cía.". Figura Hernando Aarroyave, con un total de catorce (14) días trabajados, treinta y dos (32) horas extras, jornal doce pesos ($ 12,00). Total recibido: $ 216,00. Firma: "Hernando Arroyave". Planilla del 13 de febrero al 26 del mismo des, de 1956. OBRA: Chec-Cgo. "Muñoz Botero y Cía.". Figura: Hernando Arroyave con un total de catorce (14) días trabajados, treinta (30) horas extras, jornal doce pesos ($ 12,00), total devengado: $ 213,00. Firma: "Hernando Arroyave". Planilla del 27 de febrero al 11 de marzo de 1956. OBRA: "CHEC. Dr. Hoyos y Cía.". Figura Hernando Arroyave con un total de catorce (14) días trabajados, cuarenta y dos horas extras, jornal de doce pesos ($ 12,00). Total devengado: $ 231,00. Firma: "Hernando Arroyave". Quincena del 12 al 25 de marzo de 1956. OBRA: "Explanación Chec. (Hoyos y Orozco). Figura Hernando Arroyave, con un total de catorce (14) días trabajados, veintisiete (27) horas extras, jornal de doce pesos ($ 12,00). Total devengado: $ 208,50. Firma «Hernando Arroyave»... (Folios 73 a 76).

g) Los estatutos de la Central Hidroeléctrica de Caldas, que en sus artículos 2 y 52, dicen:

"ARTICULO 2º—El objeto de la sociedad será: a) Beneficiar las aguas de los ríos Chinchiná y Campoalegre, de conformidad con la concesión otorgada por el Gobierno Nacional, y de los afluentes de los mismos ríos, al tenor de las autorizaciones legales conferidas al efecto, para la producción de luz, calor y fuerza eléctricas y otros, y prestación de los servicios respectivos; b) Beneficiar cualquiera otra fuente de energía para la producción de luz, calor y fuerzas eléctricas y que tenga por finalidad prestar este servicio a la ciudad de Manizales y a otras ciudades del Departamento de Caldas o del país".

....
.....

ARTICULO 52.—La Empresa debe tener una orientación estrictamente comercial, con tarifas de suministro de energía tales, que rindan productos suficientes para atender en orden de prelación los siguientes renglones:

"a) .....
"b) .....
"c) .....

"d) Financiación de las construcciones necesarias para atender el incremento de consumo de energía en la región servida por la Central... A este efecto las reservas de nuevos ensanches deben hacerse de manera que garanticen su financiación, con el criterio de

tener disponible en todo tiempo una capacidad generadora suficiente para atender la demanda prevista en los próximos cuatro años" (Folios 136 y 141 vto.).

De lo que se ha transcrito se infiere que la sociedad "Robledo & Borrero Limitada", por un precio determinado y con sus propios medios se obligó para con la Central Hidroeléctrica de Caldas Ltda., "a verificar la excavación o movimiento de tierras hasta dejar lista para ser ocupada la banca destinada a la construcción del canal de conducción de aguas para la planta de "La Esmeralda" que construirá la Central en el Municipio de Chinchiná" y a ejecutar otras obras como zanjas, drenajes, desagües, alcantarillas, terraplenes y rellenos necesarios para la estructura; que estas obras están comprendidas dentro de las actividades normales o corrientes de la Central Hidroeléctrica de Caldas, ya que tienden al "incremento de consumo de energía en la región servida por la Central", mediante la conducción de aguas para una de sus nuevas plantas; que la sociedad "Robledo & Borrero Limitada" adelantó parte de tales obras por conducto de los Ingenieros Raúl Hoyos y Jorge Muñoz Botero, quienes aportaron los equipos requeridos al efecto; que Alonso Arango Vallejo, empleado de "Robledo & Borrero Limitada" siguiendo instrucciones del Ingeniero Raúl Hoyos contrató los servicios personales de Hernando Arroyave como bulldózero de una de las máquinas de dicho Ingeniero; que Arroyave prestó sus servicios, desde el 15 de octubre de 1955 hasta el 25 de marzo de 1956 en las obras que Robledo & Borrero se obligó a ejecutar por encargo de la Central Hidroeléctrica y por cuenta del doctor Hoyos, y que en razón de esos servicios Arroyave se hizo acreedor al auxilio de cesantía correspondiente.

Se dan, pues, en el caso que se estudia, las condiciones principales para que surja la solidaridad, prevista en el artículo 34 del C. S. T.

Sin embargo, el Tribunal sentenciador sostiene que "la vinculación laboral solidaria (de Arroyave) con la CHEC y con la firma «Robledo & Borrero Limitada» si es que la hubo, terminó «desde que la máquina —el bulldozer— de propiedad del doctor Hoyos fue retirada de las dependencias de la CHEC para ser trasladada a otro Departamento a disposición de su dueño»". Pero no expone las razones que tenga para estimar que las obligaciones emanadas de esa vinculación laboral solidaria desaparecieran con efecto retrospectivo una vez que el bulldozer de propiedad del doctor Hoyos y su operario fueron destinados por él a otros frentes de trabajo. Sea como fuere, ello implica un error que provino de que limitó su examen al problema de establecer a quién le correspondía la responsabilidad en cuanto a las prestaciones debidas por el accidente en que pereció el trabajador Arroyave, perdiendo de vista que éste, durante el tiempo en que prestó sus servicios personales en las obras de construcción del canal de la CHEC, ejecutadas conjuntamente por "Robledo & Borrero Limitada" y por el Ingeniero Raúl Hoyos, como contratistas independientes, se hizo acreedor al menos a una prestación distinta: la de auxilio de cesantía. Y es obvio que de tal prestación debían responder solidariamente dichos contratistas y el beneficiario de las obras, esto es, la Central Hidroeléctrica de Caldas, entidad que las encargó para fines pertenecientes al giro ordinario de sus negocios.

De consiguiente, prospera el cargo, por lo cual la sentencia habrá de casarse en lo pertinente.

LA IMPUGNACION DEL DEMANDADO RAUL HOYOS

Solicita que se case totalmente el fallo recurrido para que se confirme el de primer grado.

Con invocación de la causal 1ª del artículo 87 del C. P. del T., formula tres cargos.

PRIMER CARGO

Acusa por aplicación indebida de los artículos 22, 23, 289, 290, 291, 292, 293, 305 (en relación con el 214), 249, 258, 306; 57 ordinal 4, 139 y 65 del C. S. T. por errónea apreciación de la prueba testimonial y documental.

Ataca en primer término la tesis del Tribunal acerca de la existencia del contrato de trabajo entre Hernando Arroyave y el doctor Raúl Hoyos. Dice que las mismas pruebas en que el sentenciador pretende fundar esta conclusión demuestran exactamente lo contrario. Anota al efecto lo siguiente:

Alonso Arango Vallejo (folios 87 v. y ss.).— Este declarante tenía la calidad de empleado de la firma "Robledo & Borrero"; obraba en todo momento en nombre y representación de dicha firma y en beneficio de ésta contrató los servicios del trabajador Arroyave.

Gilberto Muñoz (folios 69 v. y ss.).—En parte alguna de su declaración afirma que Arroyave prestara sus servicios al doctor Hoyos, y ni siquiera conocía al dueño de la máquina que manejaba Arroyave, lo cual demuestra que el doctor Hoyos, jamás se presentó personalmente al lugar en donde el testigo y Arroyave trabajaban en la misma obra.

Jorge Muñoz Botero (folio 127 v. y ss.).—Atestigua que como el doctor Hoyos recidía en Medellín el trabajador Arroyave no podía recibir órdenes de éste, y en cambio sí estaba directamente subordinado a uno de los Ingenieros de la firma contratista o del Inspector de la obra, señor Arango Vallejo.

Carta del folio 29.—Este documento no puede tenerse como prueba porque no se presentó original y la copia no encaja en ninguno de los ordinales de excepción previstas en el art. 648 del C. J.

Planillas de folios 74 y 163.—Nada prueban en relación con el supuesto contrato de trabajo entre Arroyave y el doctor Hoyos, sino, que al contrario, indican que el trabajador fallecido figuró siempre en las planillas de Robledo & Borrero Limitada y era dicha sociedad la que le remuneraba sus servicios.

Póliza de Seguro (folio 17).—El certificado individual de seguro No. 91, expedido con aplicación a la póliza de seguro colectivo No. 00275, de Pan-American Life Insurance Company, es suficiente demostración de que Arroyave fue amparado por cuenta de la sociedad Robledo & Borrero Limitada, legalmente obligada a asegurar a sus trabajadores, y como no existe en el expediente constancia de una justa causa para dar por terminado el referido contrato de trabajo, el seguro a favor de Arroyave continuaba vigente cuando ocurrió el fallecimiento.

Se extiende luégo el recurrente en un análisis de las normas legales y de la doctrina relativas al seguro de vida, análisis encaminado a demostrar que existe diferencia entre patrono y empresa, por lo cual el Tribunal, al atribuír este último carácter al doctor Hoyos, para condenarlo al pago de indemnización por muerte, hizo indebida aplicación de las disposiciones que regulan el estatuto del seguro.

Censura también la sentencia en cuanto afirma que la prueba de la nómina de la empresa obligada al seguro colectivo corre a cargo del patrono y no del demandante, por mandato expreso del artículo 195 del C. S. T., y glosa la calificación de muerte por accidente que halla contradictoria con el hecho reconocido de "que el bulldozero se dedicó imprudentemente a realizar una labor con el aparato a él encomendado, no propio de su misión".

Finalmente dice, refiriéndose a las prestaciones sociales y a la indemnización moratoria, que si no existió contrato de trabajo entre el Dr. Hoyos y Arroyave, tampoco tiene el primero obligación de pagar auxilio de cesantía, prima de servicios, salarios, ni indemnización de ninguna naturaleza.

El apoderado de Robledo & Borrero Ltda., en su condición de opositor, anota que dicha sociedad celebró un contrato de obra con Hoyos y Muñoz Botero, y agrega que el hecho de que en una póliza flotante se hubiera incluído a Arroyave, no es base o fundamento para deducir la existencia de un contrato de trabajo con éste.

SE ESTUDIA EL CARGO:

Al examinar el segundo cargo de la demanda de la parte actora recurrente, esta Sala expuso las razones que la llevaron a acoger la conclusión del fallador, según la cual existió contrato de trabajo entre el Dr. Raúl Hoyos y el señor Hernando Arroyave.

La crítica que hace el apoderado del demandado recurrente doctor Hoyos, en torno a algunos de los soportes de hecho de la sentencia, carece de fuerza para desvirtuar la referida conclusión. Al efecto se observa:

a) *Declaración de Alonso Arango Vallejo.*—La circunstancia de que el declarante fuera empleado de Robledo & Borrero, no excluye la posibilidad de que, por cuenta del ingeniero sub-contratista doctor Hoyos, hubiera contratado los servicios del señor Arroyave como bulldozero de una de las máquinas del mencionado sub-contratista, y que luégo, siguiendo también instrucciones de éste, entregara esa máquina al mismo Arroyave para ser trasladada a Antioquia.

Es obvio, por lo demás, que la actividad laboral de Arroyave, mientras se ocupó en las obras que Robledo & Borrero ejecutaba para la Central Hidroeléctrica de Caldas, aprovechó no solo a su patrono Dr. Hoyos sino a esas entidades.

Declaración de Gilberto Muñoz.—Para que se configure el contrato de trabajo no se requiere la presencia del patrono en el lugar en que el operario desarrolla su actividad.

Esta declaración coincide en lo pertinente con la de Arango Vallejo, sin que deje de tener eficacia persuasiva porque el deponente no conociera personalmente al patrono de Arroyave o porque se equivocara acerca de su nombre.

Declaración de Jorge Muñoz Botero.—"En todo trabajo de ingeniería —explica el Dr. Muñoz Botero— hay un directo responsable de las obras y director de las mismas; al estar el Dr. Raúl Hoyos P. viviendo en Medellín, de quien directamente recibía órdenes el señor Hernando Arroyave, que me consta que manejaba una máquina de propiedad del señor Ingeniero Raúl Hoyos, era o de uno de los ingenieros de la firma Robledo & Borrero o de quien conocí como Inspector de la obra señor Alonso Arango Vallejo".

Así, pues, según esta declaración, Arroyave ciertamente recibía órdenes inmediatas del director responsable de las obras. Pero no por ello cabe entender que el Dr. Hoyos, debido a su ausencia del lugar en que se realizaba el trabajo, careciese de facultad para impartirlas también a aquél, facultad que ejerció precisamente cuando dispuso el traslado de la máquina de su propiedad a otro lugar.

Carta del folio 29.—El señor Néstor López, ratificó, en declaración rendida bajo juramento, en la cuarta audiencia de trámite, (folios 117 a 119) el contenido de tal documento.

Las planillas.—Conforme al dictamen pericial (folios 164 y 165) el valor de planillas pasaba como gastos a las llamadas actas, y en ellas se hacía figurar, con imputación a cargo de los subcontratistas (el Dr. Hoyos y otros), lo que se pagaba por concepto de salarios a los trabajadores de éstos.

La Póliza de Seguro.—La inclusión de Arroyave en la póliza de seguro colectivo contratada por Borrero & Robledo con la Pan-American Life Insurance Company, podría tomarse como indicio de que hubiese servido bajo la dependencia exclusiva de aquella firma, si no obraran las restantes pruebas, de donde el Tribunal dedujo que la vinculación laboral existió entre el mencionado trabajador y el Dr. Raúl Hoyos. Siendo así, dicha póliza, que desde luego garantizaba virtualmente la responsabilidad solidaria de Borrero & Robledo Limitada, solo podía amparar a Arroyave hasta la fecha en que éste, por determinación de su patrono, se retiró de los trabajos de explanación para el canal de la CHEC, en que el Dr. Hoyos actuó como subcontratista.

Bajo la misma enunciación de "aplicación indebida... por errónea apreciación de la prueba testimonial y documental", plantea el recurrente en la segunda parte del cargo, refiriéndose a la condena de indemnización por muerte, varias cuestiones de derecho como las relativas a la distinción entre empresa y patrono y entre capital y nómina y al concepto de accidente de trabajo, que entrañan otras modalidades de violación de la ley, las cuales, no habiendo sido propuestas adecuadamente, impiden el estudio de fondo de aquéllas en este cargo, por razón de la técnica a que está sujeto este recurso.

En la tercera parte del cargo, el recurrente insiste en la crítica de las pruebas consistentes en las declaraciones de Alonso Arango Vallejo, Gilberto Muñoz y Néstor López y en el documento del folio 19, que por haber sido, en su opinión, erróneamente apreciadas, condujeron al Tribunal a declarar que entre el Dr. Hoyos y el señor Arroyave existió contrato de trabajo y, en consecuencia, a proferir condena contra el primero por concepto de auxilio de cesantía, prima de servicios, salarios insolutos e indemnización moratoria.

Más no habiéndose demostrado, según se vió atrás, el error de hecho que se alega, habrá de rechazarse igualmente este aspecto de la impugnación.

El cargo no prospera.

SEGUNDO CARGO

Acusa en éste de violación, por aplicación indebida, de los arts. 249, 258, 306, 57 ordinal 4º, 139 y 65 del C. S. T., en relación con los arts. 1040, sustituído por el 85 de la Ley 153 de 1887, 1297 y 1781 del C. C.

Afirma el acusador que la infracción de las normas se produjo al dar por probada, sin estarlo, la legitimación en causa de la sucesión de Hernando Arroyave.

El cargo sostiene, en síntesis, que cuando se pide para la sucesión, debe acreditarse la apertura de la misma y la aceptación de la herencia por los causahabientes universales del *de cujus*, aportando al juicio los autos correspondientes, y que como ese medio de prueba no aparece en el proceso, no era el caso de imponer al Dr. Raúl Hoyos la obligación de pagar a la sucesión de Arroyave las sumas de dinero a que lo condena la senten-

cia impugnada, por cesantía, primas, salarios insolutos e indemnización moratoria, porque para ello carece de legitimación en causa la parte demandante. En apoyo de su tesis cita una sentencia de la Corte, Sala de Casación Civil, de mayo de 1920, según la cual mientras los herederos no hayan aceptado la herencia no tienen su representación.

SE CONSIDERA:

El fallo de la Corte que invoca el impugnante dice en uno de sus párrafos:

"Si bien es cierto que el art. 1155 del C. C. dice que los herederos representan la persona del testador y le suceden en sus derechos y obligaciones transmisibles, él se refiere expresamente a la sucesión testada, y es preciso que el heredero acepte la herencia, expresa o tácitamente, para que se entienda continuador del difunto. En ningún caso puede considerarse como representante de la sucesión intestada a un heredero que no ha aceptado la herencia".

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 1298 del C. C., la aceptación de una herencia puede ser expresa o tácita, y es expresa cuando se toma el título de heredero. Se entiende —dice el art. 1299 de la misma obra— que alguien toma el título de heredero cuando lo hace en un acto de tramitación judicial, entre otros casos.

En el asunto litigioso, la cónyuge de Hernando Arroyave, Luzmila Cárdenas de Arroyave, y sus menores hijos Arroyave Cárdenas, actúan a nombre de la sucesión de su causante, aún ilíquida, y en representación de la sociedad conyugal Arroyave-Cárdenas, también ilíquida. Han aceptado, pues, la herencia de su causante, de manera expresa, conforme a los preceptos citados del Código Civil. Se cumple, por tanto, el requisito exigido por la doctrina de la Corte.

Obran en el juicio las partidas de estado civil que demuestran el parentesco entre el causante Arroyave y los menores Fernando, Jaime, Duván, Jairo y Alberto Arroyave y la la calidad de cónyuge sobreviviente de la señora Luzmila Cárdenas. Así lo reconoce el recurrente, pero, en su opinión, no son las partidas el medio adecuado para acreditar la aceptación de la herencia y la calidad de herederos, sino las providencias que se dicten en el correspondiente juicio sucesorio. Hace la afirmación sin aducir razones de orden legal que la demuestre, de un lado, y de otro, las disposiciones que cita como violadas no abonan su tesis, porque ninguna de ellas consagra como medio probatorio para acreditar los hechos a que el cargo se refiere, los que éste menciona.

No depende la calidad de heredero del hecho de que así se haga constar en providencia dictada por el Juez de la sucesión, sino de los vínculos de parentesco entre el causante y quien se considere su causahabiente universal, para cuya demostración la prueba idónea son las correspondientes partidas de estado civil, si de sucesión *ab-intestato* se trata. Tanto es así, que la providencia sobre declaratoria de herederos se funda en las pruebas que acrediten el parentesco entre el causante y sus asignatarios universales. En este sentido es uniforme la jurisprudencia de la Corte en Sala de Casación Civil. El medio de prueba a que se refiere el recurrente es también apto para la comprobación del hecho debatido, pero no es exclusivo, como aquél lo sostiene.

Por lo demás, si los elementos de juicio que el cargo menciona son los pertinentes para acreditar el presupuesto de hecho a que alude el impugnante, trataríase de error de derecho, que el cargo no presenta ni demuestra.

El cargo no prospera.

TERCER CARGO

Subsidiariamente, se acusa la sentencia "por error de hecho que condujo a la violación de los artículos 289 (en concordancia con el 214), 249, 306, 57 (regla 4ª) y 65 del C. S. del T. por aplicación indebida de estos preceptos legales de orden sustantivo, y por falta de aplicación de los artículos 32 y 34 ibidem".

El acusador reitera los argumentos que expuso en el desarrollo del primer cargo y coadyuva la impugnación contenida en el tercero de la demanda del actor recurrente.

En resumen, el error de hecho consistiría en no haber dado por establecido, a causa de la indebida apreciación de algunas pruebas, el contrato de trabajo que existió entre Hernando Arroyave y Robledo & Borrero Limitada y en no haber declarado la solidaridad laboral entre esta sociedad y la CHEC respecto de las consecuencias de ese contrato.

Se sancionan como pruebas indebidamente apreciadas las siguientes:

Declaraciones de Alonso Arango Vallejo, Gilberto Muñoz, Hernando Posada Hoyos,

Jorge Muñoz Botero; las inspecciones oculares sobre planillas, libros y documentos de Robledo & Borrero; los contratos de éstos con la CHEC y con los ingenieros subcontratistas y los estatutos de la CHEC.

El error de hecho alegado en relación con el contrato de trabajo se examinó anteriormente, y, como ya se vio, el recurrente no logró demostrar que el Tribunal hubiese cometido yerro al estimar que el verdadero patrono de Arroyave fue el Ingeniero Hoyos y no Robledo & Borrero Limitada.

Y no habiéndose demostrado ese error de hecho, la responsabilidad solidaria de la CHEC no puede provenir de un supuesto contrato de trabajo entre Robledo & Borrero y el señor Hernando Arroyave, sino del que ligó a éste con el ingeniero Hoyos.

Por tanto, el cargo, tal como está planteado, no puede prosperar.

FALLO DE INSTANCIA

Las consideraciones hechas por esta Sala al examinar la acusación contenida en el segundo de los cargos que formuló la parte actora recurrente, son suficientes para dictar en instancia el fallo que haya de reemplazar al del *ad-quem,* en lo pertinente.

Con base en ellas, deberá condenarse a Robledo & Borrero Limitada y a la Central Hidroeléctrica de Caldas, Limitada, CHEC, a pagar solidariamente con el Ingeniero Raúl Hoyos la suma de $ 174,00, valor del auxilio de cesantía correspondiente al tiempo transcurrido entre el 15 de octubre de 1955 y el 25 de marzo de 1956, durante el cual Hernando Arroyave trabajó en la construcción del canal para conducción de aguas a la planta de "La Esmeralda".

Igualmente deberá condenarse a Robledo & Borrero Limitada y a la Central Hidroeléctrica de Caldas, Limitada, a pagar solariamente con el Ingeniero Raúl Hoyos la suma de $ 13,00 diarios, por concepto de indemnización moratoria, contados desde el 6 de abril de 1956, fecha en que terminó el contrato con Hernando Arroyave, por muerte del trabajador, hasta cuando se haya verificado o verifique el pago del auxilio de cesantía.

El pago de este auxilio y de la indemnización moratoria se hará a la sucesión de Hernando Arroyave, representada por la señora Luzmila Cárdenas de Arroyave, en su propio nombre y en el de sus hijos menores, Fernando, Jaime, Duván, Jairo y Alberto Arroyave Cárdenas.

El pago del seguro de vida, primas de servicio y salarios insolutos, son de cargo exclusivo del Ingeniero Raúl Hoyos, por haberse causado cuando Hernando Arroyave ya no realizaba labores en beneficio de Robledo & Borrero Limitada o de la Central Hidroeléctrica de Caldas Limitada y deberá efectuarse conforme a lo ordenado por la sentencia del Tribunal.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida en cuanto absolvió a Robledo & Borrero Limitada y a la Central Hidroeléctrica de Caldas Limitada, y en su lugar, revocando la de primer grado, condena a dichas sociedades, representadas, la primera por los Ingenieros Gustavo Robledo Isaza y Oscar Borrero Molina, y la segunda por el doctor Luis Eduardo Ochoa Gutiérrez, a pagar en forma solidaria con el Ingeniero Raúl Hoyos P. y a favor de la sucesión de Hernando Arroyave, representada por la señora Luzmila Cárdenas de Arroyave, en su propio nombre y en el de sus hijos menores Fernando, Jaime, Duván, Jairo y Alberto Arroyave Cárdenas, la cantidad de CIENTO SETENTA Y CUATRO PESOS ($ 174,00) MONEDA CORRIENTE, valor del auxilio de cesantía correspondiente a Hernando Arroyave, y TRECE PESOS ($ 13,00) MONEDA CORRIENTE, diarios, por concepto de indemnización moratoria, desde el seis (6) de abril de mil novecientos cincuenta y seis (1956) hasta cuando se verifique el pago del mencionado auxilio. No la casa en lo demás.

Costas a cargo de la parte demandada recurrente.

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

Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO

Pago del salario al empleado por un tercero por encargo del patrono.- Relaciones que median entre una Cooperativa de transporte y los propietarios de los vehículos inscritos en ella.- Servicio de los despachos de automotores a través del empleado denominado "despachador".- Recto entendimiento del art. 22 del CST.- Problema de la sustitución patronal.- Pretendida buena fe del patrono.- Condenas por cesantía, vacaciones, prima de servicios, sobrerremuneración de trabajo en domingos y festivos e indemnización por mora.-

1.- Para la Corte, el salario puede ser pagado por persona distinta del patrono. Sobre este particular ha dicho: "Si es obligación del patrono, al tenor de los arts. 22 y 23 del C.S.T., pagar el salario al empleado, nada impide que el acto lo cumpla un tercero por encargo de aquél. A diferencia de lo que ocurre con el recibo del salario que, por mandato legal debe entregarse al trabajador o a quien éste autorice por escrito (art. 139), el pago de la asignación al empleado puede hacerlo el patrono o un tercero, por encargo suyo o sin él, pues es válido aunque se efectúe sin conocimiento y aún contra la voluntad del deudor" (Sent. 14 de abril de 1961, "G.J.", XCV, 683)".

2.- El Tribunal no concluye que el demandante era empleado de la Cooperativa del solo hecho de la subordinación a ésta, sino que también anotó que, a su juicio, el pago que los afiliados le hacían era una parte de la cuota de afiliación, por lo que era legítimo considerar que lo efectuaban a nombre de la entidad; y esta interpretación cuadra bien con la índole de las relaciones que median entre una Cooperativa de transportes y los propietarios de los vehículos inscritos en ella, pues que como "organizadora del renglón comercial de transporte" (G. del T., Tomo VI, pág. 362) les presta a sus afiliados, entre otros, el servicio de los despachos de los automotores, a través del empleado denominado despachador.

El recto entendimiento del art. 22 del C.S.T. no se opone a que el salario sea pagado al trabajador por persona distinta del patrono. Además el Tribunal consideró que los afiliados, al pagar por cada despacho una suma al "despachador", lo hacía a nombre de la Cooperativa, resultando ese pago como una parte de la cuota de afiliación.

3.- Las disposiciones acusadas (arts. 1753 del C.C., 40 de la Ley 28 de 1931, 1760 del C.C. y 67, 68 y 69 del C.S.T.), no constituyen proposiciones jurídicas completas, puesto que falta el señalamiento de las normas que consagran el derecho de cesantía, que en realidad era el único sobre el cual podía incidir el problema de la sustitución patronal, ya que la prescripción alegada y reconocida restringió al último patrono, la Cooperativa, el ámbito de los otros extremos de la sentencia.

4.- El Tribunal no encontró en todo el acervo probatorio elementos de juicio demostrativos de la buena fe de la Cooperativa. Y examinadas las probanzas señaladas como mal apreciadas por el recurrente, no puede afirmarse que aquél hubiera incurrido en error de hecho evidente. Más aún la circunstancia de estar comprobado que la Cooperativa pagó al demandante determinada suma como prestación por un acci-

dente descarta en absoluto esa pretendida buena fe.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., marzo once de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau).

Se revisa en casación la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio promovido por Luis Galeano Restrepo, por medio de apoderado, contra la "Cooperativa de Transportes de Antioquia Ltda." en liquidación, mediante el cual aquél aspira a obtener el reconocimiento y pago de diversas sumas por razón de "cesantía, vacaciones; sobrerremuneración por trabajo prestado en días domingos y festivos, nacionales y religiosos; primas de servicio; sobrerremuneración por trabajo prestado en horas extras, con sus correspondientes recargos legales; indemnización por incumplimiento del contrato de trabajo en su duración presuntiva, o en subsidio, preaviso; indemnización por mora en el pago de las anteriores prestaciones", así como por "indemnización por merma de capacidad laboral por accidente de trabajo sufrido al servicio de la empresa" y de "asistencia médica, farmacéutica y quirúrgica por la misma causa". Como fundamentos de hecho aparecen en el libelo los siguientes:

"1º—Mi poderdante Luis Galeano Restrepo, empezó a trabajar, como despachador de una empresa de transportes, de esta ciudad al barrio de Aranjuez y viceversa (sic) sin nombre conocido, porque en esa época no había reglamentación del tránsito para dichas empresas, desde el año de 1938, hasta el año de 1945";

"2º—Al principio de 1946, los carros y propietarios a que alude el hecho anterior, se constituyeron, por disposición de la Seccional de Transportes y Tarifas en sociedad, que denominaron Transportes Aranjuez-Berlín";

"3º—En 1947, con los mismos socios y los mismos carros, cincuenta en total, se le cambió la razón social a la empresa por la de "Cooperativa de Transportes de Antiquia Ltda.", hasta el día 12 de julio de 1957, fecha en que por resolución No. 981, emanada del Ministerio del Trabajo, se ordenó su liquidación";

"4º—Al iniciarse la etapa de liquidación de la sociedad fue nombrado como liquidador el señor Tobías Alvarez Zuleta quien en nota de fecha 19 de julio del corriente año, despidió a mi patrocinado del cargo de despachador, cargo que venía desempeñando con la advertencia expresa de que no tenía derecho a prestaciones sociales por los 19 años laborados";

"5º—Desde el año de mil novecientos treinta y ocho hasta el doce de julio del corriente año, que se ordenó su liquidación, fue gerente de la empresa el señor Pedro Luis Villa de quien mi poderdante recibía órdenes";

"6º—El señor Tobías Alvarez Zuleta, posteriormente fue destituído del cargo de liquidador y se nombró en su reemplazo a los señores E. Libardo Ospina y Manuel Ramírez";

"7º—El sueldo devengado por mi poderdante, era el de 30 centavos diarios que pagaba cada uno de los carros, por despachada también diaria, y como los carros afiliados a la Cooperativa y que trabajaban diariamente eran 40, le arrojaba a Galeano un promedio diario de $ 12,00, y en consecuencia, un sueldo mensual de $ 360,00";

"8º—Mi poderdante durante todo el tiempo de servicio trabajó absolutamente todos los días domingos y festivos, nacionales y religiosos, sin que se le hubiera pagado sobrerremuneración alguna por este concepto";

"9º—Mi poderdante trabajó todos los días de la semana de seis de la mañana a seis de la tarde hasta 1955, y de ahí en adelante, de siete de la mañana a doce del día y de una a cinco de la tarde sin que tampoco se le hubiera pagado sobrerremuneración alguna por el trabajo suplementario";

"10º—A mi poderdante, a pesar de haberlas reclamado insistentemente, no se le ha pagado suma alguna por concepto de vacaciones, cesantía, primas de servicio, y demás prestaciones sociales a que tiene derecho de acuerdo con los hechos de este libelo demandatorio".

La parte demandada se opuso a las pretensiones del demandante, negando casi todos los fundamentos de hecho, y alegando, además, las excepciones de prescripción, inepta demanda e ilegitimidad sustantiva y adjetiva de las partes.

La primera instancia fue decidida por el

Juzgado Primero del Trabajo de Medellín en sentencia en que reconoce parcialmente la prescripción y cuya parte resolutiva es del siguiente tenor:

"1º—Condénase a la "COOPERATIVA DE TRANSPORTES DE ANTIOQUIA LTDA." (EN LIQUIDACION), representada por los liquidadores señores E. Libardo Ospina y Manuel Ramírez, con domicilio en esta ciudad, a pagar en favor de LUIS GALEANO RESTREPO, mayor de edad y vecino de este Municipio, las sumas que a continuación se expresan y por los conceptos siguientes:

"a) Por auxilio de cesantía, la suma de SEIS MIL OCHOCIENTOS CUARENTA PESOS ($ 6.840,00) m. l.";

"b) Por vacaciones, la suma de TRESCIENTOS SESENTA PESOS ($ 360,00) m. l.";

"c) Por prima de servicios, la suma de DOSCIENTOS SETENTA PESOS ($ 270,00) m. l.";

"d) Por indemnización por mora en el pago de las prestaciones sociales, DOCE PESOS ($ 12,00) m. l., por cada día a partir del 27 de noviembre de 1957, hasta que se verifique el pago de las mismas".

"2º—Se absuelve a la empresa demandada, de pagar en favor del demandante Galeano Restrepo lo solicitado por los siguientes conceptos: Domingos y festivos nacionales y religiosos, horas extras, indemnización por violación del término presuntivo, preaviso, e indemnización por merma de capacidad laboral, asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria".

Por apelación de ambas partes subió el negocio al Tribunal de Medellín el que falló de la manera siguiente:

"Confirma la sentencia proferida en este juicio, el diez de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho, por el Juzgado Primero del Trabajo de Medellín, excepto en cuanto absuelve por remuneración del trabajo en domingos y festivos, punto en el cual la REVOCA para, en cambio, CONDENAR a la Cooperativa demandada a pagar al demandante la suma que se indica más adelante; y la REFORMA en el sentido de que las sumas a pagar son las siguientes: a) Cuatro mil quinientos noventa y nueve pesos con treinta y dos centavos ($ 4.599,32) por cesantía; b) Quinientos cuarenta pesos ($ 540,00) por vacaciones; c) Quinientos cuarenta pesos ($ 540,00) por prima de servicios; d) Dos mil ciento veinticuatro pesos ($ 2.124,00) como sobrerremuneración de trabajo en domingos y festivos, y e) Que la mora empieza a correr el seis de diciembre de mil novecientos cincuenta y siete".

La parte demandada recurrió en casación, y al fijar el alcance de la impugnación, dice que persigue se revoque en su totalidad la sentencia del Tribunal y que se la absuelva de todos los cargos de la demanda: Subsidiariamente, pide la casación parcial de la sentencia y que se la absuelva "de las prestaciones por el tiempo anterior a la fundación de la Cooperativa, y por los salarios caídos".

"Y aún más subsidiariamente, que la modificación se haga para absolver a la Cooperativa de Transportes de Antioquia por la indemnización debida a la mora, en razón de la buena fe de ésta, en su oposición".

Formula cinco cargos, pero por razón de método se estudiará en primer lugar el tercero.

Lo hace consistir en aplicación indebida de los arts. 22, 23, 127, 249, 186, 189, 179, 306 y 65 del C. S. T. (los seis últimos indicados en nota al final de la demanda), "debida a error de hecho, que origina violación indirecta de tales disposiciones, por la apreciación errada de las siguientes pruebas:

"a) La confesión contenida en el hecho séptimo de la demanda original, en donde dice: «El sueldo devengado por mi poderdante, era (sic) el de 30 centavos diarios QUE PAGABA CADA UNO DE LOS CARROS, por despachada también diaria, y como LOS CARROS AFILIADOS A LA COOPERATIVA Y QUE TRABAJABAN DIARIAMENTE ERAN 40».

"b) Declaración de POMPILIO MONTOYA (fs. 41 vts.), en cuanto dice: «El sueldo que devengaba Galeano, lo mismo que yo, era de treinta centavos ($ 0,30) por cada carro». Y el aparte siguiente de lo dicho por el mismo declarante (fs. 42) «los despachadores de la Empresa, *son nombrados por el Gerente y pagados con aportes o cuotas de los choferes* equivalentes a treinta centavos por cada carro, *dinero que dichos choferes pagan del producido del vehículo*» (mayúsculas y subrayas no son del texto)".

"c) Declaración de Gustavo Ríos (fs. 42 y 42 vto.), en cuanto dijo: «Galeano devengaba treinta centavos ($ 0,30) por cada carro afiliado, y los de la Cooperativa eran en promedio 45».

"d) Declaración de Carlos Pulgarín (fs. 45). Es chofer y dice: «Hace más de dos años venimos pagando la cantidad de cincuenta centavos ($ 0,50) por carro».

"e) Tampoco se tuvieron en cuenta las siguientes confesiones que hizo el demandante Luis Galeano Restrepo en posiciones, o fueron mal interpretadas, o de ellas se sacaron conclusiones diversas de las que naturalmente podrían originar".

"Pregunta 6ª (fs. 46 vto.). «Cierto, sí o nó, que la Cooperativa de Transportes de Antioquia Ltda., ni ha nombrado los choferes de los carros de la línea, ni los remunera ella, sino los dueños de cada vehículo, ni los liquida diariamente el producido de cada vehículo, porque esto lo hace cada propietario, ni los repara, ni provee repuestos, porque tal Cooperativa nunca tuvo la administración de esos vehículos». Respondió: ES CIERTO. Pero pagan tres pesos diarios por la administración de los vehículos para sacar gastos de prestaciones y seguros del carro . . .".

"Pregunta 9ª (fs. 50 vto.). «Cierto, sí o nó, que la Cooperativa de Transportes de Antioquia, Ltda. nunca ha tenido como de su propiedad más de dos carros o buses, pues los demás apenas han estado afiliados a ella». Respuesta: ES CIERTO".

"Pregunta 19 (fs. 50 vto.). "CIERTO, SI O NO, QUE UD. *JAMAS LLEGO A RECIBIR DE LA COOPERATIVA DE TRANSPORTES DE ANTIOQUIA LTDA. SUMA ALGUNA A TITULO DE SUELDO O SALARIO, ENTREGADOS POR ELLA DIRECTAMENTE?*». Respuesta (fs. 47 vto.): ES CIERTO, PERO EL GERENTE ORDENABA A LOS CHOFERES QUE ME PAGARAN".

"f) INSPECCION OCULAR (fs. 54) se lee: «EN LOS DOCUMENTOS EXAMINADOS POR EL JUZGADO EN PRESENCIA DE LAS PARTES NO SE HALLO CONSTANCIA ALGUNA SEGUN LA CUAL EL RECLAMANTE GALEANO APARECIERA COMO NOMBRADO POR LA COOPERATIVA PARA DESEMPEÑAR EL OFICIO DE DESPACHADOR. TAMPOCO SE HALLO RASTRO ALGUNO QUE REFLEJARA PAGOS DE SALARIOS HECHOS POR LA ENTIDAD». (Todas las mayúsculas y subrayados son míos)".

"Es ostensible el error de hecho, al concluír de las pruebas preindicadas, que Galeano era subalterno de la Cooperativa y que de ella recibía salario a título remunerativo".

"Destaco, sí estas circunstancias:

"1) Todos los testigos son de la parte actora".

"2) Pompilio Montoya declara por tiempo comprendido entre 1937 y 1958, no obstante afirmar (fs. 41 vto.): «Yo fui compañero de Galeano durante ocho años y medio, más o menos», y declara por un tiempo mayor".

"3) Gustavo Ríos (fs. 42 y 42 vto.): «Repito que yo trabajé con la misma empresa pero como despachador de OTRA LINEA». Y sin embargo sabía de jornada de trabajo, servicio en dominicales y festivos, cosas que no podían constarle".

"4) Todos los testigos son demandantes de la Cooperativa, como sedicentes «despachadores»".

"5) Es evidente que no hay constancia la más mínima de que Galeano hubiera sido nombrado por la Cooperativa como empleado".

"7) No recibió siquiera un solo centavo de fondos de la cooperativa, a título de salario".

"8) Los carros que se dicen «afiliados» a la Cooperativa, no son realmente administrados por ella, pues ni se liquidan en su producido por la Cooperativa. Ni ésta suministra combustibles, ni se encarga de sus reparaciones. Ni nombra el personal de empleados. como choferes y ayudantes. Ni a esos los remunera".

"9) La Cooperativa apenas tenía de su propiedad, un bus y un automóvil. Este afiliado a una empresa de taxis".

"Luego la conclusión sobre subordinación jurídica y de subordinación económica, no ha existido".

"Ni puede hablarse de sueldo, cuando la Cooperativa ni hacía erogaciones para el pago, puesto que pagaban los dueños de vehículos, cuyo producido no era siquiera controlado por la entidad demandada".

La vinculación jurídica del demandante a la Cooperativa la fundamentó el Tribunal en los siguientes términos:

"El testigo Carlos Pulgarín (folio 45) relata que Luis Galeano trabajó como despachador en la línea de transportes de Aranjuez, habiendo iniciado sus labores en 1938. Recuerda esta fecha, porque el demandante sustitu-

yó a un hermano del testigo. Y agrega que Galeano trabajó hasta la liquidación de la «Cooperativa de Transportes de Antioquia Ltda.», hecho ocurrido en junio o julio de 1957. El declarante ha sido chofer en esa línea y por tal razón conoce lo que declara. Explica que en un principio, y hasta 1942, los carros que prestaban servicios no habían constituído empresa alguna, pero que en 1942 sus propietarios la constituyeron bajo el nombre «Transportes Aranjuez-Berlín», y que en 1946 o 1947 se formó la Cooperativa mencionada. Y que, en esencia, se ha tratado siempre, a pesar de los cambios de nombre, de la misma organización y de la misma explotación económica, con el dato de que siempre ha sido uno el gerente de esa organización, bajo sus diversas denominaciones: Pedro Luis Villa. En los mismos hechos coinciden los testigos Félix Arias (folio 45 vuelto), Gustavo Ríos (folio 42), su compañero de trabajo desde 1940, y Pompilio Montoya (folio 41 vuelto), compañero por espacio de ocho años y medio...".

EXAMEN DEL CARGO

Es cierto que tanto del hecho séptimo de la demanda como de las declaraciones de Pompilio Montoya, Gustavo Ríos, Carlos Pulgarín y de la aceptación que el demandante dio a la pregunta sexta de las posiciones que absolvió, resulta establecido que como afirma el recurrente, los emolumentos del demandante los recibía de los dueños de los automotores, a razón de $ 0,30 por cada despacho; pero esa sola circunstancia no prueba que el demandante no fuera un empleado de la Cooperativa, pues por acuerdo entre propietarios y ésta ha podido establecerse que los pagos se hicieran en tal forma. Sobre este particular ha dicho la Corte: "Si es obligación del patrono, al tenor de los artículos 22 y 23 del C. S. T., pagar el salario al empleado, nada impide que el acto lo cumpla un tercero por encargo de aquél. A diferencia de lo que ocurre con el recibo del salario que, por mandato legal debe entregarse al trabajador o a quien éste autorice por escrito (art. 139), el pago de la asignación al empleado puede hacerlo el patrono o un tercero, por encargo suyo o sin él, pues es válido aunque se efectúe sin conocimiento y aun contra la voluntad del deudor". (Sent., 14 abril 1961, G. J., XCV, 683). "Además el Tribunal pone de manifiesto que el mismo Pompilio Montoya afirma que «los despachadores de la Empresa son nombrados por el Gerente...; los despachadores están bajo la subordinación y dependencia de los gerentes de las flotas y así lo estaba el señor Galeano respecto a la Cooperativa de Transportes de Antioquia»".

Por otra parte también fundamenta el Tribunal este paso de su providencia en la circunstancia muy ilustrativa, comprobada en la inspección ocular, de que la Cooperativa le hubiera pagado a Galeano determinada suma "por incapacidad", sobre lo cual nada objetó el recurrente. De manera que aunque de los documentos examinados en la inspección ocular no apareció constancia del nombramiento de Galeano como empleado de la Cooperativa ni que ella le hubiera pagado sueldo, no puede concluírse de esos datos negativos cosa contraria a la que resulta de las dos últimas comprobaciones hechas por el Tribunal, las cuales son suficientes para sostener el extremo del fallo impugnado, por lo que huelga entrar a considerar el examen de "las circunstancias" o reparos que el recurrente hace a los declarantes respecto a su credibilidad.

Se rechaza el cargo, y se pasa al examen del presentado como primero.

En éste acusa la sentencia por violación directa de los mismos artículos del C. S. T. citados en el anterior, "por cuanto se ha hecho una interpretación equivocada de ellos, o por haberlos aplicado en forma defectuosa". Concretando, afirma que el Tribunal violó especialmente el art. 22 del C. S. T. en cuanto afirmó que "el signo determinante del contrato de trabajo no es *de quien* se recibe el trabajo, sino *de quien* se está subordinado. Subordinado a la Cooperativa, Galeano tenía contrato de trabajo con ella, y el pago que verificaban los afiliados era, entonces, parte de su cuota de afiliación, y lo hacían en esencia, a nombre de la entidad". A juicio del recurrente el servicio debe ser prestado por el trabajador al patrono y éste es quien debe pagar el salario. También señala como violados los arts. 2079 del C. C. y 493 del C. de Comercio, por cuanto estima que el Tribunal desconoce la distinción legal entre sociedad y sus socios.

Pero ya se vio cómo, para la Corte, el salario puede ser pagado por persona distinta del patrono. Además el Tribunal, en el aparte acabado de transcribir no concluye que Galeano era empleado de la Cooperativa del solo hecho de la subordinación a ésta, sino que también anotó que, a su juicio, el pago que

los afiliados le hacían era una parte de la cuota de afiliación, por lo que era legítimo considerar que lo efectuaban a nombre de la entidad; y esta interpretación cuadra bien con la índole de las relaciones que median entre una Cooperativa de transportes y los propietarios de los vehículos inscritos en ella, puesto que como "organizadora del renglón comercial de transporte" (G. del T., tomo VI, pág. 332) les presta a sus afiliados, entre otros, el servicio de los despachos de los automotores, a través del empleado denominado despachador.

Finalmente el Tribunal no desconoce la distinción entre la Cooperativa y sus socios, puesto que afirma que el pago de $ 0,30 que cada chofer hacía al despachador directamente era a cuenta de su cuota de afiliación y era hecho, en definitiva, a nombre de la sociedad.

Se rechaza el cargo y se estudia en seguida el presentado como segundo.

"Se ha violado la ley —expresa el recurrente— en los arts. 22, 23 y 127 del C. S. del Trabajo, por interpretación errónea de esas disposiciones, no solamente porque, como se dijo, el servicio personal no fue para la Cooperativa sino a unos sedicentes «afiliados». Y la remuneración no se pagó con fondos propios de la sociedad, sino con el peculio propio de los «afiliados». En otros términos. Un servicio prestado a extraños de la sociedad, se ha considerado prestado a ella, y en beneficio de ella. E, igualmente, como remunerado por ella".

"Por lo mismo, entiende el fallador que es salario, considera como que retribuía la Cooperativa como salario, al llamado despachador. Y la Cooperativa no retribuía, porque sus fondos no sufrían alteración con el pago que se hacía al litigante-actor. Ni tenía por qué retribuír, porque los servicios no eran para ella, ni la beneficiaban económicamente. Esto es, que la Cooperativa ni fue la que recibió el servicio, ni la que lo remuneró, como lo exige el ordinal 2º del art. 22 citado. Ni había subordinación económica de Galeano con respecto a la Cooperativa, como lo determina el ordinal b) del art. 23 ibidem. Ni hubo salario, en su acepción técnica, ni aún en la meramente gramatical, para que se entienda que tuvo existencia el requisito del ordinal c) del dicho art. 23 del C. S. del Trabajo, ya citado".

Según la nota del final de la demanda este cargo incluye la acusación de violación de los arts. 249, 186, 189, 179, 306 y 65 del C. S. T.

Como ya se indicó, el recto entendimiento del art. 22 del C. S. T. no se opone a que el salario sea pagado al trabajador por persona distinta del patrono. Además el Tribunal consideró que los afiliados, al pagar por cada despacho una suma al "despachador", lo hacían a nombre de la Cooperativa, resultando ese pago como una parte de la cuota de afiliación.

Se rechaza el cargo.

En el *cuarto cargo* ataca el recurrente las declaraciones sobre sustitución patronal que contiene la sentencia en punto a cesantía.

Señala como violados los artículos 1.753 del C. C., 40 de la Ley 28 de 1931; 1.760 del C. C. y 67, 68 y 69 del C. S. T., según parece tanto por violación directa, como por aplicación indebida, por errores de hecho provenientes de indebida apreciación de pruebas.

Para rechazar este cargo basta anotar que las disposiciones acusadas no constituyen proposiciones jurídicas completas, puesto que falta el señalamiento de las normas que consagran el derecho de cesantía, que en realidad era el único sobre el cual podía incidir el problema de la sustitución patronal, ya que la prescripción alegada y reconocida restringía al último patrono, la Cooperativa, el ámbito de los otros extremos de la sentencia.

En el *quinto cargo* impugna el recurrente el pago de la indemnización moratoria. Señala como violado el artículo 65 del C. S. T., "a través de una apreciación ostensiblemente errónea" de las mismas pruebas señaladas como mal apreciadas en el cargo tercero.

Sostiene que las pruebas en referencia demuestran la absoluta buena fe de la Cooperativa respecto a su negativa a reconocer la existencia de una relación laboral con el demandante.

Sobre el particular se expresó el Tribunal: "El artículo 65 dispone la llamada indemnización por mora, a favor del trabajador cuyo patrono no le paga, a la terminación del contrato, los salarios y prestaciones debidas. La jurisprudencia, sin embargo, ha mitigado los efectos drásticos de la sanción, y ha estimado que no ocurre ella cuando el patrono no ha tenido oportunidad de pagar, por ausencia física del trabajador desvinculado, o por la

operancia de especiales circunstancias que hayan imposibilitado el pago. En este caso, la Cooperativa estaba en liquidación y existían problemas agudos en cuanto a la persona o personas de los liquidadores. Es indudable, entonces, que fue difícil para la parte demandada verificar ese pago al momento de la terminación del contrato. Pero al notificarse la demanda, el 6 de diciembre de 1957, y ya clara y patente la situación del ex-trabajador, sí debió verificarse el pago. De otra parte, no se ha encontrado fundamento alguno a la alegación de inexistencia del contrato de trabajo, que pudiera producir, en alguien, una duda razonable al respecto. Corre, entonces, la mora desde esa fecha hasta que se verifique el pago".

Para los fines del recurso es suficiente hacer mérito de la parte que ha subrayado la Sala: el Tribunal no encontró en todo el acervo probatorio elementos de juicio demostrativos de la buena fe de la Cooperativa. Y examinadas las probanzas señaladas como mal apreciadas por el recurrente, no puede afirmarse que aquél hubiera incurrido en error de hecho evidente. Más aún la circunstancia de estar comprobado que la Cooperativa pagó al demandante determinada suma como prestación por un accidente descarta en absoluto esa pretendida buena fe.

Se rechaza, pues, el cargo.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

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

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ROMPIMIENTO UNILATERAL E ILEGAL DEL CONTRATO DE TRABAJO. CONDENA POR LUCRO CESANTE

Valor demostrativo del acta de inspección ocular.- Error ostensible del Tribunal al verificar el contenido de ese documento probatorio.- Error de técnica de casación al formular el recurrente la acusación de la sentencia por violación directa de la ley relacionandó este fenómeno con una cuestión probatoria.- Cuándo se opera la interpretación errónea de una disposición independiente de toda cuestión de hecho.-

1.- La jurisprudencia de la Corte ha sido reiterada en el sentido de que cuando es ostensible la equivocación en que incurre el fallador, al tratarse de un error de hecho, prospera en casación el cargo contra la sentencia que muestra la contradicción entre la estimación de los elementos probatorios y la realidad de los hechos.

2.- El recurrente al formular el cargo y tratar de sustentarlo, incurre en un error de técnica de casación, pues no es de recibo en este recurso extraordinario la acusación de la sentencia por violación directa de la ley relacionando este fenómeno con una cuestión probatoria. "La violación directa de una norma, ha dicho la Corte, puede ocurrir por la inaplicabilidad de ella, sea porque la desconoce o porque conociéndola la desecha, todo sin tener en cuenta el análisis de pruebas". A juicio de la Sala, en el caso de autos el cargo está mal planteado, ya que se sostiene que el sentenciador infringió directamente el texto legal (art. 66 del C.S.T.), es decir, que lo ignoró o se puso en abierta rebeldía contra lo que él dispone y al propio tiempo afirma que el ad quem "contrarió la verdad procesal", lo cual querría decir que incurrió el Tribunal en un error de hecho (aspecto probatorio) y por consiguiente la acusación está mal formulada. Adolece también del vicio de no señalar las disposiciones que aplicó el Tribunal en cambio de la que según el recurrente considera era la pertinente. Esto impide hacer la confrontación correspondiente.

3.- Desde el punto de vista procesal, "la interpretación errónea de una disposición se opera independientemente de toda cuestión de hecho" y "debe examinarse si el Juzgador inquirió su sentido sin desviaciones ni errores, pues cuando ello ocurre, la casación los corrige poniéndolos de relieve y subrayando la insuficiencia del juicio o el exceso cometido al formularlo", ha dicho la Corte. En el caso de autos no aparece que el Tribunal se hubiera desviado en la interpretación de la norma, y la hubiera interpretado erróneamente, ya que al pagar la Empresa y recibir el trabajador los salarios y prestaciones correspondientes, según consta en la afirmación del mismo actor, condujo al Tribunal a la conclusión de que fue satisfecha oportunamente la obligación patronal y de consiguiente no había lugar a aplicar la sanción del art. 65 del C.S.T., por cuanto siendo la buena fe la base de la norma citada y no apareciendo que el demandado hubiera incurrido en el caso contrario, la conclusión del Tribunal estuvo ajustada a la ley.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., catorce de marzo de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Víctor G. Ricardo).

Por medio de apoderado, Isaías Ruiz F. de-

mandó a las empresas Moure, Pineda, Alvarado Limitada y Acerías Paz del Río S. A., representadas por sus personeros legales, para que, por la vía ordinaria laboral, se les condenara solidariamente a pagar como indemnización de perjuicios, el valor de los salarios de todo el tiempo comprendido entre el 27 de julio de 1954 y el día en que terminó la construcción de la obra de concreto del Departamento de Laminación, por el rompimiento unilateral e ilícito del contrato de trabajo que lo ataba a la sociedad Moure, Pineda, Alvarado Limitada (Mopal Ltda.); en subsidio pidió que fueran condenadas solidariamente a pagarle la cantidad de $ 1.795,60 equivalentes a los salarios de 134 días, tiempo que faltaba para el vencimiento del tercer período semestral del contrato y a título de indemnización de perjuicios por la finalización unilateral e ilegal de éste. Pidió igualmente que se les condenara al pago de "salarios caídos" y a las costas del juicio.

Los hechos los relató el apoderado de la manera siguiente: que el señor Ruiz fue enganchado por las sociedades contratistas Cuéllar, Serrano, Gómez & Cía. Ltda. y Pardo, Restrepo & Santamaría Ltda. para prestar sus servicios como oficial de albañilería desde el 11 de junio de 1953; que en la ejecución del contrato, Ruiz laboró adscrito a la construcción de la obra de concreto del Departamento de Laminación desde la fecha de ingreso anotada hasta el 19 de abril de 1954, fecha en la cual se le puso término al contrato de trabajo, por medio de impreso que fue repartido a los trabajadores; que el impreso decía textualmente: "Señor Trabajador: Comunicamos a Ud. que el contrato con los señores Pardo, Restrepo & Santamaría y Cuéllar, Serrano, Gómez, se terminará el 19 de abril del presente año. De esa fecha en adelante, las obras que faltan las harán los ingenieros Moure, Pineda, Alvarado, López (Mopal Ltda.). Las condiciones de trabajo, casino, alojamiento, pagos, liquidaciones, y tiempo compensatorio seguirán iguales a las que han venido operando. Damos las gracias por sus servicios y nos suscribimos atentos s.s.s.s. Fdo. Andrés Restrepo P. Fdo. Germán Alvarado". Que desde el 20 de abril de 1954, empezó a prestar sus servicios a la empresa Mopal Ltda. con un salario promedio de $ 13,40, habiendo continuado adscrito a la obra 110 como oficial de albañilería, en la construcción de la Obra de Concreto del Departamento de Laminación; que tenía a su cargo Mopal Ltda., en virtud del contrato celebrado con Acerías Paz del Río S. A.; que el contrato de trabajo entre Ruiz y Mopal en cuanto al término de duración estaba supeditado al tiempo que durara la construcción de la obra de concreto del Departamento de Laminación, en razón de la naturaleza de la misma obra, ya que no hubo contrato escrito que determinara la duración de la relación laboral; que Ruiz trabajó hasta el 27 de julio de 1954, fecha en que fue despedido sin justa causa y antes de la expiración del término legal del contrato, pues fue enganchado para la construcción de una obra determinada; que la empresa no pagó al trabajador, ni puso a su disposición, inmediatamente lo despidió, el valor de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones que le adeudaba en ese momento, habiendo hecho tal pago solo cinco días después. "Más en la ocurrencia de que se estimaren las labores en las que mi patrocinado prestó sus servicios, como de duración indeterminada, el contrato se entendería legalmente celebrado por término indefinido, vale decir, sujeto al período presuntivo de seis (6) meses; la terminación del contrato se operó, cuando aún faltaban ciento treinta y cuatro (134) días para el vencimiento del tercer período semestral; por manera que, aún en este caso, el despido también sería unilateral e ilegal. La terminación unilateral o ilícita del contrato de trabajo concertado entre Mopal y mi representado, en la forma expuesta en los hechos que anteceden, causó a éste perjuicios materiales (lucro cesante), consistentes en el valor de los salarios que hubiera percibido hasta la real terminación de la construcción de la obra de concreto del Departamento de Laminación, a que fue adscrito o destinado, y que legalmente debió respetar la empresa Mopal, o bien por el valor de los salarios del tiempo que faltaba para la extinción del plazo presuntivo del contrato laboral. La «Empresa Siderúrgica Nacional de Paz de Río S. A.», hoy «Acerías Paz del Río S. A.», es la dueña y beneficiaria exclusiva de las obras que, en virtud de contrato entre ambas, construyó Mopal Ltda. en Belencito (Boy.), existiendo por este hecho, entre las dos sociedades, solidaridad legal para responder por el valor de los salarios, prestaciones e indemnizaciones que se causen a favor de los trabajadores empleados por la compañía contratista, para la ejecución de las obras materia del contrato".

En derecho invocó los artículos 23, 34, 45, 47, 64, 65, 66 y 127 del C. S. T. y demás dispo-

siciones aplicables.

Con posterioridad el actor desistió de la acción contra Acerías Paz del Río S. A., lo cual fue aceptado por el Juzgado.

La parte demandada, por medio de apoderado, negó los hechos de la demanda y observó en la respuesta que el séptimo no era un hecho sino una apreciación personal del actor, al octavo una petición, y en relación con el noveno que debía probarse. En cuanto al 1º y 2º que no eran hechos de su representada.

Tramitada la controversia, el Juzgado del conocimiento, que fue el Primero Laboral del Circuito de Bogotá, profirió su decisión, cuya parte resolutiva dice así:

"1º—Condénase a la Empresa demandada Moure, Pineda, Alvarado Limitada, a pagar al demandante Isaías Ruiz P., tres días después de la ejecutoria de este fallo, las siguientes cantidades por los conceptos que a continuación se expresan: a) La suma de mil seiscientos veintiún pesos con cuarenta centavos ($ 1.621,40) moneda corriente, por concepto de indemnización por rompimiento unilateral e ilegal del contrato de trabajo (lucro cesante) y b) La suma de doscientos un pesos ($ 201,00) por concepto de salarios caídos.

"2º—Condénase en costas a la parte demandada".

Apelada la anterior providencia, el Tribunal Superior de Bogotá —Sala Laboral— la revocó en todas sus partes y absolvió a la sociedad demandada de todos los cargos formulados por el actor en su libelo. Condenó en costas a la parte demandante en un 50%.

Contra la anterior decisión recurrió en casación la parte demandante y admitido y tramitado el recurso en legal forma, se pasa a resolver mediante el examen de la correspondiente demanda y del escrito del opositor.

Persigue el recurso "la infirmación total del referido fallo, para que en su lugar se hagan las mismas condenaciones del Juzgado de instancia".

A este fin formula tres cargos, que se estudiarán en su orden.

PRIMER CARGO

"La sentencia es violatoria del art. 64 del C. S. T., por infracción indirecta, originada por la apreciación errónea de la prueba de inspección ocular (fls. 22 y 23) al haber incurrido el Tribunal en notorio error de hecho consistente en nó haberle dado a la prueba mencionada su verdadero valor demostrativo". Para fundar el cargo reproduce lo siguiente de la sentencia del *ad-quem* en que éste afirma: "Las partes no aportaron a los autos como elementos probatorios, sino únicamente la inspección ocular que llevó a efecto el Juzgado del conocimiento el 1º de octubre de 1957 (fls. 22 y 23)".

"En la citada diligencia se comprobó que el demandante Isaías Ruiz F. figuró en las planillas de la obra 110, laminación, hasta el 27 de julio de 1954 y lo mismo en la planilla 15 (subraya el recurrente). En tal diligencia no se pudo comprobar la fecha precisa en que finalizó la construcción de las obras de concreto destinadas al departamento de laminación (subraya el Tribunal) ni tampoco se constató que a partir del 27 de julio de 1954, se hubiera seguido trabajando en las bases de concreto, por cuanto que la planilla No. 110 se refiere exclusivamente a «laminación», trabajo para laminadores, actividades muy distintas de las obras de concreto que fue la labor exclusiva del demandante".

El recurrente afirma "que no puede ser más equivocada la apreciación del fallador si se observa que las planillas examinadas por el Juzgado en la diligencia, hacían todas relación al grupo de laminadores y para ello basta con releer el Acta de la inspección ocular y ver que en determinadas planillas figura el trabajador Ruiz Penago, trabajando en laminación, hasta la semana comprendida entre el 22 y 28 de julio de 1954, como lo anota el mismo Tribunal, y que luégo deja de figurar en las mismas planillas de laminadores, en virtud del despido de que fue víctima, pero que continúan prestando sus servicios en la misma obra que Ruiz laboró, otros laminadores, hasta el 28 de noviembre de 1954". Asimismo dice "que es también equivocada la apreciación del Tribunal, porque olvidó que Moure, Pineda, Alvarado Ltda. es una empresa de construcción, y que por tanto, mal podía haberse ocupado de labores de laminación, y que en consecuencia, cuando se habla de laminadores al servicio de Mopal, encargada de construcción de obras por cuenta de Acerías Paz del Río S. A., para la instalación de ésta, y cuando dicha sociedad no había comenzado su etapa de producción; lógicamente debe entenderse que simplemente se refieren a los empleados en la construcción del Departamento de Laminación". Y más adelante agrega "que el Tribunal no estimó la liquidación

eventual de prestaciones que obra al folio 2, en la cual el trabajador aparece recibiendo de la obra 110 (contrato de concreto) el valor de las prestaciones sociales". En el aparte relativo a la "imputación" se especifica "laminación". Según el recurrente "es diáfano el error de hecho en que incurrió el sentenciador, pues tomó como fecha de servicio y de despido del trabajador, las que rezaban en las planillas de laminación, y en cambio desconoció el valor probatorio de las mismas planillas en cuanto a la terminación de las mismas obras de laminación en que figuró trabajando mi poderdante, y este error de hecho lo condujo a vulnerar el art. 64 del C. S. T., pues negó la indemnización de perjuicios, al revocar la condenación del juzgado, por el rompimiento unilateral e ilícito del contrato de trabajo, dizque precisamente por falta de la prueba atañedera al tiempo de duración de la obra para que fue contratado el asalariado con posterioridad a la fecha de su despido, comprobación que el Tribunal no encontró, estando nítida en la inspección ocular erróneamente estimada".

El opositor, a su turno, alega al oponerse a las pretensiones del actor, que el primer cargo "no puede prosperar porque parte en su planteamiento de una base equivocada. En efecto, toda la argumentación del recurrente arranca de una premisa consistente en que la sociedad demandada es "una empresa de construcción, y que por tanto, mal podía haberse ocupado de labores de laminación . . .".

En ninguna parte del expediente, sigue diciendo el opositor, "consta que Moure, Pineda, Alvarado Ltda. sea una empresa constructora como lo afirma el recurrente. Mucho menos que esta empresa hubiera adelantado obras de construcción por cuenta de Acerías Paz del Río. Tampoco, que cuando esta sociedad dizque prestó sus servicios aún no se había iniciado la etapa de producción de la Planta de Paz del Río. En consecuencia, el recurrente habla de un error con base en una serie de argumentos muy respetables, pero que procesalmente no tienen asidero legal alguno, o lo que es igual, no existen para efectos del fallo que pueda producir esa superioridad".

LA SALA CONSIDERA:

Existiendo solamente como elemento probatorio en el juicio, al decir del Tribunal, la inspección ocular, y es sobre esta prueba que el recurrente afirma que el sentenciador incurrió en error de hecho por la mala apreciación de ella, es preciso ver si tal afirmación tiene asidero; y si es tan ostensible dicho error que lleve a la conclusión a que llegó el recurrente. Es cierto que el Tribunal dictó su fallo teniendo en cuenta principalmente el acta de la diligencia de inspección ocular. Pero si bien es cierto que la prueba dicha hace alusión a las planillas del grupo de laminadores, el hecho evidente es que la obra 110 comprendía la totalidad de las obras de concreto para laminación y la 110 continuó hasta el 28 de noviembre de 1954, según se desprende del acta de inspección ocular (fs. 22 y 23) de manera muy clara. A esa obra aparece vinculado el trabajador según la pieza que figura a f. 2 y a la cual el mismo Tribunal alude en su fallo al decir que el original de este documento fue "constatado por el Juzgado en la diligencia de inspección ocular llevada a efecto en los libros, papeles y archivos de la sociedad".

Allí en la misma prueba de la inspección se acreditó que el actor trabajó con Mopal Ltda. hasta el 27 de julio de 1954, fecha en que fue despedido. Solo que al comparar el Juez y los testigos actuarios el original de la liquidación con la copia al carbón que figura en el expediente encontraron que en donde dice "causa" existe la diferencia consistente en que en el original aparece la anotación "despido por abandono del trabajo" y en la copia solo la palabra "despido".

La fecha en que se inició la vinculación laboral no fue motivo de controversia entre las partes. Unicamente la causa del despido para determinar la ruptura unilateral e ilegal del contrato y consiguientemente el pago de la indemnización correspondiente al lucro cesante originado en esa causa, alegando incumplimiento del plazo pactado para la construcción de una obra determinada.

A este respecto, debe observarse, que la parte demandada se limitó a negar el hecho del despido sin justa causa afirmado por el actor en su libelo, sin que dentro del juicio se hubiera tratado de demostrar el abandono del trabajo por parte del demandante. El fallador de segunda instancia, al reformar la sentencia del Juez del conocimiento, basa su argumentación en que el actor no comprobó "la fecha precisa en que finalizó la construcción de las obras de concreto destinadas al Departamento de laminación ni que después del 27 de julio de 1954 se hubiera seguido trabajando en "bases de concreto por cuanto la planilla 110 se refiere a laminación. Así como

tampoco que el actor demostrara testimonialmente que él hubiera desarrollado actividades de laminador". Otras de las razones que da el Tribunal son las de que el actor ha debido acreditar que "las bases de concreto para las cuales había sido contratado" (sic) no se terminaron el 27 de julio, y por tanto la providencia debía concluír, como en efecto concluyó, que la obra materia del contrato terminó el día del despido del trabajador. Por tales razones, afirma el fallador, no podía prosperar la súplica por perjuicios.

El valor demostrativo del acta de inspección sí es evidente: y siendo, según el mismo Tribunal, la única prueba que obra en autos, como documento fehaciente, es necesario darle todo su valor como lo hizo el Juez *a-quo;* de su simple lectura se desprende que erró ostensiblemente el Tribunal al verificar el contenido del documento a que tantas veces se ha hecho referencia.

Con la inspección ocular el trabajador demostró que la obra 110 finalizó no el 27 de julio de 1954, sino el 28 de noviembre del mismo año, y según la liquidación eventual que obra a folio 2 el despido se llevó a cabo el 27 de julio de 1954. De donde se deduce que el actor fue despedido antes de la terminación de la obra total, es decir ,de la obra de construcción del Departamento de laminación, al cual estaba vinculado por contrato verbal que debía estar sujeto al plazo de duración de la obra.

La jurisprudencia de la Corte ha sido reiterada en el sentido de que cuando es ostensible la equivocación en que incurre el fallador, al tratarse de error de hecho, prospera en casación el cargo contra la sentencia que muestre la contradicción entre la estimación de los elementos probatorios y la realidad de los hechos.

En el presente caso, pecó el Tribunal en la apreciación de la prueba, ya que aparece tan de bulto el error al ser considerada a la luz de la sana crítica, que la conclusión a que llegó en el análisis de ella fue, a juicio de la Sala, equivocado.

Por tanto el cargo ha de prosperar y como consecuencia en función de instancia se condenará en costas a la parte demandada.

SEGUNDO CARGO

Dice el recurrente "que la sentencia atacada violó, por infracción directa el art. 66 del C. S. T.", y para sustentar su afirmación alega que se "limita a relievar" lo dispuesto por la norma legal. Pero a renglón seguido vincula el ataque a la sentencia, con la prueba de la inspección ocular (fs. 22 y 23) y la documental que aparece al f. 2 del expediente, para analizar un aspecto puramente probatorio.

El opositor, de su lado, contradice el cargo por antitécnico.

LA SALA OBSERVA:

Realmente el recurrente al formular el cargo y tratar de sustentarlo, incurre en un error de técnica de casación, pues no es de recibo en este recurso extraordinario la acusación de la sentencia por violación directa de la ley relacionando este fenómeno con una cuestión probatoria: "La violación directa de una norma, ha dicho la Corte, puede ocurrir por la inaplicabilidad de ella, sea porque la desconoce o porque conociéndola la desecha, todo sin tener en cuenta en forma alguna el análisis de pruebas". A juicio de la Sala, en el caso de autos el cargo está mal planteado, ya que se sostiene que el sentenciador infringió directamente el texto legal (art. 66 del C. S. T.) es decir, que lo ignoró o se puso en abierta rebeldía contra lo que él dispone y al propio tiempo afirma que el *ad-quem* "contrarió la verdad procesal", lo cual querría decir que incurrió el Tribunal en un error de hecho (aspecto probatorio) y por consiguiente la acusación está mal formulada. Adolece también del vicio de no señalar las disposiciones que aplicó el Tribunal en cambio de la que según el recurrente considera era la pertinente. Esto impide hacer la confrontación correspondiente.

El cargo no prospera.

TERCER CARGO

Afirma el recurrente "que la sentencia impugnada quebrantó directamente, por interpretación errónea el artículo 65 del C. S. T.".

Transcribe el texto de la disposición que él considera quebrantada y dice: "El artículo impone la obligación de pagar los salarios y prestaciones al trabajador a la terminación del contrato de trabajo, y no días después y la indemnización-sanción precisa imponerla por cada día de retardo y no después de un plazo arbitrario que la ley en ninguna parte concede al patrón moroso". Y continúa: "El

Tribunal, en la sentencia acusada, violó ese precepto legal por interpretación errónea, al considerar que él exige para su aplicación no solo que se demuestre la mala fe, la negligencia o el descuido del patrono que se retarda para el pago, no estando cobijado por las excepciones estatuídas en él, sino además que se puede disculpar el retardo de varios días cuando esa disposición solo requiere para la procedencia de la indemnización, el simple, el mero retardo en el pago de los salarios y prestaciones debidos, así sea por un día". Termina el recurrente afirmando que se "impone casar la sentencia acusada y condenar a la sociedad demandada al pago de los salarios caídos de 15 días de mora, a razón del salario devengado por el trabajador, tiempo de retardo que se demostró en la diligencia de inspección ocular, y condenación que hizo el Juzgado del conocimiento".

El opositor, por su parte, se limita a señalar que el "problema de la buena fe está definido en materia de salarios caídos en forma tan amplia que me releva de cualquier comentario".

SE CONSIDERA:

La razón que presenta el Tribunal para revocar la sentencia del juzgador de primera instancia en este punto es la de que, "como lo confiesa el actor, la empresa patronal pagó a su trabajador los salarios y prestaciones debidos cinco días después de haber sido despedido y no puede considerarse que hubiera existido mala fe, negligencia o descuido por parte de la empresa en el cumplimiento de sus obligaciones patronales para con el trabajador".

LA SALA OBSERVA:

Desde el punto de vista procesal, "la interpretación errónea de una disposición se opera independientemente de toda cuestión de hecho" y "debe examinarse si el Juzgador inquirió su sentido sin desviaciones ni errores, pues cuando ello ocurre, la casación los corrige poniéndolos de relieve y subrayando la insuficiencia del juicio o el exceso cometido al formularlo", ha dicho la Corte. En el caso de autos no aparece que el Tribunal se hubiera desviado en la interpretación de la norma, ni la hubiera interpretado erróneamente, ya que al pagar la empresa y recibir el trabajador los salarios y prestaciones correspondientes, según consta en la afirmación del mismo actor, condujo al Tribunal a la conclusión de que fue satisfecha oportunamente la obligación patronal y de consiguiente no había lugar a aplicar la sanción del artículo 65 del C. S. T., por cuanto siendo la buena fe la base de la norma citada y no apareciendo que el demandado hubiera incurrido en el caso contrario, la conclusión del Tribunal estuvo ajustada a la ley.

No prospera el cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida de fecha 30 de mayo de 1958, en cuanto revoca el artículo 1º del fallo de primer grado, letra a) que condena a la empresa a pagar al demandante la indemnización por rompimiento unilateral e ilegal del contrato de trabajo (lucro cesante) y en su lugar, confirmando el fallo del *a-quo*, condena a la Empresa Moure, Pineda, Alvarado Limitada a pagar a Isaías Ruiz P. tres días después de ejecutoriado este fallo la cantidad de un mil seiscientos veintiún pesos con cuarenta centavos ($ 1.621,40) moneda legal, por el concepto expresado. No la casa en lo demás.

Costas en las instancias a cargo de la parte demandada en un 50%. Sin costas en el presente recurso.

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

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DEMANDA POR SUPUESTO INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO DE CORRETAJE CIVIL U OCASIONAL

Técnica de casación.- Violación de la ley.- Necesidad de demostrar jurídicamente cada una de las disposiciones infringidas, en el fallo de segunda instancia.- No es admisible impugnar la sentencia recurrida por infracción del Decreto No 0456 de 1956.-

1.- Es conveniente recordar que el juzgamiento en las instancias del juicio se encamina al examen de la legalidad de las súplicas contenidas en la demanda mediante su comparación con las pruebas traídas al proceso. El examen en casación inquiere la correspondencia necesaria y lógica que debe existir entre la sentencia objetada y la ley. Se ha dicho que el Tribunal de instancia juzga la controversia y que el de casación juzga la sentencia, esto es, si la ley fue bien o mal entendida, o fue ignorada o fue mal aplicada.

Para ello se necesita como es natural que el recurrente no solamente señale la disposición o disposiciones legales que considera infringidas, sino que presente una demostración lógica de que ellas fueron violadas, lo cual se denomina el concepto de la violación; que si no aparece patentizado en forma inconclusa, resultará necesario negar la casación de la sentencia.

Cuando la infracción legal proviene de errores de hecho en el estudio de las pruebas, efectuado por el sentenciador, es, además, necesaria la demostración de tales errores como premisa del cargo de atentado contra la ley, pero sin que ello excuse de demostrar el quebrantamiento de ésta.

2.- La doctrina sobre la técnica que debe observarse en punto a la casación cuando la sentencia viola la ley ha sido acogida por la Corte Suprema en numerosos fallos. Baste para confirmarlo citar lo siguiente: "En toda demanda de casación, ya se trate de quebranto directo de la ley o de infracción por causa de error manifiesto al apreciar las pruebas, es indispensable no solo la indicación numérica de las disposiciones legales infringidas, sino principalmente la demostración jurídica de la infracción misma de cada una de ellas, cometidas en el fallo de segunda instancia. Esa demostración debe precisar en que consiste la pretendida infracción de la ley, ya por no haberse aplicado la norma, ya por habérsela aplicado indebidamente, ya por ser interpretados con equivocación.

"No comenta siquiera el casacionista los preceptos que cita, ni indica el concepto de infracción que le atribuye al sentenciador, ni expresa la infidencia del error de hecho que alega, en la decisión que el Tribunal debía adoptar". (Sentencia de febrero 11 de 1966).

"Y en fallo de 14 de junio de 1957 (G.J. LXXXV, 516) expuso: "En casación no basta la simple enumeración de determinados preceptos; las acusaciones no pueden hacerse de manera vaga y es necesario concretar la manera como pudieron producirse las diversas violaciones de la ley".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., veinticinco de marzo de mil no-

vecientos sesenta y seis.
(Proyectó: Dr. Manuel Vicente Jiménez, Auxiliar de Casación Laboral).

El señor Ricardo Gutiérrez Mejía, presentó demanda ante el Juzgado Quinto Laboral de Bogotá, contra el señor Bernardo González Bernal y propuso en ella las siguientes súplicas: "PRIMERA.— Que entre el demandado Bernardo González Bernal y el suscrito demandante, Ricardo Gutiérrez Mejía, se verificó contrato de corretaje civil u ocasional para efectos de la venta o permuta de la hacienda de propiedad del primero, denominada «Cacahual» y su ganadería pardo-suizo, ubicada en jurisdicción del Municipio de La Mesa de este Departamento de Cundinamarca, en razón de la consignación que, para tal fin, le hizo el demandado Bernardo González Bernal para que por sí, o por interpuesta persona. llevara a feliz término la negociación. SEGUNDA: Que en virtud del cumplimiento de ese contrato de corretaje civil por parte del suscrito demandante, Ricardo Gutiérrez Mejía, sea condenado el demandado Bernardo González Bernal, al reconocimiento y pago de lo siguiente:

"a) A la suma de TREINTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS ($ 39.375,00) m/cte., como valor de la comisión pactada;

"b) A pagar al demandante el interés legal de la suma de TREINTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS ($ 39.375,00), a partir del día siguiente del plazo que se le señale para el pago del monto de la comisión que se demanda; y

"c) Al pago de los costos y costas de esta acción laboral".

Fundamentó la demanda en varios hechos concernientes a las relaciones entre las dos partes respecto al encargo de venta del inmueble en cuestión.

Corrido el traslado de la demanda, el demandado negó los hechos expresados por el demandante y se opuso a las condenas solicitadas.

Agotados los trámites de la instancia el Juzgado pronunció el siguiente fallo:

"PRIMERO.—Absuélvese al Dr. Bernardo González Bernal, mayor de edad y de esta vecindad, de todos los cargos contra él impetrados en el presente juicio por el Dr. Ricardo Gutiérrez Mejía, mayor de edad y de esta vecindad y quien actúa en su propio nombre.

"SEGUNDO.—Costas a cargo de la parte actora".

El demandante no se conformó con la sentencia y propuso el recurso de apelación que dió lugar a la segunda instancia ante la Sala Laboral del Tribunal de Bogotá, la cual, agotados los trámites, resolvió confirmar en todas sus partes la sentencia apelada, sin costas en la segunda instancia.

Contra este fallo el actor interpuso el recurso de casación que le fue concedido y que la Corte declaró admisible.

Dentro del término legal, presentó la demanda de casación correspondiente.

Como ALCANCE DE LA IMPUGNACION expuso: "Pido la casación total de la sentencia del Tribunal y que, convertida la Corte en Tribunal de Instancia y, previa revocación de la sentencia de primera instancia en el juicio, proceda a dictar la correspondiente sentencia accediendo a las peticiones de la demanda inicial, teniendo en cuenta la cuantía de los honorarios pactados entre el peticionario y el señor Bernardo González Bernal y que montan a la suma de TREINTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS ($ 39.375,00) y correspondiente a frutos del trabajo del peticionario".

Dos cargos aduce contra la sentencia: el uno por violación indirecta de la ley, en virtud de errores manifiestos en que incurrió el Tribunal al estimar las pruebas, y el segundo cargo por infracción directa del Decreto número 0456 de 1956 y falta de aplicación... a consecuencia de la interpretación errónea del mismo Decreto.

Dice la demanda:

PRIMER CARGO

"Violación indirecta, por falta de aplicación, del artículo 379 del Código de Comercio Terrestre y del artículo 2.184 (ordinal 3º) del Código Civil, en armonía con los artículos 1º, 2º, 4º, 10, 20, 331, 333, 346 (primera parte) del citado Código de Comercio Terrestre y con el inciso o aparte final del citado artículo 2.184 del referido Código Civil; por una parte y, por la otra, el Decreto-Ley 0456 de 1956, sobre reconocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios personales y de carácter privado, a consecuencia de errores manifiestos de hecho en la apreciación de las pruebas".

A continuación hace varias consideraciones encaminadas a demostrar que el sentenciador incurrió en manifiestos errores de hecho al apreciar el volumen probatorio; pero concluye esa exposición sin intentar demostración ninguna respecto de la violación de los textos legales que ha citado y sin demostrar por qué causas o motivos fueron ellos quebrantados.

SEGUNDO CARGO

"*Infracción directa por falta de aplicación del mencionado Decreto No. 0456 de 1956, a consecuencia de la interpretación errónea en que incurrió el Tribunal.*—Esta norma, que anteriormente he transcrito, consagra con meridiana claridad el derecho que asiste al suscrito demandante para demandar el reconocimiento y pago, por la vía laboral, de los servicios de carácter personal y privado prestados por éste al demandado para realizar la operación comercial de permuta de un bien inmueble".

Sostiene el recurrente que si el Tribunal hubiera aplicado este decreto al caso en litigio habría llegado a la conclusión de que el actor tenía derecho al pago de los honorarios o comisión de venta del inmueble ya citado.

EXAMEN DE LOS CARGOS

La Corte considera que el primer cargo de casación no puede prosperar por cuanto el recurrente no ha observado la exigencia legal de demostrar en qué consiste o ha consistido la violación de los textos que ha citado.

Es conveniente recordar que el juzgamiento en las instancias del juicio se encamina al examen de la legalidad de las súplicas contenidas en la demanda mediante su comparación con las pruebas traídas al proceso. El examen en casación inquiere la correspondencia necesaria y lógica que debe existir entre la sentencia objetada y la ley. Se ha dicho que el Tribunal de instancia juzga la controversia y que el de casación juzga la sentencia, esto es, si la ley fue bien o mal entendida, o fue ignorada o fue mal aplicada.

Para ello se necesita como es natural que el recurrente no solamente señale la disposición o disposiciones legales que considera infringidas, sino que presente una demostración lógica de que ellas fueron violadas, lo cual se denomina el concepto de la violación; que si no aparece patentizado en forma inconclusa, resultará necesario negar la casación de la sentencia.

Cuando la infracción legal proviene de errores de hecho en el estudio de las pruebas, efectuado por el sentenciador, es, además, necesaria la demostración de tales errores como premisa del cargo de atentado contra la ley, pero sin que ello excuse de demostrar el quebrantamiento de ésta.

En el caso en estudio el recurrente no se ajustó, en la presentación de los dos cargos, a la doctrina expresada. En efecto:

En el cargo se limita a citar los artículos de carácter sustantivo que consideraba aplicables al caso controvertido y que indica como violados por el Tribunal; pero no dice nada del concepto en que lo fueron, ni siquiera ensaya demostrar la violación. Solo discurre con comentarios que estimó conducentes para alegar errores de hecho en la estimación de las pruebas, lo cual por sí solo no llena las exigencias del recurso.

La doctrina sobre la técnica que debe observarse en punto a la casación cuando la sentencia viola la ley ha sido acogida por la Corte Suprema en numerosos fallos. Baste para confirmarlo citar los siguientes: "En toda demanda de casación, ya se trate de quebranto directo de ley o de infracción por causa de error manifiesto al apreciar las pruebas, es indispensable no sólo la indicación numérica de las disposiciones legales infringidas, sino principalmente la demostración jurídica de la infracción misma de cada una de ellas, cometidas en el fallo de segunda instancia. Esa demostración debe precisar en qué consiste la pretendida infracción de la ley, ya por no haberse aplicado la norma, ya por habérsela aplicado indebidamente, ya por ser interpretados con equivocación.

"No comenta siquiera el casacionista los preceptos que cita, ni indica el concepto de la infracción que le atribuye al sentenciador, ni expresa la incidencia del error de hecho que alega, en la decisión que el Tribunal debía adoptar". (Sentencia de febrero once de mil novecientos sesenta y seis).

Y en fallo de 14 de junio de 1957 (G. J. LXXXV, 516) expuso: «En casación no basta la simple enumeración de determinados preceptos; las acusaciones no pueden hacerse de manera vaga y es necesario concretar la manera como pudieron producirse las diversas violaciones de la ley»".

Segundo cargo.—No es admisible la impug-

nación de la sentencia por infracción del Decreto No. 0456 de 1956 ya que éste no es ley sustancial que diera fundamento a la demanda, y además las observaciones del recurrente tampoco configuran la violación alegada.

Las consideraciones anteriores hacen necesario rechazar las cargos propuestos.

A mérito de lo expresado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas del recurso de cargo del recurrente.

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

Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Víctor G. Ricardo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PRESTACIONES SOCIALES.- CESANTIA E INDEMNIZACION MORATORIA

Recto entendimiento de la norma contenida en el art. 65 del C.S.T.- Conceptos de buena y de mala fe patronal.- La apreciación del juzgador al estimar y valorar la prueba aportada al juicio, no resulta contraria a la evidencia de los hechos.-

El Tribunal al fijar el alcance y contenido del art. 65 del C.S.T., nada expresó que fuese contrario al recto entendimiento de la norma y a lo que sobre el particular ha expresado la jurisprudencia constante de esta Sala de la Corte. Al respecto, esta superioridad ha dicho que, será en la defensa que asuma el patrono y en los hechos probados en que la apoya, de donde habrá de decidirse en cada caso por el Juez si la falta de pago es imputable o no a mala fe suya y si, de consiguiente, debe o no responder por el valor de los salarios constitutivos de la indemnización moratoria. Ha dicho también, que el entendimiento del art. 65 del C.S.T., conlleva, a la luz de la jurisprudencia, la apreciación de los elementos subjetivos de mala fe o de buena fe para la aplicación de la norma. La sanción que ella consagra no opera de plano sobre los casos de supuestas prestaciones sociales no satisfechas por el patrono, ya que tal indiscriminada imposición de la pena pecuniaria entrañaría aberración contra las normas del derecho que propone el castigo como correctivo de la temeridad, como recíproco del ánimo doloso (sentencia de 9 de abril de 1959. G.J. T. XC, 423).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., treinta de marzo de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.).

Jorge Santiago Legarda, por medio de apoderado, promovió juicio contra Fernando Campo para que se le condenase a pagarle lo que le adeuda por concepto de cesantía, vacaciones, trabajo suplemental en horas extras diurnas, e indemnización por mora en el pago de las prestaciones reclamadas, e indemnización por ruptura del contrato de trabajo. En subsidio de esta última petición demandó el pago del "preaviso legal de cuarenta y cinco días por la ruptura ilegal del contrato por parte del patrono". Igualmente pidió se condenase al demandado a pagar las costas del juicio.

Para fundamentar la acción, relató los siguientes hechos: Que mediante contrato de trabajo prestó sus servicios al demandado Fernando Campo en su fábrica de baldosines Hércules, desde el 1º de enero de 1954 hasta el 31 de diciembre de 1959, devengando un salario de $ 5,00 diarios. Que la jornada de trabajo se desarrolló desde las 6 de la mañana a las 5 p.m., en forma continua, pues el almuerzo le era llevado a la fábrica, dedicando escasos minutos a tomar los alimentos. Que fue despedido intempestivamente sin justa causa. Que el 6 de enero de 1960 sufrió un accidente de tránsito al ser atropellado por un vehículo automotor que le ocasionó la fractura del hueso frontal del cráneo. Que fue hospitalizado hasta el 31 de enero de ese año, y que el día 1º de febrero siguiente trató de incorporarse al trabajo, pero fue despedido por su patrono sin que le reconociera las prestaciones reclamadas.

El demandado dió respuesta a la demanda negando los hechos en la forma como aparecen relacionados por el demandante. Dijo que éste había trabajado por períodos más o menos largos, en contratos sucesivos pero con solución de continuidad; que los contratos ter-

minaron por consentimiento mutuo de las partes, como ocurrió con el último que se inició el 7 de enero de 1959 y terminó el 31 de diciembre del mismo año. Que el demandante solo devengó el salario de $ 5,00 en el último contrato. Que el horario de trabajo era de 7 a.m. a 12 m. y de 1 a 5 p.m., con excepción de los sábados en que el trabajo duraba solamente hasta las 10 de la mañana. Que cuando el señor Jorge Santiago Legarda se accidentó el día 6 de enero, ya no prestaba sus servicios al demandado. Que las prestaciones le fueron pagadas al demandante a la terminación de cada contrato, con base en el sueldo devengado y en el capital de la empresa.

Propuso como excepciones las que denominó "carencia de derecho para demandar" la de pago y la de prescripción.

El Juzgado del Trabajo de Pasto, que fue el del conocimiento decidió la litis por sentencia en que condena al demandado a pagar al demandante las siguientes sumas de dinero: $ 362,50 por cesantía y $ 5,00 por cada día de retardo, como indemnización, desde el 21 de diciembre de 1959, inclusive, hasta el día en que el demandado pague el auxilio de cesantía. (Punto segundo). Lo absuelve de las demás peticiones de la demanda y no condena en costas. (Puntos tercero y cuarto). Declara no probada la excepción perentoria de pago, en lo que respecta al auxilio de cesantía. (Punto primero).

El apoderado del demandado interpuso el recurso de apelación contra la sentencia del juzgado. Decidió el recurso el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en su Sala Laboral, mediante sentencia en que revoca el numeral b) del punto segundo del fallo apelado y en su lugar, absuelve al demandado del pago de la indemnización moratoria. La confirma en lo demás.

La parte demandante interpuso el recurso de casación contra el fallo del Tribunal. Admitido y preparado debidamente, la Sala procede a decidirlo, teniendo en cuenta la demanda de casación. El opositor no presentó escrito de réplica.

EL RECURSO
ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Se concreta a obtener se case parcialmente la sentencia impugnada, y a que la Corte constituída en Tribunal de instancia confirme en su totalidad la sentencia de primer grado.

Con apoyo en la causal primera del artículo 87 del C. P. L., formula tres cargos, así:

PRIMER CARGO

Acusa la sentencia de violar directamente, por interpretación errónea el art. 65, numerales primero y segundo del C. S. T., "al considerar equivocadamente que la ignorancia de la ley y el error en materia de derecho constituyen circunstancias determinantes de buena fe patronal que liberan del pago de la indemnización moratoria por no cancelación de prestaciones sociales".

Dice que el Tribunal, por estar demostrado en autos, aceptó que el demandado efectuó varios pagos parciales del auxilio de cesantía sin autorización legal o convencional, contra la expresa prohibición del art. 254 del C. S. T., lo que equivale a aceptar que violó la norma mencionada. Sin embargo, considera que ésta "es una cuestión de derecho que el demandado no estaba en la obligación de saber y que solo ahora, mediante el presente fallo, viene a dilucidarse". Agrega que en tales circunstancias hay un equivocado entendimiento del art. 65 del Código mencionado, al considerar que la ignorancia de la ley y el error en materia de derecho pueden configurar la buena fe necesaria, que exonera al patrono del pago de la indemnización moratoria.

SEGUNDO CARGO

Dice que la sentencia viola directamente y "por infracción directa los arts. 65 numerales 1º y 2º del C. S. del Trabajo y 9º y 768, inciso cuarto del C. Civil, que no se aplicaron debiendo hacerlo".

Al sustentarlo expresa que según los arts. 9º y 768 del Código Civil, en su orden, "la ignorancia de las leyes no sirve de excusa" y "el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario". Que el Tribunal en el fallo impugnado, se reveló contra la existencia de estas normas de derecho sustancial desconociéndolas o no dándoles aplicación, debiendo hacerlo. Por lo cual dejó de aplicar también, no haciéndole producir todas sus consecuencias, el art. 65 del C. S. T., al absolver al demandado de la indemnización moratoria que consagra esa norma.

TERCER CARGO

Lo presenta como subsidiario de los dos anteriores. Dice que la sentencia viola indi-

rectamente el art. 65 numerales 1º y 2º del C. S. T., a consecuencia de error evidente de hecho por errónea apreciación de las pruebas que señala y por falta de apreciación de otra.

Como pruebas equivocadamente apreciadas indica los documentos visibles a folios 10, 11, 12 y 13. Como dejada de apreciar señala la confesión hecha por el demandado al contestar la demanda.

Al sustentarlo, manifiesta que los documentos de fls. 10, 11 y 12 son recibos de pago de prestaciones sociales que el demandado obtuvo o exigió al trabajador antes de la terminación del contrato. Que por esta circunstancia no se podría aceptar que se refieren al pago del auxilio de cesantía, sino a otras prestaciones sociales distintas de ésta. Que al aceptar esos recibos como prueba de que solucionan o cancelan una prestación todavía no exigible, se aprecian erróneamente. Que si se acepta, como lo hace el Tribunal, "que esos recibos se refieren también a pagos parciales de cesantía, sin autorización legal, se aprecia erróneamente la prueba al colegir la buena fe del quebrantamiento de la ley". Que de la violación de la prohibición perentoria contenida en el art. 254 del C. S. T. no puede deducirse buena fe. Que por tanto existe errónea apreciación de esa prueba por parte del Tribunal y que el error es evidente.

Que el recibo del fl. 13 también fue apreciado erróneamente al darle valor de finiquito por concepto de auxilio de cesantía, siendo que del mismo aparece que el pago se hizo antes de la terminación del contrato, pues tiene fecha 20 de diciembre de 1959 y el contrato se terminó el 31 de diciembre del mismo año. Que si se admitiera hipotéticamente que el pago de cesantía a que se refiere el documento del fl. 13 no contrarió la prohibición del art. 254 del C. S. T., tendría que concluírse que es un pago írrito que no configura buena fe patronal, pues no alcanza a cubrir ni siquiera la mitad de lo que hubiera sido "una normal creencia de deber". Que por esta circunstancia y porque de la violación de una prohibición legal no se puede colegir buena fe o buena intención, resulta que los pagos a que se refieren los recibos mencionados carecen de toda eficacia como medios de solución legal.

Con relación a la prueba que señala como dejada de apreciar, el cargo se limita a decir que se dejó "de apreciar tal confesión hecha al contestar la demanda".

SE ESTUDIAN LOS CARGOS

En relación con la petición de la demanda sobre pago de la indemnización por mora, el Tribunal para revocar la decisión de condena efectuada por el Juzgado del conocimiento, expresó lo siguiente:

"Indemnización por no pago.—Los comprobantes de pago de los folios 10, 11, 12 y 13 del cuaderno 1º, ponen de manifiesto el hecho de que el actor, a partir del 20 de diciembre de 1956, tuvo la intención de quedar a paz y salvo «por todo concepto de prestaciones sociales», con el trabajador Jorge Santiago Legarda; y, al efecto, le canceló las sumas que tales comprobantes acreditan y que él creía deber. La circunstancia de que los pagos a que se refieren los tres primeros recibos, según lo expuesto arriba, no puedan legalmente imputarse al monto de la cesantía, por ser ésta una prestación que se origina a la terminación del vínculo laboral, es una cuestión de derecho que el demandado no estaba en la obligación de saber y que solo ahora, mediante el presente fallo, viene a dilucidarse. Este hecho, cuando menos, constituye un justificado motivo de duda en favor del demandado, y de conformidad con la doctrina y la jurisprudencia, exonera al patrón del pago de la indemnización que consagra el artículo 65 del Código Sustantivo Laboral, por ausencia del elemento «mala fe», que es el que determina sanción moratoria. Por tanto, habrá de reformarse el fallo en este sentido".

Basta la simple confrontación de lo realmente expresado por el sentenciador con lo dicho por el recurrente en el primer cargo, para llegar a la conclusión de que no existe la supuesta violación del art. 65 del C. S. T., por el motivo de errónea interpretación de esa norma. En efecto, examinando desprevenidamente el concepto del Tribunal, en la parte de la sentencia que antes se ha transcrito y teniendo en cuenta lo que en el mismo fallo se expresa al examinar lo atinente al extremo de la demanda sobre pago del auxilio de cesantía, se advierte fácilmente que el Tribunal estimó que lo demostrado en autos con los comprobantes de fls. 10, 11, 12 y 13 es el hecho de que el patrono canceló al trabajador las sumas que tales comprobantes acreditan por concepto de prestaciones sociales, y que el haber efectuado esos pagos constituye un justificado motivo de duda en su favor que lo exonera de la condena indemni-

zatoria establecida por el art. 65 del C. S. T. "por ausencia del elemento mala fe, que es el que determina aquella sanción moratoria".

El Tribunal al interpretar y fijar el alcance y contenido del art. 65 del C. S. T., nada expresó que fuese contrario al recto entendimiento de la norma y a lo que sobre el particular ha expresado la jurisprudencia constante de esta Sala de la Corte. Al respecto, esta Superioridad ha dicho que, será en la defensa que asuma el patrono y en los hechos probados en que la apoye, de donde habrá de decidirse en cada caso por el Juez si la falta de pago es imputable o no a mala fe suya y si, de consiguiente, debe o no responder por el valor de los salarios constitutivos de la indemnización moratoria. Ha dicho también, que el entendimiento del art. 65 del C. S. T., conlleva, a la luz de la jurisprudencia, la apreciación de los elementos subjetivos de mala fe o de buena fe para la aplicación de la norma. La sanción por ella consagrada no opera de plano sobre los casos de suspuestas prestaciones sociales no satisfechas por el patrono, ya que tal indiscriminada imposición de la pena pecuniaria entrañaría aberración contra las normas del derecho que propone el castigo como correctivo de la temeridad, como recíproco del ánimo doloso (sentencia 9 de abril de 1959, G. J. t. XC, 423).

No dice el sentenciador en el fallo que se examina, que la ignorancia de la ley y el error en materia de derecho constituyen circunstancias determinantes de buena fe patronal. Este concepto únicamente corresponde al criterio interpretativo del recurrente respecto de lo que se expresa en la sentencia, que como se ha visto, no se acomoda a la realidad de lo que allí se consigna. Es más: aún suponiendo que lo afirmado por el recurrente en el cargo correspondiese a lo dicho por el Tribunal (que no lo es. como se ha visto), de tal juicio o criterio interpretativo del sentenciador, por equivocado que fuese, no podría predicarse el concepto de errónea interpretación del art. 65 del C. S. T. puesto que esta norma para nada se refiere a los efectos que pueda producir la ignorancia de la ley o el error en materia de derecho. La posible violación de la ley por el concepto de errónea interpretación tendría que conformarse respecto de otras normas de derecho sustancial distintas del art. 65 del C. S. T., que menciona la acusación. El primer cargo no prospera.

No aparece tampoco la violación por el concepto de infracción directa del art. 65 del C. S. T. y de las normas del Código Civil que el recurrente señala en el segundo cargo.

En efecto, el sentenciador no ha ignorado la existencia de esas normas, ni su decisión contiene la negación o desconocimiento de los principios que las mencionadas disposiciones consagran, sino que se fundamenta en el análisis de las pruebas que el demandado adujo al juicio para acreditar que había pagado las prestaciones reclamadas por el demandante. Y si es evidente que del examen de ese material probatorio el juzgador no encontró acreditado el pago del auxilio de cesantía, sí dedujo de esos mismos documentos motivos justificados de duda en el demandado que configuraban su buena fe, exonerativa de la sanción indemnizatoria prevista en el art. 65 del C. S. T.

La circunstancia de haber estimado el Tribunal que a los recibos de pago presentados por el demandado para acreditar la cancelación del auxilio de cesantía no podía concedérseles valor liberatorio respecto de la referida prestación social, por no ajustarse esos pagos a las previsiones de la ley y porque contrariaban la prohibición del art. 254 del C. S. T., está indicando que la sentencia no pudo violar las disposiciones del Código Civil que se mencionan en el cargo. Por lo demás, lo que el Tribunal califica "como cuestión de derecho", es el efecto o consecuencia del pago anticipado del auxilio de cesantía alegado por el patrono sin que éste hubiese demostrado que lo había realizado dentro de las previsiones de la ley. Si el sentenciador hubiese procedido en forma contraria y hubiese otorgado valor liberatorio a los comprobantes de pago anticipado de cesantía efectuado sin el cumplimiento de los requisitos legales, posiblemente sí se hubiesen infringido las normas del Código Civil que menciona el cargo, pero esa no es la realidad que aquí se contempla.

Finalmente debe recordarse que la mala fe, como ha dicho la Corte, debe ser la deducción acertada hecha sobre la plena comprobación de hechos precisos de naturaleza incompatible con la buena fe. Es decir, es una cuestión de hecho, conformada probatoriamente y adoptada en las situaciones de cada caso. El cargo no prospera.

Las pruebas que obran a fls. 10, 11 y 12 que el recurrente señala en el tercer cargo como mal apreciadas, consisten en los recibos o constancias de pago de prestaciones que el

patrono canceló al trabajador durante la vigencia del contrato, y por tanto está en lo cierto el acusador cuando afirma que esos documentos no podían referirse al pago de cesantía. Precisamente, este fue el criterio adoptado por el Tribunal al analizar esas pruebas y por ello no le concedió poder liberatorio a los pagos que allí constan respecto del auxilio de cesantía. No existe, por tanto, discrepancia alguna en este punto, entre lo expresado por el recurrente y lo resuelto por el sentenciador. Lo que no resulta acertado es afirmar que el sentenciador aprecia equivocadamente las pruebas cuando afirma que los pagos a que se refieren esos recibos no pueden legalmente imputarse al monto de la cesantía, por ser ésta una prestación que se origina a la terminación del vínculo laboral.

Al estudiar el primer cargo se dejó claramente establecido cómo no es exacta la afirmación del acusador de que el Tribunal dedujo la buena fe del demandado del quebranto por éste de la ley. Por tanto, resulta innecesario volver sobre el punto que se plantea nuevamente en este cargo. El Tribunal al resolver sobre el extremo referente a la cesantía y a la excepción de pago *propuesta por el demandado, con relación al recibo que obra al folio 13,* dice que éste acredita el pago de todas las prestaciones sociales causadas a la terminación del contrato de trabajo, por lo que hay que considerar en él incluído el pago de la cesantía por el último año, que es de $ 75,00 y ordenó deducir esta suma de la cantidad de $ 447,91 a que asciende el valor total de dicho auxilio. La apreciación del Juzgador al estimar y valorar esa prueba no resulta contraria a la evidencia de los hechos y si hubiese sido mal estimada, ello habría podido conducir a un error respecto a la liquidación del auxilio de cesantía, cuestión ésta que es ajena a lo que es materia del debate en casación.

Respecto de la falta de apreciación de la confesión contenida en el escrito de contestación de la demanda, el recurrente se limita a afirmar que el Tribunal dejó de apreciarla pero se abstuvo de efectuar un análisis o desarrollo que permitiese a la Corte verificar el examen de este aspecto de la acusación.

No apareciendo demostrados los supuestos errores de hecho que el acusador atribuye al Tribunal, ni menos con las características de evidentes y manifiestos, según la exigencia de la ley, tampoco resulta la infracción de las normas legales que el cargo señala, y por el concepto que allí se expresa. El cargo no prospera.

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 impugnada, proferida en este juicio.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RECURSO DE HOMOLOGACION.- SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE EL LAUDO Y LA SENTENCIA JUDICIAL.- LOS PODERES DE LOS ARBITRADORES EN LOS CONFLICTOS ECONOMICOS SOLO ESTAN LIMITADOS POR LA EQUIDAD Y LAS NECESIDADES PRACTICAS DE LA EMPRESA.- EXEQUIBILIDAD DEL LAUDO PROFERIDO POR EL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO QUE DECIDIO EL CONFLICTO SURGIDO ENTRE LA UNION DE MARINOS MERCANTES DE COLOMBIA Y LA FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA

1.- Cuando los árbitros se ven avocados a la decisión de los aspectos jurídicos que en ocasiones revisten los conflictos colectivos, han de interpretar y aplicar, en cuanto a esos aspectos, normas preexistentes a la manera en que lo hacen los Jueces.

Así, pues, si bien es cierto que los Tribunales de Arbitramento no hacen parte de la rama jurisdiccional y que sus funciones difieren de las de los Jueces ordinarios, sus providencias suelen ofrecer notorias afinidades. De allí que sea exagerado, por lo menos, afirmar, que "en ningún caso puede equipararse, en igualdad de condiciones y de efectos, una sentencia judicial a un laudo arbitral".

De otro lado, además de que conforme al art. 136 del C.P.L. el laudo "deberá acomodarse en lo posible a las sentencias que dictan los Jueces en los juicios del trabajo", con una parte motiva que exprese "las razones de justicia o equidad que constituyen los fundamentos de la decisión" y una parte resolutiva en que se hace, con la debida separación, el pronunciamiento correspondiente a cada uno de los puntos del pliego de peticiones, sometidos a los árbitros, no se excluye la posibilidad de que el laudo contenga conceptos o frases, que ofrezcan verdadero motivo de duda, susceptibles de aclarar, bien sea oficiosamente por el Tribunal, o a instancia de parte, aplicando por analogía el art. 482 del C.J., ya que el de Procedimiento del Trabajo no tiene disposición especial sobre el punto, ni ello pugna con la naturaleza del laudo.

Ahora bien, si uno de los interesados solicita aclaración, dentro del término legal, necesariamente se suspende el efecto de la providencia respectiva hasta cuando el que la ha dictado resuelve sobre la solicitud de aclaración, en cuyo evento el plazo para interponer el recurso pertinente por cualquiera de las partes comenzara a contarse a partir de la fecha en que se expida la providencia aclaratoria, que forma un solo cuerpo con la sentencia.

2.- Al acceder al aumento de salarios, concediendo a los tripulantes uno adicional de sesenta pesos mensuales en moneda nacional y al unificar, con proyecciones hacia el futuro, la base de las liquidaciones, el Tribunal ejerció los poderes propios de los arbitradores en los conflictos económicos o de intereses, poderes que solo están limitados por la equidad y las necesidades prácticas de la empresa y los trabajadores. "El arbitrador –ha dicho esta Sala– sustituye a las partes en la formación del contrato que ellas no pudieron concluír; adopta la fórmula más conveniente para la solución de los intereses en contraste, de acuerdo con los dictados de su sentimiento natural de equidad, pudiendo rechazar o acoger las pretensiones del pliego en todo o en parte, o transigir las pretensiones opuestas" (Homologación bancaria, 27 de enero de 1961).

A este propósito no puede argüirse que ha-

biendo versado la petición de los trabajadores sobre pago de salarios y prestaciones en pesos y dólares y mantenimiento del tipo de cambio de 1.75.5, el Tribunal incurrió en extralimitación de funciones disponiendo que ese pago se efectuara únicamente en moneda nacional, puesto que lo esencial era el aumento de salarios y la unificación de la base, también incrementada, para todas las liquidaciones. Y es bien sabido que los tribunales de arbitramento obligatorio están facultados, como se dijo en sentencia de 21 de mayo de 1954, "para buscar soluciones que aun cuando no se encuentren expresamente determinadas en el pliego petitorio, pueden ser, sin embargo, un aceptable sustituto de las mismas".

3.- Conforme al numeral 2 del artículo 461 del C.S.T. "la vigencia del fallo arbitral no puede exceder de dos (2) años".

Es obvio que corresponde a los árbitros señalar el tiempo durante el cual el laudo tenga efecto y vigencia, desde luego sin exceder el término legal.

Pero no hay precepto que les impida a los árbitros escalonar la ejecución de las obligaciones impuestas a las partes.

Por regla general, y dada la finalidad de la convención colectiva, a la cual se asimila el laudo, que es la de fijar para el futuro las condiciones de los contratos de trabajo, las cláusulas del laudo no rigen sino desde su expedición, si bien, como lo tiene sentado la jurisprudencia de esta Sala, la vigencia de los aumentos de salarios puede tener efecto retrospectivo.

Claro está que si el laudo contempla materias reguladas por la Ley, estas materias estarán condicionadas, en lo relativo a su vigencia, a lo que sobre el particular establezca la misma ley.

El reparo que el opositor le hace a la tesis del recurrente, según la cual la nueva convención o el laudo respectivo empieza a regir al terminar la vigencia de la convención que se denuncia, es fundado, pues ciertamente, con arreglo al artículo 14 del Decreto 616 de 1954, la convención colectiva denunciada continúa vigente hasta cuando se firme la nueva o se expida el laudo en caso de desacuerdo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., treinta y uno de marzo de mil novecientos sesenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Alberto Bravo).

La Unión de Marinos Mercantes de Colombia, con personería jurídica No. 384 de 1945, presentó a la Flota Mercante Grancolombiana, S. A., el 27 de junio de 1963, un pliego de peticiones bajo la forma de proyecto de convención colectiva de trabajo, que aprobó previamente la Asamblea General de Delegados.

Por tratarse de un conflicto colectivo en un servicio público, el Ministerio del ramo, en Resolución No. 0015 del 31 de enero de 1964, convocó un Tribunal Especial de Arbitramento Obligatorio para que estudiara y decidiera los puntos respecto de los cuales no se produjo acuerdo entre las partes en las etapas de arreglo directo y de conciliación.

El Tribunal se instaló el 26 de febrero de 1964, y después de dos prórrogas concedidas con los interesados, profirió su laudo, por unanimidad, el 19 de abril siguiente.

La Flota Mercante Grancolombiana se notificó el 20 del mencionado mes de abril y el 22 solicitó del Tribunal algunas aclaraciones, las que fueron resueltas en providencia del 20 de mayo, notificada a la empresa cinco días después.

A la Unión de Marinos se le notificó el laudo el 21 de abril. En la respectiva diligencia su representante manifestó que se reservaba el derecho de pedir aclaración sobre algunos puntos y de recurrir en homologación, si fuere necesario. Y posteriormente, al notificársele con fecha 6 de junio, la providencia que recayó a las aclaraciones solicitadas por la Flota, declaró que no tenía autorización suficiente para imponerse de esa providencia, y agregó que el Presidente de la Unión había constituído al efecto apoderado especial. Este se notificó el 13 de junio, manifestando que se notificaba, asimismo, del laudo arbitral de fecha 19 de abril de 1964. También presentó en el acto, según informe del Secretario, una solicitud de aclaración y homologación.

Más, habiéndose desintegrado entre tanto

el Tribunal por retiro de dos de los árbitros, el de la empresa y el del Gobierno, el Ministerio del Trabajo, mediante Resoluciones Nos. 0158 (octubre 20) y 01757 (noviembre 20) de 1964, designó reemplazos. El Tribunal, con los nuevos árbitros, reanudó sus sesiones el 2 de diciembre y en providencia del 10 de ese mismo mes rechazó, por extemporánea, la solicitud de aclaración que formuló la Unión de Marinos Mercantes de Colombia y concedió para ante esta Sala el recurso de homologación interpuesto por dicha Unión.

CUESTION PREVIA

Sostiene el apoderado de la empresa que la homologación del laudo se propuso fuera de tiempo y que, de consiguiente, la Sala carece de competencia para conocer del recurso.

Alega que "en ningún caso puede equipararse, en igualdad de condiciones y de efectos, una sentencia judicial a un laudo arbitral" porque la primera "es el resultado de un litigio en virtud del cual el Juez decide en derecho", al paso que el segundo resuelve y pone fin a un conflicto colectivo laboral de carácter económico, sobre bases de justicia y equidad, sin un debate que implique controversia desde el punto de vista procesal. Y siendo así, no resultan procedentes "las normas del Código Judicial sobre aclaración de las sentencias, pues para los Laudos Arbitrales existen normas claras y concretas en el Procedimiento Laboral, razón por la cual tampoco es posible para estos casos la aplicación de disposiciones analógicas, pues ellas solo se aplican a falta de disposiciones especiales".

Añade que, aún en el supuesto de que el laudo arbitral y la sentencia tuviesen igual categoría, debe entenderse que el término para solicitar las aclaraciones es el mismo señalado para interponer el recurso correspondiente, que en el asunto que se estudia es de tres días, por lo cual, cuando se propuso la homologación el 13 de junio, ya había precluído el término, si se tiene en cuenta que el laudo se notificó al representante de la Unión de Marinos el 21 de abril anterior.

LA SALA OBSERVA:

En sentencia de homologación del 31 de octubre de 1963 (Sidelca contra Colombian Petroleum Company), se dijo: "... A los árbitros de los llamados Tribunales Especiales les está atribuída la solución de asuntos que son esencialmente de carácter económico y social, aunque a veces involucran especies jurídicas. A los jueces ordinarios, en cambio, les está adscrito el conocimiento y decisión de controversias relativas a intereses privados o individuales. Sus fallos tienden simplemente a hacer efectivos los derechos reconocidos por la ley sustantiva a los sujetos de esos intereses. A los Tribunales especiales de arbitramento les compete una misión extraña a los jueces: la de establecer equitativas condiciones de trabajo en un determinado sector de la industria o el comercio, en los casos en que ello no se haya logrado total o parcialmente en arreglo directo o en conciliación. De otra parte, el conflicto colectivo no está subordinado al formalismo del procedimiento; no hay un sistema de ataque o defensa ni rige el principio de contradicción probatoria. En la etapa de arbitramento, como en las que le preceden, se justiprecia oficiosamente, por decirlo así, las demandas de los trabajadores, y se ha de buscar no el triunfo de los empleadores sobre los empleados o viceversa, sino al contrario, una fórmula de entendimiento, de común provecho para unos y otros, y necesaria para asegurar el bienestar social. Los árbitros representan un nuevo tipo de juzgadores distinto a los ordinarios, con facultades más elásticas y con fines más prácticos desde el punto de vista de la realidad social".

En otra sentencia, la de homologación bancaria, de fecha 27 de enero de 1961, se expresó lo siguiente:

"Si los conflictos colectivos se desarrollaran con sujeción estricta a la ley, no se daría el caso de que el pliego de peticiones propusiera la decisión de cuestiones distintas de la regulación de las condiciones generales de trabajo. Pero lo que la realidad enseña y los hechos confirman, es que en el país el conflicto colectivo no se detiene en sus linderos sino que involucra asuntos de orden legal, presentando éstos a veces tanta importancia como los de orden económico. La orientación responde a la evolución constante del derecho del trabajo, pues la clase asalariada, en todas las naciones de régimen democrático, aspira a crear el derecho que reglamente sus relaciones con la empresa, en todos sus aspectos, a través de la contratación colectiva, hasta sustituír la legislación preexistente. De ahí que el conflicto económico haya arrastrado el jurídico, por extensión".

Y, desde luego, cuando los árbitros se ven avocados a la decisión de los aspectos jurídi-

cos que en ocasiones revisten los conflictos colectivos, han de interpretar y aplicar, en cuanto a esos aspectos, normas preexistentes, a la manera en que lo hacen los jueces.

Así, pues, si bien es cierto que los Tribunales de Arbitramento no hacen parte de la rama jurisdiccional y que sus funciones difieren de las de los jueces ordinarios, sus providencias suelen ofrecer notorias afinidades. De allí que sea exagerado, por lo menos, afirmar, que "en ningún caso puede equipararse, en igualdad de condiciones y de efectos, una sentencia judicial a un laudo arbitral".

De otro lado, además de que conforme al artículo 136 del C. P. L. el laudo "deberá acomodarse en lo posible a las sentencias que dictan los jueces en los juicios de trabajo", con una parte motiva que exprese "las razones de justicia o equidad que constituyen los fundamentos de la decisión" y una parte resolutiva en que se hace, con la debida separación, el pronunciamiento correspondiente a cada uno de los puntos del pliego de peticiones, sometidos a los árbitros, no se excluye la posibilidad de que el laudo contenga conceptos o frases, que ofrezcan verdadero motivo de duda, susceptibles de aclararse bien sea oficiosamente por el Tribunal, o a instancia de parte, aplicando por analogía el artículo 482 del C. J., ya que el de Procedimiento de Trabajo no tiene disposición especial sobre el punto, ni ello pugna con la naturaleza del laudo.

Sin duda, así lo entendió la empresa cuando solicitó y obtuvo aclaración del laudo.

Ahora bien, si uno de los interesados solicita aclaración, dentro del término legal, necesariamente se suspende el efecto de la providencia respectiva hasta cuando el que la ha dictado resuelve sobre la solicitud de aclaración, en cuyo evento el plazo para interponer el recurso pertinente, por cualquiera de las partes, comenzará a contarse a partir de la fecha en que se expida la providencia aclaratoria, que forma un solo cuerpo con la sentencia.

Es, pues, inobjetable lo que acerca de esta cuestión expuso el Tribunal de Arbitramento, así:

"... Como la resolución sobre las aclaraciones a una sentencia, forma parte de la misma, según lo tienen explicado la doctrina y la jurisprudencia, estima el Tribunal que la notificación efectuada al Dr. Aguilera el 13 de junio constituye la fecha de partida para el cómputo de los términos sobre interposición del recurso de homologación. Así resuelto, y habiéndolo interpuesto el dicho representante de la Unión de Marinos en memorial de esa fecha, debe estimársele en oportunidad y concedérsele por este Tribunal, ya que tal recurso de homologación procede legalmente contra la sentencia que definió el conflicto".

Por tanto, esta Sala considera bien concedido el recurso de homologación interpuesto por la Unión de Marinos Mercantes de Colombia, y procede a examinarlo y decidirlo.

EL RECURSO

El apoderado de la parte recurrente solicita que en la sentencia que haya de dictar la Corte se tomen "las determinaciones de derecho para que se restablezca el imperio de las disposiciones violadas por el laudo, primordialmente en lo que se relaciona con el cumplimiento de la Ley 1ª de 1963 y el pago de salarios y prestaciones de acuerdo con ella y a partir de la fecha de su vigencia".

PRIMER CARGO

Señala como violados por el laudo los siguientes preceptos: Artículo 30 de la Constitución; artículo 27 del C. C.; artículos 52, 53 y concordantes del Código Político Municipal y los artículos 13 y 18 de la Ley 1ª de 1963.

Hace algunas consideraciones generales sobre la ley, su cumplimiento y aplicación; comenta la normas citadas y fija su alcance en lo tocante a los derechos y garantías civiles, para llegar a la conclusión de que el laudo, en lo referente a los sistemas de retribución contenidos en sus cláusulas primera y segunda, viola derechos adquiridos por los trabajadores de la Flota Mercante Grancolombiana. Desarrolla el cargo así:

"La Ley 1ª de 1963, en su artículo 18, establece que regirá desde su sanción, y fue sancionada el 1º de febrero del mismo año.

"La ley, pues, fijó ella misma su fecha de vigencia, es decir, aquella desde la cual entraba a regir.

"En el contexto de la ley se estipula que lo en ella consagrado entraba a operar desde el 1º de enero del mismo año de 1963, como se ve en su art. 1º.

"Se tiene pues, que la Ley 1ª de 1963, establece la época desde la cual comenzaba su vigencia. Una fecha cierta, determinada y

obligatoria, y por lo tanto imperativa para todos los funcionarios permanentes u ocasionales, tales como los árbitros.

"No hay autoridad en la República que pueda variar la fecha de iniciación de una ley, mientras ella esté vigente.

"El laudo recurrido violó pues la Ley 1ª de 1963, en las disposiciones citadas, ya que varió la fecha de su vigencia y consecuencialmente la iniciación de las relaciones obrero patronales entre la empresa «Flota Mercante Grancolombiana S. A.» y sus trabajadores, en lo pertinente.

"Efectivamente, no es sino comparar lo pedido en el punto 3º del pliego de peticiones con lo resuelto en el laudo.

"Los trabajadores pidieron exactamente lo siguiente:

"Punto 3º del pliego de peticiones: a) «Los gastos de representación del Capitán, las sobrerremuneraciones por trabajo extra o suplementario, las prestaciones sociales y el reajuste de salarios de que trata el artículo 1º de la Ley 1ª de 1963, serán pagados por la Empresa en la misma forma y proporción, en las respectivas monedas como se paga el salario básico, es decir, la mitad en pesos colombianos y la otra mitad en tantos dólares de los Estados Unidos de Norte América, cuantos correspondan al tipo de cambio».

"Los árbitros resolvieron:

"CAPITULO I.—Sistemas de Retribución.

PRIMERA - REGIMEN TRANSITORIO.

"A) A partir del 21 de abril de 1964, inclusive, los sueldos mensuales de los tripulantes quedan aumentados en sesenta pesos ($ 60,00) colombianos cada uno, para todos los efectos legales".

"B) A partir del 21 de abril de 1964, inclusive, los auxilios por enfermedad común, accidente de trabajo y enfermedad profesional, se pagarán en la misma forma acordada en la letra a) de la clásula 2ª de la convención de 1961".

"C) A partir del 16 de octubre de 1964, inclusive, la remuneración por trabajo extra o suplementario se pagará en la misma forma acordada en la letra a) de la cláusula 2ª de la convención de 1961".

"D) Salvo lo dispuesto en los literales anteriores, hasta el 15 de octubre de 1965 continuará en vigencia el régimen especial de salarios y prestaciones estipulado en las cláusulas 2ª a 6ª de la convención de 1961".

SEGUNDA - REGIMEN DEFINITIVO

"A) A partir del 16 de octubre de 1965, inclusive, quedarán aumentados los sueldos mensuales y las sobrerremuneraciones fijas mensuales, en su caso, en el equivalente en pesos colombianos de los dólares que le hubieren correspondido al trabajador en el mes inmediatamente anterior conforme a lo acordado en la letra a) de la cláusula 2ª y en la cláusula 3ª de la convención de 1961, liquidados al tipo de cambio libre en esa fecha (no al de certificado de cambio). Con base en los nuevos sueldos mensuales en pesos colombianos, se liquidarán y pagarán desde esa misma fecha todas las prestaciones sociales, las vacaciones y el trabajo extraordinario o en domingos y festivos que no tengan sobrerremuneración fija mensual".

"B) A partir del 16 de octubre de 1965, los tripulantes que deseen adquirir dólares, podrán solicitarlos a la Flota y ésta queda obligada a venderlos a bordo, al mismo precio a que ella deba venderlos al Banco de la República, hasta un cupo mensual equivalente, por cada trabajador a los mismos dólares que hasta la fecha haya recibido por sueldo o sobrerremuneración fija cada mes y por prima de servicios en razón del convenio de 1961".

"Como se puede apreciar, sin mayor esfuerzo dialéctico, al fijar el laudo períodos de iniciación diferentes para los aumentos legales, ha violado ostensiblemente la ley, y en consecuencia, queda demostrado que los árbitros extralimitaron el campo de sus atribuciones y han excedido de sus facultades.

"Los trabajadores se limitaron a pedir el cumplimiento de la Ley 1ª de 1963, al decir que «La remuneración por el trabajo extra o suplementario, las prestaciones sociales y el REAJUSTE DE SALARIOS DE QUE TRATA EL ARTICULO 1º de la Ley 1ª de 1963, (lo subrayado es de quien escribe), serán pagados por la Empresa en la misma forma . . .».

"En la parte transcrita de la petición que se contrae al aumento de la Ley 1ª de 1963 y su vigencia, los árbitros no podían resolver nada distinto a lo establecido en la misma ley.

"Si la petición de los trabajadores se acomoda a la ley, no puede ser despachada desfavorablemente ni variada en su fecha.

"Los árbitros, al resolver este punto, capri-

chosamente fijaron plazo de vigencia distinto, modificando lo establecido en la Ley 1ª de 1963, luégo violaron la ley.

"No se puede sostener que en este punto se ha resuelto una cuestión económica, porque si bien es cierto que, se establece desde qué día se paga un salario, lo que ha dispuesto en el fondo es el aplazamiento del cumplimiento de una disposición legal, problema de derecho, para lo cual no tiene facultades, ha ignorado el Tribunal, con la solución, la ley expresa y por consideraciones de orden equitativo, como parece, ha desmejorado porque pierden el aumento decretado por la Ley 1ª de 1963, desde el 1º de enero de 1963, hasta que lleguen las fechas caprichosamente fijadas por los árbitros.

"Los árbitros al variar la fecha de iniciación de la vigencia de los aumentos decretados por la Ley 1ª de 1963, no están resolviendo un conflicto eeconómico entre la Empresa y los trabajadores. Están violentando el orden legal nacional y modificando lo establecido por el legislador. Como si el conflicto fuera entre la ley y los trabajadores".

El apoderado de la empresa replica que el Tribunal de arbitramento no se integró ni constituyó para interpretar la Ley 1ª de 1963 sino para decidir un conflicto económico y de intereses. Transcribe la declaración que en ese sentido hizo el representante de la Unión de Marinos que actuó ante el Tribunal, como también las consideraciones que en la parte motiva expuso el mismo Tribunal. Y agrega:

"Confunde el señor apoderado recurrente, por equivocada apreciación del laudo, dos aspectos completamente diferentes. El primero, el que hace relación a los aumentos decretados por la Ley 1ª de 1963, con retroactividad al 1º de enero del mismo año. Estos aumentos, por tratarse de una disposición legal, con carácter imperativo y por tanto obligatorio, se apresuró la Flota, en su oportunidad correspondiente, a decretar. Y es ilógico pensar que la Unión de Marinos Mercantes de Colombia iba a presentar un pliego de peticiones, someterse a los trámites respectivos hasta llegar a un Tribunal de Arbitramento Obligatorio para exigir de la Empresa el cumplimiento de obligaciones emanadas de dicha ley. Lo que se pretendió con el referido pliego de peticiones fue ir más allá de las previsiones consignadas en la misma, pues de no ser así a la Unión de Marinos le hubiera bastado solicitar la intervención o de las autoridades administrativas del trabajo o acudir a la jurisdicción especial del trabajo para exigir su cumplimiento en forma coactiva, es decir, alegando la violación o incumplimiento por parte de la Flota. Luégo, el segundo aspecto fue el concreto que correspondió conocer y decidir al Tribunal de Arbitramento, es decir, resolver sobre la petición de aumento de salarios —sueldos y prestaciones sociales— tal como se indica en el punto 1º y siguientes del pliego, y de ahí la naturaleza del conflicto que no es ni podía ser otro que el de un conflicto económico o de intereses, pero en ningún caso conflicto jurídico propiamente dicho".

"....

El pensamiento de los señores árbitros no fue el de modificar, cambiar o interpretar el régimen legal impuesto por la Ley 1ª de 1963, sino simplemente el de variar el régimen especial y convencional existente en la Flota para como, lo anotan los señores árbitros, corregir una situación artificiosa e inconveniente tanto para los intereses de los trabajadores como para la misma Empresa. En consecuencia al determinar el laudo un régimen especial de salarios, el Tribunal de Arbitramento no estaba modificando el régimen legal, y esa determinación del Tribunal está comprendida dentro de sus expresas facultades y como puede apreciarse por el contenido del laudo fue más allá de las previsiones legales para poder consagrar un régimen indudablemente más favorable al trabajador que el consignado en la Ley 1ª de 1963".

SE CONSIDERA:

La Ley 1ª de 1963, en su artículo 1º, ordenó, con retroactividad al 1º de enero de ese año, un reajuste de sueldos y salarios en cuantía de $ 120,00 por mes, hasta sueldos de $ 3.000,00 mensuales, y dispuso en su artículo 13:

"Los aumentos a que se refiere la presente ley no se aplicarán al servicio doméstico, ni a los salarios pactados en moneda extranjera. Cuando el salario se pague, parte en moneda extranjera y parte en moneda nacional, el aumento se aplicará únicamente a la parte pactada en moneda nacional. En estos casos del salario en dos (2) monedas, las sobrerremuneraciones por trabajo extra o suplementario y las prestaciones sociales se pagarán en la misma forma y proporción en las respectivas monedas como se paga el salario básico".

La petición tercera del pliego presentado

por la Unión de Marinos Mercantes se formuló exactamente en estos términos:

"Los gastos de representación del capitán, las sobrerremuneraciones por trabajo extra o suplementario, las prestaciones sociales y el reajuste de salario de que trata el artículo 1º de la Ley 1ª de 1963, serán pagados por la Empresa en la misma forma y proporción, en las respectivas monedas como se paga el salario básico, es decir, la mitad en pesos colombianos y la otra mitad en tantos dólares de los Estados Unidos de Norte América, cuantos correspondan al tipo convencional del 175.5 de cambio".

Pretendían, pues, los trabajadores, en lo relativo a salarios, que el aumento legal de $ 120,00 mensuales les fuera pagado la mitad en pesos colombianos y la otra mitad en dólares a un tipo convencional de cambio de 175.5, lo cual difiere del precepto contenido en la Ley 1ª de 1963, ya que conforme a ésta el aumento no se aplica a la parte del salario estipulado en dólares.

En cuanto a las prestaciones sociales y sobrerremuneraciones, es verdad que de conformidad a la ley han de pagarse " en la misma forma y proporción en las respectivas monedas como se paga el salario básico". Pero ni respecto de la parte del salario que se paga en moneda extranjera ni en lo relativo a las prestaciones sociales y sobrerremuneraciones por trabajo extra y suplementario hace referencia la ley al tipo de cambio convencional de 175.5.

No es exacto, pues, que los trabajadores se limitaran a pedir el cumplimiento de la ley atrás mencionada, lo que por lo demás hubiera sido extraño a la finalidad de la convención colectiva y del fallo arbitral, que tienen por objeto "fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia". (Art. 467 C. S. T.).

El sentido de la petición y el alcance de la solución que se le dió, aparecen explicados con nitidez por el Tribunal de Arbitramento en los términos que se transcriben a continuación, tomados de la parte motiva del laudo:

"1º—PAGO EN PESOS Y DOLARES.

"El punto 3º del pliego de peticiones, dice:

"«Los gastos de representación del capitán, las sobrerremuneraciones por trabajo extra o suplementario, las prestaciones sociales y el reajuste de salario de que trata el artículo 1º de la Ley 1ª de 1963, serán pagados por la Empresa en la misma forma y proporción, en las respectivas monedas como se paga el salario básico, es decir, la mitad en pesos colombianos y la otra mitad en tantos dólares de los Estados Unidos de Norte América, cuantos correspondan al tipo convencional del 175.5 de cambio»".

"Para su mejor entendimiento, basta confrontar la petición con lo estipulado por las partes en la convención de 1961:

"REGIMEN ESPECIAL DE SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES.

"a) Los sueldos mensuales de los tripulantes, excepto los del capitán, jefe ingeniero y contador, a quienes se refiere la cláusula 3ª, que comprenden los estipulados en los respectivos contratos individuales de trabajo más los aumentos que se les hicieron conforme a la cláusula décima séptima de la convención colectiva de 1º de agosto de 1957, se pagarán así: la mitad en pesos colombianos y la otra mitad en tantos dólares de los Estados Unidos de Norte América cuantos corresponderían a un tipo convencional de cambio del 175.5%.

"b) La remuneración del trabajo ordinario en días domingos y festivos, la de las vacaciones legales y la prima de servicios, se pagará en la misma forma acordada en la letra a).

"c) Los auxilios legales en dinero de los enfermos hospitalizados en Colombia por enfermedad profesional, accidente de trabajo o enfermedad no profesional, se pagarán totalmente en pesos así: la mitad sin recargo y la otra mitad a razón de $Col. 1,755 por cada $Col. 1,00".

"d) Fuera de los casos previstos en las letras b) y c) para los efectos de la liquidación de todas las prestaciones proporcionales al salario, de las horas extras, de la bonificación extralegal de vacaciones y para los demás efectos, se tendrán como sueldos básicos fijos, conforme al artículo 141 del C. S. T., los estipulados en los respectivos contratos individuales de trabajo, más el valor de los aumentos acordados en la cláusula décima séptima del convenio de trabajo de 1º de agosto de 1957, liquidados exclusivamente en pesos colombianos, es decir, sin tomar en cuenta el beneficio adicional que resulta del pago de la mitad en dólares pactado en las letras a) y b) de la presente cláusula".

"Descartada la frase inicial (por sustracción de materia, ya que los capitanes no disfrutan de asignación para gastos de representación, y la solicitud de que se les atribuyera en el futuro fue retirada por la Unión en la etapa de arreglo directo, acta No. 57), la petición persigue dos objetivos concretos: eliminar las excepciones acordadas en 1961 al régimen peculiar de pagos en pesos y dólares, y obtener un aumento de salarios.

"En cuanto a lo primero, conviene recordar que la convención de 1961 consagró como norma contractual el sistema de pagos adoptado por la Flota desde su fundación, en 1946 (la mitad del sueldo básico en pesos y la mitad en dólares, al tipo oficial de cambio de entonces y la congelación tradicional del mismo tipo de cambio, asumido espontáneamente por ella.

"Aquel sistema fue al principio una consecuencia casi obvia de la navegación en rutas internacionales. El sueldo del tripulante debía servirle para atender a los gastos de su familia en el país (pesos), pero también para sus compras eventuales, sus diversiones, sus necesidades personales en los puertos extranjeros (dólares). Y el pago así no implicaba ningún sobrecosto para la Flota, porque en 1946 era indiferente entregar pesos o entregar dólares al 175.5.

"Pero la congelación del primer tipo de cambio ya no era obvia, ni indiferente, ni gratuita, sino deliberada y tanto más onerosa cuanto mayor fuera la distancia entre el peso y el dólar; los mismos cien dólares que se entregaban al tripulante en 1946 en vez de los $ 175,50 de su medio sueldo, en 1957 valían $ 629,00 y en 1961 $ 831,00. No es razonable tan gravosa generosidad patronal si con ella no se obtiene alguna ventaja compensatoria, y la Flota la obtuvo ciertamente: lograba conservar inalterado el salario básico para la liquidación de prestaciones y de otros beneficios legales y el personal, que recibía en cada pago una cantidad fija de dólares que todos los días se valorizaban en tierra, no exigía mejoras de sueldo con la ardentía y periodicidad de los trabajadores sedentarios.

"Este sistema, al ser examinado por las partes, después de quince (15) años de experiencia, se consagró como estipulación convencional estable en 1961.

"Pero tanto la costumbre anterior como la convención de 1961 al clasificar separadamente las repercusiones de los pesos básicos y de los dólares al tipo de cambio congelado sobre las diversas liquidaciones reglamentadas en la ley laboral, adolecen de una complejidad artificiosa que tenía que originar frecuentes discusiones y desavenencias entre las partes: En pesos y solamente sobre el básico, las horas extras, los auxilios de enfermedad para los no hospitalizados dentro del país, las indemnizaciones por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, la jubilación y la cesantía; en pesos y dólares convencionales, el trabajo en domingos y festivos, las vacaciones y la prima de servicios; y como si ésto fuera poco, los auxilios por enfermedad para los hospitalizados en Colombia, la mitad en pesos y la otra mitad también en pesos pero con un recargo del 175.5%. Un verdadero logogrifo.

"Sin necesidad de avanzar ningún concepto sobre la naturaleza jurídica del aludido sistema de pago, y sea que el resultado de la congelación del tipo de cambio de los dólares se repute salario o simple operación económica realizada bajo condiciones específicas, lo que sí aparece indiscutible para los árbitros es la conveniencia de unificar la base de todas las liquidaciones legales y contractuales del futuro. A mayor sencillez y claridad de cualquier fórmula, menos controversia y más cordiales relaciones humanas.

"Desde luego, el Tribunal entiende que el obstáculo para esa deseable unificación radica en la incidencia retrospectiva por tres años de todo aumento en la base de liquidación de la cesantía. Si la decretara de inmediato, crearía un pasivo súbito de varios millones de pesos que afectaría peligrosamente la solidez financiera de la Flota; si la aplazara indefinidamente, cohonestaría la prolongación de un confusionismo en las liquidaciones que considera funesto para la paz interna de la empresa; de allí que opte por una solución intermedia: mantenimiento del régimen convencional vigente durante dieciocho meses, y unificación de las bases de liquidación (previa conversión de los dólares convencionales al tipo de cambio libre que rija en ese entonces) dentro de dieciocho meses, con lo cual la incidencia legal de tres años se reduce a la mitad si ésta se cuenta desde la fecha del laudo. Con la ventaja adicional de que si las partes, con mejor conocimiento de sus propios intereses, estiman preferible para ambas la prórroga del intrincado método vigente, llegarán con facilidad a un acuerdo directo que prevalezca sobre la disposición arbitral.

"El mantenimiento del régimen actual de pago y liquidaciones durante los primeros dieciocho meses de la vigencia del laudo, no es sin embargo integral; por claras razones de equidad, algún beneficio inmediato o más cercano habrán de recibir los tripulantes, beneficio que no dejará afectar los costos de operación de la Flota en importante pero no desaforada cuantía. Ese beneficio se concreta en tres aspectos:

"a) El aumento de los sueldos en sesenta pesos mensuales cada uno. La petición que se estudia no habla de aumentos, pero al pretender que el reajuste de salarios de que trata el artículo 1º de la Ley 1ª de 1963 ($ 120,00 mensuales) se pague la mitad en pesos y la mitad en dólares convencionales del 175.5 está indicando un incremento unitario de $ 401,90 mensuales. El Tribunal considera exagerada tal pretensión, mientras rija como estabilizador automático del costo de la vida en tierra la congelación del tipo de cambio de los dólares. Pero limitado el aumento a $ 60,00, pagadero exclusivamente en moneda legal, es al mismo tiempo ventajoso para los tripulantes y soportable para la Flota, aún con sus naturales incidencias sobre las prestaciones y descansos obligatorios. Los mil tripulantes recibirán $ 60,00 adicionales al mes, o sean $ 720,00 al año.

"b) El pago de los auxilios por enfermedad común y profesional o por accidente de trabajo, en pesos y dólares convencionales. No se trata de un sobrecosto fijo sino eventual para la Flota, y como las obligaciones familiares del navegante no se atenúan durante su incapacidad, no hay razón para que altere el sistema remuneratorio de su actividad.

"c) El pago de los recargos por trabajo suplementario (extras) en pesos y dólares convencionales. A diferencia del anterior, éste sí es un sobrecosto seguro, aunque de cuantía variable, cuyo coeficiente respecto de la nómina ordinaria puede fijarse en un 33%, y aplicado a un nómina de $ 335.000 mensuales, en números redondos, que con la conversión parcial en dólares convencionales pasa a ser de $ 1'130.000,00 mensuales, los recargos legales pueden valer $ 372.000,00 al mes. Descontados los $ 122.000,00 que el mismo coeficiente determina en la actualidad sobre los salarios básicos, el sobrecosto es de $ 250.000,00 mensuales o sean tres millones de pesos en el año. Para fundar su asentimiento al respecto el Tribunal observa que, por lógico, es universalmente admitido un mayor costo del trabajo en horas extras que del ordinario; pero la magnitud del recargo que para la Flota implicaría la inmediata rectificación de una costumbre viciosa aunque refrendada por el Convenio Colectivo de 1961, ha inclinado a los árbitros hacia su aplazamiento por seis meses, vale decir hasta el 15 de octubre del año en curso.

"Solo falta agregar que, en relación con el régimen definitivo que ha de comenzar dentro de dieciocho meses, con la base de liquidación unificada en pesos colombianos, había que proveer a la necesidad de dólares para los gastos en el extranjero que forzosamente requerirán los tripulantes. Al efecto se establecerá la obligación para la Flota de venderle esos dólares, hasta un cupo individual equivalente a los que hasta entonces haya debido recibir mensualmente cada trabajador, pero no a un tipo de cambio arbitrario sino al mismo precio al que la Flota deba venderlos al Banco de la República".

Según la transcripción que precede, el Tribunal absteniéndose expresamente de emitir concepto sobre la naturaleza jurídica del sistema de pago y liquidaciones, adoptado por la convención colectiva de 1961, consideró a ésta como necesario antecedente del conflicto, y en orden a variar el aludido sistema, que halló intrincado y propicio a frecuentes discusiones y desavenencias entre las partes, juzgó conveniente "unificar la base de todas las liquidaciones legales y contractuales del futuro" conciliando la solidez financiera de la Flota, con el justo beneficio de los tripulantes. En desarrollo de ese propósito aumentó el salario de cada uno en sesenta pesos ($ 60,00) mensuales, aparte del reajuste ordenado por la Ley 1ª de 1963, que obviamente rige desde la fecha en ésta indicada, o sea el 1º de enero del mismo año; escalonó el tránsito del régimen convencional de 1961, en lo pertinente, hacia el de las nuevas condiciones, adecuándolo a la incidencia retrospectiva por tres años de todo aumento en la base de liquidación de la cesantía, y, con el fin de atemperar en la última etapa el pago total de salarios y prestaciones sociales en pesos colombianos, estableció la obligación para la Flota de vender a bordo a los tripulantes interesados y, al mismo tipo de cambio utilizado en las operaciones con el Banco de la República, un cupo mensual de dólares, equivalente a los que recibían anteriormente.

Así las cosas, no se ve que de las motivaciones del laudo o de sus regulaciones pueda

deducirse que éste tendiese a decidir una controversia jurídica surgida del desacuerdo de las partes en torno a la interpretación o cumplimiento de una norma preexistente, cuestión de competencia de los jueces, que no se planteó a los árbitros. Ni tampoco hay de donde inferir que, invadiendo la órbita reservada al legislador, tratara de modificar los ordenamientos de éste, en punto a la vigencia de la Ley 1ª de 1963 o a su campo de aplicación.

Por la misma razón, no cabe entender que se desconociera el derecho adquirido por los trabajadores al pago de tal reajuste.

Lo cierto es que el Tribunal de Arbitramento circunscribió su actividad al examen y resolución de una aspiración económica de los trabajadores, dirigida en el fondo a obtener un aumento de salarios y a establecer una base igual para la liquidación de prestaciones sociales y de sobrerremuneraciones por trabajo extra o suplementario, con la modalidad del pago de los unos y las otras en pesos y dólares, pero el de éstos a un tipo de cambio convencional de 175.5.

Al acceder al aumento de salarios, concediendo a los tripulantes uno adicional de sesenta pesos mensuales en moneda nacional y al unificar, con proyecciones hacia el futuro, en la forma gradual ya indicada, la base de las liquidaciones, el Tribunal ejerció los poderes propios de los arbitradores en los conflictos económicos o de intereses, poderes que solo están limitados por la equidad y las necesidades prácticas de la empresa y los trabajadores. "El arbitrador —ha dicho esta Sala— sustituye a las partes en la formación del contrato que ellas no pudieron concluír; adopta la fórmula más conveniente para la solución de los intereses en contraste, de acuerdo con los dictados de su sentimiento natural de equidad, pudiendo rechazar o acoger las pretensiones del pliego en todo o parte, o transigir las pretensiones opuestas". (Homologación bancaria, 27 de enero de 1961).

A este propósito no puede argüirse que haviendo versado la petición de los trabajadores sobre pago de salarios y prestaciones en pesos y dólares y mantenimiento del tipo de cambio de 175.5, el Tribunal incurrió en extralimitación de funciones disponiendo que ese pago se efectuara únicamente en moneda nacional, puesto que lo esencial era el aumento de salarios y la unificación de la base, también incrementada, para todas las liquidaciones. Y es bien sabido que los Tribunales de Arbitramento obligatorio están facultados como se dijo en sentencia del 21 de mayo de 1954, "para buscar soluciones que aun cuando no se encuentren expresamente determinadas en el pliego petitorio, pueden ser, sin embargo, un aceptable sustituto de las mismas".

Finalmente, basta considerar que el laudo acusado aumentó los salarios y la base de las liquidaciones, para llegar a la conclusión de que, en relación con la convención colectiva de 1961, mejoró la situación de los trabajadores.

Por tanto, no prospera este cargo.

SEGUNDO CARGO

Se refiere a la cláusula segunda del laudo sobre régimen definitivo de retribución, en cuanto dispone que "a partir del 16 de octubre, inclusive, quedarán *aumentados* los sueldos y las sobrerremuneraciones fijas mensuales, en su caso, *en el equivalente en pesos colombianos de los dólares que le hubieren correspondido al trabajador en el mes inmediatamente anterior* conforme a lo acordado en la letra a) cláusula segunda y en la cláusula tercera de la convención de 1961, liquidados al tipo de cambio libre en esa fecha, (no al de certificado de cambio)".

Insiste en que el laudo alteró la vigencia de la Ley 1ª de 1963 y limitó el aumento decretado por su artículo 1º, desmejorando con su solución, la situación de los trabajadores.

Dice el recurrente:

"Los árbitros no tenían facultad para variar los aumentos decretados por la ley; ni la proporcionalidad entre el cuánto de la moneda nacional y la extranjera; y muchísimo menos para efectuar esa variación haciendo más desventajosa económicamente la condición de los trabajadores, mejor dicho, haciendo que los trabajadores, a la postre, reciban menos cantidad de dinero en pesos colombianos que lo que antes recibían, o lo que les hubiera correspondido por la proporcionalidad anterior, de conformidad con el aumento estipulado en la ley.

"Una modalidad establecida en la empresa, por la índole de sus actividades, es la del pago de salario en dos monedas, pesos colombianos y dólares. Ese salario viene consagrado así, con anterioridad al laudo. Los trabajadores no pidieron su abolición o derogatoria. Los árbitros no tenían poder para variar esa

proporcionalidad o para imponer el pago solamente en moneda colombiana, por dos razones: la primera, porque no estaba contemplado en el pliego petitorio, y la segunda, porque ello desmejora la condición del trabajador".

Y agrega más adelante:

"Esta disposición arbitral, subrayada por quien escribe, es bastante confusa, por cuanto no se tuvieron en cuenta algunos casos que pueden presentarse y que configuran un sensible desmejoramiento de las condiciones actuales de los trabajadores.

"El caso de un Primer Oficial ascendido a Capitán, pocos días antes o después del 16 de octubre de 1965, que en el primero de los cargos mencionados devengaba setecientos pesos ($ 700,00 y en el segundo, un mil doscientos sesenta pesos ($ 1.260,00) incluyendo la sobrerremuneración fija mensual, pagadas ambas asignaciones en la misma forma acordada en la letra a) de la cláusula 2ª de la convención de 1961, es decir, la mitad en pesos colombianos y la otra mitad al 175.5 de cambio.

"Como en el caso del ejemplo ese nuevo Capitán devengó durante el mes inmediatamente anterior al 16 de octubre de 1965, un salario correspondiente al cargo de Primer Oficial, que es inferior al de Capitán, entonces, no queda claramente consagrado en la disposición arbitral a que nos venimos refiriendo, que al nuevo Capitán se le tenga en cuenta los dólares correspondientes al salario de Capitán, sino al de Primer Oficial, que era el salario que estaba devengando durante el mes inmediatamente anterior a la fecha de la vigencia del nuevo sistema de pago, operándose un sensible desmejoramiento en el salario de ese Capitán, por cuanto sus condiciones salariales quedarían en situación de inferioridad a las de sus colegas, los demás capitanes de la Flota, que hubieran estado en servicio como tales durante el mes inmediatamente anterior al 16 de octubre de 1965, con violación expresa del principio «a trabajo igual salario igual» consagrado en el art. 143 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con el art. 127 del mismo estatuto.

"El mismo fenómeno se opera en los demás oficiales y tripulantes que fueron ascendidos a cargos superiores, en las condiciones del ejemplo, o que ingresaren a prestar sus servicios a bordo de las unidades de la Flota con posterioridad al 16 de octubre de 1965, incluyendo el pago de las primas semestrales, de antigüedad, y partida de alimentación, para efecto de la liquidación de las vacaciones, que la empresa venía liquidando en pesos colombianos y dólares conforme al salario básico".

SE CONSIDERA:

Al estudiar el primer cargo se vio que el aumento de $ 60,00 mensuales para los tripulantes, previsto en el laudo, es distinto e independiente del reajuste de salarios ordenado por la Ley 1ª de 1963, en cuantía de $ 120,00 mensuales, con retroactividad al 1º de enero de ese año, ley cuyo imperio no se desconoció ni podía desconocerse por el laudo.

También se anotó atrás, que la solución arbitral puede no ceñirse estrictamente al pliego petitorio, siempre que la fórmula adoptada logre finalidad igual o semejante.

La variación en la modalidad del pago de los salarios y las prestaciones sociales, dentro del régimen definitivo, en pesos colombianos, en vez de pesos y dólares, como se acostumbró durante varios años y se acordó en la convención colectiva de 1961, obedeció, según lo expresa el laudo en la parte motiva, invocando razones de equidad, a la conveniencia de unificar la base de las liquidaciones, sin que ello desmejore la situación de los tripulantes, tanto menos cuanto se les permite adquirir dólares para los gastos en el extranjero, al mismo precio al que la Flota deba venderlos al Banco de la República.

En cuanto al segundo aspecto del cargo, persigue en verdad la solución de eventuales conflictos e implica, asimismo, una solicitud de aclaración del laudo. De consiguiente, resulta inadmisible, ya que esta Sala no podría anticiparse a resolver aquellos conflictos ni tiene facultad para aclarar el fallo que otra entidad dictó. Carece, pues, de fundamento este segundo cargo.

TERCER CARGO

Sostiene el recurrente que el laudo viola el artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo, al determinar caprichosamente plazos de vigencia para los aumentos legales, dejando de ceñirse a lo que se solicitó en el pliego de peticiones, esto es, que obró con exceso de poder.

SE CONSIDERA:

Como este cargo reitera la acusación contenida en el primero y el segundo, haciéndola incidir en el artículo 458 del C. S. T., según

el cual el fallo de los árbitros "no puede afectar derechos o facultades de las partes reconocidos por la Constitución Nacional, por las leyes o por normas convencionales vigentes", la Sala se remite a lo que expuso al examinar esos cargos.

CUARTO CARGO

Acusa por violación del mismo artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo, por estimar el recurrente que el laudo contiene estipulaciones que se salen del período máximo de la vigencia de la convención.

Desarrolla este cargo así:

"Los trabajadores solicitaron un año como vigencia de la convención a firmarse; el laudo fijó dos años, a partir de una fecha distinta; pero además determinó plazos cuyo cumplimiento se sale del período de vigencia de la convención, lo que además de ser ilegal, es contrario a la lógica de las cosas y a la razón.

"Denunciada la convención, la nueva empieza a regir, al terminar la fecha de vigencia de la convención demandada. Este es su objeto.

"Del texto de las peticiones se deduce en todos los puntos en que ha habido divergencia entre ellas o ambigüedad e imprecisión en el laudo.

"No tienen los árbitros facultad para fijar fecha de iniciación de los puntos de la convención, distintos de los determinados por la ley o por las partes.

"Ni la «Unión de Marinos», ni la «Flota Grancolombiana», dieron facultad a los árbitros para que en todo o en parte fijaran fecha de iniciación de los derechos concedidos, luego han violado la ley y excedido sus atribuciones".

El opositor arguye que ese fue un punto materia de desacuerdo en la etapa de conciliación, por lo cual el Tribunal tenía que pronunciarse sobre el mismo, sin que estuviera obligado a someterse a lo que una de las partes hubiera pedido. Agrega que de conformidad con el Decreto 616 de 1954, que modificó el artículo 479 del C. S. T., denunciada una convención colectiva, la existente continuará vigente hasta tanto se firme una nueva.

SE CONSIDERA:

El laudo, en el capítulo cuarto, dispone:

"El presente laudo arbitral tendrá una duración de dos (2) años contados a partir del 21 de abril de 1964, inclusive, con las salvedades en él indicadas".

Conforme al numeral 2 del artículo 461 del C. S. T. "la vigencia del fallo arbitral no puede exceder de dos (2) años".

Es obvio que corresponde a los árbitros señalar el tiempo durante el cual el laudo tenga efecto y vigencia, desde luego sin exceder el término legal.

Pero no hay precepto que les impida a los árbitros escalonar la ejecución de las obligaciones impuestas a las partes.

Por regla general, y dada la finalidad de la convención colectiva, a la cual se asimila el laudo, que es la de fijar para el futuro las condiciones de los contratos de trabajo, las cláusulas del laudo no rigen sino desde su expedición, si bien, como lo tiene sentado la jurisprudencia de esta Sala, la vigencia de los aumentos de salarios puede tener efecto retrospectivo.

Claro está que si el laudo contempla materias reguladas por la ley, estas materias estarán condicionadas, en lo relativo a su vigencia, a lo que sobre el particular establezca la misma ley.

El reparo que el opositor le hace a la tesis del recurrente, según la cual la nueva convención o el laudo respectivo empieza a regir al terminar la vigencia de la convención que se denuncia, es fundado, pues ciertamente, con arreglo al artículo 14 del Decreto 616 de 1954, la convención colectiva denunciada continúa vigente hasta cuando se firme la nueva o se expida el laudo en caso de desacuerdo.

En el asunto que se estudia el laudo se ciñó a la ley al fijar una vigencia de dos (2) años y no excedió las facultades de los árbitros, en cuanto éstos se limitaron a determinar desde cuándo tendrían aplicación las normas acordadas por el propio Tribunal, distintas e independientes, como se ha dicho, de las que consagra la Ley 1ª de 1963.

Este último cargo tampoco tiene eficacia para declarar la inexequibilidad del laudo acusado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, RESUELVE: Es EXEQUIBLE el laudo proferido por

el Tribunal de Arbitramento constituído para decidir el conflicto colectivo que surgió entre la Unión de Marinos Mercantes de Colombia y la Flota Mercante Grancolombiana, objeto del presente recurso de homologación.

Copia de esta providencia y del fallo arbitral se remitirán al Ministerio del Trabajo.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y archívese.

Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INDICE

SALA PLENA

Páginas

Proposición aprobada en Sesión Plenaria de la Corte de fecha 13 de enero de 1966, con motivo del retiro del doctor Edgar Martán Góngora del cargo de Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá 6

Proposición aprobada por la Corte Suprema con motivo del fallecimiento del Consejero de Estado doctor Abel Mercado Mercado, de fecha 15 de febrero de 1966 7

Moción de duelo aprobada en Sala Plena con motivo del fallecimiento del doctor José Antonio Caicedo, ex-Magistrado del Tribunal Superior, de fecha 15 de febrero de 1966. 7

Proposición aprobada en Sesión Plenaria de la Corte, de fecha 22 de febrero de 1966, por medio de la cual la Corporación deplora el retiro del cargo de Magistrado de la misma Entidad, del doctor Primitivo Vergara Crespo 7

CALENDARIO ELECTORAL. — EXEQUIBILIDAD DEL ARTICULO 1° DE LA LEY 47 DE 1946 EN CUANTO SEÑALA EL TERCER DOMINGO DE MARZO DEL AÑO CORRESPONDIENTE PARA LAS ELECCIONES DE SENADORES DE LA REPUBLICA, REPRESENTANTES AL CONGRESO Y DIPUTADOS A LAS ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES.— *Por lo que hace a su origen, el señalamiento del tercer domingo del año respectivo para tales comicios, no puede ser inconstitucional. Y en cuanto al contenido del precepto acusado, no se advierte ninguna incompatibilidad, incongruencia, ni oposición entre la norma del art. 10 de la Reforma Plebiscitaria y la ley preexistente (art. 1° de la Ley 47 de 1946).— La Corte rectifica la tesis en relación con la hipotética ilegalidad de un precepto legal, originalmente exequible, con una reforma constitucional posterior.*— Con fecha 1° de febrero de 1966, así lo resuelve la Sala Plena de la Corte con ponencia del H. Magistrado doctor Adán Arriaga Andrade 9

LA CORTE DECLÂRA INEXEQUIBLES LOS ARTS. 1°, CON SU PARAGRAFO, Y 2° DEL PROYECTO DE LEY "POR EL CUAL SE NACIONALIZA UN ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO", OBJETADO POR EL SEÑOR PRESIDENTE DE LA REPUBLICA.— *Se reitera la doctrina relativa a la violación del ord. 20 del art. 76 de la Carta, cuando el Congreso decreta auxilios para empresas útiles o benéficas sin que preceda la planeación general correspondiente, organizada por el legislador.*— Con fecha 10 de febrero de 1966 así lo resuelve la Corte con ponencia del H. Magistrado doctor Luis Carlos Zambrano. 14

AUTORIDADES JURISDICCIONALES QUE DEBEN RESOLVER LOS INCIDENTES Y RECUSACIONES DE LOS JUECES PENALES, CIVILES, LABORALES O PROMISCUOS DEL CIRCUITO.— *Interpretación y alcance de los arts. 12 del Decreto 1867 de 1965 y 44 del Decreto 528 de 1964.— El juicio de quiebra es de naturaleza civil y su conocimiento está atribuído por la ley expresamente al Juez Civil.— De los impedimentos y recusaciones suscitados en esta clase de juicios corresponde conocer a la Sala Civil del Tribunal respectivo.*— Por sentencia de 15 de febrero de 1966 la Sala Plena de la Corte resuelve que corresponde a la Sala Civil del Tribunal Superior de Sincelejo conocer del impedimento manifestado en el juicio de quiebra de Miguel Nule Sabas por el señor Juez Civil de ese circuito. Magistrado Ponente: doctor Ramiro Araújo Grau .. 18

INEXEQUIBILIDAD DEL PARAGRAFO DEL ART. 7° DE LA LEY 24 DE 1963.—

Páginas

En cuanto a los recaudos del Impuesto de Registro y Anotación que se causen en el Departamento de Cundinamarca fuera de Bogotá.— Así lo resuelve la Sala Plena de la Corte en sentencia de 1° de marzo de 1966 con ponencia del H. Magistrado doctor Ramiro Araújo Grau 21

COLISION DE COMPETENCIA SUSCITADA ENTRE LAS SALAS CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE SINCELEJO PARA CONOCER DE IMPEDIMENTO MANIFESTADO POR EL JUEZ PROMISCUO DE ESE CIRCUITO EN JUICIO DE QUIEBRA.— *La diferencia de criterio de las dos Salas radica en la interpretación del art. 44 del Decreto N° 528 de 1964, frente al texto del art. 12 del Decreto N° 1867 de 1965.— El juicio de quiebra es básicamente de naturaleza civil y su conocimiento está atribuído por la ley expresamente al Juez Civil.— De los impedimentos y recusaciones que en juicios de quiebra se susciten, cuando conozca de ellos un Juez Unico del Circuito Civil o Promiscuo, conocerá la Sala Civil del Tribunal.*— Con fecha 2 de marzo de 1966 la Sala Plena de la Corte decide que corresponde a la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo conocer del impedimento manifestado por el Juez Promiscuo de ese Circuito en el juicio de quiebra de Arturo Samur Chadid.— Magistrado Ponente: doctor Adán Arriaga Andrade. 25

DE LOS INCIDENTES DE IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES QUE EN JUICIOS DE QUIEBRA SE SUSCITEN, CUANDO CONOZCA DE ELLOS UN JUEZ UNICO DEL CIRCUITO CIVIL O PROMISCUO, CONOCERA LA SALA CIVIL DEL RESPECTIVO TRIBUNAL.— *Alcance de los arts. 44 del Decreto 528 de 1964 y 12 del Decreto 1867 de 1965.— La Sala Plena de la Corte ratifica su doctrina sobre la materia.*— Con fecha 30 de marzo de 1966 así lo resuelve la Sala Plena de la Corte, con ponencia del H. Magistrado doctor Humberto Barrera Domínguez 27

LA POTESTAD DE CREAR CONTRIBUCIONES ES POTESTATIVA DEL CONGRESO, EN EL ORDEN NACIONAL, Y NO

Páginas

PUEDE SER ATRIBUIDA A LOS ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS.— *Legitimidad, frente a las normaciones de la Carta, de los Institutos Descentralizados.— El de contribuciones es concepto genérico que comprende las tasas o derechos.— La facultad de establecerlas pertenece exclusivamente al Congreso.— Las instituciones descentralizadas sólo pueden regular las tasas ya previstas en la ley y señalar los precios o tarifas de los respectivos servicios.*— Con fecha 30 de marzo de 1966 la Sala Plena de la Corte declara exequible la Ley 154 de 1959, salvo la proposición del art. 3° que reza "(.....) y los que la misma empresa establezca en el futuro", la que se declara inexequible.— Magistrado ponente: doctor Carlos Peláez Trujillo 29

SALA DE CASACION CIVIL

SIMULACION.— *Su alcance, sea absoluta o relativa, frente a terceros de buena fe.*— Por sentencia de 14 de enero de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el ordinario reivindicatorio adelantado por Jesús Ramírez Hidalgo contra Tobías Monroy.— Magistrado Ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán 35

NO SE ACLARA LA SENTENCIA ANTERIOR.— Por providencia de 22 de febrero de 1966, así lo resuelve la Corte en el ordinario reivindicatorio adelantado por Jesús Ramírez Hidalgo contra Tobías Monroy.— Magistrado Ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán 41

NULIDAD DE CONTRATO DE COMPRAVENTA DE UN INMUEBLE EMBARGADO.— INCONGRUENCIA.— *La nulidad del juicio ejecutivo es distinta de la del remate.— Violación directa de la ley.— Diferencia fundamental entre el error de hecho y el de derecho.— La reivindicación no exige como requisito que el dueño haya perdido la posesión de la cosa, sino simplemente que no esté en posesión de ella.— Exigencias de la acción de entrega.*— Por sentencia de 27 de enero de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali en el ordinario sobre nulidad de contrato de compraventa de un inmueble embargado seguido por Mercedes Vargas vda. de Castro contra Alicia Covaleda y otro.—

Páginas

Magistrado Ponente: Doctor Arturo C. Posada 42

TESTIMONIOS CONTRAPUESTOS.— *Libertad de apreciación probatoria de que dispone el sentenciador.— El quebrantamiento del artículo 1° del Decreto Legislativo 0243 de 1951 no puede examinarse en casación.— La Corte reitera esta doctrina.—* Por sentencia de 28 de enero de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el ordinario reivindicatorio seguido por la sucesión de Abelardo Benavides contra José Moisés Cuasapud.— Magistrado Ponente: doctor Enrique López de la Pava 55

SOCIEDAD.— *Prueba del carácter de representante jurídico de la misma.— Condición para que una declaración valga como confesión.— Prescripción.—* Por sentencia de 29 de enero de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en la acción de pertenencia seguida por Benjamín Estrada, como opositor, frente a Eudoro Salazar Toro.— Magistrado Ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón 62

REGISTRO.— *El registro de una escritura puede acreditarse no solo con la nota puesta al pie de la misma, sino también con certificado expedido por el Registrador por separado.— Nulidad por falta de notificación o emplazamiento.— Quién puede alegarla.—* Por sentencia de 2 de febrero de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario reivindicatorio seguido por la Compañía de Jesús contra Pastor Flórez.— Magistrado Ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón 72

PETICION DE HERENCIA.— *Desde cuándo empieza a contarse el término extintivo de la acción y sus condiciones.—* Por sentencia de 3 de febrero de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el ordinario sobre petición de herencia seguido por Bernardina León Barrero contra Andrés Avelino León Barrero.— Magistrado Ponente: Doctor Aníbal Cardoso Gaitán 73

CURADOR DE LA HERENCIA YACENTE.— *Funciones que le competen.— Legitimatio ad processum.— El curador ad litem es el representante de la herencia yacente, pero no es el titular del patrimonio hereditario.— Legitimatio ad causam.— Reivindicación de un inmueble para la herencia yacente.—* Por sentencia de 3 de febrero de 1966, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en el ordinario reivindicatorio seguido por Alirio Sogamoso Sánchez, como curador de la herencia yacente de Víctor Julio Suárez, contra María Luisa Sánchez de Sierra y otro.— Magistrado Ponente: doctor Arturo C. Posada 83

FILIACION NATURAL.— *Casación.— Límite de la autonomía del Tribunal en la apreciación probatoria.— Condiciones del cargo por error de derecho.— Relaciones sexuales.— La prueba testifical como elemento idóneo para demostrarlas.—* Por sentencia de 4 de febrero de 1966, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el ordinario de filiación natural adelantado por Carmen Rosa Ruiz y otros contra la sucesión de Inocencio Ortegón Vera.— Magistrado Ponente: doctor Ignacio Gómez Posse 91

CASACION.— *Causal 1°.— En qué consiste.— No puede operar a la vez por violación directa, por indebida aplicación e interpretación errónea.— Los artículos 209, 328, 472 y 738 del C. Judicial, no son normas sustanciales.—* Por sentencia de 8 de febrero de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali en el ordinario reivindicatorio seguido por Luis Hernán Flórez Saa contra Humberto Benítez y otros.— Magistrado Ponente: Doctor Enrique López de la Pava 100

VENTA DE BIENES EMBARGADOS.— *Consentimiento tácito de la venta por el acreedor embargante.— Autorización posterior a la enajenación de los bienes.— En el supuesto de que por el Tribunal se hubiese aceptado el saneamiento, por ratificación de las partes, de la nulidad generada por objeto ilícito, el cargo habría debido hacerse por violación de un texto distinto al ordinal 3° del artículo 1521 del C. Civil, texto que lo sería el artículo 2° de la Ley 50 de 1936, en su última parte.—* Por sentencia de 9 de febrero de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el ordinario sobre nulidad de un

Páginas

contrato de compraventa adelantado por Eduardo Gómez L. y otros contra Juan Bautista Torres y otro.— Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Fajardo Pinzón. 105

LEGITIMACION EN CAUSA.— *Quiénes tienen la activa, o la pasiva, en las acciones de filiación legítima o natural.— Partes en estos juicios.— La acción de petición de herencia, como consecuencial de la paternidad, no le da personería o legitimación alguna a los cesionarios de derechos hereditarios para intervenir en la investigación de la paternidad.— Las acciones de estado son incesibles, y la venta de derechos hereditarios no lleva consigo la del estado civil de que emanan tales derechos.*— Por providencia de 9 de febrero de 1966, se declara desierto el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de San Gil en el ordinario de filiación natural seguido por Beatriz Patiño vda. de Tirado, en representación de sus menores hijos naturales Omar Aurelio Virviescas y otros, contra Saturnina Galeano vda. de Tirado.— Magistrado Ponente: Doctor Arturo C. Posada 110

PRESUPUESTO PROCESAL DE CAPACIDAD PARA SER PARTE.— *La calidad de heredero constituye un elemento de aquél.— La ausencia de prueba sobre el carácter de tal implica sentencia inhibitoria con consecuencias de cosa juzgada formal, y no sentencia de mérito, con consecuencias de cosa juzgada material.— La Corte reitera esta última doctrina.— La sucesión no es persona jurídica.*— Por sentencia de 14 de febrero de 1966, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el ordinario de filiación natural adelantado por Pío Noé Cifuentes y otros contra Ana Elvira Peña y otra.— Magistrado Ponente: Doctor Enrique López de la Pava 113

INSTRUMENTOS PUBLICOS.— *Mérito de los presentados en inspecciones oculares.— Requisitos de la unión o agregación de posesiones.— En qué consiste la inconsonancia.— Técnica de la causal 1ª de casación.— Exigencias del cargo por error de derecho.— Peritos.— La irregularidad en su nombramiento, consentida en la instancia, no puede debatirse en casación.— Límite de la autonomía de los Tribunales en la apreciación de pruebas.*— Por sentencia de 15 de febrero de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio en el ordinario reivindicatorio adelantado por Alberto Samper Gómez contra Pedro Antonio Meneses G. y otro.— Magistrado Ponente: Doctor Flavio Cabrera Dussán 117

REGISTRO DE LA DEMANDA.— *Su cancelación puede decretarse tanto en el fallo como en proveído separado.— La omisión de la orden en la sentencia no implica inconsonancia.*— Por sentencia de 15 de febrero de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el ordinario sobre simulación de la cesión de derechos litigiosos, seguido por Enrique Ramírez Llano contra Dora Ramírez Cardona.— Magistrado Ponente: Doctor Enrique López de la Pava 124

PRESUPUESTOS PROCESALES.— *La falta de uno cualquiera de ellos impide el pronunciamiento del Juez sobre el mérito de la litis.— Los elementos constitutivos de la acción y las condiciones de la misma, no deben confundirse con los presupuestos procesales.— El petitum de una demanda no es un presupuesto procesal sino una anomalía de la acción que conduce a desestimar su mérito.— División de los contratos.— La rescisión por lesión enorme en principio no se otorga para los contratos aleatorios.— La cesión de derechos litigiosos es un acto de carácter aleatorio.— Lesión enorme en caso de venta de muebles e inmuebles por un solo contrato.— Cómo debe hacerse el justiprecio.*— Por sentencia de 21 de febrero de 1966, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre rescisión por lesión enorme seguido por Carlos Enrique Páramo T., contra Eduardo Kronfly.— Magistrado Ponente: Doctor Enrique López de la Pava .. 129

COMPETENCIA DESLEAL.— *En la acción de indemnización de perjuicios que ocasione aquélla, la prueba pericial es de imperativa observancia.— El quebranto de los incisos 2º y 3º del artículo 66 de la Ley 31 de 1925 no da lugar a casación por ser normas simplemente procedimentales.*— Por sentencia de 26 de febrero de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el ordinario sobre indemnización de

Páginas

perjuicios por el uso de una marca de fábrica, seguido por la Frutera Colombiana Limitada contra Conservas California.— Magistrado Ponente: Doctor Ignacio Gómez Posse 140

SIMULACION.— *Error de hecho.— La denuncia de renta y patrimonio como prueba de la capacidad económica de una persona.— Autonomía del juzgador en la apreciación de la prueba indiciaria.— Prueba pertinente en la lesión enorme.— El certificado de avalúo catastral no reemplaza el dictamen pericial que la doctrina reclama conforme a la ley.*— Por sentencia de 4 de marzo de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de San Gil en el ordinario sobre simulación seguido por Gilma Tulia Ardila de Galvis contra Gilberto Ardila Villarreal y otros.— Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón 153

FILIACION NATURAL, PETICION DE HERENCIA Y RESTITUCION DE FRUTOS.— *Las relaciones sexuales no son susceptibles, por lo regular, de prueba directa.— Límite de la autonomía del Tribunal en la apreciación de las pruebas.— Contra quién debe dirigirse la acción de petición de herencia.— Reformatio in pejus.— Restitución de frutos por el poseedor de mala o de buena fe.*— Por sentencia de 8 de marzo de 1966, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Buga en el ordinario de filiación natural seguido por Carmen Emilia Vásquez Valencia, como representante legal de sus menores hijos Nancy y Omar Vásquez, contra Elisa Tenorio vda. de Paredes, como representante de la sucesión de Arnulfo Paredes Tenorio.— Magistrado Ponente: Doctor Flavio Cabrera Dussán 166

ES LEGAL LA PRESENTACION DIRECTA DE LOS INSTRUMENTOS PUBLICOS DURANTE EL TERMINO DE PRUEBAS.— *Modos varios de llevarlos a un juicio.— Cuándo ocurre el error de derecho.*— Por sentencia de 10 de marzo de 1966, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario sobre nulidad de un contrato adelantado por María Enriqueta Alzate contra Luz Gaviria de Tieck y otra.— Magistrado Ponente: Doctor Arturo C. Posada. .. 175

CAUSAL 1ª DE CASACION CIVIL.— *En qué consiste y maneras varias e inconfundibles de producirse.— Carácter de los artículos 601 y 698 del C. Judicial,* 1757, 1758, 1759, 1767 *y 1768 del C. Civil, y 91 y 92 de la Ley 153 de 1887.*— Por sentencia de 12 de marzo de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el ordinario reivindicatorio adelantado por Agustina Machado Lozano contra Abel Sanmiguel Hómez.— Magistrado Ponente: Doctor Enrique López de la Pava 181

PRUEBAS.— *Requisitos indispensables para estimar su mérito.— A quién compete alegar la falta de citación o emplazamiento.— Es legal la presentación directa de los instrumentos públicos durante el término de pruebas.*— Por sentencia de 15 de marzo de 1966, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el ordinario de filiación natural adelantado por Merenciana García Gómez y otros contra la sucesión de Carlos García Gómez.— Magistrado Ponente: Doctor Flavio Cabrera Dussán. 186

NULIDAD DE UN JUICIO DE SUCESION.— *Uno de los casos en que se comete error de hecho.— De qué depende la naturaleza de una acción.— Violación directa de la ley.— Acción de petición de herencia para ejercitarla en otro juicio.*— Por sentencia de 18 de marzo de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el ordinario sobre nulidad de un juicio de sucesión seguido por María Ligia Valencia de Rengifo contra la sucesión de Ana María Valencia Moncaleano y otros.— Magistrado Ponente: Doctor Enrique López de la Pava 192

REIVINDICACION.— *La identidad de la cosa que se persigue queda establecida cuando el demandado acepta estar en posesión de la misma.*— Por sentencia de 24 de marzo de 1966, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio en el ordinario seguido por Jorge Helí Rojas contra Cristina Morato de Gutiérrez.— Magistrado Ponente: Doctor Flavio Cabrera Dussán. 197

NULIDAD RELATIVA. — *La rescisión atiende sólo al interés privativo del beneficiario, no al de otra persona, menos al de la contra-*

Páginas

parte en litis sobre el contrato.— Por eso la acción únicamente se concede en el primer caso.— Por sentencia de 31 de marzo de 1966, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el ordinario sobre nulidad de unos contratos adelantados por Ana Pastora García contra Alberto Botero Sánchez y otros.— Magistrado Ponente: Doctor Aníbal Cardoso Gaitán 202

SALA DE CASACION PENAL

HOMICIDIO AGRAVADO.— *Invocación de la causal 4ª de casación consagrada en el artículo 567 del C. de P. P.— Nulidades.— A los juzgadores no les es lícito elevar a la categoría de causales de nulidad, cualquier irregularidad en el proceso penal, con apoyo en en artículo 26 de la Constitución.— Interpretación y alcance del artículo 39 del Decreto 1358 de 1964.— No es dable a la Corte convertirse en "juez de defensores".— Defensa del inculpado.— Competencia por razón de la materia y por la del territorio que confería la ley a los jueces de instrucción criminal.*— Con fecha 11 de febrero de 1966 se desecha el recurso de casación interpuesto por el apoderado de José del Carmen Reyes contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué que le condenó por el delito antes relacionado.— Magistrado Ponente: Doctor Efrén Osejo Peña 209

ROBO AGRAVADO.— *Sentencia acusada con fundamento en la primera causal prevista en el numeral 1º del art. 56 del Decreto Nº 528 de 1964.— Configuración del delito de robo definido y sancionado en el art. 404 del C. P.— Medios probatorios para establecer los elementos esenciales que integran el cuerpo del delito de robo.— Estimación legal de la prueba en procesos penales.— Valoración crítica del testimonio.— Libre apreciación del juez de derecho respecto de los informes rendidos por agentes del "DAS". Presunción legal de responsabilidad en el delito de robo o hurto a que se refiere el art. 221 del C. de P.P.*— Con fecha 11 de febrero de 1966 no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Popayán en la causa adelantada a Jairo de Jesús Quinceno Quinceno por el delito antes mencionado.— Magistrado Ponente: Doctor Efrén Osejo Peña 214

DELITO DE ROBO.— CAUSAL SEGUNDA DE CASACION.— *Planteamiento de situaciones jurídicas incompatibles y opuestas respecto de la responsabilidad penal y la responsabilidad agravada.— Técnica de casación.— Criterios del demandante y del fallador en la apreciación de pruebas.— La Corte no puede entrar al estudio de causales que no han sido alegadas pues su campo está limitado estrictamente por la demanda.*— Con fecha 18 de febrero de 1966 se desecha el recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal del Tribunal Superior de Cúcuta contra la sentencia dictada por esa Corporación en la causa contra Víctor Guevara o Daniel García por el delito anteriormente expuesto.— Magistrado Ponente: Doctor Samuel Barrientos Restrepo 226

REPRESENTACION LEGAL DE LOS MENORES.— LA CAUSAL SEGUNDA DE CASACION PENAL EN JUICIOS CON INTERVENCION DEL JURADO.— *Las irregularidades que se cometan o puedan cometerse en la designación de apoderado o defensor de menores, no son vicios constitutivos de nulidad.— Nulidades legales y nulidades constitucionales.— Correcta interpretación de la Carta.— La Corte reitera la tesis de que en los juicios en que interviene el Jurado no es pertinente la causal 2ª prevista en el aparte 2º del numeral 1º del art. 56 del Decreto-Ley Nº 528 de 1964.— Libertad del Tribunal popular para apreciar las pruebas.— El veredicto como base insustituible de la sentencia.— Su contraevidencia está reservada al Juez y al Tribunal por los arts. 537 y 554 del C. de P. P.— Razones por las cuales el veredicto contraevidente no está erigido en causal de casación.— Circunstancias de mayor peligrosidad en la ejecución del homicidio agravado cometido en mutua complicidad.— Graduación de la pena imponible.*— Con fecha 26 de febrero de 1966 se desecha el recurso de casación interpuesto por Pedro Estrella Jiménez y otros contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, que los condenó por el delito de homicidio. Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta 230

DELITO DE ROBO.— *Investigación penal.—*

Páginas

Sus etapas principales.— Improcedencia de la causal 4ª con fundamento en la errónea apreciación de la prueba por razones de hecho o de derecho. Apreciación de los testimonios en sí mismos, por los Jueces de instancia.— Interpretación de los arts. 311 y 297 del C. de P. P.— La prueba pericial, la inspección ocular y la prueba testimonial como medios probatorios en la apreciación de hechos permanentes o de hechos transitorios.— Causales 1ª y 2ª consagradas en el numeral 1º del art. 56 del Decreto Nº 528 de 1964.— Con fecha 28 de febrero de 1966 se desecha la demanda de impugnación de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá que condenó al recurrente Rafael Antonio Hurtado Puerto como responsable de un delito de robo. Magistrado Ponente: Doctor Efrén Osejo Peña 241

DELITO DE ROBO COMETIDO EN COMPLICIDAD PREVIAMENTE CONCERTADA.— Con fecha 9 de marzo de 1966 la Corte desecha el recurso de casación interpuesto por el procesado Julio Sánchez contra la sentencia del Tribunal Superior de Cúcuta que lo condenó por el delito antes relacionado. Magistrado Ponente: Doctor Simón Montero Torres 247

LA CORTE CARECE DE COMPETENCIA PARA CONOCER, EN SEGUNDA INSTANCIA, DE LOS PROCESOS A QUE SE REFIERE EL ARTICULO 12 DEL DECRETO 528 DE 1964.— Con fecha 23 de marzo de 1966, la Corte se abstiene de resolver la apelación interpuesta contra providencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, dictada en la investigación adelantada contra el Juez 4º Civil Municipal de esa ciudad, doctor Gonzalo Afanador.— Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez 250

COLISION DE COMPETENCIA POSITIVA.— Con fecha 24 de marzo de 1966 la Sala dirime la colisión de competencia positiva surgida entre el Juez 5º Superior de Medellín y el Comando de la IV Brigada de la misma ciudad, en relación con el proceso que se adelanta contra Robinson Correa y otros, sindicados de secuestro y extorsión. Magistrado Ponente: Doctor Efrén Osejo Peña 252

Páginas

FALSEDAD DOCUMENTAL.— *El dolo en el delito de falsedad en documentos exige que el actor proceda con la intención de llevar a cabo una inmutación de la verdad, sabiendo que causa daño o que puede ocasionarlo.*— Con fecha 28 de marzo de 1966 la Corte confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Cúcuta en favor del Juez 3º Superior de la misma ciudad, doctor Manuel Pernia Saieh.— Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez 255

VIOLENCIA CARNAL.— *Violación del art. 316 del C. P. por apreciación errónea y falta de apreciación de determinadas pruebas del proceso.— Acceso carnal obtenido sin el consentimiento de la víctima o contra su consentimiento.— Análisis e interpretación de la prueba.— Elementos tipificadores de la violencia carnal en el caso de autos.— El elemento intención en el evento estudiado.— Estudio de la prueba del estado de inconsciencia.— Tesis de la embriaguez.— Manifiesto yerro interpretativo de las constancias procesales al confundir el alicoramiento con una inconsciencia de tal naturaleza que no permita a una mujer virgen darse cuenta de su desfloración.— Sentencia edificada sobre una base totalmente equivocada.— La soberanía del fallador en la apreciación de las pruebas en materia penal.*— Con fecha 28 de marzo de 1966, la Corte casa la sentencia recurrida, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en la causa adelantada al doctor Javier Valderrama Reinales por el delito relacionado.— Magistrado Ponente: Doctor Eduardo Fernández Botero 261

Salvamento de voto del H. Magistrado Doctor Efrén Osejo Peña al fallo inmediatamente anterior. 271

SALA DE CASACION LABORAL

SUPUESTO CONTRATO DE CORRETAJE CIVIL.— *El error de hecho que se imputa a la sentencia no es manifiesto, como el art. 87 del C.P.L. quiere que lo sea para que dé lugar a casación. Acusación a la sentencia por violación directa y por vía indirecta en cuanto se apoya a la falta de legitimación pasiva en la causa.— Impropio planteamiento de técni-*

Páginas

ca de casación, en el caso de autos.— Con fecha 10 de febrero de 1966, la Corte no casa la sentencia recurrida, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio laboral adelantado por Luis Humberto Ramírez Hidalgo contra Clementina Portocarrero de Uribe.— Magistrado Ponente: Doctor Carlos Peláez Trujillo 283

TECNICA DE LA DEMANDA DE CASACION.— *Necesidad de demostrar jurídicamente la infracción de las disposiciones legales indicadas en el fallo de segunda instancia.— La Corte reafirma su doctrina sobre este particular.— Correcta aplicación del art. 56 del C.P.L.*— Con fecha 11 de febrero de 1966 no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio laboral adelantado por Luis E. Cáceres Gómez contra la Empresa "Acerías Paz de Río S. A.".— Proyectó: Doctor Manuel V. Jiménez, Auxiliar de casación laboral 290

MEDIOS LEGALES DE PROBAR LAS OBLIGACIONES EN JUICIOS DEL TRABAJO.— *Sanción moratoria contemplada en el art. 65 del C.S.T.— Instrumentos públicos.— Sus condiciones esenciales y su calificación de auténticos según el art. 1758 del C.C.— Otros documentos auténticos que hacen plena prueba.— Supuesto error de derecho.— Renuencia injustificada del patrono a pagar prestación debida al trabajador.*— Con fecha 11 de febrero de 1966 no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el juicio ordinario laboral seguido por Bernardo Pinzón B. contra José A. Mendoza García.— Magistrado Ponente: Doctor Luis Fernando Paredes A. 294

INVALIDEZ PERMANENTE PARCIAL A CONSECUENCIA DE ENFERMEDAD NO PROFESIONAL, NI DE ACCIDENTE DE TRABAJO.— *La impugnación contra la sentencia del Tribunal carece de fundamento porque el sentenciador no incurrió en el error impugnado.— Fallo en armonía con la demanda y con las pruebas aportadas al proceso.— Correcta aplicación del art. 278 del C.S.L.*— Con fecha 14 de febrero de 1966 no se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario laboral seguido por Luis Alfredo Almanza contra la Empresa "Acerías Paz de Río, S. A.".— Proyectó: Doctor Manuel B. Jiménez, Auxiliar de casación laboral 304

HONORARIOS PROFESIONALES.— Con fecha 16 de febrero de 1966, no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario laboral de José Antonio Corso Castañeda contra Ariosto Acevedo Gutiérrez.— Magistrado Ponente: Doctor Carlos Peláez Trujillo 308

TECNICA DE CASACION EN MATERIA LABORAL.— *Infundada acusación por falta de aplicación de los arts. 57 y 132 del C. S. T. y por indebida aplicación de los arts. 59 y 65 ibídem y 50 del C. de P. L.— La entrega de sumas a buena cuenta de comisiones es una forma de pago de salarios que favorece a los trabajadores que pactan ese sistema de remuneración.*— Con fecha 18 de febrero de 1966 se casa parcialmente la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral adelantado por Gabriela Longas de Villa contra Ernesto Vivas y Cía. Ltda. "Ervico".— Magistrado Ponente: Doctor Ramiro Araújo Grau 315

PRUEBA TESTIMONIAL.— *Libre formación del convencimiento en el fallador de instancia al ejercitar la facultad discrecional que le otorga el art. 61 del C.P.L.— Rechazo de la tacha de error evidente.*— Con fecha 2 de marzo de 1966 no se casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Montería en el juicio ordinario laboral instaurado por Manuel Sabas Manchego contra Vicente Tous Patrón.— Magistrado Ponente: Doctor Ramiro Araújo Grau 321

VINCULACION JURIDICA DE LA DEMANDANTE CON LA SUCESION DEMANDADA.— *Existencia de la relación laboral entre las partes litigantes.— Supuesto error de hecho que el recurrente atribuye a la decisión del Tribunal.— Pruebas relacionadas en la diligencia de inspección ocular para definir lo relativo al contrato de trabajo.— Ineficaz impugnación respecto de la existencia de diversos contratos celebrados entre la demandante y los supuestos patronos a que se refiere el cargo en el caso de au-*

Páginas

tos.— Con fecha 9 de marzo de 1966 no se casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el ordinario laboral que María Axelinta Bustamante González siguió a la sucesión de Juan J. Ogliastri.— Magistrado Ponente: Doctor Luis Fernando Paredes A. 326

DEFICIENCIAS DE ORDEN TECNICO AL FORMALIZAR EL RECURRENTE LA ACUSACION.— *Impugnación de la sentencia por violación de los arts. 22 y 23 del C.S.T. en concordancia con el 60 del C.P.L.— Análisis de las pruebas.— De las que obran en el informativo no resultan establecidos, de manera indudable, los extremos del contrato de trabajo.— La Corte no puede suplir las deficiencias del recurrente en casación.*— Con fecha 9 de marzo de 1966 no se casa la sentencia recurrida pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario laboral que Luis Daniel Borrai G. siguió a Pablo Izquierdo.— Magistrado Ponente: Doctor Luis Fernando Paredes A. 330

CONDENA POR CESANTIA.— *Acusación a la sentencia del ad quem con base en la causal primera del art. 87 del C. P. del T., por supuesta violación de la ley sustancial.— Apreciación de las pruebas aportadas al juicio.— Libre formación del convencimiento por parte del Juez, al tenor de lo preceptuado en el art. 61 del C. P. L.— Cuándo procede la indemnización por mora de que trata el art. 65 del C. S. T.— El error de hecho en la casación laboral.*— Con fecha 9 de marzo de 1966 no se casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral seguido por Juan Antonio Ruiz contra José Antonio Moreno.— Magistrado Ponente: Doctor Víctor G. Ricardo .. 334

VINCULACION LABORAL SOLIDARIA.— *Pueden ser solidariamente responsables, conforme al art. 34 del C. S. T., el contratista independiente, el subcontratista y el beneficiario de la obra.— Herederos del trabajador muerto en accidente de trabajo.— De qué depende tal calidad y su prueba.*— Con fecha 11 de marzo de 1966 se casa parcialmente la sentencia recurrida pronunciada por el Tribunal Superior de Manizales en el ordinario laboral instaurado por Luzmila Cárdenas v. de Arroyave contra la Empresa Robledo y Borrero Ltda.— Magistrado Ponente: Doctor Luis Alberto Bravo 340

CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO.— *Pago de salario al empleado por un tercero por encargo del patrono.— Relaciones que median entre una cooperativa de transporte y los propietarios de los vehículos inscritos en ella.— Servicio de los despachos de automotores a través del empleado denominado "despachador".— Recto entendimiento del art. 22 del C. S. T.— Problema de la sustitución patronal.— Pretendida buena fe del patrono.— Condenas por cesantía, vacaciones, prima de servicios, sobrerremuneración de trabajo en domingos y festivos e indemnización por mora.*— Con fecha 11 de marzo de 1966 no se casa la sentencia impugnada proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio promovido por Luis Galeano Restrepo contra la "Cooperativa de Transportes de Antioquia Ltda.".— Magistrado Ponente: Doctor Ramiro Araújo Grau 351

ROMPIMIENTO UNILATERAL E ILEGAL DEL CONTRATO DE TRABAJO.— CONDENA POR LUCRO CESANTE.— *Valor demostrativo del acta de inspección ocular.— Error ostensible del Tribunal al verificar el contenido de ese documento probatorio.— Error de técnica de casación al formular el recurrente la acusación de la sentencia por violación directa de la ley relacionando este fenómeno con una cuestión probatoria.— Cuándo se opera la interpretación errónea de una disposición independiente de toda cuestión de hecho.*— Con fecha 14 de marzo de 1966 la Corte casa parcialmente la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio laboral seguido por Isaías Ruíz F. contra las Empresas Moure, Pineda, Alvarado Ltda. (Mopal Ltda.) y Acerías Paz de Río S. A.— Magistrado Ponente: Doctor Víctor G. Ricardo 358

DEMANDA POR SUPUESTO INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO DE CORRETAJE CIVIL U OCASIONAL.— *Técnica de casación.— Violación de la ley.— Necesidad de demostrar jurídicamente cada una de las disposiciones infringidas, en el fallo de segunda instancia.— No es admisible impugnar la sen-*

Páginas

tencia recurrida por infracción del Decreto Nº 0456 de 1965.— Con fecha 25 de marzo de 1966 no se casa la sentencia impugnada proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario laboral que Ricardo Gutiérrez Mejía adelantó a Bernardo González Bernal. Proyectó: Doctor Manuel Vicente Jiménez, Auxiliar de casación laboral 364

PRESTACIONES SOCIALES.— CESANTIA E INDEMNIZACION MORATORIA.— *Recto entendimiento de la norma contenida en el art. 65 del C. S. T.— Conceptos de buena y mala fe patronal.— Apreciación del juzgador al estimar y valorar la prueba aportada al juicio, no resulta contraria a la evidencia de los hechos.*— Con fecha 30 de marzo de 1966 no se casa la sentencia impugnada proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el ordinario laboral adelantado por Jorge Santiago Legarda contra Fernando Campo.— Magistrado Ponente: Doctor Luis Fernando Paredes A. 368

Páginas

RECURSO DE HOMOLOGACION.— *Similitudes y diferencias entre el laudo y la sentencia judicial.— Los poderes de los arbitradores en los conflictos económicos solo están limitados por la equidad y las necesidades prácticas de la empresa.— Exequibilidad del laudo proferido por el Tribunal de Arbitramento que decidió el conflicto surgido entre la Unión de Marinos Mercantes de Colombia y la Flota Mercante Grancolombiana.*— Con fecha 31 de marzo de 1966 así lo resuelve la Sala Laboral de la Corte con ponencia del H. Magistrado doctor Luis Alberto Bravo 373